

PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2020 – Numero 4

ISSN 2239-8570

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione: Giuseppe Vettori

Comitato di direzione: Fabio Addis; Giuseppina Capaldo; Ernesto Capobianco; Massimo Confortini; Giovanni Di Rosa; Pasquale Femia; Massimo Franzoni; Carlo Granelli; Stefan Grundmann; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Hans W. Micklitz; Emanuela Navarretta; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Antonio Rizzi; Pietro Sirena; Massimo Zaccheo.

Comitato dei revisori: Giorgio Afferni; Arianna Alpini; Franco Angeloni; Josè Luis Argudo Periz; Maria Annunziata Astone; Federico Azzarri; Angelo Barba; Vincenzo Barba; Luca Barchiesi; Emanuele Bilotti; Lucia Bozzi; Valentina Calderai; Mario Pio Calogero; Gabriele Carapezza Figlia; Valeria Caredda; Roberto Carleo; Sonia Carmignani; Achille Antonio Carrabba; Raffaele Caterina; Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla; Bianca Checchini; Maddalena Cinque; Maria Antonia Ciocia; Claudio Colombo; Nicola Corbo; Alessandra Cordiano; Camilla Crea; Fabrizio Criscuolo; Vincenzo Cuffaro; Alessandro D'Adda; Valeria De Lorenzi; Francesco Delfini; Matteo Della Casa; Stefano Deplano; Francesca Di Lella; Mirko Faccioli; Rocco Favale; Alessia Fachechi; Lourdes Fernandez Del Moral Dominguez; Edoardo Ferrante; Federico Ferroluzzi; Nicoletta Ferrucci; Arianna Finessi; Giancarlo Filanti; Massimo Foglia; Luigi Follieri; Giampaolo Frezza; Arianna Fusaro; Francesco Gambino; Rosaria Giampetraglia; Stefania Giova; Cecilia Gomez Salvago Sanchez; Mauro Grondona; Freddy Andrés Hung Gil; Paola Iamiceli; Claudia Irti; Angela La Spina; Eva Leccese; Raffaele Lenzi; Joelle Long; Francesco Longobucco; Emanuele Lucchini Guastalla; Nicola Lucifero; Daniele Maffeis; Anna Malomo; Francesca Manolita; Manuela Mantovani; Marisa Meli; Raffaella Messinetti; Francesco Mezzanotte; Andrea Mora; Arnaldo Morace Pinelli; Paolo Morozzo della Rocca; Gaetano Edoardo Napoli; Luca Nivarra; Luigi Nonne; Riccardo Omodei Salé; Andrea Orestano; Mauro Orlandi; Mauro Paladini; Massimo Palazzo; Antonio Palmieri; Rosanna Pane; Paolo Papanti Pellettier; Teresa Pasquino; Francesco Paolo Patti; Enza Pellecchia; Mauro Pennasilico; Leonardo Pérez Gallardo; Valerio Pescatore; Mariassunta Piccinni; Carlo Pilia; Fabrizio Piraino; Dianora Poletti; Massimo Proto; Roberto Pucella; Vincenzo Putortì; Maddalena Rabitti; Andrea Renda; Francesco Rende; Giorgio Resta; Francesco Ricci; Vincenzo Ricciuto; Nicola Rizzo; Umberto Roma; Lucia Ruggeri; Antonio Saccoccio; Ugo Salanitro; Gabriele Salvi; Giovanna Savorani; Martin Schmidt-Kessel; Anna Scotti; Roberto Senigaglia; Anna Maria Siniscalchi; Umberto Stefini; Giovanni Stella; Sandra Swinkler; Chiara Tenella Sillani; Giulia Terlizzi; Mauro Tesaro; Stefano Troiano; Alberto Venturelli; Vincenzo Verdicchio; Pietro Virgadamo.

Segreteria di redazione: Mario Mauro

Redazione: Antonio Gorgoni; Daniele Imbruglia; Mario Mauro; Serena Meucci; Salvatore Orlando; Carlo Pilia; Fabrizio Piraino; Alberto Venturelli

E-mail: info@personaemercato.it

Web: www.personaemercato.it

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Tutti i contributi sono stati oggetto di valutazione positiva e anonima da parte di un membro del Comitato dei revisori, ad eccezione dell'Osservatorio a cura dell'OGID, esonerato ai sensi dell'art. 9, V co., del Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 42 del 20.02.2019.

Saggi

Relazioni affettive a struttura variabile non frattale: qual'è il confine ultimo del concetto giuridico di famiglia?, di Attilio Gorassini	p. 329
Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile, di Giuseppina Capaldo .	p. 334
Argomento morale, pluralismo 'culturale' e semantica dei marchi, di Camilla Crea	p. 350
Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra soft law e hard law, di Roberta Montinaro	p. 365
La compensazione "legale" fra conti correnti bancari intestati ad un medesimo soggetto: il punto di vista dell'arbitro bancario e finanziario, di Caterina Luisa Appio	p. 388
La scommessa irrazionale dell'ente locale, di Federico Pistelli	p. 397
Responsabilità civile e doveri genitoriali: le persistenti problematicità dell'art. 709-ter c.p.c., di Fausta Scia	p. 414

Note e commenti

Vittime di reati intenzionali violenti: una recente pronuncia della corte di giustizia, di Giulia Puleio	p. 435
Il caso <i>airbnb</i> : un complesso bilanciamento rimediale tra tutela della comunità e autonomia negoziale durante la pandemia, di Giulia Bazzoni	p. 452
Le piattaforme online e la tutela degli utenti digitali al tempo della pandemia, di Maria Concetta Causarano	p. 466
La sfida dell'innovazione per le professioni intellettuali: il bilanciamento di interessi nella giurisprudenza, di Alfio Guido Grasso	p. 477
La dismissione dell'impianto di riscaldamento centralizzato tra le varie norme applicabili, di Luigi D'Alessandro	p. 491

Osservatorio

Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell'OGID*	p. 501
---	--------

Saggi

RELAZIONI AFFETTIVE A STRUTTURA VARIABILE NON FRATTALE: QUAL'È IL CONFINE ULTIMO DEL CONCETTO GIURIDICO DI FAMIGLIA?

Di Attilio Gorassini

| 329

SOMMARIO: 1. L'esseità di senso nella evoluzione storica plurimillenaria del concetto di famiglia: alla ricerca del (senso del) campo antropologico di partenza. - 2. Tra gli estremi, le terre di mezzo: dalla famiglia parallela (alternativa sociale alla poligamia riconosciuta) alla immigrazione programmata dei minori in cerca di futuro. - 3. Segue. Le strutture familiari a componenti affettive variabili nel mondo high-tech, passando per la famiglia arcobaleno. - 4. La cifra di questa evoluzione storica pluri millenaria di settore vista in dimensione globalizzata: Egoità in cerca di dignità (con forse, almeno in qualche direzione, una nostalgia struggente per il passato, utilizzabile anche per qualificare le relazioni amicali vere).

ABSTRACT. Lo scritto, interrogandosi sull'attualità del concetto di famiglia, svolge una riflessione su quali siano i suoi confini.

The paper, reflecting on the relevance of the concept of family, investigates about its boundaries.



1. L'esseità di senso nella evoluzione storica plurimillenaria del concetto di famiglia: alla ricerca del (senso del) campo antropologico di partenza.

Non è facile, anzi sembra eccessivamente ambizioso, percorrere strade collocate nelle invarianti scientifiche delle strutture originarie che danno il senso materiale e culturale di “famiglia”.

Ma è una provocazione che ho deciso di proporre per cercare di suscitare un interesse dogmatico negli operatori pratici dello *ius dicere*, i giudici, i nuovi teorici del XXI secolo, che guidi la loro azione al di là delle c.d. “buone prassi” (sintagma magico delle esperienze applicative condivise e/o degli indirizzi ormai consolidati come sintesi del nuovo realismo giuridico) che sembrano però delegittimare anche il rischio del meglio.

Ho immaginato un titolo evocativo del necessariamente breve parziale e incompleto percorso possibile in questa sede¹: il fenomeno famiglia come struttura giuridica variabile (ormai) non frattale ma tendente a totalmente altro. Questa potrebbe essere la cifra dell'evoluzione da focalizzare. Ma ha ancora senso parlare di “famiglia”?

2. Tra gli estremi, le terre di mezzo: dalla famiglia parallela (alternativa sociale alla poligamia riconosciuta) alla immigrazione programmata dei minori in cerca di futuro.

Le famiglie giuridicamente rilevanti nelle strutture sociali originarie sono quasi certamente sorte in apparenza per incontri tra individui in funzione di procreazione meiotica e facilitazione di sopravvivenza in gruppi sociali anche occasionali, ma certamente anche guidati dalla predisposizione innata di attrazione tra i sessi differenziati e dalla empatia tra soggetti/individui che divengono persone orientate nelle scelte anche dalla cultura.

Poi le famiglie diventano giuridicamente tali per matrimoni concordati, ma tali strutture sono sorte quasi insieme con le relazioni familiari parallele (i c.d. figli illegittimi-bastardi, le concubine e quant'altro) e con i confini topologici rigidi delle relazioni incestuose che non creavano mai famiglia, ma si sovrapponevano alla unica famiglia nell'evoluzione degli eventi riconosciuta come casato; poi dalle famiglie allargate si è passati alle fa-

miglie nucleari, poi alle famiglie monogenitoriali (con rilevanza della presenza del figlio per riconoscere famiglia utilizzando il concetto di famiglia anagrafica), e alle famiglie ricomposte, sino alle unioni di vita familiare (variazione semantica usata per abuso per legittimare l'equivalenza relazione familiare = famiglia) piegandola sino a correggerne il portato di significanza: tra sorelle o fratelli o tra amici non esistono più relazioni di vita familiare; se famiglia è uguale a relazione familiare, allora la relazione familiare esiste solo tra coppie sessualmente attive....almeno per un tempo (con le nuove “affinità affettive” dei c.d. genitori sociali); altrimenti è semplice convivenza anagrafica (che nel *lockdown* di emergenza sanitaria si sposta verso la nozione di essere “congiunti”), non vita familiare

Ormai sembra che la famiglia sia solo in funzione della realizzazione egoitaria del soggetto, oramai qualificato persona componente, ma senza distinguere la nozione etimologica dalla culturale (anzi, assumendo la Persona come maschera dell'ego narcisistico).

E il riconoscimento della relazione familiare come giuridicamente rilevante è quasi sempre in funzione dei vantaggi economici collegati con lo *status* di familiare, sia pure con una differenza mutata (*rectius*, maturata non naturalmente) nel tempo: la reversibilità dei benefici per l'intera esistenza a favore del soggetto riconosciuto *partner*, ma temporalmente limitati per i figli e condizionati da età e/o indigenza, con un paradosso rispetto alla scala assiologica pur oggi dichiarata che vede nello *status unico di figlio* il paradigma dell'interesse familiare fondamentale nelle famiglie non composte solo dai *partners* della coppia.

Ma lo scenario appena assestato o vicino ad esserlo, recentemente sembra saltare per fatti di vita provenienti da territori lontani che si sovrappongono: e per questo loro manifestarsi sconvolgono le coscienze (anche se l'inconscio preferisce differenziarle fin dove possibile dalle dinamiche familiari e porle sulle strade pre-confezionate dalla cultura corrente, ora delle dichiarazioni formali dei diritti individuali da rispettare, ora invocando il benessere economico delle società occidentali): è il fenomeno dei veri (non presunti, pure nella realtà presenti ...) minori non accompagnati delle migrazioni afroasiatiche, perché si basano sulla figura antropologica di famiglia ormai dimenticata e reputata pericolosa perché si contrappone alla pura egoità delle nuove strutture variabili occidentali....

La mamma e il papà vendono tutto e rischiano, anche la vita del figlio insieme alla loro vita rimanendo in quei luoghi pericolosi dove è la loro casa, e che non possono lasciare tutti i componenti la famiglia perché non ne hanno la possibilità economi-

¹ Anche perché nel tempo attuale del Covid-19 non è possibile fruire delle biblioteche e per non correre rischi di gravi omissioni, in questa sede, si prescinde da ogni indicazione bibliografica giuridica.





ca, ma ove accettano la povertà e il distacco per dare al figlio una *chance* maggiore...

E, dalle nostre parti, noi “occidentali dei Paesi avanzati” per non rimanere spiazzati ed essere costretti ad una decostruzione fastidiosa e colpevolizzante, riteniamo di ricorrere a concetti come solidarietà e sussidiarietà, ormai però manipolati dalla valenza economica dei loro prodotti spendibili comunque sui mercati globalizzati, su cui oggi si sta iniziando ad aprire lo scontro epocale di coscienze... Discutendo di accoglienza e ONG, di costi, di luoghi e di spazi ... appellandosi ai diritti umani, senza probabilmente cogliere l'essenza dei fenomeni, rilevabile nei piccoli fatti di quelle singole vite familiari, *rectius*, di quelle famiglie violate... che sono come sono per la politica economica e familiare delle società occidentali, che ha delocalizzato l'entropia dei propri valori primordiali².

3. Segue. Le strutture familiari a componenti affettive variabili nel mondo high-tech, passando per la famiglia arcobaleno.

Tutti ne siamo in qualche modo consapevoli (anche se non lo confessiamo), esiste, come struttura invariante dei fenomeni in genesi, una sola vera famiglia ed è quella in cui singoli membri sono uno per l'altro: quindi non marito più moglie, ma marito per moglie (e viceversa) e ciò significa che rimane sempre una la realtà rilevante; e lo stesso accade con i figli ($mamma \times papà \times figlio = 1$). La famiglia non assurge a istituzione, ma potrebbe ed è solo scelta del diritto positivo riconoscerla o meno. Ma è proprio per questo che anche la monogenitorialità in genesi crea famiglia (genitore 1 x figlio sempre = 1). E non può esserci famiglia senza unità ($1 \times 1 \times 1 \times \dots = 1$).

Questo comporta che dentro la vera famiglia non maturano diritti ma tendenzialmente solo doveri, ma non per carenza strutturale o ideologica, ma per *enteglement* di valori, perché c'è una coincidenza tra il benessere dell'altro e il proprio benessere: qualunque cosa io faccia per il figlio o per la moglie o per il marito lo faccio a me stesso e se vedo star bene mio figlio mio marito mia moglie sto bene io; dunque si perdono le dimensioni della doverosità tipica delle relazioni e così come quelle dei diritti propri della realtà giuridica generale. Si crea comunione e non solo in senso patrimoniale, come regime tra coniugi.

² Come dimostrato dall'attuale devastazione di alcune comunità indigene per aiuti umanitari con errato approccio di generosità principalmente economica: cfr. A. SAINI, S.J. SINGH, *Lo tsunami degli aiuti*, in *Le Scienze*, Luglio 2020, 82 ss.

E di questo lo JUS come scienza pratica dovrebbe tener conto; e lo facevano i vecchi maestri del diritto civile; così come dovrebbe tenerlo in considerazione sia il giudice che l'avvocato post moderno, anche nel momento patologico, se quella realtà di famiglia è veramente mai esistita nei fatti sottoposti al giudizio³....

Certo oltre il fenomeno immediato di genesi sono presto esistite anche altre famiglie, quelle in cui contano i numeri e la forza dei componenti visti come singoli, originando un modello di famiglia che è anche stata storicamente una nozione istituzionalmente valida, anche se parallela a quella di genesi, quella che ha originato nel diritto gli *status* (passando per i consorzi parentali medievali) e che –per coerenza - non dovrebbe più essere declinabile dopo il traguardo dello *status unico di figlio* (lasciando sopravvivere solo l'altra famiglia, quella di genesi) e che invece si perpetua ancora in molti campi in cui socialmente si manifesta il potere: così ad es. è a quel concetto di famiglia che si riporta il concetto di famiglia mafiosa dov'è il numero e la potenza che conta è (ciò) che fa la differenza rispetto agli altri. Non è più 1x1 che fa sempre 1, ma 1 + 1+1....che fa 100, 1000.

Tra questi estremi, la famiglia di genesi e la famiglia come fenomeno di potere, in mezzo, ci stanno tutte le manifestazioni fattuali che oggi vengono considerate famiglie e che sono sempre capaci di nuove manifestazioni tendenti all'infinito/finito dello spazio di Cantor, ad esempio la famiglia a prova dei molti giovani che oggi si uniscono in matrimonio o anche semplicemente in convivenza di fatto senza tanto pensarci, forti del motto *high tec*, che nell'idioma delle mie terre calabre si traduce “se teni teni”, se no ognuno per la sua strada, ci liberiamo della relazione come di un contatto dell' *iphone*; o delle nuove forme parafamiliari degli amici di letto o di alcune manifestazioni di omosessualità laddove il principio di valore nell'unione non è per l'altro ma per me, dove cioè attraverso questa unione io realizzo me stesso e solo me stesso, non realizzo l'altro e l'altro realizza fundamentalmente solo se stesso; l'altro è solo un puro incontro come mezzo attraverso il quale io posso percepire la scommessa di realizzare il mio assunto di felicità.

Questo aspetto è il più difficile da analizzare, perché per mascherare questa realtà spesso si parla di amore, unione di amore, come se unione di amore non fosse anche una realtà materiale strutturata nella costante dello spazio/tempo della vita vissuta in comunione. Si confonde l'amore con la egoità, utilizzando la solidarietà e la sussidiarietà per creare

³ Ma è questa realtà che ha generato e genera spesso l'entropia nell'universo in espansione della responsabilità civile di settore.

fumo, realtà che sono tutte ancorate a concetti diversi: proprio per questo si crea la confusione di cui prima accennavo e che molto spesso è voluta perché deresponsabilizzante.

Certo, si è sempre più connessi in qualche modo con l'altro, ma non si è quasi mai ormai per l'altro. E questo vale anche per i figli che sempre più spesso si fanno cose solo x sè. Ma 1 x sè e come 1 x 0 (=0). Il solipsismo dell'ego si illude alla ricerca del mito di Telemaco, sperando che il padre fingendosi pazzo non passi con l'aratro sul figlio, pur di non andare in guerra di valori.

Ma le variabili di famiglie che scelgono gli embrioni, li scartano, commissionano surrogati del biologicamente predestinato con il prediletto o il preferito, invocando sempre e solo una dignità umana egoitaria, scaricandola su un presunto diritto a non nascere del concepito o concependo, si allontanano dalla realtà strutturale di famiglia: e il giurista del terzo millennio dovrebbe esserne consapevole ed adattare gli effetti giuridici delle norme positive alle peculiarità dei fatti di vita in base a quella *Prudenzia* che ne ha sempre connotato il ruolo sociale (e che purtroppo sta sempre maggiormente perdendo, correndo magari dietro a statistiche di atti o convenienza di onorari).

Ma c'è una cruna dell'ego (secondo la bella immagine dell'ultimo libro di Sequeri⁴) che non si chiude e probabilmente non potrà mai chiudersi e che disperatamente si tenta di mascherare con la vividezza dei colori, in cerca di estasi estetica momentanea stordente.

Si inventa così la famiglia arcobaleno, dove i colori sarebbero semplici varianti vivificanti di un'unica realtà prima incolore da trattare in modo uniforme nel diritto, sovrapponendo l'art. 29 Cost. con l'art. 2 Cost, flettendo il contenuto dell'art. 30 e ignorando il portato dell'art. 31 Cost. con il trucco di un perenne bilanciamento in ragionevolezza di proporzionalità dichiarata nel contingente.

L'arcobaleno è bello ma non si sa se e quando sta arrivando! Dove comincia ne dove finisce ne quanto dura. E se la bellezza del cielo fosse solo opera sua, saremmo per la maggior parte del tempo senza bellezza. Ci serve il sole per godere del bello alla luce o la luna e le stelle quando è notte per continuare a vedere il cielo con le sue strutture primordiali invariati che permettono di capire il senso del nostro esserci nel mondo. Siamo e rimaniamo creature in questo mondo, anche quando ci illudiamo di essere creatori⁵.

⁴ P. SEQUERI, *La cruna dell'ego*, Vita e Pensiero 2017

⁵ Creatori di nuove congiunture (*rectius*, di "congiunti") astrali di affinità affettive che appaiono come nuove realtà perché si è perso il seme della loro genesi nei fatti di vita semplice.

4. La cifra di questa evoluzione storica plurimillennaria di settore vista in dimensione globalizzata: Egoità in cerca di dignità (con forse, almeno in qualche direzione, una nostalgia struggente per il passato, utilizzabile anche per qualificare le relazioni amicali vere).

Scrivi Sequeri: "Le istituzioni della vita consentono agli umani di transitare la precarietà e la fallibilità dei loro cominciami e ricominciami.... Rendono disponibile una continuità temporale di strutture simboliche .. non arbitrariamente manipolabili – che precedono i loro giochi e sopravvivono alle loro giocate"⁶.

La cultura libertaria, creativa e trasgressiva, spesso ispirata dalla comunicazione mediatica, avvolge di euforia l'aggiramento della struttura della istituzione. Ma non la cancellano: non possono.

Anche se i buchi neri continuano a inghiottire galassie, rilasciano sempre getti di materia luminosa primordiale in un universo in continua espansione. Non ne possono fare a meno.

Anche se tutto sta cambiando e annichilando cerchiamo di non dimenticarlo.

La forma più eloquente dell'amore familiare e coniugale, è quando un individuo si affida incondizionatamente ad un altro. Soltanto chi si distacca così da sé e si abbandona con amore ad un altro, trova se stesso. Ed è un fenomeno fondamentale dell'esistenza umana, altrimenti si soffoca nel carcere dell'egoismo.

"Le cose stanno così e l'uomo è in grado di vedere che nella sua esistenza umana non possono stare diversamente"⁷. Certo bisogna avere dei motivi ragionevoli per affidarsi ad un altro individuo, per mettersi nelle sue mani (ma il bimbo non si pone il problema con la mamma ...). E malgrado tutte le riflessioni, verifiche, esigenze di ragionevolezza e legittimazione, bisogna rischiare più di quanto qualsiasi motivo razionale sembri legittimare. Tra persone adulte, ogni rapporto fatto di fiducia e di amore verso un altro, racchiude una dose di decisione e di rischio, che supera di gran lunga la riflessione sulla convenienza, ragionevolezza e proporzionalità che tale rischio ammette e approva. Ma è così e non possiamo farci niente.

Mi piacerebbe che sia anche questo il senso di questo scritto sulla Famiglia, in questa terra di antica e profonda cultura che è l'Italia, e in questa occasione che è uno scritto "d'occasione", destinato ad

⁶ P. SEQUERI, *op. cit.*, 116.

⁷ K. RAHNER, *Amare Gesù*, Milano 2015



allocarsi idealmente in terra toscana e proprio a Firenze, centro di bellezza e di cultura.

E' proprio il concetto solidale di genesi scaturente dal concetto di famiglia che aggrega la Persona oltre la globalizzazione anonima dei Mercati, anche delle persone che diventano famiglia allargata per affinità elettiva (ed affettiva), come sono gli amici incontrati come colleghi in comunità di lavoro ma che anche nei pochi fatti vissuti assieme e condivisi per empatia di valori assunti, si scoprono quasi fratelli.



LINEE EVOLUTIVE IN TEMA DI SOGGETTI PER UNA SOCIETÀ SOSTENIBILE

| 334 **Di Giuseppina Capaldo**

SOMMARIO: 1. *Gli enti privati in una società sostenibile.* 2. *Economia sociale di mercato e Unione Europea.* 3. *Sviluppo sostenibile, investimenti e Regolamento UE 852/2020.* 4. *Principio di Sussidiarietà e Terzo settore.* 5. *Impresa sociale e stakeholders.* 6. *Quarto settore e Società benefit. Il beneficio comune per la creazione di valore condiviso.* 7. *PMI innovative e Start-up innovative e a vocazione sociale. Fondo di sostegno al venture capital e finalizzato a sostenere investimenti nel capitale delle start-up innovative e delle piccole e medie imprese innovative.* 8. *Linee per un diritto degli enti sostenibili. Il dilemma della lucratività.* 9. *Gestione trasparente, sostenibile e responsabile e coinvolgimento di lavoratori e portatori di interessi.* 10. *Investimenti sostenibili. Titoli di solidarietà, green e social bond.* 11. *Conclusioni.*

ABSTRACT. *Questo saggio muove dall'esame degli enti privati per verificarne la compatibilità con la realizzazione di una società sostenibile e inclusiva che cooperi per la tutela dell'ambiente e sia rispettosa dei diritti umani; verifica inoltre se, nell'ambito del cd. diritto della sostenibilità, sia possibile ricostruire uno statuto di "ente sostenibile". Allo stato non esistono figure tipiche di enti sostenibili, mentre sul piano del trattamento e dei rimedi emergono molteplici profili rilevanti quando questi soggetti si trovino ad operare nell'ambito della realizzazione di interessi sostenibili: se sul piano dello scopo non appare discriminante il carattere della lucratività, sul piano del funzionamento sono dettate specifiche regole di governance, così come regole relative al coinvolgimento degli stakeholders, a forme di welfare nei confronti dei lavoratori, a criteri di accesso alla finanza sostenibile.*

This article addresses the issue of private bodies to verify their compatibility with a sustainable and inclusive society that protects the environment and is respectful of human rights; moreover if, in the Sustainable law, it is possible to identify a discipline of "sustainable body". At present, there are no typical institutes of sustainable entities, but in terms of rules and remedies there are a lot of relevant profiles in the context of the realization of sustainable interests: the character of profitability is not decisive, specific governance rules are dictated, as well as rules relating to the involvement of stakeholders, to welfare for workers, to access criteria to sustainable finance.



1. Gli enti privati in una società sostenibile.

Queste pagine si pongono un duplice obiettivo: in primo luogo, esaminare gli strumenti di cui i privati dispongono nell'ambito delle formazioni sociali riconosciute dalla Costituzione per realizzare una società sostenibile e inclusiva, che cooperi per la tutela dell'ambiente e sia rispettosa dei diritti umani¹; inoltre, benché la ricerca sia in fase iniziale, verificare se, nell'ambito del cd. diritto della sostenibilità, sia possibile individuare alcune caratteristiche peculiari degli enti e delle organizzazioni al fine di abbozzare uno statuto di ente sostenibile.

Gli enti senza scopo di lucro sono sempre stati ritenuti ricchi di opportunità per i privati desiderosi di realizzare finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale², ma in realtà, se ci si limitasse a esaminare soltanto queste figure, l'esito risulterebbe incompleto per due ordini di ragioni, l'una esterna alla categoria, l'altra interna alla medesima.

In primo luogo, infatti, un mutamento sociale, stabile e duraturo non può prescindere dal dato economico; qualsiasi cambiamento di sistema non può che fluire attraverso la progressiva evoluzione delle forme che, strutturalmente, realizzano l'economia di mercato (e quindi, per quanto attiene alla peculiare prospettiva qui oggetto di analisi, anche attraverso le figure degli enti con scopo di lucro). L'evoluzione della società che oggi si va imponendo, come esito di un processo imprescindibile³ è in realtà in atto da ben prima della crisi finanziaria del 2008⁴ ed è l'effetto di un cambiamento non solo economico⁵, bensì culturale e del pensiero⁶.

¹ Secondo P. MARCHETTI, *Editoriale*, in *Riv. Società*, 2020, p. 349 ss. "la sostenibilità non è utopia, alibi, corpo estraneo, ma concretissima esigenza che ridisegna responsabilità e obiettivi".

² Solo che si pensi alle finalità civiche solidaristiche e di utilità sociale, estremamente dettagliate all'art. 5 della d.lgs. 117/2017 e all'art. 2 del d.lgs. 112/2017 su cui *infra*.

³ "A sea change in the way investors evaluate companies is under way. Its exact timing can't be predicted, but it is inevitable", così R.G. ECCLES, S. KLIMENKO, *The Investor Revolution*, in *Harv. Bus. Rev.*, May-June 2019, p. 116. Sul punto, si v. anche M. ROBINSON, *Climate Justice. Manifesto per un futuro sostenibile*, Roma, 2020, p. 23.

⁴ In argomento, la letteratura è sterminata: si vedano L. WALLACH, M. SFORZA, *WTO. Tutto quello che non vi hanno mai detto sul commercio globale*, Milano, 2000; S. GEORGE, *Fermiamo il WTO*, Milano, 2002; R. VIJ, *Globalization and Welfare. A critical reader*, New York, 2007; L.S. ROSSI (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile?*, Bologna, 2003; P. FITOUSSI, *La democrazia e il mercato*, Milano, 2004; J. ZIEGLER, *La privatizzazione del mondo. Padroni, predatori e mercenari del mercato globale*, Milano, 2003; *Dalla parte dei deboli. Il diritto all'alimentazione*, Milano, 2004; ID., *L'impero della vergogna*, Milano, 2006. Su alcune delle conseguenze dell'assenza di una regolazione etica dell'economia globale, tra gli altri, A. GORE, *L'assalto alla ragione*, Milano, 2007; N.

Libertà, diritti sociali, diritti umani fondamentali rappresentano il banco di prova di qualsiasi opzione di sistema economico, sollecitando un'indagine che, oltre che giuridica⁷, affronti e risolva anche opzioni etiche e di giustizia distributiva e sociale⁸.

Inoltre, una ricostruzione sui soggetti del diritto sostenibile non può prescindere dal mondo delle

CHOMSKY, V. SHIVA, J. STIGLITZ, *La debolezza del più forte. Globalizzazione e diritti umani*, Milano, 2004; K. BALES, *I nuovi schiavi*, Milano, 2000; N. ROOZEN, F. VAN DER HOFF, *Max Havelaar. L'avventura del commercio equo e solidale*, Milano, 2003. V. SHIVA, *Ritorno alla terra. La fine dell'ecoimperialismo*, Roma, 2009; EAD., *Le nuove guerre della globalizzazione. Sementi, acqua e forme di vita*, Torino, 2005; J. BOVÉ, F. DUFOUR, *Il mondo non è in vendita. Agricoltori contro la globalizzazione alimentare*, Milano, 2000.

⁵ Per un quadro delle questioni sociali ed economiche dell'epoca si richiamano, in una letteratura ricchissima, alcuni saggi tra i quali U. BECK, *I rischi della libertà. L'individuo nell'epoca della globalizzazione*, Bologna, 2000; ID., *Conditio Humana. Il rischio nell'età globale*, Roma-Bari, 2008; W. SACHS E T. SANTARIUS (a cura di), *Per un futuro equo. Conflitto sulle risorse e giustizia globale*, Milano, 2007; P. ARTUS - M.P. VIRARD, *Globalisation. Le pire est à venir*, Paris, 2008; Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 2001; G. BOLTON, *Poor story. An insider uncovers how globalisation and good intention have failed the world's poor*, Great Britain, 2007; J. KULTALAHTI, I. KARPPI, O. KULTALAHTI, E. TODISCO (a cura di), *Globalisation. Challenges to Research and Governance*, Helsinki, 2009; M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, Bologna, 2007; A. SEN, *La democrazia degli altri. Perché la libertà non è un'invenzione dell'occidente*, Milano, 2004; ID., *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, 2000; P. SINGER, *One world. L'etica della globalizzazione*, Torino, 2003; J.E. STIGLITZ, *In un mondo imperfetto. Mercato e democrazia nell'era della globalizzazione*, Roma, 2001; ID., *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Torino, 2010. M. YUNUS, *Il banchiere dei poveri*, Milano, 1998; ID., *Un mondo senza povertà*, Milano, 2008; ID., *Si può fare! Come il business sociale può creare un capitalismo più umano*, Milano, 2010.

⁶ Si va verso un cambiamento dello stesso modo di intendere la scienza giuridica, F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro, 2017, p. 28 e spec. p. 211 ss.; F. EKARDT, *Sustainability, Transformation, Governance, Ethics, Law*, Berlin, 2019, p. 112 ss.

⁷ Si pensi solo al dibattito sulla globalizzazione e le regole, per tutti, E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà*, Bologna, 2006, p. 137 ss.; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; P. CIOCCA - I. MUSU (a cura di) *Economia per il diritto*, Torino, 2006; N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari-Roma, 2001; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari-Roma, 2003; M. TELÒ, *L'Europa potenza civile*, Roma-Bari, 2004; G. GUARINO, *Il governo del mondo globale*, Firenze, 2000; G. GUARINO, *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Milano, 2006; G. STEINER, *Una certa idea di Europa*, Milano, 2006; A. ALESINA - F. GIAVAZZI, *Goodbye Europa. Cronache di un declino economico e politico*, Milano, 2006; U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta*, Bologna, 2007.

⁸ S. ZAMAGNI, *Disuguali*, Sansepolcro, 2020, p.133 ss. L. FLORIDI, *Il verde e il blu. Idee ingenue per migliorare la politica*, Milano, 2020, p. 255 ss.; T. PIKETTY, *Capitale e ideologia*, Milano, 2020, p. 13 ss.



forme organizzate del profit perché, sul piano normativo, gran parte della disciplina dettata per la sostenibilità è destinata proprio ai diversi soggetti del panorama lucrativo, coinvolgendo quindi necessariamente queste figure nel dibattito⁹.

336 | Sotto altro profilo – che si potrebbe definire interno – la categoria degli enti senza scopo di lucro, come categoria unitaria, descrive una gamma variegata di soggetti, il cui carattere *no profit* non è più un tratto di per sé sufficientemente qualificante¹⁰. Agli enti del primo libro, infatti, si affiancano gli enti del Terzo settore (ETS) che da essi comunque si differenziano, benché sempre nell'ambito dello scopo non lucrativo¹¹, lasciando emergere una notevole complessità nell'ambito degli enti del primo libro, con degli statuti decisamente differenziati che non sembra giustificarsi semplicemente in relazione agli scopi perseguiti¹².

⁹ Si pensi ai parametri ESG, alla Dichiarazione non finanziaria, M. MAUGERI, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Rivista delle Società*, fasc.5, 1, pag. 992 ss.; E. RIMINI, *I valori della solidarietà sociale nelle dichiarazioni non finanziarie*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2018, p. 187 ss.

¹⁰ Intorno alla rilevanza del discorso sulle categorie nel diritto civile contemporaneo si veda N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 42.

¹¹ N. LIPARI, *Il ruolo del terzo settore nella crisi dello stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 637 ss. “Io credo si debba, una buona volta, rompere la logica delle dicotomie radicali (alla quale, a ben vedere, si riconnette la stessa terminologia che continua a far riferimento ad un «terzo settore»): il mercato come salvezza o come distruzione, lo Stato come protettore o come nemico, la società civile come modello utopico o come luogo delle insanabili contraddizioni. Dobbiamo capire che, se davvero la solidarietà è riflesso dell'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, solo attraverso la gratuità si può scoprire, tramite il riconoscimento dell'altro, l'autentica dimensione dell'«essere parte». Solo se i tre poli del pubblico, del privato e del civile tenderanno ad amalgamarsi, noi potremo cogliere una prospettiva di salvezza per la società del terzo millennio. In un mondo in cui appare tanto difficile recuperare il filo di Arianna del proprio essere per gli altri, in cui appaiono stravolti valori fondamentali della convivenza e la carriera diventa arrivismo, il potere arroganza, l'affare speculazione, la denuncia civile scandalismo, dobbiamo guardare ad esperienze di rapporto che siano capaci, nel nome della fraternità, di porsi quale segno storico di una contraddizione che ci provoca a mettere in crisi noi stessi, le nostre abitudini consolidate, le nostre compiacenti sicurezze. Certo, dobbiamo farlo nel segno del diritto; tuttavia non, per riprendere una formula di Santi Romano, di un diritto che si risolva nelle forme condizionanti dei consueti «catechismi normativi», ma di un diritto, per usare invece le parole di Paolo Grossi nell'introduzione al suo ultimo libro, che va cercato nelle radici di una civiltà, nel profondo della sua storia, nell'identità più gelosa di una coscienza collettiva. È questa la scommessa che la mia generazione affida ai giovani giuristi del terzo millennio.”

¹² Sullo specifico profilo della cd. “societarizzazione” degli enti del terzo settore M. TOLA, *La governance degli enti del terzo settore e i sistemi multistakeholders*, in *Rivista delle Società*, fasc.2, pag. 393 ss., nell'indagine interessante è anche l'analisi sui poteri che il legislatore attribuisce all'organo di controllo.

A loro volta, le fondazioni bancarie che rappresentano un'istituzione strategica per il settore non profit, sono persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di una disciplina molto dettagliata nella l. 153/1999 - collocate fuori tanto del Codice del Terzo Settore che del primo libro del Codice civile - sono enti che hanno per vocazione il perseguimento di scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico in rapporto prevalente con il territorio, “assicurando, singolarmente e nel loro insieme, l'equilibrata destinazione delle risorse e dando preferenza ai settori a maggiore rilevanza sociale” (art. 2 co.2)¹³. Tra gli Enti del Terzo settore sono inoltre inserite di diritto le imprese sociali che, peraltro, non sono un modello organizzativo autonomo, potendo essere costituite nelle forme di tutti gli enti privati inclusi quelli del V libro, bensì un'attività svolta secondo determinati criteri dettati dal d.lgs.112/2017.

2. Economia sociale di mercato e Unione Europea

Il disegno di un sistema di principi e canoni comuni che consenta di delineare univocamente lo sviluppo sostenibile non è certamente soltanto di diritto positivo, né come tale può essere trattata. Per il civilista, peraltro, il discorso si arricchisce di molteplici e variegata sfumature, diviene per un verso più semplice per altro più articolato. Già nei primissimi anni '50 Filippo Vassalli affermava che «Il diritto civile non è mai stato mancipio dello Stato, com'è avvenuto nella fase più recente. Non lo è stato per l'intrinseca sua natura, né pel suo processo di formazione»⁽¹⁴⁾. Egli già descriveva il processo del superamento dello Stato nazionale e della sovranità statale. Il diritto civile, nel solco della sua natura,

¹³ F. FIMMANÒ, M. COPPOLA, *Sulla natura giuspubblicistica delle fondazioni bancarie*, in *Riv. del Notariato*, 2017, pag. 649 ss.

¹⁴ Così già F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano, 1951, II, p. 481 ss.; ora in *Studi giuridici*, III.2, Milano, 190, p. 753 ss., apprezzando la «tendenza a costruire un “diritto umano”, cioè un diritto di cui gli uomini sono soggetti indipendentemente dalla loro appartenenza a date collettività politiche»; così G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi*, Napoli, 1997, pp. 26, spec. 104 ss., nell'affermare il *valore euristico* della categoria generale del contratto in funzione di *politica del diritto e epistemologica*, sottolinea proprio l'importanza della disciplina uniforme. Infatti «la disciplina transnazionale della legge uniforme può indurre un'aporia: suppone *più* ordinamenti, ma è ad essi *comune*. Perciò la dottrina deve fornirsi di strumenti idonei a neutralizzarla. Lo studioso non può pretendere l'unità nel reale giuridico, puramente illusoria, ma recuperarla proprio in dimensione euristica».



doveva – e deve - invece realizzare “esigenze di giustizia nei rapporti che si svolgono liberamente tra gli uomini” (che non necessitano dell’intervento del pubblico potere, anzi aspirerebbero ad esserne indipendenti). In questi rapporti si pone “un nesso organico con la vita economica ed etica dello Stato”¹⁵.

Naturalmente, qualsiasi riflessione su una società sostenibile deve, in primo luogo, muovere dalla opzione di fondo di politica economica accolta dal nostro ordinamento, per poi analizzarne le implicazioni a livello privatistico; ora, per cercare di ricostruire queste figure che si muovono in un quadro di pluralità di fonti e di ordinamenti, per quanto attiene all’analisi del sistema economico, il riferimento non può che essere l’Unione Europea¹⁶. “Il giurista ha bisogno di dati positivi e in una stagione dell’esperienza giuridica ‘in cui per molti versi si va perdendo la dimensione sistematica del sapere la prospettiva europea assume un ruolo innovativo perché aiuta a saldare le cose nuove con quel quadro sistematico che è il dato qualificante di qualsiasi ordinamento”¹⁷.

Certamente, se all’inizio degli anni duemila la nostra Costituzione si poneva su un piano decisamente meno liberista rispetto alle disposizioni dell’Unione Europea, così come si poteva ricostruire dalle norme dei Trattati e dall’articolo 16 della carta di Nizza¹⁸, oggi il Trattato sull’Unione Euro-

pea nella sua versione consolidata ci consente di ritenere che l’opzione di sistema adottata sia piuttosto quella di una economia sociale di mercato, benché, com’è chiaro, le declaratorie di principio vadano sempre declinate e verificate nei contenuti¹⁹.

Nel Preambolo gli Stati ribadiscono l’intenzione di “promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile nel contesto della realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione dell’ambiente”.

La norma cardine è costituita dall’art. 3 TUE, nel quale il legislatore comunitario, dopo aver dichiarato che si prefigge la promozione della pace, dei suoi valori e del benessere dei suoi popoli e che

della persona e quindi, almeno sul piano dei principi “meno liberista”, rispetto all’ordinamento comunitario. Per tutti, si vedano *Contratto e Costituzione in Europa* a cura di G. VETTORI, Padova, 2005; G. VETTORI (a cura di), *La Carta europea dei diritti*, Padova, 2002; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21ss.; ID., *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 915 ss.; ID., *Carta Europea e situazioni dei privati*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 1 ss.; G. ALPA, *La riforma dei codici e il progetto di un codice civile europeo*, in G. ALPA - E. N. BUCCICO (a cura di), *Le riforme dei codici in Europa e il progetto di un codice civile europeo*, a cura di, Milano, 2002, p. 3 ss.; L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *L’integrazione del diritto inglese con il diritto comunitario: l’esempio della Direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori ed il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p.452 ss.; C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, p. XIII ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002; G. ALPA - G. IUDICA, *L’economia di mercato tra Costituzione italiana e Costituzione europea*, Napoli, 2007.

¹⁹ La disciplina del consumatore è paradigmatica di questa parabola evolutiva. All’origine non si poneva certamente, a livello comunitario, l’attuazione di un principio di solidarietà attraverso la tutela della persona-consumatore come soggetto debole, bensì si trattava dello strumento tecnico per costruire un certo tipo di mercato, imponendo alle imprese specifici comportamenti, precise regole nei confronti di coloro che costituiscono, in via aggregata, la domanda con la quale esse si devono confrontare sul mercato. In sostanza, con una serie di regole minime a difesa del consumatore fissate dalle direttive comunitarie, le imprese non possono beneficiarsi ulteriormente di una loro eventuale preesistente posizione di vantaggio competitivo sul mercato, riuscendo anche a imporre al consumatore clausole contrattuali meno vantaggiose per lui, rispetto a quelle che potrebbero imporre le altre imprese. L’Unione Europea, nel perseguire l’obiettivo di un mercato concorrenziale, ha disciplinato i canoni fondamentali di corretta informazione e di negoziazione trasparente e corretta con il consumatore, in modo che le imprese nella contrattazione con i privati si muovessero su un piano di parità. L’origine del sistema di disposizione in favore del consumatore non trae perciò la sua origine da una vocazione comunitaria alla protezione dei soggetti deboli, anche se, di fatto, nell’evoluzione del sistema del diritto privato europeo ha avuto anche questa ricaduta. Pian piano, l’ordinamento si è aperto alla tutela del consumatore in quanto tale e, a sua volta, con la carta di Nizza si è sancito, tra i principi di solidarietà, che “nelle politiche dell’Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori” (art. 38). Su questi temi, si v. anche L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010.

¹⁵ Così sempre F. VASSALLI, *op. ult. cit.*, p.758. Così anche ID., *Esame di coscienza di un giurista europeo*, *ivi*, p.768 ss. In una prospettiva attenta alla cultura contemporanea, G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano 2004, p. 1239 ss. spec p. 1291.

¹⁶ Così G. VETTORI, *Contratto e Rimedi*, Milano, 2017, p. 38;

¹⁷ Così N. LIPARI, *Trattato di Diritto Privato Europeo*, Padova, 2003, p. 2. Per un’analisi attuale sull’Europa, si veda, tra gli altri, S. CASSESE, *Il buon governo. L’età dei doveri*, Milano, 2020, p. 69 ss.; G. PIGA, *L’interregno. Una terza via per l’Italia e l’Europa*, Milano, 2020, p. 121 ss.

¹⁸ L’art. 16 della Carta di Nizza è la mera affermazione di un principio, secondo il quale “è riconosciuta la libertà di impresa conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”. Tale disposizione svolge, comunque, una funzione fondante dell’autonomia privata, intesa secondo la tradizione civilistica continentale, anche nelle fonti comunitarie. A questa regola si affianca l’art. 17 che ha ad oggetto la tutela della proprietà privata. Sul piano dei principi fondanti la nostra Costituzione, a fronte dell’art 16 e 17 della carta di Nizza, presenta gli artt. 41 e 42. L’art. 42 tutela il diritto di proprietà, l’art. 41 enuncia il principio per il quale l’iniziativa economica privata è libera, non può svolgersi in contrasto con sicurezza, libertà e dignità umana, e che l’esercizio dell’iniziativa economica privata non deve essere in contrasto con l’utilità sociale. Quindi, non è sancito un dovere di perseguire l’utilità sociale in capo ai privati, ma, piuttosto, il contrasto con l’utilità sociale fissa il limite dell’iniziativa economica privata. Diversamente dal sistema UE, la nostra Costituzione appariva, sin da allora, attenta oltre che a garantire l’espressione delle libertà economiche del singolo, anche le istanze sociali collettive e le esigenze di tutela



offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui è assicurata la libera circolazione delle persone, al terzo comma si concentra sulle caratteristiche del mercato interno.

338 | *“L’Unione instaura un mercato interno. Si adoperava per lo sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L’Unione combatte l’esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri. Essa rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo”.*

Allo stato quindi il mercato interno è “fortemente” in competizione, ma su un sistema di economia sociale di mercato, crescita equilibrata e stabilità di prezzi. E oltre ad aspirare alla piena occupazione, alla tutela ambientale e al progresso sociale, l’UE ribadisce la tutela di molteplici diritti, prerogative, libertà²⁰.

In questo senso, mentre nella fase iniziale la normazione comunitaria si è rivolta alla creazione di un diritto dei mercanti, attualmente è indiscutibile che l’Unione europea si impegna a tutelare i diritti della persona ed è attenta alla solidarietà, alle libertà e ai diritti fondamentali di tutti i cittadini dell’Unione Europea²¹.

²⁰ F. EKARDT, *Sustainability, Transformation, Governance, Ethics, Law*, cit., p. 113 ss., delinea la libertà e i diritti fondamentali nell’ambito dell’Unione Europea e anche a livello internazionale in una ricostruzione della sostenibilità come obiettivo normative. L’idea è che esistano delle precondizioni elementari di questa libertà, sotto forma di cibo, acqua, sicurezza, stabilità climatica, istruzione, assenza di guerre etc.

²¹ G. VETTORI, *Contratto e Rimedi*, cit., p. 38 intorno alla funzione del Trattato di Lisbona nel passaggio da un’Europa dei mercanti a un’Europa dei diritti su cui già S. RODOTÀ, *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 21. Il dibattito sul significato europeo della formula “economia sociale di mercato” e sul suo rapporto con l’antecedente ordoliberal tedesco della *Sozialen Marktwirtschaft* è estremamente ricco e variegato: ex multis, si vedano i contributi di C. JOERGES-F. RODL, “*Social Market Economy*” as *Europe’s Social Model?*, Eui WP, 2004, 8, p. 1 (in <http://cadmus.eui.eu>); P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza e economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2009, p. 81; M. LIBERTINI, *A “Highly Competitive Social Market Economy” as a Founding Element of the European Economic Constitution*, in *Concor. merc.*, 2011, p. 491; ID., *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale*

Anche al co. 5 si ribadisce il principio per cui *“l’Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all’eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite”.*

3. Sviluppo sostenibile, investimenti e Regolamento UE 852/2020

Chiarita l’opzione macroeconomica fatta propria dai Trattati dell’Unione Europea, l’indagine volge preliminarmente a definire la sostenibilità e ad individuare il contesto normativo. Gli elementi di base del ragionamento possono essere tratti dal Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all’istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili. Questo Regolamento stabilisce i criteri per determinare se un’attività economica possa considerarsi ecosostenibile al fine di individuare il grado di ecosostenibilità di un investimento e rappresenta un passo fondamentale verso l’obiettivo di un’unione a impatto climatico zero.

Al primo considerando il testo richiama appunto l’art 3, co. 3 TUE, confermando il carattere primario e l’essenzialità di uno sviluppo sostenibile, che sia basato sulla equilibrata crescita e sulla tutela ambientale, per lo sviluppo del mercato interno.

Nel secondo considerando del Regolamento viene esplicitamente citata la comunicazione della Commissione Europea del 22 novembre 2016²² che fece propri gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile di cui all’Agenda 2030, adottata il 25 settembre dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite, riguardanti le tre dimensioni della sostenibilità e cioè la *governance* economica, sociale ed ambientale. Nel Regolamento si ricorda l’Accordo di Parigi sui

dell’impresa, in *Oriz. dir. comm.*, 2013, p. 1, nonché, in termini critici, A. SOMMA, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismo*, in *DPCE on-line*, 4-2015 (<http://www.dpce.it/>) e ID. *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell’ordine proprietario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 39.

²² Si tratta della comunicazione “*Il futuro sostenibile dell’Europa: prossime tappe*” del 22 novembre 2016 (COM/2016/0739 final, disponibile in eur-lex.europa.eu). Il secondo considerando richiama anche le conclusioni del 20 giugno 2017 del Consiglio europeo e una comunicazione della Commissione sul “*Green Deal Europeo*” dell’11 dicembre 2019 (COM/2019/640 final, disponibile in eur-lex.europa.eu).



cambiamenti climatici, approvato dall'Unione in data 5 ottobre 2016 laddove ci si impegna a rendere "i flussi finanziari coerenti con un percorso che conduca a uno sviluppo a basse emissioni di gas a effetto serra e resiliente ai cambiamenti climatici"²³ (considerando 3).

Sostenibilità e transizione ad una economia climaticamente neutra, che sia più efficiente in termini di risorse e circolare rappresentano l'opzione strategica per garantire la competitività economica dell'Unione Europea nel lungo termine.

L'UE ha emanato di recente anche un altro Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità sempre nel settore dei servizi finanziari.

Tra le normative interne in materia di sostenibilità, si segnalano in particolare l'attuazione di alcune direttive. Nel d.lgs. 254/2016, attuazione della direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, recante modifica alla direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni, la norma che sollecita maggiore attenzione è l'art. 3 che stabilisce il contenuto della dichiarazione individuale di carattere non finanziario²⁴.

²³ In argomento, si veda S. LATOUCHE, *La scommessa della decrescita*, Milano, 2007, p.73; P. GRECO, A.POLLIO SALIMBENI, *Lo sviluppo insostenibile. Dal vertice di Rio a quello di Johannesburg*, Milano, 2003, p. 31 ss.; N. KLEIN, *Shock Economy. L'ascesa del capitalismo dei disastri*, Milano, 2007.

²⁴ La norma più interessante è all'art. 3 del d.lgs. 254/2016, che detta il contenuto della dichiarazione individuale di carattere non finanziario per gli Enti di Interesse pubblico (sui medesimi criteri sono redatte le dichiarazioni volontarie di cui all'art. 7 del medesimo decreto) "1. La dichiarazione individuale di carattere non finanziario, nella misura necessaria ad assicurare la comprensione dell'attività di impresa, del suo andamento, dei suoi risultati e dell'impatto dalla stessa prodotta, copre i temi ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro la corruzione attiva e passiva, che sono rilevanti tenuto conto delle attività e delle caratteristiche dell'impresa, descrivendo almeno: a) il modello aziendale di gestione ed organizzazione delle attività dell'impresa, ivi inclusi i modelli di organizzazione e di gestione eventualmente adottati ai sensi dell'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, anche con riferimento alla gestione dei suddetti temi; b) le politiche praticate dall'impresa, comprese quelle di dovuta diligenza, i risultati conseguiti tramite di esse ed i relativi indicatori fondamentali di prestazione di carattere non finanziario; c) i principali rischi, generati o subiti, connessi ai suddetti temi e che derivano dalle attività dell'impresa, dai suoi prodotti, servizi o rapporti commerciali, incluse, ove rilevanti, le catene di fornitura e subappalto; 2. In merito agli ambiti di cui al comma 1, la dichiarazione di carattere non finanziario contiene almeno informazioni riguardanti: a) l'utilizzo di risorse energetiche, distinguendo fra quelle prodotte da fonti rinnovabili e non rinnovabili, e l'impiego di risorse idriche; b) le emissioni di gas ad effetto serra e le emis-

Altre discipline rilevanti in materia sono il d.lgs. 147/2018, attuazione della direttiva (UE) 2016/2341 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2016, relativa alle attività e alla vigilanza degli enti pensionistici aziendali o professionali²⁵; e il d.lgs. 49/2019 Attuazione della cd. *Shareholders Rights II*, direttiva 2017/828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, che modifica la direttiva 2007/36/CE per quanto riguarda l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti.

È chiaro che diventa indispensabile predisporre gli strumenti a livello di politiche dell'Unione al fine di risolvere il problema che tutti gli economisti pongono e cioè il modo di attrarre la finanza verso gli investimenti sostenibili²⁶, "Nella comunicazione dell'8 marzo 2018, la Commissione ha pubblicato il piano di azione per finanziare la crescita sostenibile, lanciando un'ambiziosa strategia globale sulla finanza sostenibile. Uno degli obiettivi fissati nel piano di azione è il riorientamento dei flussi di capitale verso investimenti sostenibili finalizzato a raggiungimento di una crescita sostenibile e inclusiva" (considerando 6)²⁷.

sioni inquinanti in atmosfera; c) l'impatto, ove possibile sulla base di ipotesi o scenari realistici anche a medio termine, sull'ambiente nonché sulla salute e la sicurezza, associato ai fattori di rischio di cui al comma 1, lettera c), o ad altri rilevanti fattori di rischio ambientale e sanitario; d) aspetti sociali e attinenti alla gestione del personale, incluse le azioni poste in essere per garantire la parità di genere, le misure volte ad attuare le convenzioni di organizzazioni internazionali e sovranazionali in materia, e le modalità con cui è realizzato il dialogo con le parti sociali; e) rispetto dei diritti umani, le misure adottate per prevenirne le violazioni, nonché le azioni poste in essere per impedire atteggiamenti ed azioni comunque discriminatori; f) lotta contro la corruzione sia attiva sia passiva, con indicazione degli strumenti a tal fine adottati." Sul tema ampiamente in M. MAUGERI, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, cit., p. 992 ss.; S. FORTUNATO, *L'informazione non-finanziaria nell'impresa socialmente responsabile*, in *Giur. Comm.*, p. 415 ss.

²⁵ Si veda Regolamento IVASS n. 38/2018 recante disposizioni in materia di governo societario del 3 luglio 2018 (disponibile in www.ivass.it).

²⁶ R. HENDERSON, *Nel mondo che brucia*, cit., p. 117.

²⁷ R.G. ECCLES, S. KLIMENKO, *The Investor Revolution*, cit., p. 106 ss. Indicano sette criteri valutare la sostenibilità di un investimento, lo screening cd. negativo, che eliminando società in settori o paesi ritenuti discutibili; lo Screening basato sulle norme (che per es. elimina aziende che violano alcune serie di norme); Screening positivo (come la selezione di società con performance ESG particolarmente elevate; la valutazione del tipo di investimenti incentrati sulla sostenibilità (come in un fondo incentrato sull'accesso all'acqua pulita o all'energia rinnovabile); Integrazione ESG (inclusi i fattori ESG nell'analisi fondamentale); Proprietà attiva (impegnarsi a fondo con le società in portafoglio); Impact investing (ricerca di società che abbiano un impatto positivo su una questione ESG pur ottenendo un ritorno di mercato).



Gli enti che possono realizzare queste finalità si inseriscono nel solco delle nuove istanze delle teorie economiche che vedono nel capitalismo cd. *triple bottom line*, *Planet, People and Profit*²⁸, nel bilanciamento di questi interessi²⁹ - anche attraverso la *governance* - il modo per rinnovare dall'interno il sistema economico e il nostro modo di vivere.

4. Principio di sussidiarietà orizzontale e Terzo settore.

Nel nostro ordinamento, il legislatore, in anni recenti, dopo aver emanato numerosi provvedimenti non sempre coordinati tra loro³⁰, con la legge delega

²⁸ Si tratta degli studi iniziati da John Elkington, a prendere le mosse dal saggio J. ELKINGTON, *Towards the Sustainable Corporation Win-Win-Win Business Strategies for Sustainable Development*, in *California Management Review*, 1994, 1, p. 90; J. ELKINGTON - P. HARTIGAN, *The Power of Unreasonable People*, Brighton (Mass.), 2008; J. ELKINGTON, *The Zeronauts: Breaking the Sustainability Barrier*, London, 2012; ID., *The Breakthrough Challenge: 10 Ways to Connect Today's Profits With Tomorrow's Bottom Line*, Jossey-Bass, 2014; J. STIGLITZ, *Popolo, potere e profitti. Un capitalismo progressista in un'epoca di malcontento*, Torino, 2020, p.5 ss.; S. ZAMAGNI, *Disuguali*, cit., p. 9 ss.

²⁹ F. EKARDT, *Sustainability, Trasformation, Governance, Ethics, Law*, cit., p. 113 ss. "Ethical and legal decisions can only be understood as a balancing situation (between various freedoms, elementary preconditions of freedom, further freedom promoting conditions and everything that can be derived from all of the above). Any sustainability decision is thus marked by normative and factual uncertainties (which is usually overlooked). Concrete problems such as "strong versus weak sustainability" or the relevance of a specific argument can only be meaningfully resolved within this theoretical framework. The ethical and legal theory of sustainability is also developed as a transformed theory of democracy and of balance of powers". Ne consegue che la regola del bilanciamento rilevi come una tra le più importanti per il contesto della sostenibilità.

³⁰ Al momento dell'emanazione della legge delega tra le principali normative erano in vigore tra le altre, per quanto concerne il mondo dell'associazionismo e fini di utilità sociale: i) Legge quadro sul volontariato 1.266/1991, connotata dal fatto che secondo l'art. 3 le organizzazioni potevano costituirsi in qualsiasi forma giuridica purché non incompatibile con lo scopo solidaristico; e secondo l'art. 2 co. 3 il volontario non era legato da un rapporto di lavoro; ii) la l. 381/1991, tipo a e tipo b sulle cooperative sociali; iii) l. 281/1998 ora 136 ss. codice consumo (associazioni di consumatori e utenti); iv) l. 328/2000 l. quadro per la realizzazione di un sistema integrato dei servizi sociali; v) l. 383/2000 disciplina delle associazioni di promozione sociale, che all'art.1 riconosce il valore dell'associazionismo; vi) le società di mutuo soccorso; vii) le Cooperative a mutualità prevalente artt. 2512 ss. c.c.; viii) il sistema di agevolazioni fiscali delle Onlus d.lgs. 460/1997. Nel panorama delle Fondazioni, tra le principali normative: i) Fondazioni enti-irici d.lgs. 367/1996; ii) Fondazioni di origine bancaria; iii) Fondazioni universitarie (d.p.r. 254/2001); iv) enti ecclesiastici; enti filantropici. Per l'impresa sociale era stato già emanato il d.lgs. 24 marzo 2006, n.155 ora revisionato. In argomento, G. PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 726.

18 giugno 2016, n. 106 per la *riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale* ha inteso dettare (art. 1) una disciplina sistematica "per il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi"³¹.

L'assenza di una nozione legislativa di Terzo settore induceva ad individuarlo in termini residuali come settore residuale rispetto al pubblico e al privato³².

Al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, co.4, della Costituzione, il Codice del Terzo settore ha provveduto al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti privati senza scopo di lucro.

L'ordinamento riconosce il valore e la funzione sociale degli enti del Terzo settore, dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono quali espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo, ne promuove lo sviluppo salvaguardandone la spontaneità ed autonomia, ne

³¹ Con la Riforma del Terzo settore, sono stati emanati diversi provvedimenti, in particolare il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112 *Revisione della disciplina in materia di impresa sociale* e il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 *Codice del Terzo settore*, con successive modificazioni e decreti attuativi. Sono esclusi dal Terzo settore tanto le formazioni e le associazioni politiche, che i sindacati e le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche). Sul nuovo codice, si v. tra gli altri, A. FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, 2017; M. CEOLIN, *Il c.d. codice del terzo settore (D. Lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un'occasione mancata?*, in *Nuove leggi civ. Comm.*, 2018, p. 1; E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 708; F. DONATI-F. SANCHINI, *Il codice del Terzo settore: commento al D. lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e ai decreti attuativi*, Milano, 2019; D. DI SABATO - O. NOCERINO, *Il terzo settore: profili critici della riforma*, Napoli, 2019.

³² N. LIPARI, *Il ruolo del terzo settore nella crisi dello stato*, cit., p. 637 revoca in dubbio l'utilità della definizione di Terzo settore come ambito che si ricava appunto da ciò è non-Stato e non-mercato. In generale, sul c.d. terzo settore, si v. C. GRANELLI, *Impresa e Terzo Settore*, in *Jus Civile*, 2018, p. 715 ss.; L.M. SALAMON, H.K. ANHEIER, *Defining the nonprofit sector. A cross-national analysis*, Manchester, New York, 1997, 1 ss.





favorisce l'apporto originale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, anche mediante forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali. L'evoluzione sul piano economico e quella sul piano delle formazioni sociali, a fronte delle molteplici trasformazioni culturali, economiche e normative in atto, ha riaccutizzato anche l'interesse in dottrina per il principio di sussidiarietà, in particolare per quello orizzontale³³, così come sancito all'art. 118, 4° co., Cost. - e richiamato dal codice del Terzo Settore (art. 1 d.lgs. 117/2017)³⁴ - "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà", prevedendo che l'autonomia dei privati possa realizzare interessi collettivi³⁵. Posto che la sussidiarietà è un valore dell'ordinamento giuridico che presuppone l'integrazione tra potere pubblico e gruppi sociali nel primato della libertà e della società civile³⁶, l'art. 118 della Cost. è una conferma del

riconoscimento della centralità della persona umana sia come singolo sia nelle formazioni sociali³⁷.

La nozione di Enti del terzo settore dettata dal codice presenta qualche "sovrabbondanza" di elementi³⁸.

Ai sensi dell'art. 4 del Codice sono Enti del Terzo Settore, se iscritti al Registro Unico Nazionale del Terzo Settore: i) le organizzazioni di volontariato (ODV) (artt. 32 e ss.); ii) le associazioni di promozione sociale (APS) (artt. 35 e ss.); iii) gli enti filantropici (artt. 37 e ss.); iv) le imprese sociali, incluse le cooperative sociali (art. 40); v) le reti associative (artt. 41 e ss.); vi) le società di mutuo soccorso (SOMS) (artt. 42 e ss.); vii) le associazioni riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale di cui all'art. 5, in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi; viii) gli enti religiosi civilmente riconosciuti possono essere considerati ETS limitatamente allo svolgimento delle attività di interesse generale di cui all'art. 5 del Codice.

Sono viceversa esclusi dagli Enti del Terzo settore i) le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165; ii) le formazioni e le associazioni politiche; iii) i sindacati; iv) le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche; v) le associa-

³³ F. TRIMARCHI-BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Diritto Amministrativo*, 2020, p. 3.

³⁴ Si tratta di norma di principio che non crea una particolare situazione giuridica in capo ai cittadini, né una riserva di autonomia privata, in quanto non ha carattere precettivo, così L. PRINCIPATO, *I diritti costituzionali e l'assetto delle fonti dopo la riforma dell'art. 117 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 1169 ss.; L. TORCHIA, *Sistemi di welfare e federalismo*, in *Quad. cost.*, 2002, 4, p. 713 ss.; F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 543 ss.; P. DURET, *La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 95 ss.; A. D'ANDREA, *La prospettiva della Costituzione italiana e il principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 2000, p. 227.

³⁵ Sul punto, P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari, 2007, p.11; G. GUARINO, *L'uomo-istituzione*, Roma-Bari, 2005; G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Bari-Roma, 2003; P. BARCELLONA, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari, 2003; V. ATRIPALDI - R. MICCÙ - I. PERNICE (a cura di), *Quale Costituzione per l'Europa. Consolidamento e innovazione costituzionale nel «secondo» Trattato di Roma*, in *Diritto e cultura*, 1-2, 2003; M. BALDASSARRI - F. BUSATO, *Europa svegliati. Un ciclo di riforme strutturali per essere protagonisti nella nuova economia globale*, Milano, 2004; G. DE RITA, *Il regno inerme. Società e crisi delle istituzioni*, Torino, 2002; (a cura di) V. ATRIPALDI, *Per una «Teoria delle Istituzioni» tra Diritto e Economia*, in *Diritto e cultura*, 2004, 1-2; J. E. STIGLITZ, *In un mondo imperfetto*, cit.; L. SPAVENTA - V. CHIORAZZO, *Astuzia o Virtù? Come accadde che l'Italia fu ammessa all'Unione monetaria*, Roma, 2000; A. MANZELLA - P. MELOGRANI - E. PACIOTTI - S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001.

³⁶ Già nella fase della introduzione della norma costituzionale le ipotesi in cui la finanza privata si poneva al servizio di interessi collettivi erano quelle riconducibili appunto a quella che allora si definiva finanza etica; alla tutela e valorizzazione di beni culturali; o attraverso la istituzione di persone giuridiche o enti di fatto per la realizzazione di interessi di utilità o di promozione sociale; ai temi della responsabilità sociale dell'impresa. P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e*

l'altro, in P. CAPPELLINI - B. SORDI (a cura di), *Codici: una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, p. 579 ss.; CM. E. COMBA, *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Torino, 2002; G. F. FERRARI, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001; P. G. MONATERI, *Globalizzando il diritto: "a bordo di auto potentissime in strade nazionali"*, in *Biblioteca delle libertà*, n. 146, 1998, p. 31ss.; B. OPPETIT, *Essai sur la codification*, Paris, 1998, spec. p. 14 ss.; B. OPPETIT, *Retour à un droit commun européen?*, in *Droit de la modernité*, Paris, 1998, p. 73 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002; R. TONIATTI, *Diritto, diritti, Giurisprudenza. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Padova, 2002.

³⁷ L. BRUNI, S. ZAMAGNI, *Economia civile*, cit., p. 27; L. BECCHETTI - L. PAGANETTO, *Commercio equo e solidale. Finanza Etica. Per una teoria della globalizzazione*, Roma, 2003, p. 155.

³⁸ Così R. COSTI, *Le linee portanti dell'ordinamento del terzo settore*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, 2018, p.11, a p. 12 che indica che la legge "definisce l'ente del terzo settore sulla base di ben cinque elementi: 1) la natura privata dell'ente, che normalmente sarà un'associazione o una fondazione, 2) l'esercizio di un'attività di interesse generale, così come definita dall'art. 5 del codice, 3) con scopo non di lucro, 4) per finalità civiche solidaristiche e di utilità sociale, 5) in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi."

zioni di datori di lavoro; vi) gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti, con le eccezioni specificamente previste ai sensi dell'art. 4, comma 2 del Codice. Sono esclusi dall'ambito di applicazione le fondazioni bancarie.

342 Gli enti del Terzo settore, diversi dalle imprese sociali incluse le cooperative sociali, esercitano in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale³⁹.

³⁹ L'art. 5 del d.lgs. 117/2017 specifica che "Si considerano di interesse generale, se svolte in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l'esercizio, le attività aventi ad oggetto: a) interventi e servizi sociali ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 2, della legge 8 novembre 2000, n. 328, e successive modificazioni, e interventi, servizi e prestazioni di cui alla legge 5 febbraio 1992, n. 104, e alla legge 22 giugno 2016, n. 112, e successive modificazioni;

b) interventi e prestazioni sanitarie;

c) prestazioni socio-sanitarie di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 14 febbraio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 129 del 6 giugno 2001, e successive modificazioni;

d) educazione, istruzione e formazione professionale, ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53, e successive modificazioni, nonché le attività culturali di interesse sociale con finalità educativa;

e) interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, con esclusione dell'attività, esercitata abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi, nonché alla tutela degli animali e prevenzione del randagismo, ai sensi della legge 14 agosto 1991, n. 281;

f) interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni;

g) formazione universitaria e post-universitaria;

h) ricerca scientifica di particolare interesse sociale;

i) organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale di cui al presente articolo;

j) radiodiffusione sonora a carattere comunitario, ai sensi dell'articolo 16, comma 5, della legge 6 agosto 1990, n. 223, e successive modificazioni;

k) organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso;

l) formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica e al successo scolastico e formativo, alla prevenzione del bullismo e al contrasto della povertà educativa;

m) servizi strumentali ad enti del Terzo settore resi da enti composti in misura non inferiore al settanta per cento da enti del Terzo settore;

n) cooperazione allo sviluppo, ai sensi della legge 11 agosto 2014, n. 125, e successive modificazioni;

o) attività commerciali, produttive, di educazione e informazione, di promozione, di rappresentanza, di concessione in licenza di marchi di certificazione, svolte nell'ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale, da intendersi come un rapporto commerciale con un produttore operante in un'area economica svantaggiata, situata, di norma, in un Paese in via

5. Impresa sociale e stakeholders.

L'impresa sociale, già disciplinata con il d.lgs. 155 del 2006, è stata ampiamente revisionata con il d.lgs. 112 del 2017 che l'ha coordinata con il codice del Terzo Settore in larga parte confermando le disposizioni precedenti⁴⁰. Come è noto, possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutti gli enti privati, inclusi quelli costituiti nelle forme di cui al libro V del codice civile, che, in conformità alle disposizioni del d.lgs. 112 del 2017, esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

Non possono acquisire la qualifica di impresa sociale le società costituite da un unico socio perso-

di sviluppo, sulla base di un accordo di lunga durata finalizzato a promuovere l'accesso del produttore al mercato e che preveda il pagamento di un prezzo equo, misure di sviluppo in favore del produttore e l'obbligo del produttore di garantire condizioni di lavoro sicure, nel rispetto delle normative nazionali ed internazionali, in modo da permettere ai lavoratori di condurre un'esistenza libera e dignitosa, e di rispettare i diritti sindacali, nonché di impegnarsi per il contrasto del lavoro infantile;

p) servizi finalizzati all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori e delle persone di cui all'articolo 2, comma 4, del decreto legislativo recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, di cui all'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 6 giugno 2016, n. 106;

q) alloggio sociale, ai sensi del decreto del Ministero delle infrastrutture del 22 aprile 2008, e successive modificazioni, nonché ogni altra attività di carattere residenziale temporaneo diretta a soddisfare bisogni sociali, sanitari, culturali, formativi o lavorativi;

r) accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti;

s) agricoltura sociale, ai sensi dell'articolo 2 della legge 18 agosto 2015, n. 141, e successive modificazioni;

t) organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche;

u) beneficenza, sostegno a distanza, cessione gratuita di alimenti o prodotti di cui alla legge 19 agosto 2016, n. 166, e successive modificazioni, o erogazione di denaro, beni o servizi a sostegno di persone svantaggiate o di attività di interesse generale a norma del presente articolo;

v) promozione della cultura della legalità, della pace tra i popoli, della nonviolenza e della difesa non armata;

w) promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e politici, nonché dei diritti dei consumatori e degli utenti delle attività di interesse generale di cui al presente articolo, promozione delle pari opportunità e delle iniziative di aiuto reciproco, incluse le banche dei tempi di cui all'articolo 27 della legge 8 marzo 2000, n. 53, e i gruppi di acquisto solidale di cui all'articolo 1, comma 266, della legge 24 dicembre 2007, n. 244;

x) cura di procedure di adozione internazionale ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184;

y) protezione civile ai sensi della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e successive modificazioni;

z) riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata."

⁴⁰ Per la prospettiva multistakeholders M. TOLA, *La governance degli enti del terzo settore e i sistemi multistakeholders*, cit., pag. 393 spec. in par. 6.





na fisica, le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del d.lgs. 165/2001, e gli enti i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, l'erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci o associati. Le cooperative sociali e i loro consorzi, di cui alla l. 381/1991, acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali⁴¹.

Due i criteri per l'esercizio dell'impresa sociale che deve avvenire «*adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e fornendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alla loro attività*». Per quanto riguarda lo scopo di lucro invece si tratta di indagare la qualità dell'ente che esercita l'impresa, «essendo l'assenza dello scopo di lucro una qualità dell'ente che la esercita e non certo dell'impresa in quanto tale»⁴². E' chiaro che le forme giuridiche adottate possono essere anche quelle degli enti del primo libro, il che inibisce la destinazione di utili e impone la destinazione di eventuali utili ed avanzi di gestione «*allo svolgimento dell'attività statutaria, ma può anche destinarli ad incremento del patrimonio*» che, per altro, può essere impiegato solo per lo svolgimento dell'attività e non anche distribuito in qualsiasi forma ai soggetti coinvolti nella struttura proprietaria o nell'esercizio dell'impresa⁴³.

Pertanto, nonostante le rilevanti novità che sono state introdotte dalla Riforma e che sono appunto anche la conseguenza dell'inquadramento dell'impresa sociale proprio nel Terzo Settore, l'impianto complessivo non rivoluziona la vecchia legge⁴⁴.

L'insieme dei principi generali in ordine alla assenza dello scopo di lucro si ricavano dagli artt. 3 d.lgs. 112/2017 e artt. 8 e 9, d.lgs. 117/2017 che vietano la distribuzione in qualsiasi forma anche indiretta di utili, avanzi o riserve ad amministratori, soci, partecipanti, lavoratori, collaboratori anche in ipotesi di scioglimento del rapporto. Nelle imprese sociali costituite nelle forme di cui al libro V del codice civile è ammesso il rimborso al socio del capitale effettivamente versato ed eventualmente riva-

lutato o aumentato nei limiti di cui al comma 3, lettera a)⁴⁵.

Sono dettate poi specifiche regole per valutare la distribuzione indiretta di utili che si fondano sulla parametrizzazione dei compensi o rendimenti all'attività svolta o a valori di mercato: i) la corresponsione ad amministratori, sindaci e a chiunque rivesta cariche sociali di compensi individuali non proporzionati all'attività svolta, alle responsabilità assunte e alle specifiche competenze o comunque superiori a quelli previsti in enti che operano nei medesimi o analoghi settori e condizioni; ii) la corresponsione ai lavoratori subordinati o autonomi di retribuzioni o compensi superiori del quaranta per cento rispetto a quelli previsti, per le medesime qualifiche, dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, salvo comprovate esigenze attinenti alla necessità di acquisire specifiche competenze ai fini dello svolgimento delle attività di interesse generale di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), g) o h); iii) la remunerazione degli strumenti finanziari diversi dalle azioni o quote, a soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari autorizzati, in misura superiore a due punti rispetto al limite massimo previsto per la distribuzione di dividendi dal comma 3, lettera a); iv) l'acquisto di beni o servizi per corrispettivi che, senza valide ragioni economiche, siano superiori al loro valore normale; v) le cessioni di beni e le prestazioni di servizi, a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, a soci, associati o partecipanti, ai fondatori, ai componenti gli organi amministrativi e di controllo, a coloro che a qualsiasi titolo operino per l'organizzazione o ne facciano parte, ai soggetti che effettuano erogazioni liberali a favore dell'organizzazione, ai loro parenti entro il terzo grado ed ai loro affini entro il secondo grado, nonché alle società da questi direttamente o indirettamente controllate o collegate, esclusivamente in ragione della loro qualità salvo che tali cessioni o prestazioni non costituiscano l'oggetto dell'attività di interesse generale di cui all'articolo 2; vi) la corresponsione a soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari autorizzati, di interessi passivi, in dipendenza di prestiti di ogni specie, superiori di quattro punti al tasso annuo di riferimento. Il predetto limite può essere aggiornato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

L'impresa sociale può destinare una quota inferiore al cinquanta per cento degli utili e degli avanzi di gestione annuali, dedotte eventuali perdite matu-

⁴¹ Per gli enti religiosi, civilmente riconosciuti, le norme del d.lgs. 112 del 2017 si applicano a particolari condizioni che ricorrono anche all'art. 4, co. 3 del codice del terzo settore.

⁴² Così R. COSTI, *Le linee portanti dell'ordinamento del terzo settore*, cit., p. 15 secondo cui «il perseguimento dello scopo di lucro può trovare un vincolo proprio nel coinvolgimento di soggetti diversi dall'imprenditore e anche il perseguimento, doveroso, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale da parte dell'ente può imporre vincoli al perseguimento del lucro di impresa oltre che, ovviamente, dello scopo di lucro dell'ente».

⁴³ R. COSTI, *Le linee portanti dell'ordinamento del terzo settore*, cit., p. 15.

⁴⁴ N. DE LUCA, *Tipi societari e impresa sociale: profili notarili*, in *Rivista del Notariato*, 2019, pag. 449.

⁴⁵ L'eventuale trasformazione, scissione o fusione deve essere effettuate in modo da preservare l'assenza di scopo di lucro.

rate negli esercizi precedenti: a) se costituita nelle forme di cui al libro V del codice civile, ad aumento gratuito del capitale sociale sottoscritto e versato dai soci, nei limiti delle variazioni dell'indice nazionale generale annuo dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e di impiegati, calcolate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) per il periodo corrispondente a quello dell'esercizio sociale in cui gli utili e gli avanzi di gestione sono stati prodotti, oppure alla distribuzione, anche mediante aumento gratuito del capitale sociale o l'emissione di strumenti finanziari, di dividendi ai soci, in misura comunque non superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato; b) a erogazioni gratuite in favore di enti del Terzo settore diversi dalle imprese sociali, che non siano fondatori, associati, soci dell'impresa sociale o società da questa controllate, finalizzate alla promozione di specifici progetti di utilità sociale.

6. Quarto settore e Società benefit. Il beneficio comune come realizzazione della sostenibilità.

In Italia la società benefit è stata introdotta con la legge di stabilità per il 2016, l. n. 208/2015 all'art.1 co. 376-384⁴⁶. Il co. 376 configura questo modello organizzativo su due elementi entrambi essenziali: i) lo scopo lucrativo o mutualistico, potendosi costituire come società di capitali o cooperativa; ii) una finalità di beneficio comune da indicare nell'oggetto sociale, da perseguire operando in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di tutti gli *stakeholders*, definiti come “persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse”⁴⁷.

⁴⁶ S. TOEPLER, *Do Benefit Corporations Represent a Policy Threat to Nonprofits*, in *Nonprofit Policy Forum*, 2019, p.1 ss. esamina il tema della competizione tra le forme giuridiche, a seguito dell'inserimento della benefit corporation, rispetto alle altre forme per l'imprenditoria sociale. N. KURKLAND, *Esop Plus Benefit Corporation: Ownership Culture With Benefit Accountability*, in *California Management Review*, 2018, 60(4), p. 51-73; I. TCHOTOURIAN, J. TURCOTTE, *Le droit des sociétés au service d'une gouvernance d'entreprise socialement responsable? Incertitudes sur les conséquences de l'adoption de la Benefit Corporation*, in *La Revue des Sciences de Gestion*, 2018, 11; L. A. COOPER, J. WEBER, *Does Benefit Corporation Status Matter to Investors? An Exploratory Study of Investor Perceptions and Decisions*, in *Business & Society*, Jan 2020, p. 1; D. BRAKMAN RAISER, *Benefit Corporations - A sustainable Form of organization?*, in *Wake Forest Law Review*, 2012, p. 591 ss.

⁴⁷ C. ANGELICI, *Società Benefit*, in B. DE DONNO - L. VENTURA (a cura di), *Dalla benefit corporation alla società benefit*, Bari, 2018, p. 19; B. DE DONNO, *Dalla benefit corporation alle socie-*

Le finalità *benefit* devono essere sviluppate mediante una gestione volta al bilanciamento tra l'interesse dei soci e l'interesse di coloro sui quali l'attività sociale può avere un impatto⁴⁸. E' chiaro che si tratta di uno strumento giuridico che aspira a rappresentare un modo alternativo di fare impresa, perché consente di abbinare agli obiettivi di profitto anche scopi di beneficio comune, ponendosi un problema di impatto sociale della propria attività imprenditoriale.

In termini più specifici, il co. 378 della legge 208/2015 definisce beneficio comune il perseguimento, nell'esercizio dell'attività economica, di uno o più effetti positivi, oppure la riduzione degli effetti negativi su persone, comunità, territori e ambiente, beni attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interessi⁴⁹.

La norma definisce questi altri portatori di interesse alla lett. b) come il soggetto o i gruppi di soggetti, coinvolti direttamente dall'attività della società, quali lavoratori, clienti, fornitori, finanziatori, creditori, pubblica amministrazione e società civile.

Le disposizioni entrano a definire dettagliatamente le “aree di valutazione” del beneficio comune individuandole in quelle che ricorrono sovente nei temi della sostenibilità e per esempio nei parametri ESG (Environmental, Social, Governance), in particolare: i) il governo d'impresa, per valutare il grado di trasparenza e responsabilità della società nel perseguimento delle finalità di beneficio comune, con particolare attenzione allo scopo della società, al livello di coinvolgimento dei portatori d'interesse, e al grado di trasparenza delle politiche e delle pratiche adottate dalla società; ii) i lavoratori, per valutare le relazioni con i dipendenti e i collaboratori in termini di retribuzioni e *benefit*, forma-

tà benefit. Note introduttive, in *ivi*, cit., p. 9; M. STELLA RICHTER JR, *Società Benefit e società non benefit*, in *ivi*, p. 59; L. VENTURA, *Benefit corporation e società benefit tra innovazione creativa e imitazione di modelli*, in *ivi*, p. 81ss.; A. ZOPPINI, *Un raffronto tra società benefit ed enti non profit implicazioni sistematiche e profili critici*, in *ivi*, p. 71; G. MARASÀ, *Scopo di lucro e scopo di beneficio comune nelle società benefit*, in *ivi*, p. 49; A. GALLARATI, *Incentivi e controllo del mercato nella società benefit. Un'analisi economica e comparata*, in *Contr. Impr.*, 2018, p. 806 ss.; P. BUTTURINI, *La relazione annuale della società benefit nel sistema del bilancio d'esercizio*, in *Giur. Comm.*, 2020, pag. 572 ss.; M. SQUEGLIA, *Il welfare aziendale tra CSR e trasformazioni d'impresa Le società benefit e il welfare aziendale. - Verso una nuova dimensione della responsabilità sociale delle imprese*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2020, pag. 61 ss.

⁴⁸ G. RESTA - C. SERTOLI, *Le società benefit in Italia: i problemi e prospettive*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, cit., p. 453.

⁴⁹ Per un'analisi del modello J. HASKELL MURRAY, *Choose Your Own Master: Social Enterprise, Certifications, And Benefit Corporation Statutes*, in *American University Business Law Review*, 2013, p. 22 ss.



zione e opportunità di crescita personale, qualità dell'ambiente di lavoro, comunicazione interna, flessibilità e sicurezza del lavoro; iii) gli altri portatori d'interesse, per valutare le relazioni della società con i propri fornitori, con il territorio e le comunità locali in cui opera, le azioni di volontariato, le donazioni, le attività culturali e sociali, e ogni azione di supporto allo sviluppo locale e della propria catena di fornitura; iv) l'ambiente, per valutare gli impatti della società, con una prospettiva di ciclo di vita dei prodotti e dei servizi, in termini di utilizzo di risorse, energia, materie prime, processi produttivi, processi logistici e di distribuzione, uso e consumo e fine vita⁵⁰.

Il beneficio comune generato deve essere reale e tangibile e rispondere alle esigenze concrete della realtà nella quale l'azienda si colloca così come agli obiettivi dell'azienda stessa e sono dettati degli Standard di valutazione per l'impatto generato dalla società *benefit*⁵¹.

Nel caso in cui la società *benefit* non persegua in concreto la finalità di beneficio comune che si è data, il rimedio è offerto dall'intervento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato che può intervenire ai sensi del d.lgs. 145/2007, in materia di pubblicità ingannevole e delle disposizioni del codice del consumo⁵². Anche in termini di concorrenza poi, il fatto di potersi avvalere di un vantaggio

competitivo o reputazionale derivante dall'immagine di società *benefit* è importante⁵³.

In questo quadro, se definiamo l'impatto sociale orientato al profitto come valore condiviso, esistono evidenze, sebbene ancora limitate e specifiche, che suggeriscono che le imprese che pongono in essere, con successo, strategie per creare valore condiviso possono offrire agli azionisti rendimenti superiori.

7. PMI innovative e Start-up innovative e a vocazione sociale. Fondo di sostegno al venture capital e finalizzato a sostenere investimenti nel capitale delle start-up innovative e delle piccole e medie imprese innovative.

Tra le altre figure di enti privati che realizzano finalità che possono essere considerate nell'ambito della sostenibilità si richiamano: a) le piccole e medie imprese innovative istituite con l'art. 4 del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2015, n. 33; b) le start-up innovative previste all'articolo 25, co. 2, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221; le start-up innovative a vocazione sociale (SIAVS), che sono le start-up innovative di cui al comma 2 e 3 che operano in via esclusiva nei settori delle imprese sociali (indicati all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 24 marzo 2006 n. 155).

Con un decreto del ministero dello sviluppo economico del 1 ottobre 2020, sono state assegnate risorse aggiuntive al Fondo di sostegno al venture capital e finalizzato a sostenere investimenti nel capitale delle start-up innovative e delle piccole e medie imprese innovative ed è stato istituito, all'art. 3 del decreto il fondo rilancio con una disponibilità di 200 milioni di euro, come Fondo di investimento alternativo mobiliare e riservato investitori professionali che sarà istituito da CDP Venture Capital. Il Fondo sarà gestito in piena indipendenza, secondo una logica di mercato e standard di elevata professionalità, con una durata di 10 anni prorogabili.

Per quello che interessa il tema che qui si sta svolgendo, e cioè quindi degli enti privati sostenibili, le caratteristiche delle imprese cd. target del fondo sono dettate all'art. 4 del decreto. Il Fondo investe nelle start-up innovative e nelle PMI innovative

⁵⁰ Così Allegato 5 alla l. 208/2015.

⁵¹ Allegato 4 (articolo 1, comma 378) Standard di Valutazione Esterno: "Lo standard di valutazione esterno utilizzato dalla società *benefit* deve essere: 1. Esauriente e articolato nel valutare l'impatto della società e delle sue azioni nel perseguire la finalità di beneficio comune nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni e altri portatori di interesse; 2. Sviluppato da un ente che non è controllato dalla società *benefit* o collegato con la stessa; 3. Credibile perché sviluppato da un ente che; a) ha accesso alle competenze necessarie per valutare l'impatto sociale e ambientale delle attività di una società nel suo complesso; b) utilizza un approccio scientifico e multidisciplinare per sviluppare lo standard, prevedendo eventualmente anche un periodo di consultazione pubblica. 4. Trasparente perché le informazioni che lo riguardano sono rese pubbliche, in particolare: a) i criteri utilizzati per la misurazione dell'impatto sociale e ambientale delle attività di una società nel suo complesso; b) le ponderazioni utilizzate per i diversi criteri previsti per la misurazione; c) l'identità degli amministratori e l'organo di governo dell'ente che ha sviluppato e gestisce lo standard di valutazione; d) il processo attraverso il quale vengono effettuate modifiche e aggiornamenti allo standard; e) un resoconto delle entrate e delle fonti di sostegno finanziario dell'ente per escludere eventuali conflitti di interesse."

⁵² Sul problema si veda D. CATERINO, *Denominazione e labeling della società benefit, tra marketing "reputazionale" e alterazione delle dinamiche concorrenziali*, in *Giur. Comm.*, 2020, p. 787 ss.

⁵³ K. SUNTAE, M.J. KARLESKY, C.G. MYERS, T. SCHIFELING, *Why Companies are Becoming B Corporations*, in *Harvard Business Review*, 2016, Le aziende B certificate sono imprese sociali verificate da B Lab, un'organizzazione senza scopo di lucro. B Lab certifica le aziende in base a come creano valore per gli stakeholder non azionisti, come i loro dipendenti, la comunità locale e l'ambiente.



“al fine di supportarne lo sviluppo e/o sostenerne progetti di rilancio dell’attività”.

8. Linee per un diritto degli enti sostenibili. Il dilemma della lucratività.

| 346

Una questione che emerge è se, al fine dell’analisi che si va svolgendo, la categoria della lucratività - o meglio la dicotomia lucro-non lucro - abbia ancora senso. Ora questo tema schiude moltissimi problemi teorici che non si possono affrontare e risolvere nella brevità di queste pagine, da quello del *Corporation Purpose*⁵⁴, all’attitudine ordinante del pensiero⁵⁵.

In realtà, da un lato, l’impresa sociale, che è tipicamente uno strumento senza scopo di lucro, consente a certe condizioni di distribuire i dividendi (art. 3, co.3 lett a); dall’altro tra gli enti con scopo di lucro abbiamo le società *benefit*, introdotte dalla l. 208/2015, nelle quali si realizza uno scopo lucrativo, nella forma di una società di capitali o di una società cooperativa affiancato dal perseguimento di un beneficio comune a vantaggio di specifiche categorie di *stakeholders*.

L’evoluzione normativa internazionale offre nuovi modelli, tanto per le Profit che per le Non profit Organizations; queste società *benefit*, che erano state introdotte prima negli USA come *Benefit corporation*⁵⁶, ora sono presenti anche in Francia come *entreprise à mission*, dopo la approvazione della *loi Pacte*⁵⁷ che ha modificato anche l’art. 1833 del *code civil* in materia di oggetto della società, inserendo dei riferimenti alla tutela dell’ambiente “*La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.*” (1833, co. 2 c.c.)⁵⁸.

⁵⁴ J. E. FISCH, S. D. SOLOMON, *Should Corporations have a Purpose?*, in *European Corporate Governance Institute, Law Working Paper*, n. 510/2020, August/2020; sul tema si veda anche C. FRIGENI, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Emergenza pandemica e restrizioni alle distribuzioni a favore degli azionisti: spunti in tema di corporate purpose*, in *Riv. società*, 2020, p. 482.

⁵⁵ G. BENEDETTI, *Sull’incertezza del diritto. Dal dogma della certezza a un’ermeneutica critica*, in *Id.*, *Oltre l’incertezza. Un cammino di ermeneutica del diritto*, Bologna 2020, p. 137; B. MONTANARI, *La figura del giurista al tempo del post-pensiero*, in *Europa e diritto privato*, 2020, p. 423.

⁵⁶ Che la *B Corp* non rappresenti la soluzione per un nuovo capitalismo R. HENDERSON, *op. cit.*, p. 143 ss. e rilievi critici in punto di disciplina; così anche A. FRIGNANI- P. VIRANO, *Le società benefit davvero cambieranno l’economia?*, in *Contr. Impr.*, 2017, p. 503 ss.

⁵⁷ Si tratta della *Loi 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*, il cui testo è disponibile in www.legifrance.gouv.fr.

⁵⁸ I. TCHOTOURIAN, J. TURCOTTE, *Le droit des sociétés*, cit., p. 11.

Accanto a queste si possono segnalare altresì, per esempio, nel mondo statunitense le *Limited Low Profit Corporation* (L3C). Le *Low-profit limited liability corporations* (L3C)⁵⁹ sono un’altra forma ibrida di realizzazione di fini di interesse generale attraverso la forma societaria della responsabilità limitata con scopo di lucro⁶⁰.

Sembra esserci un dispiegarsi senza soluzione di continuità dalle figure senza scopo di lucro a quelle per scopo di lucro, secondo diverse formule e differenti congegni.

La legislazione emanata nell’emergenza, in materia di divieto di distribuzione di utili e acquisto di azioni proprie, ci conferma che gli elementi di sostenibilità non sono l’utile e il profitto in sé, che sembrano invece strumentali all’intervento dello Stato.

Ci sono diversi livelli di analisi, laddove debbano studiarsi i modelli organizzativi è evidente che l’intervento dello Stato impedisce o limita il dividendo, ma di per sé non sussiste alcuna incompatibilità tra un ente sostenibile e il profitto.

Il d.l. liquidità 8 aprile 2020, n. 23 modificato in sede di conversione dalla l. 5 giugno 2020, n. 40 detta *Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga dei termini amministrativi e processuali*; all’art.1 si stabilisce la possibilità di ottenere la garanzia SACE per i finanziamenti concessi alle imprese, ma sulla base di alcune condizioni di cui quelle che qui più ci interessa richiamare sono i) il divieto di distribuzione dei dividendi per l’anno 2020 e, nell’ipotesi in cui fosse già stata deliberata, il divieto è da ritenersi esteso ai dodici mesi successivi; ii) il divieto di riacquisto di azioni proprie; iii) l’impresa che beneficia della garanzia assume l’impegno a gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali.

Se quindi l’idea di una società sostenibile riguarda tutti gli enti privati al di là della dicotomia lucro-non lucro, di estremo rilievo, per futuri sviluppi della ricerca, è l’analisi del ruolo dello Stato.

Al di là, infatti, di un eventuale intervento diretto dello Stato – come soggetto di diritto pubblico - nell’ambito del mondo non lucrativo, alla base dei provvedimenti in termini di sgravi fiscali, crediti di imposta, detraibilità delle donazioni, c’è comunque

⁵⁹ T. M. MARCUM, E. S. BLAIR, *The Value of values: an update on the L3C entity, its uses and possibilities*, *UMKC Law Review*, 2020, 88, 927; V. AVDEEV, H. WONG, *The Benefit of Investing in Low-Profit Limited Liability Companies by Not-for-Profit Organizations: The Case of L3Cs in the United States*, in *Trento Student Law Review*, 2019, 1, 105, ss.

⁶⁰ Diverse ancora dalle *CIC Community Interest Company* del Regno Unito, introdotta dal *Companies Act* 2004.



una scelta regolatoria, in relazione ai fini delle particolari normative di agevolazione.

E tutti questi tipi di enti presuppongono un intervento dello Stato che, per esempio, combini variamente incentivi all'innovazione, finanziamenti agevolati, detrazioni fiscali o crediti d'imposta e, con punti di equilibrio diversi, può modularsi anche con la possibilità di distribuire o meno il dividendo e i diversi indici del lucro oggettivo o soggettivo.

In questo momento storico, con la pandemia in corso e una gravissima crisi economica, il ruolo dello Stato è certamente decisivo, lo Stato investitore, lo Stato regolatore, ma, per quello che attiene al discorso che si va qui svolgendo, lo Stato è anche fortemente presente nel Terzo settore attraverso il meccanismo delle detrazioni fiscali.

Nel sistema americano, è stato molto dibattuta la tesi di un possibile difetto di democrazia derivante dall'aiuto indiretto dato dallo Stato, attraverso gli sgravi al terzo settore⁶¹, cui si affianca il tema del sostegno dello Stato che può intervenire attraverso incentivi, legislazione premiante, sgravi fiscali e anche con determinate forme di aiuti.

9. Gestione trasparente, sostenibile e responsabile e coinvolgimento lavoratori e portatori di interessi.

Sul piano della *governance* e del coinvolgimento dei lavoratori e degli altri portatori di interessi, tanto per le società quotate che per l'impresa sociale e le società *benefit* sono dettate norme specifiche che rimandano ai principi di una società sostenibile.

Per quanto riguarda le società quotate il d.lgs. n. 49/2019, attuativo della dir. UE 828/2017⁶², si fonda sul fatto che *“Un impegno efficace e sostenibile degli azionisti costituisce uno dei pilastri del modello di governo societario delle società quotate, basato su un sistema di pesi e contrappesi tra i diversi organi e i diversi portatori di interesse. Il maggiore coinvolgimento degli azionisti nel governo societario delle società rappresenta una delle*

⁶¹ ROB REICH, *Just Giving: Why Philanthropy is Failing Democracy and How It Can Do Better*, Princeton, 2018, p. 151, M. D'ERAMO, *Domínio. La guerra invisibile dei potenti contro i sudditi*, Milano, 2020, p. 78 e p. 84 ss; J. STIGLITZ, *Popolo, potere e profitti*, cit., p.163.

⁶² Già il considerando 3 della direttiva richiamava, che nella sua comunicazione del 12 dicembre 2012 dal titolo «Piano d'azione su diritto europeo delle società e governo societario una disciplina giuridica moderna a favore di azionisti più impegnati e società sostenibili», la Commissione ha annunciato una serie di iniziative in materia di governo societario, in particolare per incoraggiare l'impegno a lungo termine degli azionisti e aumentare la trasparenza tra società e investitori. Il Piano d'azione (COM/2012/0740 final) si trova in eur-lex.europa.eu.

leve che possono contribuire a migliorare i risultati finanziari e non finanziari delle società, anche per quanto riguarda i fattori ambientali, sociali e di governo, in particolare ai sensi dei principi di investimento responsabile sostenuti dalle Nazioni Unite. In aggiunta, il maggiore coinvolgimento di tutti i portatori di interesse, in particolare dei dipendenti, nel governo societario è un fattore importante per garantire che le società quotate adottino un approccio più a lungo termine, che deve essere incoraggiato e preso in considerazione.” (considerando 14 della dir. UE 828/2017).

Tra le norme attuative sono da segnalare quelle in tema di remunerazione e in particolare l'articolo 124-quinquies T.U.I.F. d.lgs. 58/98 sulla politica di impegno.

Per quanto attiene alla *governance* dell'impresa sociale emerge un profilo degno di nota che avvicina questa figura alle società *benefit*. La dottrina ritiene che il legislatore all'art. 11 del d.lgs. 112/2015 abbia adottato il cd. «*multi-stakeholders approach*», nella quale appaiono coinvolti non solo i lavoratori, ma anche utenti e soggetti interessati alle attività⁶³. Infatti, l'articolo 11 del d.lgs. 112/2017 stabilisce che nei regolamenti aziendali o negli statuti delle imprese sociali debbano essere contemplate forme di coinvolgimento dei lavoratori e degli utenti e di altri soggetti direttamente interessati alle loro attività.

Per il secondo profilo ci si interroga su cosa debba intendersi per coinvolgimento, riconducendolo ad un meccanismo di consultazione o di partecipazione mediante il quale lavoratori, utenti e altri soggetti siano messi in condizione di esercitare un'influenza sulle decisioni dell'impresa sociale, con particolare riferimento alle questioni che incidano direttamente sulle condizioni di lavoro e sulla qualità dei beni o dei servizi. Le modalità di coinvolgimento devono essere esplicitate nei contratti collettivi e gli statuti delle imprese sociali devono in ogni caso disciplinare: i) casi e modalità di partecipazione dei lavoratori e utenti all'assemblea dei soci; ii) nel caso le imprese sociali superino almeno due dei limiti indicati dall'articolo 2435-bis del codice civile, ridotti della metà, la nomina di almeno un componente dell'organo di amministrazione e di controllo.

10. Investimenti sostenibili. Titoli di solidarietà, green e social bond

⁶³ M. L. VITALI, *Riforma del terzo settore, nuova disciplina dell'impresa sociale e regole societarie*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, p. 105.

Come si è visto un ulteriore elemento strategico per ricostruire il quadro comunitario sulla sostenibilità è l'*Action Plan Financing Sustainable Growth* pubblicato dalla Commissione Europea il 8 marzo 2018, fondato su dieci azioni che vanno dall'introduzione di una "tassonomia" europea per la finanza sostenibile, a creare standard e certificazioni di qualità per i *green bond*, con l'obiettivo di garantire la credibilità del mercato e rafforzare la fiducia degli investitori e incrementare gli investimenti verso infrastrutture sostenibili.

Tra le azioni ci sono anche quelle volte a modificare le Direttive MiFID II e IDD e le linee guida ESMA sulla valutazione di adeguatezza dei prodotti, includendo le preferenze dei clienti in materia di sostenibilità tra gli elementi da considerare nell'ambito dei servizi di consulenza, così come rendere più trasparenti le metodologie adottate dagli *index provider* nella costruzione dei *benchmark* di sostenibilità, armonizzando in particolare gli indici *low-carbon*;

Inoltre, sono prospettate la promozione di azioni più specificamente volte all'integrazione dei criteri di sostenibilità ambientale, sociale e di *governance* (ESG) da parte delle società di *rating* e di ricerca di mercato; così come l'introduzione di criteri di sostenibilità nella definizione di dovere di comportamento degli investitori istituzionali ad agire nel migliore interesse dei beneficiari; la possibilità di introdurre una riduzione nei requisiti patrimoniali minimi delle banche in relazione agli investimenti sostenibili dal punto di vista ambientale (il cosiddetto "*green supporting factor*"), nel caso in cui i profili di rischio siano effettivamente inferiori; il miglioramento della qualità e trasparenza della rendicontazione non finanziaria delle imprese, allineando le attuali linee guida sui rischi climatici alle raccomandazioni della Task Force on *Climate-related Financial Disclosures* del *Financial Stability Board*; l'integrazione dei criteri ESG e l'adozione di un approccio di lungo periodo nei processi decisionali dei Consigli di Amministrazione.

Il Regolamento UE 852/2020 detta criteri per la valutazione degli investimenti ecosostenibili⁶⁴.

In ordine alla disciplina degli enti privati, si può verificare che, tanto per quello che riguarda gli enti del terzo settore, tanto per quello che riguarda tutto il sistema delle società di capitali esiste la possibilità di accedere alla finanza sostenibile, o in generale alla finanza di scopo. Esempolari sono i *green bonds*, intesi come quei titoli obbligazionari i cui proventi devono essere destinati in via esclusiva a finanziare

progetti a tutela dell'ambiente, energie rinnovabili, prevenzione delle emissioni. La stessa struttura ricorre per i *social bonds*, si tratta cioè di strumenti finanziari, caratterizzati da un obbligo di destinazione della raccolta allo specifico scopo di finanziare progetti determinati. Nel caso appunto di *green e social bond*, si tratta di finanziare iniziative nel solco della sostenibilità, come quelle in materia energetica o di innovazione sociale⁶⁵. *Green bonds e social bonds* possono qualificarsi come titoli obbligazionari nei quali la decisione dell'ente di emettere le obbligazioni si estende fino alla determinazione delle finalità per le quali il titolo è emesso, deducendo di fatto come oggetto di un'obbligazione anche la realizzazione dello scopo specifico per esempio la destinazione al finanziamento di progetti a tutela dell'ambiente che si va ad affiancare all'altra obbligazione, quella di restituzione del prestito e di corresponsione degli interessi⁶⁶. Dal canto suo, è evidente che l'investitore è mosso anche da un interesse, che si potrebbe definire non patrimoniale, alla realizzazione proprio di quello scopo "sostenibile", dedotto nei *green e social bonds*.

Gli enti del Terzo settore hanno la stessa possibilità benché attraverso uno strumento diverso, i Titoli di solidarietà (art. 77 d.lgs. 117/2017), già previsti con un regime più circoscritto nell'ambito della normativa per le Onlus e ora estesi a tutti gli enti del Terzo Settore. In questo caso, sono gli istituti di credito a poter emettere specifici titoli in cui proventi devono essere destinati al finanziamento di iniziative di interesse generale tra quelle elencate all'art. 5 d.lgs. 117/2017 Codice del terzo settore⁶⁷.

L'emissione dei titoli di solidarietà è riservata agli istituti di credito autorizzati ad operare in Italia ai sensi del TUB e possono essere di due tipologie di prodotti finanziari: i) obbligazioni ed altri titoli di debito nominativi o al portatore, non subordinati non convertibili non scambiabili e che non conferiscono il diritto di sottoscrivere o acquisire altri tipi di strumenti finanziari e non sono collegati ad uno strumento derivato che deve avere scadenza non inferiore a 36 mesi; ii) oppure certificati di deposito consistenti in titoli individuali non negoziati in un mercato regolamentato con scadenza non inferiore a 12 mesi. I titoli di solidarietà corrispondono interessi in misura regolata all'art. 77 co. 4.

⁶⁵ M. GIANNINI, *Titoli di solidarietà e inadempimento dell'obbligazione di scopo*, in *Contr. Impr.*, 2/2020, p. 689 ss.

⁶⁶ Così ampiamente M. GIANNINI, *Titoli di solidarietà e inadempimento dell'obbligazione di scopo*, cit., p. 692 ss.

⁶⁷ M. GIANNINI, *Titoli di solidarietà e inadempimento dell'obbligazione di scopo*, cit., p. 692 ss. spiega che nei titoli di solidarietà l'obbligo di destinazione ha fonte legale, in quanto è la legge a congegnare i finanziamenti in modo da favorire il finanziamento e il sostegno delle attività del Terzo settore.

⁶⁴ Sui criteri economici per valutare un investimento sostenibile R.G. ECCLES, S. KLIMENKO, *The Investor Revolution*, cit., p. 106 ss.



In linea con questi orientamenti si pone il dibattito della dottrina anglosassone sui *Social Impact Bonds*⁶⁸, che implica generalmente un contratto tra un’istituzione governativa e un ente privato. In questo caso, l’ente guadagnerebbe attraverso il raggiungimento di obiettivi di *performance* nella fornitura di servizi sociali del settore pubblico.

11. Conclusioni

All’esito di questo primo esame, si può ritenere che esistano gli estremi per costruire una disciplina degli enti di diritto privato della sostenibilità. Allo stato dello sviluppo, ancora embrionale, della normativa non sembrano presenti figure tipiche di enti sostenibili, ma diversamente, sul piano del trattamento e dei rimedi, molteplici sono i profili che possono essere declinati relativamente agli enti privati quando si trovino ad operare nell’ambito della realizzazione di interessi sostenibili.

Innanzitutto, si può affermare che il carattere della lucratività non appare discriminante, possono essere protagonisti dello sviluppo sostenibile tanto gli enti a carattere lucrativo che non lucrativo; poi ci sono specifiche regole di *governance* per le società quotate, per le imprese sociali, per le società benefit, così come per PMI e start-up innovative; sono dettati principi e criteri di coinvolgimento degli *stakeholders*; sono previste forme di *welfare* nei confronti dei lavoratori; sono altresì congegnati prodotti e criteri di accesso alla finanza sostenibile.

La regolamentazione poi, ovviamente, si articola in ragione dei singoli tipi di enti e in relazione alle specifiche discipline, per esempio le regole in materia di politiche di remunerazione nelle società quotate o sul contenuto della dichiarazione non finanziaria per gli EIP, senza parlare del ricchissimo complesso di regole specificamente dedicato all’ambient. Il sistema si va arricchendo in modo tumultuoso e quotidiano e non può che aprirsi ad ulteriori sviluppi.

⁶⁸ Sul tema dei *Social Impact Bonds* si veda J. HASKELL MURRAY, *Choose Your Own Master: Social Enterprise, Certifications, And Benefit Corporation Statutes*, cit., p. 52 e nella letteratura in lingua italiana i contributi di R. RANDAZZO, «*Social Impact Bond*»: un nuovo strumento per la finanza sociale, in *Enti non profit*, 2011, p. 38 e di C. NAPOLITANO, *Il Social Impact Bond: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto*, in *Nuove Aut.*, 2018, p. 563.

ARGOMENTO MORALE, PLURALISMO ‘CULTURALE’ E SEMANTICA DEI MARCHI

| 350 **Di Camilla Crea**

SOMMARIO: 1. *Pluralismo e multiculturalismo tra modelli ideali e reali. Il dialogo con i boni mores.* – 2. *L’argomento del pluralismo sociale e culturale nel dibattito sul buon costume: approccio empirico-sociologico.* – 3. *La morale giuridicizzata nell’assiologia pluralista delle carte costituzionali nazionali e sovranazionali: la ricerca di valori di riferimento di comunità frammentate.* – 4. *Il trend recessivo del buon costume nell’esperienza francese e negli itinerari sovranazionali di ‘soft law’.* – 5. *Valore espressivo dei marchi ed effetti sociali: interferenze con la grammatica dei diritti umani.* – 6. *Marchi comunitari, immoralità e violazione dell’ordine pubblico* – 7. *Libertà di espressione e tutela delle diversità linguistiche, religiose e culturali: la casistica europea.* – 8. *Semantica della differenza e istanze euro-unitarie.*

ABSTRACT. *Il discorso sul pluralismo sociale e culturale, all’interno di uno spazio europeo sempre più frammentato ed eterogeneo, presenta crescenti livelli di complessità teorica ed applicativa. Per questa ragione il ragionamento viene circoscritto e filtrato attraverso un concetto, il buon costume, ritualmente considerato come nemico del pluralismo. L’obiettivo è, tenuto conto del ruolo tendenzialmente recessivo della morale nel dibattito giuridico e nella stessa evoluzione normativa, concretizzare la funzione attuale dei boni mores utilizzando come lente valutativa un ambito applicativo concreto, ossia la disciplina dei marchi e la relativa casistica europea analizzata in prospettiva semantica. La riflessione si inserisce in quella zona grigia di intersezione tra intellectual property e grammatica dei diritti umani, dato il valore comunicativo-espressivo dei marchi e il loro impatto sociale oltre che economico. In tale contesto, l’argomento morale conserva un significato operativo, veicolando istanze pluralistiche, o quanto meno percorsi di unità nella diversità, persistente tra i vari stati membri.*

Social and cultural pluralism discourses provide a growing level of theoretical and practical complexity, since the European framework is more and more fragmented and heterogeneous. This is the reason why the evaluation is both limited and filtered by a legal concept, i.e. good morals, which are traditionally considered as enemies of pluralism. The assessment seeks to define the current meaning of boni mores, despite their recessive role in legal debates and texts, deploying a specific field of analysis, that is trademark law and the relating European case law. Indeed, trademarks have multiple functions, being ‘communicators’ of values as well as ‘identifiers’ of goods and services. The semantic approach shows how these signs of values have a social as well as an economic impact, strongly connected with the intersection between intellectual property rights and the grammar of human rights. In this specific context, the moral argument holds a significant meaning as a tool to convey pluralistic demands or at least to deal with the unity/multiplex paradigm which persists among the Member States.



1. Pluralismo e multiculturalismo tra modelli ideali e reali. Il dialogo con i *boni mores*.

Il multiculturalismo ha una pluralità ormai esponenziale di definizioni possibili¹, essendo un concetto mutevole, relativo, controverso. Tratto comune alle varie opinioni è il contesto valutativo (ordinamenti di tipo liberaldemocratico) e la costruzione del multiculturalismo come modello, essenzialmente ideale e politico, nel quale effettivamente si accetti sul piano sociale e normativo una identità pluralista all'interno di un certo ambito territoriale, sì da ripristinare una tendenziale simmetria tra diritto, società, e cultura² alterati dalla compresenza di individui o gruppi portatori di interessi e valori non omogenei. Questo prototipo ideale trova, forse, un riscontro reale in taluni paesi geneticamente abituati alla diversità. Il Canada³, ad esempio, è storicamente caratterizzato da innesti di tradizioni francofone ed inglesi, e lo Stato – nello stesso testo costituzionale – si dichiara multiculturale adottando, sin dal 1971, politiche attive di promozione, riconoscimento e integrazione delle differenze.

Nella realtà degli stati europei – con talune eccezioni tra le quali la Svizzera, la Gran Bretagna, benché oggi tecnicamente esterna all'Unione, in parte anche il Belgio⁴ e la Germania – è forse più corretto discorrere di pluralismo culturale⁵ etico, sociale, linguistico⁶ e valoriale.

La gestione dei conflitti che ne derivano varia da paese a paese, a seconda della storia di ciascuno, dell'incidenza di un passato coloniale o dell'impatto dei nuovi fenomeni migratori: itinerari diversi e in continua evoluzione per ciascun ordinamento, che impongono una analisi pluridisciplinare, comparata ed attenta ai fondamenti antropologici dei vari percorsi⁷. Tutto ciò secondo una accezione del normativo ampia, comprensiva di norme e pratiche sociali oltre che strettamente giuridiche.

Un esempio a mo' di iperbole, che mette in luce con potenza gli atteggiamenti eterogenei che i sistemi giuridici possono avere, può trarsi dalla casistica sull'uso del *kirpan* per i seguaci della religione ortodossa *Sikh* nata in India. La *Supreme Court of Canada*⁸ consente l'uso del simbolo (un coltello) persino nelle scuole al fine dichiarato di tutelare il valore della diversità, del rispetto del pluralismo religioso e dei diritti altrui, quali essenziali messaggi educativi, sia pur con alcune cautele. In una prospettiva diametralmente opposta, i giudici di legittimità, in Italia, hanno asserito⁹ che l'uso del *kirpan* è vietato per ragioni di sicurezza ma soprattutto – e questo è il dato preoccupante – per un obbligo dello straniero di conformarsi ai valori della

Identity, and Cultural Pluralism in Comparative Perspective, Oxford, 2001.

⁷ R. SACCO, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007. L'esperienza statunitense, a sua volta, sul piano del multiculturalismo è passata dall'ideale fusionale del *melting pot* tra varie etnie, alla più ragionevole metafora del *salad bowl*, un ibrido in cui gli elementi identitari differenziati si mescolerebbero senza fondersi: S.P. HUNTINGTON, *La nuova America. Le sfide della società multiculturale*, Milano, 2005 (trad. it. dalla versione inglese *Who Are We?: The Challenges to America's National Identity*, New York, 2004), sequel del noto scritto *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, 1996, nel quale Samuel Huntington ha sostenuto, provocatoriamente, che alla fine della Guerra fredda il nodo centrale delle politiche internazionali sarebbe stato non lo scontro tra ideologie, né tra classi sociali o gruppi economici, ma tra civiltà o meglio tra *'cultural entities'*.

⁸ Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 SCR 256, 2006 SCC 6; sul punto, in particolare, D. LOPRIENO e S. GAMBINO, *L'obbligo di "accomodamento ragionevole" nel sistema multiculturale canadese*, in G. ROLLA (a cura di), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008, p. 217 ss. spec. p. 225. Il tema è assai più complesso, dovendosi inserire nel discorso sulla *cultural defence* (esimente) e sulla correlata analisi della inesigibilità di certe condotte culturalmente condizionate (C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010).

⁹ Cass. pen., 31 marzo 2017, n. 24804, con il commento fortemente critico di A. SIMONI, *La sentenza della Cassazione sul kirpan: "voce dal sen fuggita"?*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2, 2017, p. 4 ss. (da cui l'espressione usata nel testo); G. CAVAGGION, *Diritto alla libertà religiosa, pubblica sicurezza e "valori occidentali". Le implicazioni della sentenza della Cassazione nel "caso kirpan" per il modello di integrazione italiano*, in *Federalismi.it*, 14 giugno 2017.

¹ M.L. LANZILLO, *Il multiculturalismo*, Roma, 2005, p. 3 ss. Distingue multiculturalismo e società multietnica, A. FERRARA, *Multiculturalismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario di Politica*, Torino, 2004, p. 599; per un quadro ricostruttivo v. E. CECCHERINI, *Multiculturalismo (dir.comp.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2008, p. 486 ss.

² J. RAZ, *Multiculturalism*, in *Ratio Juris*, vol. 11, n. 3, 1998, pp. 193-205: «Liberal Multiculturalism is a normative precept motivated by concern for the dignity and well-being of all human beings. It is a precept which affirms that in the circumstances of contemporary Western societies a political attitude of fostering and encouraging the prosperity, cultural and material, of cultural groups, and respecting their identity, is justified».

³ W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, 1995 (trad. it., *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999).

⁴ L. COLELLA, *La diversità linguistica come «elemento strutturale» della forma di Stato multiculturale belga*, in *Dir. pubbl. compr. eur.*, 2016, pp. 1121-1144.

⁵ Per i caratteri fisionomici del pluralismo, quale fatto di cultura caratterizzato da meccanismi di frammentazione e da conflitti anche interni ad un medesimo gruppo, e in continua evoluzione, F. VIOLA, *Pluralismo e tolleranza*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Lessico della laicità*, Roma, 2007, p. 227 ss., spec. 228. Per una ampia accezione di cultura finalizzata ad evitare distorsioni del principio pluralista, si rinvia a P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 430.

⁶ Tale forma di pluralismo richiede vere e proprie politiche del linguaggio a tutela delle minoranze linguistiche quali comunità culturali: C.L. SCHMID, *The Politics of Language: Conflict,*

società di accoglienza, o meglio ai valori del mondo occidentale, con ciò palesando un intento assimilazionista, simile a quello francese, di pericolosa adesione «all'ideologia della diversità culturale degli immigrati».

Nel contesto europeo, dove pure il complesso dibattito tra *liberals* e *comunitarians* sul multiculturalismo, nato in Nord America, è progressivamente penetrato¹⁰, il pluralismo si interfaccia con modelli storici correlati ai vari sistemi costituzionali di integrazione¹¹, ad eterogenee politiche di riconoscimento¹², spesso rivelatesi fallaci sul piano delle applicazioni concrete. Le azioni di gestione dei conflitti socio-culturali da parte dei singoli stati, a loro volta, si inseriscono all'interno delle *policy* promosse dall'Unione, nella prospettiva di un 'processo' di integrazione, che è un *desideratum* ancora in gran parte da definire e costruire, e di percorsi di tolleranza e di rispetto della identità-diversità dei singoli e delle comunità di appartenenza, ossia di rispetto della dignità umana a fronte dei massicci flussi migratori dai paesi *extra* UE.

Il discorso sul multiculturalismo o, forse, sul post-multiculturalismo¹³, in questa sede solo som-

marientemente tracciato, è lo sfondo dal quale partire per interrogarsi su un tema di estremo interesse e poco indagato: il delicato rapporto con il buon costume. Quale potrebbe essere il senso di tale clausola generale, ritualmente ricondotta ad una sorta di sentire, di morale comune-collettiva, all'interno di una società portatrice di bisogni, costumi e valori tanto diversi?

La *ratio* sottesa alla domanda è anzitutto legata alla constatazione che molti degli autori che hanno affrontato il terreno scivoloso del buon costume si sono dovuti confrontare «con il problema del pluralismo sociale»¹⁴, prendendo atto dell'evoluzione liberatoria dei costumi, dell'assenza di una morale universale condivisa all'interno di società/comunità non più omogenee, frammentate, in continua trasformazione, nonché dei rischi di abusi di classi dominanti rispetto a quelle minoritarie.

Per poter anche soltanto tentare di rispondere al quesito pare utile parcellizzare la riflessione partendo da una analisi delle possibili definizioni teoriche delle *bonnes moeurs* della tradizione romanistica, sì come emerse nella letteratura, e da una ponderazione del loro grado di compatibilità/incompatibilità con il discorso del pluralismo. La riflessione non affronta i tradizionali *cultural and religious claims*, ritualmente legati alle esigenze di tutela delle donne, al diritto di famiglia o a questioni di diritto penale, né i conflitti culturali relativi all'autonomia privata o al fatto illecito in senso stretto¹⁵, tutti fondati essenzialmente su ipotesi di collisione con culture 'altre' rispetto a quelle occidentali: non riguarda, dunque, quelli che, con icastica semplicità Rodotà definiva «conflitti fra assoluti non compatibili»¹⁶. L'obiettivo è, tenuto conto del ruolo recessivo della morale nel dibattito e nella stessa evoluzione normativa, concretizzare la funzione attuale del concetto utilizzando, come lente valutativa un ambito applicativo concreto, ossia la disciplina dei marchi e la casistica europea. La riflessione si inserisce in quella zona grigia di intersezione con la grammatica dei diritti umani dato il valore comunicativo-espressivo dei marchi e il loro impatto sociale oltre che economico.

¹⁰ M.L. LANZILLO, *Il multiculturalismo*, cit., p. 8 ss.

¹¹ Francia, Inghilterra, Germania, Olanda, in *primis*: G. DI CAVAGGION, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Milano, 2018, 153-176. I modelli di gestione del pluralismo imperanti in Europa sono assai diversi e in fase di ripensamento attuale: quello francese e quello britannico, entrambi paesi coloniali. Le risposte sono state diverse: in Francia il modello assimilazionista, in base al quale lo straniero aspira alla cittadinanza e si rapporta allo stato in quanto singolo individuo-cittadino [D. COSTANTINI (a cura di), *Multiculturalismo alla francese? Dalla colonizzazione all'immigrazione*, Firenze, 2009, p. 167 ss.]; in Inghilterra, invece, una politica pluralista che rispetta le comunità intermedie con le quali si interfaccia il governo britannico (si pensi ai Tribunali della *Sharia*). L'Italia è solo all'inizio il problema del pluralismo si è acuito con i flussi migratori: S. HASANAJ, *Immigrazione e diversità: Un modello dinamico e differenziato per l'Italia multicultural*, Milano, 2019.

¹² I conflitti sociali e culturali sono sempre lotte per il riconoscimento; la collisione cresce esponenzialmente in ragione della intensità qualitativa e quantitativa della distanza culturale. Le politiche del riconoscimento dovrebbero tradursi in azioni di gestione dei conflitti perché l'uomo, senza riconoscimenti, perde la sua integrità, i suoi diritti, la sua autonomia personale e morale. Sul passaggio dalle politiche del riconoscimento alla teoria del riconoscimento, in correlazione con l'idea di democrazia nel contesto europeo v. A. HONNETH, *Riconoscimento: Storia di un'idea europea*, Milano, 2019.

¹³ B. PAREKH, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, Hampshire, 2000; S. VERTOVEC, *Towards post-multiculturalism? Changing communities, conditions and contexts of diversity*, in *International Social Science Journal*, vol. 61, no. 199, 2010, pp. 83-95, che attribuisce al post-multiculturalismo l'attitudine ad esprimere l'esistenza di conflitti anche interni ad un medesimo gruppo, nonché l'evoluzione che deriva dalla interazione dinamica tra comunità portatrici di valori differenti, con conseguente emersione di ulteriori collisioni.

¹⁴ Per una brillante analisi in tal senso, G. TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, pp. 629-653.

¹⁵ Secondo la prospettiva accolta nell'opera monumentale di P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali*, cit. spec. p. 427 ss.

¹⁶ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, p. 124, il quale peraltro precisa l'irrelevanza di una distinzione tra multiculturalismo ed integrazione: ciò che rileva non è la scelta binaria tra integrarsi o, invece, tutelare la propria identità, essendo entrambe opzioni giustificabili e degne di rispetto, ma trovare tecniche di contenimento ispirate alla flessibilità, tramite la centralità dei principi del sistema ordinamentale.

In tale contesto, l'argomento morale sembra conservare un significato operativo, veicolando istanze pluralistiche, o quanto meno percorsi di unità nella diversità, persistenti tra i vari stati membri.

2. L'argomento del pluralismo sociale e culturale nel dibattito sul buon costume: approccio empirico-sociologico.

Punto di partenza obbligato è la riflessione di Francesco Ferrara, il quale offre, nella sua opera *'Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano'*, una esemplare sistematizzazione della questione della invalidità negoziale per illiceità, benché storicamente ancorata alle disposizioni dell'abrogato codice unitario del 1865¹⁷.

Partendo dalla duplice premessa che la moralità è «un concetto di relazione», «anzi è non altro che l'utilità sociale», e che la differenza tra diritto e morale non è nella natura, né nei fini – giacché entrambi guidano le azioni dei consociati verso obiettivi di convivenza sociale –, ma semplicemente «nella forma dei mezzi che essi adoperano per la loro esecuzione»¹⁸(la 'coazione giuridica' nell'un caso; la più debole 'coazione psicologica', nell'altro), il buon costume, per Ferrara, è norma sussidiaria che completa le lacune lasciate dalla legge, «a maggior protezione dell'ordinamento giuridico»¹⁹. Esso coincide con la «moralità pubblica», con la «coscienza morale sociale» di un dato popolo in un dato tempo; termini, questi ultimi, ritualmente presenti nelle decisioni delle corti nazionali anche dopo l'entrata in vigore del codice del 1942. In tale contesto valutativo, in ogni caso, si esclude che il diritto abbia una funzione di moralizzazione, limitandosi a fungere da ostacolo, da impedimento per «ridurre l'immoralità»²⁰. Il concetto di costume che

interessa il discorso giuridico è qualificato in negativo (immorale).

Ma quale è la morale sociale che deve ispirare l'interprete e che, se assente, è criterio per invalidare i negozi giuridici? La morale 'decidente' è quella *comune*, non quella soggettiva e arbitraria dell'interprete, perché penetrata nel commercio, nei costumi, nelle istituzioni; è obiettiva e *generale*, riflessa nella «coscienza universale di tutti»²¹, benché *variabile* «secondo i popoli e secondo i tempi», in quanto correlata al «grado di sviluppo intellettuale ed etico della società»²² e il sentire morale cambia, incide sul diritto, determinando un passaggio graduale della qualificazione dell'atto di autonomia privata «per tutte le più sfumate tonalità dal lecito all'illecito»; *attuale, presente* nella vita dell'oggi, e non nell'immaginario ideale o letterario di poeti e filosofi; *reale, pratica*, non teorica, perché posta in essere dalla «generalità dei cittadini»²³; civile, relativa ai *cives*, senza che rilevinò le istanze di particolari religioni; *locale (non internazionale)*, giacché appartiene ad un certo paese, con le sue tradizioni e i suoi costumi.

L'indagine è chiaramente frutto del suo tempo, ancorata ad una visione statalista del diritto e a una concezione dell'ordine pubblico 'legalista', cioè desumibile, sino quasi a sovrapporsi, alle singole disposizioni legislative, tanto da giustificare, per converso, una visione ampia del buon costume, come unico strumento di reale apertura ai valori etici, alla mutevole realtà sociale, e di estensione del controllo sugli atti di autonomia privata²⁴. È innegabile, tuttavia, l'emersione chiara di tratti distintivi del buon costume e l'impatto che tale impostazione ha avuto sulle corti nazionali: concetto elastico, indeterminato, relativo/variabile, su piano storico-temporale e dei casi concreti, che richiede la interpretazione (diremmo oggi, una concretizzazione); esprime un «ordinamento morale», ben oltre la mera «morale sessuale», ossia un «patrimonio di idee e di sentimenti ereditati dal lungo svolgere dei secoli»²⁵, generalmente sentito nella coscienza collettiva e praticato. La giurisprudenza italiana, sulla scia di Ferrara, continua a parlare di buon costume come l'insieme di «quei principi ed esigenze etiche della coscienza morale collettiva che costituiscono la morale sociale, in quanto ad essi uniforma il proprio comportamento la generalità delle persone corrette, in un determinato momento e in un determinato

¹⁷ La riflessione, profondamente intrisa degli influssi tedeschi, apre ad una concezione sociologica del buon costume che ha ispirato fortemente la dottrina italiana successiva e la stessa giurisprudenza, trovando paralleli anche in autori francesi quali René Demogue (il quale discorreva di buon costume come accettabilità sociale), che a sua volta ha avuto un influsso determinante nella letteratura successiva (in particolare, sul pensiero di Louis Josserand e Jean Carbonnier): documenta attentamente siffatta evoluzione G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona*, Napoli, 2014, p. 41 ss., ma anche p. 23 ss. per il confronto e le opportune differenziazioni con la posizione idealistica di Ripert (*ivi*, p. 27 ss.) espresse nella sua fondamentale opera *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925. Per la critica all'impostazione sociologica, invece, J. SAIGET, *Le contrat immoral*, Paris, 1939, p. 61 ss.

¹⁸ F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 6.

¹⁹ F. FERRARA, *o.u.c.*, p. 4.

²⁰ F. FERRARA, *o.u.c.*, rispettivamente p. 26 e 27.

²¹ F. FERRARA, *o.u.c.*, pp. 29 e 30.

²² F. FERRARA, *o.u.c.*, p. 31.

²³ F. FERRARA, *o.u.c.*, pp. 32-34.

²⁴ Come acutamente osservato da S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, nota a Trib. Roma, 21 marzo 1968, in *Giur. mer.*, 1970, 1, p. 105.

²⁵ F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 27.



ambiente»²⁶, non limitando l'ampiezza del concetto alla mera 'morale sessuale e decenza'²⁷.

In tale prospettiva, l'aspirazione ad una oggettivazione dei valori morali all'interno di una comunità esprime l'idea di una morale potenzialmente universale, comune. E' una posizione sociologica, empirica che parte dal basso, con un metodo induttivo; tiene in considerazione la variabilità partendo dal particolare e dal locale, ma persiste nella universalità astraendo da credenze religiose o posizioni ideologiche. Sì che apre comunque ad una compatibilità con le istanze pluralistiche, superando definitivamente posizioni che identificavano il buon costume con una unica e univoca morale, quella cristiana, ritenuta peraltro immutabile²⁸.

3. La morale giuridicizzata nell'assiologia pluralista delle carte costituzionali nazionali e sovranazionali: la ricerca di valori di riferimento di comunità frammentate.

La reazione storica a tali impostazioni sociologiche ed extragiuridiche si ha negli anni di matura-

²⁶ In via esemplificativa, v. Cass., 30 luglio 1951, n. 2226, in *Giur. it.*, I, 1952, p. 22 ss.; Cass., Sez. un., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 1679; Cass., 18 ottobre 1982, n. 5408, in *Foro it.*, I, 1983, c. 691 ss.; di recente, in senso conforme, Cass., sez. VI, 3 aprile 2018, n. 8169 (in www.dejure.it) sul pagamento di somma di denaro per ottenere un posto di lavoro; e Cass., 26 gennaio 2018, n. 2014, *ivi*, in relazione ad un caso di simulazione assoluta di posto di lavoro con la richiesta di ripetizione delle somme versate a titolo retributivo e contributivo. Ma i casi sono diversi, o meglio risolti o risolvibili in chiave diversa, secondo Ferrara, perché quella variabilità temporale (oltre che geografica) della morale sociale comune, dei costumi – avversata da prospettive conservatrici pur sempre extra-giuridiche – si riflette, secondo il maestro, sul diritto e comporta che un certo fatto possa attraversare le molteplici sfumature dell'illecito/lecito o, viceversa, del lecito/illecito, con il mutamento tanto dei costumi, tanto dell'ordinamento giuridico di riferimento.

²⁷ La stessa Consulta adotta da tempo un concetto assai ampio di buon costume non limitandolo al pudore sessuale Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2239 ss., con il commento di A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*.

²⁸ Emblematica la posizione di A. TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, pp. 700-706, il quale, nel far coincidere il buon costume con la morale cattolica assegna al diritto la funzione di moralizzazione cristiana delle azioni dei privati. Senza accogliere espressamente l'impostazione cattolica, individuava nel diritto, per il tramite del rinvio ai *boni mores*, lo strumento per «una migliore realizzazione della giustizia» (dove l'aggettivo 'buono' consente di demarcare la rilevanza dei costumi in quanto buoni, dalla mera prassi) anche A. DE CUPIS, *Costume, buon costume e diritto*, in *Giust. civ.*, 1982, II, p. 486. La visione censoria del diritto si lega storicamente anche al pensiero di un grande conservatore francese: G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, cit., pp. 28 ss. e 32 ss. (e sul confronto tra quest'ultimo e Alberto Trabucchi cfr. G. TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, cit., p. 636 ss.).

zione del ruolo dei principi costituzionali: potremmo parlare di giuridicizzazione del buon costume in chiave costituzionale, fondandosi le carte costituzionali sul pluralismo, a sua volta inscindibilmente connesso alla laicità dello stato ed alle sue basi democratiche.

L'apertura sociologica, fattuale viene, in certo senso, (s)travolta da quella che potremmo definire una rivoluzione culturale legata al riconoscimento dell'incidenza dei principi costituzionali sui rapporti di diritto privato²⁹. Tale processo si coniuga con un mutato approccio al tema delle clausole generali, al ruolo dei giudici, al riconoscimento del valore pre-cettivo dei principi confluiti nella carta fondamentale ed alla loro inesauribile carica assiologica, di là dalla rigidità intrinseca delle regole del 'tutto o niente' e senza dover necessariamente tradursi nelle istanze di un diritto naturale trascendete e 'altro' da quello terreno³⁰. La nuova stagione segna un cambiamento nella stessa riflessione sul buon costume; quella residualità che già emergeva nelle considerazioni di Ferrara si inquadra e si giustifica su basi diverse, attraverso un'innovata interazione tra fenomenologia e deontologia e all'interno di un diritto visto sempre più come esperienza portatrice di valori. Per evitare incertezze sul contenuto della clausola, per evitare che diventi uno strumento di controllo dell'autonomia negoziale, legato a opinioni di certe classi sociali dominanti e, poiché un sentire davvero comune è assai difficile da individuare in contesti sempre più legati al pluralismo culturale, occorre trovare punti fermi. La morale che rileva è quella giuridica (*Rechtsmoral*)³¹, espressa dall'ordinamento e nell'ordinamento, in coerenza con le istanze democratiche e dello stato di diritto.

Non c'è, dunque, un ordine etico che non sia dentro l'ordinamento: l'ordine etico è, più esattamente, nei valori della Costituzione³², un «*ordo or-*

²⁹ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 417; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 90 ss. (tradotta, nella versione inglese, *Constitutional Norms and Civil Law Relationships*, in *The Italian Law Journal*, vol. 1., n. 1, 2015, p. 17 ss.).

³⁰ La transizione dalla legalità statuale a quella costituzionale è magistralmente tracciata da P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 164 ss.; sulle ambiguità di tale processo v., tuttavia, E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quad. Fiorentini*, 2014, XLIII, p. 589 ss., spec. p. 605.

³¹ G.B. FERRI, *Ordine pubblico: II) dir. civ.*, in *Enc. giur.* Trecani, V, Roma, 1988, p. 4.

³² S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, cit., p. 104; F. DI MARZIO, *Buon costume*, in P. CENDON (a cura di), *I contratti in generale*, VI, Torino, 2000, p. 250, ribadendo il rischio di arbitrarie generalizzazioni che deriverebbe da una visione del buon costume come rinvio alla coscienza collettiva. In particolare, L. LONARDO, *Ordine pubblico e illecità del contratto*, Napoli, 1993, p. 268 s., per il quale «[i]l fatto poi di dover trovare



dinans»³³ che fa trapelare il significato mai definitivo dei principi costituzionali, l'aspetto anche inespresso, ma sommerso, latente in quanto strato valoriale complesso e pertanto necessariamente mobile. La Carta fondamentale rappresenta la base assiologica condivisa, in quanto fonte primaria non solo di legittimazione, ma anche di produzione, garanzia dei valori di un popolo e capace di adattarsi alle mutevoli esigenze sociali, evitando scelte 'arbitrarie di valori'.

In tale quadro, la distinzione con l'ordine pubblico – che in Italia, fino agli anni '70 si tendeva ad assimilare alle basi politico-sociali ed economiche – riempiendosi ora con i valori costituzionali, quali valori anche etici (la persona, la famiglia), si appropria progressivamente dello spazio lasciato al buon costume. L'*ordre public* si frammenta, diventa sempre più multiforme e onnicomprensivo attecchendosi, nel contesto domestico, similmente a quanto avvenuto in Francia, in senso 'filantropico'³⁴. Il richiamo all'assiologia costituzionale – all'insegna del binomio principi/valori, e di una argomentazione giuridica che è anche argomentazione morale³⁵, ma soprattutto alla luce di una gerarchia nella quale il criterio fondamentale della giuridicità è *in primis* la tutela della persona e della sua dignità – si rafforza esponenzialmente in ragione dei (neo)valori contenuti nelle carte europee (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU) e del dialogo tra decisori nazionali ed europee all'interno del com-

svolgimento all'interno dei valori costituzionali impedisce ai contenuti morali del buon costume di confliggere con essi e anche di porre ostacoli alle loro attuazioni formali; sul punto già G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, p. 181 (e p. 73 s.).

³³ P. GROSSI, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 763.

³⁴ Sulla evoluzione dell'ordine pubblico e del rapporto tra quello interno ed internazionale, con diversità di accenti, di recente, F. CAROCCIA, *Ordine pubblico. La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, 2018; per una argomentata e convincente valutazione unitaria tra i due concetti, tradizionalmente distinti, alla luce della univocità dei criteri assiologici di giudizio (i.e.: principi identificativi dell'ordinamento giuridico, complesso ma a sua volta unitario) e del metodo del bilanciamento secondo ragionevolezza, v. G. ZARRA e G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, spec. pp. 15-90; la preminenza dei principi costituzionali è, altresì, evidenziata da F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, p. 259 ss.

³⁵ Sulla identificazione principi-valori nell'ambito delle tecniche argomentative, R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto*, trad. it., Torino, 1997, p. 73 s., nonostante la persistente opposizione ideale tra elemento deontologico ed elemento assiologico (ID., *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. di L. Di Carlo, Bologna, 2012, p. 162 ss.).

plesso meccanismo di tutela *multilevel* dei diritti fondamentali³⁶.

Di là dalla adesione all'una o all'altra impostazione, vero è che i due approcci al buon costume – quello normativo, di giuridicizzazione tramite il pluralismo delle carte dei diritti e la valenza assorbente dell'ordine pubblico; quello empirico-sociologico, che tenta di conservare la separazione tra diritto e morale, talvolta estremizzato dalle contaminazioni antropologiche³⁷ – sembrano conserva-

³⁶ La centralità della dignità si impone nella stessa riflessione della Corte costituzionale italiana: v. il *leading case* Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, cit., p. 2239 ss. con il commento di A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, ove, promuovendo una nozione ampia del buon costume, la Consulta ha stabilito che il 'comune sentimento della morale' vada inteso in senso pluralistico e laico, e vada collegato con il valore supremo della dignità della persona (art. 2 cost.); sí che, una manifestazione del pensiero può essere ritenuta immorale solo qualora confligga con «la pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea». La dignità diviene, così, una sorta «di 'supervalore costituzionale', in quanto tale sempre invocabile per limitare qualsivoglia diritto di libertà» (A. ODDI, *o.u.c.*, p. 2247). La correlazione immediata buon costume-dignità come valore etico pervade l'intera opera di R. PERRONE, «*Buon costume e valori costituzionali condivisi. Una prospettiva della dignità umana*, Napoli, 2015, *passim*. Tra le decisioni della Corte di Giustizia non può non menzionarsi il noto caso Omega: *Corte giust.*, 14 ottobre 2004, c. 36/02, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in *Racc.*, 2004, I, p. 9609 ss. (sulla quale: W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars. int.*, 10, 2005, spec. p. 135 ss.). Sulla dignità come principio destinato «ad ampliare il contenuto» della stessa clausola «del buon costume», v., M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 67 ss., spec. p. 102; con diversi approcci, G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 801 ss.; R. SACCO, *Note sulla dignità umana nel «diritto costituzionale europeo»*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 583 ss. Certo è che se la dignità umana non è «più un'espressione del c.d. diritto naturale ma [...] elemento costitutivo e caratterizzante il diritto positivo» (P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 152), permane il rischio che il richiamo ad essa si traduca in una formula magica, che induce a tentare ulteriori ma non risolutive tassonomie, essenzialmente basate sulla alienabilità-inalienabilità di beni giuridicamente rilevanti (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 257).

³⁷ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, 3ª ed., in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2004, p. 67, ove si sostiene la valenza extragiuridica del buon costume quale «insieme di regole deontologiche non formalizzate e pregiudiziali», 'spontanee' e 'amorfie', cioè 'non formalizzate' riproponendo in parte l'impianto sociologico di Francesco Ferrara, arricchito di contaminazioni antropologiche. L'obiettivo è difendere la differenza ontologica e qualitativa tra immoralità e violazione di norme imperative o ordine pubblico, criticando il richiamo alla Costituzione. Quella che altrove è stata provocatoriamente definita la 'stampella' costituzionale (così, in riferimento alla buona fede, la classica pagina di L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 10) è vista, in questo conte-

re il ruolo di narrative dominanti del discorso sulla morale anche nella gestione dei conflitti generati dalle collisioni socio-culturali.

4. Il trend recessivo del buon costume nell'esperienza francese e negli itinerari sovranazionali di 'soft law'.

In chiave evolutiva è in ogni caso opportuno segnalare un progressivo trend recessivo dei *boni mores*.

Il sistema della illiceità del codice civile italiano, fondato sulla violazione dell'ordine pubblico, del buon costume e delle norme imperative deriva, sul piano storico e della circolazione dei modelli, dall'impianto. Tuttavia, nella recente *Réforme du droit des contrats* si è sostanzialmente preferita una

sto, come una surrettizia tecnica 'giacobina' volta ad imporre l'idea che l'etica pensabile sia solo quella del legislatore, come se la Costituzione fosse una «bibbia depositaria unica di ogni regola etica» (R. SACCO e G. DE NOVA, *o.u.c.*, p. 65). Il significato extragiuridico della morale avrebbe un duplice effetto liberatorio: per il legislatore, che non dovrà arrancare nella creazione e aggiornamento di «elenchi di contenuti illeciti»; per la società che, in tal modo, può «far valere le sue istanze [...] senza passare – per una volta – attraverso il filtro degli organi di potere». Certo, il buon costume così inteso sembrerebbe accrescere esponenzialmente il rischio di incertezza del diritto che ne deriva, soprattutto all'interno di una società multiculturale e multivaloriale. Eppure, si afferma, a contrario: il buon costume promuove il pluralismo perché significa una indifferenza, un disinteresse del diritto (che rinuncia allo strumento sanzionatorio) nei confronti di certi costumi. In altri termini, «[q]uando la scena è turpe, la legge si allontana (in punta di piedi)» (posizione ribadita pure di recente, nell'ambito di una illuminante riflessione sull'abuso del diritto e dei suoi rapporti con l'immoralità: R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg. VII, Torino, 2012, p. 1 ss.; il pensiero di quest'autore induce ad attribuire al buon costume una valenza assai ampia come strumento di controllo sugli atti di autonomia privata al fine dell'invalidazione di accordi economicamente iniqui: nei contratti immorali, infatti, rientrano «i contratti lesivi della giustizia, dell'equità e della buona fede»). Sul punto, anche G. TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, cit., pp. 647 s. La prospettiva sociologica è valorizzata altresì da V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, 2ª ed., Milano, 2011, p. 387 s.; e in M. ROBLES, *Rilevanza del buon costume nel diritto provato attuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, pp. 83-120. Da un ulteriore prospettiva metodologica, il medesimo risultato della persistente natura del buon costume esterna al diritto si giustifica da un lato, asserendo che i valori etici-morali sono lasciati al buon costume come concetto non giuridico, *rectius* quale 'ponte tra mondo giuridico' ed 'eticomorale' in chiave di complementarità (G. PERLINGIERI, *La via alternativa alle teorie del «diritto naturale» e del «positivismo inclusivo» ed «esclusivo»*. Leggendo *Wil J. Waluchow*, in *Annali S.I.S.Di.C.*, 2020, p. 1 ss.); dall'altro, riconoscendo nell'ordine pubblico una clausola generale che concretizza regole e soprattutto principi, e che promuove il significato normativo oltre che assiologico dei principi costituzionali in sede applicativa (sul punto G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., pp. 49-51, testo e nota 75).

epurazione del concetto. La scelta, sia pur con molte e non sopite ambiguità, deriva da plurimi impulsi sia interni, sia esterni. Il cambiamento è stato indotto dall'esperienza pretoria che aveva di fatto stravolto l'originario *Code Napoléon* ormai desueto³⁸, limitando l'uso del concetto alla morale sessuale e promuovendone l'uso in endiadi con l'ordine pubblico; tutto ciò in considerazione della liberalizzazione dei costumi, della difficoltà a disancorare la valutazione morale da un costume dominante (in specie religioso) in una società sempre più laica e pluralista, della paura dell'arbitrio del giudice e di una sua soggettiva valutazione etica. Tra i fattori esterni che hanno promosso la riforma vanno annoverati i *report* della *World Bank (Doing Business)*³⁹ che spingevano per un sistema giuridico maggiormente certo e competitivo, e l'impatto dirompente del diritto europeo e delle convenzioni internazionali (la Cedu, *in primis*, data la centralità del controllo di convenzionalità affidato ai giudici). Le funzioni un tempo assolute dall'immoralità sono state progressivamente assegnate ad un concetto assai più controllabile e divenuto progressivamente omnicomprensivo: ossia l'*ordre public*. Una opzione positivista e nazionalista, che rispecchia anche la politica assimilazionista e non multiculturale da sempre avuta in Francia, poiché l'ordine pubblico è pur sempre ricondotto all'identità politica ed ora anche etica della società francese – nella variante ulteriore dell'*ordre public philanthropique* stigmatizzato nel meta-valore della dignità della persona⁴⁰ –, ed a leg-

³⁸ M. GRAZIADEI, *Le contrat au tournant de la réforme : les choix du juriste français et le précédent italien*, in *Rev. contr.*, 2015, pp. 720-727. Molto della riforma, tuttavia, poteva essere risolto valorizzando il ruolo dell'interprete e dell'attività interpretativa: P. PERLINGIERI, *Le recente riforma del code civil*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 1003-1011. Sulla riforma: J. CARTWRIGHT e S. WHITTAKER (a cura di), *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the reform*, Oxford, 2017; F. ANCEL, B. FAVARQUE-COSSON e J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, 2017; per una documentata rassegna della dottrina francese sui vari temi toccati dalla riforma cfr. V. BASILAVECCHIA, *Nota bibliografica*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 135 ss.

³⁹ Con riguardo all'impatto delle dichiarazioni della *World Bank* in ambiente francese v. A. KERHUEL e B. FAUVARQUE-COSSON, *Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009, pp. 811-830. L'intento del legislatore francese di ritrovare, nel contesto internazionale, un ruolo trainante è ben espresso da M. SÉJEAN, *The French Reform of Contracts: An Opportunity to Tie Together the Community of Civil Lawyers*, in *Louisiana Law Review*, vol. 76, n. 4, 2016, p. 1151.

⁴⁰ Secondo la controversa ricostruzione di D. FENOUILLET, *Les bonnes moeurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Paris, 2011, p. 493 ss., il quale ritiene assorbito il buon costume dall'ordine pubblico e dal principio di dignità; difende strenuamente la resilienza dei buoni costumi, che «luttent pour voir

gi fatte solo da francesi. D'altro canto, anche in paesi che si erano ispirati alla tradizione codicistica francese, quali il Québec e la Louisiana i *good morals* erano stati già anni addietro eliminati⁴¹. Resta, nella disciplina francese, qualche norma, peraltro dotata di carattere generale, che ancora conserva il rilievo delle *bonnes moeurs*⁴² tanto in apertura del codice (l'art. 6), tanto in talune legislazioni settoriali tra le quali quelle sulla proprietà intellettuale⁴³.

Il trend recessivo di tale clausola generale trova conferma, a livello europeo, nella eliminazione di ogni riferimento alla morale nei progetti di armonizzazione (*Draft Common Frame of Reference*, e prima ancora nei *Principles of European Contract Law*), nella proposta di regolamento per un diritto comune europeo sulla vendita, e nondimeno nei Principi *Unidroit*, in ragione dei rischi di una interpretazione troppo discrezionale da parte dei giudici e della difficoltà di individuare un *common core* sul piano della morale all'interno dei vari stati membri.

E' anche vero, tuttavia, che negli evocati tentativi di armonizzazione del diritto contrattuale europeo, talvolta ridotti ad una difficile opposizione binaria tra modello pluralista e monista, la eliminazione del buon costume e della *immorality* riemerge surrettiziamente là dove si prevede, come limite all'autonomia privata, la violazione dei '*fundamental principles*' (art. 15:101 PECL⁴⁴, e II-7:301

reconnaitre leur originalité», invece, J. FOYER, in AA.VV., *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, p. 493 ss., spec. p. 496.

⁴¹ La eliminazione buon costume era già avvenuta anche in Québec (sin dal 1994: art. 1411 *Code civil*) e in Louisiana molti anni prima (sin dal 1987: O. MORÉTEAU, *The Louisiana Civil Code in French: Translation and Retranslation*, in *Journal of Civil Law Studies*, vol. 9, 2016, p. 250, nota 61).

⁴² L'art. 6 del *Code civil* prevede la illiceità delle convenzioni particolari qualora derogano «aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes moeurs»: nel pensiero del legislatore francese del codice si attribuiva al primo il significato di strumento di garanzia contro turbamenti sociali; alle seconde, invece, lo stigma della «base di stabilità degli stati» (T. NANI, *Analisi ragionata del diritto civile francese*, I, Milano, 1805, p. 76). Sulle origini dell'art. 6 cfr. M. PENA, *Les origines historiques de l'art. 6 du Code civil*, in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1992, p. 501 ss.; analizzando il significato dell'ordine pubblico P. FEMIA, *Ordine pubblico: la politica del diritto*, in G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico*, cit., p. XI-XXXII; cfr. inoltre sul ruolo dei primi sei articoli del *Code civil*, quale fondamento del diritto francese, sia pur da attualizzare, G. FAURÉ e G. KOUBI (a cura di), *Le titre préliminaire du Code civil*, Paris, 2003.

⁴³ Cfr., N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, 5 ed., Paris, 2018; in particolare, S. MARTIN, *La prohibition des marques immorales ou contraires à l'ordre public en droit européen*, in *Les Cahier de propriété intellectuelle*, vol. 27, n. 3, 2015, pp. 1263-1290.

⁴⁴ O. LANDO, E. CLIVE, A. PRUM e R. ZIMMERMAN (a cura di), *Principles of European Contract Law*, Part. III, The Hague, 2003, pp. 211 e 536.

DCFR⁴⁵) presenti «*in the laws of the Member states of the European Union*». Siffatte previsioni sembrano manifestare la aspirazione ad una argomentazione fondata sui principi fondamentali propri di ciascuno stato membro e una prospettiva, tutta da costruire, di condivisione di valori normativi sui quali poggiare un giudizio di moralità sul contratto. Di qui il possibile richiamo anche ai principi della CEDU e della Carta europea dei diritti fondamentali, nel tentativo di concretizzare quei *fundamental principles*, senza che si traducano nelle ennesime «nuvole di trascendentali dichiarazioni di diritti»⁴⁶.

Ma siamo dinanzi ad una *agenda for the future*, a un obiettivo ma soprattutto a una missione del giurista europeo nel tracciare il significato della grammatica dei diritti umani, e in generale dei valori morali all'interno dell'Unione, anche per limitare le distorsioni di un linguaggio esclusivamente *market-oriented*.

5. Valore espressivo dei marchi ed effetti sociali: interferenze con la grammatica dei diritti umani.

La recessione del buon costume, nella sua variabilità ed elasticità spazio-temporale, si sostanzia in tecniche diversificate: ora, attraverso l'epurazione del concetto per incremento normativo di disvalore di talune fattispecie nel tempo divenute oggetto di divieti normativi; ora, tramite la sostituzione o l'accostamento in endiadi con altri concetti pur sempre da concretizzare tra i quali in *primis* l'ordine pubblico, sempre più ipertrofico; ora per

⁴⁵ C. VON BAR e E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, I, Oxford, 2009, pp. 535-537; sul punto, A. SOMMA, *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, The Hague, 2009, p. 117 ss. La prospettiva di normativizzazione dell'immoralità nell'ambito del diritto contrattuale europeo tramite il ricorso ai principi – sulla scia dell'insegnamento di Ronald Dworkin e nella consapevolezza del *deferential approach* assunto dalla Corte di giustizia, che già nel caso Omega rinviava chiaramente agli stati membri la concretizzazione del significato dell'immoralità sia pur stigmatizzato nel principio di dignità – è la base di un più ampio discorso volto a promuovere una analisi del buon costume (ma anche dell'ordine pubblico) nella dinamica di un *common core* che, partendo da *questionnaire* casistici comuni, dia atto di divergenze e convergenze tra le tecniche operazionali dei vari paesi europei: così, C. MAK, *Immorality of Contracts in the EU*, (November 26, 2018), *Introductory Chapter*, in A. COLOMBI CIACCHI, C. MAK e Z. MANSOOR (a cura di), *Immoral contracts in Europe*, Cambridge, 2020, in corso di pubblicazione, e ora reperibile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2744592>.

⁴⁶ L'espressione è utilizzata a fine Ottocento da Vittorio Emanuele Orlando, come ricorda P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860/1950*, Milano, 2000, p. 35 (e ripresa in ID., *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, cit., p. 763).



‘diluzione’, ossia eliminazione del disvalore non soltanto giuridico ma anche etico-morale legato ai mutamenti della realtà sociale e degli stessi ordinamenti giuridici. A prescindere dalla mediazione di clausole generali⁴⁷, problematiche ascritte alla violazione del buon costume vengono ricondotte nell’alveo di principi nazionali o europei e delle relative tecniche di argomentazione e applicazione, in contesti ormai caratterizzati da un alto livello di complessità sia normativa, sia giurisdizionale, in considerazione del sistema *multilevel* dei diritti fondamentali, dei rapporti eterarchici tra le corti nazionali ed europee e delle eterogenee tecniche di giustiziabilità, necessarie alla garanzia di effettività dei diritti⁴⁸. Vi è un ambito peculiare nel quale i *boni mores* della tradizione romanistica sembrano conservare un significato operativo, veicolando istanze pluralistiche, o quanto meno percorsi di unità nella diversità nel contesto europeo: la proprietà industriale e intellettuale.

Con riguardo, in particolare, alla disciplina dei marchi i *good morals* si collocano all’interno di quella zona grigia creata dall’intersezione non più soltanto tra *intellectual property* e *competition law*, bensì tra la prima e la grammatica, talvolta retorica, dei diritti umani⁴⁹, facendo emergere i potenziali

⁴⁷ Per una sistematizzazione v. P. FEMIA, *Tre livelli di indistinzione tra principi e clausole generali*, in di G. PERLINGIERI e M. D’AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 209 ss.

⁴⁸ Sul principio di effettività e sulla sua valenza conformativa anche del diritto privato si rinvia alle ispiratrici riflessioni di G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Ann., X, Milano, 2017, pp. 381-406; per ulteriori approcci al tema, anche in prospettiva europea cfr. E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e «drittwirkung»*, *Idee a confronto. Atti del convegno (Pisa, 24-25 febbraio 2017)*, vol. 1, Torino, 2018; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, p. 21 ss.

⁴⁹ Con riguardo alle implicazioni teoriche e applicative di tali interferenze: R. DREYFUSS e E. SIEW-KUAN NG (a cura di), *Framing Intellectual Property Law in the 21st Century: Integrating Incentives, Trade, Development, Culture and Human Rights*, Cambridge, 2018; R. TUSHNET, *Intellectual Property as a Public Interest Mechanism*, in R. DREYFUSS e J. PILA (a cura di), *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*, Oxford, 2018, p. 95 ss.; L.R. HELFER, *Intellectual Property and Human Rights: Mapping an Evolving and Contested Relationship*, *ivi*, p. 118 ss.; M. RICOLFI, *Trademarks and Human Rights*, in P. TORREMANS (a cura di), *Intellectual Property Law and Human Rights*, AH Alphen aan den Rijn, 2015, pp. 453-492; L.R. HELFER e G. W. AUSTIN (a cura di), *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface*, Cambridge, 2011; nel contesto domestico v. G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010, pp. 3-73. Propone una interessante tassonomia tripartita dei rapporti tra IP e ‘human rights’, in termini di riconoscimento/coincidenza, conflitto o cooperazione, G. SPINA ALI, *Intellectual Property and Human Rights: A Taxonomy of Their Interac-*

conflitti multiculturali correlati alla funzione *lato sensu* comunicativa/espressiva del marchio – e in generale di sistemi di *advertising* con finalità di pubblicità e di *marketing* commerciale – rispetto al pubblico di riferimento. Il nuovo spettro valutativo mira a contemperare la crescente tensione tra libertà d’impresa e libertà di espressione⁵⁰, tra interessi economici e interessi pubblici, ben oltre le logiche proprietarie e in una prospettiva di *welfare* inclusiva del contesto politico, sociale e culturale.

I marchi hanno, come noto, anzitutto una funzione distintiva, di identificazione dei prodotti e dell’idea di *business* legata alle strategie imprenditoriali, orientata a evitare la confusione dei consumatori sul mercato ma anche a garantire la posizione competitiva dell’impresa⁵¹.

Tuttavia, tali segni distintivi possono esprimere anche ulteriori e complessi significati sociali potenzialmente discriminatori, denigratori, lesivi di identità culturali, correlati al valore semiotico e non pu-

tions, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, 2020, pp. 411-445. Si discorre, altresì, di processo di costituzionalizzazione dell’*IP system*: C. GEIGER, *Constitutionalising Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union*, *ivi*, vol. 37, 2006, pp. 371-406; J. GRIFFITHS, *Constitutionalisation or harmonization? The Court of Justice, the right to property and European copyright law*, in *European Law Review*, vol. 38, n. 3, 2013, pp. 65-78. Occorre precisare, in ogni caso, che nel variegato mondo della proprietà intellettuale i *trademark rights*, a differenza dei diritti di *copyright* e brevetto, non sono considerati diritti fondamentali ‘per sé’: M. CARPENTER, *Intellectual Property: A Human (Not Corporate) Right*, in D. KEANE e Y. MCDERMOTT (a cura di), *The Challenge of Human Rights: Past, Present and Future*, Cheltenham-UK, 2012, p. 312 ss.

⁵⁰ Per una disamina sistematica dell’interazione tra libertà di espressione e marchi, v. W. SAKULIN, *Trademark protection and freedom of expression*, AH Alphen aan den Rijn, 2011, spec. pp. 80 ss., 111 ss.; nonché M. RICOLFI, *o.u.c.*, p. 453 ss. Siffatta interferenza riguarda ancor più il *copyright law* (ben analizzato da N. NETANEL, *Copyright’s paradox*, Oxford, 2008) che però esula dalla presente indagine.

⁵¹ Su questi aspetti, che richiamano anche la non pacifica funzione suggestiva dei (correlata alla pubblicità), per una riflessione sistematico-evolutiva nella letteratura interna: A. VANZETTI, *Natura e funzione giuridica del marchio*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, I, p. 16 ss.; ID., *Equilibrio di interessi e diritto al marchio*, *ivi*, 1960, I, p. 254 ss.; ID., *La funzione del marchio in un regime di libera cessione*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, I, p. 71 ss.; nonché C. GALLI, *Funzione del marchio ed ampiezza della tutela*, Milano, 1996; V. DI CATALDO, *I segni distintivi*, Milano, 1993; G. SENA, *Marchio d’impresa (natura e funzione)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., Torino, 1993, p. 293; V. MANGINI, *Il marchio e gli altri segni distintivi. La proprietà industriale nel mercato comune*, Padova, 1982; sui profili di armonizzazione europea della disciplina v., C. GALLI, *Il marchio come segno distintivo e la capacità distintiva nella prospettiva del diritto comunitario*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 427 ss.; S. SANDRI, *L’evoluzione della funzione del marchio nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. ind.*, 2010, pp. 451-457; M. RICOLFI, *Trattato dei marchi. Diritto europeo e nazionale*, vol. I, Torino, 2015, p. 40 ss.

ramente economico-commerciale del *brand*⁵². Si tratta di effetti ambivalenti, di esternalità morali e culturali⁵³, derivanti dalla circostanza che i significati dei marchi (come anche della pubblicità) interagiscono con i sentimenti⁵⁴, le opinioni, i punti di vista dell'individuo o di gruppi di individui. Se da un lato l'utilizzo di certe espressioni o simboli potrebbe aprire a mutamenti positivi della percezione sociale – l'uso seriale e ripetuto di un termine o di una immagine potenzialmente offensiva riduce nel tempo il connotato di disvalore originario –, o anche promuovere positive politiche 'interculturali', dall'altro vi è il rischio di ledere in maniera eccessiva gli interessi di minoranze, di approfittare del contenuto disturbante di talune comunicazioni al fine di conquistare nuove quote di mercato e accrescere il profitto dell'impresa, con riflessi negativi anche sul piano sociale.

6. Marchi comunitari, immoralità e violazione dell'ordine pubblico.

Le polisemie del linguaggio si traducono in comunicazioni valoriali complesse. Qualunque messaggio non è mai neutrale; né lo è il sistema della proprietà intellettuale. Tanto più il *brand* è noto e forte sul mercato, tanto maggiore è l'impatto sul pubblico dei consumatori. La circolazione di un segno o simbolo, peraltro, grazie alla globalizzazione e alla innovazione tecnologica, è potenzialmente senza confini. Ciò che occorre valutare è, dunque, la natura degli interessi del soggetto che chiede la protezione giuridica del marchio e, all'interno del pubblico dei consumatori, la tipologia di interessi dei gruppi lesi dal suo contenuto.

Dal punto di vista strettamente normativo il marchio è registrabile (dunque lecito e valido) da

parte degli uffici competenti a livello nazionale o anche europeo ed internazionale, se non è contrario alla legge, all'ordine pubblico, al buon costume⁵⁵. La violazione di uno di questi parametri, che rappresentano nel linguaggio del legislatore comunitario impedimenti assoluti, ha come conseguenza la nullità, la quale si riflette anche nelle vicende circolatorie, qualora il marchio sia oggetto di vendita o concesso in licenza. Invero, vietata è la registrazione non anche l'uso, che ben potrà perpetrarsi senza però garantire la protezione e l'esclusività, sia pur relativa, derivante dal meccanismo della registrazione. In questo senso il diritto, inteso nel suo valore ordinante e di garanzia, arretra mostrando una certa indifferenza: i marchi c.dd. di fatto esistono, e la valutazione di liceità può mutare nel tempo poiché le clausole generali, 'finestre sul mondo', consentono un adeguamento dell'esperienza giuridica rispetto al contesto sociale. Sicché, un marchio oggi immorale o illecito ben potrebbe, con il mutare dei costumi, divenire socialmente accettato.

I parametri di liceità del marchio, e in particolare il richiamo all'ordine pubblico ed agli *accepted principles of morality* sono sostanzialmente i medesimi nei regimi nazionali e nella normativa comunitaria derivata finalizzata all'armonizzazione del settore. In particolare, l'art. 7, par. 1, lettera f), RMUE (Regolamento sul marchio dell'Unione Europea – UE 2017/1001) ha come *ratio* il bilanciamento tra l'interesse delle imprese ad utilizzare liberamente parole e immagini nella attività di commercializzazione di prodotti o servizi, e l'interesse collettivo a non imbattersi in segni '*disturbing, abusive, insulting and even threatening*.' In generale, si ritiene che la norma debba essere interpretata sulla base di *standard* valutativi europei. L'obiettivo è evitare giudizi diversificati a seconda delle eterogenee tradizioni nazionali e/o delle differenti modalità di intendere concetti vaghi che richiedono una concretizzazione da parte dell'interprete domestico. Al contempo, però, tale tendenza monistica si scontra con una realtà pluralista⁵⁶: il pubblico di riferimento

⁵² Si è inteso discorrere a fini semplificatori di marchio e *brand* come sinonimi, benché il secondo termine provenga essenzialmente dal linguaggio economico legato alle strategie di *marketing*.

⁵³ S.K. KATYAL, *Trademark Intersectionality*, in *UCLA Law Review*, 2009, p. 1602 ss., la quale, coniugando *critical race theory* e *antidiscrimination law*, giunge persino a qualificare i marchi come beni pubblici (e non privati) proprio in considerazione dei riflessi sociali derivanti dalla sua funzione comunicativa e quindi dell'esigenza di ampliare la prospettiva valutativa includendo mondi solo apparentemente separati (*marketplace of ideas and market of goods*).

⁵⁴ I sentimenti sono modi di accertare le espressioni di un certo sistema culturale, ma essenzialmente in via indiretta; l'intuizione emozionale è la premessa per il raggiungimento dei valori da parte dei soggetti: A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, in ID., *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, pp. 560 ss., 615 ss. I sentimenti, dunque, rilevano nel diritto (su tutti, l'amore è fondamento giuridicamente rilevante della dimensione relazionale, stigmatizzato nei principi di dignità e di eguaglianza: S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015).

⁵⁵ La normativa domestica, europea ed internazionale è sostanzialmente allineata: in Italia (ma analoghe previsioni sono presenti nei vari stati membri), per il marchio nazionale, v. art. 14, comma 1, Codice della proprietà industriale («Non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa i segni contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume»); per quanto riguarda il marchio europeo e la disciplina armonizzata rileva l'art. 7 Regolamento 2017/1001/UE («Sono esclusi dalla registrazione i marchi contrari all'ordine pubblico o al buon costume») che riprende, a sua volta, l'art. 6 *quinquies* B(3) della Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale; analogamente l'art. 4, comma 1 lett. f, Direttiva 2015/2436/UE.

⁵⁶ L'opposizione tra modello monista e pluralista è sotteso anche alla tradizionale narrativa del diritto contrattuale europeo: H.-W. MICKLITZ, *Monistic Ideology versus Pluralistic Reality* –



da considerare secondo la giurisprudenza europea è, per definizione, situato nel territorio di ciascuno stato membro e i segni percepibili dal pubblico come contrari all'ordine pubblico o al buon costume possono variare 'per ragioni linguistiche, storiche, sociali o culturali'. Sicché, tali nozioni vanno interpretate prendendo in considerazione gli elementi peculiari degli Stati membri singolarmente considerati al momento dell'uso del marchio (fattori normativi, ma anche la dottrina e la prassi amministrativa)⁵⁷.

Morale e *public policy* tendono a sovrapporsi, per un fenomeno di *overlapping*. La sanzione prevista (non registrazione o successiva invalidazione) è sostanzialmente la medesima, sicché una rigida logica classificatoria tende a perdere di rilevanza. Eppure, le *Guidelines* dell'EUIPO⁵⁸, che hanno un ruolo significativo all'interno del contenzioso sui marchi, tentano una distinzione: la prima rinvia a 'norme morali fondamentali di una società' e va ponderata sulla base di criteri soggettivi; il secondo concetto, per contro, richiama lo *state of law*, un insieme di valori fortemente sentiti nel contesto europeo, oggetto di una maggiore condivisione in quanto fondamentali per l'organizzazione socio-politica dell'Unione, e va interpretato, invece, tramite canoni di giudizio oggettivi. Per entrambe le ipotesi il parametro, che certo non appartiene alla tradizione di *civil law*, è la *reasonable person*⁵⁹ di normale

Towards a Normative Design for European Private Law, in L. NIGLIA (a cura di), *Pluralism and European Private Law*, Oxford, 2013, pp. 29-51; e M.W. HESSELINK, *How Many Systems of Private Law are there in Europe?*, *ivi*, pp. 199-247; per una posizione intermedia e moderata, alla luce della casistica europea e di meta-principi che conformino le manifestazioni di autonomia privata al bene ed all'interesse comune v. C. MAK, *The One and the Many. Translating Insights from Constitutional Pluralism to European Contract Law Theory*, in *European Review of Private Law*, vol. 21, 2013, pp. 1189-1210 (secondo un percorso già tracciato in EAD., *Fundamental Rights in European Contract Law: a Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy, and England*, The Netherlands, 2008).

⁵⁷ V., in tal senso, Trib. UE, 20 settembre 2011, c. T-232/10, *Coat of Arms of the Soviet Union*, in *Foro. it.*, 2012, IV, c. 52 ss., spec. paragrafi 31-33, relativo alla raffigurazione dello stemma dell'ex Unione delle repubbliche socialiste sovietiche (U.R.S.S.).

⁵⁸ *Guidelines for Examination of EUTMs and RCDs*, entrate in vigore l'1 febbraio 2020, in *guidelines.euipo.europa.eu*. L'acronimo EUIPO (ex UAMI) indica l'Ufficio dell'Unione Europea per la proprietà intellettuale, competente per le domande di registrazione di marchi europei e per il relativo contenzioso. V., inoltre J.H. SCHOVSBO, "Mark my words" - *Trademarks and Fundamental Rights in the EU*, in *UC Irvine Law Review*, vol. 8, n. 3, 2018, pp. 555-581.

⁵⁹ Sulle origini del prototipo della *reasonable person* derivante dalle esperienze di *common law* e per la sua controversa introduzione nel *soft law* europeo e nel riforma del codice civile francese, v. C. Crea, *Dalla 'reasonableness' al 'raisonnable' nell'esperienza giuridica francese: 'Far Away So Close' o 'parler anglais sans le dire'?*, in *Ann. dir. comp.*, 2017, p. 719 ss.

sensibilità e tolleranza, ossia una *fiction juris* che aspirerebbe ad arginare punti di vista soggettivi troppo estremi.

7. Libertà di espressione e tutela delle diversità linguistiche, religiose e culturali: la casistica europea.

La casistica sui marchi europei oscilla tra ipotesi nelle quali il giudizio di immoralità si coniuga senza soluzione di continuità con – o meglio è incluso nella – violazione dell'ordine pubblico pur essendo presente il riferimento ad entrambi nell'argomentazione; e fattispecie dove, invece, i *morals* sembrano assumere una certa valenza decisoria, veicolando istanze pluralistiche.

Così, il marchio *Ataturk* è stato ritenuto dall'EUIPO offensivo per la sensibilità della popolazione residente in Europa di origine turca, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera f), RMUE, trattandosi di un eroe nazionale, fondatore della Repubblica turca, dunque di un simbolo spirituale e politico⁶⁰.

Nell'Inghilterra⁶¹ *pre* Brexit è stata negata ad una società di logistica tedesca la registrazione del segno 'Paki' da parte dell'ufficio competente, per violazione dell'ordine pubblico e della *morality*, e in considerazione del fondamentale valore europeo della lotta contro qualunque discriminazione. Il termine, da usare nel *packaging*, in *slang* inglese indica persone di origine pachistana, ma in senso dispregiativo, razzista e fortemente denigratorio per la comunità pachistana e come tale è inteso dal pubblico anglofono dell'Unione.⁶²

Di estremo interesse, sul piano della motivazione e della ricostruzione dei precedenti, il recente caso 'La Mafia se sienta a la Mesa'⁶³, in cui il Tribunale UE ha confermato la decisione dell'EUIPO, invalidando il segno distintivo utilizzato da una catena di ristoranti spagnoli, perché in contrasto con l'ordine pubblico e il buon costume. Il richiamo alla mafia è percepito come oltraggioso, particolarmente in Italia, ma si sostanzia nella violazione di valori

⁶⁰ Decisione della seconda commissione di ricorso dell'UAMI (ex EUIPO), 17 settembre 2012 (procedimento R 2613/2011-2), sulla quale v. Ord. Trib. UE, 12 settembre 2013, Causa T-580/12, Yaqub/UAMI - Turkey (ATATURK), in *eur-lex.europa.eu*.

⁶¹ Trib. UE, 5 ottobre 2011, c. T-526/09, PAKI Logistics v OHIM (PAKI), in *eur-lex.europa.eu*.

⁶² Il richiamo è, in particolare, agli artt. 2 e 3 del TUE, art. 9 e 10 TFUE e all'art. 21 del Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

⁶³ Trib. UE, 15 marzo 2018, c. T-1/17, La Mafia Franchises SL v EUIPO, con commento di F. PEZZA, *La Mafia se sienta a la mesa: the subtle line between outrageous and appealing*, in *www.medialaws.eu*, n. 3, 2018.

fondamentali e indivisibili, quali la dignità e la libertà che «costituiscono il patrimonio spirituale e morale dell'Unione» ed implicano una politica attiva di tutte le istituzioni, anche a livello internazionale, nella lotta alla criminalità organizzata. Nella medesima direzione si colloca anche il precedente caso 'ETA', che designa un noto gruppo terroristico di origine basca, dato il contenuto scioccante quanto meno, ma non esclusivamente, per la popolazione spagnola⁶⁴.

Un più marcato ruolo dell'argomento morale, come strumento concettuale di gestione di conflitti culturali, emerge in relazione a due gruppi di ipotesi: a) differenze linguistiche all'interno dell'Unione; b) pluralismo di religioni, poiché l'immoralità può derivare da marchi o forme di *advertising* pubblicitario che utilizzano simboli religiosi appartenenti ad una comunità particolarmente radicata in uno o più stati membri.

Le parole utilizzate in una certa lingua possono, infatti, essere 'sentite' dal pubblico europeo in modi diversi a seconda dell'area geografica di riferimento e della lingua madre. Non è un caso che i *trade mark* sono da tempo analizzati nella prospettiva semiotica, quali segni di valore⁶⁵. Tale approccio valutativo è incentrato sulla percezione del significato di un termine (ma anche di immagini) all'interno di un certo contesto e in un dato momento storico; applicato ai segni distintivi consente di spiegare, ad esempio, perché la stessa capacità distintiva di un segno può mutare nel tempo, mancare in origine rispetto ad un termine generico (*secondary meaning*) ed essere acquisita successivamente o, viceversa, affievolirsi.

Molti marchi sono stati ritenuti illeciti dai decisori europei in quanto il valore disturbante, dunque il sentimento di immoralità, derivava dal significato che la parola possiede nella lingua di origine. Oltre al precedente caso *Paki*, possono citarsi molteplici ipotesi di rifiuti di registrazione in relazione a vocaboli offensivi, volgari o ingiuriosi in una delle lingue presenti negli stati membri: '*fucking*', '*fucking*

cancer' o '*screw you*' in inglese; '*hijoputa*'⁶⁶ in spagnolo e comprensibile anche agli italiani; '*curve*' (prostitute) in rumeno; '*ficken*' in tedesco; '*kuken*'⁶⁷ in svedese. Per contro, sono stati qualificati come leciti i marchi: '*kuro*', poiché, di là dalla somiglianza con la parola volgare ungherese '*kúrò*', l'accentazione delle vocali corrisponde a suoni talmente diversi da rendere diversi anche i significanti; '*de puta madre*', avendo l'espressione assunto nel tempo una connotazione positiva in spagnolo; '*air-curve*', trattandosi di una combinazione creativa di un termine inglese con vocabolo rumeno.

Una menzione a parte merita la vicenda *Fuck Ju Göhte*⁶⁸. Il segno in questione, inizialmente ritenuto dall'ufficio europeo e dal Tribunale UE nel suo insieme grossolano e scioccante, capace di turbare i cittadini di lingua tedesca (Germania ed Austria), è stato poi giudicato dalla Corte di giustizia meritevole di piena protezione giuridica. La sentenza, constatata l'assenza di una nozione comune di buon costume, ha riconosciuto la liceità di tale marchio co-

⁶⁶ Trib. UE, 9 marzo 2012, c. T-417/10, Cortés del Valle López/UAMI (¡Que buenu ye! HIJOPUTA), reperibile in *curia.europa.eu*. Per i restanti casi menzionati cfr. *Guidelines for Examination of EUTMs and RCDs*, cit., p. 454-457.

⁶⁷ Decisione EUIPO, di rifiuto di registrazione, 1 ottobre 2019 (*euipo.eu*).

⁶⁸ Corte giust., 27 febbraio 2020, causa C-240/18 P, Constantin Film Produktion GmbH v EUIPO, in relazione al marchio *Fack Ju Göhte* (*www.curia.europa.eu*). Si tratta del primo caso nel quale la Corte di Giustizia affronta il rapporto tra morale e marchi, nonché tra questi ultimi e la libertà di espressione ritenuta valore fondamentale da tutelare anche nell'ambito del trademark law e non solo nel settore dell'arte, della letteratura e della cultura. Sul piano argomentativo l'assunto è corroborato dal richiamo all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE ed alla luce sia del «considerando 21 del regolamento n. 2015/2424, che ha modificato il regolamento n. 207/2009, sia d[e] considerando 21 del regolamento n. 2017/1001, che sottolineano espressamente la necessità di applicare tali regolamenti in modo tale da assicurare il pieno rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare della libertà di espressione» (§ 56 della sentenza): J. DAVIS, "*Fack ju Göhte*": or *When is a Trade Mark Offensive?*, in *Cambridge Law Journal*, 2020, p. 234 ss. In senso critico sull'approccio empirico della sentenza in quanto incompatibile con il test di proporzionalità di cui all'art.10 CEDU, v. T. ENDRICH-LAIMBÖCK e S. SCHENK, *Then Tell Me What You Think About Morality: A Freedom of Expression Perspective on the CJEU's Decision in FACK JU GÖHTE (C-240/18 P)*, in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2020, p. 529 ss.; L. ZELECHOWSKI, *CJEU Rules on the Refusal Ground Concerning Marks Contrary to Accepted Principles of Morality (March 11, 2020)*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, ora reperibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3552716>. Giova segnalare che nel diritto dell'Unione la libertà di espressione commerciale è inclusa, non senza ambiguità, nella *freedom to conduct business* (libertà di iniziativa economica: C. GEIGER e L. MACHADO PONTES, *Trade Mark Registration, Public Policy, Morality and Fundamental Rights (2017)*, in *20 years of the Boards of Appeal at EUIPO. Anniversary Book, Celebrating the Past, Looking Forward to the Future*, Alicante, EUIPO, 2017, pp. 96-113, reperibile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3009170>).

⁶⁴ Decisione dell'EUIPO, R. 563/2016-2, 27 giugno del 2016. La pronuncia si inserisce all'interno di un consolidato *case law* dell'EUIPO, relativo a segni che riproducono o evocano atti di terrorismo: v., altresì, la decisione del 29 settembre 2004, Bin Laden (R 176/2004-2): per ulteriori riferimenti v. S. MARTIN, *La prohibition des marques immorales*, cit., p. 1263 ss.

⁶⁵ B. BEEBE, *The Semiotic Analysis of Trademark Law*, in 51 *UCLA L. Rev.*, 2004, p. 621 ss. e ID, *The Semiotic Account of Trademark Doctrine and Trademark Culture*, GRAEME B. DINWOODIE e MARK D. JANIS (a cura di), *Trademark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research*, Northampton, 2008, p. 42 ss. sottolinea le implicazioni culturali del *modern trademark law* e la necessità di coniugare la analisi semiotica con la valutazione strettamente economica. Sulla centralità degli studi linguistici nel contenzioso relativo ai marchi, R. SHUY, *Linguistic Battles in Trademark Disputes*, New York, 2002.



munitario, nella sostanza assegnando prevalenza alla libertà di espressione, commerciale ma in questo caso anche artistica (art. 11 Carta Europea dei diritti fondamentali), di una impresa cinematografica tedesca. Si è, altresì, precisato che il giudizio di immoralità impone una attenta ponderazione del contesto di riferimento da effettuarsi *case by case*; una analisi empirica e non astratta, giacché la morale è relativa, variabile nel tempo, inscindibilmente legata alle contingenze storico/sociali di una certa società⁶⁹. Data la centralità della percezione dei consumatori presenti nella parte dell'Unione interessata dalla circolazione del segno distintivo, il buon costume va individuato facendo riferimento «nel suo senso abituale, ai valori e alle norme morali fondamentali a cui una società aderisce in un dato momento. Tali valori e tali norme, (...) devono essere determinati in funzione del consenso sociale prevalente in quella società al momento della valutazione. Ai fini di tale determinazione occorre tenere in debito conto il contesto sociale, ivi incluse, se del caso, le diversità culturali, religiose o filosofiche che lo caratterizzano, al fine di valutare in modo oggettivo ciò che la società stessa considera, in quel momento, moralmente accettabile»⁷⁰. Un *deferential approach*, già espresso dalla Corte di Giustizia nel caso Omega e nell'ambito del dibattito sul diritto contrattuale europeo e ribadito, dunque, con riguardo alla proprietà intellettuale⁷¹.

Questa posizione della Corte di Giustizia sembra non dissimile da quella già da tempo accolta dalla Corte EDU (nel caso *Sekmadienis*)⁷², toccando

⁶⁹ A mo' di *divertissement*, tra gli elementi che nel *legal reasoning* giudiziale hanno avvalorato una percezione positiva del pubblico germanofono occorre segnalare che il segno denominativo "*Fack Ju Göthe*" corrisponde al titolo di una commedia cinematografica tedesca di grande successo; il titolo non sembra aver causato critiche; l'accesso al film da parte del pubblico giovane è stato assai significativo; il *Goethe Institut*, che è l'istituto culturale della Repubblica federale di Germania, attivo a livello mondiale e che ha tra i suoi compiti quello di promuovere la conoscenza della lingua tedesca, lo utilizza a fini pedagogici.

⁷⁰ Corte giust., 27 febbraio 2020, causa C-240/18, cit., § 39.

⁷¹ Cfr. retro, note 36 e 45.

⁷² Corte EDU, *Sekmadienis Ltd. v. Lithuania*, 30 gennaio 2018, Appl. No. 69317/14, reperibile, in lingua francese su *federalismi.it* (conforme alla precedente Corte EDU, *Dor v. Romania*, 25 agosto 2015, Appl. No. 55153/12, nella quale si è negata la registrazione di un marchio che simboleggiava un crocifisso). Critici nei confronti della pronuncia in quanto, enfatizzando eccessivamente il principio di 'responsabilità dello stato', sarebbe stata un'occasione mancata da parte della Corte europea dei diritti umani per indicare effettivi criteri di bilanciamento tra libertà di espressione e morale: N. COLAIANNI, *Quando la libertà prevale sulla morale: la pubblicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018, pp. 1-7; M. CROCE, *Sekmadienis Ltd. c. Lithuania: luci e ombre di una sentenza a favore della libertà di espressione nella pubblicità commerciale*, in *Quad. cost.*, 2018, pp. 525- 527. I manifesti in questione riproduceva-

un tema divenuto centrale oltreoceano a seguito di alcuni e più severi interventi della *Supreme Court* americana⁷³. La fattispecie sottoposta all'attenzione

no immagini di un uomo tatuato in jeans e una donna con l'aureola, vestita di bianco e con indosso una collana di perline, che imitava una corona di rosario. L'allusione a Gesù e Maria si trae[va] dalle frasi: "Gesù, che pantaloni!", "Gesù, Maria! Cosa indossate!", "Cara Maria, che vestito"» (ivi, p. 1)». In questa vicenda, in verità, la libertà di espressione potrebbe ritenersi estesa al c.d. *right to ridicule* (R. DWORKIN, *The Right to Ridicule*, in *The New York Review of Books*, 23 marzo 2006, Volume 53, n. 5, p. 44); ma ciò che interessa ai fini della riflessione è che trattasi di comunicazione di natura commerciale e che il l'apprezzamento è stato rimesso alle corti domestiche. Per una analisi accurata della giurisprudenza della Corte EDU in materia di intellectual property rights, da ultimo, v. C. GEIGER e E. IZYUMENKO, *Shaping Intellectual Property Rights Through Human Rights Adjudication: The Example of the European Court of Human Rights*, in *Mitchell Hamline Law Review*, vol. 46, n. 3, 2020, pp. 528-612.

⁷³ Negli Stati Uniti, data la ben nota funzione ipertrofica del *First Amendment* della Costituzione americana (*freedom of speech*, in relazione alle ipotesi di *hate speech*), ma anche il delicato *melting pot* di etnie e razze e i maggiori rischi di collisione culturale molto diverso dalle esperienze di pluralismo socio-culturale esistenti in Europa, si accorda una sostanziale preminenza alla libertà di espressione commerciale delle imprese, riconoscendo protezione giuridica, tramite la registrazione, ai marchi prima legislativamente vietati in quanto immorali, scandalosi o *disparaging/denigratori* [15 U.S.C. §1052 (*Section 2 of the Lanham Act*)]. Significativi, sul punto – oltre alla vicenda *Redskins*, teste rosse (J. LEFSTIN, *Does the First Amendment Bar Cancellation of Redskins?*, in *Stanford Law Review*, vol. 52, n. 3, 2000, pp. 665-708) conclusasi con il rifiuto di registrazione – nel segno di questa tendenza: il caso *Matal v. Tam*, 137 S.Ct. 1744, 582 U.S. (U.S. 2017) riguardante il marchio *The Slants*, termine utilizzato per connotare la popolazione di origine asiatica con gli 'occhi mandorla' (che poteva avere un connotato razzista/discriminatorio) nel quale la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato incostituzionale la *disparagement clause*; nella medesima direzione il recente caso *Iancu v. Brunetti* - 139 S. Ct. 2294 (2019), benché non tocchi il tema del pluralismo, nel quale i giudici supremi hanno dichiarato incostituzionale il divieto di marchi immorali o scandalosi contenuto nel *Lanham Act* (per il marchio '*Fuct*'), sulla base delle medesime motivazioni contenute nella sentenza *Matal v. Tam*. Si tratta di una previsione inammissibile perché veicola '*discrimination based on viewpoint*', favorendo certe idee a discapito di altre: dunque viola la fondamentale libertà di espressione anche commerciale (per il testo della sentenza v. https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/18-302_e29g.pdf; per un commento, tra i tanti, K. GREENFIELD, *Trademarks, Hate Speech, and Solving a Puzzle of Viewpoint Bias*, in *The Supreme Court Review*, 2020, p. 183 ss.). In senso critico sul percorso statunitense, perché non attento alle identità culturali, e promuovendo un trapianto del diverso modello adottato in Nuova Zelanda in relazione alla comunità indigena dei Maori cfr. R. DREYFUSS e S. FRANKEL, *Trade Marks and Cultural Identity*, in G.W. AUSTIN, A.F. CHRISTIE, A.T. KENYON e M.RICHARDSON (a cura di), *Across Intellectual Property: Essays in Honour of Sam Ricketson*, Cambridge-UK, 2020, p. 227 ss. Sostiene l'impossibilità di un trapianto dell'approccio americano ai marchi immorali in altre esperienze giuridiche europee, ma al contempo indica possibili nuovi scenari per segni distintivi con un contenuto 'misto', commerciale e politico o artistico, cfr. C. GEIGER e L. MACHADO PONTES, *Trade Mark Registration, Public Policy, Morality and Fundamental Rights*,

dei giudici di Strasburgo riguardava, in realtà, non segni distintivi, ma l'attività di *marketing* e *advertising* pubblicitario promossa da una società Lituana operante nel campo della moda e dell'abbigliamento; più esattamente, manifesti contenenti molteplici allusioni evangeliche a Gesù e Maria, diffusi anche nel *web*, ma privi di valore offensivo. La società era stata sanzionata dalle corti interne per violazione della morale cristiana. Il giudizio in sede europea riconosce la prevalenza della *freedom of expression* quale meta-valore fondamentale delle moderne società democratiche sulla morale (ex art. 10 Cedu). Tuttavia, l'interferenza della seconda sulla prima va valutata facendo riferimento al parametro del '*pressing social need*', rispetto al quale gli Stati godono di un più ampio margine di apprezzamento, particolarmente intenso quando trattasi di espressione commerciale (e non di natura artistica o politica) e di marchi che toccano profili religiosi, ma che non rappresentano, in senso tecnico, opinioni o giudizi di valore manifestati nell'ambito di un discorso religioso. Il *wider margin of appreciation*, inoltre, si giustifica data l'assenza di una morale condivisa a livello europeo e dell'esigenza di rispettare le specificità di ciascuno stato, ma richiede una adeguata motivazione (carente nel caso di specie) capace di giustificare, in chiave di necessità (*proportionality test*), l'interferenza della morale con la libertà di espressione commerciale.

La violazione del buon costume può dunque derivare da marchi o forme di pubblicità che utilizzano simboli di culti radicati in uno o più stati membri, così urtando il sentimento dei fedeli. In tal caso la libertà di espressione va bilanciata con il pluralismo religioso. I singoli stati hanno in più occasioni optato per una tutela prioritaria della libertà di religione rispetto all'interesse dell'impresa alla registrazione di un segno distintivo offensivo di un certo credo proprio tramite l'argomento morale (buon costume). Tanto per citare alcuni esempi, basti menzionare le alterne e differenti vicende del marchio *Buddha bar*⁷⁴, di recente ammesso in Italia,

ma altrove (Norvegia) dichiarato contrario ai principi della morale; il segno distintivo *Jesus*⁷⁵ negato nell'Inghilterra puritana, perché rappresenterebbe un anatema sia per i cristiani, in una logica di parità di trattamento, sia per coloro i quali credono che in una società civile sia necessario rispettare le credenze di ogni individuo; sempre nel contesto nazionale, il rifiuto di registrare *Black Madonna* e *Giubileo* per loro alto valore cattolico⁷⁶.

8. Semantica della differenza e istanze euro-unitarie.

La casistica è ampia e complessa da razionalizzare; tuttavia, alcuni *trend* sembrano potersi delineare. Nell'ambito preso in considerazione, ossia l'esperienza teorico applicativa dei marchi, il pluralismo è veicolato dalla clausola del buon costume nel significato essenzialmente di morale pubblica. Inoltre, tanto maggiore è il livello di accettazione sociale di un valore e la sua normativizzazione assiologica a livello europeo, tanto più i *morals* vengono assorbiti nell'ordine pubblico riempito dei principi accolti nelle carte costituzionali europee.

L'argomento del pluralismo, che si manifesta per il tramite dell'uso della morale/buon costume, rappresenta uno degli elementi presi in considerazione all'interno del *legal reasoning*, secondo un approccio altrove chiamato '*demystifying*'⁷⁷ teso a non escludere, ma neanche a sopravvalutare tale fattore all'interno dei processi di interpretazione di fat-

⁷⁵ Con riguardo alla casistica in questione, per più ampi riferimenti v. S. SPADAVECCHIA, *Marchi contrari all'ordine pubblico e al buon costume: il caso "Buddha Bar"*, in *Dir. ind.*, 2016, pp. 359-368; sulla centralità che la libertà di espressione ha in UK a differenza della casistica europea cfr. S. SNEDDEN, *Immoral trade marks in the UK and at OHIM: how would the Redskins dispute be decided there?*, in *Journal Intellectual Property Law & Practice*, 2016, vol. 11, n. 6, p. 270 ss.

⁷⁶ Il segno distintivo Osho, invece, è stato ritenuto lecito in sede europea perché non considerato oltraggioso per i credenti: Trib. UE, 11 ottobre 2017, c. T-670/15, Osho Lotus Commune/EUIPO-Osho International Foundation (OSHO) che ha respinto il ricorso proposto avverso la decisione della quarta commissione di ricorso dell'EUIPO del 22 settembre 2015 (procedimento R 1997/2014-4), relativa a un procedimento di dichiarazione di nullità (domanda di cancellazione del marchio Osho ritenuto dall'istante generico e in violazione dell'ordine pubblico e del buon costume: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015TA0670&from=IT>).

⁷⁷ Così, nella prospettiva dell'interpretazione costituzionale e del ruolo dell'argomento multiculturale: A. SHACHAR, *Demystifying Culture*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n. 2, 2012, p. 429 ss. L'elemento culturale, d'altro canto, va considerato all'interno del più ampio processo di interpretazione e qualificazione dei fatti giuridici, in quanto valutabili non isolatamente bensì all'interno del loro 'contesto' senza però indulgere in pericolosi formalismi o pretese di oggettività: P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali*, cit., p. 445.

cit. pp. 96-113. Sui possibili scenari che si aprono dopo le sentenze *Matal* e *Brunetti* cfr. Esther H. SOHN, *Countering the "Thought We Hate" with Reappropriation Use under Trademark Law*, in *New York University Law Review*, vol. 94, 2019, pp. 1729-1766; A.C. YEN, *Choosing the Consequences of Tam and Brunetti*, in *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, vol. 19, n. 3, 2020, pp. 396-406; de jure condendo anche G. MYERS, *It's Scandalous - Limiting Profane Trademark Registrations after Tam and Brunetti*, in *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 27, n. 1, 2019, pp. 1-20.

⁷⁴ Cass., Sez. I, 25 gennaio 2016, n. 1277, in *Riv. dir. ind.*, 2016, II, p. 389, con nota di M.A. ANDREOLETTI, *La nullità del marchio per assenza di capacità distintiva e contrarietà all'ordine pubblico* e in *Foro it.*, 2016, 3, I, c. 817.



ti o di riconoscimento di protezione giuridica di diritti e di un loro apprezzamento alla luce del contesto reale. Così inteso, tale argomento concorre alla emersione di un dato rilevante: l'eterogeneità sociale e culturale e, conseguentemente, normativa propria dell'architettura europea, che permane nonostante le aspirazioni unitarie, la ricerca di tradizioni comuni e i processi di armonizzazione e costituzionalizzazione europei.

| 364

Sicché, le questioni 'moralì' continuano a rappresentare una riserva delle differenze. I messaggi commerciali comunicano valori, giacché incidono sul sentimento degli individui, condizionati da contesti sociali, culturali e politici eterogenei. Soggettività dei valori morali, variabilità spazio-temporale del buon costume e accettabilità/sensibilità/percezione sociale sono semantiche della differenza. Sono indici di persistenti diversità e frammentazioni, di realtà plurali ed in continua evoluzione.



RESPONSABILITÀ DA PRODOTTO DIFETTOSO E TECNOLOGIE DIGITALI TRA SOFT LAW E HARD LAW.

Di Roberta Montinaro

| 365

SOMMARIO: 1. *Tecnologie digitali e strategie di governo dei nuovi rischi: la soft law ed il ruolo dell'interprete.* - 2. *La nozione di prodotto e le tecnologie digitali.* - 3. *Il difetto nei prodotti delle tecnologie digitali.* – 3.1. *Openness by design ed imprevedibilità delle azioni dannose della macchina.* - 3.2. *Sicurezza by design e valutazione del difetto. Alla ricerca di un nuovo paradigma: dalla conformità alle norme tecniche all'adeguatezza organizzativa.* – 4. *La prova del difetto.* - 5. *Il danno risarcibile (cenni).*

ABSTRACT. *Il saggio concerne il ruolo che la responsabilità da prodotto difettoso è suscettibile di svolgere nel governo dei nuovi rischi insiti nello sviluppo delle tecnologie digitali, tenuto conto di alcuni profili problematici, tra cui il concetto di prodotto (e di produttore), nonché quello di difetto (con le connesse questioni relative all'accertamento dello stesso). L'analisi dei suddetti profili viene svolta, oltre che sulla base della interpretazione della pertinente disciplina, anche alla luce di alcuni recenti esperimenti di soft law.*

The essay deals with the role that liability for defective product is likely to play in the governance of new risks inherent in the development of digital technologies, taking into account some debated aspects, including the concept of product (and producer), as well as the concept of defect (and its assessment). The analysis of these issues is carried out not only on the basis of the interpretation of the relevant legislation, but also in the light of recent forms of soft law regulations.

1. Tecnologie digitali e strategie di governo dei nuovi rischi: la *soft law* ed il ruolo dell'interprete.

È tempo di bilanci per la disciplina in tema di responsabilità da prodotto difettoso¹, che, concepita a metà degli anni '80 del secolo scorso in relazione a danni causati da prodotti relativamente poco avanzati, è ora chiamata a fronteggiare i rischi legati all'impiego dei sofisticati prodotti delle tecnologie digitali, i quali presentano caratteri per molti versi inediti, che appare utile illustrare brevemente.

Innanzitutto, sono composti da elementi tra loro eterogenei: da parti aventi natura di cose materiali (manufatti, sensori, hardware) ed altre di natura immateriale (software, applicazioni, algoritmi, dati personali e non, etc.), nonché da servizi (i.e. raccolta, elaborazione, analisi di dati, servizi di connettività, etc.)².

In secondo luogo, tali prodotti sono suscettibili di subire delle modificazioni nel corso del loro impiego, per l'aggiunta di software, applicazioni etc., o per via di estensioni ed aggiornamenti della componente digitale; modificazioni concepite dallo stesso produttore come necessarie per il funzionamento del prodotto, e fornite (da quest'ultimo, ma più spesso da terzi per conto del produttore) successivamente alla immissione del bene in circolazione³.

Talvolta, poi, si tratta di prodotti intelligenti, in grado, cioè di assumere decisioni autonome (ad es., veicoli autonomi e robot chirurgici) e, in qualche caso, capaci di apprendimento; il che può renderne imprevedibili le interazioni con il mondo esterno, le quali possono tradursi in lesioni di situazioni soggettive tutelate dall'ordinamento.

La complessità appena illustrata, propria delle tecnologie digitali, reca con sé il problema della individuazione delle corrette strategie di governo dei rischi (tipici) di danno⁴, che esse generano, e solleva

¹ Direttiva 85/374/EEC of 25 July 1985 (OJ L 210, 7.8.1985, p. 29), modificata da ultimo dalla Direttiva 1999/34/EC (OJ L 141, 4.6.1999, p. 20). Cfr., inoltre, il d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, con cui è stata data attuazione alla Direttiva 85/374/CE, poi trasfuso nel d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, artt. 114-127 (d'ora in poi cod. cons.).

² Da tale carattere discende la presenza di un numero elevato di soggetti che intervengono nella realizzazione di simili prodotti, tale per cui diviene alquanto arduo determinare la causa del danno ed il difetto e quindi accertare a quale soggetto debba essere ascritta la responsabilità (cfr. oltre nel testo).

³ Modificazioni ed estensioni tuttavia possono costituire frutto dell'intervento dell'utente o di terzi, non autorizzate dal produttore, per via di attività di hacking, etc. Aspetto il quale può incidere anch'esso sulla individuazione della causa del danno (cfr. *ultra*).

⁴ Cfr. KARNI A. CHAGAL-FEFERKORN, *Am I an Algorithm or a product? When products liability should apply to algorithmic decision-makers*, in *Stanford Law & Policy Review* [Vol.

l'interrogativo circa il ruolo che la regolamentazione sul danno da prodotto difettoso potrà svolgere.

È bene ricordare che la disciplina di cui alla dir. 85/374/CEE è stata inizialmente concepita per rafforzare il mercato unico mediante il bilanciamento tra gli interessi dei consumatori e quelli dei produttori; ma si è poi gradualmente arricchita di ulteriori funzioni, assicurare effettiva protezione ai danneggiati, al tempo stesso incoraggiando l'innovazione⁵.

Nello specifico campo delle tecnologie digitali, per perseguire i ricordati obiettivi occorre fare leva sul principio di accountability⁶ riferito al produttore: ed infatti, nei contesti di elevato sviluppo tecnologico, la creazione di incentivi ad incrementare la sicurezza costituisce una delle funzioni da annettere alla responsabilità civile⁷ e proprio il produttore è il soggetto maggiormente in grado di incidere sulla prevenzione dei danni⁸. Le più accorte riflessioni sul punto segnalano, invece, l'insufficienza, a tal fine, dei soli stimoli forniti dal mercato; e, parimenti, sconsigliano l'impiego di forme di responsabilità

30:61], p.65. Il quale osserva come l'attribuzione alle machine di molti dei compiti in precedenza svolti da individui determinerà in modo assai marcato, in un prossimo futuro, il fenomeno del passaggio da "human-afflicted damages" to "algorithmic-afflicted damages". Sul punto, si veda anche BRYANT WALKER SMITH, *Automated Driving and Product Liability*, 2017 MICH. ST. L. REV. 1, 18-20, at 30 ("[I]t is widely accepted that design issues will play a much greater role in automated driving crashes than in today's conventional driving crashes.").

⁵ Circa gli scopi perseguiti da tale disciplina cfr. D.FAIRGRIEVE, G.HOWELLS, P. MØGEVANG-HANSEN, G. STRAETMANS, P.VERHOEVEN, P.MACHNIKOWSKI, A. JANSSEN, R. SCHULZE, *Product Liability Directive, in European Product Liability – An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, a cura di Machinkowski, Cambridge: Intersentia, 2016, 17–108, nonché H. W. Micklitz, *Liability for defective products and services, in European Consumer Law*, a cura di Reich, Micklitz, Rott & Tonner, Antwerpen: Intersentia, 2014, 239–284. Si veda, invece, nel contesto nord-americano, con specifico riferimento ai robot, F. PATRICK HUBBARD, "Sophisticated Robots": *Balancing Liability, Regulation and Innovation*, 66 FLA. L. REV. 1803, 1854 (2014).

⁶ G. COMANDÈ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA ed il problema della responsabilità*, in *Anal. giur. econ.*, 2019, pp. 169-189, p. 184, nonché Id., *Responsabilità ed accountability nell'era dell'Intelligenza Artificiale in Giurisprudenza e Autorità Indipendenti nell'epoca del diritto liquido*, a cura di F. Di Ciommo, O. Troiano, La Tribuna, 2018, pp. 1001, 1007 ss.

⁷ R. A. POSNER, *The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman*, 9 *J. Legal Stud.* 243, 244 (1980). Cfr. sul punto, anche per ampi riferimenti bibliografici, G. F. SIMONINI, *La responsabilità del produttore: presunta o oggettiva? Recenti prospettive di indagine*, in *Il dir. dell'economia*, vol. 30, n. 93 (2017), pp. 557-606, p. 559. Si veda inoltre G. RECINTO, M. PORCELLI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, in G. Recinto, L. Mezzasoma, S. Cherti (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 449

⁸ (aspetto, come si dirà, preso in considerazione da una recente pronuncia della Corte di Giustizia)





oggettiva pura⁹, in quanto possono dare luogo a risultati inefficienti¹⁰.

Le tecnologie digitali sono riconducibili alla categoria delle c.d. tecnologie emergenti¹¹, per via della velocità con cui vengono sviluppate e dell'incidenza "rivoluzionaria" che dispiegano nei settori in cui sono utilizzate. Sollevano, dunque, questioni inedite le quali, da un lato, richiedono l'adozione di nuove regole e/o il faticoso adattamento di quelle esistenti; e, dall'altro, esigono che legislatori, regolatori ed interpreti sappiano reagire sollecitamente. Si crea, in altri termini, quel che viene chiamato "pacing problem", ossia il fenomeno per cui lo sviluppo tecnologico incede con passo ben più veloce del diritto di matrice legislativa¹². La risposta di quest'ultimo però non può consistere nell'inerzia, dovendo, al contrario, risiedere nella scelta di forme adeguate di regolazione¹³. La fiducia dei consumatori, ingrediente indispensabile per consentire il dispiegamento delle tecnologie in parola¹⁴, si costruisce e consolida, infatti, riconducendo entro una soglia di ragionevolezza i rischi e le difficoltà

cui vanno incontro coloro che vogliono conseguire il risarcimento (cfr. *ultra*).

Ecco allora spiegata l'attenzione rivolta, nel contesto europeo, alla disciplina sul danno da prodotto difettoso e testimoniata da un fiorire di studi¹⁵ e rapporti, commissionati dalle istituzioni europee¹⁶ al fine di valutare la idoneità della stessa a far fronte alle sfide della rivoluzione digitale¹⁷ (con particolare attenzione alle questioni di responsabilità connesse all'impiego dell'Intelligenza Artificiale ed all'Internet delle Cose¹⁸)¹⁹. Le conclusioni, cui simili iniziative sono pervenute, sono state successivamente impiegate da un gruppo di esperti (Expert Group on Liability and New Technologies, New Technologies Formation²⁰, d'ora in poi "Expert Group") istituito dalla Commissione europea, il quale, in un rapporto di recente pubblicazione²¹, ha elaborato delle raccomandazioni (cfr. *ultra*), concepite al fine di essere impiegate nella scelta delle opportune modifiche legislative e/o in vista dell'emanazione di linee-guida da impiegare nella

⁹ Cfr. R. ABBOTT, *The Reasonable Computer: Disrupting the Paradigm of Tort Liability*, in *George Washington Law Review*, January 2018 Vol. 86 No. 1, p. 1, pp. 15-22. Si veda, più in generale, G. ALPA, *La responsabilità d'impresa nel terzo millennio*, in *La responsabilità d'impresa*, a cura di G. Alpa e G. Conte, Milano, 2015, 5 ss., nonché Id., *La responsabilità del produttore*, in *La responsabilità del produttore*, a cura di Id., Milano, 2019.

¹⁰ Sul rischio che simili forme di responsabilità possano scoraggiare l'innovazione, senza contribuire ad innalzare la sicurezza dei prodotti, cfr. A. DAVOLA, R. PARDOLESI, *In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto ("driverless")?*, in *Danno e resp.*, 2017, 616 ss. Si veda anche D. CERINI, *Dal decreto Smart Roads in avanti: ridisegnare responsabilità e soluzioni assicurative*, *ivi*, 2018, 401 ss.

¹¹ The term 'emerging digital technologies' is used with the same meaning as in the Commission Staff Working Document 'Liability for emerging digital technologies' (SWD(2018) 137 final).

¹² Cfr. G. MARCHANT, *Addressing the Pacing Problem*, in *The Growing Gap between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight* (G Marchant et al. eds., 2011), p. 200. Sul tema dell'adeguamento del sistema giuridico all'evoluzione tecnologica, cfr. già S. RODOTÀ, *Tecnologie dell'informazione e frontiere del sistema socio-politico*, in *Pol. dir.*, 1982, pp.25 ss.

¹³ Cfr. sul tema della individuazione delle fonti maggiormente adeguate a regolare le nuove tecnologie, cfr. A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1 (2019), p. 47 ss., p. 56.

¹⁴ La ricerca di strategie di governo dei rischi nuovi e talvolta incerti di danno, che le tecnologie emergenti recano, deve avere luogo tenendo conto di un triplice obiettivo: 1) salvaguardare la sicurezza pubblica, 2) favorire lo sviluppo delle tecnologie potenzialmente foriere di benefici socio-economici, 3) infine, garantire la fiducia del pubblico degli utenti del prodotto. Cfr. sul punto J. A. CARP, *Autonomous vehicles: problems and principles for future regulation*, in *Un. Penn. Journal of Law & Public Affairs*, 4 (2018), pp. 82- 148, p. 111 ss.

¹⁵ Cfr. B. A. KOCH, *Product Liability 2.0 – Mere Update or New Version?*, in S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer (a cura di), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things* (Nomos 2019), p. 99 ss. Si veda inoltre G. HOWELLS, C. TWIGG-FLESNER, T. WILHELMSSON, *Rethinking EU Consumer Law* (Routledge 2018), p. 258, nonché P. Machnikowski, *Introduction*, in P. Machnikowski (a cura di), *European product liability: an analysis of the state of the art in the era of new technologies* (2016), p. 2 ss.

¹⁶ Commissione Europea, *Working Document, Liability for emerging digital technologies*, 25 aprile 2018, COM(2018) 237 final.

¹⁷ K. SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Franco Angeli, 2016.

¹⁸ Cfr., per una definizione, *European Research Cluster on the Internet of Things (IERC), Internet of Things Strategic Research Roadmap*, in www.internet-of-things-research.eu, 2a ed., 2011. Sul tema, con riflessioni di ampio respiro, si veda F. DI CIOMMO, *Civiltà tecnologica, mercato ed insicurezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 565.

¹⁹ Quanto alla missione dell'Expert Group: "Provide the Commission with expertise on the applicability of the Product Liability Directive to traditional products, new technologies and new societal challenges (Product Liability Directive formation) and assist the Commission in developing principles that can serve as guidelines for possible adaptations of applicable laws at EU and national level relating to new technologies (New Technologies formation)". Cfr. lo Staff Working Document su 'Liability for emerging digital technologies' (SWD(2018) 137 final), sempre del 25 aprile 2018, di accompagnamento al Documento COM(2018) 237 final, cit.

²⁰ In particolare, alla New Technologies formation (NTF) è stato chiesto di valutare 'whether and to what extent existing liability schemes are adapted to the emerging market realities following the development of the new technologies such as Artificial Intelligence, advanced robotics, the IoT and cybersecurity issues'.

²¹ Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, disponibile in <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608> (ultimo accesso in data 29 giugno 2020), d'ora in poi per brevità "Rapporto".

applicazione alle tecnologie digitali delle disposizioni con cui è stata data attuazione negli Stati membri alla dir. 85/374/CEE; quest'ultima via, anzi, si presenta come la più probabile, almeno nel breve termine, considerato il proposito, già manifestato dalla Commissione stessa, di ricorrere alla soft law per realizzare l'adeguamento della disciplina sul danno da prodotto alle esigenze connesse a tali tecnologie²².

La fiducia riposta dalle istituzioni comunitarie sul ruolo che la disciplina sulla responsabilità da prodotto difettoso potrà svolgere parrebbe, a tutta prima, stridere con il quadro che della stessa ci restituisce la dottrina dedita allo studio della materia, la quale da tempo ne denuncia l'incidenza particolarmente modesta sulla law in action degli ordinamenti dei singoli Stati membri; e ciò, a dispetto della marcata influenza che, viceversa, il modello teorico da essa incarnato ha dispiegato al di fuori del perimetro europeo²³. Si pensi al fenomeno nostrano della c.d. "fuga dalla disciplina del danno da prodotto difettoso": alla tendenza cioè, emersa nella prassi delle corti italiane, a fare ricorso ad altre forme di responsabilità al fine di offrire risposta ai problemi connessi ai danni causati dalla produzione di massa, prima tra tutte, alla responsabilità per esercizio di attività pericolosa (art. 2050 c.c.)²⁴.

Non va dimenticato, tuttavia, come la giurisprudenza recente della Corte di giustizia dell'Unione europea²⁵ abbia imboccato la strada di "rivitalizzare" la disciplina in oggetto e di favorirne l'impiego proprio nel campo dei prodotti ad elevata complessità tecnologica (dispositivi medici, farmaci e vac-

cini), offrendone una interpretazione particolarmente attenta alla pluralità di funzioni che tramite essa si vorrebbe perseguire²⁶. Il risultato ultimo, cui gli sforzi appena ricordati paiono ambire, consiste nel fornire ai danneggiati un articolato sistema di tutela²⁷, nel cui ambito le disposizioni di origine comunitaria siano invocabili in alternativa o in concorso con quelle di matrice nazionale²⁸. E ciò, in ossequio al principio di effettività della tutela²⁹, che governa la materia (cfr. *ultra*).

La dir. 85/374/CEE è improntata a neutralità tecnologica e, per essere in condizione di efficacemente governare i nuovi fenomeni della rivoluzione digitale, deve poter offrire ai danneggiati un grado di protezione (almeno pari) a quello garantito agli utenti dei prodotti tradizionali. Si tratta del principio di c. d. equivalenza funzionale, di cui si fa menzione nelle raccomandazioni degli esperti, sopra ricordate, e che, a ben vedere, costituisce un corollario del testé menzionato canone dell'effettività.

La soft law è divenuta fonte privilegiata di economic governance, essendo impiegata - in primo luogo dalle istituzioni comunitarie - per reagire con maggiore prontezza al modificarsi delle condizioni di mercato e ai nuovi problemi che si presentano³⁰. Questa forma di normatività si candida altresì ad assumere il ruolo di strumento di adeguamento del

²² Cfr. sopra, nota n. 16. Circa le diverse modalità di regolazione e le relative ricadute, cfr. R.H. WEBER, *Internet of Things, New security and privacy challenges*, in *Computer law & security report*, 2010, pp. 23 s., p. 26.

²³ M. REIMANN, *Product Liability in a Global Context: The Hollow Victory of the European Model*, 11 *European Review of Private Law*, 2003, p. 128-154. Cfr. p. 145: "While the European model has more or less conquered the world of product liability law in the books (...) it has had amazingly little impact on the law in action."

²⁴ Per un resoconto di tale fenomeno cfr. A. PARZIALE, *Art. 2050 c.c.: dieci anni vissuti... pericolosamente*, in *Danno resp.*, 2019, 188 s. Cfr. l'analisi di AR. FUSARO, *Prodotti difettosi, danni da vaccino e onere della prova*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 896; nonché ID., *Attività pericolose e dintorni. Nuove applicazioni dell'art. 2050 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1339 s. In ordine ai rapporti tra disciplina di origine comunitaria e normative nazionali, cfr., invece, le riflessioni critiche di L. CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contratto impr. Europa*, 2008, 618 s., 621. Si veda, inoltre, E. AL MUREDEN, *La responsabilità per esercizio di attività pericolose a quarant'anni dal caso Seveso*, in *Contr. impr.*, 2016, 3, p. 649 ss..

²⁵ T. VERHEYEN, *Full Harmonization, Consumer Protection and Products Liability: A Fresh Reading of the Case Law of the ECJ*, in *European Review of Private Law*, n.1, 2018, 119 s.

²⁶ B. VAN LEEUWEN, P. VERBRUGGEN, *Contemplating the Effects of Boston Scientific Medizintechnik GmbH v AOK Sachsen-Anhalt and Betriebskrankenkasse RWE (Joined Cases C-503/13 and C-504/13)*, in *European review of private law... Quanto alla dottrina italiana, cfr. Cfr.*, sul punto, PETRUSO, *Orientamenti della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 241 s., 247-250.

²⁷ Cfr. A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, in *Europa e diritto privato*, 4/2019, pp. 995 ss., per una approfondita ricostruzione delle forme di responsabilità applicabili ai danni causati dai veicoli ad elevata automazione, con riguardo, in particolare, alla protezione del danneggiato offerta da ciascuna di tali forme. Si veda, inoltre, U. RUFFOLO, *Self-driving car, auto Driverless e responsabilità*, in *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano 2017, pp. 34-35.

²⁸ Sulla necessità di mantenere ferma la previsione di strict liability del produttore del veicolo, cfr. U. RUFFOLO, in U. RUFFOLO, E. AL MUREDEN, *Autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 1702 ss., p. 1705. Basti al riguardo rammentare le incertezze legate alla possibilità di ricondurre il danno causato dai veicoli self-driving all'art. 2050 c.c. Sul punto, cfr. E. AL MUREDEN, *ivi*, p. 1715.

²⁹ Cfr. su tale principio e sul suo impiego nella interpretazione delle disposizioni normative, G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Juscivile*, 2017, 2, p. 133 s., p. 139.

³⁰ C. ROSSELLO, *Commercio elettronico. La governance di internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Giuffrè, Milano, 2006.





sistema della responsabilità del produttore alle novità introdotte dalle tecnologie digitali³¹.

Si vedrà più oltre che, in aggiunta alle raccomandazioni dell'Expert Group, di per se stesse aventi natura di diritto di matrice accademica, che – è ragionevole pensare – dispiegherà un'efficacia (soft), assumono rilievo anche le linee guida e le buone pratiche elaborate da vari organismi in relazione a specifici rischi (quali i criteri tecnici e processi elaborati in tema di *cybersicurezza*³²), nonché le nuove forme di standardizzazione privata, che si vanno affermando rispetto alle tecnologie che fanno uso dell'Intelligenza Artificiale. Queste forme di standardizzazione, più in particolare, mirano ad individuare parametri idonei ad assicurare la conformità delle suddette tecnologie (o meglio, della loro progettazione, realizzazione ed impiego) ad alcuni principi etico-giuridici³³, primo tra tutti quello di trasparenza³⁴, già appartenente al diritto delle nuove tecnologie, e che, come si dirà, presenta importanti ricadute anche rispetto alla disciplina del danno da prodotto (ad esempio, per ciò che concerne la prova del difetto del prodotto).

Il presente scritto intende sondare in quale misura simili esperimenti di soft law si collochino nel

solco delle soluzioni individuate dalla dottrina, e siano in accordo con la prassi giurisprudenziale (nazionale ed europea), relativamente ad alcuni aspetti che rivestono rilievo centrale proprio alla luce delle ricordate caratteristiche dei prodotti delle tecnologie digitali: innanzitutto, la definizione di prodotto (e di produttore), poi il modo di intendere il difetto (e le difficoltà legate all'accertamento di tale requisito) e, infine, il concetto di danno.

La soft law, infatti, al di là degli indubbi vantaggi, presenta non pochi limiti: tra questi, la mancanza di efficacia vincolante ed il rischio di scarsa conformità agli interessi e principi avuti di mira dal legislatore³⁵.

Per ovviare ai suddetti limiti, appare decisivo il ruolo dell'interprete il quale tenderà a fare uso della soft law nell'attribuire significato alle disposizioni normative sul danno da prodotto³⁶, dovendo, tuttavia, erificarne la bontà rispetto ai ricordati interessi e principi. Così facendo, diviene possibile sia conservare il primato del diritto di fonte legislativa (ricostruito grazie all'attività di interpretazione), sia assicurare la funzione, di esso propria, di salvaguardia degli individui al cospetto dell'innovazione tecnologica³⁷.

³¹ Contrariamente a quanto richiesto dal Parlamento europeo (Cfr. European Parliament Resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), la Commissione non ha proposto alcuna modifica legislativa, né introdotto nuove disposizioni per regolare l'Intelligenza Artificiale; essendosi piuttosto impegnata a sviluppare una serie di linee-guida entro la fine del 2018 (cfr. Communication From The Commission To The European Parliament, The European Council, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions: Artificial Intelligence for Europe (April 25, 2018), disponibile a <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-artificial-intelligence-europe>), cui ha fatto seguito il "Coordinated Action Plan on AI" con la quale è stata determinata la strategia europea in materia di IA (Communication From The Commission To The European Parliament, The European Council, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions: Coordinated Plan on Artificial Intelligence Brussels, COM(2018) 795 final (Dec. 7, 2018), disponibile in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/coordinated-plan-artificial-intelligence>).

³² Cfr., per approfondite riflessioni, A.M. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Cybersecurity*, in M. Bianca, A.M. Gambino, R. Messinetti, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali*, Milano, 2016, pp. 21 ss.

³³ L. COPPINI, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, in *Politica del diritto*, 4/2018, pp. 713-740, sul problema etico, cfr. p. 721.

³⁴ A. PAJNO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, F. P. PATTI, O. POLLICINO, S. QUATTROCOLO, D. SIMEOLI, P. SIRENA, *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2019, pp. 205 ss., p. 207-208, ove cenni al principio di trasparenza.

³⁵ Cfr. in ordine al ruolo (controverso) della soft law nel governo delle nuove tecnologie e in particolare dell'IA, nella dottrina straniera, P. NEMITZ, *Constitutional Democracy and Technology in the Age of Artificial Intelligence*, 376 Phil. Trans R. Soc. A 20180089 (2018), disponibile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3234336; nonché F. PASQUALE, *Toward a Fourth Law of Robotics: Preserving Attribution, Responsibility, and Explainability in an Algorithmic Society*, 78 Ohio St. L.J. 1243, 1252-55 (2017). Sul punto cfr. G. MARCHANT, "Soft Law" Governance of Artificial Intelligence, disponibile in <https://aipulse.org/soft-law-governance-of-artificial-intelligence/?pdf=132>, p. 4 secondo cui "soft law has become a necessary and inevitable component of the governance framework for virtually all emerging technologies, including AI. Traditional regulatory systems cannot cope with the rapid pace, diverse applications, heterogeneous risks and concerns, and inherent uncertainties of emerging technologies."

³⁶ La soft law comunitaria è tenuta in considerazione dai giudici nazionali, in particolare, nell'interpretazione di disposizioni nazionali adottate allo scopo di garantire l'attuazione di discipline comunitarie, od allorché si tratti di integrare norme comunitarie aventi natura vincolante. La seconda alternativa si pone al confine tra interpretazione (adeguatrice) e creazione di norme. Cfr. Corte di Giustizia, case C-322/88, *Grimaldi v Fonds des Maladies Professionnelles*, sent. 13 dicembre 1989, par. 18. Si veda A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali (atti del XX Convegno annuale dell'AIC, Catania, 14-15 ottobre 2005)*, Padova 2007, 369 ss. Sulla soft law come strumento di interpretazione, cfr. R. BIN, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *Il soft law come norma di diritto privato*, Torino, 2009, p. 31 ss., nonché B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2 (2016), p. 17 e 21.

³⁷ Cfr. N. IRTI, *Una generazione di giuristi*, in *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, p. 70-72.

2. La nozione di prodotto e le tecnologie digitali.

Nel suo rapporto, il citato Expert Group nota come la disciplina in questione sia stata pensata per prodotti (c.d. tradizionali) consistenti in beni materiali, le cui caratteristiche ed il cui profilo di rischio non siano destinati a mutare una volta collocati sul mercato, e sui quali il produttore, dopo tale momento, non esercita alcun controllo diretto (cfr. *ultra*).

Come detto, i nuovi beni delle tecnologie digitali costituiscono, viceversa, un insieme talvolta indistinguibile di cose materiali ed elementi immateriali (app, software, dati ed algoritmi³⁸), in cui questi ultimi assumono il peso maggiore, sia dal punto di vista economico-tecnologico (la componente immateriale, e quella logico-informatica che impiega e produce dati, assume valore preponderante), sia quanto ai rischi che possono derivarne (i rischi nuovi e tipici, con cui l'interprete deve confrontarsi, derivano cioè proprio da tale componente; si pensi, ad esempio, al c.d. rischio informatico, a quello derivante dall'errore dell'algoritmo od a quello generato dalla imprevedibilità della condotta della macchina intelligente, etc.).

Sorge allora l'interrogativo se i dati o l'algoritmo od il software possano qualificarsi come prodotti (o componenti di un prodotto), ai sensi degli artt. 114 ss. cod. cons. Domanda che non appare oziosa, giacché è ragionevole prevedere in un prossimo futuro un sensibile incremento dei danni causati da simili elementi³⁹.

Il riferimento ai dati è particolarmente rilevante, giacché le tecnologie digitali sono connotate dalla c.d. data-drivenness: dipendono cioè sempre di più da informazioni provenienti dall'esterno, non presenti quindi nel prodotto (quando questo viene immesso in commercio), ma generate successivamente, ad es. da sensori in esso installati, e/o comunica-

te da terze parti, da sistemi di *cloud computing*⁴⁰ o da fornitori *ad hoc* (che ne curano l'approvvigionamento, l'aggiornamento, l'elaborazione, etc.). Tali dati possono essere incompleti o carenti, per una pluralità di ragioni (ad es., può essere arduo determinare se carenze o errori dei dati dipendano dal malfunzionamento del sensore o dell'algoritmo che li elabora, o dalla fonte esterna che non abbia procurato dati aggiornati, etc.).

Nel codice del consumo, si rintracciano plurime definizioni di prodotto: innanzitutto, quella assai ampia di cui all'art. 3 comma 1, lett. d), e), cod. cons.⁴¹, ripresa anche dall'art. 103 in tema di sicurezza generale dei prodotti, e, poi, la nozione di prodotto (e di produttore) di cui all'art. 115, introdotta per circoscrivere l'ambito di applicazione del titolo in cui è inserita⁴² e che si trova in rapporto di specialità rispetto alla più ampia definizione presente nel già citato art. 3⁴³.

È bene ricordare, infine, un'ulteriore definizione di prodotto presente tra le disposizioni su pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali: si tratta dell'art. 18, co., 1°, lett., c), cod. cons., che include da sempre "qualsiasi bene o servizio ...", e che comprenderà in un futuro prossimo anche i servizi ed i contenuti digitali; e ciò, per effetto della modifica di cui alla recente Direttiva (UE) 2019/2161 del 27 novembre 2019, la quale ha allineato la disciplina in questione ai nuovi beni e servizi dell'economia digitale, già considerati dalle direttive gemelle nn. 770 e 771 del 2019⁴⁴.

In relazione, dunque, alle comunicazioni commerciali ed ai rapporti contrattuali, vale oramai una nozione di prodotto in linea con la c.d. quarta rivoluzione industriale, incentrata, come noto, su componenti logiche ed immateriali. La produzione di massa non riguarda più soltanto cose dotate di corporeità, ma anche elementi di altra natura, i beni ed i servizi digitali, rispetto ai quali la dottrina più ac-

³⁸ Cfr. J. S. BORGHETTI, *How can Artificial Intelligence be Defective?*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, p. 63 ss. Si veda, inoltre, KARNI A. CHAGAL-FEFERKORN, *Am I an Algorithm or a product? When products liability should apply to algorithmic decision-makers*, in *Stanford Law & Policy Review* [Vol. 30:61].

³⁹ Cfr. per alcuni casi recenti (quali il caso dei Boeing precipitati per via del difetto del *software* regolante il sistema di controllo del velivolo; od al caso del drone che nel 2017 ha urtato contro una gru per via dell'incompletezza dei dati somministrati alla macchina (giugno 2017; cfr. www.gov.uk/aaib-reports/aaib-investigation-to-quest-q-200-uas-none). Si pensi ai beni del c.d. Internet delle cose, che, oltre a percepire il mondo esterno (aspetto che rileva rispetto ai profili attinenti alla protezione della privacy), sono dotati della capacità di compiere azioni suscettibili di arrecare danno a persone o a cose (cfr. *ultra*).

⁴⁰ NOTO LA DIEGA, *Il "cloud computing". Alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 2, p. 577-658.

⁴¹ La quale include sia il fabbricante del bene che il fornitore del servizio.

⁴² "Prodotto, ai fini del presente titolo, è ogni bene mobile, anche se incorporato in altro bene mobile o immobile. 2. Si considera prodotto anche l'elettricità". 2-bis. Produttore, ai fini del presente titolo, è il fabbricante del prodotto finito o di una sua componente, il produttore della materia prima...".

⁴³ Sul tema delle definizioni e della loro adeguatezza al contesto delle nuove tecnologie, cfr. F. TRUBIANI, *I soggetti del commercio elettronico: limiti delle attuali definizioni legislative e prospettive future*, in *Nuovo dir. civ.*, 3 (2020), p. ...

⁴⁴ Relative, rispettivamente, ai contratti concernenti dei contenuti e servizi digitali ed ai contratti aventi ad oggetto «beni con elementi digitali», vale a dire beni mobili che presentano un contenuto o servizio digitale incorporato o interconnesso con tali beni).





corta nota come l'elemento dell'accesso sia divenuto oramai predominante rispetto a quello dell'appartenenza (e dunque il concetto di servizio più rilevante rispetto a quello di bene)⁴⁵, giacché è proprio tale elemento a consentire la fruizione delle utilità attese⁴⁶. L'accesso al bene immateriale presuppone spesso e volentieri una prestazione del produttore e la costituzione tra questi ed il fruitore di un rapporto destinato a durare nel tempo (cfr. *ultra*)⁴⁷.

Cosa dire, allora, della nozione di prodotto che delimita la responsabilità del fabbricante ai sensi del codice del consumo: è essa realmente priva della capacità di governare le novità indotte dalla rivoluzione digitale?

Per rispondere all'interrogativo, pare utile prendere avvio dalle riflessioni formulate dalla dottrina già alcuni decenni addietro, quando i primi casi di incidenti causati dall'impiego di software (verificatisi negli Stati Uniti e nel Regno Unito, dove hanno avuto ampia eco anche mediatica) inducevano i commentatori della dir. 85/374/CEE a discutere se il software sia da ricondurre alla categoria del prodotto o se invece debba considerarsi un servizio⁴⁸.

Le incertezze nascevano innanzitutto dal fatto che la disciplina sul danno da prodotto difettoso non si applica ai servizi, per via di una ben precisa scelta di policy, ribadita qualche anno fa dalla stessa Corte di giustizia UE nel caso *CHU Besançon*⁴⁹: il servi-

zio difettoso, anche se seriale, ed anche se causa danno a terzi (oltre che al fruitore), in linea di principio, genera solamente una responsabilità contrattuale (da contatto sociale o discendente dalla violazione di obblighi di protezione, etc.⁵⁰); mentre profili ulteriori, da tale responsabilità non coperti, nell'intenzione del legislatore comunitario, avrebbero dovuto essere regolati da disposizioni ad hoc (tuttavia, mai approvate).

Rispetto alla qualificazione del software, un'autorevole opinione⁵¹ ritiene necessario distinguere il *software* fatto su misura, vale a dire appositamente creato per le esigenze del fruitore, da quello realizzato in serie, incorporato in un supporto fisico e venduto come qualsiasi bene mobile: alla nozione di prodotto formulata dalla dir. 85/374/CEE sarebbe riconducibile il software realizzato in serie (*software standard*), mentre il programma creato su committenza rientrerebbe nel campo della prestazione di un servizio. Tesi, quella appena richiamata, certamente influenzata della dottrina statunitense la quale ha proposto diversi criteri, tra cui l'indagine caso per caso⁵², per stabilire se la componente del servizio sia prevalente e per qualificare di conseguenza il contratto in base al quale il *software* viene ceduto.

Punto di vista, quest'ultimo, che, tuttavia, è del tutto irrilevante nella prospettiva del danno da prodotto difettoso, la quale pacificamente si applica anche ai beni non industriali. Nell'ottica propria di tale disciplina, invece, il bene va considerato in sé e per sé, a prescindere cioè dalla natura dell'attività di chi lo presta e dal titolo in base al quale esso viene attribuito al suo fruitore⁵³: non rileva quindi che quest'ultima consista (prevalentemente) in un *facere* e che il software sia realizzato in serie o su misura, giacché esso viene in considerazione come risultato della stessa (ad esempio, dell'attività di design e realizzazione dello stesso, ma anche di adeguamento e manutenzione, etc.)⁵⁴.

⁴⁵Cfr. C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giustizia civile*, 3 (2019), pp. 499 ss., p. 501.

⁴⁶ Cfr. A. QUARTA, *La dicotomia bene-servizio alla prova del supporto digitale*, in *Contr. impr.*, 2019, pp. 1013 ss., p. 1014, secondo cui, al fine di qualificare i nuovi fenomeni delle tecnologie digitali, "Le due principali opzioni esegetiche a disposizione dell'interprete sono la categoria del bene e quella del servizio".

⁴⁷ R. OLIVA, R. KALLENBERG, *Managing the Transition from Products to Services*, in *International Journal of Service Industry Management*, 2003, 14, p. 160-172.

⁴⁸ G. PONZANELLI, *Responsabilità per danno da computer: alcune considerazioni comparative*, in *Resp. civ. e prev.*, 1991, 653; A. ZACCARIA, *La responsabilità del «produttore» di software*, in *Contr. e impr.*, 1993, 303 s. Più di recente, si vedano A. PENZA, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, in P.G. Demarchi (a cura di), *I diritti del consumatore e la nuova class action*, Bologna, 2010, p. 218; D. RESTUCCIA, *La tutela del consumatore*, in B. Inzitari (a cura di), *Valutazione del danno e rimedi risarcitori*, Torino, 2016, p. 521. Contrario alla susunzione del software nella nozione di prodotto sono invece P. BORTONE, L. BUFFONI, *La responsabilità per prodotto difettoso e la garanzia di conformità nel codice del consumo*, Torino, 2007, p. 3. Si veda inoltre F. FEDRIZZI, *I prodotti difettosi*, in P. Cendon (a cura di), *I danni risarcibili nella responsabilità civile. I singoli danni*, VII, Torino 2005, 287 s.

⁴⁹ Corte di giustizia dell'Unione europea, 21 Dicembre 2011, ECLI:EU: C:2011:869, *Centre hospitalier universitaire de Besançon v. Thomas Dtruxieux & Caisse primaire d'assurance ma-*

ladie du Jura, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-495/10: (cfr. par. 35).

⁵⁰ Cfr. G. DI ROSA, *Linee di tendenza e prospettive in tema di responsabilità del prestatore di servizi*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, I, 719 ss.

⁵¹ G. PONZANELLI, *Responsabilità per danno da computer: alcune considerazioni comparative*, cit., 653; A. ZACCARIA, *La responsabilità del «produttore» di software*, cit., 303. *Contra*, invece, G. ALPA, *Responsabilità extracontrattuale ed elaboratore elettronico*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1986, p. 385.

⁵² Così I. J. LLOYD, *Information Technology Law*, Oxford University Press, 2008, 514-515.

⁵³ P. GOBIO CASALI, *I contratti del software: qualificazione, responsabilità e garanzie*, in *Contr.*, 2014, 4, p. 389-396.

⁵⁴ Di attività insomma regolate nei rapporti tra fornitore e produttore-fruitor (che ne impieghi il risultato per realizzare un

Né dirimente appare l'elemento della fisicità del prodotto, il fatto cioè che la componente immateriale sia incorporata in un supporto fisico e/o sia in grado di determinare un qualche effetto tangibile, incidendo sulla realtà materiale (ad esempio, faccia muovere un robot per consentirgli di operare una catena di montaggio⁵⁵).

A ben vedere, l'opinione che include nel concetto di prodotto i soli beni materiali si basa: i) innanzitutto, sul tenore letterale delle disposizioni in oggetto (che impiegano termini legati alla realtà, allora prevalente, dei prodotti tradizionali)⁵⁶; ii) in secondo luogo, sul timore di estendere oltremodo la portata della disciplina in oggetto, sino ad includere il danno da mera informazione⁵⁷, bene materiale per eccellenza.

Una serie di considerazioni, sia economiche sia giuridiche, inducono invece a concludere nel senso opposto⁵⁸.

Innanzitutto, l'economia digitale e le relative tecnologie che la informano sono basate su beni immateriali. Accedendo alla soluzione restrittiva, le disposizioni presenti nel codice del consumo sarebbero relegate a fronteggiare i soli casi di danni causati da difetti che derivano da beni "tradizionali".

Soprattutto, occorre porsi dal punto di vista del danneggiato-utente il cui interesse, nel caso del software è quello di acquisire l'informazione che esso contiene, in quanto è proprio l'informazione a consentire al prodotto di funzionare, contribuendo al conseguimento dell'utilità attesa dall'utente. Si vuol dire che nell'ambito dei prodotti complessi dell'economia digitale, l'elemento immateriale (il software, i dati ecc.) può svolgere il medesimo ruolo di una qualsiasi altra parte meccanica, quando influenza (talvolta in modo decisivo o connotante) la funzionalità ed i risultati stessi dell'attività della

prodotto complesso) dalle disposizioni in tema di responsabilità contrattuale.

⁵⁵ Cfr. J.P. TRIAILLE, *L'applicazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore nel campo del software*, in *Dir. inf.*, 2 (1990), p. 725 ss.

⁵⁶ Realtà costituita da prodotti dotati di materialità, ancorché già messa in discussione dall'innovazione tecnologica del tempo, come dimostrato dai casi sopra ricordati.

⁵⁷ Cfr. sul punto, nel panorama internazionale, J. L. REUTIMAN (2012) *Defective Information: Should Information Be a Product Subject to Products Liability Claims*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*: Vol. 22: Iss. 1, Article 5, disponibile in: <http://scholarship.law.cornell.edu/cjlp/vol22/iss1/5> (cfr. in particolare, pp. 194-196). Si veda inoltre J. E. WOODARD, *Oops, My GPS Made Me Do It! GPS Manufacturer Liability Under a Strict Products Liability Paradigm When GPS Fails to Give Accurate Directions to GPS End-Users*, 34 U. DAYTON L. RIV. 429 (2009).

⁵⁸ A. ZACCARIA, *La responsabilità del «produttore» di software*, cit., 302.

macchina; ed è per questa sua funzione strumentale che un simile elemento viene in rilievo.

Né, così concludendo, si corre il rischio di aprire la via ad una responsabilità da mera informazione, giacché quest'ultima – nell'ottica del danno da prodotto - non conta di per sé, ma appunto in quanto prodotto o componente di un prodotto: come mezzo cioè per rendere possibile all'utente di conseguire il risultato pratico legato all'uso del prodotto (ad esempio, come dato che, acquisito ed elaborato, è strumentale a, nel senso che incide, ad es. sulla possibilità per il robot chirurgico di operare o sull'abilità del drone di percepire gli ostacoli del mondo esterno, evitando impatti, etc.). Ritenere che simili considerazioni siano valide solamente in presenza di un supporto materiale⁵⁹ (talvolta nemmeno individuabile o, se presente, avente natura di "mero guscio", dal valore spesso risibile), costituisce a ben vedere soltanto una finzione basata su argomentazioni spesso ingenue - fatte proprie anche da una risalente giurisprudenza domestica (non relativa però al danno da software)⁶⁰ - e talvolta poco o punto aderenti al dato tecnico.

Nella direzione qui indicata si muove del resto la dottrina che opta per una interpretazione teleologica, funzionale ad estendere il novero delle tutele a disposizione dei danneggiati dai nuovi prodotti delle tecnologie digitali (oltre quelle già offerte dal diritto nazionale)⁶¹.

La Commissione europea, interrogata sul punto svariati anni fa, si è altresì espressa positivamente circa la natura di prodotto del software (senza chiarire però se una simile conclusione sia ammissibile anche nel caso in cui questo non sia contenuto su un medium materiale)⁶²; mentre la Corte di giustizia ha ritenuto che alcuni specifici tipi di software, da impiegare per scopi medici, costituiscono dispositivi medici e dunque sono soggetti alle relative disposizioni di sicurezza⁶³.

⁵⁹ Né la materialità del software può dedursi dal fatto che per il suo impiego l'utente debba impiegare un qualche strumento (ad es. un pc, un tablet, etc.), giacché, a ben vedere, quest'ultimo costituisce solamente il mezzo grazie al quale esso viene messo a disposizione degli utenti.

⁶⁰ Cfr. Pretore Monza 21 marzo 1991, in *Dir. inf.*, 1991, 936, nota di TAMBURRINI e STRACUZZI; giudice istruttore Torino, 12 dicembre 1983, in *Giur. it.*, 1984, II, 352, con nota di FIGONE.

⁶¹ Cfr. A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, cit., p. 1023.

⁶² Si veda la risposta della Commissione alla richiesta scritta, in data 15 novembre 1988, di Gijs De Vries, (89C 114/76), OJ C114/42). Cfr. J. ADAMS, *Software and digital content*, in *Journal of Business Law*, 2009, 4, 396-402.

⁶³ Caso C-219/11 *Brain Products GmbH v BioSemi VOF and Others* [2012] ECLI:EU:C:2012:742, par. 16; Caso C-329/16 *Snitem and Philips France v Premier Ministre and Ministre des Affaires sociales et de la Santé* [2017] ECLI:EU:C:2017:947, par. 34; sulla scia di tali pronunce, il Regolamento 2017/745/UE, relativo a dispositivi medici, comprendente





Da ultimo, il rapporto del richiamato Expert Group propone di considerare il produttore responsabile del danno causato da un prodotto e da una sua componente, che siano difettosi, indipendentemente dal loro carattere di beni materiali od immateriali⁶⁴, collocandosi così nel solco della interpretazione sopra enunciata, nell’ottica di rafforzare la protezione del danneggiato verso il fabbricante in nome del ricordato principio dell’equivalenza funzionale.

Importanti ricadute pratiche discendono infatti da una simile soluzione: applicare le disposizioni sul danno da prodotto difettoso anche ai beni immateriali comporta la possibilità di includere nel raggio d’azione di tale disciplina i casi di danni causati da un difetto del *software* o dell’algoritmo o dei dati di cui questo si serve, a prescindere dal fatto che tali elementi vengano incorporati in un bene materiale e - aggiungiamo - senza che rilevi il momento in cui tali componenti siano stati aggiunti ad un prodotto complesso: per quale ragione, invero, nell’ottica del danno da prodotto difettoso, la componente immateriale dovrebbe ricevere diversa qualificazione a seconda delle modalità (*download, streaming, etc.*) e dei tempi (prima o dopo l’immissione in commercio), con cui viene aggiunta o inclusa, etc.? Quel che conta è che essa sia stata concepita ed aggiunta come parte integrante del prodotto, dal produttore stesso o da terzi per conto di questi. Tale aspetto come si dirà attiene anche al profilo del difetto del prodotto (cfr., sul punto, *ultra*).

L’incorporazione può mancare, ad esempio, quando il software sia fornito tramite Internet o tramite accesso ad un cloud; e tuttavia è indubbio che anche in questo caso il software o i dati rivestono carattere essenziale ai fini della funzionalità del prodotto⁶⁵. Lo stesso è a dirsi delle aggiunte ed integrazioni fornite dal produttore o da terzi per conto di questi. Conclusioni analoghe valgono poi anche

un’articolata disciplina sull’impiego del software quale dispositivo medico o, comunque, quale parte integrante di questo, che dunque viene equiparato ad un prodotto, seppure ai fini della disciplina ivi recata.

⁶⁴ Cfr. Report, cit., p. 6 e 42: “Strict liability of the producer should play a key role in indemnifying damage caused by defective products and their components, irrespective of whether they take a tangible or a digital form.”

⁶⁵ Sulla essenzialità dell’elemento immateriale costituito dall’algoritmo impiegato dal software (e sul suo essere connotante il c.d. “prodotto intelligente”) insiste ad esempio una autorevole dottrina (U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Intelligenza Artificiale e diritto*, a cura di E. Gabrielli, U. Ruffolo, in *Giurisprudenza italiana*, luglio 2019, p. 1689 ss., p. 1691).

Cfr. C. L. COPPINI, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, cit., p. 736, la quale reca l’esempio delle auto a guida autonoma “«connesse» a un «cervello» esterno e lontano, altrove collocato, ad esempio nel *cloud*”, domandandosi quali nuovi scenari si apriranno con l’avvento di simili sviluppi tecnologici.

nel caso in cui l’elemento immateriale che ha determinato il danno sia destinato ad essere incorporato in un supporto materiale diverso da quello di cui consta il prodotto: si pensi, ad es., ad un fitness tracker consistente in un braccialetto (appartenente alla categoria dei c.d. *wearables*⁶⁶) che, per funzionare, richieda la presenza di un’app da scaricare in un altro prodotto, come uno smartphone.

Le raccomandazioni degli esperti incaricati dalla Commissione UE non chiariscono invece la posizione degli altri soggetti che partecipano alla complessa catena di ideazione e realizzazione del prodotto. Aspetto che tuttavia può trovare risposta già alla luce della interpretazione della disciplina in questione.

La nozione di produttore include il fabbricante della componente ed il fornitore della materia prima⁶⁷; e, dunque, nell’eventualità che le componenti immateriali siano realizzate/fornite da soggetti diversi dal produttore finale, è corretto concludere che spetta al danneggiato azione diretta nei confronti di ognuno di tali soggetti, ai sensi dell’art. 121 c. cons. In tal modo, si consegue il risultato di responsabilizzare il fornitore di tali elementi immateriali, in aggiunta al produttore finale⁶⁸, direttamente nei confronti del fruitore (tale risultato non è rimesso cioè solamente al gioco dei rapporti contrattuali tra produttore finale e fornitore della componente immateriale)⁶⁹ e si superano eventuali incertezze, con

⁶⁶ Cfr., sul punto, https://www.mhc.ie/latest/insights/fitness-trackers-wearables-what-are-the-regulatory-risks#_ftn3, nonché <https://www.tatelawgroup.com/news-media/2016/may/fitness-trackers-involved-in-products-liability-/>, circa class actions intentate negli USA contro il produttore di un noto wearable chiamato Fitbit. Cfr. il parere del Gruppo di lavoro per la protezione dei dati personali, *Wearable Computing, Quantified Self e domotics*, in www.ec.europa.eu, per i profili attinenti alla riservatezza e protezione dei dati personali.

⁶⁷ Il produttore dell’una e dell’altra sono responsabili del danno insieme al fabbricante del prodotto finito: tutti concorrono nella responsabilità verso il danneggiato (fornito di azione diretta contro ognuno di essi) per il fatto solo di aver collaborato nella ideazione e fabbricazione del prodotto, allorché vi sia un unico evento lesivo causato da un difetto del prodotto.

⁶⁸ Si vedano F.E. ZOLLERS *et al.*, *No More Soft Landings for Software: Liability for Defects in an Industry that Has Come of Age*, in *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.*, 21, 745, 2004, J. KEYSAN, C. MULLINS HAYES, *Bugs in the Market: Creating a Legitimate, Transparent, and Vendor-Focused Market for Software Vulnerabilities*, 2016, 786, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2739894, p. 786, nonché J. F. ADDICOTT, *Enhancing Cybersecurity in the private sector by means of civil liability lawsuits – the Connie Francis effect*, 51 U. Rich. L. Rev., 857–895, 2017, 875, <http://lawreview.richmond.edu/files/2017/03/Addicott-513.pdf>.

⁶⁹ Secondo U. RUFFOLO, in U. RUFFOLO, E. AL MUREDEN, loc. cit., p. 1707, una simile soluzione consente al produttore finale “di chiamare come corresponsabili agenti apparentemente mediati, e non immediati, della produzione stessa; e, dunque, di agire verso tali soggetti eventualmente anche in regresso o in garanzia”. Si consideri poi che la disciplina sulla sicurezza ge-

l'effetto di incrementare la fiducia degli utenti finali di tali prodotti⁷⁰.

Si rammenti poi che spesso i rapporti con l'utente finale sono regolati da una pluralità di contratti – tra loro collegati⁷¹ – cui, in molti casi, vengono apposte clausole di esonero o limitazione della responsabilità del fornitore. Ad esempio, nell'Internet delle cose, la prassi registra il ricorso ad una pluralità di contratti, tutti intercorrenti tra l'utente finale ed i diversi fornitori dei beni e dei servizi digitali, necessari per il funzionamento del prodotto (ad es. dell'app, della fornitura dei dati, etc.)⁷². Se si accede alla qualifica di componenti del prodotto, si riconosce al danneggiato la possibilità di far valere la nullità di simili clausole – oltre che in base ad altre normative – già alla luce della disciplina sul danno da prodotto difettoso.

Come già rammentato, altri elementi, che concorrono nel rendere possibile la fruizione del bene, consistono in servizi (come la fornitura del servizio di cloud computing, la fornitura e manutenzione delle reti e delle infrastrutture digitali, etc.). Ad esempio, i beni del c.d. Internet delle cose vengono definiti un "sostanzioso ibrido tra beni e servizi", proprio per via della presenza di simili elementi, offerti per lo più da terze parti⁷³.

In caso di danno riconducibile alla prestazione dei servizi accessori al prodotto (si pensi al caso di malfunzionamento del sistema "nuvola" dovuto al suo hackeraggio, dipeso da omissione/ carenza di

nerale dei prodotti di cui agli artt. 102 ss. c. cons., applicabile anche ai prodotti digitali, parrebbe contemplare, quale destinatario degli obblighi ivi previsti (e delle relative sanzioni), solamente il produttore finale. Scelta, quest'ultima, che è stata oggetto di critica da parte della dottrina più accorta, giacché frustra gli obiettivi di prevenzione, di essa propri (cfr. A. ALBANESE, *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo*, in *Europa e diritto priv.*, 2005, p. 977, p. 984-985).

⁷⁰ Viceversa, ragionando in termini di pluralità di prodotti autonomi, anziché di unico prodotto complesso, si alimentano i dubbi circa il soggetto a cui imputare la responsabilità, nonché circa il titolo della stessa (ad es., nel caso in cui l'elemento immateriale, ad es. il software o un'app, non siano incorporati nel prodotto, ma forniti successivamente, può sorgere il dubbio che si tratti di un prodotto a sé stante). E' bene sottolineare, invero, che il richiamato art. 121 c. cons. mira a far sì che, in caso di prodotto complesso, non ricada sul danneggiato il rischio della mancata individuazione del soggetto responsabile tra coloro che hanno concorso nella realizzazione dello stesso.

⁷¹ P. KALAMEES, K. SEIN, *Connected Consumer Goods: Who is Liable for Defects in the Ancillary Digital Service?*, in *EuCML*, 1 (2019), p. 13 ss.

⁷² Cfr. GUIDO NOTO LA DIEGA, IAN WALDEN, *Contracting for the "Internet of Things": Looking into the Nest*, (2016) 7 *European Journal of Law and Technology*, p. 1 ss., pp. 4-5.

⁷³ N. Helberger, *Profiling and Targeting Consumers in the Internet of Things – A New Challenge for Consumer Law*, in R. Schulze and D. Staudenmayer (eds), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice* (Hart Publishing 2016) 6, disponibile in <http://ssrn.com/abstract=2728717> >).

misure di cybersicurezza; al caso dell'avaria del sistema satellitare di comunicazioni⁷⁴, che consente il controllo da remoto di un veicolo self-driving; od al caso del rilevatore di fumo intelligente che non si aziona per via del mancato funzionamento del servizio di connettività), sorge innanzitutto l'interrogativo se il produttore possa andare esente da responsabilità ai sensi degli artt. 114 ss. c. cons.⁷⁵.

A questo riguardo, si può notare che si tratta di elementi che vengono in considerazione innanzitutto come caratteristiche del prodotto, la cui concezione ne prevede la presenza quali componenti necessarie per il funzionamento dello stesso; di essi e della loro incidenza sulla sicurezza del prodotto (ad esempio, della loro interazione con le altre sue componenti), il produttore deve quindi tenere conto nella valutazione e prevenzione dei rischi inerenti all'uso del bene: si tratta a ben vedere di un aspetto che attiene al requisito del difetto del prodotto ed al suo accertamento (v. art. 117 cod. cons.; cfr. ultra sul tema del difetto e sul relativo onere probatorio). Pertanto, la responsabilità del produttore non può essere esclusa per il fatto solo che il danno sia derivato da simili elementi⁷⁶.

In ordine poi al prestatore di servizio, indubbia essendo l'ammissibilità di una responsabilità di quest'ultimo, concorrente con quella del produttore⁷⁷ e regolata a vario titolo dalle normative nazio-

⁷⁴ A. PISANI TEDESCO, *Smart mobility e rischi satellitari e informatici: i possibili scenari di allocazione della responsabilità civile*, in *Diritto comm. intern.*, (ott.- dic.) 2019, pp. 801 ss., p. 808.

⁷⁵ Cenni in A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e product liability: sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 7 (2019), pp. 1715 ss., p. 1726.

⁷⁶ Cfr. il Rapporto dell'Expert Group, cit., p. 43, ove, senza fornire argomentazioni, si auspica quanto segue: "The producer should therefore remain liable where the defect has its origin (i) in a defective digital component or digital ancillary part or in other digital content or services provided for the product with the producer's assent after the product has been put into circulation; or (ii) in the absence of an update of digital content, or of the provision of a digital service which would have been required to maintain the expected level of safety within the time period for which the producer is obliged to provide such updates."

⁷⁷ H. KOZIOL, *Product Liability: Conclusions from a Comparative Perspective*, in *Product Liability: Fundamental Questions in a Comparative Perspective* (H. Koziol - M.D. Green - M. Lunney - K. Oliphant - L. Yang - De Gruyter eds.), 2017, 538. Sul punto cfr. altresì E. KARNER, *Liability for Robotics: Current Rules, Challenges and the Need for Innovative Concepts, Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, a cura di S. Lohsse - R. Schulze - D. Staudenmayer (Baden-Baden 2019).





nali⁷⁸, è invece discussa la possibilità di applicare l'art. 121 c. cons.⁷⁹.

A ben vedere, la risposta affermativa all'interrogativo è da condividere e può essere fondata sulla nozione stessa di prodotto, di cui si è già detto: questo non coincide con un'entità fisica predefinita e circoscritta nella sua corporeità; tale nozione è tecnologicamente neutra e quindi può includere elementi di natura eterogenea, concepiti come (strumenti) necessari per assicurare la fruizione di un data utilità (e, aggiungiamo, per garantire la sicurezza); quindi, anche la prestazione di un servizio accessorio al prodotto, se avente una simile funzione, può essere riguardata come componente di quest'ultimo (e colui che la fornisce come fabbricante).

3. Il difetto nei prodotti delle tecnologie digitali.

3.1. Openness by design ed imprevedibilità delle azioni dannose della macchina.

Come già illustrato, le tecnologie digitali presentano la peculiarità di essere open by design: non sono cioè complete di tutto ciò che occorre loro per funzionare adeguatamente (o per offrire un certo grado o tipo di funzionamento); al contrario, per il modo stesso in cui sono concepite, dipendono da successive integrazioni ed aggiornamenti della componente immateriale e/o richiedono accesso a dati, sistemi, reti, etc.

Talvolta poi si tratta di prodotti intelligenti, in grado, cioè di assumere decisioni autonome e, in qualche caso, capaci di apprendimento, per via dell'impiego di tecniche algoritmiche di machine learning e deep learning, le quali possono dare luogo ad un'altra peculiarità, costituita dalla imprevedibilità delle azioni della macchina: sia l'utente, sia anche il produttore, potrebbero non essere in grado

di prefigurarsi in qual modo il prodotto si comporterà.

Simili caratteristiche danno luogo ad alcuni rischi specifici e sollevano talune difficoltà quando si tratti di stabilire la presenza di un difetto e, quindi, di imputare la responsabilità al produttore. Così, la ricordata caratteristica della imprevedibilità delle azioni della macchina, connaturata al suo stesso essere capace di decisioni autonome, potrebbe rendere il prodotto in grado di generare danni impreveduti ed imprevedibili (da parte del produttore). Allo stesso modo, si potrebbe determinare una perdita di controllo rispetto alla componente software, per via di modifiche od aggiornamenti non autorizzati da parte dell'utente o per via di intrusioni ad opera di terzi, tali, ad es., da provocarne l'alterazione od il malfunzionamento, da determinare la sottrazione di dati, etc. Inoltre, si danno dei rischi sia connessi alla complessità tecnologica del bene, la quale potrebbe impedire od ostacolare l'adozione di date cautele da parte dell'utente, sia correlati alla omessa informazione sul modo corretto di interagire con il prodotto, etc.

Si tratta di eventualità che possono complicare il lavoro dell'interprete che voglia ricondurle nell'ambito delle categorie note⁸⁰.

In particolare, dubbi possono sorgere in ragione del fatto che le disposizioni sulla responsabilità del produttore, da un lato, richiedono che, nel valutare le legittime aspettative di sicurezza, si tenga conto del tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione (117, co. 1°, lett. c), cod. cons.), dall'altro, attribuiscono al fabbricante la possibilità di escludere la propria responsabilità, dimostrando o che il difetto che ha cagionato il danno non esisteva al tempo della immissione del bene in commercio o che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, a quel tempo, non permetteva ancora di considerare il pro-

⁷⁸ A. ASTONE, *Principio di non esclusività della decisione algoritmica e limiti della configurazione di un "umanesimo digitale"*, in *Nuovo dir. civ.*, 2 (2020), p...

⁷⁹ Secondo A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, cit., p. 1035-1036, sarebbe ravvisabile una responsabilità concorrente del prestatore del servizio ai sensi della disciplina sul danno da prodotto difettoso. Di contrario avviso T. EVAS, *A common EU approach to liability rules and insurance for connected and autonomous vehicles. European Added value Assessment*, 2018, p. 23, disponibile in [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/6/15635/EPRS_STU\(2018\)615635_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/6/15635/EPRS_STU(2018)615635_EN.pdf), secondo cui "The PLD (Product Liability Directive) does not cover damages resulting from 'wear and tear' or other parties' interventions or failure of telecom networks."

⁸⁰ Per un esame delle quali, si veda, innanzitutto, la dottrina formatasi all'indomani del recepimento della disciplina europea sul danno da prodotto difettoso. Tra le riflessioni più avvertite, senza pretesa di completezza, si vedano i contributi presenti in G. PONZANELLI, *Commentario alla responsabilità da prodotti difettosi*, a cura di Pardolesi-Ponzanelli, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, 3, p. 509 ss.; G. ALPA, U. CARNEVALI, F. DI GIOVANNI, G. GHIDINI, U. RUFFOLO, G.M. VERARDI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milano, 1990; AA.VV., *Il danno da prodotti in Italia, Austria, Repubblica Federale di Germania, Svizzera*, a cura di S. Patti, Padova, 1990; G. ALPA, BIN, P. CENDON, *La responsabilità del produttore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XIII, Padova, 1989.

Cfr. per una rassegna della dottrina, G. STELLA, *La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 10; G.M. SANTUCCI, *La responsabilità per danno da prodotto difettoso nella recente esperienza italiana*, ivi, 2010, p. 987 ss.

dotta come difettoso (art. 118, co. 1°, rispettivamente, lettere b) ed e), cod. cons.)⁸¹.

Al riguardo, va, tuttavia, ribadito quanto in precedenza chiarito: in presenza di un bene connotato da openness by design, soltanto un pregiudizio “materialistico” impedisce di individuare un (unitario) prodotto nell’accezione di cui alla normativa in questione, per via del fatto che siano necessarie aggiunte, modifiche od accesso a servizi, da fornirsi successivamente alla immissione in commercio. Ma, soprattutto, occorre notare che il concetto di difetto non coincide con un vizio intrinseco del bene, consistendo, viceversa, in un giudizio di valore avente ad oggetto la corrispondenza del rischio inerente al prodotto (in base alle sue caratteristiche, uso, presentazione, etc.) alle legittime aspettative di sicurezza degli utenti⁸². Non diversamente da quanto avviene per quelli tradizionali, conta allora il modo in cui i prodotti digitali vengono concepiti e realizzati⁸³; e, come visto, la concezione e realizzazione di questi ultimi contempla aggiunte ed aggiornamenti, da compiersi durante la vita del prodotto (senza di che la funzionalità risulterebbe esclusa o impedita). Di conseguenza, sia i singoli elementi che compongono tali prodotti, sia

⁸¹ Si tratta del c.d. rischio da sviluppo. Con tale espressione si indica il fenomeno per il quale, successivamente alla commercializzazione di un prodotto, si assiste ad un incremento dei livelli di sicurezza conseguibili grazie a nuove scoperte scientifiche o sviluppi della tecnica. Cfr. l’ottima analisi di D. CARUSO, *Quando il rimedio è peggiore del male: emoderivati infetti e responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1988, I, 144. Per un esame critico, si rinvia a P. TRIMARCHI, *La responsabilità del fabbricante nella direttiva comunitaria*, in *Riv. società*, 1986, pp. 593 ss.; G. ALPA, *L’attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore. Tecniche e modelli a confronto*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 584; C. CASTRONOVO, *La legge europea sul danno da prodotti. Una interpretazione alternativa del D. P. R. n. 224/1988*, in *Dir. comm. int.*, 1990, pp. 3 ss.

⁸² Cfr. G. STELLA, *Causa ignota del danno derivante dall’uso del prodotto e responsabilità del produttore per prodotto difettoso*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1444 ss. Cfr. G.F. SIMONINI, *L’approccio olistico nel danno da prodotto*, in *Danno resp.*, 2018, p. 137 ss.

Sul punto già G. PONZANELLI, *Responsabilità del produttore*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, p. 220 ss.; F. CAFAGGI, *La nozione di difetto ed il ruolo dell’informazione. Per l’adozione di un modello dinamico- relazionale di difetto in una prospettiva di riforma*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 447 ss., nonché U. CARNEVALI, *Prevenzione e risarcimento nelle Direttive comunitarie*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 11 ss.

⁸³ Circa il ruolo del giudice nella determinazione del grado di tutela da accordare ai danneggiati, cfr. E. RAINERI, *L’ambigua nozione di prodotto difettoso al vaglio della Corte di Cassazione italiana e delle altre Corti europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 623 s. Inoltre, si veda già C. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali e linguaggio del legislatore: lo standard della ragionevolezza nel D.P.R. 24 maggio 1988 n. 224*, in *Quadr.*, 1992, p. 65 ss. e M. L. LOI, *Art. 5. Prodotto difettoso*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1989, p. 545 ss.

l’interazione tra gli stessi (ivi inclusi quelli che vengono aggiunti successivamente o che vadano prestati in via continuativa, per assicurare il funzionamento e la sicurezza del bene), non debbono frustrare le ricordate aspettative. Vale, in altri termini, la regola per cui non può essere superato il livello accettabile di rischio che il prodotto diffonde tra il pubblico, da determinarsi avendo riguardo al tempo in cui avviene l’immissione in commercio. Si ha per conseguenza che, nel caso di danno determinato dagli elementi aggiunti dopo tale momento (ad esempio, dalla mancata erogazione di dati necessari per il corretto funzionamento del prodotto o dal malfunzionamento dell’app scaricata da internet, etc.), ma concepiti come elementi di un unitario prodotto, il produttore non potrà liberarsi da responsabilità deducendo (e dimostrando) che, per ciò solo, il difetto sia sopravvenuto.

Invero, la peculiarità di costituire il risultato della commistione tra beni e servizi, propria di tali prodotti, fa sì che tra utente e produttore si crei un rapporto di durata, secondo una logica in linea con quella, di tipo contrattuale, fatta propria dalla dir. UE 2019/771, per la quale il fornitore è responsabile della conformità al contratto di tali elementi, inclusi quelli forniti al compratore lungo un ragionevole (rispetto alle aspettative dello stesso compratore) arco temporale. E, tuttavia, la linea di confine tra le due forme di responsabilità permane (non solo se si ha riguardo alla presenza o meno di un rapporto contrattuale diretto tra utente e fornitore del prodotto, condizione imprescindibile per la nascita di una responsabilità ai sensi della dir. UE 2019/771, ma anche) se si adotta un punto di vista funzionale, giacché, nell’ottica della disciplina sul danno da prodotto difettoso, conta la posizione di garanzia assunta dal produttore riguardo ai rischi irragionevoli di danno inerenti al prodotto.

Pertanto, al fine di determinare la sussistenza di un difetto, verranno in rilievo sia i rischi correlati alla presenza di tali elementi, sia la circostanza che, all’opposto, modifiche ed aggiornamenti previsti (in quanto necessari non solo per il funzionamento del prodotto stesso⁸⁴, ma anche ai fini del mantenimen-

⁸⁴ In estrema sintesi, la posizione di garanzia del produttore, relativamente ai suddetti elementi, discende dalla stessa logica dell’openness by design, la quale implica, per il modo in cui il prodotto è stato concepito, che il produttore conservi una posizione di controllo sugli elementi aggiunti dopo la immissione in commercio. Cfr. sul punto, Report dell’Expert Group, cit., p. 42-43, secondo il quale “Il produttore dovrebbe essere responsabile in via oggettiva per i difetti delle tecnologie digitali emergenti anche se tali difetti compaiono dopo la messa in circolazione del prodotto, nella misura in cui il produttore sia rimasto in controllo degli aggiornamenti o degli upgrade della tecnologia...” (traduzione nostra). In linea con le argomentazioni esposte nel testo, l’Expert Group ritiene che, in un simile





to di un ragionevole livello di sicurezza) non vengano forniti (dal produttore o da terzi per suo conto) ovvero siano forniti in maniera parziale o inadeguata per quantità e qualità (si pensi al mancato aggiornamento del software implicante rischi di *cybersicurezza*), etc.⁸⁵.

Si tratta, quindi, di rivoluzionare la prospettiva tradizionale, per la quale il controllo del fabbricante sul prodotto ha termine al momento della immissione in commercio. Lo sviluppo tecnologico, invero, consente al fabbricante di mantenere una stretta relazione con il prodotto (e con il suo utente) e, quindi, di acquisire conoscenza (ed accrescere la propria capacità di gestione) dei rischi insiti nello stesso (cfr. *ultra*). Ciò determina il venir meno della impersonalità che ha caratterizzato i rapporti della moderna produzione industriale (c.d. di massa) e che ha altresì influito sulla fisionomia della *products liability*⁸⁶.

E' richiesto, di conseguenza, che si adotti un nuovo punto di vista: l'*an* ed il *quomodo* dei mutamenti cui il prodotto è soggetto rilevano a partire dal suo stesso *design* (anche ai fini della individuazione di un difetto di progettazione)⁸⁷.

Nemmeno la imprevedibilità delle azioni della macchina (il termine è qui usato in senso lato), riscontrabile nei prodotti che impiegano date tecnologie (quali quelle di *machine learning* o altre consimili)⁸⁸, vale di per sé ad escludere la possibilità di

ravvisare un difetto nell'accezione accolta dall'art. 117 cod. cons.

Quindi, se, dopo l'immissione in commercio, la macchina, grazie alla propria capacità di apprendimento, divenisse capace di azioni e/o acquisisse abilità, che il produttore non si era prefigurato e da cui sia dipeso il concreto danno, non potrebbe concludersi, per ciò solo, che il difetto è sopravvenuto. Né poi sarebbe invocabile la (controversa) esimente del rischio da sviluppo. Ed infatti la responsabilità del fabbricante ai sensi dell'art. 114 cod. cons. è altra cosa dalla responsabilità per colpa (seppur oggettiva) e dunque non appare circoscritta ai soli danni prevedibili ed evitabili secondo diligenza: ai sensi di tale disciplina, viceversa, sono imputati al produttore tutti i rischi di danno messi in luce dalle più avanzate conoscenze tecnico-scientifiche (purché accessibili)⁸⁹, mentre gravano sul danneggiato solamente quei rischi che ricadono al di fuori dello scibile umano⁹⁰.

Come osservato da un'accorta dottrina, anche il più sofisticato di tali prodotti in realtà si limita ad eseguire compiti e mansioni che è stato programmato a svolgere⁹¹. Invece, per i prodotti dotati di capacità di auto-apprendimento, si danno due alternative: una simile capacità o è confinata alla fase di design del prodotto o, se presente anche dopo l'immissione in commercio, va tenuta sotto controllo, nel senso che spetta al produttore adottare gli accorgimenti tecnici all'uopo necessari; in difetto di simili accorgimenti, poi, il produttore dovrebbe astenersi dal conferire alla macchina un grado di autonomia ingovernabile e, in caso contrario, eventuali conseguenze dannose gli andrebbero imputate.

caso, il difetto esista già al tempo della immissione del prodotto in commercio, ancorché si manifestati dopo tale momento. Il riferimento al controllo, poi, appare rilevante anche in un altro senso: una volta venuto meno, ad esempio, per via di ingerenze di terzi non fronteggiabili alla luce dello sviluppo della tecnica, la responsabilità del fabbricante per difetto del prodotto non potrebbe essere affermata.

⁸⁵ Assume rilievo al riguardo l'esistenza di doveri di monitoraggio della sicurezza, sussistente in capo al produttore anche per il tempo successivo alla immissione in commercio (cfr. *ultra*).

⁸⁶ D. G. OWEN, *The Evolution of Products Liability Law*, 26 REV. LITIG. 955, 962 (2007). Cfr., per una panoramica dell'evoluzione della materia, si vedano M.P. PIGNALOSA, *La responsabilità del produttore*, in *Nuovo dir. civ.*, 1 (2018), p. 301 ss., nonché E. RAJNERI, *Prodotto difettoso*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, Agg. 2016, Milanofiori Assago, 2016, 614-615.

⁸⁷ R. C. PICKER, *Rewinding Sony: The Evolving Product, Phoning Home and the Duty of Ongoing Design*, 55 CASE W. RES. L. REV. 749 (2005), p. 761 ss.

⁸⁸ Sul punto, si veda E. Palmerini, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc.6, 2016, pag. 1815, cui si rinvia anche per opportuni approfondimenti bibliografici. Cfr. inoltre G. COMANDÈ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA ed il problema della responsabilità*, in *Anal. giur. econ.*, 2019, pp. 169-189, nonché K. CHAGAL, *The Reasonable Algorithm*, in *Journal of Law, Technology and Policy*, 2018.

⁸⁹ A prescindere dalla loro imprevedibilità, aspetto quest'ultimo che invece viene in rilievo nell'ottica della responsabilità per colpa, seppure oggettiva. Dal punto di vista del danno da prodotto, conta il rischio imputabile al produttore, il cui perimetro è circoscritto dal concetto di difetto e dalle esimenti di responsabilità. Vedi A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e product liability: sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 7 (2019), p. 1715 ss. In ordine al profilo della accessibilità delle conoscenze cfr. Corte giust. Ce, 29 maggio 1997, causa C-300/95, in *Foro it.*, 1997, IV, 387 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Regno Unito, Corte di giustizia ed eccezione dello "state of art"*.

⁹⁰ Cr. B. TASSONI, *La produzione di farmaci tra l'art. 2050 c.c. ed i cosiddetti "development risks"*, in *Giur. it.*, 1991, I, 818-822. Con riguardo alla robotica, si veda G. CAPILLI, *Responsabilità e robot*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 621, p. 630.

⁹¹ A. BERTOLINI, *Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules*, in *Law, Innovation and Technology*, 5, 2013, pp. 225 ss., p. 227 ss. *Contra* C.E.A. KARNOW, *The application of traditional tort theory to embodied machine intelligence*, in R. Calo, M. Froomkin, I. Kerr (eds.), *Robot Law*, Cheltenham, 2016, p. 114 ss.; per la dottrina italiana, cfr. A. SANTOSUOSSO, C. BOSCARATO, F. CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 494 ss., p. 511.

Attraverso la corretta interpretazione della disciplina in questione, basata sulle testé ricordate argomentazioni, è dunque possibile pervenire alla medesima soluzione suggerita dall'Expert Group, per il quale la limitata possibilità per il fabbricante di prevedere le azioni della macchina intelligente non dovrebbe costituire ragione idonea ad esonerarlo da responsabilità.

Il produttore può invece liberarsi dimostrando che il difetto è stato determinato da variabili intervenute dopo l'immissione in commercio, tra cui rientrano fattori ambientali e comportamenti imprevedibili dell'utente o di terzi.

A quest'ultimo riguardo, in particolare, assumono rilievo altri regimi di responsabilità, quali quelli previsti dall'art. 2050 e 2051 c.c., nonché, per i veicoli a guida autonoma, dall'art. 2054 c.c., regimi destinati a regolare il contributo causale di soggetti diversi dal produttore (il proprietario, il custode, l'utente, etc.)⁹². Prescindendo dagli specifici problemi che si pongono all'attenzione degli interpreti intenti ad applicare le ricordate disposizioni ai nuovi rischi inerenti ai prodotti digitali (dei quali in questa sede non si può dare conto, cfr. nota), giova qui sottolineare, da un lato, l'utilità della presenza di un sistema che preveda responsabilità concorrenti (in un'ottica di maggior tutela del danneggiato⁹³), e, dall'altro lato, l'opportunità di stabilire le condizio-

⁹² Tali soggetti possono, nel caso concreto, assumere altresì la veste di danneggiati: si pensi al caso del proprietario-trasportato dal veicolo *self-driving*, che abbia patito un danno nel corso di un incidente causato da un simile veicolo ed in conseguenza del quale sia stato lesa anche un terzo (ad es., un passante). Cfr., con riguardo alla tutela del proprietario/custode del veicolo che sia anche danneggiato, la lucida analisi di G. Calabresi, E. AL MUREDEN, *Driverless car e responsabilità civile*, in *Riv. dir. bancario*, Suppl. al n. 1/2020, p. 7 ss., pp. 15-18.

Cfr., più in generale, quanto ai regimi di responsabilità applicabili, U. RUFFOLO, in U. RUFFOLO, E. AL MUREDEN, *Autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense*, cit.; nonché E. AL MUREDEN, *Autonomous cars e responsabilità civile tra disciplina vigente e prospettive de iure condendo*, in *Contr. Impr.*, 2019, 895, e D. CERINI, *Dal decreto Smart Roads in avanti: ridisegnare responsabilità e soluzioni assicurative*, cit., p. 401. Si vedano altresì A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, cit., p. 1019, L. COPPINI, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, cit., p.

⁹³ G. SPLINDER, *User Liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, a cura di S. Lohsse - R. Schulze - D. Staudenmayer (Baden-Baden 2019), p. 128 ss.; cfr. anche E. KARNER, *Liability for Robotics: Current Rules, Challenges and the Need for Innovative Concepts*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, ivi, p. 118 ss., nonché P. CERKA, J. GRIGIENE, G. SIRBIKYT, *Liability for Damages Caused by Artificial Intelligence*, in *Computer Law & Security Review*, 31, 3, 2015, pp. 376-389. Il tema è trattato, con specifico riguardo ai robot, anche da E. Palmerini, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc.6, 2016, pag. 1815.

ni in base alle quali il contributo causale altrui possa valere, o meno, ad escludere la responsabilità del produttore, tenuto conto delle peculiarità delle tecnologie digitali.

La questione è trattata dall'Expert Group (independentemente però dalla considerazione di uno specifico regime di responsabilità civile): in ragione della complessità di tali tecnologie, le raccomandazioni degli esperti prefigurano dei doveri di sicurezza relativi ai rischi correlati all'impiego di esse, doveri concernenti la scelta di strumenti adeguati agli scopi ed alle capacità di impiego, manutenzione e supervisione delle stesse, posti a carico degli operatori (intesi per tali tutti quei soggetti diversi dal produttore, quali utenti, custodi, proprietari, etc.)⁹⁴. Simili rischi, si osserva, debbono essere sopportati da tali soggetti e, tuttavia, in considerazione della ricordata complessità e dell'asimmetria informativa in cui questi versano, spetta al produttore progettare, presentare e commercializzare il prodotto, in modo tale da porre gli operatori delle tecnologie digitali nella condizione di ottemperare ai rispettivi doveri di sicurezza⁹⁵. Così, ad esempio, con riguardo ad un veicolo *self-driving*, la difficoltà di riprendere il controllo del veicolo in prossimità di una situazione d'emergenza dovrebbe indurre il produttore a predisporre un sistema che avvisi l'operatore/utente del relativo rischio e che impedisca al veicolo di procedere laddove quest'ultimo non adempia (o non sia in grado di adempiere) al dovere di supervisione del veicolo stesso⁹⁶. In mancanza di ciò, si avrebbe responsabilità del produttore per difetto di progettazione e/o di informazione⁹⁷ (cui si aggiungerebbe, a seconda dei casi, un concorso colposo dell'utente-danneggiato dal veicolo e/o una responsabilità concorrente di questi verso il

⁹⁴ Rapporto, p. 44: "Operators of emerging digital technologies should have to comply with an adapted range of duties of care, including with regard to (a) choosing the right system for the right task and skills; (b) monitoring the system; and (c) maintaining the system." "Failure to comply with such duties may trigger fault liability regardless of whether the operator may also be strictly liable for the risk created by the technology."

⁹⁵ Cfr. loc. ult. cit.: "Producers, whether or not they incidentally also act as operators within the meaning of [10], should have to: (a) design, describe and market products in a way effectively enabling operators to comply with the duties under [16]; and (b) adequately monitor the product after putting it into circulation."

⁹⁶ Cfr. il case law relativo ai veicoli Tesla, su cui si rinvia a A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, cit., p. 1028.

⁹⁷ Sul difetto di informazione, cfr., in giurisprudenza, Trib. Vercelli, 5 febbraio 2003, in *Danno resp.*, 2003, 1005, con commento di G. PONZANELLI; e in *Giur. it.*, 2004, 543, con commento di GIOVANARDI. Si vedano anche Cass. civ., 13 dicembre 2010, n. 25116, in *Danno resp.*, 2011, 975 e Cass. civ., 15 febbraio 2018, n. 3692 (ord.), in *Resp. civ. prev.*, 2019, 277.





terzo danneggiato, al ricorrere dei relativi presupposti di legge⁹⁸).

3.2. Sicurezza *by design* e valutazione del difetto. Alla ricerca di un nuovo paradigma: dalla conformità alle norme tecniche all'adeguatezza organizzativa.

Ciò chiarito, ci si chiede come vadano individuate le legittime aspettative di sicurezza del pubblico degli utenti, nel caso delle tecnologie digitali emergenti.

Costituisce, invero, un dato incontrovertibile che la disciplina sul danno da prodotto ambisca ad imputare al fabbricante solamente taluni danni (quelli riconducibili ad un difetto del prodotto), non trattandosi di una forma di responsabilità oggettiva c. d. assoluta⁹⁹.

In linea generale, per circoscrivere il perimetro delle legittime aspettative, con riguardo ai difetti di progettazione, si ricorre innanzitutto alle pertinenti normative sulla sicurezza, ivi inclusi gli standard stabiliti dagli organismi privati di normazione, le c.d. norme tecniche. Ed una simile soluzione si auspica dai più che possa valere anche per i prodotti di cui si discute, in considerazione dei vantaggi che ne deriverebbero in termini di certezza, sia per i fabbricanti, sia per i danneggiati¹⁰⁰.

⁹⁸ Cfr. Sul punto, con acume di analisi, A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, cit., p. 1028-1035.

⁹⁹ Insistono sul fatto che non vi è coincidenza tra prodotto dannoso e prodotto difettoso, D. CARUSO – R. PARDOLESI, *Per una storia della Direttiva 1985/374/CEE*, in *I 25 anni di products liability*, a cura di Pardolesi e Ponzanelli, numero speciale di *Danno e resp.*, 2012. Con la conseguenza che la mera prova del nesso di causalità fra il danno ed il prodotto non è sufficiente a trasferire sul produttore l'onere probatorio circa l'assenza del difetto o la presenza di circostanze esimenti. Cfr. Cass., 19.2.2016, n. 3258, in www.dejure.it; Cass., 28.7.2015, n. 15851, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce Termini processuali civili, n. 20. Si veda G. ALPA, *Responsabilità d'impresa*, nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, Agg., 9, Utet, 2014, p. 580 ss.

¹⁰⁰ Cfr., inoltre, con specifico riguardo alle tecnologie digitali, C. DE MEEUS, *The Product Liability Directive at the Age of the Digital Industrial Revolution: Fit for Innovation?*, in *EuCML*, 4/2019, p. 149 ss., p. 154: "The more effective these rules are and the better they are complied with, the less consumers will have to introduce actions under the Directive. The Directive can thus be seen as a 'safety net', offering remedy to consumers who have suffered harm caused by an unsafe product. These close links between safety and liability rules could justify the development of specific safety rules related to new technologies. This solution would offer different advantages. Firstly, compliance with these rules would probably reduce the need to resort to the Directive on product liability. Secondly, it would significantly help the consumer in its task of proving the defect, and the link between the defect and the damage. Finally, it would give more legal certainty to innovative producers as to

Senonché è controverso il tema dell'incidenza della conformità alle norme tecniche sulla imputazione della responsabilità al produttore¹⁰¹, dubbio essendo se una simile conformità valga di per sé sola ad esonerare il fabbricante. La dottrina domestica, al riguardo, è prevalentemente orientata per la soluzione negativa.

Norme e standard tecnici possono invero mancare od essere inadeguati, specialmente rispetto ai rischi legati a prodotti di alta innovazione e rapido sviluppo ed immissione sul mercato¹⁰². In settori caratterizzati da un'esponenziale evoluzione come quelli della robotica e dell'Artificial Intelligence, occorre tempo per elaborare standard adeguati¹⁰³; ed inoltre, una volta determinati, simili standard sono spesso destinati a diventare presto obsoleti e quindi inadatti a governare ogni rischio. Si considerino, a titolo di esempio, gli standard tecnici in materia di cybersecurity, la cui elaborazione ed il cui dispiegamento richiedono competenze e costi assai eleva-

the level of safety expected from the products they commercialise".

¹⁰¹ E. AL MUREDEN, *La responsabilità del fabbricante nella prospettiva della standardizzazione delle regole sulla sicurezza dei prodotti*, in *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore*, Torino, 2017, 29 s.), 18, nonché Id., *Il danno da "prodotto conforme". Le soluzioni europee e statunitensi nella prospettiva del Transatlantic Trade and Investment Partnership (T.T.I.P.)*, in *Contr. impr.*, 2015, 404, il quale distingue tra casi in cui le norme tecniche armonizzate si limitino a stabilire un livello minimo di sicurezza e casi in cui, invece, fissano limiti massimi di sicurezza, nei quali la conformità esclude il risarcimento del danno. Cfr. anche Id., *Gli Highly Automated Vehicles negli USA tra norme statali ed esigenze di armonizzazione federale*, cit., p. 1715. Di contrario avviso E. BELLISARIO, *La rilevanza del criterio presuntivo della conformità alle norme armonizzate*, in *Pers. merc.*, 2012, p. 156 ss., nonché Id., *Il danno da prodotto conforme tra regole preventive e regole risarcitorie*, cit., p. 841.

Sul tema più in generale si veda già U. CARNEVALI, *La norma tecnica da regola di esperienza a norma giuridicamente rilevante. Ricognizione storica e sistemazione teorica. Ruolo dell'UNI e del CEI*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, p. 267 ss. e Id., *Prevenzione e risarcimento nelle direttive comunitarie sulla sicurezza dei prodotti*, ivi, 2005, p. 5 ss., 15, nonché Id., *Sub art. 111*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro, A. Zaccaria, Padova, 2013, p. 731 ss.

¹⁰² P. VERBRUGGEN, *Good Governance of Private Standardization and the Role of Tort Law*, in *European Review of Private Law* 2-2019 [319-352], il quale si interroga sulla inadeguatezza del sistema privato di standardizzazione: "There are various reasons why standard setting may lead to sub-optimal outcomes: SDOs may fail to take into account state-of-the-art research, underestimate certain risks, or worse, unreasonably favour certain industry interests over safety concerns of potential end-users." (cfr. p. 322).

¹⁰³ E. PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc.6, 2016, pag. 1815; cfr. altresì S. WU, *Risk Management in Commercializing Robotics*, April 3, 2013, in <http://conferences.law.stanford.edu/werobot/wp-content/uploads/sites/29/2013/04/Risk-Management-in-Commercializing-Robotics.pdf>.

ti¹⁰⁴. Diviene centrale, dunque, stabilire in quale modo il diritto (si usa qui il termine in senso lato) possa riuscire nell'intento, non tanto di vincolare i fabbricanti all'osservanza degli standard e delle norme tecniche esistenti, quanto piuttosto di *promuovere la ricerca ed elaborazione continua di nuovi standard* che stiano al passo con i pericoli da prevenire.

Si tratta di un profilo attinente al c.d. "pacing problem", già rammentato: il diverso ritmo tra innovazione e regolazione, tale per cui quest'ultima non riesce a restare al passo con la prima, impone di rintracciare altrove adeguate soluzioni. Problema considerato altresì nelle raccomandazioni dell'Expert Group¹⁰⁵.

A questo riguardo appare utile volgere lo sguardo alle risposte rinvenibili nella soft law: come anticipato in premessa, si registra innanzitutto l'avvento di nuove forme di standardizzazione privata, che non prestano attenzione alle caratteristiche tecniche ed alla funzionalità in senso stretto dei prodotti, ma si preoccupano di assicurare l'adozione di parametri etico-giuridici, tali da garantire la compatibilità delle tecnologie digitali, in particolare di quelle che impiegano IA¹⁰⁶, con taluni principi, con l'obiettivo ultimo di far sì che i ritrovati tecnologici siano al servizio degli individui e dei loro diritti fondamentali (e non viceversa)¹⁰⁷. In quest'ottica gli organi-

smi privati di standardizzazione (od entità affini), in primo luogo, stabiliscono essi stessi dei principi soft di governance di simili tecnologie: si pensi al principio di trasparenza e non discriminazione (quanto al primo ed al suo ruolo anche nella materia oggetto di questo studio, cfr. *ultra*). In secondo luogo, i ricordati soggetti individuano concrete pratiche di concezione e di realizzazione dei prodotti, tali da tradurre i suddetti principi in caratteristiche degli stessi¹⁰⁸.

Inoltre, in una prospettiva più ampia (che non abbia riguardo cioè solamente all'agire etico dei prodotti intelligenti), per i vizi di progettazione/programmazione, una riposta è offerta dal ricorso al concetto di sicurezza by design: a partire dalla stessa ideazione e messa punto del prodotto o servizio, il produttore è tenuto all'adozione di misure adeguate alla prevenzione dei rischi (questi cioè vanno valutati già nella fase di ideazione del prodotto, la quale deve comprendere ogni accorgimento idoneo ad evitarli, in modo tale che la prevenzione possa dirsi già incorporata nel progetto).

La sicurezza by design è mutuata dalle scienze informatiche ed è contemplata nell'ambito della strategia europea relativa allo sviluppo di un'Intelligenza Artificiale etica e sicura¹⁰⁹, nonché,

SIMEOLI, P. SIRENA, *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, cit.

¹⁰⁴ Cfr. Report dell'Agenzia UE per la sicurezza delle reti e dell'informazione, dicembre 2016, su Cyber Security and Resilience of Smart Cars, p. 46.

¹⁰⁵ Cfr. Rapporto dell'Expert Group, cit., p. 48, secondo cui "[24] Where the damage is of a kind that safety rules were meant to avoid, failure to comply with such safety rules, including rules on cybersecurity, should lead to a reversal of the burden of proving(a) causation, and/or (b) fault, and/or(c) the existence of a defect." Quanto invece al tema delle conseguenze dell'osservanza ed all'interrogativo se la responsabilità del fabbricante sia da escludere in radice, secondo il Rapporto dell'Expert Group, cit, è opportuno optare per la soluzione negativa, in quanto una simile soluzione "it is better suited to addressing the difficulties of victims when it comes to proving the elements of liability in settings that involve emerging digital technologies. It is in particular the pace at which these technologies are evolving, and the necessity of imposing a duty on providers to monitor the market and react more quickly to new threats than any rulemaker could, that made it seem inappropriate to have a presumption of the absence of causation or fault where a provider complied with the rules."

¹⁰⁶ Ad esempio l'Information Technology Industry Council (ITI) ha sviluppato un insieme di principi concernenti l'IA (Information Technology Council, AI Policy Principles Executive Summary (24 ottobre 2017), accessibili da <https://www.itic.org/resources/AI-Policy-Principles-FullReport2.pdf>). Secondo tali pronipi le imprese si impegnano a "recognize our responsibility to integrate principles into the design of AI technologies, beyond compliance with existing laws".

¹⁰⁷ Cfr. sul punto A. PAJNO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, F. P. PATTI, O. POLLICINO, S. QUATTROCOLO, D. SIMEOLI, P. SIRENA, *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, cit.

¹⁰⁸ Un esempio è costituito dall'iniziativa intrapresa dall'Institute of Electric and Electronic Engineers, denominata *The IEEE Global Initiative on Ethics of Autonomous and Intelligent Systems*, il cui scopo è quello di "ensure every stakeholder involved in the design and development of autonomous and intelligent systems is educated, trained, and empowered to prioritize ethical considerations so that these technologies are advanced for the benefit of humanity." (available at https://standards.ieee.org/develop/indconn/ec/ec_about_us.pdf). L'IEEE appena ricordato ha avviato la individuazione di una serie di IEEE standards relativi alla gestione di profili etici connessi all'impiego dell'IA, gli Standards IEEE P7000™. Cfr. al riguardo K. DOW, M. HANCOCK, *Injecting Ethical Considerations in Innovation Via Standards – Keeping Humans in the AI Loop*, in *IEEE Insight*, Apr. 25, 2018 (<https://insight.ieeeusa.org/articles/standards-address-ai-ethical-considerations/>).

¹⁰⁹ Communication Coordinated Plan on Artificial Intelligence (COM(2018) 795 final) Annex: Coordinated Plan (disponibile in https://ec.europa.eu/knowledge4policy/publication/coordinated-plan-artificial-intelligence-com2018-795-final_en), p. 9: "Another key principle will be "security by design", whereby cybersecurity, the protection of victims and the facilitation of law enforcement activities should be taken into account from the beginning of the design process." Cfr. altresì, *ivi*, p. 17: "It is important that legislation offers the right framework for AI-driven innovation and uptake of AI solutions, while addressing possible risks raised by the use of, and interactions with the technology, including cybersecurity concerns. This means to provide for "cybersecurity" in the sense of preventing abuse (e.g. hacking or manipulation of the AI algorithms or manipulation of the data processed by the AI algorithm), as well as for





rispetto ad alcuni prodotti smart, come i veicoli connessi ed autonomi, anche da iniziative di *soft law* concernenti i rischi informatici ed i profili di cyber sicurezza¹¹⁰. Ancora una volta, si tratta di strumenti di soft-law, i quali, lungi dal porre l'accento solamente sulla osservanza delle norme e degli standard tecnici, accolgono un'ottica di tipo preventivo già dalla progettazione e sviluppo dei prodotti, laddove, ad esempio, invitano a far sì che sussistano adeguate misure di individuazione e gestione di siffatti rischi¹¹¹. In tal modo, si ambisce a garantire tutela effettiva agli interessi giuridici minacciati dai pericoli di danno (riservatezza, integrità fisica, etc.)¹¹².

Quello della sicurezza by design è un principio che dall'ambito delle buone pratiche e della c.d. tecno-regolamentazione, ha già raggiunto il piano delle disposizioni cogenti. Innanzitutto, è espressamente enunciato in materia di protezione dei dati personali (art. 25 GDPR), ove si fa riferimento alla adeguatezza delle misure sia tecniche che organizzative. Esso appartiene però anche alla disciplina sul danno da prodotto.

Va infatti ricordato come parte della dottrina più accorta abbia da tempo riferito il concetto di adeguatezza organizzativa alla responsabilità d'impresa, rintracciando un rinvio, seppur implicito, ad essa proprio nella disposizione riguardante l'esimente del rischio da sviluppo¹¹³. La dottrina in

questione scorgeva una tendenza del sistema giuridico (nazionale e comunitario): a "tradurre in norme giuridiche importanti principi della scienza aziendalistica. Così facendo, ... il legislatore mostra di prendere atto non solo delle "novità scientifiche" di altre discipline ... , ma cerca di tenere dietro... ai "fatti nuovi" della realtà socio-economica, che ... possono individuarsi: (i) nell'incessante sviluppo tecnologico e nel connesso fenomeno dei rapidi mutamenti di alcuni settori merceologici, e segnatamente di quelli caratterizzati da elevata pericolosità..."

Allora, rispetto alle macchine con capacità cognitive, una simile sicurezza by design implica che si faccia luogo ad ideazione ed attività di *training* e *testing*, tali da scongiurare certi rischi (o, che, in mancanza, l'autonomia o l'auto apprendimento siano negate alla macchina, in tutto o in parte e comunque nella misura necessaria a tenere il rischio al di sotto di una soglia ragionevole)¹¹⁴. Mentre, per i dispositivi basati su un software, comporta il dovere di adottare misure per evitare non soltanto i danni derivanti dal cattivo funzionamento del software stesso, ma anche quelli che possano discendere da intrusioni nel sistema, dovute a vulnerabilità causate da assenza o carenza di idonei strumenti di cyber sicurezza¹¹⁵.

L'adeguatezza organizzativa, di cui la sicurezza by design può dirsi espressione, promuove la prevenzione dei rischi, ivi inclusi i rischi inediti di danno, meglio di forme di responsabilità oggettiva (siano esse basate ad esempio sul principio della as-

the inclusion of mechanisms to ensure the safety of consumers and effective redress to victims in case of damage and to facilitate investigations if the AI system is compromised."

¹¹⁰ Cfr. nel Regno Unito, *The Key Principles of Cyber Security for Connected and Automated Vehicles* (disponibili in https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/661135/cyber-security-connected-automated-vehicles-key-principles.pdf), adottati dal Dipartimento dei Trasporti (DfT), in collaborazione con il Centro per la Protezione delle Infrastrutture Nazionali (CPNI), per l'utilizzo nel settore dei veicoli intelligenti e connessi. Secondo i principi in questione, "All new designs embrace Security by Design. Secure design principles are followed in developing a secure ITS/CAV System, and all aspects of security (physical, personnel and cyber) are integrated into the product & service development process".

¹¹¹ Si veda il principio 2.3 dei citati *Key Principles of Cyber Security for Connected and Automated Vehicles*, secondo cui occorre far sì che "Security risk assessment and management procedures are in place within the organisation. Appropriate processes for identification, categorisation, prioritisation, and treatment of security risks, including those from cyber, are developed".

¹¹² Profilo importante quest'ultimo in ambiti in cui sussistono rischi non ancora noti - o pienamente tali - e mancano quindi regole tecniche già collaudate e registrate dagli organismi di normazione.

¹¹³ Cfr. le riflessioni di V. BUONOCORE sulla responsabilità dell'impresa da inadeguatezza organizzativa. Secondo l'a., si tratta di una regola che impone all'imprenditore "l'onere di acquisire il massimo di conoscenze in ordine alle questioni scientifiche e tecniche per la protezione della salute e dell'ambiente"

(La responsabilità da inadeguatezza organizzativa e l'art. 6 del d. lgs. 231/2000, in *Giur. comm.*, 2009, p. 178 ss., nonché Id., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, ivi, p. 5 ss., ove esame del rapporto tra adeguatezza tecnica e responsabilità dell'impresa. Per un'approfondita analisi, cfr. F. DEGL'INNOCENTI, *La responsabilità di impresa. Obblighi di condotta e regimi di imputazione*, Napoli, 2019, p. 228 ss.

¹¹⁴ Si tratta di considerazioni in linea l'approccio "human-centric", raccomandato non soltanto dal Parlamento Europeo (con specifico riguardo, ad esempio, alle applicazioni dell'A.I. nel settore sanitario), ma anche dalle Linee Guida Etiche per un'intelligenza artificiale affidabile elaborate dal gruppo di esperti istituito sotto l'egida della Commissione. Cfr. *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, 8 aprile 2019.

¹¹⁵ A tale ultimo riguardo, principi e linee guida in tema di cybersicurezza esigono che si faccia ricorso a misure a tal fine idonee. Cfr. Principle 6. 1-2-3, *Key Principles of Cyber Security for Connected and Automated Vehicles*, cit.: "Organisations adopt secure coding practices to proportionately manage risks from known and unknown vulnerabilities in software, including existing code libraries. Systems to manage, audit and test code are in place. It must be possible to ascertain the status of all software, firmware and their configuration, including the version, revision and configuration data of all software components. It is possible to safely and securely update software and return it to a known good state if it becomes corrupt."

sunzione del rischio, sul criterio del *cheapest cost avoider*, etc.), consentendo del pari di ovviare al c. d. chilling effect (al rischio cioè che la imputazione della responsabilità all'impresa in via oggettiva possa scoraggiare o rallentare l'innovazione nel settore delle tecnologie suscettibili di introdurre effetti benefici per la collettività¹¹⁶).

Un aspetto correlato alla sicurezza by design è altresì quello attinente ai doveri di controllo, gravanti sul produttore durante tutta la vita del prodotto e, dunque, anche successivamente alla immissione in commercio¹¹⁷.

Sul tema è intervenuta di recente la Corte di giustizia Ue in un caso riguardante un prodotto dell'Internet delle Cose, più in particolare, *pacemakers* e defibrillatori da impiantare nel corpo umano, fabbricati dalla società tedesca Boston Scientific Medizintechnik GmbH¹¹⁸.

La Corte, cui era stato chiesto di decidere se un difetto potenziale di simili prodotti possa bastare ad imputare il danno al produttore, ha ritenuto di dare peso all'obiettivo di perseguire un'equa allocazione dei rischi di danno tra produttori ed utenti; e, in linea con tale obiettivo, ha affermato che un difetto è ravvisabile anche in presenza di un pericolo di danno che non sia stato accertato con riguardo allo specifico prodotto utilizzato dall'attore, ma soltanto in relazione alla serie cui questo appartiene; e ciò, in presenza di pericoli di gravità tale da incidere sulle legittime aspettative di sicurezza del pubblico dei consumatori.

Tale decisione ha quindi istituito un nesso tra la responsabilità del fabbricante ed i doveri di controllo e monitoraggio della sicurezza dei prodotti, relativi alla fase successiva alla immissione in commer-

cio: la supervisione del mercato e la ricerca di difetti potenziali gravano, non soltanto sulle autorità pubbliche competenti, ma anche sugli stessi produttori. Si tratta, a ben vedere, di un aspetto noto alla dottrina che si è occupata della interazione tra disciplina di sicurezza e normativa sulla responsabilità del produttore¹¹⁹.

E' di tutta evidenza l'importanza del tema relativo alla sussistenza di doveri di controllo e aggiornamento del prodotto – ed alle conseguenze giuridiche, in caso di loro inosservanza - rispetto alle tecnologie digitali le quali, come chiarito, implicano un rapporto tra produttore/fruttore dei servizi ed utente finale, destinato a durare nel tempo¹²⁰.

4. La prova del difetto.

I rilievi di cui sopra risulterebbero incompleti se non si affrontasse anche il tema, assai arduo, della prova del difetto delle tecnologie digitali¹²¹.

¹¹⁶ Cfr. le conclusioni reperibili in *Community Research and Development Information Service, Final Report Summary – Robolaw (Regulating Emerging robotic Technologies in Europe: Robotics Facing Law and Ethics)*, http://cordis.europa.eu/result/rcn/161246_en.html. Si veda sul punto altresì D. G. GIFFORD, *Technological Triggers to Tort Revolutions: Steam Locomotives, Autonomous Vehicles, and Accident Compensation*, 11 J. TORT L. 71, 117-18 (2018), p. 125.

¹¹⁷ Sul punto, con riguardo ai veicoli *self-driving*, cfr. A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, cit., p. 1019. Cfr., inoltre, B. WALKER SMITH, *Proximity driven liability*, in *The Georgetown Law Journal*, Vol. 102, pp. 1777 ss., p. 1804. Si veda, sul punto, ma in una diversa prospettiva, M. COSTANZA, *L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Intelligenza Artificiale e diritto*, a cura di E. Gabrielli, U. Ruffolo, cit., p. 1686 ss.

¹¹⁸ Corte giust. UE, 5.3.2015, cause riunite C-503/13 e C-504/13, in *Danno e resp.*, 2016, p. 5, con nota di BITETTO; in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 751, con nota di NOBILE DE SANTIS, *Il "danno da sostituzione" di dispositivo medico difettoso al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, p. 764 ss.

¹¹⁹ La quale registra un disallineamento tra la previsione di cui si tratta, che assume come punto temporale di riferimento l'immissione del prodotto in commercio, e le discipline sulla sicurezza dei prodotti (sia quella generale, che quelle speciali concernenti i diversi settori merceologici), le quali prescrivono anche per la fase successiva, in termini generali o per singole categorie di prodotti, dei doveri di monitoraggio, vigilanza e controllo, strumentali alla acquisizione di conoscenze ulteriori sui rischi collegati all'uso del prodotto ed alla loro gestione (anche mediante avvertenze o altre misure idonee). Cfr. sul punto M.E. ARBOUR, *Sicurezza alimentare e prodotti difettosi dopo Lidl e Bilka: un binomio sfasato?*, in *Danno resp.*, 2007, 989 ss. Per una completa rassegna del problema, si rimanda a A.D'ALESSIO, *La responsabilità del produttore di alimenti fra difetto e sicurezza dei prodotti*, in *Resp. civ. prev.* 2018, p. 2033 ss.

¹²⁰ Secondo il Rapporto dell'Expert Group: "a general product monitoring duty on the part of producers has already been developed for the purposes of tort law. In the light of the characteristics of emerging digital technologies, in particular their openness and dependency on the general digital environment, including the emergence of new malware, such a monitoring duty would also be of paramount importance". Cfr. D. R. RICHMOND, *Expanding Products Liability: Manufacturers' Post-Sale Duties to Warn, Retrofit and Recall*, 36 IDAHO L. REV. 7, 10 (1999), nonché B. WALKER SMITH, *Proximity driven liability*, cit., p. 1778-1782.

¹²¹ Cfr., per diffuse considerazioni sul punto, AR. FUSARO, *Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 6, p. 896 ss., nonché C. BALDASSARRE, *Responsabilità del produttore: danno risarcibile, onere della prova e logica giuridica*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1444 ss. Si vedano inoltre sul profilo in questione, S. PATTI, *Ripartizione dell'onere probatorio, probabilità e vero-simiglianza nella prova del danno da prodotto*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 1990, p. 705; U. CARNEVALI, *Prodotto difettoso e oneri probatori del danneggiato*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 354 ss., L.BERTINO, *La prova della difettosità del prodotto*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 737 s., MIRABILE, *I recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di danno da prodotto difettoso*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1174 s. Cfr. nella dottrina straniera Cfr. G.





E' appena il caso di rammentare come il c.d. consumer expectations test di cui all'art. 6 dir. 85/374/CEE sia stato introdotto per evitare al consumatore di dover dare prova della colpa del produttore¹²²; e come, ciononostante, il legislatore europeo, con l'art. 4 dir. 85/374/CEE (trasposto nell'attuale art. 120 cod. cons.), abbia riaffermato il principio *actori incumbit probatio*, riferito al difetto del prodotto (oltre che al danno ed al nesso tra questo ed il difetto). Da qui le difficoltà legate, innanzitutto, alla individuazione dell'oggetto dell'onere probatorio gravante sul danneggiato¹²³.

Parte della dottrina, commentando la (allora nuova) disciplina comunitaria sul danno da prodotto, osservava come un alleggerimento di tale onere costituisse l'unica via per offrire ai danneggiati un surplus di tutela (rispetto alla responsabilità per colpa¹²⁴) e che, di conseguenza, non si potesse esigere dal danneggiato nulla più della dimostrazione che il danno si sia verificato in occasione di un uso del prodotto prevedibile e conforme alle istruzioni fornite dal produttore¹²⁵. Si concludeva, quindi, che, in ragione del concetto di difetto accolto dalla disciplina in parola, oggetto di prova dovesse essere la propensione del bene ad arrecare un danno irragionevole e sorprendente alla luce dei parametri forniti dalla relativa disciplina, tale cioè da tradire le aspettative di sicurezza del pubblico degli utenti¹²⁶.

HOWELLS, *Product Liability – A History of Harmonization*, in *Product Liability in Comparative Perspective*, a cura di Fairgrieve, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, 215, il quale teme che le difficoltà probatorie possano rappresentare un ritorno alla responsabilità per colpa, a dispetto delle intenzioni correlate all'introduzione di un sistema di pretesa responsabilità oggettiva. Si vedano anche D. FAIRGRIEVE, G. HOWELLS, M. PILGERSTORFER, *The Product Liability Directive: Time to Get Soft?*, in *Journal of European Tort Law*, 2013, 1 s., 8-9, il quale sottolinea le incertezze correlate alla interpretazione della Direttiva sul profilo dell'onere della prova.

¹²² Il legislatore europeo avrebbe introdotto la clausola generale di cui all'art. 6 Direttiva, al fine di alleggerire l'onere della prova del danneggiato, che non ha ad oggetto la dimostrazione della colpa del produttore. Cfr. C. VAN DAM, *European Tort Law-Second Edition*, Oxford: Oxford University Press, 2013, 298 s.

¹²³ T. VERHEYEN, *Full Harmonization, Consumer Protection and Products Liability: A Fresh Reading of the Case Law of the ECJ*, cit., p. 119 ss. Cfr., per la dottrina italiana, U. CARNEVALI, *Prodotto difettoso e oneri probatori del danneggiato*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 354 ss.

¹²⁴ G. PONZANELLI, *Causa probabile del danno e responsabilità del produttore*, cit., p. 532.

¹²⁵ F. DI GIOVANNI, *La responsabilità per danno da prodotto difettoso*, Milano, 1990, 128-129. Si veda per una sintesi efficace delle posizioni della dottrina, C. BALDASSARRE, *Responsabilità del produttore: danno risarcibile, onere della prova e logica giuridica*, cit., n. 33.

¹²⁶ C. CASTRONOVO, *La legge europea sul danno da prodotti. Una interpretazione alternativa del d.P.R. n. 224/88*, in *Riv. comm. int.*, 1990, 15 s. e ID., *La nuova responsabilità civile*, 3° ed., Milano 2006, 692 s. Cfr. A. ALBANESE, *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto*

Secondo la prospettiva appena richiamata, non è dunque necessaria la prova di una specifica anomalia o di un determinato malfunzionamento del prodotto¹²⁷, potendo il difetto sussistere anche se la specifica ragione di insicurezza resti incerta (perché solo probabile, secondo le conoscenze scientifiche) o del tutto ignota¹²⁸.

Un simile orientamento ha suscitato, tuttavia, critiche e perplessità: si lamenta che il concetto di difetto ne esce svilito ed il relativo giudizio rovesciato, poiché il difetto si desumerebbe sempre e comunque dal danno¹²⁹; si teme, inoltre, che l'introduzione di una presunzione di difetto, risultato ultimo di tali decisioni, contrasti con gli obiettivi della Direttiva¹³⁰; si rileva, infine, l'inopportunità del ricorso a presunzioni rispetto ai prodotti il cui uso implica un'elevata libertà di azione del danneggiato od una considerevole utilità (pur a fronte di certi rischi)¹³¹.

Al di là delle posizioni teoriche appena ricordate, se si volge lo sguardo alle soluzioni adottate ne-

italiano ed europeo, cit., p. 987, secondo cui: "L'accertamento del difetto prescinde infatti da valutazioni relative alla tecnica con la quale il prodotto è stato progettato e realizzato e si basa unicamente su considerazioni che attengono alla sicurezza del suo impiego" (cfr. nota 15).

¹²⁷ Cfr. G. STELLA, *La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo*, in questa *Rivista*, 2006, 10, secondo il quale si avrebbe una presunzione del difetto nel caso in cui il danneggiato provi l'esistenza di un danno derivante materialmente dal prodotto e si possa escludere un uso anomalo ed improprio non prevedibile da parte dell'utente. Cfr. altresì E. BELLISARIO, *Il danno da prodotto conforme tra regole preventive e regole di responsabilità*, cit., rammenta che spetta poi al produttore fornire idonea prova liberatoria ai sensi dell'art. 118 cod. cons.

¹²⁸ Sulla scorta di simili riflessioni, la giurisprudenza di merito, in nome del *favor* per il danneggiato, ha agevolato la prova del difetto, ritenendo sufficiente che costui dia dimostrazione di fatti e circostanze relativi all'impiego del prodotto, tali da far presumere il difetto, in assenza di un uso anomalo del prodotto stesso e/o di spiegazioni alternative circa il nesso tra il danno e possibili cause esterne in grado di determinarlo (eventi straordinari, fatti di terzi, etc.). Cfr. Trib. Roma, 17 marzo 1998, in *Foro it.*, 1998, I, 3660 s., con nota di A. PALMIERI; Trib. Roma, 3 novembre 2003 e Trib. Roma, 4 dicembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, con nota di G. PONZANELLI; Trib. Roma, 14 novembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1632 s., con nota di A.L. BITETTO; Trib. Benevento, 24 febbraio 2006, in *Danno e resp.*, 2006, 1254 s., con nota di G. PONZANELLI. Più recente cfr. Trib. Monza 10 febbraio 2015, in *Danno e resp.*, 2015, p. 950; Trib. Pontedera 16 marzo 2011, *ivi*, 2012, p. 67. A tali sentenze si aggiunge Cass., 8 ottobre 2007 n. 20985, *ivi*, 2008, p. 290.

¹²⁹ G.F. SIMONINI, *L'approccio olistico nel danno da prodotto*, cit., il ragionamento causale deve procedere da un prodotto già accertato come difettoso e non, a ritroso, dalle "*harmful characteristic which caused the injury*".

¹³⁰ RAJNIERI, *L'ambigua nozione di prodotto difettoso*, cit., p. 630. In tal senso anche L. CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 633 ss.

¹³¹ U. CARNEVALI, *Prodotto difettoso e oneri probatori del danneggiato*, cit.,

gli ordinamenti di altri Stati membri, ci si imbatte nelle più svariate posizioni circa l'onere probatorio incombente sul danneggiato: ispirate ad un palese favor per il danneggiante, alcune; molto rigorose, altre; improntate ad una conciliante moderazione, altre ancora¹³².

384 Secondo l'interpretazione dell'art. 120 c. cons. fornita dalla nostra Corte di Cassazione, al fine di accertare il difetto di progettazione, occorre prima individuare l'origine del danno e solo poi determinare il livello di sicurezza (tecnico-scientifica) corrispondente alle aspettative degli utenti del prodotto¹³³. Il danneggiato, in quest'ottica, è tenuto a dimostrare le modalità tecniche alla base della progettazione e realizzazione del prodotto, per lo più facendo ricorso alla consulenza tecnica¹³⁴ (a dispetto dei costi elevati che essa implica e del conseguente effetto di deterrenza dall'intraprendere cause in tema di danno da prodotto, che ne discende).

Alla luce di quanto sopra, è allora appena il caso di rimarcare quanto arduo sia, per il danneggiato da un prodotto delle tecnologie digitali, individuare la fonte del danno¹³⁵ ed assolvere al relativo onore

¹³² Cfr. L.BERTINO, *La prova della difettosità del prodotto*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 737 ss. Per la dottrina straniera si vedano CANNARSA, *La responsabilité du fait des produits défectueux. Étude comparative*, Milano, 2005, p. 333 ss.; G.HOWELLS, *Product Liability - A history of harmonisation*, in *Product Liability in Comparative perspective*, cit., p. 215.

¹³³ Secondo la giurisprudenza di legittimità « il danno non prova, di per sé, né direttamente né indirettamente il difetto, né la pericolosità del prodotto in condizioni normali di impiego, ma solo una più indefinita pericolosità di per sé insufficiente per istituire la responsabilità del produttore, se non sia anche in concreto accertato che quella specifica [corsivo nostro] condizione di insicurezza del prodotto si pone al di sotto del livello di garanzia di affidabilità richiesto dalla utenza o dalle leggi in materia » (orientamento inaugurato da da Cass. 2007, n. 6007, in *Foro it.*, 2007, I, 2414, con note di Palmieri, *Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?*, cit.; Tuozzo, *Responsabilità da prodotto e favor per il danneggiato: una battuta d'arresto?*, in *La resp. civ.*, 2007, 815 s.). Quanto alla dottrina si veda già sul problema dell'accertamento del difetto C. CASTRONOVO, *La legge europea sul danno da prodotti. Un'interpretazione alternativa del d.P.R. n. 224/1988*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1991, 218, nonché G. STELLA, *Causa ignota del danno derivante dall'uso del prodotto e responsabilità del produttore per prodotto difettoso*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1444 ss. E' appena il caso di rammentare che gli interrogativi e le incertezze correlate alla ripartizione dell'onere della prova del difetto dipendano dalla nozione di difetto che si ritenga di accogliere.

¹³⁴ Circa il ruolo della consulenza tecnica sul danno da prodotto, cfr. Cass., 6.8.2013, n. 18654, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce « Responsabilità civile », n. 175. Per un'attenta riflessione in merito, si veda AR. FUSARO, *Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto*, cit., p. 896.

¹³⁵ Cfr. p. 33: "Opacity: The more complex emerging digital technologies become, the less those taking advantage of their functions or being exposed to them can comprehend the processes that may have caused harm to themselves or to others. Algorithms often no longer come as more or less easily reada-

probatorio, considerata non solamente la complessità, ma anche l'opacità delle stesse¹³⁶. La prima è data dalla componente tecnico-informatica e dal numero di attori che partecipano alla ideazione e realizzazione del prodotto; la seconda, invece, dipende dalle tecnologie impiegate e dalla loro stessa capacità di trasformarsi, tale per cui la causa del danno potrebbe essere ignota allo stesso produttore.

Il tema della complessità tecnologica e della conseguente asimmetria informativa in cui versa il danneggiato è tutt'altro che estraneo alla materia del danno da prodotto. Ed anzi ha indotto la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia Ue ad elaborare soluzioni originali, in più di un'occasione.

La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla conformità, rispetto all'art. 85/374/CEE, della normativa tedesca in tema di danno da farmaci, con cui, al fine di ridurre una simile asimmetria, si riconosce al danneggiato il diritto di ottenere dal fabbricante informazioni tecniche circa il prodotto¹³⁷, ha rilevato che si tratta di una soluzione (ricadente al di fuori del perimetro dell'armonizzazione massima) la quale, senza dare luogo ad alcuna inversione dell'onere probatorio gravante sul danneggiato (non consentita al legislatore nazionale), serve a porre rimedio alla posizione di svantaggio, in termini di conoscenze, in cui versa quest'ultimo soggetto rispetto al produttore (Novo Nordisk Pharma¹³⁸).

Inoltre, relativamente alla prova del nesso di causalità tra difetto e danno, la medesima Corte (nel noto caso Sanofi Pasteur¹³⁹) ha statuito che i giudici

ble code, but as a black-box that has evolved through self-learning and which we may be able to test as to its effects, but not so much to understand. It is therefore becoming increasingly difficult for victims to identify such technologies as even a possible source of harm, let alone why they have caused it. Once a victim has successfully claimed damages from a tortfeasor, the tortfeasor may face similar difficulties at the redress level.

¹³⁶ E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pp. 1210 ss.

¹³⁷ Article 13 EPLD allows for a special liability regime to co-exist with the general regime of the directive notwithstanding its maximally harmonizing character

¹³⁸ Corte di giustizia UE, 20 novembre 2014, Novo Nordisk Pharma, in causa C-310/13, in *Guue n. GC 26 del 26 gennaio 2015*, p. 5.

¹³⁹ Corte eur. giust. 21-6-2017, C-621/15, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1810: "., sul presupposto che there is the freedom of Member States to regulate evidence law in products liability cases, ha stabilito i confini di una simile libertà: i) a Member State cannot allow proof based on presumptions that reverse the burden of proof or are automatic, in that they do not allow the national court to assess all the evidence before it; ii) however, in order to pursue the goal mentioned in the 7th recital to the directive, i.e., to achieve a 'fair apportionment of risk between the injured person and the producer', se è vero che Member States non possono reverse the burden of proof; automatic pre-





nazionali non possono esigere dal danneggiato la prova scientifica di tale nesso; e ciò, in quanto, in considerazione degli obiettivi della Dir. 85/374/CEE - raggiungere un'equa allocazione dei rischi connessi alla moderna produzione ad alto contenuto tecnologico tra produttori ed utenti, garantendo la salute e la sicurezza di questi ultimi - richiedere una simile prova renderebbe "impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione europea" (para. 26); e contrasterebbe con il principio di effettività.

Ed infatti, in contesti di straordinaria complessità tecnologica, appaiono pressoché irraggiungibili per il danneggiato sia la specifica individuazione della causa del danno, sia la prova della causalità scientifica tra difetto e danno¹⁴⁰.

Con specifico riguardo ai prodotti delle tecnologie digitali, le raccomandazioni dell'Expert Group propongono di far leva sulle potenzialità stesse delle tecnologie digitali, le quali, se, da un lato, esasperano le difficoltà correlate alla prova del difetto¹⁴¹, per via della complessità ed opacità di esse proprie, dall'altro lato, però, offrono soluzioni idonee a ristabilire l'equilibrio tra danneggiati e produttori: i suddetti prodotti dovrebbero essere progettati in maniera tale, da essere dotati di strumenti di registrazione dei dati e delle informazioni sul loro funzionamento e altresì sul loro impiego, manutenzione etc. Si tratta del c.d. logging by design (già attuato in alcuni sistemi giuridici con riguardo ai veicoli

self-driving)¹⁴², cui si accompagna un dovere di comunicazione di simili dati ai danneggiati in un formato leggibile¹⁴³; soluzione che, a ben vedere, costituisce espressione del già ricordato principio della sicurezza by design, la quale abbraccia anche l'accertamento del difetto e la garanzia di un agevole accesso alla tutela giurisdizionale da parte del danneggiato¹⁴⁴. Parimenti, un altro esperimento di soft law, relativo in modo specifico all'Intelligenza Artificiale, contempla espressamente, e promuove, l'adozione del canone della trasparenza di tale tecnologia e delle sue applicazioni, con riferimento all'attitudine a causare danni¹⁴⁵.

Anche a questo proposito, è dato notare una marcata convergenza tra le soluzioni proposte dalla soft law e le riflessioni della dottrina che, al fine di ripartire l'onere probatorio tra produttore e danneggiato, invoca il principio della vicinanza della prova, nonché quello, appena ricordato, c. d. di effettività della tutela, per il quale l'accesso ai rimedi non può essere oltremodo difficile per il danneggiato. L'affermazione di buone pratiche, principi e raccomandazioni, etc., può fungere da stimolo rispetto alle prassi delle corti nazionali, cui compete di rinvenire, sul profilo in questione, delle regole che, senza tradire la natura di normativa di armonizzazione massima, propria della dir. 85/374/CEE (come delineate dalla Corte di giustizia UE), sappiano però dare vita ad un accorto equilibrio tra gli interessi in gioco.

5. Il danno risarcibile (cenni).

Al contrario del difetto, consistente in una clausola generale, il concetto di danno trova invece specifica definizione nell'art. 9 dir. 85/374/CEE, trasposto nel diritto interno dall'attuale art. 123 del Codice del consumo, il quale limita il risarcimento

sumptions), è altrettanto vero che non possono favorire i producers (demanding scientific evidence)". La sentenza è stata annotata da R.PUCELLA, *Danno da vaccini, probabilità scientifica e prova per presunzioni*, ivi, 1796 s.; A.L. BITETTO, *Prova del difetto (del vaccino) e presunzione nella responsabilità del produttore*, in *Foro it.*, 2017, IV, 535 s.; A. BITETTO MURGOLO, *Danno da vaccini e prova del nesso causale tra predictability e indennizzo*, in *Danno e resp.*, 2017, 668 s.; F. TORIELLO, *Effettività della tutela risarcitoria, prodotti difettosi e mercato europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, fasc. 3.

¹⁴⁰ Cfr. C. BALDASSARRE, *Responsabilità del produttore: danno risarcibile, onere della prova e logica giuridica*, cit., p. 1444 ss., secondo cui la distinzione tra presunzione della causa del danno e presunzione della causa del difetto è difficile da tracciare, con la conseguenza che i due piani di indagine spesso si confondono nei giudizi di responsabilità. Sullo specifico profilo della prova del difetto nelle tecnologie emergenti, cfr. F. PÜTZ, F. MURPHY, M. MULLINS, K. MAIER, R. FRIEL, T. ROHLFS, *Reasonable, Adequate and Efficient Allocation of Liability Costs for Automated Vehicles*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2018, p. 549, p. 559 e ss.

¹⁴¹ Osserva il Report, cit., p. 42 che "If it is proven that an emerging digital technology has caused harm, the burden of proving defect should be reversed if there are disproportionate difficulties or costs pertaining to establishing the relevant level of safety or proving that this level of safety has not been met. This is without prejudice to the reversal of the burden of proof referred to in [22] and [24]."

¹⁴² Cfr. M.G. LOSANO, *Il progetto di legge tedesco sull'auto a guida automatizzata*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, pp. 1 ss.

¹⁴³ Cfr. Report, *loc. cit.*, "The absence of logged information or failure to give the victim reasonable access to the information should trigger a rebuttable presumption that the condition of liability to be proven by the missing information is fulfilled".

¹⁴⁴ Così, con riguardo, in particolare, alla cyber sicurezza, il Principle 3.4: "Organisations ensure their systems are able to support data forensics and the recovery of forensically robust, uniquely identifiable data. This may be used to identify the cause of any cyber, or other, incident."

¹⁴⁵ Esperimento promosso dal Future of Life Institute, i cc.dd. Asilomar AI Principles, <https://futureoflife.org/ai-principles/>, secondo cui: the participants agreed on 23 principles to guide AI research and applications. These principles include "Failure Transparency" ("If an AI system causes harm, it should be possible to ascertain why.")

al “danno cagionato dalla morte o da lesioni personali” ed alla “distruzione o deterioramento di cosa diversa dal prodotto difettoso”, purché destinata all’uso o consumo privato.

E’ incerto, tuttavia, se il danno risarcibile da “lesione” alla persona, ivi previsto, debba considerarsi limitato al danno biologico, o comunque “fisico”, ovvero se possa estendersi invece ad ogni conseguente danno anche patrimoniale. Alcuni autori, accedendo ad una interpretazione restrittiva basata su argomenti di ordine logico e sistematico, escludono dal novero dei danni risarcibili taluni pregiudizi patrimoniali (quali quelli da lucro cessante, così come i danni a soggetti diversi dalle persone lese¹⁴⁶). Mentre la Corte di giustizia Ue, nel già citato caso *Boston Scientific*, ha accolto un’accezione ampia del concetto di danno da lesione personale, sulla base di un criterio teleologico (desumibile dai considerando della dir. 85/374/CEE): secondo la Corte, ogni pregiudizio derivante dalla lesione personale deve essere pienamente risarcito, giacché, altrimenti, non si assicurerebbe al danneggiato tutela integrale.

Ulteriori questioni, tuttavia, restano aperte, alcune delle quali direttamente attinenti al tema del danno correlato all’impiego delle tecnologie digitali.

Nel rapporto dell’Expert Group si fa menzione del danno causato ai dati e, più in generale, ai beni e contenuti digitali, di proprietà dell’utente del prodotto¹⁴⁷, dubbio essendo se il danno alla cosa di cui alla dir. in parola includa solamente i pregiudizi causati a beni materiali¹⁴⁸. La risposta all’interrogativo dipende dal significato attribuibile alle disposizioni nazionali di trasposizione della stessa¹⁴⁹, che impiegano talvolta il concetto di bene,

¹⁴⁶ U. RUFFOLO, in U. RUFFOLO, E. AL MUREDEN, *Autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense*, cit., p. 1706. Secondo l’a., “Il soggetto leso che prenda il risarcimento anche delle ulteriori conseguenze dannose che risulterebbero così non ristrate dovrà agire, in caso di evento lesivo plurioffensivo, sulla base delle eventuali altre più generali norme di responsabilità concorrentemente invocabili, quali gli artt. 2043, o 2050, o 2051 c.c., o 185 c.p.”.

¹⁴⁷ It has been mentioned that the PLD regime protects life and health as well as consumer property. With regard to the latter, it is not clear whether it covers damage to data, as data may not be an ‘item of property’ within the meaning of Article 9 lit b PLD.

¹⁴⁸ Si veda lo *Study on emerging issues of data ownership, interoperability, (re-)usability and access to data, and liability prepared for the European Commission DG Communications Networks, Content & Technology by Deloitte*, 2017, disponibile in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-emerging-issues-data-ownership-interoperability-re-usability-and-access-data-and>, p. 124.

¹⁴⁹ Cfr. K. NEMETH, J. MORAIS CARVALHO, *Time for a Change? Product Liability in the Digital Era*, in *EuCML*, 4/2019, p. 160, nonché B. A. KOCH, *Product Liability 2.0 – Mere Update or New Version?*, in S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer

talaltra quello di cosa¹⁵⁰ (come il codice del consumo italiano)¹⁵¹. E reca con sé importanti implicazioni di ordine sia teorico (relative, ad esempio, alla possibilità di individuare una proprietà virtuale o digitale su simili beni¹⁵²), sia pratico (non sarebbe contemplata cioè la distruzione di contenuti digitali, dati, personali e non, programmi per computer, etc.).

Nel citato rapporto, non è invece considerato il tema della risarcibilità del danno da lesione a diritti della personalità diversi dal diritto alla vita ed alla integrità personale, nonostante il fatto che le tecnologie digitali richiedano, per il loro funzionamento, ed implicino, per effetto del loro uso, la raccolta, elaborazione e produzione di consistenti quantità di dati personali. Con la conseguenza che la lesione di situazioni soggettive, quali la protezione dei dati personali e della riservatezza, costituisce un’eventualità ad oggi ben più frequente, nell’ambito delle tecnologie digitali, rispetto al danno all’integrità fisica.

La reazione del diritto, in una simile eventualità, è affidata innanzitutto alle tutele previste dal GDPR, tra cui, si annovera la responsabilità per illecito trattamento di dati personali, al ricorrere dei presupposti indicati dall’art. 82 GDPR¹⁵³. Tale specie di responsabilità, tuttavia, può rivelarsi insufficiente giacché, a tacer d’altro, rispetto alle tecnologie digi-

(eds), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things* (Nomos 2019), p. 99 ss., p. 103.

¹⁵⁰ V. ZENO ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv.* (sez. civ.), IV, Torino, 1989, p. 442.

¹⁵¹ Cfr. A. QUARTA, *La dicotomia bene-servizio alla prova del supporto digitale*, in *Contr. impr.*, 2019, pp. 1013 ss., p. 1020-1024, ove attenta analisi delle situazioni soggettive aventi come termine di riferimento i beni e contenuti digitali e ricca bibliografia, cui si rimanda. Cfr. altresì G. RESTA, *La morte digitale*, in *Dir. inf.*, 6 (2014), p. 891, p. 905-906.

¹⁵² Aspetti che in questa sede non è opportuno trattare. Cenni al tema si rinvengono in V. ZENO-ZENCOVICH, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the «Big Data» Revolution*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, pp. 38-39. Cfr., inoltre, S. VAN ERP, *Ownership of Digital Assets and the Numerus Clausus of Legal Objects*, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2017/6; J.A.T. FAIRFIELD, *Owned: Property, Privacy and the New Digital Serfdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

¹⁵³ A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna, Studi in tema di Internet ecosystem*, Pisa, 2018; E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale – Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019. Più in generale, sul GDPR v., *ex multis*, V. CUFFARO – R. D’ORAZIO – V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, nonché V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contratto e impresa* 3/2018, p. 1098 ss. Sullo specifico profilo del danno da illecito trattamento, cfr. S. THOBANI, *Il danno non patrimoniale da trattamento illecito dei dati personali*, in *Dir. inf.* 2017, p. 427 ss., cui si rinvia per la pertinente bibliografia.



tali, è arduo, non solo individuare il soggetto cui spetta la qualifica di titolare del trattamento, assunta dall'art. 82 quale presupposto per l'applicazione del relativo regime di responsabilità¹⁵⁴, ma, soprattutto, stabilire se certe categorie di dati (ad es. quelli generati dal prodotto e denominati dati tecnici, ma pur sempre ricollegabili all'utente e tali da fornire informazioni sulla persona) possano qualificarsi come personali e dunque costituire oggetto della relativa disciplina¹⁵⁵.

Da qui la tentazione di percorrere la via di estendere la portata del danno risarcibile sino ad includere le conseguenze della lesione “della persona”, abbracciando così i pregiudizi arrecati ai diritti della personalità diversi da salute ed integrità fisica. E ciò, in linea con la tendenza ad offrire protezione integrale all'individuo, grazie al ricorso agli strumenti messi a disposizione sia dall'articolata disciplina in tema di *privacy* e *data protection*, sia dalle disposizioni del codice del consumo¹⁵⁶.

¹⁵⁴ M.C. GAETA, *La protezione dei dati personali dell'Internet of Things: l'esempio dei veicoli autonomi*, cit., p. 157. Secondo l'Autrice “appare preferibile la tesi secondo cui siano configurabili, quali titolari del trattamento, il produttore del veicolo, il produttore di una componente elettronica del veicolo — compresa la scatola nera o il servizio *eCall* (v. *infra* par.VI) — ovvero soggetti terzi, quali ad esempio fornitori di un servizio”.

¹⁵⁵ T.J. FARKAS, *Data created by the Internet of Things: the new gold without ownership*, in *Rev. Prop. Immaterial*, vol. 23, 2017, pp. 7-8.

¹⁵⁶ N. HELBERGER-B.F. ZUIDERVEEN-A. REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, in *Common Market Law Review*, 54, 2017, p. 1427. Cfr. altresì, D. POLETTI, *Comprendere il Reg. UE 2016/679: un'introduzione*, in *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, cit., p. 17. Si veda, inoltre, Id., *Vere sfide e falsi miti del GDPR*, in *Nuovo dir. civ.*, 2 (2019), p. 43 ss., nonché M. ASTONE, *La protezione dei dati personali e il (possibile) ruolo dell'Autorità Garante per le Comunicazioni*, *ivi*, 3(2019), p. 248 ss.

LA COMPENSAZIONE “LEGALE” FRA CONTI CORRENTI BANCARI INTESTATI AD UN MEDESIMO SOGGETTO: IL PUNTO DI VISTA DELL’ARBITRO BANCARIO E FINANZIARIO*.

| 388

Di Caterina Luisa Appio

SOMMARIO: 1. La compensazione legale fra saldi di conti correnti diversi: il punto di vista del Collegio di Torino. – 2. La regolamentazione normativa della compensazione fra crediti e debiti relativi a conti correnti diversi ma intestati al medesimo cliente. Premesse. – 3. Compensazione fra saldi di conti correnti e requisito dell’esigibilità del credito. – 4. Segue. Il consenso del correntista all’annotazione. – 5. Le modalità di esecuzione della compensazione ai sensi dell’art. 1853 c.c. L’obbligo informativo della banca. – 6. Qualche riflessione conclusiva.

ABSTRACT. Muovendo dall’analisi di una recente decisione dell’Arbitro Bancario e Finanziario, il presente contributo avanza una puntuale ricognizione sulle condizioni di operatività della compensazione legale fra saldi di conti correnti diversi intestati ad un medesimo cliente.

Starting from the analysis of a recent decision by the Banking and Financial Arbitrator, this contribution provides a detailed survey of the conditions necessary for the operation of legal compensation between balances of different current accounts in the name of the same customer.

La compensazione “legale” fra conti correnti bancari intestati ad un medesimo soggetto: il punto di vista dell’arbitro bancario e finanziario (Caterina Luisa Appio)



1. La compensazione legale fra saldi di conti correnti diversi: il punto di vista del Collegio di Torino.

Le riflessioni che seguono traggono spunto da una recente decisione dell'Arbitro bancario e finanziario – partitamente del Collegio di Torino¹ – in tema di compensabilità fra saldi attivi e passivi di conti correnti bancari intestati ad un medesimo cliente.

Le peculiarità di tale decisione risiedono, oltre che nelle conclusioni ivi raggiunte, anche nella circostanza che assai di rado l'Arbitro bancario e finanziario è stata chiamato a pronunciarsi sulla corretta applicazione dell'art. 1853 c.c. nell'ipotesi in cui la compensazione coinvolga due conti correnti². Lo stesso Collegio di Coordinamento è stato chiamato ad offrire la propria interpretazione dell'art. 1853 c.c. solo secondariamente, vertendo in quel caso l'oggetto della decisione sulla compensazione legale fra il saldo attivo di un conto corrente bancario e il debito del correntista derivante da altro rapporto con l'intermediario³.

In particolare, nella decisione assunta dal Collegio torinese, si è ritenuto di non poter accogliere la domanda avente ad oggetto la contestazione della compensazione operata dall'intermediario fra i saldi attivi e passivi di due conti correnti intestati alla ricorrente. E ciò in quanto, sebbene ambedue i rapporti risultassero ancora "aperti" al momento della compensazione del saldo attivo del primo con quello passivo del secondo, il Collegio ha ritenuto ugualmente sussistenti i requisiti richiesti dall'art. 1243 c.c., a mente del quale i crediti e i debiti posti in compensazione debbono essere certi, liquidi ed esigibili.

Nello specifico, secondo il Collegio di Torino, atteso che i crediti erano inerenti «al saldo attivo di un conto da cui parte ricorrente avrebbe potuto attingere in qualsiasi momento» e che lo scoperto del secondo conto corrente era «dovuto all'addebito degli interessi passivi, come convenuti esigibili per la

* Le opinioni di cui alla presente nota devono considerarsi espresse a titolo personale, non impegnando l'Ente (ABF – Collegio di Bari) del quale l'Autrice è componente.

¹ Decisione n. 13085 del 22 maggio 2019, disponibile anche sul sito dell'Arbitro bancario e finanziario (www.arbitrobancariofinanziario.it).

² A quanto consta, difatti, l'Arbitro bancario e finanziario è stato, nella maggioranza dei casi, chiamato a decidere in ordine alla compensazione fra il saldo attivo di un conto corrente e il debito derivante da altro e diverso rapporto del correntista con l'intermediario. Fra le decisioni più recenti cfr. Collegio di Bari, decisioni n. 6540 del 22 marzo 2018; e n. 22485 del 26 ottobre 2018, ambedue disponibili sul sito dell'Arbitro bancario e finanziario (www.arbitrobancariofinanziario.it).

³ Decisione n. 2420 del 17 marzo 2016, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

banca a partire dal 1° marzo di ogni anno ai sensi dell'art. 120, comma 2, Tub, non avendo la ricorrente effettuato sul punto alcuna contestazione», la condotta dell'intermediario era da ritenersi legittima in quanto conforme alla disciplina codicistica da ultimo richiamata.

Per completezza, va in ogni caso evidenziato che anche il Collegio di Bologna è stato di recente chiamato a decidere sulla compensabilità fra due conti correnti⁴. Tuttavia, la *questio iuris* portata all'attenzione del Collegio bolognese concerneva l'ammissibilità di una compensazione fra conti correnti allorquando uno di essi – precisamente quello recante un saldo passivo – fosse cointestato al debitore e ad un terzo estraneo.

Si tratta, a ben vedere, di un caso – quest'ultimo – che non pone questioni interpretative di rilievo. In tale ipotesi, difatti, il Collegio bolognese, facendo leva sulla previsione contrattuale di cui al conto corrente intestato alla sola ricorrente (espressamente approvata da quest'ultima), secondo la quale l'intermediario avrebbe potuto avvalersi dell'istituto della compensazione al fine di estinguere un debito della medesima cliente derivante da altro rapporto, ha ritenuto che il comportamento della banca fosse stato adottato in conformità delle suddette regole, non rilevando la circostanza che il saldo passivo facesse capo ad un conto corrente cointestato: nel caso di specie, difatti, i contitolari, potendo disporre disgiuntamente del conto, «sono da presumere creditori e debitori in solido del saldo del conto, come previsto dall'art. 1854 c.c.»⁵.

2. La regolamentazione normativa della compensazione fra crediti e debiti relativi a conti correnti diversi ma intestati al medesimo cliente. Premesse.

Tornando alla decisione che ci si propone di annotare, per verificarne la bontà delle conclusioni

⁴ Decisione n. 11043 del 19 giugno 2020, disponibile sul sito dell'Arbitro bancario e finanziario (www.arbitrobancariofinanziario.it).

⁵ In tal senso si è altresì espresso il Collegio di Roma (decisione del 10 dicembre 2015, in www.arbitrobancariofinanziario.it); e la giurisprudenza della Suprema Corte secondo cui la cointestazione di un conto corrente sono in grado di far presumere anche la contitolarità dell'oggetto del contratto, anche qualora i versamenti siano effettuati da uno solo dei correntisti. Così, fra le più recenti, Cass. 23 settembre 2015, n. 18777, in *Foro it., Mass.*, 2015, voce *Contratti bancari*; e Cass. civ., 12 novembre 2008, n. 26983, in *Foro it.*, 2009, 4, I, c. 1103. Trattandosi di una presunzione *iuris tantum*, la stessa potrà essere vinta, ove il correntista, cointestatario del conto e compulsato per il pagamento di un debito altrui, riesca a dimostrare che la cointestazione non sottenda la volontà di realizzare una assegnazione pro quota del saldo.



raggiunte, è opportuno richiamare brevemente l’attuale disciplina in tema di compensazione fra crediti e debiti vantati rispettivamente dall’intermediario e dal cliente di quest’ultimo.

A tal proposito, come è noto, viene in rilievo innanzitutto l’art. 1853 c.c. il quale ammette l’utilizzo di una siffatta modalità di estinzione del debito di un cliente della banca, statuendo espressamente che «se tra la banca e il correntista esistono più rapporti o più conti, ancorché in monete differenti, i saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente, salvo patto contrario»⁶.

Altrettanto nota e condivisa è la circostanza che, al fine di individuare i presupposti in presenza dei quali la disposizione codicistica può operare, occorre attingere all’art. 1243 c.c., a mente del quale «la compensazione si verifica solo tra due debiti (...) che sono ugualmente *liquidi ed esigibili*»⁷.

Si tratta di disposizioni la cui interpretazione non può tuttavia non tener conto dei tratti essenziali del conto corrente bancario, nonché del *discrimen* rispetto al conto corrente ordinario.

Su tali questioni, senza (troppo) indugiare sulla natura giuridica del conto corrente bancario⁸, è suf-

⁶ La presente sede non è particolarmente acconcia ad indagare la portata che, ai fini dell’applicazione della norma, potrà assumere l’espressione «ancorché in monete differenti» in relazione all’evoluzione che sta assumendo il fenomeno delle criptovalute. Allo stato, è noto come il dibattito in argomento sia concentrato sulla riconducibilità delle criptovalute nella nozione di «moneta» per come tradizionalmente concepita (di recente, la problematica viene affrontata, tra gli altri, da A. CALONI, *Bitcoin: profili civilistici e tutela dell’investitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 159 ss.; M.F. CAMPAGNA, *Criptomonete e obbligazioni pecuniarie*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 183 ss.; e M. CIAN, *La criptovaluta – Alle radici dell’idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, 315 ss.). E, una volta ammessa la sua qualificazione alla stregua di moneta e una volta che sia consentito agli istituti di credito di detenere portafogli (*rectius, wallet*) di criptovalute intestati ai propri correntisti (qui intesi come titolari anche di – altro - conto corrente in valuta avente corso legale nello Stato) la norma oggetto di scrutinio potrebbe porre interessanti problemi interpretativi.

⁷ Sebbene non espressamente richiesto dalla norma, la giurisprudenza ritiene altresì che, ai fini della compensazione, sia necessario che ambedue i crediti siano certi. Fra le più recenti, cfr. Cass. S.U., 15 novembre 2016, n. 23255, in www.ilcaso.it, secondo cui il requisito della liquidità, la cui sussistenza è imposta dall’art. 1243 c.c. postula quello della certezza: il primo concerne il *quantum debeatur*, il secondo concerne l’esistenza dell’obbligazione restitutoria, ovvero l’*an debeatur*, di talché il primo sottende il secondo. Ragione per la quale, la sussistenza implicita di tale requisito va verificata anche ai fini dell’applicazione dell’art. 1853 c.c.: così Collegio di Bari, decisione n. 22485 del 26 ottobre 2018, cit.; e, sia pure implicitamente, Collegio di Napoli, decisione n. 4345 del 27 maggio 2015, disponibile sul sito dell’Arbitro bancario e finanziario (www.arbitrobancariofinanziario.it).

⁸ Prevalente è l’idea che il conto corrente bancario costituisca una figura contrattuale autonoma rispetto ai negozi ad esso sottesi (fra i più frequenti, anticipazione bancaria e mutuo). In par-

ficente in questa sede rilevare come sia fuori discussione che esso, oltre a connotarsi dei tratti tipici del deposito bancario⁹, faccia sorgere in capo alla banca l’obbligo di svolgere in favore del cliente un servizio di cassa. Servizio che, ai sensi dell’art. 1856 c.c., impone all’intermediario il rispetto delle regole in tema di mandato. In particolare, si ritiene che l’agire per conto del cliente da parte della banca rivesta gli estremi del c.d. mandato *in rem propriam* di cui all’art. 1723, comma 2, c.c.¹⁰, atteso che, da un lato è ravvisabile l’interesse della banca a disporre del denaro depositato dal correntista, del quale resta in ogni caso debitrice nei confronti di quest’ultimo; dall’altro vi è l’interesse del titolare del conto corrente «a veder conservata l’astratta possibilità della banca di adempiere all’obbligazione restitutoria ovvero alla conversione del saldo in numerario»¹¹.

Quanto alle peculiarità del conto corrente bancario rispetto al conto corrente ordinario, come è noto, l’art. 1857 c.c. estende l’applicazione al primo delle sole disposizioni previste per il secondo in tema di spese e diritti di commissione (art. 1826 c.c.), di crediti verso terzi (art. 1829) e di approvazione del conto (art. 1832). Ad ambedue gli istituti viene altresì assegnata la funzione di realizzare una formale contabilità fra le parti. Tuttavia, rispetto a quanto si verifica nel conto corrente ordinario, in quello bancario detta funzione viene espletata solo dalla banca.

Fra le disposizioni non annoverate nell’art. 1857 c.c., quella che rileva maggiormente in questa sede è senza dubbio l’art. 1823 c.c. che, al comma 2, sancisce l’esigibilità del conto *alla scadenza stabilita* nel contratto. Diversamente, con riferimento al conto corrente bancario, l’art. 1852, comma 1, c.c. stabilisce che *il correntista* può disporre *in qualsiasi momento* delle somme risultanti a suo credito.

Si tratta a ben vedere di una differenza di non poco momento e che, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo, va irrimediabilmente ad impat-

ticolare, si ritiene che il conto corrente bancario sia un contratto normativo di mandato. Sul punto, in dottrina, cfr., per tutti, G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1983, p. 413; in giurisprudenza, v. Cass., 10 febbraio 1982, n. 815, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, II, p. 124; e Cass., 25 luglio 2001, n. 10129, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1275.

⁹ Così, *ex multis*, fra i più recenti B. INZITARI, *Il conto corrente bancario*, in *L’attività delle banche*, a cura di A. Urbani, Milano, 2020, p. 443 s.

¹⁰ In tal senso L. BARBIERA, *Conto corrente e compensazione convenzionale*, in *Contratti*, 2006, p. 258. Sulla questione si ritornerà, tuttavia, *infra* quando verranno esaminate il ruolo del consenso del correntista all’attuazione dell’operazione e le modalità di realizzazione della stessa a cui la banca deve soggiacere.

¹¹ Così espressamente M. MARTINO, *La compensazione nelle operazioni bancarie in conto corrente*, in *ODCC*, 2017, p. 398.





tare sulla operatività dell'istituto della compensazione.

A fronte del quadro normativo innanzi richiamato, va dunque verificato, alla luce delle opinioni espresse fino a questo momento dalla dottrina e dalla giurisprudenza: (i) se sia ipotizzabile una compensazione fra conti correnti aperti, ovvero se il requisito dell'esigibilità richiesto dall'art. 1243 c.c. sussista anche senza che almeno uno dei due conti sia stato chiuso; (ii) se, nel tacere del contratto sottoscritto dal cliente, la compensazione debba essere in ogni caso autorizzata dal correntista; (iii) se sia onere/obbligo dell'intermediario comunicare al correntista la volontà di procedere all'annotazione sul conto in attivo del saldo del conto scoperto.

3. Compensazione fra saldi di conti correnti e requisito dell'esigibilità del credito.

È stato appena ricordato che una corretta applicazione dell'istituto di cui all'art. 1853 c.c., configurando una ipotesi di compensazione legale, non può prescindere dalla disciplina contenuta nell'art. 1243, comma 1, c.c., a mente del quale la compensazione legale opera solo fra due debiti che sono certi, liquidi ed esigibili.

E' noto, tuttavia, come non vi sia né in dottrina, né in giurisprudenza unicità di opinioni in ordine ai presupposti in presenza dei quali i suddetti requisiti (in particolare, quello della esigibilità) sussistano nell'ipotesi in cui sia la banca a servirsi dell'istituto di cui all'art. 1853 c.c. per ottenere la restituzione del credito vantato nei confronti del cliente.

Facendo leva sul dato letterale della norma, la dottrina¹² ha inizialmente ritenuto che, nel caso di specie, la compensazione operasse automaticamente, ovvero senza che la stessa dovesse soggiacere alla verifica della sussistenza di alcun presupposto e/o all'adozione di esplicite formalità.

La giurisprudenza della Suprema Corte in un risalente arresto¹³, individuando la *ratio* dell'art. 1853

c.c. nell'esigenza di garantire la banca avverso ogni scoperto che risultasse a debito del correntista/cliente, ha ritenuto che l'automatico effetto estintivo contemplato dalla norma avrebbe potuto essere impedito solo attraverso un «patto contrario» previsto nel contratto sottoscritto dalle parti¹⁴.

In particolare, secondo la Corte di legittimità, pur costituendo l'istituto di cui all'art. 1853 c.c. espressione ed applicazione dell'operatività della compensazione legale di cui gli artt. 1241 ss. c.c., nei rapporti fra banca e cliente si era ritenuta necessaria la previsione di una disposizione *ad hoc* al fine di fugare ogni dubbio in ordine alla circostanza – sancita legislativamente dal comma 1 dell'art. 1856 c.c. – che nel conto corrente di corrispondenza non fossero ravvisabili quelle incompatibilità esistenti nel conto corrente ordinario fra compensazione e inesigibilità del saldo fino alla chiusura del rapporto sulla scorta di quanto previsto nell'art. 1823 c.c. In altri termini, a parere della Cassazione, diversamente da quanto si verificherebbe in seno al conto corrente ordinario, in quello bancario il credito della banca diverrebbe esigibile con l'annotazione in conto, unica formalità imposta all'istituto di credito al fine di rendere efficace la compensazione.

Le conclusioni raggiunte tanto dalla Suprema Corte quanto dalla dottrina sono state tuttavia messe in discussione negli anni (non immediatamente) successivi, allorché, attenuatasi quell'asimmetria esistente fra banca e cliente e emersa l'esigenza di rendere trasparenti le condizioni contrattuali e economiche praticate dagli istituti di credito a tutela del cliente, considerato il contraente debole, si è evidenziato come una interpretazione dell'art. 1853 c.c. nei termini innanzi richiamati avrebbe nella sostanza condotto alla costituzione in capo alle banche di un diritto di prelazione sulle somme risultanti sul conto (attivo) del cliente, a scapito di quest'ultimo e in violazione del principio della *par condicio creditorum* sancito dall'art. 2741 c.c.

In questa prospettiva, la giurisprudenza della Suprema Corte, mutando orientamento, ha ritenuto – sul presupposto che l'art. 1853 c.c. non derogasse alla regola generale contenuta nell'art. 1243 c.c. – che, affinché la banca potesse avvalersi dell'istituto della compensazione al fine di estinguere un debito

¹² Così G. MOLLE, *Ancora sul recesso della banca dall'apertura di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1960, II, p. 14. Opposta è invece l'idea di M. PORZIO, *Il conto corrente bancario*, in *I contratti delle banche*, Torino, 1985, p. 99, secondo il quale, nell'ipotesi in cui un medesimo cliente ha aperto più conti, deve ravvisarsi l'intento del correntista di lasciare separate le disponibilità risultanti da ciascuno di esso. La tesi, benché condivisibile nelle premesse, è tuttavia rimasta isolata per le estreme conseguenze a cui perviene in quanto conduce ad una sostanziale abrogazione dell'art. 1853 c.c.

¹³ Cass., 23 maggio 1986, n. 3447, in *Fallimento*, 1986, p. 1324; cui *adde* Cass., 17 luglio 1997, n. 6558, in *Fallimento*, 1998, p. 50; e Cass., 11 maggio 1998, n. 4735, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2000, II, p. 110. In tal senso in dottrina cfr. G. FERRI, voce "Conto corrente di corrispondenza", in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 670; e G. TERRANOVA, *Compensazione tra conti*

correnti bancari e buona fede, in *Riv. dir. comm.*, 1988, II, p. 218.

¹⁴ A tale ultimo proposito, secondo il Supremo Collegio non avrebbe potuto integrare il patto contrario, impedendone la compensazione, la convenzione di assegno. Così invece una pronuncia ancora più risalente: Cass., 18 aprile 1956, n. 1149, in *Foro it.*, 1957, I, 1261.

del cliente, i due contrapposti crediti avrebbero dovuto essere esigibili¹⁵.

Nello specifico, la Cassazione, rilevando che l’interpretazione letterale della norma adottata dagli arresti precedenti avrebbe condotto alla «continua determinazione di un saldo unico», in contrasto con l’evidente intento del correntista di dar corso a due rapporti «formalmente e contabilmente distinti», ha evidenziato come il requisito della esigibilità imposto dall’art. 1243 c.c. vada tenuto distinto da quello della disponibilità, considerato che, mentre quest’ultimo afferisce alla «facoltà di uno dei soggetti del rapporto di variare il quantum del credito», il primo esprime il diritto delle parti di pretendere l’adempimento. Diritto, quest’ultimo, che sorgerebbe solo alla chiusura dei conti del cliente¹⁶. Diversamente, il giroconto effettuato dall’istituto di credito produrrebbe effetti solutori e non soddisfatori.

In altri termini, secondo il Supremo Collegio, ove si fosse ammessa una compensazione fra conti correnti prescindendo dalle loro reciproche vicende estintive, ciò avrebbe determinato una illegittima unificazione dei due rapporti contrattuali a scapito della volontà del correntista¹⁷, nonché una equiparazione fra la scritturazione delle operazioni concernenti uno stesso conto e quella derivante da una compensazione effettuata dalla banca¹⁸.

Avverso tali rilievi si è tuttavia successivamente eccetto che il momento in cui i due contrapposti crediti divengono esigibili non coincide, in ambedue le ipotesi, con la chiusura dei conti correnti, atteso che, come innanzi evidenziato, il diritto di credito del correntista è esigibile già a fronte dell’esistenza di un saldo attivo in ragione di quanto stabilisce l’art. 1852 c.c.; di talché, è con riguardo al credito vantato dalla banca che l’obbligazione restitutoria deve ritenersi sussistente solo a seguito della

chiusura del conto da cui risulta il saldo passivo per il correntista¹⁹.

A tale eccezione è stato altresì aggiunto che la banca, per poter procedere alla compensazione ex art. 1853 c.c., deve poter annotare il proprio credito restitutorio sull’altro conto (da cui risulta evidentemente un saldo attivo): per fare ciò detto conto deve inevitabilmente essere ancora esistente.

In altri termini, come meglio specificato dalla giurisprudenza più recente, la compensazione legale prevista dall’art. 1853 c.c., affinché possa operare, necessita dell’esistenza in vita di un conto sul quale la posta passiva possa essere annotata²⁰.

In questa prospettiva, pare dunque potersi concludere che l’effetto estintivo delle contrapposte posizioni facenti capo rispettivamente alla banca e al cliente, sancito dall’art. 1853 c.c., derivanti da due distinti conti correnti possa legittimamente esplicarsi quando ambedue i crediti siano esigibili. Nondimeno, se la posizione attiva del correntista è esigibile per il sol fatto che dal conto corrente risulti un saldo attivo della banca, con riferimento al credito di quest’ultima, la relativa obbligazione restitutoria sorge solo con la chiusura del conto recante il saldo passivo, in conseguenza della quale l’istituto di credito potrà procedere alla relativa annotazione sul conto recante un saldo attivo²¹.

Non può tuttavia ignorarsi che sovente il credito della banca deriva da un rapporto intercorso con il cliente, diverso dal conto corrente. Anche in tal caso, l’art. 1853 c.c. ne consente l’estinzione per compensazione: nella disposizione in esame, difatti, il legislatore ricomprende anche l’ipotesi in cui i saldi attivi e passivi derivino, oltre che da più conti, da *più rapporti*.

In tal caso, tuttavia, per la banca il diritto di credito restitutorio sorge nel momento in cui il rapporto da cui scaturisce si è estinto. Come affermato dal Collegio di Coordinamento dell’Arbitro bancario e finanziario, difatti, l’*insegnamento* della Suprema Corte da ultimo richiamato trova applicazione solo nel caso in cui la compensazione opera fra i saldi (attivo e passivo) di due conti correnti. Nell’ipotesi in cui invece la compensazione abbia riguardo, da un lato al saldo attivo di un conto corrente,

¹⁵ Cass., 3 maggio 2007, n. 10208, in *Fallimento*, 2007, p. 1231.

¹⁶ Così in dottrina, fra i più recenti, S. PAGLIANTINI e F. BARTOLINI, *Il conto corrente bancario*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, Torino, 2016, p. 1597; e A. RENDA, *La compensazione volontaria e impropria*, in *L’estinzione dell’obbligazione senza adempimento*, a cura di M. Paladin, Torino, 2010, p. 305 ss., che precisa che, ove venisse consentito un utilizzo automatico dell’istituto in esame, ciò importerebbe una sorta di compensazione progressiva impropria.

¹⁷ In tal senso nella giurisprudenza dell’Arbitro bancario e finanziario cfr. Collegio di Roma, decisione n. 107 del 5 marzo 2010, disponibile sul sito dell’Arbitro bancario e finanziario (www.arbitrobancariofinanziario.it).

¹⁸ Sul punto v. Cass., 28 settembre 2005, n. 18947, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 887 ss., con nota di F. BELVISO, *Compensazione tra conti correnti diversi e principio di buona fede nell’esecuzione dei contratti*, la quale specifica che le operazioni effettuate dal correntista sul proprio conto corrente costituiscono “mero effetto contabile” del suo legittimo esercizio di “variare la disponibilità del conto, mediante prelievi e versamenti”.

¹⁹ Così, fra i più recenti, M. MARTINO, *La compensazione nelle operazioni bancarie in conto corrente*, cit., p. 388; cui *adde*, in passato, M. PORZIO, *Conto corrente, deposito e concessione di credito*, nel *Tratt. Rescigno*, vol. 12, Torino, 1985, p. 902.

²⁰ In tal senso Cass., 5 febbraio 2009, n. 2801, in *Pluris*.

²¹ Così di recente Cass., 14 gennaio 2016, n. 512, in *Fallimento*, 2017, p. 114, ove si evidenzia come «l’interpretazione che esige la previa chiusura di entrambi i conti correnti risulterebbe abrogativa dell’art. 1853 c.c. che intanto ha un significato normativo in quanto ammetta la possibilità di una compensazione destinata ad incidere su almeno un conto non estinto»; e Cass., 4 luglio 2019, n. 17914, in *Giust. civ. Mass.*, 2019.





dall'altro al credito della banca derivante da altro e diverso rapporto, il credito del cliente diviene esigibile, ai sensi dell'art. 1852 c.c., per il sol fatto che risulti dal conto un saldo attivo; quello della banca, ove quest'ultima dimostri la cessazione del rapporto, fonte dell'obbligazione restitutoria in capo al cliente²².

Per le ragioni innanzi individuate non pare invece potersi ritenersi tale via percorribile nell'ipotesi inversa, ovvero qualora il credito della banca derivi da uno scoperto di conto corrente del cliente il quale vantando nel contempo un credito derivante da altro rapporto nei confronti del medesimo istituto²³.

Difatti, coerentemente a quanto innanzi rilevato, ovvero nell'ipotesi in cui si aderisca all'idea che il credito della banca - che trova la propria fonte nel saldo passivo risultante da un conto corrente - diviene esigibile solo nel momento in cui tale conto venga chiuso, non può non convenirsi che solo a fronte di detta circostanza l'eventuale compensazione operata dalla banca può ritenersi legittima.

4. Segue. Il consenso del correntista all'annotazione.

È stato già detto che il conto corrente bancario fa sorgere in capo all'intermediario l'obbligo di svolgere per conto del cliente un servizio di cassa. Si è altresì evidenziato che tale servizio di gestione delle somme depositate e/o prelevate dal correntista integra gli estremi di un rapporto di mandato. In questa prospettiva, in dottrina si è ritenuto che la banca non possa procedere alla compensazione senza il consenso del correntista. Se così non fosse, l'annotazione effettuata dalla banca si tradurrebbe in una "elisione" dell'interesse del correntista alla conservazione della disponibilità delle somme depositate sul proprio conto²⁴.

L'interpretazione offerta dalla dottrina richiamata sembrerebbe, tuttavia, ignorare il dato letterale dell'art. 1853 c.c., a mente del quale la compensazione rappresenta un effetto estintivo automatico

delle reciproche obbligazioni²⁵, «salvo patto contrario».

A tal proposito, come affermato in giurisprudenza, la disposizione in esame, essendo stata «dettata allo scopo di garantire la banca contro ogni scoperto non specificatamente pattuito che risulti a debito del cliente quale effetto di un qualsiasi rapporto o conto corrente fra le due parti, prevede che «la compensazione (...) sia attuata mediante annotazione in conto (...), salva manifestazione di volontà di segno contrario da parte del cliente» (corsivo nostro)²⁶, di talché solo nell'ipotesi in cui nel contratto di conto corrente risulti una volontà negativa, l'automatismo statuito dall'art. 1853 c.c. non potrebbe trovare attuazione²⁷.

D'altro canto, se così non fosse, il baricentro dell'interesse sotteso alla disposizione in esame, inizialmente ravvisato nell'esclusivo intento di salvaguardare la posizione creditoria della banca, finirebbe per sbilanciarsi in maniera ingiustificata a favore del cliente il quale, sebbene contraente debole, non può essere sottratto all'automatismo dell'effetto estintivo sancito espressamente dall'art. 1853 c.c.: disposizione che, ove fosse interpretata nel senso in questa sede contraddetto, finirebbe, ancora una volta, per essere implicitamente abrogata.

La questione da ultimo posta in risalto va, a ben vedere, analizzata da un'altra e diversa prospettiva. In particolare, occorre verificare se e in che termini nel contratto sia possibile prevedere una clausola che consenta alla banca di derogare alla disciplina stabilita nell'art. 1853 c.c., ovvero e nello specifico che autorizzi l'istituto di credito a procedere alla compensazione anche in assenza dei requisiti di cui all'art. 1243 c.c.

A tal proposito, non paiono ravvisarsi ostacoli all'applicazione nel caso di specie dell'art. 1252 c.c. - in tema di compensazione volontaria - che, al comma 2, stabilisce che le parti possono preventivamente stabilire le condizioni in presenza delle quali procedere alla compensazione. Ipotesi quest'ultima ritenuta ammissibile anche nel caso in cui la regolamentazione negoziale deroghi a quella prevista dalla legge²⁸.

In questa prospettiva, sembrerebbe potersi concludere che il «patto contrario» a cui l'art. 1853 c.c. fa riferimento possa contemplare tanto una clausola

²² Collegio di Coordinamento, decisione n. 2420 del 17 marzo 2019, cit.; così anche Cass., 22 giugno 2016, n. 12953, in *Giust. civ. Mass.*, 2016.

²³ In tal senso v. Collegio di Bari, decisione n. 6540 del 22 marzo 2018, cit. Diversamente, cfr. Cass., 30 maggio 2013, n. 13658, in *Fallimento*, 2014, p. 340.

²⁴ In tal senso M. MARTINO, *op. cit.*, p. 400 s., il quale tuttavia conclude, ritenendo che un espresso consenso del correntista occorre qualora il servizio di cassa non sia cessato, ovvero quando il conto corrente da cui risulta il suddetto saldo non sia stato estinto.

²⁵ Sempre che naturalmente ricorrano i requisiti di cui all'art. 1243 c.c.

²⁶ Così espressamente Cass., 22 giugno 2016, n. 12953, cit. In tal senso cfr. altresì Arbitro bancario e finanziario, Collegio di Roma, decisione n. 5162 del 6 marzo 2018.

²⁷ In tal senso cfr. Cass., 23 gennaio 2020, n. 1445, in *Pluris*.

²⁸ In tal senso, cfr., fra i più autorevoli, P. PERLINGERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diverse dall'adempimento*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1975, sub artt. 1230-1259, p. 393.

che subordina al *placet* del correntista la facoltà della banca di estinguere il proprio credito verso il cliente mediante la compensazione con un credito dallo stesso vantato nei confronti dell’istituto di credito, quanto la previsione di deroghe all’art. 1243 c.c.

5. Le modalità di esecuzione della compensazione ai sensi dell’art. 1853 c.c. L’obbligo informativo della banca.

In merito alle modalità di attuazione della compensazione, nel silenzio dell’art. 1853 c.c. si è sin da subito ritenuto che incomba sulla banca l’obbligo di effettuare una “pronta comunicazione al correntista” dell’intenzione di dar seguito all’estinzione delle contrapposte posizioni di debito-credito, mediante l’utilizzazione dello strumento offerto dalla disposizione codicistica innanzi richiamata²⁹.

Si tratta di un obbligo il cui fondamento risiede nel principio di buona fede al quale l’istituto di credito, in qualità di mandatario del cliente, deve uniformare la propria condotta ai sensi dell’art. 1712 c.c.³⁰. La giurisprudenza ha, poi, nello specifico evidenziato che, dovendosi conciliare i contrapposti interessi del cliente e della banca - quello del correntista di poter fare affidamento sulla disponibilità dell’esistenza sul conto di fondi disponibili, quello dell’intermediario di poter confidare su detta disponibilità al fine di escutere il proprio credito nei confronti del cliente -, tali divergenti interessi possono trovare un corretto bilanciamento *mediante l’applicazione del principio di buona fede nell’esecuzione del contratto*, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c.³¹.

²⁹ Così, fra i più autorevoli, M. PORZIO, *Il conto corrente bancario*, cit., p. 100, secondo il quale la compensazione legale, disegnata dall’art. 1853 c.c., richiede per la sua attuazione la dichiarazione di volontà di chi intende avvalersene; V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1992, sub art. 1852-1857, p. 131; e F. MARTORANO, *Note sulla compensazione nel conto corrente bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1957, II, p. 327. Isolata è rimasta l’idea che la compensazione ex art. 1853 c.c. non imponesse alla banca il rispetto di alcuna formalità. In tal senso G. MOLLE, *op. cit.*, p. 14.

³⁰ Così L. BARBIERA, *op. cit.*, p. 258.

³¹ In tal senso, espressamente, Cass., 28 settembre 2005, n. 18947, cit. Nello stesso senso è l’Arbitro bancario e finanziario: così, oltre alla decisione del Collegio torinese in questa sede commentata, già Collegio di Roma, decisione n. 3461 del 31 marzo 2017; cui *adde*, fra le più recenti, Collegio di Milano, decisione del 19 maggio 2020, *inedita*; Collegio di Bari, 22485 del 26 ottobre 2018, cit.; e Collegio di Roma, decisione n. 5162 del 6 marzo 2018, cit. Isolata è rimasta l’opinione di Cass., 23 maggio 1986, n. 3447, cit., secondo la quale sarebbe irrilevante che il correntista possa ignorare l’operazione di compensazione

Rintracciato nel rispetto del principio di buona fede il fondamento dell’obbligo della banca di dare pronta comunicazione al correntista della compensazione, resta da verificare quale sia la forma più idonea per detta comunicazione. Occorre altresì interrogarsi su quali siano le conseguenze del mancato rispetto di tale obbligo da parte della banca, ovvero e partitamente se la mancata comunicazione possa inficiare la compensazione o si traduca in un obbligo per la banca di risarcire i danni al cliente.

Si tratta di profili che possono essere trattati congiuntamente, sottendendo ragioni fra di loro strettamente connesse.

A tal proposito, la giurisprudenza della Suprema Corte ha inizialmente ritenuto che l’obbligo della comunicazione non dovesse essere necessariamente preventivo e che potesse ritenersi assolto con l’annotazione in conto, strumento, quest’ultimo, più idoneo a tutelare l’interesse del correntista a conoscere il saldo disponibile³². Nella stessa pronuncia, la Cassazione ha altresì ritenuto che il mancato assolvimento di tale obbligo integri, nella sostanza, una causa di invalidità della compensazione³³. In particolare, il Supremo Collegio, sposando una interpretazione del principio di buona fede adottata in precedenti pronunce³⁴, ha considerato quest’ultimo strumento di controllo dell’autonomia negoziale delle parti, ravvisando in esso una sorta di limitazione al potere attribuito ai contraenti dall’art. 1322 c.c.³⁵.

Non può tuttavia ignorarsi che, come la dottrina ha avuto modo di evidenziare³⁶, ove si ritenesse che

effettuata dalla banca, essendo suo onere accertarsi quale sia l’ammontare della sua disponibilità esistente sul conto.

³² Così Cass., 28 settembre 2005, n. 18947, cit.

³³ In tal senso è l’interpretazione di F. BELVISO, *op. cit.*, p. 893.

³⁴ Cfr., tra le altre, Cass., 10 ottobre 2003, n. 15150, in *Foro it. Mass.*, 2003; e, più di recente, Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giur. it.*, 2010, p. 809, con nota di SALERNO F., *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere “per principi”*. Nello stesso senso in dottrina, v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1979, p. 179 s.; e M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 2000, p. 501.

³⁵ Difatti, nella pronuncia richiamata si afferma che nel conto corrente bancario i contrapposti interessi delle parti trovano un bilanciamento mediante l’applicazione del principio di correttezza e buona fede nell’esecuzione del contratto, che ha la «portata di ampliare gli obblighi» assunti nel contratto, di talché la compensazione non può «aversi a prescindere dalla sua annotazione sui medesimi conti».

³⁶ Così L. BARBIERA, *op. cit.*, p. 259; cui *adde*, fra i meno recenti, V. SANTORO, *op. loc. ult. cit.*; e M. PORZIO, *Conto corrente, deposito e concessione di credito*, cit., p. 901. *Contra* F. BELVISO, *op. cit.*, 895, secondo il quale, sul presupposto che l’apertura di più conti correnti da parte di un medesimo soggetto non crea un effetto di separazione patrimoniale tale da impedire che le vicende di uno non possano coinvolgere quelle dell’altro, non vi sarebbe ragione per trattare diversamente tale





l’obbligo di comunicazione possa considerarsi assolto mediante la successiva annotazione sul conto attivo, ciò implicherebbe per il cliente l’onere di visionare ambedue i conti ogni qualvolta volesse utilizzare la provvista risultante su uno di essi. Onere che si porrebbe in contrasto con la prescrizione contenuta nell’art. 1852 c.c. di cui si è in precedenza dato conto.

La stessa giurisprudenza ha efficacemente sottolineato come la compensazione contemplata nell’art. 1853 c.c., benché annoverabile fra quelle c.d. tecniche e legali, non possa essere rilevata d’ufficio: affinché produca l’effetto estintivo delle contrapposte posizioni di credito e debito necessita, difatti, di una *preventiva* comunicazione da parte di colui che intende avvalersene. Più nello specifico, come evidenziato, «l’eccezione di compensazione costituisce l’esercizio di un diritto potestativo e postula che la parte, valutando il suo interesse all’adempimento, decida se esercitare, o meno, il potere di determinare l’estinzione dei debiti contrapposti dal giorno della loro coesistenza»³⁷; sicché la comunicazione, sebbene non debba necessariamente rivestire “forme sacramentali”, deve in ogni caso precedere la modalità di estinzione delle reciproche obbligazioni, prescelta dall’istituto di credito.

In questa prospettiva, secondo la giurisprudenza richiamata, tale dichiarazione costituirebbe una condizione di efficacia dell’effetto estintivo sancito dall’art. 1853 c.c.

Maggiormente condivisibile è tuttavia la posizione assunta dall’Arbitro bancario e finanziario, secondo cui, fermo restando il presupposto che la comunicazione da parte della banca debba precedere la compensazione³⁸, ritiene che essa rappresenti un obbligo accessorio imposto alla banca la cui violazione non incide sulla validità e/o efficacia dell’operazione, ma sulla fase esecutiva del rapporto, traducendosi così in un obbligo risarcitorio nei confronti del cliente, a patto che quest’ultimo dimo-

stri di aver subito un pregiudizio a causa di tale omissione³⁹.

In altri termini, l’idea dell’Arbitro bancario e finanziario è che la preventiva comunicazione dell’intenzione di avvalersi della compensazione costituisca espressione del rispetto del principio della buona fede, invocato evidentemente quale regola di carattere generale a tutela dell’eccessivo squilibrio contrattuale disegnato dal legislatore codicistico nella norma in commento.

6. Qualche riflessione conclusiva.

All’esito della (rapida) rassegna degli orientamenti formati intorno alla compensazione fra conti correnti intestati ad un unico titolare, non resta che svolgere qualche considerazione conclusiva rispetto alla decisione del Collegio di Torino.

La fattispecie portata all’attenzione del Collegio torinese era così connotata: la ricorrente, intestataria di due conti correnti, di cui uno accompagnato da una apertura di credito, assistita da pegno su crediti, chiede l’estinzione del fido, autorizzando l’escussione della garanzia. Successivamente all’accredito delle somme a copertura del fido concesso, la banca procede all’addebito in due *tranches* degli interessi passivi maturati, nonché all’estinzione del debito sorto in conseguenza dei suddetti interessi passivi maturati, mediante la compensazione con il saldo attivo risultante sull’altro conto intestato al medesimo cliente.

A fronte dell’eccepita illegittimità della compensazione invocata dalla ricorrente, il Collegio torinese ha ritenuto l’operazione posta in essere dall’istituto di credito conforme alle regole sancite dall’art. 1243 c.c. In particolare, a parere del Collegio di Torino, ambedue i crediti erano nel caso di specie esigibili, atteso che quello del correntista ineriva ad un saldo attivo risultante dal primo conto; e il credito della banca era dovuto all’addebito di interessi passivi convenzionalmente pattuiti fra le parti e divenuti esigibili alla scadenza del termine del primo trimestre di ciascun anno ai sensi dell’art. 120 TUB.

In questa prospettiva, non può non convenirsi come la pronuncia del Collegio di Torino si distacchi dalla posizione assunta dalla giurisprudenza più recente, ivi compresa quella dell’Arbitro bancario e finanziario, atteso che sembra offrire una *differente* interpretazione del requisito della esigibilità. Difatti,

correntista che potrebbe conoscere il saldo complessivo, facendo la somma dei saldi dei conti di cui è titolare.

³⁷ Espressamente Cass., 22 marzo 2018, n. 7142, in *Dejure*, ove richiami ad ulteriori precedenti; a cui *adde* Cass., 4 luglio 2019, n. 17914, in *Dejure*.

³⁸ *Contra*, a quanto consta, è solo Collegio di Roma, decisione n. 1574 del 17 febbraio 2017, secondo cui, una volta annotata l’operazione di compensazione, la banca ha soltanto l’onere di «darne immediata comunicazione al cliente, in applicazione del principio di buona fede contrattuale». Nello stesso senso è la successiva decisione n. 5162 del 6 marzo 2018, nella quale viene tuttavia introdotto un interessante parallelo con il preavviso di segnalazione nei SIC, in merito al quale la comunicazione è considerata un atto recettizio, con la conseguenza che è l’intermediario a dover fornire la prova della effettiva ricezione dell’atto da parte del cliente.

³⁹ Oltre al collegio torinese qui oggetto di commento, cfr. Collegio di Milano, decisioni del 15 maggio 2020, *inedita*; n. 1574 del 17 febbraio 2017, disponibile sul sito dell’Arbitro bancario e finanziario (www.arbitrobancariofinanziario.it); e Collegio di Bari, decisione n. 6540 del 26 ottobre 2018, cit.

il Collegio torinese, pur riconoscendo che dalla documentazione risultante agli atti non fosse stato possibile evincere la chiusura del conto corrente da cui risultava il saldo passivo del cliente, ha ritenuto che il diritto di credito della banca fosse divenuto esigibile – e conseguentemente che la compensazione operata fosse legittima – a seguito della maturazione degli interessi passivi pattuiti in seno all’apertura di credito, successivamente estinta.

Così facendo, il Collegio di Torino sembra pretermettere – senza offrire una adeguata motivazione – l’opinione, ormai consolidata e condivisa anche dal Collegio di Coordinamento, secondo cui l’esigibilità delle contrapposte posizioni creditorie si realizza, per il correntista, ai sensi dell’art. 1852 c.c., per il sol fatto che dal conto corrente risulti un saldo attivo; per la banca solo con la chiusura del conto recante il saldo passivo.

A ben vedere, dalla lettura della decisione in commento la sensazione che pare ricavarsi è che il Collegio torinese sia stato indotto in errore dalla circostanza che il debito del cliente derivasse da un rapporto – segnatamente una apertura di credito – distinto da quello di conto corrente e che, perciò solo, il diritto di credito della banca fosse divenuto esigibile in conseguenza della chiusura del primo.

In altri termini, dalle motivazioni contenute nella decisione in commento, sembrerebbe che il Collegio di Torino abbia ritenuto di trovarsi dinanzi all’ipotesi – alla quale si è in precedenza fatto cenno – in cui la compensazione riguardi, da un lato il saldo attivo di un conto corrente, dall’altro il credito della banca derivante da altro e diverso rapporto, dando così (sia pure implicitamente) seguito all’idea che il credito della banca sia divenuto esigibile, per il sol fatto che quest’ultima abbia dimostrato la cessazione del rapporto, fonte dell’obbligazione restitutoria in capo al cliente.

Così facendo, tuttavia, il Collegio di Torino pare trascurare che l’annotazione in conto di un debito del cliente produce l’effetto di neutralizzare la fonte del credito, trasformandosi in un saldo passivo la cui esigibilità si manifesta solo con la chiusura del conto, non operando nei confronti della banca la statuizione contenuta nell’art. 1852 c.c.

A tale rilievo, potrebbe altresì aggiungersi che il Collegio di Torino – nella parte in cui pone in risalto la mancata contestazione da parte del correntista dell’addebito degli interessi passivi convenzionalmente pattuiti con riferimento al fido concesso dall’istituto di credito – non tenga in debito conto della distinzione fra il requisito della certezza e quello della esigibilità di un credito. Difatti, mentre il primo afferisce all’esistenza dell’obbligazione da cui il credito scaturisce, quello dell’esigibilità attiene al momento in cui sorge in capo al creditore il

diritto alla restituzione dello stesso⁴⁰: stando alla ricostruzione della vicenda contenuta nella decisione in commento, è la certezza del credito della banca a non poter essere messa in discussione, non anche (in assenza della chiusura del conto) il diritto a pretendere la restituzione da parte della banca.

Ora, anche a voler tralasciare le conclusioni raggiunte dal Collegio di Torino, il dato che suscita maggiori perplessità sono proprio le conseguenze che la decisione adottata reca con sé. In particolare, è certo che la disciplina in tema di compensazione fra conti correnti intestati ad un medesimo soggetto, contenuta nell’art. 1853 c.c., abbia riservato alla banca una posizione di assoluta preminenza: se così è, nell’ipotesi in cui ci si trovi a dover indagare il suo operato, l’idea portata avanti dalla giurisprudenza e dalla dottrina richiamate è stata quella di adottare – anche alla luce dell’evoluzione della normativa a tutela del c.d. contraente debole⁴¹ – un approccio in grado di ricercare un bilanciamento fra interessi contrapposti, anche al fine di scongiurare la violazione del principio della *par condicio creditorum* nei termini innanzi paventati. Bilanciamento che tuttavia risulta essere contraddetto dalla soluzione accolta dal Collegio di Torino.

Senza nulla togliere agli sforzi compiuti dalla giurisprudenza e dalla dottrina, non può in ogni caso non convenirsi che dal riconoscimento del diritto del correntista a poter disporre del saldo attivo risultante dal conto corrente all’individuazione di un criterio di interpretazione che consenta un corretto bilanciamento di tale interesse con quello della banca a vedersi riconosciuto il *diritto* di poter contare su un saldo attivo del cliente al fine di poter soddisfare il proprio credito vantato nei confronti dello stesso, il passo è ancora lungo.

⁴⁰ Per un inquadramento più ampio si rinvia, tra i più recenti, a F. TESCIONE, *Sub art. 1243*, in A. Gorassini, F. Tescione, *Della compensazione. Commentario Schlesinger*, Milano, 2016, *sub artt.* 1241-1252, p. 67 ss.

⁴¹ Nella materia che ci occupa, la letteratura è ormai amplissima: v. già G.F. CAMPOBASSO, *Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l’esperienza italiana*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, p. 562 ss., e, più di recente, specialmente con riguardo al ruolo “informativo” della forma, si rinvia agli studi monografici di G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Esi ed., Napoli, 2013, p. 67 s.; e E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, Milano, 2018, p. 131 s.



LA SCOMMESSA IRRAZIONALE DELL'ENTE LOCALE

Di Federico Pistelli

| 397

SOMMARIO: *1. Il caso - 1.1. Dal mercato europeo dei tassi (...) - 1.2. (...) al contratto di interest rate swap (...) - 1.3. (...) alla clausola up-front - 2. Le questioni - 2.1. Derivati, up-front e indebitamento. - 2.2. IRS e competenza consiliare. - 3. La decisione della Corte. - 3.1. La scommessa "autorizzata". - 3.2. La scommessa "razionale". - 3.2.1. Oggetto e scommessa. - 3.2.2. Causa e scommessa. - 3.4. Conclusioni in punto di rimedi. Lo swap dell'ente locale "senza numeri e aggettivi". - 4. Critica. Il dialogo evolutivo della giurisprudenza. - 4.1. Pars destruens. IRS e scommessa. - 4.2. Pars construens. IRS e gestione del rischio*

ABSTRACT. *Lo scritto analizza la recente decisione delle Sezioni Unite in tema di derivati degli enti locali alla luce del paradigma di qualificazione del contratto di swap: quello della scommessa razionale. Lo scopo del paper è di sviluppare alcuni argomenti critici di questo modello per riportare al centro dell'operazione l'elemento della gestione del rischio finanziario.*

This paper analyses the Supreme Court of Cassation decision on swaps and local authorities, moving from the adopted criterion of contract's qualification: the "rational bet". The aim is to develop some critical arguments to this model in favour of an alternative criterion that qualifies the swap as contract for financial risk management



1. Il caso.

| 398

Tra il 2003 ed il 2004, il Comune di Cattolica conclude con un noto intermediario finanziario tre contratti di *interest rate swap* per la copertura di precedenti esposizioni. Due di essi riconoscono all'ente locale il diritto di ricevere una cospicua somma di denaro a titolo di premio di liquidità in sede di sottoscrizione del contratto (cd. *up-front payment*). Nel corso della loro esecuzione, tali accordi registrano tuttavia un andamento fortemente negativo, che impone all'ente di effettuare periodici pagamenti differenziali di rilevanti importi a favore della banca. Il Comune decide pertanto di agire in giudizio facendo valere la nullità e l'inefficacia di detti accordi per violazione della normativa pubblicistica sui presupposti per il ricorso all'indebitamento. Le pretese dell'ente vengono rigettate in primo grado¹, per poi essere accolte in sede di appello². Investita dunque del ricorso, la Prima sezione civile della Corte di Cassazione, formula ordinanza di rimessione, relativamente *i*) alla possibilità di qualificare l'*interest rate swap* come indebitamento e *ii*) alla individuazione dell'organo competente a deliberare tale operazione³. Le Sezioni Unite sono così chiamate all'esame dello swap come fattispecie contrattuale nel contesto dei limiti all'autonomia privata degli enti locali⁴.

1.1. Dal mercato europeo dei tassi (...)

I contratti in esame si collocano in una fase storica di forte espansione del mercato dei cd. derivati "pubblici"⁵. La necessità di uniformarsi ai parametri

¹ Trib. Bologna, sez. II, 14 dicembre 2009, n. 5244, in *dejure.it*.

² Corte App. Bologna, 11 marzo 2014, n. 734, in *dirittobanca-rio.it*.

³ Cass., sez. I, ordinanza, 10 gennaio 2019, n. 493, in *Giur. it.*, 2020, pag. 71 ss., con nota di D. IMBRUGLIA, *Derivati, up front ed enti locali: la parola alle Sezioni Unite*.

⁴ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2020, n. 8770, Rel. F.A. Genovese, in *I contratti*, 2020, pag. 540, con nota di G. BEFANI, *Interest rate swap e operazioni di indebitamento degli enti: per una rilettura dei "derivati pubblici" alla luce di SS.UU. 12 maggio 2020, n. 8770*.

⁵ Nel panorama mondiale, la Banca dei Regolamenti Internazionali (BRI) pubblica a cadenza periodica le statistiche sulla negoziazione di derivati nei mercati internazionali. Il dato relativo all'intenso incremento nell'uso di derivati da parte della pubblica amministrazione a inizio anni 2000 deve collocarsi all'interno di un contesto generale di forte crescita del mercato di questi strumenti, passato da circa 94.000 a 220.000 miliardi di dollari. Nei Paesi appartenenti al G-10, il valore nozionale dei derivati ha raggiunto, nel periodo fra il 2000 ed il 2004 un valore pari a 7,3 volte il PIL di questi Stati. Gli strumenti che

dettati dal Trattato di Maastricht per l'ingresso nell'area euro aveva condotto, in quegli anni, ad una progressiva stretta sulla spesa pubblica, imponendo agli enti locali la transizione verso meccanismi di approvvigionamento diretto di risorse nel mercato di capitali⁶. Inoltre, la carenza di liquidità delle amministrazioni locali per far fronte a bisogni di cassa e spese correnti risultava ulteriormente aggravata dall'incremento di deleghe di funzioni da parte dell'amministrazione statale, per effetto della riforma del Titolo V della Costituzione. Più impellente si era così resa la necessità, per comuni, province e regioni, di abbattere i costi delle passività maturate nel corso del tempo, attraverso l'adozione di vere e proprie strategie di gestione dell'indebitamento. Forti dunque di un clima generale di rinnovata fiducia da parte del legislatore nel riconoscimento dei loro spazi di autonomia negoziale, le amministrazioni territoriali hanno intrapreso una capillare opera di revisione del proprio indebitamento, in una logica di gestione attiva del debito⁷.

hanno conosciuto l'incremento più elevato sono stati i derivati su tasso di interesse, il cui valore complessivo nello stesso periodo di tempo è addirittura triplicato [Fonte: Banca dei Regolamenti Internazionali, *Derivatives markets statistics 2003-2004*].

⁶ Il primo passaggio in questa direzione si è avuto con l'approvazione della Legge 23 dicembre 1994, n. 724 (Legge Finanziaria per il 2005), che ha determinato l'abolizione del monopolio di Cassa Depositi e Prestiti e ha riconosciuto la possibilità per gli enti locali di finanziarsi sul mercato mobiliare attraverso l'emissione di prestiti obbligazionari.

⁷ L'attività di ristrutturazione del proprio indebitamento è un fenomeno che ha caratterizzato gli enti territoriali su diversi livelli, dalle Regioni, alle Province, ai Comuni, di medie e piccole dimensioni. Contrariamente a quanto si potrebbe supporre sono, tuttavia, principalmente questi ultimi ad essere entrati nelle transazioni in derivati più rischiosi. Questa prassi richiede alcune precisazioni sulla governance degli enti locali. Anzitutto, enti territoriali come comuni di piccole e medie dimensioni godono di un margine molto più limitato nella gestione del proprio bilancio, rispetto a Regioni e Province. Ciò spinge le amministrazioni locali a ricorrere agli strumenti della finanza innovativa per poter raggiungere un maggior grado di flessibilità nella gestione delle spese e degli investimenti. Regioni e Province, da parte loro, hanno fatto ricorso alla finanza derivata soprattutto in riferimento alle proprie omissioni obbligazionarie (a copertura del rischio di cambio, ovvero per ammortizzare l'impatto della scadenza unica nelle obbligazioni di tipo bullet). In secondo luogo, le trattative con gli intermediari volte alla conclusione di negozi derivati richiedono delle competenze specifiche per attenuare la forte asimmetria informativa fra le parti. Siffatte competenze sono di regola vantate da enti locali di maggiori dimensioni, dotate di strutture e comparti in grado di valutare l'impatto e la convenienza dei diversi strumenti proposti. Diversamente, le amministrazioni di più modeste dimensioni sono spesso prive di tali competenze, ragion per cui avvengono alle trattative con gli intermediari in una posizione di



Il contesto di mercato offriva l'opportunità di sfruttare l'andamento favorevole dei tassi, ma richiedeva agli enti locali di muoversi in un contesto – quello dei mercati di capitali – che non rappresenta il loro habitat naturale. In quest'ottica, la neo-nata valuta europea garantiva l'inedita possibilità di concludere rapporti di finanziamento a condizioni ben più appetibili di quelle cui le amministrazioni pubbliche si erano fino a quel momento vincolate – in genere, attraverso mutui contratti con Cassa Depositi e Prestiti, tendenzialmente a tasso fisso e con scadenza di lungo periodo. In particolare, le amministrazioni locali avevano interesse a convertire le proprie passività, in più vantaggiosi rapporti a tasso variabile, indicizzati all'andamento dell'Euribor⁸. Tale scelta imponeva, tuttavia, di ponderare con attenzione il perseguimento di strategie volte alla gestione dell'indebitamento con quelle di *financial risk management*.

L'alternativa che si poneva loro era, pertanto, duplice.

Da un lato, quella di provvedere ad onerose rinegoziazioni ed estinzioni anticipate per novare i rapporti in essere; dall'altro, quella di rivolgersi agli strumenti della finanza innovativa per rimodulare le

condizioni dei loro indebitamenti, senza intervenire direttamente sui rapporti sottostanti.

1.2. (...) al contratto di interest rate swap (...)

Nel seguire questa seconda strada, gli enti hanno così ravvisato nell'*interest rate swap* (IRS) il contratto più congeniale al soddisfacimento delle esigenze di ristrutturazione del debito⁹. Questo stru-

⁹ La giurisprudenza ha in passato definito il contratto di swap come quello in cui “due parti convengono di scambiarsi, in una o più date prefissate, somme di danaro calcolate applicando due diversi parametri (in termini di tassi di interesse o di cambio) ad un identico ammontare di riferimento, con il pagamento alla scadenza concordata di un importo di base netto, in forza di compensazione”, v., Cass., 06 aprile 2001, n° 5114, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2186). La definizione richiama, a sua volta, la celebre decisione sul caso *Hazell v. Hammersmith and Fulham LBC*, pubblicata in Italia in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1991, I, pag. 423; secondo i giudici inglesi in “[An interest rate swap is] an agreement between two parties by which each agrees to pay to other on a specified date or dates an amount calculated by reference to the interest which would have accrued over a given period on the same notional principal sum assuming different rates of interest are payable in each case”. Uno dei più noti autori della dottrina anglossassone ritiene che “An interest rate swap, then, is simply an exchange of the rate of interest that a borrower is paying for a different rate of interest, in exchange for a fee”, v., A. HUDSON, *The law on financial derivatives*, London, 2018, pag. 156. La bibliografia sul contratto di interest rate swap risulta molto ampia e variegata. Soffermandosi esclusivamente sui contributi più recenti che si propongono di fornire una definizione all'interno dell'ordinamento nazionale, v., A. M. GAROFALO, *Aleatorietà e causa nella rendita vitalizia e nell'interest rate swap*, Napoli, 2018; D. MAFFEIS, *Dum loquimur fugerit invida aetas: lo swap in Cassazione, prima di Mifid II e in attesa delle probabilità*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2018, 1, pag. 9 ss.; D. IMBRUGLIA, *Primi appunti sull'interest rate swap non adeguato*, in questa rivista, 2015, 2, pag. 23-32; D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014; S. PAGLIANTINI – L. VIGORITI, *I contratti «swap»*, in G. Gitti – M. R. Maugeri – M. Notari (a cura di), *I contratti per l'impresa*, Bologna 2012, pag. 184 ss.; E. PAGNONI, *Contratti di swap*, in *I contratti del mercato finanziario*, II, in *Trattato dei contratti*, dir. da E. Gabrielli e R. Lener, Torino 2011, pag. 1405 ss.; F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011, pag. 23 ss.; E. GIRINO, *I contratti derivati*, 2° ed., Milano, 2010, pag. 62 ss.; G. RACUGNO, *Lo swap*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2010, 1, I, pag. 39 ss.; V. SANGIOVANNI, *I contratti di swap*, in *I contratti*, 2009, 12, pag. 1133 ss.; A. M. CAROZZI, *Swap*, in P. Cendon (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Torino 2004, pag. 468 ss.; G. GIOIA, *Il contratto di «swap»*, in *Giur. it.*, 1999, 11, II, pag. 2209 ss.; G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di «swap»*, Milano, 1999; B. INZITARI, *Swap (contratto di)*, in *Contr. e impr.*, 1988, pag. 597 ss.

quali totale affidamento nella controparte. Solo di recente, i comuni fanno un più largo uso di consorzi per mettere in comune risorse per avvalersi di esperti nella gestione della finanza pubblica.

⁸ Può definirsi indicizzazione quella tecnica volta ad ancorare l'importo nominale di un debito alla variazione di un determinato indice/valore. L'indicizzazione nasce allo scopo di adeguare una prestazione pecuniaria al mutamento del potere di acquisto della moneta, assicurando che i flussi generati da un'attività finanziaria, come quella di credito, si adeguino al corrispondente mutare del costo del denaro nel corso del tempo. Questo effetto è realizzabile utilizzando il riferimento a quegli indici, come il tasso Euribor, che rappresentano il tasso a cui avvengono le transazioni finanziarie tra le principali banche europee. Nelle transazioni creditizie fra privati, il cliente, potrà così profittare dell'applicazione di un tasso di interesse iniziale più contenuto, che non debba esser cioè concepito, fin dall'inizio, per coprire gli eventuali aumenti del costo del denaro che potenzialmente investiranno il rapporto nel corso di esecuzione. La banca, dall'altro, si assicurerà così dal rischio che il mutare degli scenari di mercato non determini delle variazioni eccessive nella rendita assicurata dall'attività finanziaria, modulando il suo andamento a quello del costo del denaro. Sul punto, A. CAPUTO, *Le clausole di garanzia monetaria*, Milano 1939; F. CARBONETTI, *Indicizzazione e contratto nell'era dell'inflazione*, Milano 1988; N. IIRTI, *Inflazione e rapporti tra privati*, in *Gius. Civ.*, 1981, II, pag. 311 ss.; P. TARTAGLIA, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Milano, 1984.; A. GENTILI, *Le clausole di determinazione del tasso tra TUB e TUF: finanziarizzazione della trasparenza bancaria?*, in *Riv. Dir. banc.*, 2018.

mento garantiva loro un più ampio margine di autonomia nella gestione delle proprie finanze: stabilendo una “*Konnexität*” fra le caratteristiche del finanziamento sottostante e quelle del derivato realizzato su misura per il cliente (cd. *bespoke*) si è difatti in grado di rimodulare i flussi finanziari generati da un determinato asset, senza che ciò comporti alcun mutamento nella struttura del rapporto sottostante – che, nel caso degli enti locali, avrebbe altrimenti imposto di estinguere anticipatamente o rinegoziare i mutui ad un diverso tasso di interesse¹⁰.

Il contratto di interest rate swap si presenta, nella prassi, con forme e gradi differenti di complessità.

Nella sua struttura più semplice – meglio nota come “plain vanilla” – l’IRS è definibile come un accordo a prestazioni corrispettive attraverso cui è regolato uno “scambio” di flussi di pagamento fra i contraenti. Questo scambio avviene a date di scadenza prestabilite (ad es. a cadenza semestrale o annuale) e viene calcolato applicando, su di una medesima somma - detta “nozionale” -, un parametro differente per ciascuna parte, solitamente un tasso di interesse fisso contro uno variabile¹¹. Ferma questa

¹⁰ La relazione di “connessione” fra lo swap e il rapporto di credito sottostante assume un rilievo particolare nel dibattito che si è alimentato nell’ordinamento tedesco. La giurisprudenza della BGH è più volte intervenuta per ribadire il principio della cd. “Marktwert-Rechtsprechung”, secondo cui gli intermediari sono tenuti ad esplicitare il cliente il valore negativo iniziale del contratto nell’ipotesi in cui siano anche controparte contrattuale. Siffatto obbligo di informazione non sussiste tuttavia nel caso in cui lo swap e il contratto di credito siano “konnex”, v., BGH, Urt., 28 aprile 2015, XI ZR 378/13, in *BKR* 2015, pag. 371-380. La BGH è più di recente intervenuta per chiarire i presupposti sulla base dei quali possa dirsi sussistente questa *Konnexität*, v., BGH, Urt., 22 marzo 2016, XI ZR 425/14, in *BKR*, 2016, pag. 291 ss. (Anm. S. BAUSCH). Anzitutto, la Corte Federale richiede che l’intermediario che suggerisce e conclude con il cliente lo swap sia lo stesso con il quale è stato convenuto il rapporto di finanziamento. Inoltre, la BGH richiede che, dal punto di vista economico, l’operazione di swap si strutturi unicamente come rimodulazione delle condizioni del finanziamento, assumendovi come base il suo importo e gestendo il flusso di interessi da esso prodotto. Si badi tuttavia al fatto che l’elemento della “connessione” fra i rapporti costituisce, nell’impianto argomentativo della giurisprudenza tedesca, unicamente il presupposto per il sorgere di un obbligo informativo in capo all’intermediario, non assumendo invece alcun valore in termini di validità del contratto. In senso critico sul punto, v., M. LEHMAN, *Die Swap-Malaise*, in *NJW*, 2016, pag. 2913 ss.

¹¹ Prendiamo in considerazione lo scenario più semplice. Il Comune di Beta ha contratto un finanziamento trentennale con Cassa Depositi e Prestiti a tasso fisso, pari al 6%. Al mutare delle condizioni del mercato, il Comune di Beta ha interesse a ridefinire il tasso di interesse del rapporto. Conviene dunque la stipulazione di un interest rate swap “plain vanilla” con la banca Alfa. La banca Alfa si impegna a corrispondere al Comune di Beta un tasso fisso del 6%, con il quale quest’ultimo copre

struttura di base, i contraenti godono di un ampio margine di autonomia nel definire il riparto del rischio finanziario dell’operazione, stabilendo, ad esempio, soglie oltre le quali scattano obblighi e prestazioni ulteriori per uno di essi. Trattandosi difatti di accordi non standardizzati (cd. *over the counter*), gli intermediari finanziari modellano il contenuto concreto della singola operazione attorno alle esigenze specifiche di cui è portatrice la controparte.

Proprio, dunque, l’opportunità di sfruttare l’andamento favorevole dei tassi sulla valuta europea¹² è stata alla base della scelta compiuta da gran parte degli enti locali coinvolti in operazioni in derivati di optare per la convenzione di swap su tassi di interesse, al fine di “scambiare” la propria posizione finanziaria, denotata da un rendimento a tasso fisso, con quella della banca, contraddistinta all’opposto per un rendimento di natura variabile. Nella prassi, la maggior parte degli accordi prevedeva difatti che l’ente ricevesse dalla banca un tasso di interesse fisso - di regola pari a quello stabilito nei finanziamenti con CDP - impegnandosi, da parte sua, a corrispondere all’intermediario il variabile, maggiorato di uno *spread*. Il vantaggio dell’operazione risiedeva così nell’aspettativa per cui, a fronte di uno scenario di sostanziale stabilità nell’andamento del *benchmark* di mercato, l’ente avrebbe profittato di un rilevante abbattimento del costo del proprio debito¹³.

interamente il costo del finanziamento. A sua volta, il Comune di Beta si impegna a versare alla Banca Alfa, sulla base del medesimo nozionale, il tasso di interesse variabile parametrato all’Euribor3m maggiorato di uno spread di 3 punti percentuali. A cadenza semestrale, le parti si scambiano i flussi finanziari così determinati, individuando quale fra le parti, in virtù di un meccanismo di compensazione, sia effettivamente tenuto all’esborso.

¹² L’andamento storico dei tassi Euribor3M è indicativo della maggior vantaggio che gli enti locali potevano trarre dalla conversione dei propri rapporti a tasso fisso in finanziamenti a tasso variabile. In virtù dei mutui contratti con CDP, le amministrazioni locali corrispondevano, di regola, per i rapporti in essere tra il 2002 ed il 2004 un tasso compreso fra il 5 ed il 7%. Nel periodo corrispondente, il tasso Euribor3M si attestava, rispettivamente, al 3,279% (2 gennaio 2002), al 3,036% (2 dicembre 2002), al 2,145% (1° luglio 2003), all’1,960% (1° aprile 2004) e così via [Fonte: serie storiche Euribor3M].

¹³ Riprendendo l’esempio di prima (v., nota 11), fintanto che l’Euribor3m si attesta al di sotto del 3%, il Comune di Beta beneficerà di una riduzione del costo del denaro preso a prestito da CDP, tanto maggiore quanto più basso è il valore assunto da questo parametro (es. Euribor3m 1% + spread 3% = 4%, invece di 6%). All’opposto, ove il parametro salga al di sopra della soglia del 3% (sopponiamo al 5%), il Comune di Beta sarà tenuto a pagare alla Banca Alfa un tasso ben più oneroso di quel-



1.3. (...) alla clausola up-front.

L'affidamento riposto nelle anzidette previsioni era tale per cui le amministrazioni locali, nella prassi, hanno mostrato una netta predilezione per la convenzione di *interest rate swap* esotici altamente speculativi¹⁴. Invero, la ragione principale di questa scelta si comprende alla luce dell'erogazione di un *up front payment* al momento della sottoscrizione dell'accordo¹⁵.

La *ratio* di questa clausola è intimamente legata alla determinazione del valore dello *swap*; il profilo è molto tecnico, ma merita ugualmente qualche precisazione ulteriore.

Quando la curva dei tassi di interesse previsti dalle parti corrisponde a quella attesa dal mercato e, dunque, il valore dei flussi scambiati per effetto del contratto sarà presumibilmente pari a zero per l'intera sua durata, lo *swap* viene definito *par* e non dà, pertanto, adito al riconoscimento di alcuna somma alla sua sottoscrizione. Di regola, assumono le caratteristiche dello *swap par* principalmente i derivati sul modello "plain vanilla"¹⁶.

lo inizialmente corrisposto sul debito contratto con CDP (Euribor3m 5% + spread al 3% = 8 % invece di 6%).

¹⁴ Si è soliti distinguere le operazioni plain vanilla da quelle esotiche, anche detti "derivati complessi". Questi ultimi sono stati oggetto di considerazione prevalentemente da parte della teoria economica e della analisi finanziaria, mentre il dibattito giuridico è rimasto pressoché sullo sfondo. Con estrema semplificazione, possono essere definiti derivati esotici quelle operazioni che sono il risultato di una sintesi economica fra più unità contrattuali giuridicamente distinte (uno *swap-option*, una *future-option* etc.), v., E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., pag. 120-121. Le indagini conoscitive condotte dalla Corte dei Conti hanno evidenziato che gli enti locali sono spesso ricorsi a strutture esotiche nella conclusione di derivati su tassi di interesse, v., Audizione Corte dei Conti alla Commissione Finanze, *Indagine conoscitiva sulle problematiche relative alla diffusione di strumenti finanziari derivati*, 3 marzo 2005. Fra di esse, principalmente, *basis swap* con clausola collar, *interest rate swap* con clausola collar plus, *interest rate swap* con barriere knock-in e knock-out, *interest rate swap double fix*, *interest rate swap* con clausola purple collar, *convertible swap*, *interest rate mirror swap*.

¹⁵ Prima che il legislatore intervenisse esplicitamente limitando la misura massima dell'*up-front* erogabile dall'intermedio all'1% del valore del nozionale, gli accordi sottoscritti dalle pubbliche amministrazioni prevedevano importi a titolo di premio di liquidità fino anche al 9%, v., ancora, Audizione Corte dei Conti alla Commissione Finanze, *Indagine conoscitiva*, cit.

¹⁶ La prima versione del Regolamento Intermediari Consob, nella sezione dedicata agli "interest rate swap" affermava esplicitamente che l'IRS plain vanilla nasce, per definizione, par e senza l'erogazione di *up-front*: "alla stipula del contratto, il valore di uno *swaps* è sempre nullo ma esso può assumere ra-

Quando invece, già sulla base delle condizioni iniziali, il contratto preveda uno squilibrio fra i flussi che saranno corrisposti da una parte all'altra, lo *swap* viene definito *non par* e il divario creato dal valore iniziale negativo del contratto viene colmato dalla dazione di una somma di denaro, il cosiddetto *up-front*¹⁷. L'importo *up-front* risulta così - in linea di massima - corrispondente alla misura dello squilibrio sussistente fra le parti¹⁸. In particolare, tale squilibrio si genera quando le parti appongono al regolamento contrattuale clausole che trasferiscono dall'una all'altra il rischio finanziario derivante da certi scenari (ad es. tramite vendita di opzioni digitali, cap su tasso di interesse), ovvero che circoscrivono la protezione dal rischio entro determinate soglie (collar).

Gli IRS esotici – dicevamo – proprio in virtù dell'articolata combinazione di clausole di riparto del rischio, hanno dato luogo di frequente

pidamente un valore negativo (o positivo) a seconda di come si muove il parametro a cui è collegato il contratto." (Reg. Int., Consob, delibera n. 11522 del 1° luglio 1998, allegato 3, parte B, par. 4.1.). Le versioni successive del Regolamento Intermediari (2007 e 2018) hanno poi abbandonato questo riferimento al valore iniziale dello *swap*.

¹⁷ Si badi tuttavia al fatto che, la circostanza per cui il valore dello *swap* alla sua sottoscrizione sia pari a zero non significa che durante il corso della sua esecuzione, esso non possa mutare. Questo elemento evidenzia unicamente il fatto che, sulla base delle previsioni formulate dal mercato, quel contratto dovrebbe assumere un andamento neutro per le parti. Allo stesso modo, la previsione di un valore iniziale negativo non significa che il contratto andrà necessariamente a generare vantaggi per una parte e perdite per l'altra: l'andamento effettivo dei tassi può disilludere le aspettative del mercato, assumendo un valore ancor più negativo di quanto si è inizialmente voluto compensare con l'erogazione di un *up-front*, oppure - all'opposto di quanto preventivato – andando persino a vantaggio della parte che ha percepito il premio di liquidità.

¹⁸ L'uso del condizionale è d'obbligo, in virtù del fatto che è prassi che l'intermediario includa il costo del servizio erogato (i.e. costruzione del prodotto, margine dei propri ricavi) all'interno della misura dell'*up-front*, riducendo proporzionalmente il premio che spetterebbe al cliente per riequilibrare il valore negativo del contratto. Questo importo ulteriore, più di frequente definito come "commissione implicita", si ottiene calcolando il mark-to-market alla data di stipula del contratto e stabilendo quali fossero, a quella data, le attese implicite sui tassi parametro (i tassi di mercato). Sebbene il tema non sia espressamente impegnato all'interno del ricorso – e dunque non sarà direttamente oggetto del presente contributo – esso ha dato comunque adito ad un vivo dibattito in dottrina. Si veda sul punto, S. PAGLIANTINI, *I costi impliciti nei derivati fra trasparenza e causa (ovvero quando nomina non sunt consequentia rerum)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, II, pag. 363-388, ora in *Swap tra banche e clienti*, cit., pag. 211; D. MAFFEIS, *I costi impliciti nell'interest rate swap*, in *Giur. comm.*, 2013, pag. 648 ss.

all'erogazione di un pagamento up-front a favore dell'ente locale. Ed anzi, proprio nell'interesse ad ottenere questa immediata disponibilità di cassa si è celata, in molti casi, la vera ragione per cui le amministrazioni pubbliche hanno fatto ricorso alle strutture contrattuali in parola, sottostimando l'elevata esposizione al rischio su tasso che da esse scaturiva.

L'erogazione di un up-front non si è inoltre limitata alla sola fase di sottoscrizione dell'accordo. L'incidenza assunta dal mancato avveramento degli scenari di mercato prospettati¹⁹, da un lato, e la necessità di uniformarsi ai nuovi e più stringenti vincoli normativi, dall'altro, hanno indotto le amministrazioni locali, nel tempo, ad una significativa opera di rimodulazione dei rapporti contrattuali in essere. La loro estinzione anticipata avrebbe altrimenti determinato l'attualizzazione delle perdite imputabili all'andamento negativo del derivato, imponendo alle amministrazioni di corrispondere importi elevati alla banca²⁰. Nella gran parte dei casi si è dunque optato per una "contrattualizzazione" delle perdite,

¹⁹ A cavallo tra il 2003 ed il 2004 si erano diffuse notizie di una forte accelerazione nell'attività economica degli Stati Uniti. Nel 2004, la FED aveva provveduto ad aumenti progressivi del tasso obiettivo, di 25 punti in un primo momento, di 75 punti nelle sedute successive. Sulla scia di detto andamento, anche i mercati europei hanno reagito assumendo degli orientamenti al rialzo con riferimento ai tassi di interesse sulla valuta europea. Queste aspettative sono messe ben in evidenza dall'analisi dei rendimenti futures sui depositi in euro di quegli anni. Alla fine degli anni 2000, i rendimenti dei futures a quattro anni erano pari al 5,5 %, e indicavano dunque un incremento di mezzo punto percentuale nel rendimento dell'euro. Tra il 2002 ed il 2003, si è poi maturata l'aspettativa di un ulteriore incremento, che si attestava attorno ad un ulteriore punto percentuale. Tuttavia, contrariamente alle previsioni, l'incremento dell'economia reale nel corso del 2003 ha registrato un incremento, invero, modesto. Le previsioni sulla cui base erano stati convenuti i rapporti nel triennio 2002-2004 sono così state vanificate dalla necessaria inversione di tendenza nella politica monetaria intrapresa BCE a partire dal 2005. A giugno 2005, le proiezioni macroeconomiche sulla crescita del PIL in termini reali formulate dagli esperti dell'Eurosistema sono state riviste al ribasso rispetto a quelle di dicembre del 2004, prevalentemente a causa della volatilità elevata dei corsi del petrolio e l'incertezza sulla evoluzione della domanda interna, v., EUROPEAN CENTRAL BANK (ECB), *Annual Report 2005*, <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/annrep/ar2005en.pdf>.

²⁰ Il contratto rinegoziato assume nella prassi la funzione di rifinanziare le perdite subite per effetto del primo contratto, che si consoliderebbero altrimenti con una chiusura anticipata non seguita da successive negoziazioni, v., in questo senso, M. LEMBO, *La rinegoziazione dei contratti derivati: brevi note sulle problematiche civilistiche e fallimentari*, in *Dir. Fall.*, 2005, pag. 345 ss. Sul fenomeno si veda inoltre, AA.VV., *I derivati nelle PA locali. Origine, dimensione e criticità*, L. NADOTTI (a cura di), Milano, 2009.

pareggiate dalla corrispondente erogazione di un ulteriore pagamento up-front riconosciuto dalla banca²¹. Questo meccanismo ha così innestato un processo perverso e difficilmente reversibile, in virtù del quale gli enti locali, pur di non mettere a bilancio una perdita attuale²², sono stati costretti ad entrare in transazioni su strumenti derivati sempre più sbilanciate, in una progressiva escalation di rischiosità che, in taluni casi, ha persino determinato il tracollo delle finanze locali.

2. Le questioni.

Il legislatore nazionale ha reagito alla prassi in commento mediante la progressiva introduzione di limiti e cautele nel ricorso da parte degli enti locali agli strumenti della finanza derivata²³. La materia ha così conosciuto un'imponente stratificazione di

²¹ Questo effetto si ottiene attraverso una posticipazione sulla scadenza iniziale del contratto derivato, un incremento del nozionale, un aumento della cd. leva finanziaria ed una variazione dell'elemento sottostante; v., P. FADEL – A. MARANGONI, *Enti locali e strumenti finanziari derivati: evoluzione normativa*, in *Finanza derivata, mercati e investitori*, F. Cortese – F. Sartori (a cura di), Pisa, 2010, pag. 247.

²² L'impatto era dovuta all'incertezza nell'iscrivibilità a bilancio del derivato. A lungo si è ritenuto che, trattandosi di una perdita puramente "potenziale", l'andamento negativo del mark-to-market non dovesse essere indicato a bilancio dell'ente locale, se non al momento di chiusura dell'operazione, quando cioè quella perdita veniva attualizzata e diventava un impegno finanziario concreto per l'ente. L'Allegato n. 4.2 al D.Lgs. 23 giugno 2011 n. 118 (per come mod. dal D.lgs. 10 agosto 2014 n. 126) dedica una sezione apposita alla contabilizzazione dei flussi finanziari provenienti da strumenti derivati. In particolare, in caso di estinzione anticipata dello strumento, la somma ricevuta (valore positivo) o pagata (valore negativo) dall'ente al momento della risoluzione (mark-to-market) deve essere imputata, rispettivamente, alle entrate extra-tributarie, ovvero alle spese correnti. Inoltre, l'erogazione di un up-front, in relazione alla sua qualifica di indebitamento, deve essere iscritta alla voce "accensione di prestiti" al Titolo VI delle entrate dell'ente.

²³ Di questo avviso è la Corte Costituzionale, secondo cui "la spiccata aleatorietà delle negoziazioni aventi ad oggetto gli strumenti finanziari in essere" attribuisce primaria importanza all'esigenza "di evitare che possa essere messa in pericolo la disponibilità delle risorse finanziarie pubbliche utilizzabili dagli enti stessi per il raggiungimento di finalità di carattere, appunto, pubblico e, dunque, di generale interesse per la collettività", v., Corte Cost., 10 febbraio 2010, n. 52, in *Dir. e prat. amm.*, 2010, pag. 28 ss; in *Banca, Borsa e Tit. Cred.*, 2011, II, pag. 1 ss, con nota di A. SCOGNAMIGLIO, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali*, e di E. GIRINO, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*.



norme²⁴, sollevando una pluralità di questioni in ottica di diritto intertemporale e rendendo, di conseguenza, necessario collocare con attenzione la vicenda all'interno del quadro regolamentare vigente. Giacché, anche prima dell'intervento con il quale il legislatore ha esplicitamente precluso agli enti di concludere o rinegoziare derivati su tassi di interesse (Lg. 376/2013), vigevano ben precisi limiti al potere contrattuale esercitabile dalla pubblica amministrazione.

Ebbene, alle Sezioni Unite è richiesto di muoversi all'interno di questo delicato contesto di fondo per analizzare due aspetti, in particolare, della negoziazione dei derivati "pubblici".

2.1. Derivati, up-front e indebitamento.

Per un verso, alla Corte viene demandata la risoluzione del quesito sulla legittimità e sui presupposti dell'utilizzo anomalo dello *swap* in funzione creditizia, attraverso l'erogazione di un consistente premio di liquidità a favore dell'ente. A ben vedere, non viene in gioco tanto la validità *ex se* della clau-

²⁴ Con buono sforzo di sintesi, l'evoluzione normativa in tema di derivati degli enti locali può essere inquadrata in tre momenti distinti. Ciascuno di essi pare ispirarsi a logiche proprie del suo tempo, risentendo dell'influenza prodotta dal clima di progressiva sfiducia verso i derivati in genere. Un primo periodo (1995 – 2004) si è caratterizzato per una apertura quasi totale verso l'adozione di questi strumenti, financo imponendo l'obbligo per gli enti locali di provvedere alla stipulazione di derivati a copertura delle proprie esposizioni in cambi (currency swap), ovvero per ammortizzare l'esborso finanziario in caso di emissioni obbligazionarie bullet (amortizing swap), v., art. 41, Legge Finanziaria 2002. Un secondo periodo (2004 – 2013) ha quindi cercato di controbilanciare la spinta liberalizzatrice recata dalla sopra citata disposizione. La normativa regolamentare in primis ha introdotto una tipizzazione minuziosa di questi strumenti, indicando le strutture contrattuali di cui gli enti locali potevano avvalersi (IRS, acquisto forward, cap su tassi di interesse, collar), nonché introducendo specifici vincoli all'importo massimo del up-front percepito in sede di sottoscrizione (1% del valore nozionale) ed imponendo una correlazione stretta con un indebitamento sottostante, v., Reg. MEF 389/2003 e Circolare esplicativa MEF, 27 maggio 2004). Nello stesso periodo sono stati inoltre introdotti specifici obblighi di informazione al Dipartimento del Tesoro presso il MEF sui singoli derivati conclusi, affidando allo stesso un compito di monitoraggio costante (Lg. 27 dicembre 2006, n. 296, Finanziaria per il 2007). Infine, un ultimo periodo (2013 – oggi) si è contraddistinto per una linea di netta chiusura, vietando la possibilità di stipulare nuovi derivati, di rinegoziare quelli in essere e di concludere finanziamenti con componenti derivative "al fine di assicurare la tutela dell'unità economica della Repubblica" (art. 1, comma 572, Lg. 27 dicembre 2013, n. 147, di modifica dell'art. 62, comma 3, Lg. 6 agosto 2008, n. 133).

sola²⁵, quanto piuttosto la possibilità di qualificare l'IRS, ed in particolar modo quello con *up front payment*, come "indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento" ai sensi dell'art. 30, comma 15, Lg. 289 del 2002. Pur non essendo propriamente definibili, i derivati, come strumenti di indebitamento in senso stretto, essi possono infatti – come nel caso dell'erogazione di un up-front - produrre effetti analoghi a quelli di un indebitamento. Tale qualificazione non rappresenta un distinguo dal sapore puramente accademico, poiché – come noto – la Carta Costituzionale limita la facoltà degli enti locali di ricorrere all'indebitamento al solo scopo di finanziare spese di investimento, escludendo che tali operazioni possano venir realizzate per coprire esigenze di cassa e spese correnti (art. 119, comma 6 Cost.)²⁶; la fattispecie è poi corredata dalla previsione che commina l'invalidità per i contratti conclusi in violazione di siffatto divieto²⁷.

Ebbene, sul punto si fronteggiano due opposti orientamenti.

Il primo di essi, muovendo dalla qualificazione dello swap come strumento di gestione del debito²⁸, ritiene che la convenzione di un up-front non sia tale da mutare lo scopo del negozio derivato equiparandolo ad una forma di indebitamento. La clausola di up-front costituisce, più propriamente, un'anticipazione di denaro sui flussi positivi che, secondo le previsioni dell'intermediario, il contratto genererà a favore del cliente, e che l'ente locale può così impiegare a copertura delle spese correnti²⁹. Ad

²⁵ Il problema della validità della clausola up-front era già stato – peraltro – marginalmente impegnato da Cass., 28 luglio 2017, n. 18781, in *Banca, Borsa e Tit. Cred.*, I, 2018, pag. 9, con nota di D. MAFFEIS, *Dum loquimur fugerit invidia aetas: lo swap in Cassazione, prima di Mifid II e in attesa delle probabilità*.

²⁶ Il medesimo principio è affermato da parte della legislazione primaria. Il Testo Unico sugli Enti Locali prevede che "il ricorso all'indebitamento da parte degli enti locali è ammesso esclusivamente nelle forme previste dalla leggi vigenti in materia e per la realizzazione degli investimenti" (art. 202, comma 1 TUEL).

²⁷ V., art. 30, comma 15, Lg. 289 del 2002.

²⁸ Il termine compare nella Circolare MEF, 22 giugno 2007, n. 63013, in *Gazz. Uff.*, 2 luglio 2007, n. 151.

²⁹ A questo orientamento ha aderito la decisione di primo grado sul caso oggetto del ricorso, v., Trib. Bologna, 14 dicembre 2009, n. 5244, in *Giur. Comm.*, 2011, II, pag. 189, con nota di F. CAPUTO NASSETTI, *Contratto swap con ente pubblico territoriale con pagamento upfront*. Conforme, inoltre, Corte dei Conti, Sez. giur. Reg. Sicilia, 7 agosto 2006, n. 2376, in *Finanza Loc.*, 2007, pag. 107, con nota di A. LUPI, *Il contratto di swap nella sentenza n. 2376 del 7 agosto 2006 della sezione regionale Sicilia*. Esclude, inoltre, che la corresponsione di un up-front sia equiparabile alla erogazione di un finanziamento anomalo, E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., pag. 473 ss. Di avviso opposto è S. SCOTTI CAMUZZI, *Sulla natura dell'up-front dei contrat-*

esso si oppone un secondo orientamento, che trae invece spunto da una diversa qualificazione dello swap come scommessa. Questa lettura ritiene che si possa persino prescindere dal versamento effettivo di un up-front per qualificare lo swap in termini di indebitamento, poiché la sola circostanza per cui il contratto sia idoneo ad ingenerare perdite potenziali per l'ente è elemento sufficiente per poterlo considerare alla stregua di una forma anomala di indebitamento, sottoponendolo alla corrispondente disciplina³⁰. Ed anzi, secondo questa lettura, l'up-front corrisponderebbe sostanzialmente al "prezzo" della scommessa, cioè alla somma che una parte riceverebbe per aver accettato condizioni deteriori.

Tale contrasto è oggi sostanzialmente composto dall'intervento con cui il legislatore ha espressamente qualificato l'up-front come indebitamento³¹; sennonché, la novella normativa non è applicabile *ratione temporis* ai rapporti oggetto del ricorso, lasciando così impregiudicato il profilo di qualificazione sul piano del diritto intertemporale³².

2.2. IRS e competenza consiliare.

Su di un altro versante, la Corte è chiamata a pronunciarsi sulle condizioni procedurali per la conclusione di un derivato da parte di un'amministrazione locale.

Dal momento che la convenzione di uno swap può generare una serie di esborsi finanziari che impegnano la pubblica amministrazione in un orizzonte di media-lunga durata, l'ordinanza di rimessione solleva l'interrogativo circa la competenza a deliberare la conclusione di una siffatta operazione. Il Te-

ti IRS, in Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte, cit., pag. 255.

³⁰ Questo orientamento, oltre ad essere fatto proprio dalla sentenza impugnata di fronte alla Cassazione (App. Bologna, 11 marzo 2014, n. 734), è sostanzialmente condiviso all'interno della giurisprudenza contabile, fra cui, ex multis, Corte dei Conti, Sez. Contr. Reg. Lombardia, 26 ottobre 2007, n. 596, in *Dir. Pratica Amm.*, 2007, pag. 19 ss.).

³¹ La modifica normativa è intervenuta per effetto dell'art. 62, comma 9, D.Lg. 25 giugno 2008, n. 112 (recepito con Lg. 6 agosto 2008, n. 133), che ha modificato l'articolo 3, comma 17, secondo periodo, Lg. 24 dicembre 2003, n. 350, qualificando "l'eventuale premio incassato al momento del perfezionamento delle operazioni derivate" come indebitamento rilevate ai sensi dell'art. 119, comma 6, Cost., insieme ai mutui alle emissioni di prestiti obbligazionari e ad alcune tipologie di operazioni di cartolarizzazione.

³² Così come non trova applicazione neppure il limite massimo di importo nella convenzione di una clausola up-front, individuato dal decreto congiunto del Ministero dell'Economia e Ministero dell'Interno (d.m. n. 389 del 1° dicembre 2003) nella misura dell'1% sul nozionale.

sto Unico degli Enti Locali riconosce difatti la competenza del consiglio comunale in ordine alle "spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi"³³, oltre che in ordine alle altre fattispecie tipiche di indebitamento, quali "la contrazione di mutui e aperture di credito" e le "emissioni di prestiti obbligazionari"³⁴. Nessun riferimento è fatto, *expressis verbis*, alla stipulazione di contratti derivati. Nella prassi, è noto che la negoziazione di un IRS per conto dell'ente locale è di regola affidata direttamente al responsabile del settore finanziario (il ragioniere del comune)³⁵, che negozia sulla base di autorizzazioni formulate in modo generico da parte dell'organo consiliare.

Sulla legittimità di siffatta pratica, il divario in giurisprudenza è netto e riflette – nuovamente - un dissenso di fondo sulla qualificazione dell'IRS.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, la conclusione di uno swap non può venir considerata quale atto di assunzione di una spesa pluriennale ai sensi dell'art. 42, comma 2, lett. i) TUEL, alla luce della funzione per la quale è convenuto un derivato: quella di gestione dell'indebitamento, con finalità di riduzione di oneri finanziari assunti – questi sì - con una delibera consiliare³⁶. L'organo di giustizia contabile, dal canto suo, è dell'avviso che l'assunzione di un rischio finanziario, nella logica della scommessa sull'andamento dei tassi, esponga l'amministrazione a perdite futuri potenziali che solo l'organo consiliare può legittimamente autorizzare³⁷. La delibera non può dunque limitarsi ad un generico "via libera" all'operazione, bensì deve indicare in dettaglio i vincoli finanziari che l'ente intende assumere (quali la durata del contratto, il debito gestito, il tasso di interesse), così come i criteri per l'individuazione della controparte contrattuale³⁸.

3. La decisione della Corte.

³³ Cfr. art. 42, comma 2, lett. i), D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL).

³⁴ Cfr. art. 42, comma 2, lett. h), D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL). Il TUEL attribuisce alla giunta comunale una competenza residuale rispetto alle funzioni riservate a pena di nullità al consiglio (art. 48, comma 2, TUEL).

³⁵ A questa figura, sulla base dell'art. 153, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL) è affidato il coordinamento e la gestione dell'attività finanziaria dell'ente locale.

³⁶ Sul punto, Cons. Stato, 30 giugno 2017, n. 3174.

³⁷ Corte dei Conti, Sez. Reg. Contr. Lombardia, n. 405/2010.

³⁸ Attraverso il Reg. MEF, dicembre 2003 (n. 389/2003, attuativo dell'art. 41 della Legge Finanziaria 2002), ha imposto che la negoziazione in derivati possa avvenire unicamente con intermediari contraddistinti da un adeguato merito creditizio, certificato da agenzie di rating di rilievo internazionale.



La risoluzione di entrambe le questioni impegna, di tutta evidenza, il tema più generale dell'inquadramento del derivato nel sistema del contratto. L'impianto argomentativo delle Sezioni Unite si sviluppa così assumendo una posizione su di una tematica tradizionale del dibattito attorno alla qualifica del contratto di *interest rate swap*: quella del suo legame con la figura codicistica della scommessa³⁹.

Il problema – è noto – affonda le sue radici in un dibattito di lungo corso e trova oggi un preciso riferimento positivo nell'art. 23, comma 5 TUF, secondo cui non deve farsi applicazione, rispetto ai contratti finanziari derivati, della disciplina di cui all'art. 1933 c.c. Si è così sostenuto, anche in giurisprudenza, che i derivati abbiano natura di scommessa – nella specie dell'IRS, sul rialzo ovvero sul ribasso di un tasso di interesse di mercato – ma che, in virtù di una specifica sottrazione operata dal TUF, non possano venir equiparate alle cd. "scommesse tollerate"⁴⁰. Ebbene, secondo i giudici di le-

gittimità, la fattispecie del contratto di IRS ha poco a che spartirsi con lo schema della scommessa di cui agli artt. 1933 – 1935 c.c., trattandosi di uno strumento contrattuale che si forma nel mercato finanziario e che attiene alla negoziazione di un rischio in una logica probabilistica. Eppure, la figura della scommessa assume, nel periodare della Corte, un significato ben più ampio di quello "puramente descrittivo e semplificato" cui essa stessa sembra volerle attribuire⁴¹, poiché è proprio su tale paradigma che l'organo supremo di legittimità incentra il giudizio di liceità del contratto.

La liceità della scommessa finanziaria solleva d'altronde, nel contesto della disciplina degli enti locali, un problema ulteriore rispetto ai contratti di diritto comune. Il profilo di aleatorietà dello swap stride apertamente con i principi e le regole della contabilità pubblica, i quali impongono – all'opposto – certezza e prevedibilità degli impegni di spesa dell'amministrazione⁴². Tenuto conto di ciò, il legislatore ha inteso riconoscere (*rectius*, riconosceva⁴³), attraverso la tipizzazione di questa figura, un qualche rilievo giuridico alla scommessa finanziaria dell'ente sul presupposto per cui essa si caratterizzi, a suo modo, per il perseguimento di un'utilità sociale, individuabile nella negoziazione e monetizzazione di un rischio⁴⁴.

³⁹ Sul punto, è noto il più risalente orientamento con il quale il Tribunale di Milano ha statuito che "il contratto di *interest rate swap* stipulato con fini meramente speculativi non corrisponde obiettivamente e in concreto ad una causa che giustifichi la piena tutela delle ragioni di credito, dovendo pertanto essere qualificato come scommessa non azionabile ex art. 1933 c.c. Invero, le parti si sono assoggettate all'alea delle variazioni del tasso degli interessi non per la necessità di coprire effettivi rischi di impresa, ma solo per collegare l'attribuzione di un vantaggio patrimoniale (lucro) alla sorte (cioè appunto all'alea del corso degli interessi)", Trib. Milano, 26 maggio 1994, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, II, pag. 80 ss. con nota di A. PERRONE, *Contratti di swap con finalità speculative ed eccezione di gioco*. Questo primo orientamento parificava dunque, in ottica di disciplina, i negozi derivati con le scommesse "tollerate", che non riconoscono al vincitore il diritto a pretendere dalla controparte il pagamento della posta, ma che non consentono neppure al perdente di ripetere eventuali somme già corrisposte (soluti retentio). Sul punto si veda, ampiamente, U. GUALAZZINI, voce "Giochi e scommesse (storia)", in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, pag. 30 ss.; R. SACCO, *In tema di gioco o scommessa (a proposito della competizione «Lascia o raddoppia»)*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, pag. 410 ss.; G. B. FERRI, *La «neutralità» del gioco*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, pag. 28 ss. Con riferimento, inoltre, al profilo causale nel gioco e della scommessa, v., U. BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, III, Torino 1999, pag. 99 ss. Questa disciplina è stata oggetto di interesse di lungo corso poiché esprime un principio di carattere generale, ossia quello per cui l'ordinamento esige che gli spostamenti di ricchezza avvengano unicamente a fronte di altri spostamenti di ricchezza, v., E. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milano, 2015, pag. 435.

⁴⁰ In questo senso, v., Cass., 8 maggio 2014, n. 9996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, pag. 1099 ss., con nota di G. BERTI DE MARINIS, *Problemi di forma e di sostanza nella contrattazione di prodotti finanziari derivati*.

⁴¹ In questo senso si esprimono le Sezioni Unite al punto 5.2., "A fini puramente descrittivi e semplificativi, si potrebbe dire che l'IRS consiste in una sorta di scommessa finanziaria differenziale) in quest'ultimo aggettivo essendo presente un riferimento alla determinazione solo probabilistica dei suoi effetti e alla durata nel tempo del rapporto".

⁴² Il tema della natura commutativa o aleatoria del contratto di swap è ampiamente discusso in letteratura. A favore dell'ascrizione dell'*interest rate swap* nella categoria dei contratti aleatori, v., R. AGOSTINELLI, *Le operazioni di swap e la struttura contrattuale sottostante*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, pag. 112 ss.; L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000; B. INZITARI, *Swap (contratto di)*, cit. Senonché, anche alcuni sostenitori della tesi dell'aleatorietà dello swap riconoscono che questo carattere non esaurisca l'intero spettro delle funzioni dell'operazione, ed anzi che la sua funzione economica può essere persino opposta a quella del contratto aleatorio, v., B. INZITARI, *Le new properties nella società post industriale*, in *Dalle res alle new properties*, G. DE NOVA – B. INZITARI – G. TREMONTI – G. VISENTINI (a cura di), Pavia, 1991, pag. 64. Riconoscono, invece, natura commutativa al contratto, F. CHIOMENTI, *Cambi in divise e a termine*, in *Riv. dir. comm.*, I, pag. 45 ss.; G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004; F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, cit., pag. 70 ss.

⁴³ Lo si è detto, l'art. 1, comma 572 della Lg. 147 del 2013 ha di fatto escluso (salvo particolari eccezioni) la possibilità per gli enti di stipulare contratti finanziari derivati.

⁴⁴ In questo passo, è evidente il tributo che le Sezioni Unite fanno al pensiero di E. BARCELLONA, *Contratti derivati pura-*



Siffatto rilievo discende, tuttavia, dall'apposizione di due ulteriori aggettivi che qualificano il termine "scommessa".

3.1. La scommessa "autorizzata".

| 406

La scommessa dell'ente locale, stante la forte disarmonia con la disciplina della contabilità pubblica, è anzitutto "autorizzata" nei limiti di previsioni aventi natura eccezionale e di stretta interpretazione. Anche per il periodo in cui non potevano trovare applicazione le disposizioni che imponevano agli enti di ricorrere esclusivamente al modello plain vanilla⁴⁵, quest'ultimi erano comunque tenuti a sottostare a determinati limiti di liceità delle scommesse finanziarie, primo fra tutti il divieto generale di compiere operazioni dal carattere speculativo dalle quali potessero scaturire oneri finanziari insostenibili.

Orbene, l'autorizzazione alla conclusione di queste scommesse sottende, nel *decisum* delle Sezioni Unite, un limite di carattere sostanziale ed uno di natura procedimentale.

Dal punto di vista sostanziale, la Corte ritiene che anche nel periodo di pre-vigenza della Finanziaria del 2009⁴⁶, gli importi ricevuti a titolo di up-front da parte dell'ente fossero comunque da qualificarsi come indebitamento, in quanto la disposizione in parola ha natura di interpretazione autentica e non determina alcuna innovazione all'interno dell'ordinamento. Una lettura che consideri l'operazione nel suo complesso non può difatti trascurare la funzione che, in concreto, è stata impressa all'IRS quale mezzo alternativo di finanziamento⁴⁷. Con la conseguenza per cui, un siffatto utilizzo dello swap alla stregua di un mutuo non può avvenire in frode alle limitazioni imposte dalla Carta Costituzionale e dalla normativa di settore. Detto altrimenti, ove la scommessa finanziaria dell'ente

mente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato, in Swap tra banche e clienti, cit., pag. 112.

⁴⁵ D. m. 289/2003, cit.

⁴⁶ L'art. 62, comma 9, D. Lg. 112 del 2008, modificato con Lg. 133 del 2008 e successivamente sostituito dall'art. 3, Lg. 203 del 2008 riconosce – lo ricordiamo – natura di indebitamento all'erogazione di un up-front alla stipulazione del derivato.

⁴⁷ Sul punto, le Sezioni Unite chiariscono che "se il denaro ottenuto con l'upfront è da considerare indebitamento, lo stesso non può dirsi degli IRS conclusi dagli enti pubblici, i quali, eventualmente, possono presupporre un indebitamento". Dal punto di vista ermeneutico "L'operazione di swap va guardata nel suo complesso, perché il suo effetto può, sostanzialmente, consistere in un indebitamento, com'è dimostrato da quegli enti locali che sono stati capaci di utilizzare gli IRS alla stregua di mutui".

comporti un indebitamento, questo deve necessariamente essere contratto per far fronte a spese di investimento, non anche a spese correnti o esigenze di liquidità.

Dal lato più strettamente procedimentale, il vincolo imposto all'utilizzo di risorse future per effetto di una scommessa finanziaria richiede a fini di validità la previa delibera del consiglio comunale. Quest'organo, oltre ad essere investito di una competenza generale sull'indebitamento e sulle misure di ristrutturazione dei mutui, assicura altresì il coinvolgimento di tutte le compagini politiche nell'assunzione di decisioni sulla gestione finanziaria dell'ente. Nella misura in cui la scommessa finanziaria incide sulla entità globale dell'indebitamento dell'ente territoriale, il consiglio dovrà deliberare, a pena di nullità del contratto, sui caratteri della complessiva operazione economica, tenendo in considerazione tutti i costi che gravano per effetto del regolamento contrattuale concretamente convenuto.

3.2. La scommessa "razionale".

Le Sezioni Unite si soffermano poi su di un'ulteriore qualità della scommessa finanziaria dell'ente locale.

La necessità di conciliare una ineliminabile dimensione di incertezza sull'andamento dello strumento derivato con l'esigenza di garantire la programmabilità degli impegni di spesa pubblica richiede che l'ente scommetta nella piena consapevolezza di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto e che, anzi, agisca per ridurre al minimo i rischi insiti nell'operazione. Riveste così carattere essenziale, quale momento valutativo della liceità dell'accordo, l'identificazione della "razionalità" della scommessa⁴⁸, intesa come convergenza di volontà delle parti sulla qualità e sulla quantità dell'alea assunta. La tesi muove dal presupposto per cui il rischio finanziario, diversamente dal rischio contrattuale latamente inteso⁴⁹, presenta margini più precisi di go-

⁴⁸ Il tema della razionalità rispetto al regime normativo del gioco e della scommessa è già stato correttamente impostato da quanti hanno scritto che il legislatore ha inteso scoraggiare spostamenti irrazionali di ricchezza, consistenti nella "assenza di una qualsivoglia correlazione razionale fra rischio dedotto e posta messa in palio", v., R. AGOSTINELLI, *Le operazioni di «swap» e la struttura contrattuale sottostante*, cit., pag. 128; nonché E. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercati*, in *Swap tra banche e clienti*, cit., pag. 103.

⁴⁹ Sul rischio contrattuale, particolarmente ampio è il dibattito alimentato in letteratura. Fra i contributi principali, v., S. ORLANDO, *Rischio e vendita internazionale*, Milano, 2002; A.



vernabilità, che lo rendono astrattamente idoneo ad essere quantificato⁵⁰, isolato⁵¹ e negoziato fra le parti⁵². La razionalità della scommessa finanziaria

GIAMPIERI, voce «Rischio contrattuale», in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XVIII, Torino, 1998, pag. 17 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano 1992, pag. 385 ss.; E. GABRIELLI, *Il rischio contrattuale*, in *I contratti in generale. Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, W. Bigiavi (a cura di), Torino 1991; G. ALPA, voce «Rischio contrattuale», in *Enc. dir.*, XL, Milano 1989, pag. 1144 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1969; G. ALPA – M. BESSONE – E. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli 1982; E. BETTI, *Lezioni di diritto romano, Rischio contrattuale, Atto illecito, Negozio giuridico*, Roma 1959; G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova 1934.

⁵⁰ L'elemento della quantificabilità, con riferimento al rischio, equivale alla possibilità di determinare ex ante, con un certo grado di confidenza, una percentuale di verifica di singoli scenari, attribuendo a ciascuno di essi, attraverso modelli matematici, un grado di probabilità su di un orizzonte temporale predefinito. Il rapporto tra rischio e rendimento è fondamentale per la valutazione di un investimento finanziario. Esistono degli indicatori in grado di fornirne una misura quantitativa, utile non solo per le considerazioni in merito alla bontà o meno di un singolo investimento ma anche per effettuare comparazioni fra diversi strumenti e soluzioni. Tra quelli più utilizzati, possono essere segnalati il VaR (Value at Risk), l'IR (Information Ratio) e l'indice di Sharpe (Sharpe Ratio). In particolare, l'utilizzo del cd. "valore a rischio" (VaR) consente di valutare, con un certo grado di confidenza X, che non vi saranno perdite stimate superiori a V euro, nell'arco temporale di N giorni, v., J. C. HULL, *Opzioni, futures e altri derivati*, Milano, 9° ed., 2018, pag. 521.

⁵¹ L'isolabilità della componente del rischio deriva dal fatto che essa configura un valore "che prescinde dai beni cui si fa riferimento". L'espressione è di C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, Milano, 2016, pag. 85. L'Autore si sofferma a lungo sul concetto di astrattezza nella dimensione relativa alla qualificazione del contratto derivato, tracciando una linea di demarcazione netta con una diversa tipologia di astrattezza nella figura del contratto autonomo di garanzia (o Garantievertrag, alla tedesca). Lo scambio della promessa in questa seconda tipologia negoziale non ricava, difatti, in sé stesso la propria ragione, ma con riferimento ad un rapporto esterno rispetto al quale, l'astrattezza, opererebbe esclusivamente nel derogare la regola dell'accessorietà rispetto al contratto di credito cui è funzionale la garanzia prestata. Diversamente, il contratto derivato si contraddistinguerebbe per un'astrattezza, per così dire, pura, che si giustifica cioè in assenza di un qualunque presupposto causale esterno.

⁵² Come si è assai puntualmente rilevato, il tratto essenziale della negoziabilità del rischio finanziario è rappresentato dall'esistenza di un mercato di riferimento, sia esso di natura regolamentata, ovvero un over the counter, v., C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit., pag. 16, secondo cui "assume rilievo la prospettiva del mercato, nel senso, [...] che s'intende poterlo direttamente negoziare in un mercato oppure (ma per lo più anche) che il rischio medesimo concerne vicende di mercato".

dell'ente risiede difatti nel conoscere i fattori di rischio complessivi dell'operazione, nel soppesarli alla luce delle previsioni formulate dal mercato e nello scegliere lo strumento più "conveniente" rispetto all'esigenza di copertura. Detto altrimenti, la scommessa dell'ente locale, al fine di comporre una dissimmetria che altrimenti si creerebbe a fronte di una scommessa affidata al puro caso, è - e non può che essere - fondata su elementi che ne denotano una razionalità di fondo⁵³.

Riecheggia, in questo passaggio, la traccia segnata da un certo indirizzo dottrinario⁵⁴ e fatta propria da un noto *arrêt* della Corte d'Appello di Milano⁵⁵, secondo cui il contratto di swap si sostanzierebbe nella creazione di alee reciproche, bilaterali e razionalmente assunte. Eppure, nonostante il dato di partenza comune - quello della qualificazione in termini di scommessa razionale - le Sezioni Unite paiono procedere ben oltre il solco tracciato dalla citata giurisprudenza milanese, abbandonando di fatto il simulacro della ricerca di unitarietà del deri-

⁵³ Nelle parole delle Sezioni Unite, "il legislatore autorizza solo questo genere di scommesse sul presupposto dell'utilità sociale di quelle razionali, intese come specie evoluta delle scommesse di pura abilità".

⁵⁴ Fra i principali sostenitori della tesi della "consapevole e razionale" assunzione di un rischio come elemento essenziale del contratto derivato, v., E. BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una definizione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, II, pag. 564; nonché, D. MAFFEIS, *La causa del contratto di interest rate swap e i costi impliciti*, in *Riv. dir. banc.*, 2013; ID., *Homo oeconomicus, homo ludens: l'incontrastabile ascesa della variante aliena di un tipo marginale, la scommessa legalmente autorizzata (art. 1935 c.c.)*, in *Contr. e impr.*, 2014, pag. 835 ss. Altrettanto diffusa è la tesi che nega la qualifica di scommessa agli swap, fra cui, D. PREITE, *Recenti sviluppi in tema di contratti differenziali semplici (in particolare caps, floors, swaps, index futures)*, in *Dir. comm. int.*, 1992, I, pag. 171 ss.; R. AGOSTINELLI, *Le operazioni di «swap» e la struttura contrattuale sottostante*, cit.; G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario*, cit., passim. In senso critico, anche, A. TUCCI, *Interest rate swaps: «causa tipica» e «causa concreta»*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, II, pag. 283 ss.; L. CALZOLARI, *Una sentenza in materia di contratti swap poco in linea con il diritto nazionale ed europeo*, in *Soc.*, 2014, pag. 441 ss.; F. CAPUTO NASSETTI, *Un salto indietro di trent'anni: «swap uguale scommessa»*, in *Giur. Comm.*, 2014, pag. 277 ss.

⁵⁵ App. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459, in *I contr.*, 2014, pag. 213 ss., con nota di M. INDOLFI, *Recenti evoluzioni dell'aleatorietà convenzionale: i contratti derivati OTC come scommesse razionali*; in questa rivista, 2014, pag. 332 ss., con nota di D. IMBRUGLIA, *La creazione razionale dell'alea nei derivati otc e la nullità dello swap per vizio di causa*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, pag. 206 ss., con nota di L. BALLERINI, *Struttura e causa nell'interest rate swap nella recente evoluzione giurisprudenziale*.



vato, a favore di un approccio fondato sulla valutazione calata nel caso concreto.

3.2.1. Oggetto e scommessa.

408 Una prima conseguenza che le Sezioni Unite traggono dall'applicazione del paradigma della scommessa razionale è quella relativa all'accordo delle parti sull'oggetto del contratto.

In particolare, il dibattito, secondo un'impostazione - potremmo dire - ormai consolidata, si polarizza attorno al rilievo da attribuire agli elementi del cd. mark-to-market⁵⁶ e agli scenari probabilistici⁵⁷ con riferimento ai requisiti essenziali del contratto. L'evocata giurisprudenza milanese, muovendo da una prospettiva volta a ricostruire il fenomeno in chiave unitaria, aveva già preso esplicitamente posizione circa l'estraneità di questi elementi rispetto alla determinazione del contenuto dell'accordo⁵⁸. Il tratto strutturale che accomune-

rebbe tutti i negozi derivati sarebbe difatti da ravvisarsi nel solo scambio di differenziali a scadenze prestabilite, sulla base di parametri fissati contrattualmente dalle parti, ragion per cui il contenuto del contratto non può che essere “muto” rispetto alla misura concreta dell'alea⁵⁹.

La Corte di Cassazione rifugge, al contrario, da una costrizione del derivato entro un contenuto “tipico”, per indagare invece la non neutralità che i summenzionati elementi assumono in relazione alla misura qualitativa e quantitativa dell'alea. Il market-market corrisponde difatti ad una stima, di natura prospettica, del valore teorico assunto dal derivato ad una certa data; valore che diviene tuttavia effettivo – si “attualizza”, si dice - nelle ipotesi in cui il contratto si risolva prima della sua naturale scadenza, anche là dove venga sostituito da un nuovo negozio (definendosi, per l'appunto, anche “costo di sostituzione”). Così inteso, questo elemento corri-

⁵⁶ Il diritto positivo richiama la nozione di mark-to-market all'interno di due norme. Anzitutto, l'art. 203 TUF, ai fini dell'applicazione dell'art. 76 Lg. Fall., descrive questo elemento come costo di sostituzione degli strumenti finanziari derivati. Il codice civile prevede che nella nota integrativa del bilancio delle società per azioni debba essere indicato il fair value degli strumenti finanziari derivati, ossia il relativo prezzo di scambio degli stessi in transazioni con terzi indipendenti (art. 2427-bis, comma 1, n. 1 c.c.).

⁵⁷ La finanza quantitativa insegna che non esiste un modello univoco e non soggettivo per calcolare uno scenario in modo uniforme per i diversi mercati e per i diversi agenti sul mercato. Esistono taluni approcci che fanno uso della tecnica degli scenari probabilistici unicamente al fine di attribuire un prezzo ad uno strumento finanziario (cd. pricing) e che si definiscono pertanto “neutrali al rischio”, in quanto non rappresentano in alcun modo né la probabilità di accadimento di un evento futuro, né tantomeno la previsione di un certo andamento reale del mercato, quale la discesa o la salita di un tasso di interesse o del cambio fra due valute. Anche fra i modelli che fanno leva sull'utilizzo delle probabilità “reali” esistono tuttavia delle differenze di rilievo sostanziale, che conducono a risultati sensibilmente diversi fra loro in termini di probabilità sui singoli scenari, a seconda dei metodi matematici di riferimento, v., CONSOB, *Un approccio Risk-Based per la trasparenza dei prodotti di investimento non-equity*, Ufficio Analisi Quantitative, n. 63, aprile 2009; L. GIORDANO – G. SICILIANO, *Probabilità reali e probabilità neutrali al rischio nella stima del valore futuro degli strumenti derivati*, in *Quaderni di finanza*. Consob, 2013, n. 74.

⁵⁸ Se questa conclusione pare già emergere con evidenza nel periodare della Corte d'Appello (App. Milano, 3459/2013 cit.), ancora più esplicita è la ricostruzione delle motivazioni alla base del decusum che è stata fatta dal giudice estensore in un recente contributo, v., C. ROMANA RAINERI, *L'alea nella contrattualistica dei derivati OTC*, in *Le negoziazioni del rischio finanziario*, cit., pag. 183, secondo cui “Avremmo potuto operare

sull'oggetto (ad es. ritenendolo privo di determinatezza/determinabilità nelle ipotesi in cui non siano esplicitati gli elementi di cui l'alea si compone). Ma, come acutamente evidenziato dalla dottrina (Maffei), esso è muto: è il semplice scambio di differenziali?”. L'identificazione dell'oggetto del derivato nello scambio di differenziali è sostenuta, principalmente da, E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., pag. 16 ss. Occorre sottolineare che l'indirizzo che ravvisa nello scambio di differenziali il tratto strutturale dei contratti derivati muove da una concezione di oggetto quale utilità economica che il contratto assicura o può assicurare alle parti. Senonché pare potersi leggere nell'indirizzo seguito dalla Corte d'Appello di Milano una certa qual “contaminazione” del problema dell'oggetto con quello della causa, ritenendo che siffatti elementi denotino il piano di una causa comune ai negozi derivati. E' noto che una certa corrente dottrina guarda infatti con un certo scetticismo alla distinzione fra siffatti elementi, v., R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, R. Sacco (a cura di), Torino, 2004, I, pag. 786; E. GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, in *I contratti in generale*, E. Gabrielli (a cura di), nel *Trattato dei contratti*, P. Rescigno – E. Gabrielli (a cura di), Torino, 2006, pag. 698; G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, in *Trattato del contratto*, V. Roppo (a cura di), *Regolamento*, G. Vettori (a cura di), II, Milano, 2006, pag. 3.

⁵⁹ Secondo questo orientamento, l'oggetto del contratto derivato sarebbe da ritenersi determinabile anche solo a fronte della indicazione dei tassi parametro sulla cui base vengono determinate le prestazioni di ciascuna parte (cd. tasso cliente – tasso banca). Su questa linea, v., Collegio Arbitrale Milano, 23 settembre 2015 (Pres. Iudica, Comp. Carbonetti-Guzzetti), in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, II, pag. 501, con nota di P. GIUDICI, *Interest rate swap e nullità del contratto: sui pericoli sistemici dei derivati*; Corte App. Milano, Sez. III, 27 dicembre 2018, in *Le Società*, 2019, pag. 459 ss., con nota adesiva di R. NATOLI, *Ancora incertezze su mark-to-market e oggetto del contratto di interest rate swap*. Contra, App. Milano, Sez. I, 25 settembre 2018, n. 4242, in *giust. civ.com*, con nota critica di L. VIGORITI, *Il mark to market come requisito essenziale del contratto di Interest Rate Swap*.



sponde ad una valutazione oggettiva di uno strumento che, poiché negoziato *over the counter*, non esplicita direttamente il suo valore attraverso il mercato. Di conseguenza, l'accordo delle parti, per potersi dire assunto razionalmente, non può che confluire sulla misura del mark-to-market⁶⁰, soppesata alla luce delle probabilità di verifica di ciascuno scenario di mercato (scenari di probabilità) e dedotti i costi che, anche se impliciti, contraddistinguono il contratto per un iniziale squilibrio dell'alea.

3.2.1. Causa e scommessa.

In punto di individuazione della causa del contratto, il divario con il più volte menzionato indirizzo si fa persino più ampio.

Il dialogo si instaura, stavolta, con la prospettiva che identifica una “causa tipica” del contratto di swap, “comune a tutti i derivati”⁶¹ - indipendentemente dallo scopo di copertura o speculativo -, nel timore di incentrare il giudizio di liceità della scommessa su una valutazione “sfuggente”⁶² come quella della causa in concreto. La tesi è figlia – come noto – di un dibattito che pone l'accento sulla dimensione di “astrattezza” del derivato, per escludere la necessità di andare alla ricerca di un rapporto fondamentale che giustifichi causalmente – nonché esternamente – l'interesse perseguito attraverso lo scambio (ad es. un'esposizione debitoria in valuta estera da coprire). In breve, la causa comune ai derivati sarebbe da identificarsi nel puro e semplice scambio razionale di alee, a prescindere dalla con-

creta finalità per cui le parti conducono il detto scambio⁶³.

L'opinione delle Sezioni Unite viene affidata, in questo caso, ad alcuni *obiter dicta*, che mettono in luce un approccio più maturo e più consapevole della natura del contratto di *interest rate swap*. L'analisi del profilo causale emerge difatti come momento valutativo a corredo di quanto già affermato in ordine alla misurabilità dell'alea e alla determinazione dell'oggetto contrattuale, senza assumere, tuttavia, il rilievo di vera e propria *regola iuris*.

Orbene, le Sezioni Unite paiono condurre siffatto giudizio lungo due direttrici di fondo.

In primo luogo, tale valutazione non può che riflettere la ponderazione degli interessi concretamente posti alla base dell'affare. Sebbene si tratti di strumenti che presentano, in astratto, una struttura causale ad impianto variabile, in concreto, essi devono comunque perseguire una funzione ben definita ed individuabile, pena la logica conseguenza di una invalidità per irrisolutezza di fondo della scommessa. In secondo luogo – e in conseguenza di quanto detto – il giudizio non può che presentare uno spettro di valutazione più ampio della sola struttura dei differenziali scambiati fra le parti, per abbracciare l'operazione posta in essere nel suo complesso⁶⁴. In particolare, la logica di gestione del rischio finanziario che deve essere propria degli swap conclusi dagli enti locali può apprezzarsi unicamente alla luce del rapporto con l'entità di indebitamento sottostante e dei parametri presi a riferimento dalle parti per la determinazione dei pagamenti differenziali. Si badi tuttavia al fatto che questo giudizio non comporta, nel *dictum* delle Sezioni Unite, un ritorno all'artificiosa alternativa fra derivati di copertura e derivati speculativi⁶⁵; bensì, la

⁶⁰ Sebbene la Corte non lo espliciti, esistono criteri differenti per la valutazione del mark-to-market, dall'applicazione dei quali discendono risultati anche sensibilmente diversi fra loro in termini di valore dello strumento. Orbene, in ottica civilistica, pare potersi affermare che le Sezioni Unite non attribuiscono alcuna preferenza all'utilizzo di taluni criteri di valutazione piuttosto che di altri. Il punto risiede difatti nel non attribuire una discrezionalità “cieca” alla parte predisponente il contratto, imponendogli di esplicitare quelli che, fra i diversi criteri riconosciuti dalla matematica finanziaria, sono stati adottati per la costruzione del concreto strumento. Quest'obbligo si giustifica così in relazione alla necessità di rendere consapevole l'ente di ogni profilo di aleatorietà del rapporto, permettendogli di stimare in prima persona il valore del derivato secondo criteri ex ante certi. Nello stesso senso, E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., pag. 463-464.; nonché G. DE NOVA, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, pag. 19.

⁶¹ C. ROMANA RAINERI, *L'alea nella contrattualistica dei derivati OTC*, in *Le negoziazioni del rischio finanziario*, cit., pag. 183.

⁶² App. Milano, 3459/2013 cit., punto 3.

⁶³ Sul punto, nota è la posizione di D. MAFFEIS, *Trasparenza e spessore del mercato dei derivati*, in *Le negoziazioni del rischio finanziario: patologie dei rapporti e profili di sistema*, cit., pag. 164-165, secondo cui “Nella scommessa finanziaria, il contraente non acquista un bene, bensì assume un'alea”.

⁶⁴ I primi commentatori parlano, difatti, di un giudizio che può esprimersi unicamente sulla “fattispecie completa”, corredata dal sottostante sul quale il derivato è costruito, v., A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Causa variabile e causa meritevole dei derivati*, editoriale in *dirittobancario.it*, 25 giugno 2020.

⁶⁵ Sul punto, condivisibilmente, v., G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di swap*, cit., pag. 114. La possibile rilevanza applicativa della distinzione fra funzione di “copertura” (hedging) e funzione di “speculazione” (speculation) è questione ampiamente dibattuta in letteratura. V., per una summa delle posizioni, D. IMBRUGLIA, *La creazione razionale dell'alea nei derivati OTC e la nullità dello Swap per vizio di causa*, cit., pag. 341-342. La giurisprudenza recente attribuisce, a sua volta, rilievo a siffatta distinzione in sede di valutazione di meritevolezza dell'interest rate swap. È nota, in parti-

3.3. Conclusioni in punto di rimedi. Lo swap dell'ente locale "senza numeri e aggettivi".

Il *decisum* delle Sezioni Unite muove, come si è detto, da una concezione dello swap dell'ente locale come scommessa autorizzata e razionale. Questo impianto - al di là della condivisibilità o meno dei suoi presupposti fondanti - induce ad alcune considerazioni in punto di costruzione dei rimedi. In particolare, l'ascrizione dell'IRS alla categoria dei contratti aleatori costituisce, già di per sé, una chiara presa di posizione in ordine alle conseguenze derivanti dalla mancata esplicitazione di mark-to-market e scenari probabilistici. Questo passaggio è fondamentale e richiede, pertanto, di essere analizzato con attenzione.

La pronuncia a Sezioni Unite tra le sue conclusioni in modo del tutto coerente con le premesse, richiamandosi all'indirizzo seguito dalla nota "regola Rordorf"⁶⁶, la quale, come si è acutamente osservato, non esclude che il rimedio della nullità di un contratto finanziario possa sorgere in dipendenza di un vizio legato ad un'informazione incompleta od inadeguata, "sempre che detta informazione sia però trasfusa nella struttura della fattispecie"⁶⁷. Potrebbe obiettarsi, al più, che una contrattualizzazione dell'informazione "aggiri", di fatto, il distinguo fra regole di condotta e regole di validità, determinando l'invalidità di un negozio per un vizio che investirebbe, più direttamente, la fase precontrattuale, in quanto vi è una mancata condivisione da parte dell'intermediario del patrimonio infor-

colare, la recente presa di posizione della giurisprudenza di legittimità, v., Cassazione civile, sez. I, 31 Luglio 2017, n. 19013, cit.

⁶⁶ V., Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724-26725, in *Il Foro It.*, 2008, I, c. 783; in *Contratti*, 2008, pag. 221. In questo senso anche, S. PAGLIANTINI, *Dopo le S.U. 8770/2020: i derivati (della P.A.?) ed il paradosso di San Pietroburgo*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, pag. 130

⁶⁷ S. PAGLIANTINI, *Ancora sulla "saga" dei derivati*, in *Le negoziazioni del rischio finanziario: patologie dei rapporti e profili di sistema*, cit., pag. 112 - 113. Secondo l'A., l'orientamento che include le informazioni sulla misura del rischio all'interno della struttura del contratto tratta il derivato sconveniente come un problema di "intrasparenza economica della *lex contractus*".

mativo in suo possesso⁶⁸. Senonché, questa critica muove dal rispetto di una distinzione - quella fra diritto contrattuale e diritto dei mercati finanziari - che, una volta definito l'IRS un "contratto che crea uno strumento finanziario", pare svuotarsi di ogni sua ragion d'essere⁶⁹.

La tenuta della "regola" - dicevamo - non viene intaccata dalla pronuncia, che la riafferma anzi in modo netto.

Così intesa, l'alea del contratto esce difatti dal microcosmo della responsabilità dell'intermediario per omessa informazione (sui costi impliciti e sul rischio), per accedere a quello degli elementi essenziali del contratto. La disciplina del contratto aleatorio impone che il negozio espliciti gli elementi attraverso i quali sia possibile stabilire *ex ante* la ricorrenza effettiva di un'alea nello scambio, la cui mancanza priva il regolamento contrattuale del suo oggetto e della sua causa⁷⁰. Mark-to-market e scenari di probabilità assumono così non più il ruolo di mera informazione dovuta all'investitore ai sensi dell'art. 21 TUF, bensì di oggetto tipico del contratto, indicando, l'uno, la misura quantitativa, l'altro, la determinazione qualitativa della distribuzione del

⁶⁸ In questo senso si è pronunciato, L. PONTIROLI, *Contratti derivati e scommessa: come l'uso incontrollato di una metafora comprometta i rapporti tra diritto dei contratti e diritto dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, pag. 274 ss.

⁶⁹ L'affermazione è di particolare evidenza per quanto riguarda gli strumenti derivati OTC, v., P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in *Swap tra banche e clienti*, cit., pag. 194. La conferma è data dalla stessa giurisprudenza, secondo cui "la stipulazione di un contratto derivato, a differenza del mero scambio di azioni o titoli, costituisce ad un tempo atto negoziale e mezzo di generazione dello strumento, cioè di un'autonoma entità finanziaria", v., Trib. Milano, 19 aprile 2011, n. 5443, in *ilcaso.it*.

⁷⁰ Il punto è già noto, da tempo, in dottrina. Vi è difatti chi ha parlato dell'alea come "un problema interessante che può incidere sia sulla causa che sul tipo", v., G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, pag. 358, nota 27; chi del rischio come "oggetto del contratto aleatorio", v., A. BOSELLI, *Le obbligazioni fondamentali nel contratto aleatorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, pag. 596; chi considera, invece, l'alea come "un particolare criterio di misura della prestazione", v., T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1958, I, pag. 441. Ancora, la giurisprudenza ha chiarito che l'alea "viene ad incidere sulla stessa causa del negozio e sul suo oggetto, assumendo il valore di un elemento essenziale", Cass., Sez. Un., 16 giugno 1981, n. 3092, in *Foro.it*, 1982, I, c. 477. In quest'ottica, l'impostazione che più convince è quella che ascrive l'alea tanto alla dimensione strutturale del contratto (sulla determinazione, cioè, delle prestazioni dovute), quanto su quella funzionale, v., G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, cit., pag. 119, 149; A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964.



rischio fra le parti⁷¹. Il discorso assume – giocoforza – un valore particolarmente pregnante in un contesto come quello della finanza pubblica, in cui la determinabilità dell’oggetto della scommessa si presta non solo a rispondere ad uno scopo di razionale esposizione all’incertezza degli impegni assunti, ma anche di limite all’assunzione stessa di un rischio. Impostato così il discorso, la Corte non ha bisogno di ricercare il rimedio nella disciplina della intermediazione finanziaria, trattandosi di una necessità che è intrinseca al contratto aleatorio e la cui mancanza importa nullità strutturale del contratto per indeterminabilità dell’oggetto (art. 1346 c.c.).

Parafrasando, è nulla la scommessa fatta dall’ente locale per il tramite di un contratto di scambio “senza numeri” – poiché privo di criteri che esplicitino il riparto del rischio e dell’alea - e “aggettivi” – in quanto non autorizzata e non razionale⁷².

4. Critica. Il dialogo evolutivo della giurisprudenza.

Nel corso della trattazione si è più volte cercato di far emergere il *fil rouge* che lega il trittico di sentenze sulla dimensione contrattuale dello swap, instaurando fra loro una sorta di dialogo “evolutivo”: *i*) definizione della regola (2007), *ii*) adozione del paradigma della scommessa (2013) e, infine, *iii*) riconoscimento delle conseguenze di siffatta qualificazione in ordine agli elementi essenziali del negozio (2020). È un percorso accidentato, che non sempre ha riscosso consensi unanimi tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza. È inoltre un percorso che, muovendo dalla qualificazione dello swap come contratto aleatorio - della *species* della scommessa legale autorizzata - ha portato alla progressiva svalutazione del distinguo tra operazioni di copertura e operazioni speculative, tanto sotto il profilo soggettivo (dell’intento che muove ciascuna parte), quanto sotto quello oggettivo (di come si struttura il contratto per effetto delle clausole apposte al regolamento).

4.1. Pars destruens. IRS e scommessa.

⁷¹ In questo senso si è pronunciato anche Coll. Arb. Milano, 4 luglio 2013, Pres. Marchetti, Comp. Ferrarini, Girino, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, II, pag. 220, con nota di A. TUCCI, *Contratti derivati: determinazione dell’alea e determinabilità dell’oggetto*.

⁷² Il tributo di definizione va allo scritto di G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l’impresa debole*, in questa rivista, 2012, pag. 10 ss.

Ebbene, la concezione di swap come scommessa autorizzata avente causa nella creazione artificiale di un’alea bilaterale e razionale non convince, almeno sotto due diversi punti di vista.

Anzitutto, la prassi finanziaria mostra che esistono due modalità di operazioni di *interest rate swap*, distinte in relazione al rapporto con l’entità sottostante. In una prima, può effettivamente dirsi che le parti “creano” artificialmente un rischio attraverso la regolazione di uno scambio differenziale, là dove esse assumano una posizione aleatoria in modo del tutto indipendente dall’esistenza di un’attività finanziaria sottostante da gestire⁷³. Queste operazioni sono poco frequenti nei rapporti fra intermediari e clientela non bancaria, tantomeno in quelli che coinvolgono enti locali: la conclusione di derivati in assenza di una esposizione da gestire, giova ribadirlo, contrasta radicalmente con la normativa sulla finanza delle amministrazioni locali. Vi sono poi operazioni in cui il derivato nasce per gestire una situazione di indebitamento e l’esposizione di una o, più verosimilmente, di entrambe le parti all’andamento di un mercato⁷⁴. In queste ipotesi, l’alea non può dirsi creata artificialmente con la conclusione dell’IRS, poiché lo strumento derivato

⁷³ L’utilizzo della struttura contrattuale dello swap consente all’investitore di assumere una posizione di mercato senza necessità di acquistare direttamente l’asset sottostante. Questa caratteristica dello swap, e dei derivati in genere, permette di realizzare una pluralità di strategie di investimento anche al di fuori delle sedi regolamentate di mercato. Nutrendo aspettative opposte sul possibile andamento futuro di una valuta, di un tasso, di una merce o di un corso azionario, le parti possono accordarsi per scambiare fra loro flussi finanziari assumendo “artificialmente” un rischio, ossia senza che vi sia alla base una posizione corrispondente da proteggere. Il notissimo caso *Hazell v Hammersmith and Fulham*, cit., ha ad esempio per oggetto un’operazione di swap conclusa da un ente locale con un intermediario al solo fine di speculare sulla variazione dei tassi di interesse, senza che vi sia alcun legame con un rischio precedentemente assunto da gestire.

⁷⁴ L’altra faccia del negozio derivato consiste, per l’appunto, nella realizzazione di strategie di risk management. Di regola, questa funzione è realizzata correlando la costruzione dello strumento all’attività finanziaria che espone una o entrambe le parti ad un rischio di variazione di mercato: ove l’asset sottostante registri delle perdite, la logica dello swap è quella di andarle a compensare attraverso la produzione di flussi positivi. È il caso, ad esempio, di un imprenditore che percepisce la maggior parte dei propri proventi in valuta estera e che, al fine di scongiurare il rischio di diminuzioni di valore del cambio con la valuta nazionale, conclude un currency swap ricevendo flussi positivi in ipotesi di andamento negativo del rapporto fra le due valute. Questo effetto è possibile poiché lo swap è un “*financial product which both create risk and take advantage of risk for speculative purposes*”, A. HUDSON, *The Law on Financial Derivatives*, cit., pag. 133.

mira a gestire un rischio di cui perlomeno una delle parti sia già titolare. In questo senso, lo swap, pur trattandosi tecnicamente di un'operazione astratta, non può prescindere dalla considerazione della situazione complessiva ad esso sottostante, che lo giustifica causalmente e gli attribuisce il senso che le parti gli hanno inteso imprimere. Di tal ch , l'impostazione del contratto come scommessa razionale autorizzata andrebbe a cogliere solo una minima parte di un fenomeno ben pi  ampio.

In secondo luogo, il paradigma della scommessa razionale non corrisponde con evidenza al modello che ha ispirato la *ratio* della legislazione sull'intermediazione finanziaria. Un'assunzione consapevole e razionale di un rischio, anche ove sia corredata dall'esplicitazione di elementi come il mark-to-market e gli scenari probabilistici, non esaurisce comunque il perimetro di rilevanza giuridica di un fenomeno fortemente regolato. L'analisi del dato positivo rivela difatti che il legislatore, specie quello euro-unitario, non attribuisce rilevanza al rischio unicamente nella prospettiva della trasparenza, ma limita il perimetro dell'autonomia negoziale nell'assunzione di rischi di natura finanziaria. Molteplici sono difatti le previsioni che, nella legislazione di settore, impongono la necessaria sussistenza di una relazione di adeguatezza (cd. *suitability*) fra il bene o servizio proposto dall'intermediario e il profilo specifico del cliente cui esso   indirizzato⁷⁵. Ci  vale a dire che il professionista non pu  limitarsi a vendere un prodotto alla controparte, ma deve altres  suggerirgli quello che, alla luce delle

⁷⁵ Il paradigma dell'adeguatezza,   noto, mira ad offrire una garanzia al cliente per cui il professionista suggerir  esclusivamente operazioni – di credito, di investimento, di assicurazione – che risultino in linea con il profilo soggettivo del cliente. La tutela sul modello dell'adeguatezza   stata oggetto di studio, trasversalmente ai diversi settori dell'intermediazione finanziaria da R. NATOLI, *Il contratto «adeguato». La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012. Nell'ambito dell'intermediazione creditizia, v., T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *I contratti*, 2015, pag. 70 ss.; Y. M. ATAMER, *Duty of Responsible Lending: Should the European Union Take Action?*, in *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law*, S. GRUNDMANN – Y. M. ATAMER (a cura di), The Netherlands, 2011, pag. 179 ss. In ambito di investimento mobiliare, v., F. DELLA NEGRA, *MIFID II and Private Law: Enforcing EU Conduct of Business Rule*, Oxford, 2019; M. W. WALLINGA, *Eu investor protection regulation and private law*, Groningen, 2018; D. IMBRUGLIA, *La regola di adeguatezza e il contratto*, Milano, 2017. In ambito assicurativo, I. SABBATELLI, *Adeguatezza e regole di comportamento dopo il recepimento della Direttiva IDD*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, pag. 203 ss.; S. LANDINI, *Appropriatezza, adeguatezza e meritevolezza dei contratti di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 2017, pag. 39 ss.

esigenze e degli obiettivi specifici del cliente, risulti a lui pi  adatto. La regola fa cos  leva su di una ri-configurazione totale del rapporto fra le parti: da un'ottica in cui vi era un vincitore ed un vinto (scommessa), ad una di cooperazione fra le parti, ossia di realizzazione del miglior risultato utile per il cliente.

4.2. Pars construens. IRS e gestione del rischio.

Se cos   , occorre dunque ripensare al parametro adottato per la qualificazione del contratto di *interest rate swap*.

Si   dell'impressione che durante questo percorso – vuoi anche in ragione del solido appiglio offerto dall'avviato dibattito sul tema – si sia trascurato di attribuire la dovuta centralit  all'elemento che conferisce, invero, il tratto pi  caratterizzante della vicenda in esame e che la qualifica rispetto alle altre figure cui   stata assimilata (la scommessa, l'assicurazione, il credito etc.): quello del rischio finanziario e della sua gestione. Siffatto profilo, a ben vedere, trova comunque un suo spazio all'interno del periodare della giurisprudenza che, con le richiamate decisioni, ricostruisce variamente la funzione dello swap, talvolta come di "stabilizzazione del rischio"⁷⁶, altra volta di "negoziazione"⁷⁷, ovvero di "monetizzazione"⁷⁸ del rischio. Sennonch , in nessuna di esse l'elemento della gestione del rischio rappresenta il fulcro effettivo attorno al quale il giudice conduce la valutazione dell'operazione di swap, prediligendo invece la ricostruzione di tale fattispecie come "scommessa razionale autorizzata".

La tendenza a leggere un fenomeno "alieno" secondo i tipi e le strutture conosciute induce l'interprete a trascurare elementi che connotano, invece, lo swap come operazione con caratteristiche proprie⁷⁹. In particolare, si   dell'avviso per cui

⁷⁶ Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 – 26725 cit.

⁷⁷ App. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459 cit.

⁷⁸ Sez. Un., 12 maggio 2020, n. 8770 cit.

⁷⁹ Le radici di questo approccio affondano nella teorica pi  risalente della civilistica italiana. Lo stesso Betti era dell'opinione che il sorgere di nuovi tipi contrattuali richiedesse il lento sedimentarsi dei mutamenti sociali, v., E. BETTI, *La tipicit  dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicit  del diritto odierno*, in AA. VV., *Annali della Facolt  Giuridica*, Universit  di Macerata, Napoli, 1966, I, pag. 355 ss. Questa lettura ha prodotto una profonda influenza negli interpreti nel corso del '900, tradottasi nella tendenza a ricondurre ogni contratto ad un tipo conosciuto, ovvero alla combinazione di pi  tipi normativi. Tuttavia, nel pensiero dell'A. non era estranea la concezione per cui, qualora una data struttura negoziale corrispondesse al



l'elemento della gestione del rischio - da intendersi come trasferimento o condivisione fra le parti di una esposizione alle variazioni nella quotazione di tassi di cambio, tassi di interesse, mercati azionari ovvero merci⁸⁰ - sia di per sé sufficiente a qualificare causalmente la figura, in quanto corrisponde ad un'esigenza contraddistinta da una sua piena autonomia, non veicolabile dagli altri tipi contrattuali, come l'assicurazione e la scommessa.

Con due conseguenze di rilievo.

In primo luogo, verrebbe ad estendersi il raggio della valutazione, dal singolo regolamento contrattuale all'operazione nel suo complesso. Quando siano direttamente le parti (ad es., associando uno swap su tasso di interesse ad un mutuo), ovvero la legge (come nel caso degli enti locali) a stabilire un legame fra il contratto di swap e la posizione finanziaria sottostante, non vi è difatti ragione per limitare il perimetro di valutazione alla sola struttura di scambio di pagamenti differenziali, sulla scorta della "astrattezza" del contratto di IRS. Il reale fulcro di una operazione, come quella di swap su tasso di interesse realizzata dagli enti locali, risiede nel legame costituito fra la struttura dei pagamenti differenziali, il parametro finanziario di indicizzazione delle prestazioni e l'asset sottostante di riferimento. Legame di cui l'interprete non può che tener conto per far emergere l'interesse finanziario sotteso alla conclusione del negozio.

Ancora, l'adozione del paradigma del contratto di gestione del rischio impone altresì di rivalutare il profilo di validità dell'IRS alla luce dei limiti che il diritto positivo detta all'assunzione di un rischio finanziario da parte dell'ente locale⁸¹. Se lo swap è

contratto di gestione del rischio, la sua idoneità sul piano causale deve essere misurata non tanto e non solo alla luce dell'effettiva consapevolezza del rischio finanziario cui ciascuna parte è esposta, quanto piuttosto dell'adeguatezza dello strumento concretamente confezionato rispetto ai fini e alle competenze proprie dell'ente locale nella gestione delle risorse pubbliche. Si tratta di una valutazione da condurre sul piano oggettivo e secondo un criterio *ex ante* che, se in ambito del diritto dei privati trova un diretto riferimento nella disciplina dell'intermediazione finanziaria (art. 21, TUF), nel contesto della finanza locale, può comunque ricavarsi dal principio generale che fa divieto di condurre operazioni di carattere speculativo⁸². Invero, la logica sottesa alla richiamata legislazione non può essere quella di consentire una assunzione indiscriminata di rischi, purché razionale e consapevole: quanto, invece, quella di limitare l'esplicitarsi dell'autonomia privata verso l'adozione di strumenti che, ancorché dotati "di piena razionalità mercantile", risultino in fin dei conti "lesivi di interessi economici generali"⁸³.

soddisfacimento di una "esigenza durevole della vita di relazione", anche un contratto "nuovo" potesse essere considerato "tipico", v., E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2° ed., Napoli, 1994, pag. 193. Sul fenomeno si veda più ampiamente, A. GAROFALO, *Fisiologia e patologia della causa contrattuale. Profili generali e applicazioni specifiche*, in *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, G. PERLINGIERI - L. RUGGIERI (a cura di), Camerino - Napoli, 2019, II, pag. 695 ss.

⁸⁰ In senso analogo, G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario*, cit., pag. 182.

⁸¹ L'adozione del paradigma del contratto di gestione del rischio impone di valutare con attenzione la posizione dell'intermediario bancario. La banca, è noto, mediante la conclusione di un derivato over the counter assume una posizione con tratti di ambivalenza. Da un lato, essa ricopre il ruolo di mandataria del cliente, adempiendo ad un cd. "ufficio di diritto privato", che presuppone la doverosità di una azione a tutela di un interesse altrui, cui la comunità giuridica attribuisce valenza generale, v., sulla figura, A. CANDIAN, *Del cd. "ufficio privato" e, in particolare, dell'esecutore testamentario*, in *Temì*, 1952, pag. 383 ss. Dall'altro, l'assunzione di una posizione inversa a quella del cliente reca con sé "un naturale stato di conflittuali-

tà", consistente nell'assommarsi della posizione di consulente a quella di offerente e produttore dello strumento stesso, v., Trib. Milano, 19 aprile 2011, in *dirittobancario.it*. La qualifica dell'operazione di swap alla stregua di una "scommessa" pare, in questo senso, ridurre in modo eccessivo la complessità della vicenda: equiparando difatti l'IRS ad una scommessa sull'andamento di tassi, sarebbe inevitabile concludere che la banca ha interesse alla massima perdita possibile del cliente, poiché ciò corrisponde al suo profitto. Al contrario, la qualificazione dello swap come contratto di gestione del rischio risulta più aderente non solo alla figura "normativa" dello swap, ma anche alla realtà dei traffici commerciali: attraverso operazioni di controparte, gli intermediari finanziari trasferiscono difatti le proprie posizioni ad altri operatori di mercato, evitando così di correlare i propri profitti alle perdite del cliente, v., il recente commento di A. PERRONE, *La Cassazione e i derivati. Una sentenza da maneggiare con cura*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 maggio 2020. V., per una analoga critica nella esperienza tedesca, M. ZOLLER, *(Keine) Aufklärungspflicht anlageberatender Banken über den negativen Marktwert bei Swap-Verträgen?*, in *NJW*, 2015, pag. 2220. Di conseguenza, la riqualificazione dell'operazione di swap nei termini anzidetti convoglia l'attenzione sull'elemento centrale per valutarne la liceità: la corrispondenza di quel contratto alla realizzazione degli obiettivi di gestione del rischio da parte del cliente.

⁸² Questo principio emerge, nel periodare della Corte, dal combinato disposto fra art. 41, Lg. 448/2001, art. 30, comma 15, Lg. 289/2002, art. 62, comma 10, D. Lgs. 112/2008 e Corte Cost. n. 52 del 2010.

⁸³ Il punto della critica al concetto di razionalità è espresso con particolare efficacia da M. LIBERTINI, *Note di lettura: Alla ricerca del «derivato» di C. Angelici*, in *Oss. del dir. civ. e comm.*, 2017, pag. 177.

RESPONSABILITA' CIVILE E DOVERI GENITORIALI: LE PERSISTENTI PROBLEMATICITA' DELL'ART. 709-TER C.P.C.

| 414 **Di Fausta Scia**

SOMMARIO: 1. *Le questioni sollevate dall'introduzione dell'art. 709-ter c.p.c. ed il problema dei danni punitivi.* – 2. *I danni da illecito endofamiliare: l'ingresso della responsabilità civile nelle relazioni domestiche.* – 3. *L'evoluzione del sistema della responsabilità civile.* – 4. *L'insufficienza dei rimedi "endofamiliari".* – 5. *L'introduzione dell'art. 709-ter c.p.c. e la sua controversa applicabilità nel caso di inottemperanza ai doveri di tipo economico.* – 6. *Art. 709-ter c.p.c. e diritto-dovere di visita.*

ABSTRACT. *Il lavoro trae spunto dalla recente sentenza con cui la Corte costituzionale, nel rigettare la questione di legittimità sollevata con riferimento al n. 4 del 2° comma dell'art. 709-ter c.p.c., ha inteso circoscrivere l'ambito di operatività di tale norma ai soli casi di violazione delle condotte di fare infungibile. La sentenza offre l'occasione per riflettere riguardo ad alcune delle principali problematiche suscitate dalla disposizione in questione, tra le quali, oltre a quella – oggetto, appunto, di specifica attenzione da parte della Consulta – riguardante la estensibilità dei rimedi previsti dall'art. 709-ter c.p.c. anche al caso di violazione degli obblighi di contenuto patrimoniale, quelle concernenti la funzione delle misure di cui ai nn. 2 e 3 di tale norma, nonché la compatibilità tra la previsione suddetta e, da un lato, il rimedio generale del risarcimento del danno, dall'altro, la disposizione di cui all'art. 614-bis c.p.c.*

The work is inspired by the recent decision by which the Constitutional Court, in rejecting the question of legitimacy raised with reference to n. 4 of the 2nd paragraph of art. 709-ter c.p.c., intended to limit the scope of this rule only to the cases of the breach of the obligation to act non-fungible. The decision offers the opportunity to consider some of the main problems raised by the provision examined, including, in addition to that object, indeed, of specific attention by the Court, concerning the extensibility of the remedies provided for by art. 709-ter c.p.c. also in the case of the breach of obligation of patrimonial content, those concerning the function of the measures referred to in nos. 2 and 3 of this article, as well as the compatibility between the aforementioned provision and, on the one hand, the general remedy of compensation for damage, on the other, the provision of art. 614-bis c.p.c.



1. Le questioni sollevate dall'introduzione dell'art. 709-ter c.p.c. ed il problema dei danni punitivi.

Di recente, la Corte costituzionale¹ si è occupata di una questione molto delicata, su cui in passato si è ampiamente dibattuto sia in dottrina, sia in giurisprudenza: si tratta della controversa applicabilità dei rimedi di cui al secondo comma dell'art. 709-ter c.p.c.², oltretutto nelle ipotesi di inottemperanza agli obblighi infungibili di *facere* da parte di uno dei genitori, anche nel caso in cui quest'ultimo sia venuto meno ai suoi doveri di tipo economico nei confronti dei figli.

Tale sentenza, al di là della relativa portata in ordine alla soluzione della specifica questione sottoposta alla sua attenzione³, ha il merito di offrire l'occasione per riflettere riguardo ad alcune delle principali problematiche sollevate dalla disposizione in esame.

Come è noto, l'art. 709-ter c.p.c. è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla legge n. 54/2006⁴,

allo scopo di garantire una tutela concreta dell'interesse dei minori⁵, soprattutto a fronte dell'inadempimento di obblighi incoercibili da parte dei genitori. Tale norma contempla, infatti, strumenti di coercizione indiretta, tali da spingere i genitori a rispettare gli obblighi previsti dai provvedimenti del Tribunale⁶.

Tra i dubbi sollevati dalla disposizione in esame, si segnala, innanzitutto, quello che concerne la funzione medesima dei rimedi ivi previsti: ci si interroga, più specificamente, circa la natura (riparatoria o sanzionatoria) delle misure previste dai nn. 2 e 3 del secondo comma dell'art. 709-ter c.p.c.

Mentre, infatti, taluni ritengono che i rimedi risarcitori contemplati da tale norma⁷ siano da ricon-

disciplina previgente, ha introdotto la regola generale dell'affidamento condiviso dei figli in caso di separazione dei genitori (artt. 1 e 2), nonché – considerata la previsione di cui all'art. 4, comma 2, della medesima legge – in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio e di procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati. Tra i primi commenti a tale legge, v.: CASABURI, *La nuova legge sull'affido condiviso (ovvero, forse: tanto rumore per nulla)*, in *Corr. mer.*, 2006, 565 ss.; QUADRI, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Famiglia*, 2006, 395 ss.; DANOVI, *I provvedimenti riguardanti i figli: profili processuali*, in *Trattato Bonilini-Cattaneo*, II ed., Torino, 2007, *passim*; DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, II ed., Padova, 2007, *passim*; OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2008, 77 ss.

⁵ Ma si tende a ritenere che la stessa riguardi anche i maggiorenti portatori di handicap gravi (VALONGA, *La violazione dei doveri genitoriali tra funzione riparatoria e punitiva della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2019, 862).

⁶ Nel nostro ordinamento esistono altre norme di coercizione indiretta di obblighi infungibili, quale l'art. 614-bis c.p.c., secondo cui «con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento». Sulla funzione di tale meccanismo sussistono dubbi in dottrina. Non essendo richiesta la prova del danno, si tende ad escludere la natura risarcitoria dello stesso. Secondo PARINI, *op. cit.*, 232 (cui si rinvia per un approfondimento della questione), si tratterebbe, infatti, di «un meccanismo volto alla coartazione della volontà dell'obligato dalle tinte latamente sanzionatorie». *Contra*, MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2010, 647. Sul rapporto tra tale disposizione e l'art. 709-ter c.p.c. si tornerà più oltre.

⁷ Ai sensi del secondo comma dell'art. 709-ter c.p.c., il giudice, «in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:

- 1) ammonire il genitore inadempiente;
- 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;
- 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro;

¹ Corte cost., 10 luglio 2020, n. 145, in *Dir. giust.*, 2020, 1 ss.

² Recante «Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni». Il secondo comma di tale norma individua in via alternativa le condotte che possono giustificare l'applicazione delle sanzioni ivi previste, le quali possono consistere in gravi «inadempienze», da riferirsi agli obblighi concernenti l'esercizio della responsabilità genitoriale o l'affidamento dei minori, oppure in «atti che comunque arrechino pregiudizio al minore», o anche in atti che «ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento».

I rimedi contemplati dalla norma, che il giudice può adottare anche congiuntamente, sono: l'ammonizione del genitore inadempiente, il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori e nei confronti del minore e/o dell'altro genitore, la sanzione amministrativa pecuniaria a carico dell'inadempiente e a favore della Cassa delle ammende.

Il primo comma riguarda, invece, le ipotesi di «controversie» tra i genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o alle modalità dell'affidamento.

Secondo alcuni, il secondo comma di tale norma contemplerebbe ipotesi di condotte più gravi rispetto a quelle di cui al primo comma. V., in tal senso, LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediario introdotto dall'art. 709-ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. dir.*, 2008, 65, la quale osserva, in proposito, che «la differenza tra le “controversie” e le “violazioni e inadempienze” basata sul diverso grado di gravità induce a ritenere che tra i provvedimenti opportuni e i rimedi avverso l'inadempimento possa intercorrere un rapporto di consequenzialità e graduazione. Nel senso che se una condotta non grave può essere inibita dal giudice con indicazioni opportune, la sua reiterazione può rendere necessaria l'adozione di un provvedimento più incisivo di tipo sanzionatorio». Secondo altri, invece (e v. PARINI, *Rapporti genitori-figli e responsabilità civile*, Roma, 2011, 213 ss.), la differenza andrebbe ravvisata nella eterogeneità delle situazioni a cui si riferiscono le due previsioni normative: situazioni fisiologiche, nel primo caso, patologiche, nel secondo.

³ Su cui si tornerà più avanti, nel § 5.

⁴ Tale legge, recante «Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli», superando la



durre nell'ambito della sfera di operatività delle disposizioni di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c., e che, quindi, rappresentino una vera e propria codificazione della responsabilità da illecito endofamiliare⁸, altri qualificano gli stessi in termini di pena privata, con funzione sanzionatoria e deterrente⁹.

4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende».

⁸ In tal senso, v. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in CENDON (a cura di), *Persona e danno*, III, Milano, 2004, 590 ss. Nel medesimo senso, v.: G. FINOCCHIARO, *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, in *Guida dir.*, 2006, 11, 58 ss.; M.A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1094 ss.; GRECO, *Affido condiviso (l. 54/2006) e ipotesi di responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1199; FACCI, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, in SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008, 227 ss. ASTONE, *L'art. 709 c.p.c.: un riconoscimento normativo della funzione punitiva della responsabilità?*, in ALPA e PATTI (dir. da), *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, Padova, 2009, 326 ss., a conferma della natura non punitiva dei rimedi di cui all'art. 709-ter c.p.c., adduce la circostanza che la stessa norma non contempla alcuna quantificazione preventiva dei danni da risarcire: in particolare, osserva l'a., se tale norma «sotto il profilo della funzione di deterrenza, sembrerebbe assolvere ad una identità di ratio con i danni punitivi, sotto il profilo del quantum debeatur, se ne distacca in quanto l'importo risarcitorio, nel silenzio del legislatore, dovrebbe essere individuato sulla base dell'entità del danno, secondo i criteri tipici in materia di responsabilità extracontrattuale». PARINI, *op. cit.*, 227, dal canto suo, invita ad operare una distinzione, al riguardo, tra i rimedi di cui ai nn. 1 e 4 e quelli di cui ai nn. 2 e 3: la ricostruzione in chiave sanzionatoria sarebbe ammissibile, infatti, secondo l'a., solo per l'ammonizione e per la pena pecuniaria, mentre desterebbe perplessità la scelta di qualificare senz'altro come sanzionatorie le misure di cui ai nn. 2 e 3. Di recente, v. CARICATO, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in PATTI (dir. da), *Quaderni di Famiglia*, 7, Pisa, 2020, 37, secondo cui il ruolo di sanzione può essere rivestito solo dalla sanzione amministrativa pecuniaria, «che costituisce il culmine dei rimedi e assume appunto i caratteri di pena, non apparendo commisurata a un danno effettivamente sofferto».

Sui danni punitivi e sull'evoluzione dell'atteggiamento giurisprudenziale nei confronti dell'illecito endofamiliare, si rinvia a quanto si avrà modo di osservare più avanti.

⁹ In tale ordine di idee si muovono, tra gli altri: DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2007, 231 ss.; DE MARZO, *L'affidamento condiviso. Profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2006, V, 95 ss.; e ARCIERI, *La responsabilità da deprivazione genitoriale al vaglio della giurisprudenza di merito: due differenti forme di tutela per l'identico diritto costituzionalmente garantito*, in *Fam. dir.*, 2010, 157 ss. Per la natura sanzionatoria di tutte le misure di cui all'art. 709-ter c.p.c., v., inoltre: DANOVI, *Provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1017; FIGONE, *In tema di risarcimento del danno ex art. 708 ter c.p.c.*, in *Danno resp.*, 2008, 799 ss.; CANAVESE, *Evoluzioni giurisprudenziali sull'art. 709 ter c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2014, 10 ss.; PETRELLI, *Verso i "danni punitivi"?*, in *Contr. impr.*, 2017, 1187 ss.; D'ANGELO, *L'art. 709-ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un surrogato giudiziale della solidarietà familiare?*, in *Danno*

Né si manca, piuttosto, di optare, al riguardo, per la tesi della natura composita della previsione di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 709-ter c.p.c.: la stessa, insomma, avrebbe sia la funzione di reintegrare e compensare la parte lesa per il pregiudizio, sia quella di punire e dissuadere l'inadempiente¹⁰.

resp., 12, 2008, 1193 ss. LA ROSA, *op. cit.*, 71, osserva, al riguardo, che «le misure previste dalla norma in esame hanno natura afflittiva intimidatoria, essendo focalizzate [...] sulla gravità della condotta genitoriale». Il carattere sanzionatorio sembrerebbe, in effetti, confermato dalla rilevante entità degli importi che i genitori inadempienti sono spesso condannati a corrispondere: cfr., ad esempio, Corte App. Bologna, 10 febbraio 2004, in *www.diritto.it*, che ha condannato il genitore che si era sempre disinteressato del figlio al pagamento di circa 2 milioni e mezzo di euro, sia per i danni patrimoniali, sia per i danni non patrimoniali, e Corte App. Roma, 14 giugno 2011, in *www.personaedanno.it*, che ha condannato il coniuge a pagare 40.000,00 euro per i comportamenti immorali e prevaricatori ai danni dell'altro. Riguardo al peculiare ruolo del dolo nell'ambito dell'illecito endofamiliare, v. Corte App. Milano, 12 aprile 2006, in *Resp. civ. prev.* 2006, 11, 1904, secondo la quale a rilevare, ai fini del risarcimento, non è tanto la violazione di un dovere familiare, tra quelli tipizzati nel codice civile, inteso in senso stretto, quanto il sottrarsi consapevolmente e con l'inganno, da parte del congiunto, ai contenuti relazionali-esistenziali e partecipativi che tali doveri sono andati sempre più assumendo (così, ROSSI, *Nuove vittime del torto endo-familiare: un'apertura a metà*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1907). Cfr., inoltre, Trib. Reggio Emilia, 24 giugno 2020, in *www.rivistafamiglia.it*, secondo cui «la consapevolezza, da parte della convenuta, che la propria gravidanza era dovuta alla relazione extraconiugale, diventa un elemento costitutivo della domanda risarcitoria posta in essere dall'attore; né potrebbe essere diversamente, proprio perché [...] la mera relazione extraconiugale non è di per se' idonea a fondare la domanda risarcitoria». Sul punto, v. anche *infra*, nota 41.

Per un'ampia e articolata disamina del tema, v., in particolare, PATTI, voce *Pena privata*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIII, Torino, 1995, 349 ss. V., inoltre, LENA, *La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull'affidamento*, in SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008, 268 ss., e ASTONE, *Responsabilità civile e crisi della famiglia*, in ZATTI (dir. da), *Trattato di diritto di famiglia*, I, a cura di FERRANDO, FORTINO e RUSCELLO, Milano, 2011, 1827.

¹⁰ In tal senso, v.: VALONGA, *op. cit.*, 861, e MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017, 39 ss. Al riguardo, cfr. FACCI, *L'art. 709-ter c.p.c., l'illecito endofamiliare e i danni punitivi*, in *Fam. dir.*, 2008, 1026 ss., il quale, dopo aver precisato che «nel contesto in esame non sembra necessario introdurre una speciale figura di danni punitivi, in quanto gli illeciti tra coniugi, ex coniugi o genitori sono caratterizzati dalla presenza dell'elemento soggettivo del dolo, il quale finisce indubbiamente per influenzare la liquidazione in via equitativa del giudice, come ben rappresentato dall'entità del risarcimento che generalmente viene riconosciuta in questi casi», afferma che «appare plausibile l'impostazione secondo la quale il risarcimento del danno di cui all'art. 709 ter c.p.c. (n. 2 e 3) abbia una duplice natura e finalità: come mezzo di coazione volto a far cessare un comportamento illecito, inducendo la parte ad una condotta "virtuosa", volta cioè all'adempimento dei doveri genitoriali e più nello specifico dei provvedimenti emessi dall'Autorità giudiziaria circa l'affidamento dei figli e/o l'esercizio della potestà; quale mezzo di reintegrazione di un grave pregiudizio, posto che





In effetti, tale norma è stata introdotta all'esito di un percorso giurisprudenziale che è approdato al pieno riconoscimento della risarcibilità dell'illecito endofamiliare¹¹: dal che alcuni hanno ritenuto di poter legittimamente inferire la funzione riparatoria delle misure ivi indicate¹². Proprio il nuovo orientamento della giurisprudenza ha indotto, peraltro, ad escludere la natura risarcitoria dei rimedi di cui all'art. 709-ter c.p.c., ritenendo che non sarebbe stata necessaria una specifica previsione in tal senso, una volta ammessa l'applicabilità degli artt. 2043 e 2059 c.c. in caso di pregiudizi derivanti da illeciti endofamiliari¹³.

I rimedi di cui ai nn. 2 e 3 della norma in esame sono stati senz'altro assimilati¹⁴, d'altro canto, ai *punitivi damages*¹⁵ di origine anglosassone. E anche

non può darsi risarcimento senza una perdita nella sfera degli interessi del danneggiato; pertanto, nell'ipotesi in cui manchi un concreto pregiudizio, ma vi sia soltanto un comportamento lesivo, tale condotta potrà essere sì sanzionata, ma solo attraverso i rimedi dell'ammonizione e della sanzione pecuniaria».

¹¹ In passato, come si vedrà meglio più avanti, l'orientamento era nel senso della c.d. "immunità" del diritto di famiglia rispetto alle regole in materia di responsabilità civile. Al riguardo, significative restano le osservazioni di RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 415 ss.

¹² PARINI, *op. cit.*, 249.

¹³ Come sottolinea LA ROSA, *op. cit.*, 69, se la funzione dei rimedi di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 709-ter c.p.c. fosse risarcitoria e non sanzionatoria, non si comprenderebbe l'utilità della relativa previsione, essendo già riconosciuta la risarcibilità dei danni da illecito endofamiliare.

In giurisprudenza, per la funzione sanzionatoria dei rimedi di cui all'art. 709-ter c.p.c., v., di recente, Trib. Milano, 2 maggio 2019, in *www.ilFamiliariista.it*, 15 novembre 2019. Per la funzione riparatoria degli stessi, v., invece, tra gli altri, Trib. Pavia, 23 ottobre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 149 ss., e Trib. Roma, 3 settembre 2011, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1327 ss. Per la duplice funzione, riparatoria e sanzionatoria, v. Trib. Padova, 3 ottobre 2008, in *Fam. dir.*, 2009, 609 ss., nonché Trib. Reggio Emilia, 5 novembre 2007, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 74 ss.

¹⁴ Cfr., sul punto: CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in *Giur. mer.*, 2006, 61 ss.; CASSANO, *In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter, comma 2, c.p.c. ed i danni prettamente "patrimoniali" tra congiunti*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 501 ss.; FIGONE, *op. cit.*, 801 ss. LA ROSA, *op. cit.*, 71 e 72, osserva come «l'accento posto dalla norma sulla gravità della condotta genitoriale» richiami «l'idea dei danni punitivi e più in generale, delle pene private». L'a. aggiunge, dunque, che «in questa diversa logica ipotizzata la fattispecie normativa non richiede la prova del danno effettivamente subito e non rapporta il risarcimento al pregiudizio subito dal minore, in ossequio ai criteri di liquidazione dei danni punitivi. E ciò a differenza della responsabilità aquiliana, laddove la giurisprudenza ha costantemente escluso che il danno sia *in re ispa*, dovendo essere provato nell'*an* e nel *quantum*».

¹⁵ Per un approfondimento del tema riguardante i *punitivi damages*, v., già, PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435 ss., e SIRENA, *Il risarcimento dei danni cd. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa, ivi*, 2006, I, 531 ss. La

la giurisprudenza ha, in alcuni casi, seguito il medesimo orientamento¹⁶.

Al riguardo, sembra il caso di sottolineare come non paia di scarso rilievo, al fine di qualificare correttamente la natura delle misure previste, la circostanza che la norma faccia riferimento alle gravi inadempienze del genitore che ha posto in essere la condotta lesiva e non ai danni patiti dalla vittima. Le pene private, nel cui ambito si tende a far confluire i *punitivi damages*¹⁷, sono connotate, come è noto, proprio da un profilo afflittivo, che tende a prevalere su quello reintegratorio: sono del tutto svincolate dai pregiudizi di tipo economico eventualmente subiti dal soggetto e hanno principalmente una funzione sanzionatoria e deterrente, mirando a scoraggiare il compimento di azioni potenzialmente lesive.

Non tutti condividono, però, come si è anticipato, la tesi della natura sanzionatoria delle misure in esame. Infatti, oltre alla ricordata circostanza del pieno riconoscimento, da parte della giurisprudenza più recente, della risarcibilità dell'illecito endofamiliare, diverse altre ragioni deporrebbero nel senso della funzione di carattere risarcitorio: la scelta del legislatore di non fare alcun riferimento alle pene private; la presenza nel nostro ordinamento di disposizioni, come quella di cui all'art. 129-bis c.c., il

discussione al riguardo ha ricevuto nuovo impulso in occasione della presa di posizione sul punto della giurisprudenza ricordata *infra*, note 24 e 26.

¹⁶ V. Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Giur. merito*, 2008, 1584 ss., che, accantonando in linea di principio l'orientamento di Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Giur. it.*, 2007, 2724 ss., la quale aveva escluso la collocazione dei danni punitivi all'interno dei principi che regolano la responsabilità civile, ha ritenuto che il risarcimento dei danni previsto dall'art. 709-ter c.p.c. rientri nel novero dei *punitivi damages*, aventi natura eminentemente sanzionatoria, e non è, quindi, riconducibile agli artt. 2043 e 2059 c.c. Tale risarcimento rappresenta allora – precisa il Tribunale – una sanzione coercitiva, volta ad indurre il responsabile a recedere dall'illecito, e può essere disposto dal giudice anche congiuntamente alle altre misure punitive previste dalla stessa disposizione. A tale ricostruzione non sarebbe d'ostacolo, secondo tale impostazione, il fatto che il nostro ordinamento non conosca i danni punitivi: per il Tribunale di Messina, la legge n. 54/06 recepisce, infatti, l'esperienza anglosassone e nordamericana e, quindi, può legittimamente introdurre un *quid novum*.

In senso analogo, v., tra gli altri: Trib. Messina, 8 ottobre 2012, in *Danno resp.*, 2013, 409 ss.; Corte App. Venezia, 21 gennaio 2015, in *Fam. dir.*, 2016, 169 ss.; Trib. Novara, 21 luglio 2011, in *Giur. merito*, 2013, 1048 ss.; Trib. Roma, 11 giugno 2011, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 298 ss.; Cass., 22 ottobre 2010, n. 21718, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2011, 1537 ss.; Trib. Vallo della Lucania, 7 marzo 2007, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 472 ss.

¹⁷ D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 390 ss. Sui rapporti tra pena privata e risarcimento del danno, v., comunque, MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 780 ss.

cui tenore letterale¹⁸ confermerebbe, *a contrario*, la volontà del legislatore di attribuire una funzione esclusivamente risarcitoria ai rimedi in questione¹⁹; la previsione, all'interno dell'art. 709-ter c.p.c., di una misura di tipo certamente sanzionatorio (la condanna al pagamento della sanzione pecuniaria), cui andrebbe a sovrapporsi, con effetto ridondante, un rimedio avente la medesima funzione; l'assenza della previsione di un limite minimo e massimo della pena, limite che il legislatore avrebbe indicato, ove avesse avuto intenzione di introdurre una misura di tipo sanzionatorio, da comminare a prescindere dai pregiudizi subiti dalla vittima²⁰.

Non sembra, però, che le motivazioni addotte a sostegno della tesi contraria alla natura sanzionatoria siano del tutto convincenti: in particolare, la circostanza che la medesima norma contempli già almeno un rimedio sanzionatorio (ma, a ben vedere, anche l'ammonizione pare rientrare senz'altro tra le misure di tale tipo) non solo non basta ad escludere che gli altri rimedi previsti dalla stessa abbiano analogo carattere, ma sembra addirittura condurre alla opposta conclusione. Proprio il fatto che due dei quattro rimedi contemplati dalla norma in esame abbiano una funzione chiaramente sanzionatoria, potrebbe, anzi, appunto portare a ritenere che il legislatore, a fronte della esistenza di una autonoma disciplina dell'illecito extracontrattuale, abbia inteso attribuire a tutti i rimedi previsti dalla nuova disposizione di cui all'art. 709-ter c.p.c. la diversa funzione di sanzionare la condotta illecita del genitore che abbia tenuto comportamenti lesivi dei diritti dei figli e del coniuge.

Del resto, se è vero che il legislatore non ha espressamente attribuito funzione sanzionatoria alle misure di cui ai nn. 2 e 3, è altresì vero che il solo riferimento al risarcimento del danno non pare possa bastare ad escludere che lo stesso sia finalizzato a punire il comportamento lesivo: la norma si limita, infatti, ad indicare il tipo di rimedio, ma non la relativa finalità, che potrebbe, quindi, essere tanto ripriatorica, quanto sanzionatoria²¹.

¹⁸ Tale norma prevede l'obbligo per il coniuge cui sia imputabile la nullità del matrimonio di corrispondere all'altro coniuge in buona fede una congrua indennità «anche in mancanza di prova del danno sofferto».

¹⁹ Sulla natura della sanzione prevista dall'art. 129-bis c.c. e sul rapporto tra invalidità del matrimonio e responsabilità civile, v., per tutti, PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, 80 ss.

²⁰ In tal senso, v., in particolare, PARINI, *op. cit.*, 261 ss.

²¹ *Contra*, peraltro, BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *www.giustiziacivile.com*, 31 gennaio 2018, che, nell'escludere, in generale, che il nostro ordinamento riservi spazio al risarcimento di tipo sanzionatorio, precisa che le sanzioni civili, pure previste, devono essere nettamente distinte dal risarcimento del danno: le stesse comportano, infatti, «a carico del

Ma, soprattutto, le condotte cui fa riferimento la disposizione in esame sono spesso fonte di danni non dimostrabili e non quantificabili. Se la funzione dei rimedi previsti fosse risarcitoria, di fatto la vittima rischierebbe di restare priva di ristoro: dimostrare, ad esempio, i pregiudizi concretamente subiti dal figlio per le ripetute assenze del genitore non collocatario (si pensi alla inottemperanza al suo diritto/dovere di visita settimanale o alla scelta di non trascorrere le vacanze insieme ai figli²²), risulta nella realtà tutt'altro che agevole.

Inoltre, non può non considerarsi la generale tendenza ad ammettere ormai anche nel nostro ordinamento il risarcimento punitivo²³.

Al riguardo, non si può trascurare, ovviamente, di ricordare il recente orientamento seguito dalle Sezioni Unite della Cassazione che, con sentenza n. 16601 del 5 luglio 2017²⁴, nel considerare superata la precedente giurisprudenza in materia – favorevo-

responsabile un sacrificio economico che non è commisurato o comunque rapportato al danno eventualmente arrecato e generalmente non va neppure a vantaggio della vittima». Un esempio di sanzione civile è – osserva l'a. – proprio la sanzione pecuniaria di cui all'art. 709-ter c.p.c., la quale sarebbe prevista, non a caso, «distintamente rispetto alla condanna al risarcimento dei danni nei confronti del minore e nei confronti dell'altro genitore».

²² Trib. Roma, 5 giugno 2007, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 760 ss., ha condannato un padre che non aveva trascorso le vacanze estive con i figli, al pagamento della somma di 17.000,00 euro nei confronti degli stessi.

²³ QUADRI, in BOCCHINI e QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2020, 1322 ss., osserva, al riguardo, come la tendenza ad aprirsi ai danni punitivi si presenti «quando in gioco sono interessi la cui esigenza di tutela è più imperiosamente avvertita dall'ordinamento, sulla base di considerazioni di carattere sociale che eccedono la sfera dei singoli soggetti che pure siano coinvolti dal fatto dannoso». Sui danni punitivi, v., sempre di recente, BOCCHINI, *Gli stati familiari*, Torino, 2020, 498 ss.

Secondo una opinione diffusa, il risarcimento del danno ristirebbe una natura composita, affiancandosi alla funzione reintegratoria quella sanzionatoria. In tal senso, v.: BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, XVI, 1991, Roma, 6 ss.; PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, in *Foro it.*, 2007, 316; PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da "vorrei ma non posso"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 353 ss. Secondo PARINI, *op. cit.*, 275 ss., «se pure la finalità propria del rimedio risarcitorio sia prevalentemente compensatoria-reintegrativa, con un netto distacco dalle pene private, che invece sono caratterizzate da una prevalente funzione sanzionatoria, in ogni modo pare innegabile che detto rimedio, pur indirettamente, realizzi anche una finalità deterrente e sanzionatoria». «La possibilità di vedersi condannare al risarcimento dei danni cagionati» – precisa l'a. – «potrebbe, infatti, spingere il soggetto ad evitare di porre in essere determinati comportamenti».

²⁴ In *Foro it.*, 2017, I, 2613 ss. Sulla discussione occasionata da tale decisione, basti rinviare, anche per gli opportuni riferimenti, agli scritti in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1405 ss. (GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, MONATERI, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, PONZANELLI, *Le Sezioni unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*).





le al «carattere monofunzionale della responsabilità civile», intesa, cioè, come diretta esclusivamente a «restaurare la sfera patrimoniale del soggetto leso» – hanno ammesso la delibabilità di sentenze straniere comportanti “risarcimenti punitivi”²⁵. E determinante, nell’orientare la scelta interpretativa nel senso indicato, è stata ritenuta la «traiettorie» di recente percorsa dall’istituto della responsabilità civile²⁶, essendo emersa, «accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria dell’istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza)», «una natura polifunzionale [...] che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva»²⁷.

²⁵ Secondo il precedente dominante indirizzo, per cui v. Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Resp. civ. prev.*, 207, 839, e Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Giust. civ.*, 1995, I, 887, invece, il risarcimento del danno avrebbe esclusivamente la funzione di neutralizzare una perdita subita dal danneggiato. L’attribuzione a quest’ultimo di una somma di denaro, alla luce del mero accertamento dell’inadempimento, finirebbe con il configurarsi come una sanzione civile punitiva, non contemplata dal nostro ordinamento.

²⁶ Le Sezioni Unite richiamano, in particolare, «il panorama normativo che si è venuto componendo», facendo espresso riferimento, tra gli altri, agli stessi artt. 709-ter e 614-bis c.p.c., norme che confermerebbero «la molteplicità di funzioni che contraddistinguono il problematico istituto» della responsabilità civile. Di analogo tenore risulta l’ordinanza di rimessione (Cass., 16 maggio 2016, n. 9978, in *Foro it.*, 2016, I, 1973), che, a sua volta, si riferisce espressamente all’art. 709-ter c.p.c.: vi si legge, infatti, che l’evoluzione nel senso della «polifunzionalità del sistema della responsabilità civile» è «testimoniata da numerosi indici normativi che segnalano la già avvenuta introduzione, nel nostro ordinamento, di rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria», tra i quali, appunto, proprio l’art. 709-ter c.p.c. Le Sezioni Unite, a sostegno della propria decisione, affermano, inoltre, che «nella stessa giurisprudenza costituzionale si trovano agganci meritevoli di considerazione»: il riferimento è a alle diverse sentenze con cui la Consulta si è pronunciata nel senso della polifunzionalità della responsabilità civile (tra cui, v. Corte cost., 11 novembre 2011, n. 303, in *Guida dir.*, 2012, 5, 39, e Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152, in *Dir. giust.*, 2016, 24 giugno).

²⁷ Peraltro, BIANCA, *Qualche necessaria parola*, cit., osserva criticamente, al riguardo, come la funzione deterrente e anche latamente sanzionatoria della responsabilità civile, svolta attraverso l’imposizione dell’obbligo di risarcimento del danno, «non implica che i nostri giudici possano legittimamente condannare ad una pena sotto forma di risarcimento del danno». «La previsione del risarcimento del danno» – aggiunge l’a. – è «la previsione di un rimedio compensativo, che non include la sanzione punitiva», la quale deve necessariamente «sottostare al principio di legalità» (come risulterebbe confermato, secondo l’a., dalla stessa pronuncia delle Sezioni Unite, in cui si legge che «questa curvatura deterrente/sanzionatoria» della responsabilità civile non comporta «che l’istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza» e non significa che la stessa «consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati»).

La differenza tra i due orientamenti sopra riportati riguardo alla natura dei rimedi previsti dall’art. 709-ter c.p.c. non è di poco conto, essendo destinata ad incidere sui presupposti richiesti ai fini dell’applicazione degli stessi. Aderendo alla tesi della natura compensativa, si dovrebbe, infatti, ammettere la necessità di dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi soggettivi e oggettivi dell’illecito, senza alcun automatismo tra comportamento lesivo e risarcimento del danno. Viceversa, optando per la natura punitiva delle misure di cui alla norma in esame, dovrebbe ritenersi sufficiente la prova dell’inadempimento da parte del genitore, non essendo necessario fornire anche la prova del danno subito. In tale ultima ipotesi, in sostanza, il danno si configurerebbe *in re ipsa*²⁸, ossia sarebbe implicito nella mancata ottemperanza ai provvedimenti del Tribunale²⁹.

Sul punto, comunque, v. quanto osservato da NITTI, *La pubblicazione di foto di minori sui social network tra tutela della riservatezza e individuazione dei confini della responsabilità genitoriale*, in *Fam. dir.*, 2018, 394, che, con specifico riferimento all’illecito endofamiliare, mette in evidenza come i rimedi punitivi, sebbene presentino il carattere della officiosità, potendo il giudice pronunciarsi pure in assenza di domanda di parte, non debbano far temere che attraverso gli stessi si finisca col ripristinare quel «paternalismo giudiziario e legislativo che in passato aveva caratterizzato la materia del diritto di famiglia». «L’acquisita dimensione privatistica della famiglia» non può essere incrinata, infatti, precisa l’a., da questo «strumentario di rimedi». L’a. invita, dunque, a considerare gli stessi alla luce della «crescente volontà dell’ordinamento di accordare una tutela rafforzata ai soggetti deboli, soprattutto in un settore, come quello del rapporto dei minori con i nuovi media, in cui i diritti fondamentali degli stessi sono maggiormente a rischio».

²⁸ Secondo alcuni, peraltro, in mancanza della prova del pregiudizio, il comportamento lesivo potrebbe essere sanzionato solo attraverso i rimedi dell’ammonizione e della sanzione amministrativa pecuniaria. Così VALONGA, *op. cit.*, 867: l’a. osserva, infatti, come, nel caso in cui mancasse la verifica dei presupposti di cui all’art. 2043 c.c., «una condotta lesiva posta in essere dal genitore potrebbe essere sanzionata esclusivamente attraverso la sanzione pubblicistica di cui ai nn. 1 e 4 del secondo comma dell’art. 709 ter c.p.c., che, presentando una finalità squisitamente sanzionatoria, richiede l’accertamento della violazione, ma non dell’esistenza di un pregiudizio».

²⁹ Ritiene che il danno sia *in re ipsa*, tra gli altri, App. Firenze, 29 agosto 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 3, 1207. In tal senso, v., inoltre, Corte App. Milano, 12 aprile 2006, cit., secondo la quale il danno esistenziale derivante dalla lesione della libertà di determinarsi al matrimonio, per effetto della violazione dell’obbligo di lealtà da parte del futuro coniuge, è danno *in re ipsa* e, conseguentemente, esso prescinde da qualsivoglia onere probatorio, potendo essere liquidato dal giudice in via equitativa. *Contra*, di recente, con riferimento al caso di violazione dei doveri nascenti dal rapporto di filiazione, v. Trib. Savona, 13 gennaio 2020, in *Redaz. Giuffrè*, 2020, secondo il quale non esiste alcun automatismo tra la lesione del diritto alla qualità di figlio e il risarcimento del danno «poiché quest’ultimo non è *in re ipsa* ma è necessario che la condotta del genitore abbia prodotto un danno ingiusto da perdita, privazione e pre-

La tesi secondo la quale nel nostro ordinamento sarebbe senz'altro configurabile il danno *in re ipsa* risulta, però, notoriamente controversa nella medesima giurisprudenza³⁰.

Inoltre, è chiaro che, una volta riconosciuta ai rimedi previsti dai nn. 2 e 3 della norma in esame una funzione di tipo sanzionatorio, non si dovrebbe dubitare della potenziale applicabilità, di fronte al medesimo comportamento, sia dello strumento risarcitorio previsto dagli artt. 2043 e 2059 c.c., sia delle misure previste dall'art. 709-ter c.p.c.

In ogni caso, al di là della via che si intenda seguire in ordine alla natura dei rimedi contemplati da tale norma, a quest'ultima va senz'altro riconosciuto il merito di aver favorito la spinta della giurisprudenza nella direzione del pieno riconoscimento della risarcibilità dei danni da illecito endofamiliare.

2. I danni da illecito endofamiliare: l'ingresso della responsabilità civile nelle relazioni domestiche.

In realtà, già diversi anni prima dell'intervento del legislatore, la giurisprudenza – anche accogliendo suggestioni dottrinali – aveva iniziato a manifestare, sia pure con notevoli riserve, il suo atteggiamento di sempre maggiore apertura verso la risarci-

clusione, inquadrabile nella categoria del danno non patrimoniale di natura esistenziale, danno che deve essere valutato in base agli atti acquisiti al processo e parametrato tenuto conto della gravità e della durata delle violazioni genitoriali e delle ricadute negative sulla vita e sulla salute dei figli».

³⁰ In effetti, secondo la fondamentale impostazione di Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Riv. dir. comm.* 2009, II, 43, su cui si tornerà più avanti, «il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza che deve essere allegato e provato: potrà farsi ricorso alla prova testimoniale, documentale e, soprattutto, presuntiva, la quale ultima potrà costituire anche l'unica fonte per la formazione del convincimento del giudice, anche se soggetta all'onere di allegazione della parte». Sul punto, v. anche, ad es., Cass., 6 dicembre 2018, n. 31537, in *Mass. giust. civ.*, 2019, la quale – con riferimento al caso di responsabilità civile derivante da pregiudizio all'onore ed alla reputazione – ha affermato che «il danno risarcibile non è "in re ipsa" e va pertanto individuato, non nella lesione del diritto inviolabile, ma nelle conseguenze di tale lesione, sicché la sussistenza di tale danno non patrimoniale deve essere oggetto di allegazione e prova, e la sua liquidazione deve essere compiuta dal giudice sulla base, non di valutazioni astratte ma del concreto pregiudizio presumibilmente patito dalla vittima, per come da questa dedotto e provato». Peraltro, diversamente, Cass., 4 giugno 2018, n. 14242, in *DeJure*, ha affermato – con riferimento ad un caso di lesione del diritto alla riservatezza – che le conseguenze non patrimoniali del danno «sono da considerare *in re ipsa* a meno che il danneggiante non dimostri che esse non vi sono state ovvero che si tratta di un danno irrilevante o bagatellare ovvero ancora che il danneggiato abbia tratto vantaggio dalla pubblicazione dei dati».

bilità dei pregiudizi da illeciti compiuti all'interno dell'ambiente domestico³¹.

Soprattutto a partire dagli anni novanta, si è registrata, infatti, una vera e propria evoluzione dell'orientamento della giurisprudenza sul punto, la quale ha evidentemente trovato la sua genesi nelle significative novità che hanno riguardato sia il sistema della responsabilità civile, sia il modello familiare adottato dal legislatore.

Come è noto, oggi la famiglia è caratterizzata da una struttura di tipo associativo, in cui tutti i membri, di conseguenza, sono posti sullo stesso piano. Il codice civile del 1942 faceva, invece, riferimento ad un modello familiare di tipo gerarchico, basato sulla rigida ripartizione dei ruoli ed al cui vertice era collocato il capo famiglia, titolare della patria potestà nei confronti dei figli, nonché della potestà maritale nei confronti della moglie³². La famiglia, chiusa all'interno di una struttura rigidamente autoritaria, era, dunque, espressione di interessi di natura pubblicistica³³ e gli obblighi coniugali e genitoriali venivano considerati quali meri obblighi morali, del tutto privi di giuridicità³⁴. Da qui la tendenza ad escludere la risarcibilità dei danni derivanti da illeciti commessi all'interno della compagine familiare.

Una svolta decisiva si è registrata nel 1975, con la riforma del diritto di famiglia, quando – anche sotto la spinta delle novità introdotte dalla Costituzione, molti dei cui principi hanno sin da subito fatto emergere le contraddizioni e i limiti del modello familiare al quale risultava ispirato il codice civile adottato pochi anni prima – il legislatore ha inteso accogliere un modello di famiglia in cui risultano valorizzati gli interessi individuali dei singoli membri, paritariamente considerati, nel rispetto, in parti-

³¹ Per un approfondimento del tema dell'illecito endofamiliare, restano fondamentali le considerazioni di PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., *passim*. Cfr., inoltre: CASSANO, *Rapporti familiari responsabilità civile e danno esistenziale. Il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padova, 2006; PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2007; FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004; MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988. Più di recente, v.: SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. dir.*, 2017, 289 ss.; MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1220 ss.; BIANCA, *La buona fede nei rapporti familiari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 914 ss. Ancora più di recente, v. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2020, 85 ss.

³² Per tutti, v. QUADRI, *Diritto privato*, cit., 397 ss.

³³ Per un'approfondita analisi del rapporto tra pubblico e privato nell'ambito della famiglia, v. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 696 ss.

³⁴ Sul punto, v. l'attenta analisi di SCOTTI, *Obbligo e obbligazione nel diritto di famiglia*, Torino, 2010, *passim*.



colare, del principio costituzionale di uguaglianza sancito dall'art. 3 e, per quanto concerne più specificamente i coniugi, dall'art. 29.

Come era prevedibile, contestualmente al passaggio dal modello familiare di tipo gerarchico a un modello basato sui vincoli affettivi, in cui la famiglia rappresenta il luogo elettivo per consentire ai singoli membri di sviluppare al suo interno la propria personalità, si è registrata la tendenza – che in realtà ha iniziato a manifestarsi già a partire dal 1970, anno dell'introduzione della legge sul divorzio, e che si evince chiaramente soprattutto alla luce delle recenti riforme in materia familiare³⁵ – alla sempre più estesa valorizzazione – in un'ottica decisamente contraria al dominio in tale settore di esigenze di carattere pubblicistico – dell'autonomia degli interessati³⁶.

Per effetto di questo impulso nel senso della valorizzazione dell'autonomia della famiglia, però, l'approccio alla questione concernente la risarcibilità dei danni da illeciti provocati all'interno della stessa non è andato – almeno in un primo momento – incontro al cambiamento radicale che ci si poteva aspettare: anzi, come non si è mancato di osservare³⁷, la conquistata autonomia della famiglia ha portato a frenare, addirittura, l'apertura della stessa al rimedio del risarcimento del danno, considerato a lungo un meccanismo tale da rischiare di compromettere la pretesa completezza del diritto di famiglia e dei relativi specifici strumenti di tutela dei suoi membri³⁸.

Quindi, anche una volta superata la visione marcatamente pubblicistica della famiglia, si è comunque conservata persistentemente la tendenza a considerare la stessa quale luogo immune rispetto alla operatività delle regole di diritto comune, tra cui quelle concernenti, appunto, la responsabilità civile. E tale pretesa “impermeabilità” del diritto di famiglia ha riguardato, in particolare, i danni non patrimoniali, che, però, come è noto, sono proprio quelli

che si presentano con maggiore frequenza all'interno della compagine familiare.

Solo a partire da poco più di venti anni fa, come si è anticipato, la giurisprudenza – attribuendo un peso diverso alle rilevanti trasformazioni che hanno segnato la famiglia, diventata luogo di valorizzazione degli interessi individuali di tutti i suoi componenti³⁹, i quali hanno, quindi, finito col prendere il posto degli interessi pubblicistici che in passato la stessa era in via prevalente destinata a soddisfare – ha iniziato a considerare i rimedi specificamente giusfamiliari⁴⁰ non sufficientemente adeguati a garantire una concreta tutela dei diritti dei suoi componenti e ha, quindi, cominciato a manifestare un, sia pure cauto, atteggiamento di apertura verso l'applicabilità delle norme sulla responsabilità civile anche all'interno delle relazioni familiari⁴¹.

³⁹ Sul punto, v. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 927 ss. Cfr., inoltre, ZATTI, *Famiglia, familiae - Declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, 31 ss.

⁴⁰ Tra i rimedi previsti dal diritto di famiglia (che, a differenza dello strumento risarcitorio, hanno la funzione di prevenire il danno), si ricordano quelli di cui agli artt. 570, 570-bis (su tale norma si tornerà più avanti), 571 e 572 c.p., 282-bis c.p.p., artt. 151, comma 2, 156, 330, 337-*quater*, 342-bis e *ter* c.c., art. 8 l. n. 184/1983, sostituito dall'art. 8 della legge n. 149/2001, art. 8, u.c., l. div.

⁴¹ Una netta apertura nei confronti della risarcibilità dei danni da illecito endofamiliare si è registrata, però, solo a partire da Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Danno resp.*, 2000, 835. Fondamentale, al riguardo, è, comunque, Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Corr. giur.*, 2005, 921 ss., con nota di DE MARZO, *La Cassazione e la responsabilità civile nelle relazioni familiari*, e in *Danno resp.*, 2006, 37 ss., con commento di GIAZZI (su tale decisione si tornerà più avanti). V., inoltre, significativamente: Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, in *Guida al dir.*, 2014, 1, 22; Cass., 1° giugno 2012, n. 8862, in *Foro it.* 2012, I, 2037; Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, cit. *infra*, nota 63. Di recente, Cass., 7 marzo 2019, n. 6598, in *Giust. civ. mass.*, 2019. Cfr., altresì, Cass., 20 giugno 2013, n. 15481, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 6, 1877, secondo la quale la violazione dei diritti fondamentali della persona è configurabile anche all'interno di un'unione di fatto, purché avente le caratteristiche di serietà e stabilità, in considerazione dell'irrinunciabilità del nucleo essenziale di tali diritti, riconosciuti, ai sensi dell'art. 2 cost., in tutte le formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo.

La giurisprudenza ha senz'altro ritenuto configurabile l'obbligo di risarcimento dei danni non patrimoniali, oltretutto nel caso di violazione dei doveri coniugali, anche nelle ipotesi di violazione dei doveri inerenti al rapporto di filiazione: e v., infatti, Cass., 10 aprile 2012, n. 5652, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 4, 467, Cass., 22 luglio 2014, n. 16657, in *Foro it.*, 2015, I, 2149, Cass., 16 febbraio 2015, n. 3079, in *www.giustiziacivile.com*, 6 aprile 2015.

Per la giurisprudenza di merito in proposito: Trib. Milano, 10 febbraio 1999, in *Fam. dir.*, 2001, 185 ss.; Trib. Firenze, 13 giugno 2000, *ivi*, 2001, 161 ss.; Trib. Savona, 5 dicembre 2002, in *Fam. dir.*, 2003, 248 ss.; Trib. Milano, 4 giugno 2002, in *Vita not.*, 2003, 720; Trib. Milano, 7 marzo 2002, in *Giur. it.*, 2003, 927; Trib. Milano, 24 settembre 2002, in *Danno resp.*, 2003, 1130 ss.; Trib. Bassano del Grappa, 27 gennaio

³⁵ Si pensi alla negoziazione assistita, al divorzio breve, alle unioni civili e, in prospettiva, alla introduzione dei patti prematrimoniali.

³⁶ Sul punto, si rinvia, anche per gli opportuni riferimenti alla vasta letteratura sul tema, a quanto si è avuto modo di osservare in SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia (in margine alla p.d.l. n. 2669)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 191 ss.

³⁷ ASTONE, *Responsabilità civile*, cit., 1818 ss.

³⁸ CARICATO, *op. cit.*, 29 ss., osserva, in proposito, come la ormai conquistata privatizzazione comporti, in realtà, l'«applicabilità al diritto di famiglia di categorie proprie del diritto patrimoniale, ma dal punto di vista della valorizzazione dell'autonomia privata si è, in definitiva, fatto un passo indietro: l'ingresso della normativa sulla responsabilità civile nei rapporti familiari significa ingresso dello Stato».

Si è, dunque, progressivamente raggiunta la consapevolezza che il risarcimento del danno rappresenta lo strumento maggiormente idoneo ad offrire una tutela effettiva ai membri della famiglia, il cui ruolo domestico non può in alcun modo giustificare una compressione dei relativi diritti. Di fronte alle sopraffazioni, alle violenze, ai maltrattamenti, alle umiliazioni, alle offese e a tutti quei comportamenti illeciti che non di rado hanno quale scenario privilegiato proprio l'ambiente familiare⁴² (e che, nella maggior parte dei casi, si traducono in pregiudizi di tipo non patrimoniale), gli strumenti specifici tipici del diritto di famiglia sono inevitabilmente destina-

2005, in *Fam. dir.*, 2006, 543 ss.; Trib. Brescia, 14 ottobre 2006, in *Giust. civ.*, 2007, 4, I, 987; Corte App. Milano, 12 aprile 2006, cit.; Corte App. Torino, 21 febbraio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 1555; Trib. Venezia, 3 luglio 2006, in *Giur. mer.*, 2006, 10, 2178; Trib. Busto Arsizio, 5 febbraio 2010, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 473 ss.; Trib. Roma, 3 settembre 2011, cit. Cfr., inoltre, Trib. Roma, 13 giugno 2000, in *www.avvocatidifamiglia.it*, nonché Trib. Monza, 5 novembre 2004, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 280, che hanno sanzionato con il risarcimento dei danni il comportamento del genitore affidatario che impediva senza motivo all'altro ogni rapporto con il figlio, nonostante le statuizioni di cui alla separazione e al divorzio. V., altresì: Trib. Modena 7 aprile 2006, in *Dir. giust.*, 14 aprile 2006, che ha disposto l'ammonizione e il pagamento di una sanzione amministrativa per il padre inadempiente all'obbligo di corrispondere il mantenimento e al dovere di mantenere un rapporto costante e continuativo con i figli; Trib. Catania, 11 luglio 2006, in *www.affidamentocondiviso.it*, che ha ammonito la madre che frapponeva ostacoli agli incontri padre-figli, invitandola ad astenersi da tale condotta e avvertendola che, perdurando tale comportamento, la stessa avrebbe potuto subire la modifica dei provvedimenti in vigore e l'applicazione delle ulteriori misure di cui al 709-ter, 2° comma; Trib. Pisa, 20 dicembre 2006, cit. *infra*, nota 72, che ha condannato un genitore che si era trasferito arbitrariamente in un'altra città, ostacolando il diritto-dovere di visita dell'altro (in questi ultimi due casi, i giudici hanno applicato la sanzione pecuniaria amministrativa); Trib. Roma, 13 settembre 2011, in *www.personaedanno.it*, che ha condannato il genitore affidatario, il quale aveva coscientemente e volontariamente ostacolato i rapporti tra l'altro genitore ed il figlio, a corrispondere al genitore danneggiato una sanzione pecuniaria di ben 50.000,00 euro.

In tutte le citate sentenze risulta confermato quanto affermato a proposito dell'illecito endofamiliare in generale, e cioè che, perché sia configurabile l'illecito extracontrattuale, non basta un comportamento di minima efficacia lesiva, comprensibile e tollerabile all'interno della famiglia, essendo invece necessaria una condotta particolarmente grave e riprovevole, caratterizzata prevalentemente dall'elemento soggettivo del dolo.

Per la giurisprudenza più recente, v. *infra*, nota 54.

⁴² Come sottolinea PARINI, *op. cit.*, 38, «sovente l'ambiente domestico non è un luogo pacifico e tranquillo che può venir turbato e scosso dall'azione risarcitoria, ma un luogo dove, purtroppo, il disordine troppo spesso esiste, ed è solo ben celato». In presenza di una lesione di diritti della personalità del soggetto, considera «condivisibile il rilievo che non sarebbe giustificabile una minore tutela della personalità solo perché la violazione matura nel contesto familiare», SCOTTI, *op. cit.*, 191. Sul punto, v., di recente, FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., 162 ss.

ti, infatti, a mostrare le proprie intrinseche debolezze⁴³.

Tale significativa evoluzione si è verificata contestualmente al mutamento dell'approccio al più ampio tema dell'illecito aquiliano⁴⁴ e, come si è già avuto modo di osservare, le novità relative sia al modello familiare, sia al sistema della responsabilità extracontrattuale, hanno finito senz'altro col condizionare l'atteggiamento della giurisprudenza nei confronti del tema, che qui direttamente interessa, della risarcibilità del danno da illecito endofamiliare⁴⁵.

⁴³ ASTONE, *Responsabilità civile*, cit., 1815, ricorda come in quasi tutti gli ordinamenti comunitari la tutela del coniuge vittima di comportamenti illeciti dell'altro sia affidata allo strumento del risarcimento del danno. Per un approfondimento del tema concernente la responsabilità da illecito endofamiliare in Francia e in Inghilterra, v. TORINO, *La responsabilità endofamiliare in Francia*, in TORINO (a cura di), *Illeciti tra familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, Milano, 2006, 121 ss., nonché Id., *Responsabilità per illeciti tra familiari e rimedi contro la violenza domestica in Inghilterra*, ivi, 151 ss.

⁴⁴ Secondo ASTONE, *Responsabilità civile*, cit., 1822, sono, in effetti, tre i fattori che hanno favorito il superamento del principio di immunità della famiglia: «la consapevolezza dell'insufficienza dei rimedi alla crisi matrimoniale e delle specifiche sanzioni a rendere effettiva la tutela della persona coniugata; le riforme legislative che hanno manifestato un cambiamento di tendenza rispetto all'allentamento degli aspetti più marcatamente sanzionatori del sistema previgente e i recenti approdi cui è pervenuta l'interpretazione della nozione di danno non patrimoniale». Per quanto concerne gli aspetti sanzionatori, l'a. fa riferimento, in particolare, agli ordini di protezione contro gli abusi familiari, nonché alla disposizione di cui all'art. 709-ter c.p.c.

Sul percorso che ha portato al superamento della immunità del diritto di famiglia, v., di recente, AMRAM, *In familia respondere. La famiglia alla prova della solidarietà e del principio di responsabilizzazione. Contributo ad una ricostruzione sistematica*, Torino, 2020, 8 ss. L'a. mette in luce, appunto, come nel tempo «diritto della famiglia e diritto della responsabilità civile si siano intersecati, nei rispettivi percorsi evolutivi, alla luce dell'attuazione dei valori costituzionali e della relativa condivisione in un determinato momento storico».

Sul punto, v., inoltre, già CARBONE, *La giuridificazione delle relazioni domestiche e i suoi riflessi aquiliani*, in *Familia*, 2006, 83 ss.

Per la genesi della discussione sul punto, v. PATTI, *Famiglia e responsabilità*, cit., 26 ss., il quale osserva, in particolare, come la tendenza più recente sia nel senso del superamento della concezione secondo cui i rapporti familiari sarebbero collocati in «uno spazio esente dal diritto». «Si manifesta il convincimento» – aggiunge l'a. – «che la persona non può essere privata di forme di tutela elementari solo perché l'offesa proviene da un membro della famiglia: tramonta ogni forma di immunità e si afferma in maniera sempre più incisiva e completa il principio di uguaglianza».

⁴⁵ In particolare, la nuova ricostruzione del danno non patrimoniale è stata sin da subito ampiamente utilizzata dalla giurisprudenza per configurare tale tipo di illecito: v., *supra*, nota 41.

Fermo il carattere non patrimoniale del relativo danno, non si può fare a meno di ricordare come sulla natura della responsabilità da illecito endofamiliare si siano registrati diversi indirizzi: a fronte del prevalente orientamento (soprattutto giuri-



In effetti, le novità che hanno segnato il percorso seguito dalla giurisprudenza relativamente alla responsabilità civile hanno riguardato, in particolare, l'atteggiamento nei confronti del ruolo della persona, essendosi registrata una sempre maggiore valorizzazione dell'attenzione riservata ai suoi diritti. Una evoluzione che ha portato progressivamente ad ammettere, così, la cumulabilità dei rimedi specifici previsti dal diritto di famiglia per le ipotesi di violazione dei doveri genitoriali o coniugali con il rimedio della responsabilità aquiliana⁴⁶.

3. L'evoluzione del sistema della responsabilità civile.

Al fine di fornire un quadro chiaro dei passaggi che hanno condotto alla affermazione della piena risarcibilità del danno da illecito endofamiliare, non si può fare a meno, allora, di accennare almeno, preliminarmente, all'*iter* seguito, negli anni più vicini,

sprudenziiale) a ragionare in termini di responsabilità extracontrattuale, secondo alcuni, si tratterebbe di responsabilità contrattuale (e v. già M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve "generare" diritti al di là della legge*, in *Guida dir.*, 2002, 24, 49 ss.). Sul carattere contrattuale della responsabilità da inadempimento dei doveri genitoriali, v. ampiamente, anche per opportuni riferimenti, RECINTO, *La genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, 58 ss. Nel senso della responsabilità contrattuale, v., inoltre, in un più ampio contesto, OBERTO, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Milano, 2006, 15 ss.

Ovviamente, una notevole rilevanza ai fini della eventuale qualificazione in chiave contrattuale dell'illecito in questione sembra da ricollegare alla svolta operata da Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 (in *Riv. dir. comm.* 2009, II, 43), nel senso che l'art. 1218 c.c. «non può quindi essere riferito al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona». Per il carattere ormai pacifico di una tale soluzione, v., ad es., di recente, Cass., 31 maggio 2019, n. 14886, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1, 238. Ciò, evidentemente, in quanto si è superata, così, la necessità di ricorrere all'«espediente» del «cumulo di azioni» tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale al fine di rendere compatibile responsabilità contrattuale e risarcimento del danno non patrimoniale (essendo la risarcibilità di questo prevista solo dall'art. 2059 c.c., dettato in tema di illecito extracontrattuale).

⁴⁶ Tra le ragioni che hanno spinto a ritenere cumulabili i diversi rimedi, si segnalano, oltre alla diversa finalità degli stessi (la responsabilità extracontrattuale mira alla reintegrazione-compensazione del soggetto leso, mentre i rimedi specifici previsti dal diritto di famiglia sono diretti a prevenire, per quanto possibile, pregiudizi futuri o il ripetersi degli stessi), la mancanza del requisito della colpevolezza per i rimedi giusfamiliari e la esistenza di altri settori dell'ordinamento in cui il cumulo è previsto (come nel caso delle immissioni che superino la normale tollerabilità). In questo senso, v. PARINI, *op. cit.*, 75, la quale ricorda come, tra le prime pronunce favorevoli al cumulo, vi sia quella di Cass., 26 maggio 1995, n. 5866, in *Dir. fam. pers.*, 1997, 87 ss.

dalla giurisprudenza in ordine al sistema della responsabilità civile per danno alla persona.

È nel 2003 che la giurisprudenza ha riportato i danni alla persona nell'alveo della disposizione di cui all'art. 2059 c.c., a lungo considerata norma inidonea ad offrire una adeguata tutela in caso di danni non patrimoniali⁴⁷, visti i limiti imposti dalla stessa, che prevede la risarcibilità nei soli casi previsti dalla legge. La Cassazione, con le sentenze nn. 8827 e 8828 del 31 maggio 2003⁴⁸, e la Corte costituzionale, con la sentenza n. 233 dell'11 luglio dello stesso anno⁴⁹, optando per una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., hanno incluso, così, tra i danni non patrimoniali, oltre al danno morale soggettivo, anche il danno biologico e tutte le lesioni di valori costituzionalmente protetti, precisando che la riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c. non può rilevare con riferimento ai valori di rango costituzionale⁵⁰.

⁴⁷ Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 392. La Consulta, in effetti, si era pronunciata per la risarcibilità del danno biologico ai sensi degli artt. 2043 c.c. e 32 Cost., facendo confluire nell'art. 2059 c.c. i soli danni morali soggettivi, ossia le sofferenze psicologiche derivanti dall'illecito (c.d. *pecunia doloris*).

⁴⁸ In *Danno resp.*, 2003, 816 ss., con note di: BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di cassazione e il danno alla persona*; PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di cassazione*; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in Paradiso*, il quale afferma che «l'attuale interpretazione della Cassazione crea finalmente un bipolarismo perfetto. Ad una clausola generale (art. 2043 c.c.) dettata in tema di risarcimento del danno ingiusto (che molti continueranno a considerare risarcibile in quanto patrimoniale), e che comprenderà prevalentemente quegli interessi "minori" che non sono muniti di tutela costituzionale, si contrappone simmetricamente un'altra clausola generale (l'art. 2059), che tutela tutti i diritti della persona costituzionalmente protetti, anche in assenza di un fatto di reato». «Purtroppo» – aggiunge però l'a. – «questo bipolarismo perfetto è incrinato da uno spiacevole imprevisto: come la stessa Cassazione rileva nella annotata sentenza, il risarcimento del danno non patrimoniale (ai sensi dell'art. 2059 c.c.) è comunque subordinato alla sussistenza di tutti gli elementi costitutivi previsti dall'art. 2043 c.c. (elemento soggettivo, ove richiesto, nesso di causalità, ingiustizia del danno, ecc.)». L'a. osserva, quindi, come, a seguito di tale interpretazione, l'art. 2059 finisca col risultare del tutto inoperante separatamente dall'art. 2043 c.c.

⁴⁹ In *Foro it.*, 2003, I, c. 2201, nonché in *Danno resp.*, 2003, 939 ss., con note di: BONA, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte costituzionale apre (verso il "nuovo" art. 2059 c.c.)*; CRICENTI, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*; PONZANELLI, *La Corte costituzionale si allinea con la Cassazione*; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 233/03*; TROIANO, *L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*.

⁵⁰ Sul punto, v., tra gli altri, FRANZONI, *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2003, 1199 ss., nonché MESSINETTI, *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 543 ss.

Le Sezioni Unite della Cassazione, con le note sentenze nn. 26972, 26973, 26974, 26975 dell'11 novembre 2008⁵¹, si sono, dal canto loro, orientate per la bipolarità tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale⁵², sottolineando, però, la “tipicità” del danno non patrimoniale (il danno è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge e nei soli casi in cui sia cagionato da un evento consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione)⁵³.

⁵¹ In *Resp. civ. prev.*, 2009, 38 ss., con note 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*; ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*; NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*. V., inoltre, BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 97 ss.

⁵² Al riguardo, v. ZIVIZ, *La responsabilità civile. I danni non patrimoniali*, in *Il diritto italiano nella giurisprudenza*, in CENDON (a cura di), Torino, 2012, 200 ss.

⁵³ Tra le novità introdotte da tali pronunce, c'è, inoltre, la ricostruzione del danno non patrimoniale come categoria unitaria: la Cassazione ha escluso, infatti, la suddivisione in sottocategorie e, quindi, la configurabilità della sottocategoria del danno esistenziale, la cui risarcibilità viene ammessa nei soli casi in cui vi sia un'ingiustizia costituzionalmente qualificata. Allo scopo di limitare i danni bagatellari, la Suprema Corte ha introdotto, inoltre, altri due limiti: la lesione deve essere grave e le conseguenze devono essere serie.

Circa i più recenti sviluppi della problematica, pare il caso di ricordare che, di recente, la terza sezione della Corte di cassazione ha ribadito che il danno non patrimoniale ha natura onnicomprensiva, precisando, però, che sono riconducibili allo stesso sia il danno biologico, sia il danno morale soggettivo, sia il «danno dinamico-relazionale», «consistente nel peggioramento delle condizioni di vita quotidiana nei suoi vari aspetti inclusi quelli che attengono alla sfera sessuale» (31 maggio 2018, n. 13770, in *Danno resp.*, 2018, 453). Cfr., poi, Cass., 27 marzo 2018, n. 7513, *ivi*, 456, secondo la quale «in presenza di un danno alla salute, non costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e di una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore (quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione). Ove sia correttamente dedotta ed adeguatamente provata l'esistenza d'uno di tali pregiudizi non aventi base medicolegale, essi dovranno formare oggetto di separata valutazione e liquidazione». In senso analogo, v., inoltre, Cass., 17 gennaio 2018, n. 910, in *Danno resp.*, 2018, 463, secondo cui «la natura unitaria ed onnicomprensiva del danno non patrimoniale, come predicata dalle sezioni unite della S.C., deve essere interpretata, rispettivamente, nel senso di unitarietà rispetto a qualsiasi lesione di un interesse o valore costituzionalmente protetto non suscettibile di valutazione economica e come obbligo, per il giudice di merito, di tener conto, a fini risarcitori, di tutte le conseguenze derivanti dall'evento di danno, nessuna esclusa». PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: l'abbandono delle Sezioni Unite di San Martino*, *ivi*, 467 ss., osserva, in proposito, che la terza sezione

4. L'insufficienza dei rimedi “endofamiliari”.

Oltre all'evoluzione del sistema della responsabilità civile, sull'orientamento favorevole all'applicabilità anche alle relazioni familiari delle regole di diritto comune finalizzate a tutelare gli interessi dei singoli ha decisamente inciso, come si è accennato, anche la consapevolezza della non sufficiente idoneità degli strumenti specificamente previsti dal diritto di famiglia a tutelare concretamente i diritti dei soggetti lesi⁵⁴.

In particolare, l'istituto dell'addebito è generalmente considerato di scarsa utilità, se non altro in quanto destinato ad incidere solo sul soggetto potenzialmente titolare dell'assegno di mantenimento e

della Cassazione «si allontana decisamente e completamente dallo statuto risarcitorio fissato nelle Sezioni Unite del novembre 2008: ciò che dieci anni fa costituiva duplicazione risarcitoria, ora invece non lo è più. Salute, dolore, qualità della vita sono beni diversi e come tali esigono un risarcimento distinto».

⁵⁴ Tra le pronunce più recenti, v., in tale direzione, Trib. Reggio Emilia, 24 giugno 2020, cit., secondo il quale «i doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio, quali quelli previsti dall'articolo 143 c.c. in tema di collaborazione, coabitazione, assistenza e fedeltà (i primi tre estesi alle unioni civili dall'art. 1 comma 11 L. n. 76/2016), hanno natura giuridica vera e propria. Pertanto, viene superata la tesi per cui la violazione dei doveri coniugali è sanzionabile solo con i rimedi tipici del diritto di famiglia (ad esempio, articoli 129-bis, 151, 156, 342-ter c.c.; 709-ter c.p.c.; 570 c.p.; 12-sexies L. n. 898/1970): dalla natura giuridica degli obblighi suddetti discende infatti che la relativa violazione, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell'illecito civile e dare quindi luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'articolo 2059 c.c., senza che la mancanza di pronuncia di addebito in sede di separazione sia preclusiva dell'azione di risarcimento». Lo stesso Tribunale ricorda, però, come la giurisprudenza abbia precisato che «il risarcimento di tale danno può essere effettuato solo nel caso in cui venga violato un diritto fondamentale di rango costituzionale, quale la dignità della persona, e la violazione sia di particolare gravità, essendo posta in essere con modalità insultante, ingiuriosa ed offensiva». Da ultimo, v., inoltre, Trib. Bergamo, 17 gennaio 2020, in *Redaz. Giuffrè*, 2020, nonché Trib. Bolzano, 13 marzo 2020, *ivi*. Cfr., altresì, Cass., 10 giugno 2020, n. 11097, in *www.ilFamiliarista.it*, 8 settembre 2020, che qualifica l'illecito endofamiliare subito dal figlio abbandonato dal genitore, il quale abbia violato tutti gli obblighi nei suoi confronti, in termini di illecito permanente.

Circa la portata della tutela così assicurata, FACCI, *La responsabilità civile nei rapporti coniugali*, in *www.giustiziacivile.com*, 20 dicembre 2018, osserva che «anche nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto [...] possono trovare applicazione le regole della responsabilità civile in tema di c.d. illecito endofamiliare. Si deve escludere, infatti, che l'illecito presupponga la necessaria violazione di uno specifico obbligo gravante sull'autore della condotta in ragione dello status derivante dal rapporto coniugale». Al riguardo, v., in effetti, Cass., 20 giugno 2013, n. 15481, cit.



non su quello obbligato a corrisponderlo⁵⁵. Inoltre, i diritti successori, che il coniuge addebitato perde, si estinguono comunque al momento dello scioglimento del vincolo con il divorzio. Lo stesso criterio delle «ragioni della decisione», di cui al 6° comma dell'art. 5 della l. div., del resto, ha sempre rivestito un ruolo marginale nella vicenda attributiva dell'assegno (anche prima che le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 18287/2018, decretassero la sostanziale irrilevanza dello stesso)⁵⁶. La medesima tutela penale risulta, poi, dal canto suo, insufficiente allo scopo di proteggere il soggetto che abbia subito un pregiudizio per effetto di un illecito endofamiliare: gli artt. 570 e 570-bis c.p.⁵⁷ si applicano, infatti, solo per l'ipotesi di violazione dei doveri di assistenza (economica o morale), mentre resta esclusa, ad esempio, quella in cui si verifichi una violazione del dovere di fedeltà. Analogamente, l'art. 572 c.p. richiede più atti lesivi, l'abitudine, e un elemento psicologico unitario e programmati-

co⁵⁸, non tutelando adeguatamente il coniuge che abbia subito il comportamento prevaricatore dell'altro⁵⁹.

Una specifica considerazione merita, comunque, anche per l'attenzione riservata al tema dalla giurisprudenza, il delicato rapporto tra lo strumento del risarcimento del danno da illecito endofamiliare e quello dell'addebito della separazione.

Si tratta, a ben vedere, al di là dell'apparenza, di rimedi del tutto eterogenei. La violazione dei doveri coniugali assume, infatti, diverso rilievo a seconda della fattispecie: ai fini dell'addebito, occorre che la violazione si ponga come causa dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza; ai fini della configurabilità dell'illecito, occorre che la stessa si ponga come causa di un danno ingiusto.

Mutando il suo precedente orientamento sul tema⁶⁰, la giurisprudenza si è, negli ultimi anni, orientata decisamente nel senso del cumulo tra i due diversi rimedi dell'addebito e della responsabilità civile.

Fondamentale, al riguardo, è da considerare Cass., 10 maggio 2005, n. 9801⁶¹, di cui pare opportuno, quindi, riportare i passaggi essenziali, proprio in quanto spesso richiamati – essendo considerati decisivi – dalla giurisprudenza successiva.

Vi si afferma che «il rispetto della dignità e della personalità, nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume i connotati di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia, così come da parte del terzo, costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, non potendo chiaramente ritenersi che diritti definiti come inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i loro titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare». «La famiglia si configura», quindi, precisa la Corte, «non già come un luogo di compressione e di mortificazione di diritti irrinunciabili, ma come sede di autorealizzazione e di crescita, segnata dal reciproco rispetto ed immune da ogni distinzione di ruoli, nell'ambito della quali i singoli componenti conservano le loro

⁵⁵ Sul punto, v. le osservazioni di PILLA, *Separazione e divorzio: profili di responsabilità*, Padova, 2007, *passim*.

⁵⁶ Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Foro it.*, 2018, I, 2671, con note di CASABURI, *L'assegno divorzile secondo le sezioni unite della Cassazione: una problematica "terza via"*, e M. BIANCA, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*, nonché in *Fam. dir.*, 2018, con note di diversi autori, tra cui: BIANCA, *Le sezioni unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale*, 955; SESTA, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, 983; AL MUREDEN, *L'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle sezioni unite*, 1019; TOMMASEO, *La decisione delle sezioni unite e la revisione ex art. 9 l. div. dell'assegno postmatrimoniale*, 1050; QUADRI, *Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio*, 971. A tali commenti si rinvia, appunto, per l'atteggiamento giurisprudenziale tendente alla svalorizzazione del criterio in questione.

⁵⁷ La norma è stata introdotta dall'art. 2 del d. lgs. n. 21 del 1° marzo 2018, concernente «Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103». Ai sensi dell'art. 570-bis c.p. – rubricato «Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio» – «le pene previste dall'art. 570 si applicano al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli». La norma, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto riprodurre le fattispecie incriminatrici previste dall'art. 12-sexies della l. n. 898 del 1970 e dall'art. 3 della l. n. 54 del 2006, norme espressamente abrogate dall'art. 7, lettere b) e d) del citato d. lgs. n. 21/2018. L'introduzione di tale norma ha sollevato, però, numerosi dubbi interpretativi, per una illustrazione dei quali si rinvia alle recenti osservazioni critiche di BARTOLI, *L'art. 570-bis c.p.: tra problemi interpretativi ed esigenze di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1094 ss.

⁵⁸ Cass. pen., 18 agosto 2004, n. 34522, in *www.altalex.com*.

⁵⁹ In tal senso, v., tra le pronunce di merito, quelle di Trib. Firenze, 13 giugno 2000, e Trib. Milano 4 giugno 2002, *citt. supra*, nota 41.

⁶⁰ Per l'orientamento seguito in passato dalla giurisprudenza, v.: Cass., 6 aprile 1993, n. 4108, in *Giust. civ. mass.*, 1993, 624; Cass., 22 marzo 1993, n. 3367, *ivi*, 535; Cass., 26 maggio 1995, n. 5866, *cit.*, che, però, ha mostrato una certa apertura verso il risarcimento danni, affermando che, sebbene l'addebito della separazione, di per sé, non sia fonte di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., è comunque configurabile la risarcibilità dei danni ulteriori se i fatti che hanno dato luogo all'addebito integrano gli estremi dell'illecito ipotizzato dalla clausola generale di responsabilità espressa dalla norma citata.

⁶¹ *Cit. supra*, nota 41.

essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi, come persone, in adesione al disposto dell'art. 2 Cost., che nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità delinea un sistema pluralistico ispirato al rispetto di tutte le aggregazioni sociali nelle quali la personalità di ogni individuo si esprime e si sviluppa».

«Né potrebbe sostenersi» – aggiunge, ancora, la Corte di cassazione – «seguendo la richiamata impostazione volta ad esaltare la specificità e completezza del diritto di famiglia, che la violazione di obblighi siffatti trovi la propria sanzione nelle misure tipiche in esso previste, quali la stessa separazione o il divorzio, l'addebito della separazione, con i suoi riflessi in tema di perdita del diritto all'assegno e dei diritti successori, la sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale nel caso di allontanamento senza giusta causa dalla residenza familiare ai sensi dell'art. 146 c.c., l'assegno di divorzio». In particolare, afferma che «la perdita del diritto all'assegno di separazione a causa dell'addebito può trovare applicazione soltanto in via eventuale, in quanto colpisce solo il coniuge che ne avrebbe diritto, e non quello che deve corrisponderlo, e non opera quando il soggetto responsabile non sia titolare di mezzi».

Sussiste, dunque, secondo la Cassazione (che ha indirizzato, così, il corso della successiva giurisprudenza), una strutturale compatibilità tra gli istituti del diritto di famiglia e la tutela generale dei diritti costituzionalmente garantiti, cui consegue una concorrente rilevanza dello stesso comportamento sia ai fini della separazione o della cessazione del vincolo coniugale e delle relative statuizioni di natura patrimoniale, sia quale fatto generatore di responsabilità aquiliana⁶².

Qualche anno più tardi, della questione si è occupata estesamente anche Cass., 14 settembre 2011, n. 18853⁶³, per la quale, nella medesima prospettiva,

⁶² La Cassazione ha indicato, però, un limite alla risarcibilità del danno: la mera violazione dei doveri matrimoniali o la pronuncia di addebito non bastano, di per sé ed automaticamente, ad integrare una responsabilità risarcitoria. Quanto alle condizioni per la risarcibilità, la Corte di cassazione stabilisce che: si deve trattare di «condotte che per la loro intrinseca gravità si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona»; si deve accertare «in giudizio il danno patrimoniale e non patrimoniale subito per effetto della lesione»; si deve accertare il «nesso eziologico tra il fatto aggressivo e il danno».

⁶³ La quale ha avuto vasta risonanza: *Guida dir.*, 2011, 42, 12, con nota di FIORINI; *Giust. civ. mass.*, 2011, 9, 1296; *Dir. fam. pers.*, 2012, 1, 159, con note di GIACOBBE, A. Trabucchi: un «profeta» inascoltato!, e di CICERO e DI FRANCO, *La regola risarcitoria nel rapporto coniugale*; *Foro it.*, 2012, I, 2038, con nota di DE MARZO; *Dir. fam. pers.*, 2012, 4, 1447, con

«i doveri che derivano dal matrimonio hanno natura giuridica e la loro violazione non trova necessariamente sanzione unicamente nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione, discendendo dalla natura giuridica degli obblighi su detti che la relativa violazione, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, può integrare gli estremi dell'illecito civile» e ciò «senza che la mancanza di addebito in sede di separazione sia preclusiva dell'azione di risarcimento relativa a detti danni».

La Corte ha ribadito, però, che «la mera violazione dei doveri matrimoniali, o anche la pronuncia di addebito della separazione, non possono di per sé ed automaticamente integrare una responsabilità risarcitoria». In conclusione, addebito e risarcimento non sono assolutamente interdipendenti.

La mancanza di addebito non preclude, insomma, secondo i giudici, la possibilità di agire per il risarcimento dei danni⁶⁴, così come la presenza dell'addebito non implica la sussistenza di un illecito civile⁶⁵. Il risarcimento è ammesso solo in presenza di un danno ingiusto e, poiché nelle vicende familiari si tratta quasi sempre di danni non patrimoniali (che, ai sensi dell'art. 2059 c.c., sono risarcibili solo nei casi determinati dalla legge), la Cassazione precisa che deve applicarsi il principio di cui alle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, n. 26972, secondo le quali occorre la lesione di un diritto costituzionalmente protetto della persona⁶⁶.

nota di PETTA, *Infedeltà coniugale e responsabilità civile: la risarcibilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità*.

⁶⁴ Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, cit., ritiene che la responsabilità ai fini risarcitori sia azionabile addirittura anche nell'ipotesi di separazione personale consensuale. Sul punto, v. FACCI, *La responsabilità civile*, cit., per il quale il risarcimento del danno è ammissibile anche nelle ipotesi di separazione consensuale poiché «l'accordo dei coniugi sulle condizioni della separazione non può essere interpretato [...] come una rinuncia o una transazione circa le conseguenze risarcitorie derivanti dalla condotta del congiunto». «Infatti» – precisa l'a. – «non solo le ragioni che inducono all'accordo di separazione possono essere le più diverse, ma, soprattutto, questo ha ad oggetto principalmente l'affidamento dei figli ed i reciproci rapporti patrimoniali, conseguenti alla cessazione della convivenza».

⁶⁵ Trib. Venezia, 14 maggio 2009, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 353 ss. Più di recente, v. Trib. Livorno, 15 aprile 2020, in *Redaz. Giuffrè*, 2020, il quale precisa come «spetterà al coniuge danneggiato dimostrare non solo il nesso causale tra violazione dei doveri coniugali e la lesione di diritti costituzionalmente garantiti, ma lo stesso coniuge sarà tenuto a dimostrare, altresì, il comportamento doloso del danneggiante».

⁶⁶ LENTI, *Responsabilità civile e convivenza libera*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 999 ss., osserva come gli orientamenti della stessa Suprema Corte al riguardo non siano comunque univoci: «resta equivoco», infatti – afferma l'a. – «se per fondare l'obbligo risarcitorio occorra la lesione dei diritti fondamentali della persona o basti la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio».



5. L'introduzione dell'art. 709-ter c.p.c. e la sua controversa applicabilità nel caso di inottemperanza ai doveri di tipo economico.

Nel 2006, come si è visto, è stato lo stesso legislatore ad intervenire ed a sancire esplicitamente la prospettiva della risarcibilità dei danni all'interno del contesto familiare, introducendo l'art. 709-ter c.p.c.

Tale norma, secondo quanto si è già avuto modo di anticipare, ha sin da subito sollevato diversi dubbi interpretativi, tra loro strettamente connessi. Ci si è interrogati, infatti, in ordine alla funzione dei rimedi di cui ai nn. 2 e 3 della norma stessa⁶⁷, nonché alla compatibilità tra la previsione suddetta e, da un lato, il rimedio generale del risarcimento del danno⁶⁸, dall'altro, la disposizione di cui all'art. 614-bis c.p.c.⁶⁹. Ci si è divisi, inoltre, per quanto qui pare meritevole di specifica ulteriore attenzione, nell'affrontare la delicata questione – di cui, come si è all'inizio accennato, ha avuto modo di occuparsi di recente la Corte costituzionale – che concerne la estensibilità dei rimedi previsti dall'art. 709-ter c.p.c. anche al caso di violazione degli obblighi di contenuto patrimoniale.

Sotto tale ultimo profilo, preme evidenziare come alcuni giudici, seguendo una impostazione diversa rispetto a quella a favore della quale si è

orientata di recente la Consulta (e in linea con un orientamento dottrinale in tal senso)⁷⁰, hanno ritenuto applicabile la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 709-ter c.p.c. anche nelle ipotesi di violazione di doveri di tipo patrimoniale⁷¹.

I casi in cui la giurisprudenza ha più di frequente fatto ricorso alla disposizione di cui al secondo comma dell'art. 709-ter c.p.c. sono, però, quelli in cui a risultare violato sia un diritto di natura non pa-

⁶⁷ V. *supra*, § 1.

⁶⁸ V. *supra*, § 2.

⁶⁹ È chiaro che la soluzione del problema che concerne la natura dei rimedi di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 709-ter c.p.c. finisce inevitabilmente col condizionare anche la scelta della strada da seguire in ordine alla cumulabilità tra questi e quanto disposto dall'art. 614-bis c.p.c., introdotto con la riforma del codice di procedura civile (l. n. 69/2009): solo riconoscendo alla norma in esame funzione risarcitoria, si potrebbe, infatti, arrivare ad ammettere il cumulo della stessa con quanto previsto da tale ultima disposizione, una volta data per assiomatica la sua funzione sanzionatoria. L'art. 614-bis c.p.c. – che ricorda le *astreintes* del diritto francese (l'*astreinte*, o penalità di mora, nasce quale strumento sanzionatorio di coazione indiretta del debitore, affinché lo stesso adempia l'obbligazione assunta e rimasta inadempita) – mira, come si è visto, a garantire l'attuazione degli obblighi di fare infungibili o degli obblighi di non fare (VALONGA, *op. cit.*, 863 ss., osserva che mentre l'art. 709-ter c.p.c. ha una funzione repressiva di pregressi comportamenti illeciti gravemente pregiudizievoli per i minori, l'art. 614-bis c.p.c. ha, invece, funzione preventiva, volta a garantire la futura attuazione di quanto imposto dal provvedimento giudiziale). Così, mentre alcuni escludono il cumulo tra le due disposizioni (VULLO, *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709 ter c.p.c. e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2010, 924 ss.), altri lo ammettono (PARINI, *op. cit.*, 233). Per la giurisprudenza, a favore del cumulo, v., di recente, Trib. Milano, 2 maggio 2019, cit.

⁷⁰ Al riguardo, LA ROSA, *op. cit.*, 71, afferma senz'altro che «la norma in esame è applicabile anche nell'ipotesi di inadempimenti concernenti le statuizioni d'ordine patrimoniale, e non soltanto concernenti l'affidamento; la norma, infatti, sanziona le "gravi inadempienze", e tali possono sicuramente essere anche gli inadempimenti d'ordine economico, trattandosi di crediti alimentari sanzionati anche penalmente e quindi già sottoposti a valutazione di gravità da parte del legislatore penale; inoltre sanziona gli atti che "comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento", e in tale ottica vanno comprese anche le violazioni d'ordine economico, atteso che la sufficienza di risorse economiche è condizione indispensabile di esplicazione e sviluppo della personalità del minore e, al tempo stesso, condizione indispensabile di indipendenza del genitore affidatario». Sul punto, in analoga prospettiva, v. VALONGA, *op. cit.*, 866, secondo la quale l'art. 709-ter c.p.c. è destinato a sanzionare anche controversie di carattere patrimoniale. «La norma, infatti» – precisa l'a. – «fa riferimento agli "atti che comunque arrechino pregiudizio al minore", tra i quali non possono non comprendersi le violazioni di ordine economico, dal momento che anche queste sono tali da recare un grave pregiudizio alla qualità della vita della prole, essendo la sufficienza di risorse materiali condizione indispensabile per lo sviluppo della personalità di un figlio». Inoltre, v. *infra*, nota 73.

⁷¹ Di particolare interesse, in tale ottica, Trib. Modena, 29 gennaio 2007, in *Fam. dir.*, 2007, 823 ss., secondo il quale «le sanzioni previste dall'art. 709-ter c.p.c. sono applicabili anche nella ipotesi di inadempimenti concernenti le statuizioni di ordine patrimoniale, e non soltanto concernenti l'affidamento». «In una materia così delicata» – precisa, in particolare, il Tribunale – «se effettivamente il legislatore avesse voluto escludere la sanzionabilità di condotte pregiudizievoli delle condizioni economico-patrimoniali del minore, lo avrebbe espressamente disposto con una formulazione letterale precisa e ben diversa da quella adottata, che è lessicalmente riferibile ad ogni grave violazione ed ad ogni modalità di condotta che sia di pregiudizio al minore; in altri termini, il legislatore non avrebbe tipizzato l'illecito come fattispecie causalmente orientata, come invece ha fatto». V., altresì: Trib. Bologna, 19 giugno 2007, in *www.affidamentocondiviso.it*; Trib. Roma, 10 giugno 2011, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 298; Trib. Napoli, 1° agosto 2007, inedita; Trib. Roma, 5 giugno 2007, cit. *Contra*, Trib. Termini Imerese, 12 luglio 2006, in *Foro it.*, 2006, 3243. Per una sintesi in materia, v. Trib. Lodi, 19 febbraio 2019, in *Redaz. Giuffrè*, 2019, secondo il quale «l'interpretazione della norma è dubbia, sotto il profilo dei presupposti oggettivi e cioè se essa riguardi solo gli aspetti inerenti l'affido od anche i contenuti economici del rapporto genitoriale (nella specie l'inadempimento agli obblighi di mantenimento). Ma è di recente sempre più largamente accolta l'accezione ampia di tali obblighi rientrandovi evidentemente anche il mantenimento e ben potendo avere lo stesso – in caso di rifiuto – ampie ripercussioni su un corretto esercizio della responsabilità genitoriale oltre che costituire fonte di pregiudizio grave per il minore».



trimoniale: si pensi al cambio di residenza non comunicato all'altro genitore, agli ostacoli frapposti all'esercizio del diritto-dovere di visita dei figli, al rifiuto del genitore non collocatario di tenere con sé i figli nei periodi indicati dal Tribunale, all'inottemperanza al dovere di cura della prole, al comportamento persecutorio e vessatorio nei confronti dell'altro genitore. Molto spesso si presentano, poi, conflitti riguardanti la scelta della scuola, del percorso religioso, la cura della salute dei figli e, più di recente, le iniziative non condivise riguardanti la pubblicazione di immagini dei minori sui *social network*⁷².

Della delicata questione concernente l'ambito di operatività della norma in esame, si è ora occupata la Corte costituzionale, la quale ha affrontato, in particolare, la problematica riguardante i confini del rimedio di cui al n. 4 dell'art. 709-ter c.p.c.

Superando il conflitto in essere tra opinioni opposte sul punto⁷³, la Consulta ha scelto di seguire l'impostazione più restrittiva, circoscrivendo l'ambito di applicabilità della norma alle sole controversie di natura personale.

⁷² Sul punto, in ordine ai diversi profili di possibile conflittualità, v., tra le altre, le decisioni di: Trib. Pisa, 20 dicembre 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 1051 ss.; Trib. Verona, 11 febbraio 2009, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 710 ss.; Trib. Bologna, 13 giugno 2007, *ivi*, 2007, 1044; Corte App. Milano, 21 febbraio 2011, in *Corr. merito*, 2012, 32 ss.; Trib. Ravenna, 16 aprile 2009, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 856 ss. Quanto alla più attuale problematica concernente le iniziative non condivise riguardanti la pubblicazione di immagini dei minori sui *social network*, si rinvia alle osservazioni svolte in SCIA, *Diritti dei minori e responsabilità dei genitori nell'era digitale*, Napoli, 2020, 51 ss. Riguardo alla risalente discussione circa i conflitti concernenti la scelta del percorso religioso, ancora attuali si presentano le osservazioni di BIGIARI, *Ateismo e affidamento della prole*, Padova, 1951, 3 ss., il quale – traendo spunto da una pronuncia del Tribunale di Ferrara (31 agosto 1948, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, 592), relativa, nell'ambito di un giudizio di separazione, all'affidamento di figli i cui genitori avevano un opposto orientamento religioso (la madre, cui furono affidati i minori, era credente, mentre il padre era ateo) – si sofferma, in particolare, sul delicato ruolo del giurista chiamato ad occuparsi di questioni poste al confine tra diritto e religione.

⁷³ Tra gli autori che escludono l'applicabilità dei rimedi previsti dal secondo comma dell'art. 709-ter c.p.c. in presenza di violazioni di obblighi di tipo patrimoniale, v. M.A. LUPOI, *op. cit.*, 1093, nonché FIGONE, *op. cit.*, 800 ss. In senso contrario, oltre che le opinioni ricordate *supra*, nota 70, v. PARINI, *op. cit.*, 239, nonché DE FILIPPIS, *op. cit.*, 220 ss., e CILIBERTO, *Controversie economiche sul mantenimento del minore: prime applicazioni dell'art. 709-ter c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2008, 1161 ss. Sul punto, v. le considerazioni di ASTONE, *L'art. 709 c.p.c.*, cit., 326, la quale, nell'osservare come la norma in esame non faccia, in realtà, alcuna distinzione tra danni patrimoniali e danni non patrimoniali, prende le distanze dall'orientamento che, proprio dalla pretesa esclusione dei danni patrimoniali dall'ambito di operatività dell'art. 709-ter c.p.c., ritiene di poter inferire l'esistenza di una netta autonomia tra la disposizione in esame e la previsione di cui all'art. 2043 c.c.

La Corte costituzionale si è, infatti, pronunciata per la infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. dell'art. 709-ter, comma 2, n. 4), c.p.c., nella parte in cui prevede che, nell'ambito di un giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio, il genitore che abbia posto in essere atti che arrechino pregiudizio al minore sia passibile della sanzione amministrativa pecuniaria da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro, in favore della Cassa delle ammende.

Per il giudice rimettente, la sanzione pecuniaria contemplata dalla previsione censurata, dalla natura sostanzialmente penale, verrebbe comminata per il medesimo fatto, ossia per l'omesso pagamento dell'assegno di mantenimento in favore del figlio da parte del genitore non collocatario, a causa del quale quest'ultimo, nella vicenda in esame, era stato già condannato in sede penale *ex art. 570 c.p.* Secondo la Corte, invece, il secondo comma della norma citata deve essere interpretato nel senso che «il mancato pagamento dell'assegno di mantenimento della prole, nella misura in cui è già sanzionato penalmente, non è compreso nel novero delle condotte inadempienti per le quali può essere irrogata dall'autorità giudiziaria adita la sanzione pecuniaria "amministrativa" in esame. Le condotte suscettibili di tale sanzione sono infatti "altre", ossia le tante condotte, prevalentemente di fare infungibile, che possono costituire oggetto degli obblighi relativi alla responsabilità genitoriale e all'affidamento di minori»⁷⁴.

⁷⁴ Le affermazioni riportate nel testo sono relative alla prima delle tre questioni di legittimità costituzionale rigettate dalla Consulta.

La questione era stata sollevata, in primo luogo, in considerazione della presunta violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione al principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con legge 9 aprile 1990, n. 98).

La questione era stata sollevata, poi, per la presunta violazione dell'art. 25, comma 2, Cost., nella parte in cui la disposizione impugnata sanziona «gli atti che comunque arrechino pregiudizio al minore», sulla base della indeterminatezza della fattispecie.

Infine, la questione era stata sollevata per la presunta violazione dell'art. 3, comma 1, Cost., nella misura in cui stabilisce il limite massimo della sanzione ivi prevista nell'importo di euro 5.000,00, importo di molto superiore alla sanzione pecuniaria contemplata dall'art. 570 del codice penale per il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare.

Quanto alla censura relativa alla presunta violazione dell'art. 25 Cost., la Consulta, nel richiamare la giurisprudenza di legittimità che si è pronunciata sul punto (e v. Cass. n. 16980 del 2018, cit., *infra*, nota 86), «premesso che l'art. 709-ter cod. proc. civ. attribuisce al giudice la facoltà di applicare una o più tra le misure previste dalla stessa norma nei confronti del genitore responsabile di gravi inadempienze o di atti "che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto



Dunque – dopo aver precisato che «può ben ritenersi che la sanzione pecuniaria "amministrativa" introdotta dall'art. 2 della legge n. 54 del 2006 (con la previsione dell'art. 709-ter cod. proc. civ.) sia simmetrica e parallela a quella prevista dal successivo art. 3 e non già complementare a quest'ultima»⁷⁵ – la Corte ha affermato che «il possibile contrasto tra la disposizione censurata e il principio del *ne bis in idem* [...] conduce univocamente verso un'interpretazione alternativa che sia costituzionalmente orientata nel senso di escludere la duplice sanzione dell'*idem factum* in assenza di una "stretta connessione in sostanza e nel tempo"»⁷⁶.

svolgimento delle modalità dell'affidamento»», ha precisato che «l'uso della congiunzione disgiuntiva evidenzia che avere ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali relative alle modalità di affidamento dei figli è un fatto che giustifica di per sé l'applicazione di una o più tra le misure previste, anche in mancanza di un pregiudizio in concreto accertato a carico del minore». Del resto – ha ulteriormente chiarito la Corte – la giurisprudenza di legittimità (il riferimento è alle sentenze nn. 25 e 24 del 2019 e 172 del 2014) ha «costantemente ribadito il principio secondo cui il ricorso a un'enunciazione sintetica della norma incriminatrice, piuttosto che a un'analitica enumerazione dei comportamenti sanzionati, non comporta, di per sé, un vizio di indeterminatezza purché, mediante l'interpretazione integrata, sistemica e teleologica, sia possibile attribuire un significato chiaro, intelligibile e preciso alla previsione normativa». Il giudice delle leggi ha, inoltre, aggiunto che «è peraltro compatibile con il principio di determinatezza l'uso, nella formula descrittiva dell'illecito sanzionato, di una tecnica esemplificativa oppure di concetti extragiuridici diffusi o, ancora, di dati di esperienza comune o tecnica (così già la sentenza n. 42 del 1972), tanto più ove, come nella fattispecie considerata, l'opera maieutica della giurisprudenza, specie di legittimità, consente di specificare il precetto legale (sentenza n. 139 del 2019)».

Anche la terza questione di legittimità è stata dichiarata non fondata dalla Corte costituzionale. Nella sentenza, con riferimento al primo comma dell'art. 570 c.p., si legge, infatti, che non si può non considerare il «maggiore stigma sociale che si correla alla comminazione di sanzioni anche solo pecuniarie, ma formalmente qualificate come penali, al di là dell'importo concreto della pena irrogata», oltre al fatto «che comunque è prevista, in via alternativa, la pena della reclusione, che di per sé connota la maggiore gravità del trattamento sanzionatorio». La Corte ha, infine, ricordato come il reato consistente nella mancata corresponsione dell'assegno di mantenimento sia «confluito nell'art. 570-bis cod. pen. in attuazione della "riserva di codice" (sentenza n. 189 del 2019), che continua a prevedere l'applicazione delle pene di cui all'art. 570 cod. pen. al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli».

⁷⁵ Ai sensi dell'art. 3, «In caso di violazione degli obblighi di natura economica si applica l'articolo 12-sexies della legge 1° dicembre 1970, n. 898».

⁷⁶ La Corte costituzionale è giunta a tale conclusione dopo aver osservato come, nella giurisprudenza della Corte EDU, si sia registrata una evoluzione nell'interpretazione della portata del divieto convenzionale di *bis in idem*. In particolare – ha evidenziato il giudice delle leggi – tale evoluzione «è stata

Così, sia pure incidentalmente, nell'argomentare la scelta interpretativa adottata, la Corte costituzionale sembra aver finito con l'affrontare anche il delicato tema riguardante la natura dei rimedi di cui al secondo comma dell'art. 709-ter c.p.c., sottolineandone la «connotazione latamente punitiva».

Al di là, allora, di ogni considerazione in ordine alla specifica portata della decisione adottata con riferimento al caso esaminato, pare da evidenziare la rilevanza che la pronuncia del giudice delle leggi sembra destinata a rivestire, insomma, rispetto alla soluzione della – d'anzì esaminata – controversa questione concernente la natura delle misure previste dall'art. 709-ter c.p.c.

6. Art. 709-ter c.p.c. e diritto-dovere di visita.

Resta, comunque, da definire una ulteriore questione, rimasta aperta, concernente la effettiva portata, sotto il profilo del relativo ambito di operatività, della norma in esame, considerato che la giurisprudenza sul punto risulta nettamente divisa.

Solo pochi mesi fa, infatti, la Corte di cassazione⁷⁷ è arrivata ad escludere l'applicabilità dell'art.

suggellata dalla pronuncia della grande camera, resa il 15 novembre 2016 in relazione al caso A. e B. contro Norvegia, la quale – avvicinandosi armonicamente a quelle che, nella giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Åkerberg contro Fransson), erano le declinazioni del medesimo divieto, per come espresso dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 – ha affermato che sottoporre a processo penale una persona già sanzionata a livello amministrativo con l'applicazione di una sanzione sostanzialmente penale non viola di per sé il divieto di *bis in idem*, purché tra i due procedimenti vi sia una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta, nel quadro di un approccio unitario e coerente e le risposte sanzionatorie cumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato».

⁷⁷ Cass., 6 marzo 2020, n. 6471, in *Giust. civ. mass.*, 2020, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 775 ss., con nota critica di NASCOSTI, *Il dovere di visita del genitore, secondo la Corte, non è coercibile*, il quale, nel dichiararsi favorevole alla «applicazione dell'art. 614-bis cod. proc. civ. (in una possibile convivenza con l'art. 709-ter cod. proc. civ.) al dovere di visita del genitore», afferma che «il diritto-dovere di frequentare il figlio da parte del genitore non collocatario non può essere rimesso alla discrezionalità e autodeterminazione di quest'ultimo, costituendo invece un dovere intrinseco al ruolo genitoriale la cui omessa attuazione concorre a delineare gli estremi dell'illecito endofamiliare». Quanto all'applicabilità dell'art. 614-bis c.p.c., lo stesso a. ritiene che l'espressione «con il provvedimento di condanna» contemplata dalla norma in esame debba essere interpretata in senso lato, «ossia inclusivo di ogni provvedimento (per esempio un'ordinanza presidenziale a mente dell'art. 708 cod. proc. civ., una decisione in tema di separazione o di divorzio, un decreto che regola il mantenimento e l'affidamento del figlio non matrimoniale,

709-ter c.p.c., nonché della misura di cui all'art. 614-bis c.p.c., con riguardo ad un caso in cui si era verificata la violazione del diritto-dovere di visita da parte del genitore non collocatario⁷⁸.

Secondo la Suprema Corte, in particolare, «il diritto-dovere di visita del figlio minore che spetta al genitore non collocatario non è suscettibile di coercizione neppure nella forma indiretta di cui all'art. 614-bis c.p.c. trattandosi di un potere-funzione che, non sussumibile negli obblighi la cui violazione integra, ai sensi dell'art. 709-ter c.p.c., una "grave inadempienza", è destinato a rimanere libero nel suo esercizio quale esito di autonome scelte che rispondono, anche, all'interesse superiore del minore ad una crescita sana ed equilibrata».

Ma, se la natura incoercibile dei rapporti affettivi implica senz'altro la esclusione della possibilità che si possa obbligare il figlio, il quale dimostri una chiara avversione ad avere col genitore un rapporto continuativo, a frequentare comunque lo stesso, pure contro la sua volontà⁷⁹, in quanto una diversa lettura urterebbe con la stessa finalità del diritto-dovere di visita, che rappresenta uno strumento di realizzazione dell'interesse superiore del minore, lascia, invece, oltremodo perplessi l'affermazione secondo la quale la violazione di quel diritto-dovere

un decreto emesso a norma dell'art. 710 cod. proc. civ.) che pur non riportando formalmente una condanna, impone l'osservanza delle previsioni degli obblighi infungibili adottate nell'interesse del figlio, tra cui sono insite le modalità in cui si esplica l'affidamento».

⁷⁸ In senso favorevole all'applicabilità dell'art. 614-bis c.c., v., invece, Trib. Milano, 2 maggio 2019, cit., secondo il quale «l'applicazione delle misure ex art. 709 ter c.p.c e art. 614 bis c.p.c può essere disposta dal Giudice non solo su istanza di parte, che può avanzarla sino al momento della precisazione delle conclusioni, ma anche *ex officio*, attesa la natura, la funzione e i presupposti di applicazione delle stesse. Deve, infatti, osservarsi in diritto che si è consolidato l'orientamento, ribadito anche di recente dalla Suprema Corte (Cass. Sez. I 27.6.2018 n. 16980; Cass. Civ. Sez. I 16 maggio 2016 n. 9978), secondo cui le misure previste dall'art. 709 ter sono rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria e punitiva a garanzia dell'interesse pubblicistico, cui è pur sempre finalizzata la tutela del superiore interesse del minore. Funzione questa che vale a rafforzare la tesi ormai prevalente, cui questo Tribunale aderisce, dell'applicabilità *ex officio* delle suddette misure sanzionatorie da parte del Giudice del conflitto familiare». Cfr., inoltre, Trib. Milano, 7 gennaio 2018, in *www.ilFamiliarista.it*, 30 luglio 2018, secondo il quale «nei confronti del genitore che ponga in essere ostacoli alla frequentazione del figlio con l'altro genitore, può essere disposto d'ufficio l'ammonimento *ex officio* sulla base di quanto disposto dall'art. 709-ter c.p.c. con l'invito a cessare ogni condotta pregiudizievole alla frequentazione con l'altro genitore, nonché può prevedersi – *ex art. 614-bis c.p.c.* – la condanna a corrispondere una somma di denaro per ogni comportamento ostantivo specificamente individuato dal Tribunale».

⁷⁹ In tal senso, v., da ultimo, Cass., 23 aprile 2019, n. 11170, in *Giust. civ. mass.*, 2019.

da parte del genitore non integrerebbe una grave inadempienza ai sensi dell'art. 709-ter c.p.c.⁸⁰.

Non si comprende, infatti, come si possa trascurare la rilevanza della incidenza negativa, sul sano sviluppo e sulla equilibrata crescita dei figli, dell'assenza (o dalla presenza volutamente discontinua) dalla loro vita del genitore con cui già non coabitano stabilmente.

Come ribadito anche di recente dalla giurisprudenza⁸¹, infatti, i «presupposti per l'applicazione delle misure sanzionatorie *ex art. 709-ter c.p.c* sono comportamenti di grave inadempimento e di violazione da parte dei genitori delle regole che attengono all'esercizio della responsabilità genitoriale». «Deve trattarsi» – è stato precisato – «di condotte poste in essere da un genitore lesive delle regole concordate dalle parti o disposte dal Giudice sulle modalità di esercizio della genitorialità che si traducono di fatto in una lesione del diritto del minore a mantenere un equilibrato e continuativo rapporto con entrambi i genitori, indispensabile per il suo sano percorso di crescita».

Il comportamento del genitore che si sottragga con regolarità agli incontri con i figli non può, dunque, non configurarsi quale grave inadempienza, da sanzionare ai sensi dell'art. 709-ter c.p.c.⁸². E, nella stessa prospettiva garantistica, l'applicabilità della disposizione di cui all'art. 614-bis c.c. pare debba ritenersi senz'altro consentita: tra i provvedimenti di condanna all'adempimento cui la stessa si riferisce, dovrebbero, infatti, ricomprendersi, almeno tendenzialmente, ove si intenda tutelare concretamente il prioritario interesse dei minori, anche gli obblighi relativi alla responsabilità genitoriale⁸³.

Del resto, la stessa Cassazione, con la pronuncia n. 13400 del 17 maggio 2019⁸⁴, sul presupposto che «le misure sanzionatorie previste dall'art. 709-ter c.p.c. e, in particolare, la condanna al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, sono su-

⁸⁰ COLOMBO, *Il diritto-dovere di visita del genitore non collocatario non è coercibile e pertanto non è sanzionabile*, in *www.ilFamiliarista.it*, 22 giugno 2020, afferma, al riguardo, che «se è indiscutibile che non si può obbligare fisicamente il genitore non collocatario a vedere i figli, si dovrebbe comunque ricercare un rimedio funzionale a indurre il genitore assenteista a "responsabilizzarsi" tenuto conto che la mancanza di affetto implica sempre uno scompenso nella crescita di un minore».

⁸¹ Così, ad es., Trib. Milano, 2 maggio 2019, cit.

⁸² Sul punto, v. COSTABILE, *La non coercibilità del dovere di visita al minore da parte del genitore non collocatario*, in *www.giustiziacivile.com*, 13 agosto 2020. Cfr., inoltre, FICARELLI, *Misure coercitive e diritto-dovere di visita del genitore non collocatario*, in *Fam. dir.*, 2020, 332.

⁸³ Così, MATTEINI CHIARI, *Il "diritto-dovere" di visita del figlio minore da parte del genitore non collocatario è coercibile in forma indiretta?*, in *www.ilprocessocivile.it*, 29 aprile 2020.

⁸⁴ In *Dir. e giust.*, 2019, 17 maggio.





scettibili di essere applicate facoltativamente dal giudice nei confronti del genitore responsabile di gravi inadempienze o di atti "che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento"», ha confermato la decisione della Corte d'appello che aveva condannato la madre al risarcimento dei danni in favore del figlio per aver ostacolato i suoi incontri col padre e per avere, quindi, condizionato il corretto svolgimento delle modalità di affidamento del minore, provocandogli disagio e sofferenze.

Se, dunque, la violazione, da parte del genitore collocatario, del diritto-dovere dell'altro di incontrare il figlio integra gli estremi per l'applicabilità delle misure previste dall'art. 709-ter c.p.c., deve ritenersi senz'altro del pari ammissibile la invocabilità di quelle misure nel caso in cui la violazione del medesimo diritto sia stata posta in essere dal genitore non collocatario, salvo a non voler assumere, al riguardo, una posizione del tutto irragionevole ed incongruente⁸⁵.

Significativa, sembra, inoltre, in proposito, la, pure recente, decisione della Cassazione n. 16980 del 27 giugno 2018⁸⁶, la quale si è orientata nel senso che le misure sanzionatorie previste dall'art. 709-ter c.p.c. e, in particolare, la condanna al pagamento di sanzione amministrativa pecuniaria, non presuppongono l'accertamento in concreto di un pregiudizio subito dal minore, «laddove l'uso della congiunzione disgiuntiva "od" evidenzia che avere ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali relative alle modalità di affidamento dei figli è un fatto che giustifica di per sé l'applicazione di una o più tra le misure previste, pure in mancanza di un pregiudizio in concreto accertato a carico del minore. Questa interpretazione è coerente con la funzione deterrente e sanzionatoria delle misure previste dall'art. 709 c.p.c. e, in particolare, di quella consistente nella condanna al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria».

Anche alla luce dei più recenti interventi della giurisprudenza, sembra, allora, che, allo scopo di evitare il perpetuarsi di orientamenti ondivaghi, destinati a favorire una disciplina eterogenea di situa-

zioni sostanzialmente analoghe, non si possa fare a meno di auspicare un tempestivo intervento chiarificatore, se non del legislatore, almeno delle Sezioni Unite, tale da eliminare i dubbi interpretativi sollevati dalla disposizione in esame.

⁸⁵ Anche la giurisprudenza di merito si è orientata, di recente, per l'applicabilità degli artt. 709-ter e 614-bis c.p.c. V., ad esempio, Trib. Milano, 2 maggio 2019, cit., che, a seguito del trasferimento all'estero delle figlie minori, affidate ad entrambe i genitori, eseguito dalla madre senza il consenso dell'altro o l'autorizzazione del giudice, ha disposto *ex officio* l'applicazione dalle misure sanzionatorio-coercitive di cui all'art. 709-ter c.p.c. e 614-bis c.p.c. Analogamente, v. Milano, 7 gennaio 2018, cit., che, invece, si è occupato di un caso in cui una madre aveva ostacolato le frequentazioni padre-figli, arrivando ad ammettere a sua volta l'applicabilità delle misure previste dall'art. 709-ter c.p.c. e dall'art. 614-bis c.p.c.

⁸⁶ In *Giust. civ. mass.*, 2018.

Note e commenti

VITTIME DI REATI INTENZIONALI VIOLENTI: UNA RECENTE PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.

Di Giulia Puleio

| 435

Vittime di reati internazionali violenti: una recente pronuncia della Corte di Giustizia
(Giulia Puleio)



SOMMARIO: 1. Ragioni di una indagine. - 2. Il contenzioso giudiziario originato dal tardivo ed errato recepimento della direttiva 2004/80/CE. - 3. I precedenti giurisprudenziali. - 4. L'ordinanza interlocutoria della Cassazione Civile sezione III, 31 gennaio 2019, n. 2964. - 5. La responsabilità civile dello Stato per l'errato recepimento dell'articolo 12 della direttiva 2004/80/CE secondo le argomentazioni dell'Avvocato Generale e della Corte di Giustizia nel caso Presidenza del Consiglio dei Ministri contro BV. - 6. L'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2004/80/CE detta una norma giuridica preordinata a garantire diritti ai singoli - 7. Sussiste una violazione sufficientemente caratterizzata nel caso di errato e tardivo recepimento della direttiva 2004/80/CE?. - 8. Conclusioni: il "peccato originale" della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto europeo.

ABSTRACT. Nella sentenza del 16 luglio 2020, causa C-129/19, la Corte di Giustizia dell'Unione europea valuta i presupposti di operatività della responsabilità civile dello Stato per inesatto e tardivo recepimento della direttiva 2004/80/Ce. Lo scritto, partendo da un'analisi della recente pronuncia, propone una riflessione in ordine alla reale coerenza e tenuta del sistema della responsabilità civile dello Stato, a quasi trent'anni dal caso Francovich.

In the judgement dated 16th July 2020 (case C-129/19), the Court of Justice of the European Union gives a ruling on State liability for breach of Council Directive 2004/80/EC relating to compensation to crime victims. Having the aforementioned judgement as starting point, this paper investigates the principle of EU Member State Liability and its operational use, almost thirty years after Francovich.

1. Ragioni di una indagine.

La recente sentenza della Corte di Giustizia in materia di responsabilità dello Stato italiano per il ritardato adempimento della istituzione di un fondo di indennizzo per vittime di reati intenzionali violenti in situazioni puramente interne¹ costituisce l'occasione per una nuova riflessione in materia di responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto dell'Ue, a quasi trent'anni dalla sentenza Francovich², che per la prima volta, in modo gene-

rale e non frammentario³, ha affermato il principio della responsabilità degli Stati membri nei confronti dei singoli per i danni che derivano dalla violazione del diritto europeo.

Del resto, a causa dell'assenza di un dato normativo specifico, la disciplina in materia di responsabilità civile dello Stato è stata elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia: poiché le condizioni di sussistenza dell'illecito civile dello Stato⁴ per violazione del diritto europeo sono state fissate a livello giurisprudenziale⁵, costituisce ancora una operazione valida valutare la coerenza interna della disciplina alla luce delle recenti applicazioni della Corte di Giustizia⁶.

Nonostante le condizioni di responsabilità dello Stato dipendano dalla natura della violazione del diritto comunitario all'origine del danno provocato⁷, il giudice europeo ha predisposto una generale ricognizione degli elementi dell'illecito.

Fin dalla sentenza *Brasserie du Pêcheur-Factortame*⁸, viene delineato uno schema tripartito di illecito, in base al quale, perché sorga un diritto al risarcimento del danno, la norma giuridica violata da un'autorità dello Stato membro deve essere preordinata a conferire diritti ai singoli, la violazio-

¹ CGUE 16 luglio 2020, causa C-129/19, *Presidenza del Consiglio dei Ministri contro BV*, commentata da C. CERLON, *Reati intenzionali violenti: la Corte di Giustizia riaccende le speranze delle vittime «residenti» e «boccia» l'Italia per i sistemi indennitari*, in *Ridare it.*, fascicolo 10.

² CGCE 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e Bonifaci c. Italia*, Raccolta, 1995, I-3843 ss. La responsabilità civile dello Stato è un tema profondamente studiato dalla dottrina italiana, per cui si rinvia, senza pretesa di esaustività, a: R. BIFULCO, *Gli aspetti «convenzionali» della responsabilità dello Stato per atti legislativi*, in *GDA*, 2007, 7, p. 76.; F. D. BUSNELLI, *La responsabilità civile dello Stato*, in *DR*, 1999, p. 10; E. CALZOLAIO, *L'illecito comunitario tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, Milano, 2004; A. DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Eur Dir Priv*, 1998, p. 757; L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000, p. 237; A. LAZARI, *La responsabilità del legislatore nazionale nel contesto comunitario. L'Ulisse incatenato e la tela di Penelope*, in *C IMPR/E*, 2009, p. 576; L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *RTDPC*, 1997, 529 ss.; E. NAVARRETTA, *Il danno non iure e la responsabilità civile dello Stato*, in *Diritto civile*, IV, Attuazione e tutela dei diritti, 3, La responsabilità e il danno, diretto da N. Lipari, F. Rescigno, Milano, 2009, p. 271; C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *PD*, 2007, 3, p. 352; F. PIRAINO, *L'inadempimento dello Stato all'obbligo di attuazione delle direttive europee e il problema del risarcimento del danno*, in *Eur Dir Priv*, 2012, 3, p. 707.; V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito «costituzionale» del legislatore)*, in *C IMPR/E*, 1999, p. 101.; E. SCODITTI, *Francovich presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *FI*, 2004, IV, p. 4; A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *DUE*, 2006, p. 3; F. TORIELLO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *C IMPR/E.*, 1997, p. 657.

La controversia, sottoposta all'attenzione della Corte di giustizia in seguito all'esperimento di ricorso in via pregiudiziale dai Pretori di Vicenza e di Bassano del Grappa, ha origine dalla mancata attuazione, da parte della Repubblica italiana, della dir. n. 80/987/CEE del Consiglio del 20 ottobre 1980, volta a riconoscere, in caso di insolvenza del datore di lavoro, garanzie specifiche ai lavoratori per il pagamento di crediti non pagati relativi alla retribuzione.

Nonostante il termine di recepimento della direttiva n. 80/987/CEE fosse scaduto già nel 1980, il legislatore, ancora nel 1991, non aveva provveduto a darvi attuazione, da cui anche l'azione contro l'Italia promossa dalla Commissione e accolta dalla Corte di giustizia (CGCE 9 novembre 1995, in causa C-479/93, *Francovich*).

Dopo aver escluso l'efficacia diretta delle disposizioni della dir. n. 80/987/CEE del Consiglio del 20 ottobre 1980, oggetto della prima questione pregiudiziale, la Corte esamina, alla luce del sistema generale del Trattato e dei suoi principi fondamentali, il problema dell'esistenza e della portata di una responsabilità dello Stato per danni che derivino dalla violazione degli obblighi incombenti in forza del diritto comunitario.

³ Il riferimento è, in particolare, a dir. n. 89/365/CEE del Consiglio del 30 maggio 1989 e dir. n. 92/13/CEE del Consiglio del 25 febbraio 1992 — e in alcune sentenze europee (tra le più importanti: CGCE 16 dicembre 1960, in causa C-6/60, *Humblet*, Raccolta, 1960, 1095, e CGCE 17 giugno 1987, in causa C-154/85, *Commissione v. Italia*, Raccolta, 1987, 2717, e *FI*, 1976, IV, 204, nt. A. TIZZANO;

⁴ Dal principio generale per cui la responsabilità civile dello Stato si configura ogni volta che l'illecito venga commesso da uno degli organi dello Stato, concepito come una unità, discende un corollario ormai acquisito nella giurisprudenza della Corte di legittimità, in base al quale la legittimazione passiva sostanziale, in un'azione giudiziale di responsabilità civile dello Stato per violazione di una direttiva europea compete allo Stato italiano, nella persona della Presidenza del Consiglio dei Ministri, quale articolazione dell'apparato statale autorizzata a rappresentare lo Stato nella sua unitarietà: cfr. da ultimo CC, sez. lav., 23 aprile 2015, n. 8292; CC, sez. lav., 22 maggio 2015, n. 10613; CC, sez. un., 27 novembre 2018, 30649.

⁵ R. PETRUSO, *Osservazioni sulla responsabilità dello Stato membro per illecito comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte europea di Giustizia*, in *Eur Dir Priv*, 2006, p. 693.

⁶ Si vedano, tra le recenti applicazioni, CGUE 24 gennaio 2016, in causa C-616/16, *Pantano*, curia.europa.eu; CGCE, 11 ottobre 2016, in causa C-601/14.

⁷ CGCE 9 novembre 1995, in causa C-479/93, *Francovich*, cit., pt. 38.

⁸ CGCE 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur c. Germania*.





ne deve essere sufficientemente caratterizzata e deve esistere un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente ai singoli e il danno subito dai soggetti lesi⁹.

La Corte di giustizia ricostruisce i tre presupposti dell'illecito utilizzando due referenti operativi.

Infatti, da un punto di vista funzionale, i tre presupposti soddisfano le esigenze della piena efficacia delle norme comunitarie e dell'effettiva tutela dei diritti da esse garantiti.

Inoltre, sul piano delle fonti, indice normativo rilevante è ravvisato nell'art. 215 TFUE, così come interpretato dalla giurisprudenza europea, che disciplina i danni cagionati ai singoli da atti normativi illegittimi adottati dalle sue istituzioni.

Il massiccio contenzioso giudiziario originato dalla situazione di intempestivo e incompleto recepimento, nell'ordinamento interno, della direttiva 2004/80/CE è stato affrontato, tanto dalla giurisprudenza interna quanto da quella europea, sotto il profilo della sussistenza della prima condizione di operatività della responsabilità civile dello Stato. Una corretta applicazione dei principi dell'*acquis* comunitario sul punto richiede anche di valutare in maniera appropriata che sussista una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto europeo.

2. Il contenzioso giudiziario originato dal tardivo ed errato recepimento della direttiva 2004/80/CE.

Il tardivo ed errato recepimento, da parte dello Stato italiano, della direttiva n. 2004/80/CE, che riconosce alle vittime di reati violenti, impossibilitati a conseguire risarcimenti dai loro offensori, il diritto di ottenere un indennizzo statale, equo ed adeguato, per i danni subiti, ha dato origine ad un massiccio contenzioso giudiziario.

La tutela, cui la vittima può accedere *indipendentemente dal luogo dell'Unione in cui il reato è stato commesso*¹⁰, è garantita dalla istituzione di sistemi congiunti, e precisamente da un sistema di

⁹ Gli ulteriori elementi dell'illecito vengono fissati dal diritto nazionale degli Stati membri, secondo il principio di autonomia procedurale. Si parla, in proposito, di natura anfibologica e interfacciale del rimedio in esame: E. SCODITTI, *Francovich presa sul serio*, cit., p. 4.

La disciplina risulta particolarmente complessa, in quanto il giudice nazionale competente deve, da una parte, valutare le condizioni di operatività individuate, in via giurisprudenziale, a livello europeo, e, dall'altra, applicare le norme nazionali in tema di danno risarcibile, onere probatorio e prescrizione, modulandole, attraverso gli strumenti della interpretazione conforme e della disapplicazione, in modo che non risultino in contrasto con il principio di effettività.

¹⁰ Considerando 6, Direttiva 2004/80/CE del Consiglio del 29 aprile 2004.

cooperazione fra gli Stati membri per garantire le vittime nelle situazioni cross-border e da un sistema di indennizzo nazionale per i crimini occorsi sul territorio di ogni Stato membro. In base alle norme della direttiva, gli Stati membri devono dotarsi di normative che prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, in modo da garantire un indennizzo equo ed adeguato delle vittime, entro il 1° luglio 2005, e di dare attuazione, entro il successivo 1° gennaio 2006, alle disposizioni inerenti al coordinamento fra gli Stati nei casi transfrontalieri.

Il legislatore italiano interviene, due anni dopo il termine del luglio 2005, con il d.lgs. 9 novembre 2007 n. 204, che non riconosce una tutela generalizzata per le vittime di tutti i reati violenti, perché esclude dal novero alcune fattispecie di reato (ad esempio, la violenza sessuale) e non istituisce un sistema di indennizzo nazionale, cui fa riferimento il paragrafo 2 dell'art. 12 della direttiva.

A causa dell'assenza di tutela indennitaria, diverse vittime, che hanno subito il reato in situazioni puramente interne, agiscono, nei confronti della Presidenza del Consiglio, al fine di ottenere il risarcimento del danno provocato dall'inadempimento dello Stato.

Da qui si sono sviluppati due contrapposti indirizzi giudiziari, che si fondano su una opposta interpretazione dell'art. 12 della direttiva, per comprendere i quali è necessario partire da un'analisi della peculiare struttura della direttiva 2004/80/CE. La direttiva in questione non presenta alcuna norma che definisca, in generale, l'ambito di applicazione della disciplina e si compone di tre diversi capi: il primo (articoli 1-11) disciplina l'obbligo, in capo agli Stati membri, di costituire un sistema di indennizzo in materia di reati intenzionali violenti per le vittime transfrontaliere; il secondo, composto dal solo articolo 12, che stabilisce che le norme della direttiva riguardanti l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere si applicano sulla base dei sistemi degli Stati membri in materia di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, imponendo agli Stati membri di provvedere affinché tutte le vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori possano accedere ad un indennizzo equo ed adeguato; il capo III, che detta disposizioni strumentali all'attuazione della direttiva.

3. I precedenti giurisprudenziali

Come già accennato, il contenzioso giudiziario è originato dalla difficile interpretazione dell'articolo

12 della direttiva, unico articolo che compone il capo II, significativamente rubricato “Sistemi di indennizzo nazionali”, che recita:

1. *Le disposizioni della presente direttiva riguardanti l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere si applicano sulla base dei sistemi degli Stati membri in materia di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori.*

2. *Tutti gli Stati membri provvedono a che le loro normative nazionali prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle vittime.*

Secondo il primo orientamento, la norma europea va interpretata nel senso di imporre allo Stato di apprestare una tutela indennitaria generalizzata a favore delle vittime, offese sul territorio della Repubblica, di tutti i reati violenti. Questa ipotesi ermeneutica ritiene che la tutela, apprestata dalla direttiva 2004/80/CE sarebbe generalizzata, cioè riconosciuta alle vittime di omicidio, violenza sessuale, lesioni personali, commessi sul territorio italiano e, a causa dell'errato recepimento della direttiva, sussisterebbe una violazione grave e manifesta di una norma europea volta a conferire diritti ai singoli¹¹.

Secondo un altro orientamento, la direttiva mira esclusivamente a facilitare l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere, mentre le norme dettate dall'articolo 12 in ordine al sistema di indennizzo nazionale, eccessivamente generiche, avrebbero mero valore programmatico. Dagli ampi margini di discrezionalità lasciati ai singoli legislatori nazionali nella determinazione, innanzitutto, della disciplina delle fattispecie indennizzabili, con la conseguente possibilità dello Stato di escludere dall'indennizzo le vittime di alcuni reati violenti (in particolare, la violenza sessuale), discenderebbe, secondo questa tesi, la mancanza di responsabilità del-

lo Stato, in assenza di una violazione sufficientemente qualificata¹².

La Corte di giustizia è stata chiamata diverse volte a pronunciarsi sulla corretta interpretazione della direttiva n. 2004/80/CE.

In particolare, nel 2013, il Tribunale di Firenze¹³, dovendo decidere della richiesta di risarcimento del danno, a carico della Presidenza del Consiglio dei Ministri, presentata da una donna, vittima di stupro, che non aveva mai ricevuto dal condannato il risarcimento riconosciuto, sospende il procedimento e chiede alla Corte se l'art. 12, § 2, della direttiva n. 2004/80/CE debba essere interpretato nel senso che esso permette agli Stati membri di prevedere l'indennizzo per le vittime di alcune categorie di reati violenti o intenzionali o imponga invece agli Stati membri di adottare un sistema di indennizzo per le vittime di tutti i reati violenti.

La Corte avalla una interpretazione restrittiva della direttiva, che avrebbe come fine esclusivamente la creazione di un sistema di cooperazione per la tutela delle vittime nelle situazioni transfrontaliere¹⁴. Ricordando la sentenza Dell'Orto¹⁵, il giudice europeo afferma che solo le norme della direttiva in materia di indennizzo nel caso di reato intenzionale violento commesso in uno Stato membro diverso da quello in cui la vittima risiede abitualmente sono precettive.

La Corte ritiene estranea all'ambito di applicazione della direttiva la situazione del procedimento principale, che — come emerge dalla decisione di rinvio — riguarda un reato intenzionale violento commesso nel territorio dello Stato membro in cui la vittima risiede: rispetto a una situazione puramente interna, la Corte non è, in linea di principio, competente.

In effetti, secondo una giurisprudenza costante, anche in una situazione puramente interna, la Corte può procedere all'interpretazione, qualora il diritto nazionale imponga al giudice del rinvio di riconoscere ai cittadini nazionali gli stessi diritti di cui il cittadino di un altro Stato membro, nella stessa situazione, beneficerebbe in forza del diritto

¹¹ T Torino sez. IV, 26 maggio 2010 n. 3145, RCP, 2011, 918, nt. M. WINKLER; nonché GI, 2011, 825, nt. L. BAIKATI; CG, 2011, 245, nt. R. CONTI; GM, 2010, 3057. La pronuncia è confermata in sede di appello: A Torino, sez. III, 23 gennaio 2012 n. 106, CG, 2012, 663; T Roma sez. II, 8 novembre 2013 n. 22327, RCP, 2014, 212. Cfr., ancora da ultimo, T Bologna, sez. III, 7 giugno 2016 (femminicidio). In dottrina, M. BONA, *Vittime di reati e Direttiva 2004/80/CE: l'Italia ancora inadempiente tra condanne, procedure di infrazione e rinvio pregiudiziale alla Corte Ue*, in RCP, 2014, p. 220, e M. B. LEMBO, *L'inadempimento dell'Italia all'attuazione della direttiva 2004/80/CE*, in *Vittime di crimini violenti*, a cura di A.M. Casale, P. De Pasquali, M.S. Lembo M.S., Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014.; F. DELVECCHIO, *Il danno alla vittima del reato e i suoi rimedi*, Milanofiori Assago, 2017, p. 49.

¹² T Torino, sez. IV, 24 luglio 2015 n. 5264; T Firenze, ord. 8 settembre 2014, FI, 2015, I, 311; T Trieste, ord. 5 dicembre 2013, NGCC, 2014, I, 551, nt. NAPOLI, FI, 2014, II, 1, 607.

¹³ T Firenze, sez. II, ord. 20 marzo 2013, RCP, 2014, 220.

¹⁴ CGUE, sez. III, ord. 30 gennaio 2014, in causa C-122/13, Paola C. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri, curia.europa.eu. In dottrina, R. CONTI, *Nell'attesa di una legge, capolinea per gli indennizzi statali alle vittime da reato?*, CG, 2014, 756 ss. Cfr., altresì, E. DI NAPOLI, *La controversa portata applicativa della direttiva 2004/80/CE in tema di indennizzo delle vittime di reato*, in NGCC, 2014, I, 553 ss.

¹⁵ CGCE 28 giugno 2007, in causa C-467/05, Dell'Orto, Raccolta, 2007, I-5557, punto 59.





dell'Unione¹⁶. Tuttavia, poiché al giudice del rinvio non è effettivamente imposto siffatto obbligo¹⁷, la Corte si dichiara manifestamente incompetente a rispondere alla questione.

L'ordinanza è stata molto criticata in dottrina¹⁸ per due ragioni. Non convince il riferimento, pur molto breve, al caso Dell'Orto¹⁹, in cui la Corte si occupa di una fattispecie distinta, che non verte sulla responsabilità dello Stato per errata trasposizione della direttiva sull'indennizzo alle vittime di reato violento, ma sulla decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001 n. 2001/220/GAI. A ciò si aggiunge che una interpretazione così restrittiva del dettato della direttiva potrebbe condurre a una *reverse discrimination*, ove alle persone residenti in uno Stato membro, che non si trovano in situazioni *crossborder*, è riservato un trattamento deteriore rispetto a quello accordato dal diritto UE a persone residenti in altri Stati membri, poiché non possono accedere, nel loro Paese di residenza, alla tutela che pure lo stesso Stato membro riconosce, in base al diritto europeo, ai soggetti non residenti.

In ogni caso, di segno diverso sono le argomentazioni prospettate nel caso Commissione c. Italia, in cui la Corte è chiamata, ex art. 258, c. 2, TFUE per l'inadempimento dello Stato italiano, che non prevede alcun sistema generale di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti, contrariamente alle prescrizioni che derivano, secondo tale istituzione, dall'art. 12, § 2, della direttiva n. 2004/80/CE²⁰. Infatti, secondo il giudice europeo, la precedente interpretazione della direttiva in esame, fuggacemente fornita nel caso Dell'Orto e poi ricostruita nell'ordinanza del 30 gennaio 2014, si limita a precisare che la direttiva ha istituito solo il sistema di cooperazione per le vittime nelle situazioni transfrontaliere, ma non esclude l'obbligo, posto in capo ad ogni Stato membro, di adottare un sistema nazionale che garantisca l'indennizzo delle vittime di qualsiasi reato intenzionale violento sul proprio territorio.

La Corte, poi, sottolinea un altro *vulnus* della normativa italiana di recepimento, che non riguarda tutti i reati intenzionali violenti, ma esclude dall'indennizzo le vittime di alcune fattispecie di reato. Pertanto, giudica fondato il ricorso presentato dalla Commissione.

La sentenza ha avuto una risonanza mediatica tale da spingere il Ministero di giustizia ad ammettere, con il comunicato stampa dell'11 ottobre 2016, l'inadempimento dello Stato italiano, fonte del «sacrificio ai diritti individuali che in tutti questi anni si è consumato, nonostante il principio secondo il quale tutti i crimini violenti intenzionali devono dare accesso a un indennizzo».

Grande è anche l'impatto sull'ordinamento giuridico italiano, ove il legislatore è intervenuto con la l. n. 122/2016²¹, rispetto alla quale, tuttavia, la dottrina si mostra assai scettica, non sembrando in grado di assicurare l'effettività del rimedio come configurato dalla disciplina europea²².

4. L'ordinanza interlocutoria della Cassazione Civile sez. III, 31 gennaio 2019, 2964.

Il problema della corretta interpretazione della direttiva, e di conseguenza della portata dell'obbligo risarcitorio dello Stato a causa del mancato recepimento, risultava ancora aperto, come dimostra l'ordinanza interlocutoria della Corte di Cassazione²³, che ha rimesso questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, chiedendo se, rispetto alla situazione di intempestivo e incompleto recepimento nell'ordinamento interno della direttiva 2004/80/CE, il diritto europeo imponga di configurare un'analoga responsabilità dello Stato membro nei confronti di soggetti non transfrontalieri, i quali non sarebbero stati diretti beneficiari derivanti dall'attuazione della direttiva, ma, per evitare una violazione del principio di uguaglianza e di non discriminazione nell'ambito dello stesso diritto europeo, avrebbero potuto e dovuto beneficiare dell'effetto utile della direttiva. In caso di risposta positiva alla prima questione pregiudiziale, la Corte di Cassazione ha chiesto, con il secondo quesito, se gli indennizzi stabiliti in favore delle vittime dei reati intenzionali violenti dal D.M. Interno 31 agosto 2017 con importi fissi (in particolare, individuato in 4800 euro in caso di vittima di violenza sessuale) possano reputarsi "equi ed adeguati delle vittime".

¹⁶ CGUE 21 febbraio 2013, in causa C-111/12, *Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia e a.*, punto 35 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁷ CGUE 22 dicembre 2010, in causa C-245/09, *Omalet*, Raccolta, 2010, I-13771, punti 17 e 18.

¹⁸ M. BONA, *Vittime di reati violenti intenzionali: la Corte di giustizia dichiara l'inadempimento dell'Italia*, in *RCP*, 2017, 2, p. 474.

¹⁹ CGCE 28 giugno 2007, in causa C-467/05, cit., punto 59.

²⁰ CGCE, 11 ottobre 2016, in causa C-601/14, pt 33.

²¹ Legge 7 luglio 2016, n. 122, Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2015-2016. (16G00134) (GU Serie Generale n.158 del 08-07-2016).

²² M. BONA, *Vittime di reati violenti intenzionali*, cit., p. 488.

²³ CC, ord., sez. III, 31 gennaio 2019, 2964, commentata da C. CERLON, *Vittime di reati violenti intenzionali e «causa pilota»: un critico rinvio pregiudiziale dalla cassazione alla Corte UE*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 3, 2019, p. 822.

È utile ripercorrere il percorso argomentativo dell'ordinanza, al fine di chiarire bene i termini della questione. Nella controversia pendente di fronte alla Corte di Cassazione, una cittadina italiana, residente stabile in Italia, è stata aggredita, sequestrata e violentata da due cittadini rumeni. Per i fatti, questi sono stati condannati in sede penale, in via definitiva, alla pena di dieci anni e sei mesi di reclusione e al risarcimento di una provvisionale immediatamente esecutiva di euro 50.000, che la vittima non è riuscita ad ottenere perché i cittadini si erano resi latitanti. La cittadina italiana agisce in giudizio contro la Presidenza del Consiglio dei Ministri, affinché venga dichiarata la responsabilità civile per mancata attuazione degli obblighi derivanti dalla direttiva 2004/80/CE e, in particolare, di quello previsto dall'articolo 12, par. 2, a carico degli stati membri.

Secondo il giudice del rinvio, la questione attiene alla sussistenza del primo dei requisiti dell'illecito civile dello Stato per violazione del diritto europeo. In merito, la Corte di Cassazione ricorda una pronuncia precedente della Corte di Giustizia²⁴, in cui l'Italia è stata condannata per essere venuta meno all'obbligo ad essa incombente in forza dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2004/80/CE, non avendo adottato tutte le misure necessarie al fine di garantire l'esistenza, nelle situazioni transfrontaliere, di un sistema di indennizzo delle vittime di tutti i reati intenzionali violenti commessi nel proprio territorio. Numerose sono le disposizioni di diritto interno individuate come rilevanti, e in particolare: la legge 122/2016, che ha recepito la direttiva, dopo la condanna dell'Italia nel caso *Commissione v. Italia*, causa C-601/14; il DM Interno 31 agosto 2017, art. 11, comma 3 e successive modifiche, con i quali sono determinati gli importi dell'indennizzo; la legge 167/2017, che ha ammesso al risarcimento anche le vittime di reati violenti commessi dal 2005 alla data di entrata in vigore della legge; la legge 145/2018, che riapre e proroga i termini per la presentazione della domanda di concessione dell'indennizzo; l'articolo 1218 c.c., che, sul profilo della disciplina di diritto interno della responsabilità civile dello Stato per il tardivo o inesatto adempimento di Direttiva non *self-executing*, regola l'inadempimento delle obbligazioni. Rispetto al diritto europeo, la Corte di Cassazione ricorda l'articolo 12 della direttiva 2004/80/CE del Consiglio, l'art. 18 (par. 1) della citata Direttiva, che fissa l'obbligo di recepimento della direttiva entro il 1° gennaio 2006, fatta eccezione per l'art. 12, paragrafo 2, per il quale tale data è fissata al 1° luglio 2005, e le norme di cui agli ar-

ticoli 18, 20, 21 TFUE, che fissano i principi di non discriminazione e di uguaglianza e istituiscono la cittadinanza europea.

La Corte prosegue affermando come sia chiaro l'approdo interpretativo della Direttiva, che, al fine di garantire la libera circolazione delle persone, mira a garantire al cittadino dell'UE, vittima di reati intenzionali violenti nelle situazioni transfrontaliere, il diritto di ottenere un indennizzo equo ed adeguato per le lesioni subite nel territorio di uno Stato membro nel quale si trova, nell'ambito dell'esercizio del proprio diritto alla libera circolazione, imponendo a ciascuno Stato membro di dotarsi di un sistema di indennizzo delle vittime per ogni reato intenzionale violento commesso sul proprio territorio.

Tuttavia, pur avendo la giurisprudenza europea sempre inteso la direttiva come rivolta a disciplinare le situazioni transfrontaliere²⁵, sussiste in capo allo Stato italiano l'obbligo di predisporre un sistema di indennizzo delle vittime di "qualsiasi" reato intenzionale violento commesso sul territorio, in quanto prodromico e funzionale a disciplinare le situazioni transfrontaliere e non le "situazioni meramente interne".

Il problema è se, in virtù del principio di non discriminazione, di cui agli artt. 18 e seguenti TFUE, viene in rilievo non una mera scelta dello Stato-legislatore di predisporre anche un sistema di indennizzo per le vittime di reati violenti in situazioni meramente interne. Infatti, questo obbligo, sebbene immediatamente e direttamente funzionale a disciplinare le situazioni transfrontaliere, per favorire la libertà di circolazione dei residenti in altri Stati membri, si impone comunque in termini tali da rendere il sistema indennitario generalizzato necessariamente applicabile anche nei confronti dei residenti stabili dello Stato italiano, in forza del principio generale di uguaglianza, in quanto struttura portante e fondativa dell'Unione.

Condizionatamente alla risposta positiva al primo quesito, la Corte di Cassazione chiede, con il secondo quesito, se l'indennizzo, secondo importi fissi stabiliti in favore delle vittime dei reati intenzionali violenti dal D.M. Interno 31 agosto 2017, possa reputarsi "equo ed adeguato delle vittime". Infatti, l'ampia discrezionalità di cui godono gli Stati membri nello stabilire tipo e misura dell'indennizzo sembra orientare la verifica sulla sussistenza del necessario carattere "equo ed adeguato", ove per equità si intende la gravità intrinseca del reato, mentre per adeguatezza occorre riferirsi a parametri personalizzati in base alla specifica

²⁴ CGUE, 11 ottobre 2016, causa C-601/14, caso *Commissione europea contro Repubblica italiana*.

²⁵ CGCE, 28 giugno 2007, causa C-467/05, caso *Dell'Orto*; CGUE, 12 luglio 2012, causa C-79/11, caso *Giovanardi*; CGUE, ordinanza del 30 gennaio 2014, causa C-122/13, caso *Paola C*.





vicenda. La Corte di Giustizia non si è ancora pronunciata sulla causa, cui ha attribuito il numero C-129/19.

5. La responsabilità civile dello Stato per l'errato recepimento dell'articolo 12 della direttiva 2004/80/CE secondo le argomentazioni dell'Avvocato Generale e della Corte di Giustizia nel caso Presidenza del Consiglio dei Ministri contro BV.

Nella recente sentenza Presidenza del Consiglio dei Ministri contro BV²⁶, la Corte di Giustizia ritiene che la norma di cui all'articolo 12 della direttiva in materia di indennizzo per le vittime di reati intenzionali violenti riconosca diritti individuali ai singoli e afferma la responsabilità civile dello Stato italiano per l'errato e tardivo recepimento della direttiva.

Al fine di valutare la coerenza della sentenza alla luce della disciplina generale in materia di responsabilità civile degli Stati membri per violazione del diritto europeo, è utile ripercorrere il percorso argomentativo tracciato dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale. In particolare, queste si articolano in tre momenti: l'analisi dell'obiezione del Governo italiano secondo il quale il ricorso sarebbe privo di oggetto; l'individuazione dell'ambito di applicazione *ratione personae* dell'articolo 12 della direttiva 2004/80/UE, letto nel contesto della direttiva in quanto tale, compresa la sua genesi legislativa complessa; le osservazioni sulla seconda questione posta dal giudice del rinvio.

Quanto al primo punto, l'Avvocato Generale ritiene non meritevole di particolare considerazione l'obiezione in base alla quale il ricorso sarebbe privo di oggetto. Infatti, la convenuta mantiene un interesse al procedimento in corso, avendo chiesto un indennizzo superiore in base a quello percepito. La richiesta si fonda sulla responsabilità dello Stato per tardiva o incompleta trasposizione della direttiva 2004/80/CE in applicazione della giurisprudenza Francovich e sulla violazione del secondo paragrafo dell'articolo 12, in quanto l'indennizzo accordato non sarebbe serio ed adeguato a causa del suo importo esiguo.

Nella prima questione, il giudice del rinvio chiede se possa essere dichiarata la responsabilità extracontrattuale di uno Stato membro che non abbia recepito la direttiva 2004/80/CE per i danni extracontrattuali nei confronti delle vittime di reato intenzionale violento, sebbene la direttiva 2004/80/CE si

applichi solo alle situazioni transfrontaliere, ove il diritto nazionale osti ad una discriminazione alla rovescia. Secondo l'Avvocato Generale, la questione deve essere capovolta, ove si tratti di comprendere se la direttiva 2004/80/CE, in particolare l'articolo 12, paragrafo 2, obblighi gli Stati membri a istituire un sistema nazionale di indennizzo per tutte le vittime di reati intenzionali violenti nei rispettivi territori, applicabili anche alle situazioni transfrontaliere.

Il giudice del rinvio ritiene che la convenuta non possa chiedere direttamente all'Italia il risarcimento dei danni per la tardiva attuazione della direttiva 2004/80/CE, che imporrebbe agli Stati di istituire un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti solo in presenza di situazioni transfrontaliere. Infatti, nella questione sottostante, la vicenda sarebbe interamente circoscritta al territorio dello Stato membro: impostando la questione in questi termini, la soluzione è necessariamente negativa. Una responsabilità di questo tipo potrebbe derivare dal diritto nazionale, se e nei limiti in cui le autorità nazionali abbiano violato il diritto interno e la responsabilità non potrebbe essere diversa neppure se si dovesse prendere in considerazione il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, ove gli articoli 18 TFUE e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue si applicano solo nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Ue.

Tuttavia, a questa ricostruzione sfugge, secondo l'Avvocato Generale, il problema centrale, che è propedeutico rispetto ai reali termini della controversia in esame: è corretto il postulato sul quale si basa la prima questione del giudice del rinvio, e cioè che la direttiva 2004/80/CE, in particolare il suo articolo 12, si applichi unicamente alle situazioni transfrontaliere?

Per rispondere alla questione così emersa, le Conclusioni dell'Avvocato Generale si snodano lungo alcuni passaggi fondamentali, poiché vengono analizzati il testo, l'architettura interna, il preambolo, i lavori preparatori e la base giuridica della direttiva 2004/80/CE della direttiva. Poiché non vi sono elementi per dare una risposta chiara in un senso o nell'altro, l'Avvocato Generale ripercorre la giurisprudenza precedente in materia di sistemi nazionali di indennizzi per le vittime di reati intenzionali violenti e, infine, fornisce tre argomenti di ordine costituzionale in considerazione dei quali suggerisce alla Corte l'interpretazione della convenuta, in base alla quale l'articolo 12 della direttiva in esame attribuisce un diritto all'indennizzo equo ed adeguato alle vittime anche nelle situazioni puramente interne.

Secondo l'Avvocato Generale, non convince l'interpretazione secondo la quale, poiché il para-

²⁶ CGUE 16 luglio 2020, causa C-129/19, *Presidenza del Consiglio dei Ministri contro BV*.

grafo primo dell'articolo 12 si riferisce alle situazioni transfrontaliere, allora il secondo paragrafo non possa avere un ambito di applicazione più ampio del primo.

Infatti, il primo paragrafo stabilisce che gli Stati membri debbano innestare un sistema di risarcimento del danno per le vittime di reati intenzionali violenti in situazioni transfrontaliere su sistemi di indennizzo nazionali, ma ciò potrebbe anche essere interpretato nel senso che il secondo paragrafo impone agli Stati membri, in maniera consequenziale, di istituire sistemi che coprano tutti i reati intenzionali commessi nei rispettivi territori.

Secondo il Governo italiano e la Commissione, l'articolo 1, che fa espresso riferimento alle sole situazioni transfrontaliere, definirebbe l'ambito di applicazione delle norme della direttiva. Questa indicazione non è determinante, perché è possibile trarre, dall'architettura interna della direttiva, argomenti di segno opposto: l'articolo 1 fa parte del capo I, che individua le disposizioni in materia di indennizzo nelle situazioni transfrontaliere, mentre l'articolo 12, della cui interpretazione si discute, è l'unico articolo che compone il capo II. L'esistenza di capi distinti potrebbe essere interpretata nel senso che la norma di cui all'articolo 1 non abbia ambito di applicazione generale, vertendo ogni capo su un aspetto differente: il primo riguarda la istituzione di un sistema di cooperazione volto a facilitare l'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere; il secondo capo prevede la predisposizione di un sistema nazionale di indennizzo applicabile in presenza di qualsiasi reato intenzionale violento. Questa ricostruzione troverebbe ulteriori avalli in diversi elementi testuali: l'articolo 18 prevede due diversi tempi per l'implementazione dei due corpi; nel titolo della direttiva, si legge un riferimento generale all'indennizzo delle vittime di reato, riflettendo la formulazione del paragrafo secondo dell'articolo 12; l'articolo 12 compone un capo a sé, mentre, se avesse avuto una sola funzione strumentale o procedurale, avrebbe dovuto essere incluso nel capo III della direttiva.

Non offrendo testo e struttura della Direttiva argomenti schiacciati né nel senso della interpretazione più restrittiva né in quello della interpretazione più estensiva, l'Avvocato Generale cerca, allora, di definire gli obiettivi della direttiva attraverso il preambolo. Con una buona dose di generalizzazione, gli obiettivi della direttiva sono tre: fornire aiuti alle vittime nelle situazioni transfrontaliere; favorire la libera circolazione delle persone e dei servizi; prestare tutela delle vittime di reato nei procedimenti penali.

Il primo obiettivo è riconosciuto come fondamentale da Governo italiano e Commissione, che

interpretano la direttiva 2004/80/CE nel senso di imporre agli Stati membri l'obbligo di creare un sistema di indennizzo alle vittime nelle sole situazioni transfrontaliere. Obiettivo della direttiva sarebbe, insomma, quello di fornire aiuti alle cosiddette vittime itineranti, vittime che risiedono in uno Stato diverso da quello considerato, secondo quanto risulta dai considerando 1, 2, 11, 12, 13, 15.

L'Avvocato Generale, ricordando la peculiare struttura della direttiva, che è priva di norme generali volte a definire l'ambito di applicazione, ritiene che solo al considerando 15 potrebbe effettivamente rintracciarsi una chiara indicazione nel senso di limitare l'ambito di applicazione della direttiva, mentre i Considerando 11, 12, 13 fanno riferimento al sistema di cooperazione istituito dal capo I della direttiva.

Il primo considerando – così come il considerando 10 – ha una formulazione più generale, perché si riferisce alla eliminazione di ostacoli alla libera circolazione delle persone e dei servizi. Il raggiungimento di questo ulteriore obiettivo provocherebbe una estensione dell'ambito di applicazione della direttiva, che, quantomeno, dovrebbe coprire anche un altro tipo di situazione transfrontaliera, e cioè quella dell'autore del reato itinerante. Com'è successo nella situazione sottostante alla questione pregiudiziale, potrebbe accadere che le vittime del reato non riescano ad accedere alla tutela perché l'autore del reato si è avvalso della sua libertà di circolazione: si passa, quindi, dalla tutela della vittima itinerante alla tutela della vittima dell'autore di reato itinerante.

Questa più ampia interpretazione del termine transfrontaliero non è esclusa dai considerando 1 e 2 e sarebbe coerente con il considerando 7. Altri parti del preambolo della direttiva (considerando 6 e 10) sembrerebbero confermare l'interpretazione della convenuta.

Perfino l'esame dettagliato dei considerando della direttiva non risolverebbe, secondo le Conclusioni dell'Avvocato Generale, i problemi di interpretazione.

Parimenti infruttuosa è l'analisi della genesi della direttiva. Al fine di fare valere la loro interpretazione restrittiva della direttiva, Commissione e Stato italiano sottolineano come l'iter legislativo abbia visto il passaggio da una Proposta iniziale della direttiva, volta a garantire a tutti i cittadini dell'Ue ed ai residenti la possibilità di ottenere un risarcimento del danno da reato intenzionale violento adeguato, ovunque questi siano rimasti vittime del reato all'interno dell'Ue, ad un compromesso, che suggeriva di mantenere solo le norme relative alle situazioni transfrontaliere.





Nonostante il compromesso sembri suggerire che l'istituzione di sistemi nazionali dovrebbe unicamente essere strumentale al buon funzionamento del sistema di accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere, il carattere strumentale limitato non risulta così evidente dal testo come è stato adottato. Inoltre, interrogata in udienza sulle ragioni dell'obbligo degli Stati membri di istituire un sistema nazionale di indennizzo, la Commissione ha spiegato che lasciare agli Stati la libertà di disporre di sistemi diversi porrebbe inutili complicazioni in alcuni casi, ma non ha fornito una risposta chiara neanche rispetto alla possibilità di limitare il sistema nazionale di indennizzo ai soli reati transfrontalieri, perché ha in ogni caso aggiunto che gli Stati dovrebbero dotarsi di un unico sistema di indennizzo per tutti i reati intenzionali violenti commessi nel proprio territorio.

Questa posizione è incoerente: dal punto di vista della vittima e dei suoi diritti, o il diritto dell'Ue esige unicamente l'indennizzo delle vittime di reati commessi fuori dallo Stato di residenza, per cui le vittime nazionali non hanno alcun diritto in base alla normativa dell'UE oppure gli Stati hanno l'obbligo di prevedere un sistema di indennizzo per tutte le vittime di reati intenzionali violenti commessi sul proprio territorio.

L'Avvocato Generale non rintraccia poi elementi decisivi né dall'analisi della base giuridica della direttiva, rintracciato nell'articolo 308 CE, che ha una vocazione spiccatamente mercantile, ma incide anche sulla libera circolazione delle persone in generale e sulle legislazioni civili nazionali, né nella giurisprudenza precedente, che fornisce elementi a favore di entrambe le interpretazioni²⁷.

Come significativamente segnalato dall'Avvocato Generale, dal testo, dal contesto, dalle finalità e dai lavori preparatori, nonché guardando agli argomenti relativi alla base giuridica di uno strumento del diritto dell'UE, ci si trova al punto di partenza: non si hanno elementi certi che avvalorano né l'una né l'altra tesi.

In uno scenario così inusuale, l'Avvocato generale riconosce il carattere estensivo della tutela di cui all'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva, utilizzando tre criteri ermeneutici generali: la Carta dei diritti fondamentali, che garantisce a chiunque la dignità umana e il diritto alla libertà e alla sicurezza; il principio di non discriminazione di cui all'articolo 21 della Carta, che imporrebbe, quanto meno, di vietare discriminazioni tra vittima itinerante e autore del reato itinerante; generali considerazioni di opportunità politica rispetto alla separazio-

ne dei poteri e all'equilibrio istituzionale, tra il legislatore dell'Unione e i giudici ordinari.

L'articolo 12, paragrafo 2, dovrebbe applicarsi a tutte le vittime di reati intenzionali violenti: quanto alla responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto europeo, sussisterebbe, quindi, la prima condizione.

Ritenendo che si debba dare risposta positiva al primo quesito, l'Avvocato Generale passa ad analizzare se l'indennizzo in euro 4800 possa essere considerato come equo e adeguato.

Secondo quanto stabilito dalla giurisprudenza Francovich²⁸, l'applicazione retroattiva delle misure nazionali di attuazione di una direttiva può rimediare alle conseguenze pregiudizievoli di una tardiva attuazione, se correttamente trasposta. Il giudice nazionale deve garantire che il risarcimento del danno subito sia adeguato. L'Avvocato Generale sottolinea l'ampio potere discrezionale degli Stati, rispetto alle voci di indennizzo considerate, ai criteri pertinenti per determinare l'importo, all'importo dell'indennizzo, perché il sistema deve essere gestito a livello nazionale: la logica e la procedura nazionale devono essere volte a garantire l'effettività e la celerità dell'accesso al risarcimento e si ripercuotono sul modo in cui gli importi vengono fissati.

Non ci sono elementi per sostenere che l'indennizzo debba equivalere al risarcimento che la vittima avrebbe dovuto ottenere dagli autori del reato, ove l'unico limite al margine di discrezionalità degli Stati membri è che l'indennizzo debba essere equo e adeguato. Pur potendo trattarsi di indennizzo forfettario, questo non può essere puramente simbolico, ma deve essere ragionevole.

Dello stesso segno, sebbene più sintetiche, sono anche le argomentazioni della sentenza della Corte di Giustizia, che respinge l'argomento in base al quale il procedimento principale sarebbe ormai privo di oggetto.

Lo Stato italiano ha istituito un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nel territorio italiano, indipendentemente dal fatto che queste risiedano in Italia o meno. Il sistema si applica anche retroattivamente ai reati commessi a partire dal 1° luglio 2005 e, pertanto, al reato di violenza sessuale di cui BV è stata vittima. Un'applicazione retroattiva, regolare e completa delle misure di attuazione di una direttiva consente di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli della trasposizione tardiva della direttiva e di assicurare un risarcimento adeguato e l'azione di BV mira a far condannare l'Italia al risarcimento del danno che

²⁸ CGCE, 19 novembre 1991, Cause riunite C-6/90 e C-9/90, caso *Francovich*. Vedi *supra*, nota 2, per riferimenti bibliografici.

²⁷ Vedi *supra*, paragrafo 3.

l'interessata afferma di avere subito a causa dell'inadempimento, da parte dello Stato membro, dell'obbligo di trasportare in tempo utile la direttiva.

Sulla prima questione, la Corte di Giustizia ricorda che, perché sussista una responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto europeo, è necessario che sussistano tre condizioni: si possa individuare una norma di diritto dell'Ue violata preordinata a conferire diritti ai singoli; la violazione di tale norma sia sufficientemente qualificata; si possa rintracciare un nesso causale diretto tra violazione e danno.

La Corte di Giustizia ritiene che, ai fini della sussistenza della responsabilità in questo caso, sia necessario l'analisi della prima delle tre condizioni: bisogna comprendere se l'articolo 12 della direttiva imponga agli Stati di dotarsi di un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti unicamente nei confronti delle vittime che si trovino in una situazione transfrontaliera.

A tal fine, risulta necessario procedere alla interpretazione del tenore letterale della disposizione, del contesto e degli scopi.

In particolare, l'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2004/80/CE riferisce in termini generali l'obbligo per gli Stati di dotarsi di un sistema di indennizzo delle vittime dei reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori. Nel capo secondo della direttiva, il legislatore dell'Unione ha optato non per la istituzione, da parte di ciascuno Stato, di un sistema di indennizzo specifico per le vittime transfrontaliere, ma per l'applicazione, a favore di tali vittime, dei sistemi di indennizzo nazionali. La mancata istituzione di sistemi di indennizzo nazionali rende impossibile istaurare sistemi di indennizzo per le vittime transfrontaliere e provoca, quindi, il sorgere della responsabilità dello Stato.

Possono individuarsi tre obiettivi della direttiva: abolire gli ostacoli alla libera circolazione, istituire sistemi di indennizzo nelle situazioni transfrontaliere e dettare norme minime sulla tutela delle vittime della criminalità. La Corte ritiene anche non applicabile, nel caso di specie, la giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo la quale la direttiva prevede un sistema di indennizzo nel caso di reato intenzionale violento commesso dallo Stato membro nel territorio in cui la vittima si trova, nell'ambito dell'esercizio della libera circolazione: non si tratterebbe di un contrasto giurisprudenziale, ma di sentenze che si riferiscono esclusivamente al capo I della Direttiva.

Per queste ragioni, il regime di responsabilità extracontrattuale di uno Stato per danno causato dalla violazione di tale diritto è applicabile, per la mancata trasposizione in tempi utili dell'articolo 12 della direttiva, anche nei confronti di vittime residenti in

detto Stato, nel cui territorio il reato intenzionale violento sia stato commesso.

Quanto alla seconda questione, la Corte di Giustizia ritiene che l'indennizzo equo e adeguato non imponga un ristoro completo del danno materiale e morale subito dalla vittima: l'ampio margine di discrezionalità lasciato agli Stati permetta un indennizzo forfettario, a condizione che la misura degli indennizzi deve essere, però, sufficientemente detagliata dal sistema nazionale previsto.

6. L'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2004/80/CE detta una norma giuridica preordinata a garantire diritti ai singoli.

L'analisi della recente sentenza in materia di reati intenzionali violenti nelle situazioni totalmente interne (*rectius*, vittime totalmente interne, ma autori di reato itineranti) costituisce un utile spunto per valutare la coerente applicazione della disciplina della responsabilità civile dello Stato, trascorsi quasi trent'anni dal caso Francovich.

Infatti, come è stato sottolineato, la Corte di Giustizia ribadisce la necessità che ricorrano le tre condizioni di operatività del rimedio, e cioè che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che la violazione sia sufficientemente caratterizzata e che sussista un nesso causale diretto. La vicenda della esatta interpretazione del secondo paragrafo dell'articolo 12 della direttiva 2004/80/CE pone questioni che attengono alla sussistenza della prima e della seconda condizione: a ben vedere, le considerazioni svolte da Avvocato Generale e Corte di Giustizia si concentrano solo sulla ricostruzione del primo requisito, mentre, pur tacendone, offrono, in maniera inespressa, spunti utili per vagliare l'esistenza del secondo.

Occorre adesso valutare il significato da attribuire alle condizioni di sussistenza della responsabilità, ripercorrendo le principali pronunce giurisprudenziali.

Il sintagma «norma preordinata ad attribuire diritti a singoli» merita alcuni chiarimenti, in modo da comprendere l'esatto significato del presupposto, qual è stato elaborato dalla giurisprudenza europea²⁹.

Innanzitutto, per diritti si intende, in generale, qualsiasi posizione giuridica soggettiva. La Corte non ha mai accompagnato il termine diritti con ulte-

²⁹ E. CALZOLAIO, *La violazione del diritto comunitario non è antigiuridica: l'illecito dello Stato al vaglio delle Sezioni Unite*, in *C IMPR*, 2010, n. 1, p. 82.; P. TORRESI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Trattato di diritto privato europeo*, IV, a cura di N. Lipari, Padova, 2003, p. 659.





riori oggettivi, così il dubbio sorge unicamente a causa della classificazione, interna all'ordinamento giuridico italiano, tra diritto soggettivo e interesse legittimo; in ogni caso, la questione è affrontata nella sentenza Dillenkofer³⁰, ove si chiarisce che il fine della disposizione europea violata debba essere il riconoscimento di posizioni giuridiche soggettive, ben potendo essere questi diritti soggettivi o interessi.

Altra questione dibattuta, e particolarmente importante rispetto al secondo paragrafo dell'articolo 12 della direttiva 2004/80/CE, riguarda il rapporto tra il requisito in esame e la eventuale efficacia diretta della norma. Pur dovendo essere preordinata a conferire diritti ai singoli, la norma non deve necessariamente avere efficacia diretta. Del resto, già in Francovich si esclude l'efficacia diretta delle norme della direttiva, cui però si riconosce un fine di tutela e protezione della posizione giuridica dei soggetti destinatari.

In maniera più estesa, secondo il già citato caso Dillenkofer³¹ «il fatto che lo Stato possa scegliere tra una molteplicità di mezzi al fine di raggiungere il risultato prescritto da una direttiva è senza importanza dal momento che tale direttiva ha lo scopo di attribuire, a favore dei singoli, diritti il cui contenuto può essere determinato con precisione sufficiente» (pt. 45), statuizione poi confermata in altre pronunce³².

Specularmente, la condizione può sussistere e la responsabilità civile dello Stato può configurarsi nonostante la norma sia dotata di efficacia diretta, come affermato dalle Conclusioni, poi confermate, dell'Avvocato Generale Tesauro in *Brasserie*³³, per cui si deve respingere una interpretazione restrittiva e un'applicazione residuale del principio di diritto elaborato in Francovich.

Insomma, la preordinazione della norma all'attribuzione dei diritti ai singoli è una nozione più ampia dell'efficacia diretta³⁴.

Per comprendere l'esatta estensione del requisito in esame, utile è riferirsi alle Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott nel caso *Leth*³⁵, che costituiscono un autorevole avallo di alcune inter-

pretazioni estensive già avanzate dalla dottrina³⁶ e che consentono di trarre indicazioni utili anche rispetto alla corretta applicazione della disciplina della responsabilità civile dello Stato nel caso di errato e incompleto recepimento dell'articolo 12, paragrafo secondo, della direttiva 2004/80/CE.

Necessario è, innanzitutto, ripercorrere la vicenda sottostante, che riguarda la risarcibilità del danno da svalutazione di una proprietà immobiliare, a causa dal rumore prodotto dagli aeromobili in partenza e in arrivo da un aeroporto vicino, ampliato senza valutazione di impatto ambientale e, pertanto, in violazione della direttiva n. 85/337/CEE (concernente la valutazione di impatto ambientale - VIA). La ricorrente chiede allo Stato austriaco e al Land Bassa Austria il risarcimento dei danni per la perdita di valore della sua proprietà immobiliare, laddove gli effetti sull'ambiente dell'ampliamento dell'aeroporto avrebbero dovuto essere valutati in base alla direttiva VIA.

Poiché l'art. 3 della direttiva n. 85/337/CEE individua, tra gli oggetti della valutazione di impatto ambientale, anche i beni materiali, il primo quesito pregiudiziale attiene proprio alla definizione dei beni materiali e, in particolare, alla possibilità che questa comprenda, oltre che la sostanza degli stessi, anche il loro valore. L'Avvocato generale Kokott esclude che della espressione beni materiali si possa dare una nozione tanto estesa da ricomprendere anche il valore dei beni, in quanto la VIA prende in esame solo gli effetti sui beni materiali che possono essere importanti per l'ambiente naturale, essendo necessario distinguere tra effetti ambientali e conseguenze economiche di tali effetti.

Tuttavia, il problema centrale, emerso nella fattispecie e oggetto della seconda questione pregiudiziale, riguarda la possibilità di individuare, tra i fini perseguiti dalla disciplina della valutazione dell'impatto ambientale, anche la tutela dei singoli contro danni patrimoniali consistenti nella diminuzione del valore di un bene immobile di loro proprietà. In altre parole, si tratta di valutare se sussiste il primo requisito dell'illecito dello Stato per violazione del diritto comunitario, e cioè se l'obbligo, posto dalla direttiva europea violata, sia preordinato a conferire diritti ai singoli nella situazione della ricorrente.

La questione viene scorporata dall'Avvocato generale in tre sotto-domande: la possibilità di far valere la direttiva; lo scopo della norma violata e la qualificazione dello scopo della norma violata. Ri-

³⁰ CGCE 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94, Raccolta, 1996, I-4845.

³¹ CGCE 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94, Raccolta, 1996, I-4845.

³² Corte di giustizia 15 giugno 1999, in causa C-140/97, *Recherber handler*, Raccolta, 1999, I-3499 (pt. 22 e 23).

³³ Conclusioni del 28 novembre 1995.

³⁴ CGCE 4 dicembre 1997, in causa C-97/96, *Verband Deutscher Daihatsu-Handler*, Raccolta, 1997, I-6843, pt. 25.

³⁵ CGCE 14 marzo 2013, in causa C-420/11, *Jutta Leth contro Republik Österreich Land Niederösterreich*, curia.europa.eu.

³⁶ D. WAELBROECK, *Treaty Violations and Liability of Member States: the Effect of the Francovich Case Law*, in *The Action for Damages in Community Law*, a cura di T. Heukels, A. McDonnell, The Hague-London-Boston, 1997, 328; così anche E. CALZOLAIO, *La violazione*, cit., 82.

spetto al primo punto, l'Avvocato generale ritiene incontrovertibile che i singoli possano far valere l'obbligo di effettuare la valutazione di impatto ambientale, perché la direttiva europea conferisce ai membri del pubblico interessato il diritto a che le autorità competenti valutino gli effetti sull'ambiente del progetto in questione e li consultino. Quanto al secondo punto, l'Avvocato generale afferma che la necessità di distinguere tra effetti ambientali ed effetti economici non importi l'esclusione della possibilità di ricomprendere nello scopo di tutela della direttiva determinati danni economici, qualora questi costituiscano un'altra manifestazione di effetti sull'ambiente.

Ma è rispetto al terzo e ultimo punto che le Conclusioni dell'Avvocato generale prospettano una interpretazione particolarmente estensiva della latitudine del rimedio. Infatti, l'Avvocato generale precisa la natura procedurale della norma violata, che è parimente subordinata alla violazione di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli.

In altre parole, una norma procedurale può essere preordinata a riconoscere diritti ai singoli, per cui la sua violazione può integrare la prima delle tre condizioni perché sorga la responsabilità civile dello Stato. Tuttavia, bisogna poi verificare che sussistano le altre due condizioni perché la mera possibilità che le autorità competenti, se avessero agito correttamente, avrebbero adottato, nell'esercizio del potere discrezionale loro spettante, una decisione diversa, non è sufficiente a fondare un diritto al risarcimento dei danni (perché non si può configurare un diritto a che il potere discrezionale sia esercitato in un determinato modo). Rispetto al caso del mancato recepimento della direttiva VIA, l'Avvocato generale Kokott precisa che si tratta di profili che dovrebbero venire in rilievo anche in sede di causalità e non attinenti all'essenza delle norme interessate, in quanto non idonee, per loro natura, a fondare un diritto al risarcimento dei danni.

Ma l'Avvocato generale afferma la possibilità che dalla violazione, da parte dello Stato, di una norma procedurale possa derivare il diritto al risarcimento del danno ai singoli attraverso un'altra via ermeneutica.

Infatti, la direttiva VIA riconosce al pubblico interessato il diritto di sottoporre a valutazione gli effetti sull'ambiente del progetto che lo riguardano e di essere consultato rispetto a tali effetti.

La partecipazione del pubblico, rivolta prioritariamente ad una tempestiva individuazione degli effetti sull'ambiente, svolge anche una funzione di avvertimento per il pubblico interessato, ricomprendendo anche l'informazione in merito agli effetti del progetto sull'ambiente. Pertanto, una violazione della direttiva VIA, che pregiudichi tale funzione di

avvertimento, in via di principio deve essere idonea a comportare un diritto al risarcimento dei danni.

Insomma, la prima delle condizioni di sussistenza della responsabilità dello Stato per violazione dell'illecito comunitario sarebbe soddisfatta non solo nell'ipotesi di violazione di una norma espressamente orientata ad attribuire diritti ai singoli, ma anche qualora la norma abbia una funzione procedurale, se risulta comunque immediatamente azionabile e in via mediata destinata a soddisfare scopi strumentali all'obiettivo principale.

Ciò risulta particolarmente utile nel caso in questione: se anche l'articolo 12, paragrafo secondo, avesse solo carattere procedurale – in quanto indicazione che per gli Stati membri, che devono predisporre un sistema per le vittime transfrontaliere utilizzando come base quello nazionale – ciò non escluderebbe che la norma sia volta ad attribuire diritti ai singoli.

Questo punto si lega ad un altro aspetto, relativo agli eventuali plurimi obiettivi della norma violata. Infatti, non è necessario che la norma di diritto violata abbia come unico scopo il riconoscimento di diritti ai singoli, ben potendo questa perseguire anche obiettivi generali, com'è stato sancito in numerose sentenze, tra cui la già citata pronuncia Dillenkofer, ove si riconosce che la direttiva violata persegue i fini diversi della tutela della concorrenza e della tutela dei consumatori (pt. 39 e 41), e Traghetti del Mediterraneo s.p.a. (pt. 37), che ammette la possibilità di configurare la responsabilità nel caso di violazione di norme procedurali, tra le quali si collocano quelle che regolano il rinvio pregiudiziale.

Una parte della dottrina³⁷ riporta la prima delle condizioni di responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo entro il vocabolario della dogmatica dell'illecito civile, con importanti ricadute da un punto di vista tecnico e sistematico. Infatti, il carattere protettivo della norma violata consiste nell'attribuzione allo Stato di un obbligo di risultato ed imprime il carattere di ingiustizia al danno provocato. Il limite ai poteri dello Stato ha come contraltare l'attribuzione di un bene della vita ai singoli, in base al principio del primato del diritto europeo.

Anche questo aspetto risulta particolarmente importante nella recente pronuncia, che costituisce una coerente applicazione delle regole elaborate rispetto alla prima delle tre condizioni di risarcibilità: particolarmente importante è, nel caso di specie, la circostanza che la norma violata non deve perseguire in maniera esclusiva l'obiettivo della tutela del diritto riconosciuto al singolo.

³⁷ A. DI MAJO, *Responsabilità e danni*, cit., p. 763.





Bisogna, però, sottolineare che la violazione della norma giuridica rilevante nei singoli casi concreti non può, di per sé sola, cagionare il danno controverso: non si possono anticipare alla prima condizione, muovendo considerazioni che attengono all'essenza della norma violata, valutazioni che attengono alla seconda e alla terza condizione.

7. Sussiste una violazione sufficientemente caratterizzata nel caso di errato e tardivo recepimento della direttiva 2004/80/CE?

Secondo presupposto dell'illecito è che la violazione del diritto europeo sia sufficientemente qualificata. Il requisito attiene, evidentemente, alle caratteristiche dell'azione lesiva e valuta, dunque, la sua anti-giuridicità. Prima di analizzare i criteri necessari per valutare la gravità della violazione, occorre chiarire cosa si intenda per violazione (sufficientemente qualificata) del diritto europeo. Infatti, una recente ordinanza della Corte di Cassazione ha chiarito come anche le decisioni della Commissione Europea, seppure prive dei requisiti di generalità ed astrattezza, rappresentino fonte di produzione del diritto. Ciò ha una duplice ricaduta operativa: la violazione delle decisioni della Commissione può fare sorgere una responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo e la questione del loro ambito di operatività e dei limiti, anche temporali, di efficacia costituiscono un problema di interpretazione delle norme giuridiche, valutabile in sede di giudizio di Cassazione³⁸.

L'utilizzo dell'espressione, soprattutto nella dicitura inglese di *sufficiently serious breach*, è sembrato poco chiaro ad alcuni commentatori³⁹. Tuttavia, al di là dell'equivoco terminologico, per violazione sufficientemente qualificata deve intendersi una violazione grave e manifesta del diritto europeo da parte dello Stato. La valutazione in ordine alla gravità della violazione viene condotta sulla base di alcuni criteri enucleati dalla Corte di giustizia: ampiezza del potere discrezionale dello Stato; grado di chiarezza e precisione della norma violata; intenzionalità o no della violazione; scusabilità o meno di un eventuale errore di diritto; eventuale comportamento dell'Unione che abbia concorso all'adozione, omissione o mantenimento della prassi

contraria al diritto europeo; giurisprudenza consolidata che accerti l'illegittimità del comportamento.

Poiché la violazione è sufficientemente qualificata quando lo Stato violi i limiti, posti dal diritto europeo, all'esercizio del suo potere legislativo, amministrativo o giudiziario, al requisito dell'ampiezza del potere discrezionale dello Stato viene attribuita una funzione scriminante. Infatti, solo in presenza di un ampio margine di discrezionalità del potere statale sarà necessaria una valutazione sulla gravità della violazione; viceversa, nel caso di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto o addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione grave e manifesta⁴⁰.

Applicando queste regole al caso di specie, può mettersi quantomeno in dubbio che la violazione della norma di cui all'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2004/80/CE costituisca una violazione sufficientemente caratterizzata. Infatti, com'è stato sottolineato dallo stesso Avvocato Generale nelle Conclusioni, non si possono trarre elementi chiari per definire quale delle due interpretazioni – estensiva o restrittiva – attribuire alla norma in esame né dal dato testuale e dall'architettura della direttiva, né dagli obiettivi, né dai lavori preparatori né dalla base giuridica né dalla giurisprudenza precedente della Corte di Giustizia: il capo secondo della direttiva 2004/80/CE non pone norme chiare. Il conflitto interpretativo può risolversi, nel senso del riconoscimento di un diritto riconosciuto al singolo, solo attraverso argomenti di tipo costituzionale, quindi ad una sorta di analogia iuris. La mancanza di chiarezza della norma in esame emerge chiaramente dallo studio delle Conclusioni dell'Avvocato Generale e, poi, della sentenza della Corte di Giustizia, per cui non può parlarsi di violazione sufficientemente caratterizzata⁴¹. Ciò è tanto più vero quanto più si

³⁸ CC, ord., sez. III, 28 giugno 2018, n. 17058: il caso riguarda la richiesta di risarcimento danni per avere immesso al consumo acqua potabile avente una concentrazione di arsenico superiore al limite di 10 mg/l prescritto nella direttiva 98/83/CE del Consiglio in data 3/11/1998, per cui si veda anche CC, sez. III, 15 febbraio 2019, n. 4559.

³⁹ E. CALZOLAIO, *L'illecito comunitario*, cit.

⁴⁰ CGCE 23 maggio 1996, in causa C-5/94, *Hedley Lomas*, Raccolta, 1996, I-2553 pt. 28, in cui la Corte è chiamata a valutare i presupposti dell'obbligo di uno Stato membro di risarcire i danni causati ad un singolo dal diniego da esso opposto al rilascio di una licenza di esportazione, in violazione dell'art. 34 del Trattato. CGCE 4 luglio 2000, in causa C-424/97, *Haim*, Raccolta, 2000, I-5123, pt. 35 ss, la cui questione pregiudiziale attiene alla possibilità di valutare la sussistenza di una violazione grave e manifesta nel caso in cui un funzionario pubblico nazionale abbia applicato una normativa nazionale incompatibile con il diritto comunitario o una normativa nazionale non conforme al diritto comunitario, nonostante allo Stato non residuassee alcun potere discrezionale. Nell'affrontare la questione, viene ribadito che la violazione è sufficientemente caratterizzata nel caso di violazione grave e manifesta dei limiti posti allo Stato membro, tanto più se lo Stato non dispone di nessun potere discrezionale.

⁴¹ In maniera differente, un indice di mancata chiarezza della norma violata è ravvisato nella circostanza che la quasi totalità degli Stati membri avesse dato alla stessa norma europea una

considera un altro punto: secondo la Corte di Giustizia, l'articolo 12, paragrafo secondo della direttiva, impone al sistema nazionale l'obbligo di fare accedere al risarcimento tutte le vittime, anche nelle situazioni puramente interne, ma riconosce anche l'ampia discrezionalità del sistema nazionale a dettare regole in materia di indennizzo. Come si è visto, maggiore è il potere discrezionale dello Stato, più profonde e attente devono essere le valutazioni in ordine alla gravità della violazione.

Nodo problematico fondamentale diventa comprendere chi sia il soggetto deputato a vagliare le condizioni di nascita dell'obbligazione risarcitoria da parte dello Stato. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'ampiezza e l'esistenza del margine di discrezionalità dello Stato sono definite dal diritto europeo, mentre sono i giudici nazionali a dover applicare alla fattispecie concreta gli elementi da considerare perché sussista una violazione sufficientemente caratterizzata. Tuttavia, «se, in linea di principio, spetta ai giudici nazionali valutare la sussistenza delle condizioni che fanno sorgere la responsabilità dello Stato membro per violazioni del diritto comunitario, la Corte può nondimeno precisare talune circostanze di cui i giudici nazionali possono tenere conto nella loro valutazione»⁴². Ancora, nel caso *Larsy*⁴³, pur essendo ribadito l'assunto in base al quale è compito dei giudici nazionali accertare se siano soddisfatte le condizioni di responsabilità dello Stato, la Corte ritiene di disporre, nella causa principale, di tutti gli elementi necessari della valutazione e, dopo aver ricordato il principio di preminenza del diritto europeo, afferma che il comportamento dello Stato nella questione sottostante integri i presupposti di violazione sufficientemente caratterizzata.

Probabilmente, è quanto cerca di fare la Corte nel caso in esame, nel punto in cui afferma che non è rilevante la giurisprudenza precedente, secondo la quale la direttiva 2004/80/CE preveda un sistema di indennizzo nel caso di reato intenzionale violento in una situazione transfrontaliera subito da una vittima itinerante⁴⁴.

Il requisito del grado di chiarezza della norma violata consente al giudice europeo di sviluppare importanti riflessioni in ordine al valore da attribuire alla sua giurisprudenza, secondo lo schema duale per cui alla Corte di giustizia compete in via esclu-

interpretazione identica, come avviene nel caso *Denkavit* (CGCE 17 ottobre 1996, cause riunite C-283/94, C-291/94 e C-292/94, *Denkavit*, Raccolta, 1996, I-5063).

⁴² CGCE 18 gennaio 2001, in causa C-150/99, *Stockholm Lindöpark*, Raccolta, 2001, I-493, pt. 34 ss.

⁴³ CGCE 28 giugno 2001, in causa C-118/00, *Larsy*, Raccolta, 2001, I-5063, pt. 33 ss e 51 ss.

⁴⁴ CGCE 16 LUGLIO 2020, in causa C-129/19, caso *Presidenza del Consiglio dei Ministri contro BV*, pt 53 e 54.

siva l'interpretazione del diritto europeo, mentre il giudice nazionale si limita ad applicarlo⁴⁵.

Se si guarda al grado di chiarezza della norma violata e all'ampio margine di discrezionalità dello Stato italiano, difficilmente il giudice nazionale potrà ritenere integrato il requisito della violazione sufficientemente caratterizzata.

Forse, l'unica via per giungere ad affermare la sussistenza della seconda condizione della responsabilità passa attraverso una particolare interpretazione del requisito stesso, che sembra in ogni caso avallata da altre pronunce della Corte di Giustizia. Infatti, l'elemento del grado di chiarezza e precisione della norma violata si lega indissolubilmente con quello che valuta l'intenzionalità o no della violazione.

L'elemento della intenzionalità della condotta⁴⁶, che dipende dal grado di discrezionalità, fonda il problema della colpa quale presupposto della responsabilità. Le tradizioni giuridiche degli Stati in tema di elemento soggettivo dell'illecito civile sono molto diverse, tanto che risulta difficile anche rintracciare un principio comune fra gli Stati, alcuni influenzati dal modello tedesco, per cui la colpa è un criterio generale di imputazione (§ 276 e 823 BGB), altri da quello francese, in cui assume un ruolo più ridotto.

Non possono neanche essere prese a modello le norme in materia di responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie, da cui non si traggono indicazioni univoche, dato che si è passati da un sistema ispirato alla nozione francese di *faute de service* alla nozione di carattere illegale dell'atto, che ha indotto una parte della dottrina a parlare di una

⁴⁵ CGCE 6 ottobre 1982, in causa C-283/81, *CILFIT c. Ministero della Sanità*, Raccolta, 1982, 3415. In dottrina, G. ITZICOVICH, *L'interpretazione del diritto comunitario*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, dicembre 2008, fasc. 2, 429 ss. Sul punto, significative sono le considerazioni svolte nel caso *Köbler* (CGCE 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Köbler*, Raccolta, 2003, I-10239, pt. 53), in cui la Corte è chiamata a pronunciarsi sui presupposti della responsabilità civile dello Stato nel caso di organo giurisdizionale di ultima istanza. Nonostante le condizioni di responsabilità siano identiche indipendentemente dal potere pubblico coinvolto, più problematica appare l'applicazione della seconda condizione, che bisogna adeguare alla specificità della funzione giurisdizionale nonché alle legittime esigenze della certezza del diritto. In questa ipotesi, la responsabilità dello Stato può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente. Tra gli elementi da valutare, il più rilevante è rappresentato dalla presenza di un orientamento giurisprudenziale solido sul punto, mentre l'eventuale errore interpretativo del giudice di ultima istanza non è violazione manifesta nell'ipotesi in cui non ci sia un orientamento giurisprudenziale europeo chiaro.

⁴⁶ CGCE 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Köbler*, cit., pt. 53.





ipotesi di responsabilità oggettiva⁴⁷. D'altro lato, la responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto europeo costituisce un caso *sui generis*, specialmente sotto il profilo della responsabilità dello Stato legislatore, poiché alla valutazione della gravità della violazione del diritto europeo è sotteso un giudizio di disfavore sull'operato dello Stato. In base alla peculiarità del tipo di illecito civile in esame, autorevole dottrina italiana⁴⁸ si è espressa nel senso che l'alternativa colpa/non colpa costituisce una visione molto riduttiva, perché il giudizio di gravità della violazione non prescinde affatto dalla valutazione dell'elemento soggettivo, ma, fondandosi sui criteri illustrati, riempie la nozione di colpa di requisiti concreti, al fine di formulare il giudizio di disfavore sull'operato del potere pubblico coinvolto.

Secondo questa ricostruzione della violazione sufficientemente caratterizzata in chiave di colpevolezza, bisogna comprendere se, nel caso di specie, sussista o no l'intenzionalità della violazione del diritto europeo da parte dello Stato italiano per il tardivo ed errato recepimento dell'articolo 12, paragrafo secondo della direttiva 2004/80/CE. Sorge, quindi, una questione fondamentale: come fa a valutarsi l'elemento della intenzionalità rispetto all'operato di un legislatore nazionale dotato di ampi margini di discrezionalità? La risposta non può che venire dalla giurisprudenza europea: occorre guardare al comportamento successivo del legislatore nazionale come indice della consapevolezza del legislatore della illegittimità della norma nazionale rispetto al dettato europeo⁴⁹. Nel caso del mancato indennizzo alle vittime di reati intenzionali violenti nelle situazioni puramente interne, possono essere individuate come significative spie della intenzionalità della condotta, e quindi della violazione sufficientemente caratterizzata, da parte dello Stato italiano della direttiva 2004/80/CE l'intervento legislativo con la L. n. 122/2016, nonostante i suoi limiti denunciati dalla dottrina⁵⁰, e, forse ancor di più, il dato extralegislativo rappresentato dal comunicato stampa dell'11 ottobre 2016, in cui espressamente si individua nell'inadempimento dello Stato italiano la fonte di un gravissimo vulnus ai diritti individuali, nonostante il principio secondo il quale tutti i crimini violenti intenzionali devono dare accesso a un indennizzo⁵¹. Dei numerosi indici volti a valutare la sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata, nel caso di specie, alcuni ricorrono e

altri no: la condotta successiva del legislatore italiano condurrebbe a ritenere che sussista l'intenzionalità della condotta, ma a monte probabilmente mancherebbe il necessario grado di chiarezza della norma violata, mentre l'ampio margine di discrezionalità dello Stato italiano farebbe escludere la violazione.

La difficoltà, che si prospetta di fronte al giudice nazionale il quale deve vagliare la sussistenza dei presupposti della responsabilità nel caso di specie, ha radici profonde, intrinsecamente connesse nel fondamento teorico dell'istituto.

8. Conclusioni: il “peccato originale” della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto europeo.

Si è detto che, rispetto al caso di mancato indennizzo per vittime di reati intenzionali violenti in situazioni puramente interne, con difficoltà e solo rivolgendosi ad argomenti di tipo costituzionale il giudice europeo abbia di recente interpretato l'articolo 12, paragrafo secondo, come norma attributiva di diritti ai singoli. La mancanza di chiarezza della norma violata e l'ampio margine di discrezionalità per lo Stato membro indurrebbero, poi, ad escludere che la violazione sia sufficientemente caratterizzata, ma il comportamento successivo dello Stato italiano indurrebbe a ritenere l'intenzionalità della violazione e, quindi, la sufficiente qualificazione della stessa.

Rispetto ai primi due requisiti, in buona sostanza, possono portarsi argomentazioni razionali sia nel senso della responsabilità che nel senso della sua assenza rispetto al tardivo ed errato recepimento dell'articolo 12, paragrafo secondo, della direttiva 2004/80/CE. In altre parole, a quasi trent'anni del caso Francovich, può segnalarsi che l'enorme casistica giurisprudenziale in materia di responsabilità civile dello Stato ha comportato l'elaborazione di numerosi indici, spesso ancorati alle peculiarità del caso concreto, che non permettono sempre un'applicazione coerente dei presupposti di sussistenza dell'illecito civile come elaborati, almeno sul piano delle declamazioni, dal diritto europeo.

Probabilmente, ciò si giustifica alla luce del peculiare iter che ha portato all'affermazione della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto europeo. Per questo motivo, occorre procedere ad una valutazione in ordine all'applicazione coerente della responsabilità civile dello Stato su un altro piano logico e giuridico, e precisamente sul fronte del fondamento teorico dell'istituto, alla luce del rapporto che intercorre tra diritto nazionale e diritto dell'UE.

⁴⁷ F. SCHOCKWEILER, *Le régime de la responsabilité extra-contractuelle*, in *RTDE*, 1990, 59 ss.

⁴⁸ A. DI MAJO, *Responsabilità e danni*, cit., p. 770.

⁴⁹ CGCE 18 gennaio 2001, in causa C-150/99, *Stockholm Lindopark*, Raccolta, 2001, I-493, pt. 34 ss.

⁵⁰ M. BONA, *Vittime di reati intenzionali violenti*, cit., 474.

⁵¹ Vedi supra, paragrafo 3.

Il presupposto fondativo della responsabilità dello Stato è, innanzitutto, ravvisato nella natura dell'ordinamento comunitario come ordinamento giuridico proprio, integrato con gli ordinamenti giuridici degli Stati, i cui soggetti sono anche i cittadini, titolari di posizioni giuridiche soggettive di diritti e obblighi. Ai giudici nazionali è attribuito il compito di applicare le norme del diritto comunitario, garantire la piena efficacia di queste norme e tutelare i diritti da esse attribuite ai singoli. Nel caso di specie, la piena efficacia delle norme comunitarie risulta subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato — il recepimento tempestivo di una direttiva, attributiva di diritti ai singoli —, in assenza della quale i privati non possono far valere dinnanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario. In questa ipotesi, risulta indispensabile la possibilità di configurare, in capo ai soggetti che lamentano una lesione, il diritto ad agire nei confronti dello Stato inadempiente, laddove il risarcimento del danno è individuato dalla Corte come garanzia minima di tutela, inerente al sistema del Trattato.

Ulteriore fondamento teorico dell'istituto è individuato nell'art. 5 Tr. CE, che obbliga gli Stati membri ad adottare tutte le misure, di carattere generale o particolare, atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario. Tra questi obblighi, la Corte ravvisa anche quello di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario.

Anche la giurisprudenza comunitaria successiva a Francovich definisce il principio di responsabilità dello Stato membro come inerente al sistema del Trattato, utilizzando in maniera costante i due criteri giustificativi dell'efficacia delle norme comunitarie e degli obblighi imposti agli Stati dall'art. 5 del Trattato.

Più in particolare, un passo ulteriore rispetto al caso Francovich viene compiuto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Brasserie du Pêcheur-Factortame*⁵².

Com'è noto, nel 1981, l'impresa francese *Brasserie du pêcheur* è costretta dalle competenti autorità tedesche a sospendere le proprie esportazioni di birra in Germania, a causa del mancato rispetto di una legge fiscale tedesca, poi dichiarata in contrasto con l'art. 30 Tr. CEE⁵³. Dal contrasto della legge nazionale con il diritto europeo nasce la pretesa dell'impresa di essere risarcita, dallo Stato tedesco, per il danno subito. Tuttavia, i giudici tedeschi non

accolgono la domanda risarcitoria, a causa dell'ostacolo rappresentato dal § 839 del BGB e del § 34 del GG, in base ai quali la responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione si ha solo nell'ipotesi in cui il danneggiato sia il diretto destinatario della norma violata; nel caso di specie, la legge fiscale tedesca ha come destinatario non il singolo attore ma l'intera collettività.

Anche nella fattispecie riunita si pone un problema di contrasto tra la norma europea e la norma nazionale. Infatti, oggetto è la richiesta di risarcimento del danno avanzata dalla società *Factortame* alla *Queen's Bench Division*, a causa dell'incompatibilità del *Merchant Shipping Act* del 1988 con la disciplina europea in tema di libertà di stabilimento, come già dichiarato dalla Corte di giustizia (CGCE 4 ottobre 1991, in causa C-246/89, *Comm. c. Regno Unito*, Raccolta, 1991, I-4585). La norma nazionale subordina l'immatricolazione di tutti i pescherecci al possesso di alcuni requisiti di nazionalità, residenza e domicilio dei proprietari, con il conseguente divieto all'autorizzazione all'esercizio dell'attività di pesca di alcuni pescherecci della società *Factortame*, che non erano in possesso dei requisiti richiesti.

Investita della questione, la Corte di giustizia, innanzitutto, ripudia il tentativo di interpretazione restrittiva del principio già elaborato in *Francovich*, in base al quale la via risarcitoria sarebbe accessibile solo nell'ipotesi di disposizioni sprovviste di effetto diretto.

Secondo la pronuncia in esame, l'effetto diretto delle norme comunitarie di fronte ai giudici nazionali sarebbe esclusivamente una forma di garanzia minima, mentre la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe messo a repentaglio se non si riconoscesse il diritto al risarcimento del danno nel caso in cui l'inadempimento dello Stato consista nell'emanazione o nel mantenimento di una normativa nazionale in contrasto con la norma europea.

La sentenza *Brasserie* amplia in maniera sensibile l'ambito di applicazione della responsabilità civile dello Stato, come principale istituto funzionalmente connesso al sistema di tutele offerto dal diritto europeo⁵⁴.

Nella sentenza si legge un esplicito riferimento agli artt. 177 e 215 del Trattato, da cui discende il generale principio, riconosciuto negli ordinamenti degli Stati membri, in forza del quale un'azione o una omissione illegittima comporta l'obbligo delle riparazioni del danno arrecato.

La Corte, inoltre, fonda il proprio potere di elaborazione del regime giuridico di responsabilità dello Stato sulla base di due argomenti. Infatti, da un

⁵² CGCE 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur c. Germania*, *The Queen c. Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame e a.*, Raccolta, 1996, I-1029.

⁵³ CGCE 12 marzo 1987, in causa C-178/84, *Comm. c. Germania*, Raccolta, 1986, 1227.

⁵⁴ P. TORRESI, *La responsabilità dello Stato*, cit., 651 ss.





lato, tale principio riguarda l'interpretazione del Trattato e, pertanto, rientra nelle competenze della Corte, cui è riconosciuto un potere esclusivo di interpretazione del diritto europeo⁵⁵.

Inoltre, in diversi ordinamenti giuridici nazionali la disciplina della responsabilità dello Stato è stata elaborata dal formante giurisprudenziale.

Rispetto a tale impianto argomentativo, sembra utile avanzare alcune considerazioni, poiché il rispetto del principio garantista, che disciplina il rapporto tra previsione di un obbligo ed effetti sanzionatori scaturenti dalla sua violazione, impone una corretta individuazione del fondamento teorico dell'istituto.

Autorevole dottrina esclude che un fondamento teorico solido e garantista possa rintracciarsi tanto nella necessità di assicurare l'effetto utile del diritto europeo quanto nell'art. 5 del Trattato⁵⁶.

Infatti, secondo questa tesi, da un lato, troppo blanda appare la soluzione che, genericamente, ricostruisca l'illecito eurounitario come inerente al sistema del Trattato, mentre, d'altro lato, poco pertinente è il rinvio alle norme in tema di responsabilità extracontrattuale degli organi dell'Unione, in quanto principio declamato, ma privo di una disciplina che regoli le condizioni da cui nasce l'obbligazione.

Più complessa è la critica che si muove all'efficacia fondativa dell'art. 5 del Trattato, che pone una regola sostanziale che obbliga lo Stato al rispetto e alla attuazione del diritto europeo. Identificare nell'articolo in esame anche il fondamento teorico dell'illecito dello Stato per violazione del diritto europeo significherebbe confondere i rimedi attuativi dell'ordinamento europeo, posti a carico dello Stato membro (ad esempio, il recepimento della direttiva), con la materia risarcitoria, che ha la funzione di traslare il costo del danno da chi lo ha subito a chi lo ha provocato.

Da un punto di vista squisitamente tecnico, la critica coglie nel segno; tuttavia, in una ottica più pragmatica, il principio garantista viene comunque soddisfatto attraverso il bilanciamento operato dalla Corte tra fondamento della regola comunitaria di responsabilità dello Stato e condizioni di operatività della stessa. Affinché sia rispettato tale principio, è necessario, perlomeno, che la norma violata sia chiaramente nel senso di attribuire diritti ai singoli – condizione, che, come si è messa in evidenza, non sussiste sempre.

È l'intero sistema delle fonti a essere messo in crisi nell'ordinamento europeo, che supera la rigida

ripartizione tra fonti-atto e fonti-fatto e impone di declinare la nozione di fonte in una ottica sostanziale⁵⁷. Nonostante l'affermazione della Corte di un'automatica inerenza della responsabilità dello Stato al sistema del Trattato e gli altri tentativi di individuare indici di diritto positivo, deve piuttosto riconoscersi che il fondamento e l'architettura dell'istituto sono puramente giurisprudenziali⁵⁸.

Anzi, l'intero istituto in esame rappresenta una tecnica di reazione del sistema giuridico europeo, che si inserisce nel solco del processo di integrazione europea, con importanti implicazioni a livello di diritto europeo istituzionale.

Può dirsi, quindi, che la Corte di giustizia abbia utilizzato lo strumento della responsabilità civile dello Stato in controversie vertenti su materie estranee alla competenza esclusiva dell'Unione, in modo da intervenire sui rapporti che intercorrono tra Unione europea e Stati membri, allargando le maglie di competenza dell'Unione europea⁵⁹: a causa di questa operazione, l'intero istituto della responsabilità civile dello Stato ne ha risentito in coerenza dell'applicazione.

Per queste ragioni, la responsabilità civile dello Stato risulta, in parte, estranea alla tradizionale funzione e all'ambito di applicazione selettivo dell'illecito civile negli ordinamenti nazionali. Più precisamente, in dottrina vi è chi ha parlato di una funzione non solo compensatoria in favore della vittima, ma anche di deterrenza nei confronti degli Stati che non si adeguano al diritto europeo⁶⁰, secondo una logica pedagogico-sanzionatoria⁶¹.

Il giudice nazionale è chiamato, quindi, a questa delicata operazione di bilanciamento tra funzione compensatoria della responsabilità ed ulteriori effetti pedagogico-sanzionatori.

Ad esempio, nell'ipotesi analizzata, attribuire al secondo requisito il compito di valutare la gravità della violazione alla luce della intenzionalità della condotta – ricostruendolo, quindi, nei termini quasi di un elemento soggettivo – va nel senso di valorizzare questo ulteriore effetto deterrente della disciplina. Non è comunque stravolta la funzione e la struttura della responsabilità, visto che si tratta in ogni caso di una ricostruzione già sostenuta dalla Corte.

⁵⁷A. DI MAJO, op. loc. ult. cit.

⁵⁸C. CASTRONOVO, *La commedia degli errori nella responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto europeo ad opera del potere giudiziario*, in *Eur Dir Priv*, 2012, n. 4, p. 945.

⁵⁹E. CALZOLAIO, *La violazione*, cit. p. 71.

⁶⁰G. CATALANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*, in *FI*, 1996, IV, 321 ss; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, in *il Mulino*, 1992, p. 151 ss.

⁶¹A. RICCOBENE, *Violazione del diritto comunitario e tutela dei singoli*, in *Eur Dir Priv*, 2002, 2, 381 ss.

⁵⁵G. ITZICOVICH, *L'interpretazione*, cit. p. 429.

⁵⁶A. DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Eur Dir Priv*, 1998, 757 ss.

IL CASO AIRBNB: UN COMPLESSO BILANCIAMENTO RIMEDIALE TRA TUTELA DELLA COMUNITA' E AUTONOMIA NEGOZIALE DURANTE LA PANDEMIA.

| 452

Di Giulia Bazzoni

SOMMARIO: 1. *L'incidenza pandemica del Covid-19 sulle relazioni giuridiche della comunità fisica e virtuale* – 2. *Introduzione al funzionamento della piattaforma Airbnb: un ruolo ibrido* – 3. *Le relazioni contrattuali instaurate all'interno della piattaforma Airbnb* – 4. *I termini delle circostanze attenuanti per pandemia da coronavirus di Airbnb* – 5. *Il pan-contrattualismo contemporaneo: ampiezza di vedute* – 6. *Solidarietà integrativa e solidarietà sociale: le differenti declinazioni del principio nel rapporto contrattuale* – 7. *Conclusioni: i rimedi posti in essere da Airbnb, una posizione realmente comunitaria?*

ABSTRACT. *Il presente contributo focalizza la propria attenzione, innanzitutto, sull'analisi dei rimedi contrattuali adottati dalla nota piattaforma di sharing economy Airbnb, al fine di contrastare la perdurante crisi pandemica dovuta al dilagare del virus Covid-19. L'indagine di misure emergenziali assunte in concreto e la disamina della loro adeguatezza all'attenuazione di possibili conseguenze negative nelle relazioni commerciali diviene spunto per una ricerca più ampia relativamente ai differenti – e apparentemente contrastanti – interessi che compongono i rapporti contrattuali nel mercato digitale. Il frangente pandemico, infatti, mostra come il temperamento e l'equilibrio tra tutela collettiva e preservazione dell'autonomia negoziale, sebbene necessari, risultino quanto mai funambolici nella dimensione contrattuale odierna.*

The present paper is focused on the analysis of the contractual remedies adopted by the well-known sharing economy platform Airbnb, in order to counter the ongoing pandemic crisis due to the spread of Covid-19 virus. The investigation of emergency contractual measures and their suitability for mitigating the possible negative impact on trade relations become a great inspiration for the analysis of the contractual relations in the digital market and the different – or apparently conflicting – interests from which they are composed. The balance between collective interests and the freedom of contract – even if necessary – in such a pandemic situation seems widely complex.



1. L'incidenza pandemica del Covid-19 sulle relazioni giuridiche della comunità fisica e virtuale.

L'improvvisa e drammatica emergenza sanitaria, dovuta alla diffusione del Covid-19 – pari probabilmente solo alla peste nei secoli passati¹ – suscita plurimi ed eterogenei interrogativi nei giuristi di qualsivoglia estrazione, in quanto il dramma attuale coinvolge la comunità in ogni sua dimensione: pubblica e privata, fisica e virtuale. Nell'imprevedibilità imperante che attanaglia la collettività, il diritto è certamente chiamato a tentare di fornire strumenti di calcolabilità razionale dell'imprevisto in grado di contrastare l'incertezza su ogni fronte dell'agire².

Proprio a partire da tale prospettiva di fragilità collettiva, si ritiene che il livello apicale di riflessione possa utilmente imperniarsi sul concetto di "comunità". Il termine, come noto, deriva dalla crisi di *cum-munus*³, intendendo così l'impegno verso un'identità di valori e sentimenti univoci attraverso l'adesione a regole condivise al fine di tutelare la sopravvivenza collettiva tramite tale vincolo reciproco⁴. L'uomo, infatti, non è attore solitario, bensì essere sociale e fortemente relazionale che si determina in una comunità intesa, di conseguenza, come dimensione naturalmente *uti cives* e non *uti singuli*. Il *munus* comunitario si estrinseca nella prestazione di rispetto ed ottemperamento dei doveri inderogabili del vivere comune da parte di ogni componente della società⁵. Richiamato sovente in questo fran-

gente, sia a livello pubblico che nei rapporti tra privati, a titolo di esempio, è il dovere di solidarietà⁶.

Il virus pandemico, tuttavia, si è inserito capillarmente all'interno della comunità, minandone il fondamento, ossia il tessuto relazionale, in quanto proprio grazie a quest'ultimo esso si diffonde⁷. Tale nemico arditamente dall'essenza intangibile, infatti, non consente un confronto diretto, rivelandosi solo nei propri effetti gravemente pregiudizievoli ai rapporti umani⁸: ed è questa lotta imperterrita contro un avversario invisibile che ha suscitato la descrizione dello scenario attuale come "guerra tra specie differenti"⁹.

La comunità, pertanto, nel contesto di una crisi epidemiologica diviene al contempo alleato ed oppositore del cittadino, in quanto spinge anche i membri inseriti nel medesimo contesto sociale a dividersi per il timore reciproco del contagio. La paura tende a determinare un atteggiamento implicito di fuga dalla fonte di pericolo che, in questo caso, è rappresentato sia dal virus in sé, che da un'altra persona quale possibile portatrice asintomatica dell'agente patogeno¹⁰. Come nella pestilenza descritta da Manzoni ne 'I promessi sposi', infatti, l'untore potrebbe essere anche il più stretto congiunto e, di conseguenza, la comunità diviene elemento da cui distanziarsi socialmente¹¹.

⁶ P. CHIARELLA, *Solidarietà necessaria: erogazioni liberali nell'emergenza epidemiologica del Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 1 aprile 2020; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020.

⁷ F. DI MARZIO, *Comunità*, cit.

⁸ G. GRISI, *La lezione del coronavirus*, in *juscivile*, 2020, I, 190 ss. In questo contributo l'Autore si interroga sulle conseguenze non solo nella sfera giuridica ma soprattutto nelle relazioni umane che la pandemia ha comportato.

⁹ Sull'accostamento della situazione emergenziale alla guerra si osservi: V. N. IRTI, *L'emergenza e il diritto cosa cambia nei contratti*, in *Corriere della sera*, 29 maggio 2020, 41; R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda in giustizia civile*, in *giustiziacivile.com*, 9 aprile 2020. L'incipit di tale saggio è intitolato «è come essere in guerra». Sul punto, tuttavia, vi sono anche pareri discordi proprio per la peculiarità del nemico in oggetto. Si osservino A.M. BENEDETTI-R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, marzo 2020. I quali ritengono che tale accostamento rappresenti un inesatto parallelismo: in guerra vi è una sinergia profonda tra comunità ed individuo, i quali si armano collettivamente in opposizione al nemico, nella pandemia, al contrario, sussiste tra i medesimi una tensione drammatica che li fa scindere. Si guardi anche: R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, in *giustiziacivile.com*, 6 maggio 2020.

¹⁰ Un grado di maggiore approfondimento sul tema della paura e la sua fenomenologia, nonché sulle conseguenze che essa riporta nella società è offerto da P. BARCELLONA, *La speranza contro la paura*, Genova - Milano, 2012, 15 ss.

¹¹ Cfr. G. AGAMBEN, *Contagio*, in «<https://www.quodlibet.it>», 11 marzo 2020, dove l'Autore riprende i versi manzoniani al

¹ Per un confronto tra le soluzioni assunte per arginare l'epidemia di peste nei Secoli XIV-XVI e le misure per contrastare la pandemia di Covid-19 si faccia riferimento a M. ASCHERI, *Rimedi contro le epidemie. I consigli di diritto europeo dei giuristi (Secoli XIV-XVI)*, Roma, 2020, 33 ss.

² Riguardo al tema della complessa relazione tra certezza e diritto nella contemporaneità si veda *ex multis* N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, I, 36 ss.; ID, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*; C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, *passim*.

³ Per quanto riguarda il significato e l'origine etimologica del termine si osservi la voce «Comunità», rinvenibile in «http://www.treccani.it/enciclopedia/comunita_%28Enciclopedia-Italiana%29/».

⁴ Sul punto, interessante la riflessione di F. DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *giustiziacivile.com*, 12 marzo 2020. L'Autore, infatti, riporta brevemente il pensiero dei filosofi Hobbes e Rousseau sul concetto di comunità inteso quale patto sociale, ossia rimedio necessario per garantire la sopravvivenza collettiva. Si tratta, pertanto, di uno strumento il cui cardine risiede nella paura di soccombere alla brutalità dell'inciviltà.

⁵ Cfr. M. FRACANZANI, *Per una giustizia civile. Ovvero, Aristotele oltre Hobbes e Rousseau*, in *giustiziacivile.com*, 06 aprile 2020;



In questo contesto di forte attrito in cui sono stati debilitati non solo il tessuto sanitario, ma anche quello economico e giuridico, il presente contributo mira a verificare se le soluzioni adottate da alcuni operatori economici, coinvolti direttamente negli effetti della crisi, possano ritenersi bilanciate nella tutela delle differenti posizioni di interessi pregiudicate dalla situazione.

In particolare, l'attenzione si focalizzerà sulle misure assunte dalle piattaforme virtuali di economia collaborativa, fondate sulla condivisione dei beni, modello oggi fortemente in crisi poiché il suo dinamismo interazionale si pone in antinomia piena con il cd. *lock-down* e il distanziamento sociale¹².

Tra queste, particolarmente pregiudicata dalla situazione è *Airbnb*, in quanto i contratti di locazione turistica conclusi al suo interno sono stati oggetto di numerose richieste di cancellazione, sia da parte dei clienti che degli *host*¹³. È evidente che la limitazione della circolazione abbia danneggiato – e allo stato attuale danneggia in parte – sia i contratti di viaggio che le locazioni turistiche, ossia il *business* principale di *Airbnb*¹⁴. Al fine di evitare il collasso del sistema, quindi, la piattaforma ha aggiunto ulteriori e specifici rimedi relativamente al Covid-19

fine di mostrare l'analogia tra la situazione descritta da Manzoni al canto XXI de 'I promessi sposi', in cui riporta la situazione milanese durante la peste del 1600. Sul punto, egli ritiene interessante notare che, esattamente come allora, vi fu una particolare disinformazione sulle modalità di contagio nonché sulla pericolosità della malattia: in particolare, si diffuse l'idea che la causa derivasse da pratiche venefiche e in particolare dalle unzioni. Da qui la derivazione del termine 'untori'. A prescindere dalle chiare differenze di contesto, Agamben nota come vi sia stata una reazione simile, soprattutto, all'inizio dell'epidemia, alla descrizione manzoniana, poiché entrambe imperniate di paura collettiva in grado di sfociare in comportamenti di chiusura, non sempre motivata, verso il prossimo. Connesso a ciò, è il lavoro del medesimo, G. AGAMBEN, *Distanziamento sociale*, in [«https://www.quodlibet.it»](https://www.quodlibet.it), 6 aprile 2020, che si concentra proprio sul tema del distanziamento e sulle implicazioni sociali che questo comporta.

¹² Relativamente ai riflessi dell'epidemia sull'economia digitale v. M. R. DERITIS, *Effetti della pandemia sull'economia digitale*, in *giustiziavivile.com*, 16 marzo 2020.

¹³ V. G. FAZIO, *Gli effetti del coronavirus su Airbnb*, in [«https://www.agi.it/economia/news/2020-04-07/coronavirus-airbnb-8268579/»](https://www.agi.it/economia/news/2020-04-07/coronavirus-airbnb-8268579/), 7 aprile 2020; M. GAGGI, *Coronavirus, caos cancellazioni e rimborsi: trema il gigante degli affitti Airbnb*, in [«https://www.corriere.it/esteri/20_aprile_29/airbnb-ospiti-proprietari-rivolta-trema-gigante-affitti-3d52c37a-8a48-11ea-94d3-9879860c12b6.shtml»](https://www.corriere.it/esteri/20_aprile_29/airbnb-ospiti-proprietari-rivolta-trema-gigante-affitti-3d52c37a-8a48-11ea-94d3-9879860c12b6.shtml), 30 aprile 2020.

¹⁴ Per una visione generale dei rimedi assunti a seguito della pandemia in queste categorie si osservi A. PEPE, *Contratti di viaggio e del tempo libero: tutele e rimedi a fronte dell'emergenza sanitaria da coronavirus, in diritto virale. Scenari e interpretazioni delle norme per l'emergenza Covid-19*, 4 maggio 2020; R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in *giustiziavivile.com*, 17 aprile 2020; R. SENIGAGLIA, *Contratti di soggiorno e Covid-19. Parte Seconda. Nel periodo Post-emergenziale*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2020, 470 ss.

nelle proprie «circostanze attenuanti»¹⁵ con l'intento dichiarato di salvaguardare gli interessi della propria *community*¹⁶. La piattaforma, sancendo misure straordinarie di cancellazione e rimborso valevoli per tutti i contratti di soggiorno stipulati entro il 14 marzo 2020, con data di *check-in* compresa tra il 14 marzo e il 15 luglio 2020, ha conferito la facoltà di recesso dal contratto esperibile liberamente da entrambi i contraenti qualora colpiti per varie ragioni dalla pandemia.

Su questi strumenti, determinati dalla piattaforma stessa a presidio della *community*, verterà allora l'analisi, al fine di comprendere se si possa ritenere giustificata o meno la loro incidenza sull'autonomia privata nella situazione in essere.

2. Introduzione al funzionamento della piattaforma Airbnb: un ruolo ibrido.

Come è noto, *Airbnb* è una piattaforma di *sharing economy* – più precisamente di *accomodation sharing* – che consente l'allocazione di servizi turistici in modo rapido a fronte del pagamento di un prezzo da parte degli utenti che scelgono di usufruire dello spazio ubi quo virtuale¹⁷.

Dalla lettura dei primi paragrafi dei termini del servizio *Airbnb* emerge che la piattaforma definisce sé stessa come un *marketplace online* che consente agli utenti registrati, i c.d. membri, e a soggetti terzi, i c.d. *host*, di comunicare e negoziare tra loro i differenti servizi offerti da quest'ultimi¹⁸. Le prestazioni che possono essere inserite dagli *host*

¹⁵ Sulla nozione di circostanze attenuanti giova rinviare a quanto sarà detto appena *infra*, al par. XXX.

¹⁶ Testualmente, infatti, sul sito ufficiale di *Airbnb*, quale incipit ai termini delle circostanze attenuanti per pandemia da coronavirus, nell'ultimo aggiornamento datato 09 aprile 2020 si può leggere che: «L'11 marzo, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato pandemia mondiale l'epidemia di coronavirus, virus della Covid-19. Da allora, la pandemia si è evoluta rapidamente e i governi di tutto il mondo hanno intrapreso azioni rapide per rallentare la diffusione del virus. Per proteggere la nostra community e farla sentire al sicuro, offriamo la seguente copertura nell'ambito dell'emergenza ai sensi dei nostri Termini delle circostanze attenuanti [...], altrimenti per maggiori dettagli si osservi: [«https://www.airbnb.it/help/article/2701/termini-delle-circostanze-attenuanti-per-la-pandemia-da-coronavirus-covid19»](https://www.airbnb.it/help/article/2701/termini-delle-circostanze-attenuanti-per-la-pandemia-da-coronavirus-covid19). Tutti i termini contrattuali relativi alla piattaforma *Airbnb* riportati in calce fanno riferimento a quelli pubblicati nella piattaforma sino alla data del 30.06.20.

¹⁷ Cfr. Y. BENKLER, *The Wealth of Networks. How Social Productions Transforms Markets and Freedom*, Yale, 2006, *passim*. Si osservi, inoltre, più in particolare sul servizio in questione: S. GAINSFORTH, *Airbnb città merce. Storie di resistenza alla gentrificazione digitale*, Roma, 2019, 27 ss.

¹⁸ Si fa riferimento ai Termini del Servizio per Utenti europei, visibili presso [«https://www.airbnb.it/terms»](https://www.airbnb.it/terms), nella versione aggiornata al 15 settembre 2020.





all'interno della piattaforma sono varie: vanno dalla locazione turistica di differenti tipologie di alloggi, all'offerta di varie attività ricreative, all'accesso ad eventi e luoghi speciali, nonché servizi correlati a tali esperienze¹⁹. Di conseguenza, il contratto di locazione turistica o relativo agli altri servizi viene concluso esclusivamente tra gli utenti secondo uno schema *peer to peer*, in cui la piattaforma assumerebbe – formalmente – solo il ruolo di intermediario per l'incontro tra domanda ed offerta. A tal proposito, il contratto di locazione turistica concluso tra *host* ed utente si considera 'orizzontale' in quanto, per lo più, gli offerenti locatori sono privati che pongono in condivisione il proprio appartamento o parte di esso secondo lo schema dell'economia collaborativa²⁰. Gli *host* sono i soli responsabili dei servizi da loro offerti: *Airbnb* declina ogni responsabilità relativa alla violazione del contratto di locazione turistica, esplicitando nelle proprie clausole di non rivestire alcuna posizione con i membri e di non dover essere considerata in nessun modo parte negoziale²¹. Il contratto concluso dagli utenti con *Airbnb*, infatti, non attiene ai servizi in sé, bensì all'utilizzo della piattaforma e agli *standard* comportamentali che le parti sono tenute a seguire nelle proprie offerte di servizi.

La piattaforma – come espressamente scritto nei propri termini – non si considera un organizzatore o venditore di pacchetti turistici ai sensi della Direttiva (UE) 2015/2302, né tantomeno un agente immobiliare o un assicuratore. *Airbnb Ireland*, dunque, figurerebbe come un servizio di mediazione avente lo scopo precipuo, per il tramite una piattaforma elettronica, di mettere in contatto – dietro retribuzione – potenziali conduttori con i locatori offerenti: la prestazione in oggetto, dunque, dovrebbe essere

qualificata come «servizio della società dell'informazione» disciplinato dalla Direttiva (UE) 2000/31 sul commercio elettronico²².

La qualificazione in oggetto, tuttavia, acclarata di recente dalla Corte di Giustizia europea, che consente una libera circolazione del servizio offerto dalla piattaforma nello spazio europeo senza l'obbligo di sottostare alle normative nazionali, ha generato ampi dibattiti e contrasti in seno alle Istituzioni, le quali lamentano l'insufficienza della disciplina nel regolare il fenomeno *de quo*: tale *business*, invero, incide negativamente nella maggior parte dei contesti urbani in cui esso si è insediato²³. La critica si impernia soprattutto sul fatto che il concetto di servizio, così come concepito nella direttiva sul servizio elettronico, dovrebbe essere ritenuto ormai superato alla luce della tecnologia delle piattaforme di *sharing economy* di nuova generazione le quali spesso assumono una natura ibrida dei servizi che si dipanano tra il virtuale e il reale pesando gravemente *de facto* sui contesti sociali in cui si imperniano²⁴.

²² Sul punto, si richiama la recente sentenza della Corte di Giustizia nella causa C-390/18 relativamente alla configurazione giuridica di *Airbnb*. Cfr. CGUE, 19 dicembre 2019, C-390/18, *Airbnb Ireland v AHTOP*. In questa pronuncia la Corte vagliava con attenzione il servizio offerto dalla piattaforma in oggetto attraverso i criteri stabiliti nella precedente sentenza *Asociacion Profesional Elite Taxi v. Uber Spain*, pronunciata in data 20 dicembre 2017, per comprendere se il servizio *de quo* avesse natura meramente virtuale o incidesse in modo determinante sulla prestazione materiale compiuta dagli utenti. L'approdo a cui giungeva la corte è che, a differenza della piattaforma *Uber*, il servizio offerto da *Airbnb* avesse natura meramente virtuale, rientrando, pertanto, nel concetto di servizio della società dell'informazione così come strutturato dalla Direttiva (UE) 2000/31 sul commercio elettronico.

²³ Sul punto, si evidenzia che il giorno successivo alla sentenza *Airbnb* pronunciata dalla Corte di Giustizia in data 19 dicembre 2019, otto città tra le più rinomate d'Europa – rispettivamente Parigi, Bordeaux, Amsterdam, Vienna, Bruxelles, Berlino, Monaco e Barcellona, hanno rivolto un appello formale alla Commissione Ue chiedendo l'aggiornamento della direttiva sul commercio elettronico in quanto non adatta alla regolamentazione delle odierne piattaforme che negli anni recenti hanno visto uno sviluppo forse impensabile al momento dell'approvazione della normativa di riferimento. Tra i propositi esplicitati da parte della presidente della Commissione Von Der Leyen vi è l'approvazione di una nuova direttiva in grado di meglio convogliare la situazione. Si osservi quanto riportato sul punto da S. GAINSFORTH, *Airbnb, la rivolta delle città europee: «non siamo il parco giochi delle piattaforme digitali»*, in *Il Manifesto*, 4 gennaio 2020, «<https://ilmanifesto.it/airbnb-la-rivolta-delle-citta-europee-non-siamo-il-parco-giochi-delle-piattaforme-digitali/>».

²⁴ Cfr. V. D. ADAMSKY, *Lost on Digital Platform: Europe's Lethal Travails with the Digital Single Market*, in *Common Market L. Rev.*, 2018, 721 ss.; B. G. EDELMAN – D. GERADIN, *Efficiencies and regulatory shortcuts: how should we regulate companies like Airbnb and Uber?*, in *Stanford Technology L. Rev.*, 2016, 309 ss.

¹⁹ Per maggiori dettagli sui servizi offerti si veda la pagina principale del sito al seguente link: «<https://www.airbnb.it>».

²⁰ Sul funzionamento dell'economia collaborativa ovvero *Sharing economy*, si osservi: J. RIFKIN, *La società a costo marginale zero. Internet delle cose, l'ascesa del commons collaborativo e l'eclissi del capitalismo*, trad. it., Milano, 2014, 4 ss.; A. QUARTA, *Privati della cooperazione. Beni comuni e sharing economy*, in *Beni comuni 2.0. Contro – egemonia e istituzioni*, a cura di A. Quarta – M. Spanò, Milano, 2016, 86 ss.; R. BOTSMAN-R. ROGERS, *Il consumo collaborativo ovvero quello che è mio è anche tuo*, trad. it. Milano, 2017, 15 ss.

²¹ Sul punto, si osservi il punto 1.2 dei termini sopra richiamati in cui si legge: «Come provider della Piattaforma *Airbnb*, *Airbnb* non possiede, crea, vende, rivende, rende disponibili, controlla, gestisce, offre, consegna o fornisce Annunci o Servizi dell'Host, né è un organizzatore o venditore di pacchetti turistici ai sensi della Direttiva (UE) 2015/2302. Gli Host sono esclusivamente responsabili per i loro Annunci e Servizi dell'Host. Quando i Membri effettuano o accettano una prenotazione, essi stanno stipulando un contratto direttamente tra loro. *Airbnb* non è e non diventa parte o partecipa altrimenti ad alcun rapporto contrattuale tra i Membri, né è un agente immobiliare o un assicuratore».

Relativamente al ‘fenomeno *Airbnb*’, infatti, si ritiene che – a prescindere dalla propria veste formale – sostanzialmente esso sia causa della cd. gentrificazione²⁵ di plurimi contesti urbani, ovvero la trasformazione delle città in ‘merce’: i quartieri centrali divengono inabitabili a causa del turismo di massa veicolato dalla piattaforma che determina un innalzamento sproporzionato dei prezzi degli immobili e la conseguente trasformazione delle città in *resort*²⁶. Oltre a ciò, si è registrata una generale ritrosia da parte della piattaforma stessa nella collaborazione con i contesti nazionali in cui opera ritenendo di non dover sottostare ad alcun limite regolamentare né di dover essere ritenuta in alcun modo responsabile circa l’operato dei propri utenti nel caso di violazione da parte dei medesimi delle normative di settore.

Appare chiaro, dunque, che al di là della qualificazione giuridica odierna, il portale assume un ruolo complesso sia all’interno, ovvero nella relazione con i propri utenti, che all’esterno, poiché ha acquisito un’influenza notevole nell’ambito degli alloggi turistici nonché sull’impianto della ‘vivibilità’ dei contesti urbani.

Alla luce di quanto esposto sin d’ora, dunque, si ritiene che sia opportuno vagliare con maggiore attenzione il rapporto contrattuale che si instaura al suo interno per meglio comprendere i differenti interessi che sorgono nel contesto *de quo*.

3. Le relazioni contrattuali instaurate all’interno della piattaforma *Airbnb*.

Chiarito, pur sinteticamente, il ruolo di intermediazione tra le parti che *Airbnb* asserirebbe di ricoprire – nonché i problemi che esso suscita in seno alla società tale qualificazione – si comprende l’importanza che quest’ultimo attribuisce ai propri

termini contrattuali volti a disciplinare i comportamenti che le parti sono tenute a rispettare all’interno della piattaforma. Con maggior precisione, gli *host* e i viaggiatori sono chiamati ad ottemperare agli *standard* di affidabilità a tutela della *community* espressi in differenti *policies* obbligatorie concernenti sia il contenuto dei servizi offerti, che i comportamenti da assumere nella relazione contrattuale²⁷. Nonostante la formale estraneità della piattaforma al rapporto contrattuale intercorrente tra le parti, quest’ultima in concreto stabilirebbe i *munera* collettivi di cui avere riguardo in ogni fase dell’agire negoziale all’interno del portale.

Alla luce di quanto appurato, la piattaforma persegue, dunque, l’obiettivo di creare un terreno virtuale in cui tutte le contrattazioni interne, nonostante l’ubiquità virtuale, abbiano un assetto giuridico confacente ai paradigmi della piattaforma e siano coerenti all’assetto di *business* descritto.

Oltre agli *standard* comportamentali, tuttavia, per raggiungere gli obiettivi suddetti, il portale assume un ruolo sovrastante la propria veste formale, poiché *de facto* la stessa è in grado di incidere attivamente anche nel regolamento contrattuale tra le parti. *Airbnb*, infatti, se da una parte concede uno spazio virtuale in cui gli utenti hanno accesso a differenti beni e servizi, dall’altra spinge affinché gli utenti adottino le condizioni da essa prestabilite²⁸: nell’aderire alla piattaforma *peer to peer*, quest’ultimi, pertanto, vengono spesso indirizzati verso la scelta, apparentemente libera, di regolamentare i loro rapporti secondo gli schemi prestabiliti dal portale conformandosi, così, ai suoi *standard*²⁹.

Tra gli elementi contrattuali che vengono preordinati ed etero-determinati dalla piattaforma, all’art. 9 dei Termini del Servizio per utenti europei, si ritrovano anche le linee generali inerenti alla possibilità di modifica o cancellazione delle prenotazioni³⁰.

²⁵ Il termine in oggetto veniva utilizzato la prima volta nel 1964 dal sociologo R. Glass per descrivere il fenomeno di radicale riqualificazione di determinate aree urbane degradate nelle grandi metropoli nel periodo postindustriale. Oggi viene utilizzato anche per indicare la situazione di creazione di quartieri esclusivi che provocano l’allontanamento della classe media. Cfr.

«http://www.treccani.it/enciclopedia/gentrificazione_%28Lessico-del-XXI-Secolo%29/».

²⁶ Per maggiori dettagli circa l’impatto della piattaforma sui contesti urbani si osservi: S. GAINSFORTH, *Come le città stanno resistendo alla gentrificazione digitale di Airbnb*, in *Che Fare*, 16 dicembre 2019, «<https://www.che-fare.com/sarah-gainforth-airbnb-citta-capitalismo/>»; V. CARBONE – G. RUSSO SPENA, *Il turismo low cost è contro i poveri. I danni di Airbnb e della gentrificazione*, in *MicroMega*, 15 novembre 2019, «<http://temi.repubblica.it/micromega-online/il-turismo-low-cost-e-contro-i-poveri-i-danni-di-airbnb-e-della-gentrificazione/>».

²⁷ A tal riguardo, sul sito vengono elencati in modo esplicito quali siano le aspettative e gli standard di *Airbnb* per divenire un membro della *community*. Tali standard si prefiggono l’obiettivo di indicare le politiche di comportamento da rispettare al fine di poter garantire che il servizio sia connotato da alti standard di affidabilità e professionalità. Si veda «<https://www.airbnb.it/help/article/1199/quali-sono-gli-standard-e-le-aspettative-di-airbnb>»

²⁸ Vedi D. DI SABATO, *Progredire tornando all’antico: gli scambi nella Sharing Economy in Sharing Economy. Profili giuridici*, D. Di Sabato - A. Lepore (a cura di), Napoli, 2018, 12 ss.

²⁹ D. DI SABATO, *Progredire*, cit. 12.

³⁰ Le politiche di modifica e cancellazione e rimborsi sono stabili all’art. 9 dei Termini del Servizio per utenti europei. Il testo, riportato in parte qui in calce, recita: «9.1 Gli Host e gli Ospiti sono responsabili per tutte le modifiche a una prenotazione che realizzano attraverso la Piattaforma *Airbnb* o che richiedono al Servizio Clienti di *Airbnb* di effettuare e accettano di pagare qualsiasi ulteriore Prezzo dell’Annuncio, Costi





Come si può leggere chiaramente nel punto 9.3 del testo, in caso di modifica o di recesso unilaterale da parte dell'*host*, *Airbnb* – oltre a rimborsare interamente il prezzo pagato dall'utente – può imporgli il pagamento di penali, salvo che il locatore non abbia un valido motivo per l'annullamento, in conformità alla politica delle circostanze attenuanti³¹. Per quanto concerne gli ospiti, invece, sono gli *host* che possono stabilire quali termini di cancellazione applicare nel loro annuncio: la piattaforma definisce tre differenti linee di condotta, ossia termini flessibili³², moderati³³ e rigidi³⁴.

dell'Host e Costi dell'Ospite e/o Imposte associate a tali Modifiche della prenotazione. 9.2 Gli Ospiti possono cancellare una prenotazione confermata in qualsiasi momento in base ai termini di cancellazione dell'Annuncio e *Airbnb Payments* rimborserà i Costi Totali dovuti all'Ospite in conformità a tali termini di cancellazione. Salvo i casi in cui sussistano circostanze attenuanti, qualsiasi parte dei Costi Totali dovuta all'Host in base ai termini di cancellazione applicabili sarà riversata da *Airbnb Payments* in conformità ai Termini di pagamento. 9.3 Se un Host annulla una prenotazione confermata, l'Ospite riceverà un rimborso completo dei Costi Totali di tale prenotazione. In alcuni casi, *Airbnb* può consentire all'Ospite di applicare il rimborso a una nuova prenotazione, nel qual caso *Airbnb*, su indicazione dell'Ospite, accrediterà l'importo alla successiva prenotazione dell'Ospite. Inoltre, *Airbnb* potrà pubblicare una recensione automatica sull'Annuncio cancellato dall'Host indicante che la prenotazione è stata cancellata. Inoltre, *Airbnb* può (i) mantenere il calendario relativo all'Annuncio non disponibile o bloccato per le date della prenotazione cancellata, o (ii) imporre il pagamento di una penale, salvo che l'Host abbia un valido motivo per l'annullamento della prenotazione in conformità alla Politica sulle circostanze attenuanti di *Airbnb* o abbia legittime preoccupazioni per quanto concerne il comportamento di un Ospite. [...] 9.5 In determinate circostanze, *Airbnb* può cancellare una richiesta di prenotazione o una prenotazione confermata per conto di un Host o un Ospite e intraprendere i rispettivi rimborsi e pagamenti. Ciò può avvenire per i motivi indicati nella Politica sulle circostanze attenuanti di *Airbnb* o per le ragioni indicate alla Sezione 15 dei presenti Termini. Laddove *Airbnb* cancelli una prenotazione, *Airbnb* notificherà i Membri e fornirà le ragioni per detta misura, salvo tale comunicazione (i) impedisca o ostacoli l'accertamento o la prevenzione di frode o altre attività illecite, (ii) danneggi i legittimi interessi di altri Membri o di terzi, o (iii) violi le leggi applicabili. L'utente può presentare ricorso contro la decisione contattando il servizio clienti. [...]»

³¹ Attraverso i termini delle circostanze attenuanti *Airbnb* disciplina la cancellazione delle prenotazioni a causa di situazioni inaspettate al di fuori del controllo oggettivo delle parti. In questo caso, a differenza delle circostanze normali, la piattaforma può stabilire di rimborsare integralmente il corrispettivo versato o annullare eventuali penali. Per maggiori dettagli si osservi: [«https://www.airbnb.it/help/article/1320/che-cosa-succede-se-devo-cancellare-per-un'emergenza-o-per-circostanze-inevitabili»](https://www.airbnb.it/help/article/1320/che-cosa-succede-se-devo-cancellare-per-un'emergenza-o-per-circostanze-inevitabili).

³² In sudedda ipotesi, l'utente potrà cancellare la prenotazione gratuitamente fino a 14 giorni prima del *check-in*. Se la prenotazione viene effettuata meno di 14 giorni prima del *check-in*, la cancellazione è gratuita nelle 48 ore dopo la prenotazione, fino a 24 ore prima del *check-in*. Dopo tale periodo, è possibile effettuare la cancellazione fino a 24 ore prima del *check-in* e ottenere un rimborso del prezzo giornaliero e delle spese di pu-

Da questa breve disamina si può comprendere che – sebbene le parti siano libere di interagire tra loro all'interno della piattaforma – molti dei punti della contrattazione vengono stabiliti *ex ante* da *Airbnb* stesso al fine rendere uniformi tutti i contratti conclusi all'interno di essa, creando, così, una *community* coesa. Presupposti necessari per il funzionamento del sistema sono, infatti, il comportamento diligente e la trasparenza, al fine di creare una *trusted community*³⁵.

Si può ritenere, quindi, che sussista uno schema trilaterale che si instaura nella piattaforma: in primo luogo, un rapporto *peer to peer* tra gli utenti, ai fini della conclusione del contratto di locazione a scopo turistico, e, in secondo luogo, si incardina in esso una relazione anche tra gli utenti e la piattaforma stessa, la quale, come delineato, funge da regolatore di mercato attivo e incidente sulla libertà contrattuale degli utenti³⁶. Di conseguenza, tra piattaforma e utenti vige un rapporto *Business to Consumers*, che determina l'applicazione della normativa consumeristica del paese di appartenenza degli utenti³⁷; tra le parti, invece, generalmente, il contratto di locazione turistica viene disciplinato secondo la normativa na-

lizia, ma non dei costi del servizio: [«https://www.airbnb.it/home/cancellation_policies#flexible»](https://www.airbnb.it/home/cancellation_policies#flexible).

³³ In questo caso l'utente potrà cancellare la prenotazione gratuitamente fino a 14 giorni prima del *check-in*. Se la prenotazione viene effettuata meno di 14 giorni prima del *check-in*, la cancellazione è gratuita nelle 48 ore dopo la prenotazione, fino a 5 giorni prima del *check-in*. Dopo tale periodo, è possibile possono effettuare la cancellazione fino a 5 giorni prima del *check-in* e ottenere un rimborso del prezzo giornaliero e delle spese di pulizia, ma non dei costi del servizio: [«https://www.airbnb.it/home/cancellation_policies#moderate»](https://www.airbnb.it/home/cancellation_policies#moderate).

³⁴ L'utente potrà cancellare la prenotazione per 48 ore, a condizione che questa avvenga almeno 14 giorni prima del *check-in*. Dopo tale periodo, gli ospiti potranno cancellare la prenotazione fino a 7 giorni prima del *check-in* e ottenere un rimborso del 50% del prezzo giornaliero e delle spese di pulizia, ma non dei costi del servizio: [«https://www.airbnb.it/home/cancellation_policies#strict-with-grace-period»](https://www.airbnb.it/home/cancellation_policies#strict-with-grace-period).

³⁵ Tale termine viene utilizzato spesso per le comunità virtuali fondate su nuovi modelli di economia, come l'economia collaborativa. Con il termine *trusted*, si fa riferimento anche al sistema pervasivo di *rating* posti in essere dalle piattaforme. Sul punto: G. SMORTO, *Fiducia, reputazione e mercati* in *Eur. dir. priv.*, 2016, I, 199 ss.

³⁶ M. GEIST, *The Sharing Economy and Trade Agreements: The Challenge to Domestic Regulation*, in *Law and the Sharing Economy. Regulating Online Market Platforms*, F. Makela, D. McKee, T. Sassa (a cura di), Ottawa, 2018, 223 ss.

³⁷ Sul punto si osservi il punto 21 dei Termini in cui si legge: «I presenti Termini sono governati da e interpretati in conformità con la legge irlandese. Se l'utente agisce come un consumatore e se le norme di legge a protezione dei consumatori, aventi carattere imperativo, vigenti nel paese di residenza dell'utente, contengono disposizioni più vantaggiose per l'utente, tali disposizioni si applicheranno indipendentemente dalla scelta della legge irlandese.»

zionale del luogo di svolgimento del soggiorno³⁸. A tal riguardo, sussiste in capo al locatore l'obbligo di redigere il contratto mediante cui offrire al pubblico di utenti il proprio alloggio anche se molti dei termini pattuiti vengono influenzati sovente dalle direttive stesse della piattaforma.

Alla luce di quanto esposto, si comprende agevolmente che vi siano una interconnessione ed uno scambio stringenti tra libertà individuale e *munera* comunitari all'interno della piattaforma in oggetto: da una parte, sostegno, agevolazione e tutela dell'azione dei singoli risiedono alla base degli obiettivi di *Airbnb*, dall'altra quest'ultima è in grado di incidere ampiamente sull'autonomia delle parti³⁹.

4. I termini delle circostanze attenuanti per pandemia da coronavirus di *Airbnb*.

Evidenziato il meccanismo di funzionamento della piattaforma nel contesto ordinario, è tempo di soffermarsi sulle reazioni, il ruolo e i rimedi che quest'ultima ha predisposto nella dinamica emergenziale le cui conseguenze sugli spostamenti, nonché sugli scambi sono ampiamente note⁴⁰.

È evidente che le modalità di contagio del virus e le misure restrittive assunte si pongano in un difficile rapporto con la filosofia dinamica di interscambio ubiquo e continuo di merci e servizi che si pone a fondamento delle piattaforme di economia collaborativa. Il *factum principis*, pertanto, rischiava di pregiudicare fortemente le basi del servizio offerto dalla piattaforma, fondato chiaramente sulla possibilità di movimento delle persone; per tale motivo *Airbnb* ha tentato di contrastare gli effetti della patologia sulle contrattazioni concluse al suo interno, assumendo misure idonee, le quali, tuttavia, si riverberano inevitabilmente sulla libertà contrattuale delle parti. Nel congegno di operatività della piattaforma e nel contesto del ruolo ibrido che essa svolge nella dinamica contrattuale in rete, è appropriato domandarsi, dunque, come si incardinano i termini

³⁸ Sul punto, infatti, nelle linee guida fornite da *Airbnb* stesso agli *host* italiani che intendono approcciarsi al servizio è espressamente riportato quanto segue: «Per soggiorni inferiori a 30 giorni, se non gestisci una struttura ricettiva, devi stipulare con il tuo ospite al momento del *check-in* un breve contratto scritto, che non richiede registrazione». Per maggiori dettagli: «<https://www.airbnb.it/help/article/1394/ospitare-responsabilmente-in-italia>».

³⁹ Per una prospettiva di ampio respiro sul rapporto tra autonomia privata e formazioni sociali si osservi: P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1966, 404 ss.

⁴⁰ Si rimanda all'articolo del Sole 24 ore del 3 marzo 2020 di D. MARINO intitolato *Coronavirus, affitti brevi e hotel online nel labirinto delle disdette* in «<https://www.ilsole24ore.com/art/coronavirus-affitti-brevi-e-hotel-online-labirinto-disdette-ActLITMB>».

delle sopra richiamate circostanze attenuanti per pandemia da Covid-19 posti a tutela della *community* da parte di *Airbnb*. A rigore di precisione, tali strumenti sono separati rispetto a quanto definito nei termini generali delle circostanze attenuanti costituendo un rimedio *ad hoc* per la situazione in essere⁴¹.

Essi sono stati inseriti *tout court* a favore di tutti i contratti stipulati entro il 14 marzo con data di *check-in* da quella stessa data al 31 ottobre 2020, secondo quanto stabilito dall'ultimo aggiornamento dei termini⁴².

Tali prenotazioni, dunque, a causa della pandemia, possono essere cancellate liberamente prima del *check-in* da entrambe le parti con opzione di rimborso totale per i conduttori e senza penalità e compromissione del proprio *status* per gli *host*⁴³. *Airbnb*, pertanto, attribuisce una facoltà di recesso unilaterale che le parti possono liberamente esercitare, previa fornitura da parte degli interessati della documentazione probante la restrizione di movimento che impedisce loro di raggiungere l'alloggio ovvero il fondato motivo di ammalarsi o di mettere a repentaglio la salute dei propri famigliari nel caso in cui si proseguisse con il contratto. La piattaforma, poi, si impegna ad effettuare il rimborso o di emettere crediti di viaggio per il prezzo totale, incluso dei costi di servizio.

L'elemento critico che più sovvienne all'attenzione è il fatto che – sebbene vi fosse già una disciplina per le circostanze attenuanti in grado di ricomprendere la situazione attuale – la piattaforma abbia deciso di crearne una *ad hoc* che risulti, pertanto, indipendente dalla precedente. Tale scelta non è priva di conseguenze: la piattaforma, operando in questo modo, ha potuto prendere posizione chiara su come il Covid-19 e i relativi atti di imperio dell'autorità pubblica potessero o meno essere ritenuti incisivi sui contratti ivi stipulati. *Airbnb*, se da una parte ha intrapreso una posizione in grado di

⁴¹ A proposito di ciò, sulla pagina dedicata alle circostanze attenuanti si può leggere un avviso in cui è sancito che le circostanze attenuanti non si riferiscono alla pandemia da covid-19. Per la relativa copertura, infatti, il sito rimanda ad altre circostanze specifiche.

⁴² Si osservino: «<https://www.airbnb.it/help/article/2701/termini-delle-circostanze-attenuanti-per-la-pandemia-da-coronavirus-covid19>». Sul punto si sottolinea che il termine finale, ad oggi stabilito per il 31 ottobre, è in costante aggiornamento. Precedentemente, infatti, il termine finale di *check-in* entro cui era possibile usufruire di tali circostanze era fissato al 15 luglio, prorogato oggi a causa del perdurare della pandemia.

⁴³ In tal caso, infatti, a differenza di quanto accade per le cancellazioni ordinarie, coloro che vengono qualificati dalla piattaforma come *super host* e i vantaggi a tale *status* annessi non vengono pregiudicati dalla scelta di recedere dal contratto in tale circostanza.





calmierare il sorgere di plurime contese derivanti da cancellazioni di prenotazioni collettive, dall'altra ha inevitabilmente compresso l'autonomia negoziale dei singoli a cui – senza previo loro consenso, né sottoscrizione – è stata attribuita una causa di recesso unilaterale libero esperibile da ambo le parti senza alcuna conseguenza sanzionatoria. Detta altrimenti, *Airbnb*, così facendo, ha attuato una deroga *super partes* dei termini contrattuali già pattuiti tra le parti, andando ad incidere, di riflesso, non solo sui termini generali della piattaforma bensì sulle vicende contrattuali dei singoli già in essere. La circostanza emergenziale, infatti, è stata causa di una modifica di un regolamento negoziale già perfezionato fra i contraenti, e quindi, per essi vincolante.

Se si esamina brevemente la dinamica del recesso *ad nutum* in ottica strettamente individuale, ossia del singolo contratto, si potrebbe affermare *prima facie* che lo strumento sia volto a distribuire 'equamente' i rischi della sopravvenienza sanitaria in capo alle parti: ad entrambi è attribuita facoltà di risolvere il contratto qualora la fruizione della prestazione risultasse impossibile o troppo gravosa. Si evidenzia, a tal riguardo, che il diritto accordato, per il fatto di essere stata posto in capo ad ambo i soggetti – legati da una relazione *peer to peer* – non parrebbe da interpretarsi come potestativo⁴⁴.

Esso, infatti, non risulta pesare in modo gravoso solo su una parte, squilibrando l'equilibrio normativo interno, motivo per cui, la relativa clausola non sembrerebbe da reputarsi come vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.⁴⁵. Quand'anche il contratto in oggetto fosse incardinato secondo la relazione *business to consumer* ai sensi del D.lgs n. 206/05, sorgono dubbi sulla possibilità di ritenere vessatoria, e di conseguenza nulla, la clausola di recesso stabilita

da *Airbnb* ai sensi dell'art. 33 lett. g), del D.lgs. n. 206/05, proprio per il suo carattere bilaterale⁴⁶.

È altresì evidente, tuttavia, che adottando quest'ottica, il potere esercitato da *Airbnb* nel rapporto contrattuale delle parti parrebbe senz'altro abusivo per almeno due ordini di ragioni. In primo luogo, come esposto in precedenza, la piattaforma dovrebbe essere estranea alla relazione instaurata tra le parti; di conseguenza, è illecito il suo intervento nel rapporto. In secondo luogo, la prescrizione del rimedio specifico ha determinato la cernita di quali relazioni tutelare: stabilendo un termine temporale rigido entro cui le parti possono esperire tale rimedio, la piattaforma è stata in grado di delimitare l'esercizio ai soli casi ammessi dalla medesima.

La *ratio* sottesa alla garanzia della libertà di preservare il contratto o di risolverlo ai sensi delle circostanze attenuanti da Covid-19, apparirebbe così ipotizzabile solo nella più ampia ottica sistemico-funzionale di 'immunizzare' la comunità dai pregiudizi derivanti da una possibile patologia giuridica. Il sorgere di controversie massive dovute ad azioni disordinate, infatti, avrebbe potuto arrecare grave pregiudizio sia alla piattaforma stessa che, di conseguenza, agli interessi di singoli. Le scelte operate dalla piattaforma, anticipatorie rispetto a qualsiasi contesa concreta, sembrano quindi prediligere una tutela omnicomprensiva della situazione, al fine di ovviare a problematiche ben più complesse. Le decisioni assunte, tuttavia, hanno implicato anche una 'cessione di sovranità' da parte dei privati, la quale, se vista in ottica strettamente individualistica, non troverebbe giustificazione alcuna.

Poste tali premesse, sembra quindi opportuno procedere al vaglio della relazione tra autonomia privata e solidarietà nella piattaforma per comprendere, conseguentemente, se tali strumenti derogatori rispetto ai termini precedenti possano essere o meno ritenuti legittimi nella prospettiva di una tutela di impronta collettiva volta alla preservazione di un interesse comunitario negoziale più ampio e preponderante rispetto all'interesse del singolo utente.

⁴⁴ Sulla questione della vessatorietà delle clausole nei contratti turistici telematici si richiama il recente commento critico alla decisione del Giudice di Pace di Trapani del 14 ottobre 2019 (che considera vessatoria la clausola 'non rimborsabile' posta dall'albergatore nella propria offerta della struttura) riportato da A. QUARTA, *La conclusione del contratto di albergo per via telematica: pagamento anticipato e revoca della prenotazione*, in *Danno resp.*, 2020, II, 243 ss. Il giudice, infatti, riteneva che apportasse un vantaggio nei confronti del professionista ai danni del consumatore e, pertanto, necessitasse di doppia firma. Si rammenta comunque che, a differenza degli *host* di *Airbnb*, che sono per la maggior parte soggetti privati, laddove su *Booking* si trovano solo strutture professionali.

⁴⁵ Opportuno il confronto con quanto esposto da R. SENIGAGLIA, *Contratti*, cit. 473 s. in cui viene trattato il tema dei rimedi per i contratti di soggiorno turistico contro il Covid-19. In questo contesto l'Autore analizza in modo precipuo gli strumenti a tutela di entrambe le parti di questo particolare contratto pregiudicato fortemente dalla sopravvenienza sanitaria offrendo un'interpretazione sistematico-funzionale della vicenda in oggetto.

⁴⁶ Si rammenta che il Codice del consumo esplicita chiaramente che si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché di consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto. Nel caso in oggetto, invece, il recesso è ammesso per entrambi i soggetti, garantendo un rimedio egualitario. Per quanto riguarda le clausole abusive nei contratti telematici, come nel caso in oggetto, si osservi V. CUOCCI, *Contratti online e il mercato unico digitale: l'approccio (minimalista) del legislatore europeo in tema di clausole abusive*, in *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, A. Addante (a cura di), Padova, 2016, 73 ss.

5. Il pan-contrattualismo contemporaneo: ampiezza di vedute.

Che il contratto sia un atto di autonomia privata posto in essere dalle parti per vincolarsi ad un autorregolamento immediato e concreto dei propri interessi, fungendo in tal modo da schema principale di scambio e circolazione della ricchezza nel contesto di mercato nazionale e transnazionale, è circostanza nota⁴⁷.

Fornendo brevissimi cenni alla complessa vicenda che ha interessato lo sviluppo del contratto, tale strumento nasce come mezzo di espressione della società borghese ottocentesca dove, guardandolo dal punto di vista dei valori, trae a sé la salvaguardia della libertà del cittadino che, in parità di condizioni con gli altri, esercita le proprie scelte in autonomia⁴⁸, senza che possa subire il condizionamento da parte degli altri consociati o dello Stato. La concezione *de qua* entra, tuttavia, in crisi negli anni '70, laddove l'intervento del potere pubblico in economica ha comportato una rivalutazione della libertà dei privati nella regolazione dei loro rapporti economici⁴⁹, da cui una nuova sensazione che animava la dottrina del tempo verso maggiori forme di eterointegrazione della regolamentazione contrattuale⁵⁰.

⁴⁷ Si è fatto riferimento, da ultimo a E. GABRIELLI, *La nozione di contratto (appunti su contratto, negozio giuridico e autonomia privata)* in *Giur.it*, 2018, 2793 ss.

⁴⁸ G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, II ed., 310, che ricorda come «il codice civile del 1942 resta, nel suo disegno di fondo, un codice moderno e di stampo sostanzialmente liberista, che prende atto del processo di industrializzazione che si veniva imponendo nella realtà socio economica, con la conseguente perdita di centralità dell'istituto della proprietà, nei suoi connotati tradizionali, a favore di un nuovo tipo di proprietà (quella produttiva), dell'impresa e, in generale, del lavoro».

⁴⁹ Già F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, Milano, 1968, 52, per cui dopo «tanto travaglio, che forse non è ancora esaurito, non meraviglia se si è parlato di 'crisi' dell'istituto del contratto, cui ha fatto seguito anche un sovvertimento, operatosi sia nella nozione di esso, sia nel sistema dei principi, sia nella prassi contrattuale», dimostrando, contestualmente, un particolare equilibrio nel richiamare in questa sede il dibattito fra teoria volontaristica e teoria precettiva: richiama, allora, come «questa figura – il contratto – oggi sospeso e oscillante fra il tipo, tradizionale, della sua spontaneità e quello (nuovo) dell'automatica imputazione degli effetti ai contraenti (o, spesso, a uno solo di essi), facendo astrazione dell'elemento 'volontà' – dimostra che, se non soddisfa interamente la concezione tradizionale, in pari tempo, si stenta a trovare una giustificazione appagante dell'altra».

⁵⁰ P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1977, 238 ss.; altresì, ID., *I controlli della libertà contrattuale*, in *Il diritto privato nella società moderna*, Napoli, 1996, 285 ss.

Arrivando rapidamente, quindi, ai giorni nostri, è altrettanto risaputo che il contratto del 'terzo millennio' abbia subito, nel corso del tempo, profonde trasformazioni rispetto al significato che rivestiva nell'impianto originario del Codice civile: ciò, in ragione del dinamismo vorticoso del tessuto economico e dei rapporti giuridici che è chiamato a regolare nel «villaggio globale»⁵¹. Si tratta di un territorio economico talmente esteso che, soprattutto nella dimensione virtuale, perde completamente il senso del limite, divenendo estremamente complesso tracciare dei confini giuridici precisi delle fattispecie negoziali contratte in rete: di qui si apre l'opportunità di un'univoca *lex mercatoria* in grado di superare la frammentazione giuridica derivante dai differenti contesti nazionali⁵².

Ulteriore elemento che connota il contratto contemporaneo, quale frutto di libertà nella cosiddetta 'società liquida'⁵³, è il fatto di essere mezzo principale tramite cui si estrinseca concretamente non solo la libertà economica, bensì anche la disposizione dei propri interessi spirituali e materiali⁵⁴. Per tale motivo, la dottrina parla di epoca di 'pan-contrattualismo', in quanto questo strumento domina la scena coordinando i più differenti ambiti dell'agire umano reale e virtuale, patrimoniale e personale⁵⁵.

Si sostanzia, quindi, una visione maggiormente 'liquida', imponendo di prestare attenzione alla forza pervasiva dei principi sociali anche nel contesto

⁵¹ Cfr. G. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. Impr.*, 2000, 919 ss.; M. FRANZONI, *il contratto nel mercato globale*, in *juscivile*, 2013, III, 151 ss.; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 152 ss.; F. ZAGANELLI, *Globalizzazione e formazione del contratto*, Perugia, 2008, *passim.*; G. ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2005, 23 ss.

⁵² Sul punto G. GALGANO, *Lex Mercatoria*, Bologna, 2001, 299 ss.; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 71 ss.

⁵³ Il termine società liquida è stato coniato dal sociologo Zygmunt Bauman. Si intende con questo termine una concezione sociologica che considera l'esperienza individuale e le relazioni sociali come ormai totalmente destrutturate rispetto all'originario impianto. Si veda: Z. BAUMAN, *Liquid Modernity*, Cambridge, 2000, *passim.* Si veda anche sul tema G. AGRIFOGLIO, *Professionisti e consumatori nella società liquida: dagli status agli stati, ovvero da Diocleziano a Bauman*, in *P.D.*, 2020, II, 205 ss.

⁵⁴ Si osservi G. BENEDETTI, *Tutela della persona e contratto*, in *Persona e diritto: giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, R. Alessi, S. Mazzaresse, S. Mazzamuto (a cura di), Milano, 2013, 307 ss.

⁵⁵ Cfr. G. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. Eur.*, 2000, 922 s. Sul punto, iconicamente, l'Autore rievoca il celebre Faust di Goethe, dove il contratto viene utilizzato per regolare l'esoterico, ossia la compravendita della propria anima con Lucifero.





delle negoziazioni private⁵⁶. Il contratto è chiaro emblema del modo in cui le persone si relazionano fra loro, tratteggiandone le peculiarità dell'evoluzione culturale; sicché, viste le istanze poliformi che quest'ultimo è chiamato a disciplinare nel sistema odierno, l'autonomia delle parti, come libera estrinsecazione della libertà individuale, deve essere costruita in modo bilanciato rispetto ai valori sociali: vi è un'esigenza di coordinamento tra regole e principi, giudizi di validità e valore⁵⁷.

In quest'ottica la *lex contractus*, derivante dalla libera autodeterminazione delle parti, trova giustificazione in circostanze più ampie del singolo rapporto che è tesa a disciplinare, in quanto le situazioni soggettive patrimoniali risultano subordinate al perseguimento di finalità di tipo sociale⁵⁸. L'autonomia privata, invero, sebbene non oggetto di tutela diretta da parte della Costituzione, in questa chiave di lettura diviene tuttavia veicolo funzionale al perseguimento di valori direttamente tutelati come l'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e la proprietà (art. 42 Cost.)⁵⁹.

Permane, insomma, forte la tensione fra l'esigenza di affermare e tutelare le scelte individuali, senza alcun intervento esterno, specialmente nella dimensione della rete, dove lo spazio è tutto dei privati, cui, di contro, aumentano le voci che tendono verso una visione solidaristica dell'autonomia contrattuale.

È evidente, dunque, che, qualora si volesse accogliere questo secondo significato, la relazione contrattuale non possa essere considerata quale monade autosufficiente e indipendente dal contesto di valori cui si riferisce l'interprete; essa, per contro, deve intrattenere un dialogo costante con gli interessi collettivi, in quanto ogni singolo contratto è punto di un ordito ben più ampio. L'azione dettata dall'autonomia privata, dunque, merita anche di essere analizzata in un'ottica di 'sostenibilità ambientale' nello specifico settore di mercato in cui il contratto va ad inserirsi affinché vengano rispettati i principi di ragionevolezza e proporzionalità tra istanze individuali e collettive⁶⁰.

Riassunto, in brevi termini, il rapporto fra interessi individuali e valori collettivi nella disciplina del contratto, per come appare nel contesto contemporaneo, sovviene ora appropriato porre al vaglio il suo ruolo nel terreno della crisi, fragile per autonomia. A tal riguardo, è proprio il termine stesso *crisi* che suggerisce agli interpreti, in numero sempre maggiore, l'opportunità di una riflessione profonda del ruolo del contratto in questo contesto: è noto, infatti, come esso derivi dal greco *krisis* il quale, a sua volta, discende dal verbo *krino* che significa separare⁶¹. Sul piano metaforico, si può assumere che la crisi porti alla cernita dei paradigmi giuridici al fine di mantenere quelli in grado di concorrere positivamente alla regolazione della situazione.

Nel complesso contesto collettivo attuale, dunque, si prospetta dalla dottrina, quasi unanimemente unita dalla necessità di far fronte alle esigenze della pandemia, una lettura in chiave maggiormente *comunitaria* anche dello strumento tendenzialmente posto ad emblema dell'autonomia privata. A tal riguardo, anche quelle opinioni che rimanevano più aderenti ad una visione positivista del diritto civile – che, di conseguenza, si è sempre mostrata scettica ad una lettura costituzionalmente orientata dell'autonomia privata⁶² – nell'eccezionalità del momento, come quello rappresentato dall'emergenza in atto, afferma che «il contratto

⁵⁶ Cfr. G. ALPA, *Principi generali e diritto dei contratti. Un inventario di «dicta» e di questioni*, in *Giur. It.*, 1990, II, 1001 ss.; C. CAMARDI, *il diritto privato tra regole e principi. Uno sguardo sulla complessità giuridica, a partire da un volume recente*, in *ODCC*, 2019, I, 115 ss.

⁵⁷ Sul tema G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *NCCG*, 2016, I, 124 ss. L'Autore mostra come la modernità – a differenza di quanto accadeva in passato in cui il diritto si imperniava nella centralità del ragionamento logico e all'equazione fra soluzione giusta e soluzione conforme alla norma – sia invece fondata su un linguaggio che è intriso anche di componenti valoriali. Si mostra, pertanto, un'intolleranza diffusa nelle letture assolutiste del diritto e nell'affermazione di dogmi aprioristici.

⁵⁸ Tra molte, in proposito, si richiamano le considerazioni di: P. PERLINGIERI, *Persona e Mercato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1995, I, 289 ss.; ID, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, L. Ferroni (a cura di), Urbino, 2002, 49 ss. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, *passim*; V. M. SPINOZZI, *Funzionalizzazione dell'autonomia privata a scopi di utilità sociale*, in *iuscivile*, 2013, X, 694 ss.

⁵⁹ V. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1 ss. In quel contesto l'Autore rileva che la tutela indiretta derivi dalla tradizionale ritrosia del legislatore italiano a contenere l'intervento pubblico economico solo nell'ambito delle funzioni di controllo e regolazione del mercato. Si osservi, inoltre, *ex multis*, G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale* in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 35 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, *passim*.

⁶⁰ Per una trattazione più ampia G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*.

⁶¹ Sull'etimologia del termine 'Crisi' si osservi [«https://www.etimoitaliano.it/2011/03/etimologia-della-parola-crisi.html»](https://www.etimoitaliano.it/2011/03/etimologia-della-parola-crisi.html). Il termine veniva utilizzato con riferimento alla fase della trebbiatura, che consisteva nella separazione dei grani del frumento dalla parte eccedente. Cfr. M. MAINERI, *Collaboriamo! Come i social media ci aiutano a lavorare e vivere bene in tempo di crisi*, Milano, 2013, 12.

⁶² Si osservi A. M. BENEDETTI, *Autonomia contrattuale come valore da proteggere. Costituzione, solidarietà, libertà*, in *NCCG*, 2019, IV, 827 ss.

può e deve fare solidarietà»⁶³, esortando il medesimo contratto o autore ad avere uno sguardo a trecentosessanta gradi. Lo scambio e la circolazione della ricchezza non possono prescindere dal contesto sociale in cui si generano in quanto al contempo lo determinano e ne sono condizionati. La relazione tra autonomia privata e solidarietà nel frangente emergenziale, dunque, così intesa, diviene essenziale per trovare un equilibrio che salvaguardi le differenti istanze concretamente emergenti.

Concentrando ora l'attenzione sulle letture in chiave solidaristica del contratto, perché maggiormente accolte da coloro che si sono, oggi, occupati del tema, si può chiarire se questa interpretazione possa o meno coadiuvare l'interprete nella lettura dei rimedi posti in essere in questo frangente, anche nel caso in oggetto, dalle piattaforme virtuali.

6. Solidarietà integrativa e solidarietà sociale: le differenti declinazioni del principio nel rapporto contrattuale.

Nella staticità economica che la crisi ha indotto, si pongono come necessarie alcune riflessioni 'di sistema' sugli strumenti giuridici che dovrebbero essere forniti per evitare un collasso del sistema produttivo. Per dirla con un'espressione tecnica tipica del linguaggio medico, sono necessari 'anticorpi rimediali' in grado di immunizzare la comunità da una patologia diffusa⁶⁴. Si sostanzia la necessità che le eventuali conflittualità sorte vengano gestite attraverso una logica della 'relazione' contrattuale, non per forza vincolata a soluzioni estintive classiche, bensì anche aperta ad ipotesi conservative del rapporto⁶⁵.

Come esposto, attese le circostanze straordinarie del momento, il contratto necessita più che mai di letture in grado di andare oltre alle mere istanze individuali affinché esso divenga anche «luogo in cui i doveri di solidarietà devono prevalere su ogni altro interesse»⁶⁶. Su questo aspetto, una recente opinione ha puntualizzato che la solidarietà costituisca «una risorsa straordinaria a disposizione delle corti per fare in modo che, prendendo lo spunto da una situa-

zione destinata a rimanere tristemente nella memoria come vicenda inattesa ed eccezionale, il diritto vivente, al pari del legislatore [...], dia il suo contributo alla costruzione di un diritto dei contratti più solidale e, in qualche modo, più rispondente all'idea di democrazia oggi maggiormente condivisa»⁶⁷.

Secondo recente dottrina, si possono ricavare due differenti letture per connotare il principio di solidarietà nell'ambito contrattuale⁶⁸. Da una parte, può essere definito come strumento nelle mani del giudice e, in tal caso, esso esplica un compito correttivo: questa forma di solidarietà può essere definita 'difensiva', in quanto interviene *ex post*, al fine di porre rimedio ad una situazione in cui si è già manifestata una qualche patologia⁶⁹. In tal senso, la dottrina suole riferirsi a quelle situazioni di inadempimento *per necessità* del contratto, dove le figure a cui è demandato il compito di tentare di ristabilire l'equilibrio "funambolico" devono intervenire prontamente per assestare la situazione critica⁷⁰.

La forma di solidarietà testé citata è quella che più frequentemente viene richiamata dalla dottrina e ad essa si riconduce il dibattito sulle tecniche di integrazione del contratto nonché le ampie disquisizioni nel contesto emergenziale sulla possibilità di rinegoziazione o di dilazione giustificata dei termini contrattuali in modo tale da preservare la sua esistenza⁷¹. Nella situazione in essere, infatti, parrebbe ragionevole prediligere soluzioni manutentive rispetto a quelle demolitive del contratto⁷².

In tal senso, si può ritenere che questa forma di solidarietà sia connessa alla buona fede intesa come

⁶⁷ F. MACARIO, *Per un diritto*, cit., p?

⁶⁸ Da ultimo, proprio in tema Covid-19: U. MATTEI -A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020.

⁶⁹ U. MATTEI -A. QUARTA, *Tre tipi*, cit., p.?

⁷⁰ Cfr. G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in *juscivile*, 2014, VI, 215 ss.

⁷¹ Per una più ampia trattazione della questione si veda: A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020; S. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid 19*, in *giustiziacivile.com*, 25 marzo 2020; D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid - 19*, in *giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020; L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale e contratto: una fotografia*, in *giustiziacivile.com*, 07 maggio 2020. Si legga anche più in generale: F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *juscivile*, 2019, IV, 397 ss.; E. GIORGINI, *Pandemia, equilibrio delle posizioni contrattuali e giusto rimedio. Brevi annotazioni in Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2020, 274 ss.; E. FERRANTE, *Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2020, 300 ss.; T. DALLA MASSARA, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, in *Contratti*, 2020, III, 351 ss.

⁷² Una lucida riflessione sul punto è stata compiuta da: G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e Mercato* 2020, I, 121 ss.

⁶³ A. M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio ai tempi dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione*, in *giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020.

⁶⁴ Cfr. F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del 'coronavirus': interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, II, 129 ss.

⁶⁵ F. MACARIO, *Sopravvenienze*, cit. 131. Si osservi anche: F. DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, in *NLCC*, 2014, III, 569 ss.

⁶⁶ A. M. BENEDETTI, *Il rapporto*, cit.; sul punto, altresì, C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?* in *giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020.





fonte integrativa del contratto, vale a dire una lettura della buona fede alla stregua di un parametro di comportamento atto a coordinare l'agire economico collettivo nel rispetto della parola data, secondo il noto principio *pacta sunt servanda*⁷³.

Il principio in questione, tuttavia, può essere declinato anche secondo una diversa – seppur meno frequente – accezione, ossia come solidarietà *sociale*, intesa quale valore che non consideri in via esclusiva il bilanciamento degli interessi contrapposti delle parti negoziali, bensì ampli il contesto di riferimento e si ponga quale connettivo fra i rapporti inter-privati e i valori della comunità. In questo caso si potrebbe parlare di responsabilità sociale 'proattiva', quale rimedio *ex ante* che sortisce soluzioni preventive al sorgere della patologia⁷⁴.

Si tratterebbe, pertanto, di una concezione di solidarietà in grado di operare non soltanto a posteriori, bensì come strumento di anticipazione delle controversie, che consenta di conformare il contratto alle istanze concrete che il medesimo si trova ad affrontare nella realtà economica in nome di una sua connessione con la comunità. A tal riguardo, parte della dottrina rammenta che questa particolare accezione di solidarietà preventiva – che nel contesto della crisi appare interessante porre al vaglio – trovava già fondamento nel disegno originario del codice civile, in cui la clausola generale di correttezza *ex art. 1175 c.c.* doveva essere connessa alla cd. solidarietà corporativa che, seppur di chiara estrazione fascista, declinava il principio in questione in una prospettiva fortemente relazionale⁷⁵. Da ciò si evince che nella prognosi iniziale, l'art. 1175 c.c. era concepito come 'strumento di socializzazione' ossia volto a salvaguardare un senso di comunità ampio e non solo il singolo rapporto tra i contraenti. Per tale motivo, il fulcro non era la stretta relazione tra le parti, tipica della concezione giuridica di età liberale, bensì una dinamica più complessa che considerava il rapporto incardinato in una dimensione comunitaria. Nell'attuale contesto storico, dunque, l'autonomia privata doveva trovare necessariamente

un equo bilanciamento di interessi con le istanze a cura della comunità, non essendo concepita come principio inderogabile⁷⁶.

Questa impostazione solidaristica preventiva è stata, tuttavia, posta nelle retrovie sino ad oggi, sia per ragioni storiche che economiche, ritenendosi preferibile una declinazione del principio secondo la prima funzione descritta, ossia come strumento difensivo a patologia manifestata. Nella straordinaria contingenza del momento, tuttavia, si ritiene che la sola concezione difensiva potrebbe rivelarsi insufficiente vista anche l'impossibilità di comprendere quando effettivamente questa crisi potrà dirsi conclusa.

Parrebbe, quindi, più consona al contrasto della crisi un'idea di solidarietà sociale 'proattiva' che faccia maggiormente leva sul senso *forte* di comunità agganciando ogni relazione contrattuale ad un tessuto più ampio. In questo frangente, invero, considerare l'autonomia privata quale fonte assolutamente inderogabile e scardinata dalla complessità della realtà potrebbe determinare effetti deleteri a livello collettivo.

7. Conclusioni: i rimedi posti in essere da Airbnb, una posizione realmente comunitaria?

Sullo sfondo di quanto detto sin qui, ci si chiede ora se le soluzioni emergenziali in qualche modo 'estreme' adottate dalla piattaforma possano o meno ritenersi giustificate o lesive degli interessi delle parti nonché tutelanti il contesto sociale in cui la piattaforma si impernia.

Appare evidente che la crisi abbia scardinato definitivamente l'equilibrio pregresso il quale già soffriva di instabilità dettata dai cambiamenti repentini della contemporaneità. Proprio in questo clima di incertezza sorge la necessità di bilanciamento tra le istanze individuali e collettive: il diritto è chiamato a cercare di trovare modalità di tutela in grado di salvaguardare sia il tessuto economico collettivo

⁷³ Sul punto, *ex multis*, G. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 147 ss.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020.

⁷⁴ U. MATTEI-A. QUARTA, *Tre tipi*, cit.

⁷⁵ V. U. MATTEI - A. QUARTA, *Tre Tipi*, cit. che richiamano sul punto S. PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, in *Riv. Dir. comm.*, 1942, I, 373. In questo senso, le parti contrattuali avrebbero dovuto considerare la soluzione più appetibile per implementare il corporativismo nella scelta del proprio regolamento contrattuale. È evidente che il corporativismo fascista si fondasse su ben differenti valori rispetto alla solidarietà sociale come oggi intesa, tuttavia, il richiamo storico può coadiuvare l'interprete nell'analisi. Si veda, altresì G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit. 94 ss.

⁷⁶ La dottrina che richiama questa forma di interpretazione agganciava il dovere di correttezza al principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. In questo frangente, la solidarietà, per il tramite della buona fede, diviene limite all'autonomia contrattuale. Sul punto: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 182 ss. Per un'interpretazione dell'autorevole saggio si osservino V. ROPPO, Stefano Rodotà, civilista e non civilista, in *P.D.*, III, 2017, 497 ss.; G. ALPA, *Stefano Rodotà, innovatore del metodo giuridico*, in *P.D.*, 2017, III, 497 ss.; G. B. RATTI, *Rileggendo Rodotà sull'integrazione del contratto. Cinque tesi metodologiche*, in *P.D.*, 2019, I, 87 ss.; T. DALLA MASSARA, *Il paradigma della lex contractus: riflessioni in risonanza su Le fonti di integrazione del contratto di Stefano Rodotà* in *P.D.*, 2019, IV, 631 ss.

che gli interessi privati; elementi, per giunta, non antinomici tra loro, in quanto non si può considerare il contratto come una monade a sé stante scardinata dalla struttura sociale. La salvaguardia della condizione comunitaria diviene prodromica all'estrinsecazione dell'autonomia privata e nella situazione emergenziale quest'ultima deve essere disposta a cedere parte del proprio potere in una visione maggiormente relazionale del mercato.

In questa prospettiva, sembra necessaria una forma di solidarietà non solo a livello sociale, fondata sul sentire comune, ma anche in ambito giuridico, ossia nella concreta consapevolezza dei *munera* fondativi della comunità, in assenza della quale il singolo non potrebbe estrinsecare appieno la propria individualità e autodeterminazione. Il principio di solidarietà in epoca emergenziale è chiamato, dunque, ad agire non tanto come farmaco alla patologia sopravvenuta, bensì come vaccino in grado di prevenire l'insorgenza di tante delle problematiche ancora oggi latenti in modo tale da salvaguardare entrambe le esigenze in ottica di equilibrio.

Considerate le linee interpretative sin qui prospettate relativamente alle funzioni sociali che il contratto è chiamato ad ottemperare, è opportuno domandarsi, dunque, se la soluzione rimediata sopra descritta adottata da *Airbnb*, volta a 'stemperare' le criticità insorte in tale frangente storico, avesse o meno un effettivo obiettivo solidaristico verso la propria *community* nonché il tessuto economico in cui si estrinseca.

Al fine di trarre delle possibili conclusioni sulla vicenda in oggetto, si reputa opportuno porre occhio vigile in entrambi gli ambiti comunitari in cui essa opera: ovvero non solo quello concernente il rapporto interno di natura virtuale con gli utenti bensì, inoltre, il suo impatto fisico nei contesti urbani in cui si è insediata; aspetti che si possono ritenere inescindibilmente legati tra loro.

Prendendo in considerazione la relazione virtuale, la facoltà di recesso libero senza penali per l'*host* e con rimborso totale per il conduttore, concessa dalla piattaforma, se da un punto di vista strettamente individuale potrebbe ritenersi lesivo dell'autonomia privata in quanto fortemente intrusiva nella libertà delle parti, in un'ottica di impronta maggiormente comunitaria potrebbe dare adito a letture diverse. Nel peculiare frangente emergenziale, invero, l'ottica interpretativa non può essere strettamente individuale visto che è proprio il sostantivo pandemia a richiamare la totalità.

Da tale punto di vista, dunque, il ruolo attivo svolto dalla piattaforma potrebbe essere individuato quale esempio emblematico di solidarietà proattiva da parte del soggetto chiamato ad agire facendo fronte alle criticità per il beneficio dell'andamento

generale del servizio offerto. *Airbnb* – sposando quest'ottica – avrebbe operato un bilanciamento necessario e oculato alla contingenza della situazione tra i due interessi in gioco. È evidente che la *ratio* del rimedio non possa essere valutata soltanto prestando attenzione al singolo contratto, poiché in tal caso si vedrebbe solo una lesione grave della libertà delle parti dettata da un'iniqua intrusione di terzi nel regolamento negoziale. La concessione di rimedi giuridici eccezionali in una situazione senza precedenti troverebbe invece ragione giustificativa nella visione di tutela collettiva della propria *community* – che chiaramente eccede l'ordinario dove, per contro, non si giustificerebbe un'intrusione così forte da parte della medesima nella relazione negoziale. Dal punto di vista del rapporto interno, dunque, si potrebbe ritenere un bilanciamento di interessi opportuno, volto a tutelare gli interessi delle parti virtuali.

Se, tuttavia, si valuta l'operato della piattaforma nel contesto reale, ossia anche riguardo sua incidenza nel tessuto economico in cui opera, appare maggiormente complesso ritenere che il suo interesse precipuo sia volto a tutelare la comunità più ampiamente intesa.

Nella sua veste formale di servizio della società dell'informazione, ai sensi della Direttiva 2000/31 sul commercio elettronico, *Airbnb* non è tenuta a sottostare a qualsivoglia imposizione legislativa nazionale volta a regolamentare in modo ordinato il fenomeno, il quale, come già espresso, pregiudica spesso i contesti urbani in cui si impernia. Si è più volte evidenziato il fatto che sussista un tenore strutturale del servizio incidente nella realtà sostanziale che la direttiva di settore, risalente al 2000, non disciplina.

Allo stato dei fatti, dunque, la sottrazione da ogni forma di responsabilità da parte del portale non apparirebbe confacente ad un atteggiamento solidaristico che presupporrebbe, al contrario, un'apertura collaborativa con le Istituzioni di settore. Prendendo in considerazione la situazione emergenziale, attraverso questo punto di vista, essa ha mostrato come essa abbia assunto un ruolo che potrebbe definirsi sostanzialmente di 'autorità privata'⁷⁷, il cui imperio è in grado soverchiare le altre parti creando *de facto* situazioni di assoggettamento. Questo potere assunto materialmente non dovrebbe prescindere da un

⁷⁷ Cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 10 ss. Si fa riferimento all'esistenza nel panorama socio-economico di una molteplicità di figure, definite dall'Autore autorità private di fatto, il cui potere decisorio è maggiore rispetto al comune operatore di mercato e incisivo nelle relazioni private, in quanto è in grado di creare posizioni di assoggettamento delle controparti al proprio volere, acquisendo un'ontologia simile rispetto a quella delle autorità pubbliche.





controllo regolamentare nonché da un'assunzione di responsabilità, soprattutto in una situazione di fragilità sistemica, poiché si creerebbe un'incrinatura ampia tra il rapporto contrattuale virtuale e il tessuto fisico su cui esso si esplica.

Quel che si vuole porre in luce con le ultime osservazioni, dunque, è che l'impatto della piattaforma sullo sviluppo macroeconomico del settore immobiliare, non slegato dalla crisi dei centri abitati, non può essere lasciato alla mera dimensione privatistica di un fenomeno che, oltretutto, viaggia sui binari della rete. Qui si accentua il potere del privato che assorbe qualsiasi regolamentazione di scambio all'interno di sé, imprimendo un forte effetto anche nella realtà tangibile che ne pregiudica l'essenza.

A parere di chi scrive, in conclusione, l'atteggiamento della piattaforma ad oggi si mostra come un Giano bifronte: da una parte richiama in continuazione la sua veste di 'tutore' della *community* virtuale, assumendo un ruolo contrattuale che potrebbe essere interpretata secondo il concetto di solidarietà sociale; dall'altra, tuttavia, nel proprio *corpus* fisico, tende a sottrarsi da ogni *munus* rifiutando l'impegno collettivo che il concetto stesso di comunità sollecita. L'ibridazione della sostanza – contesa tra virtuale e materiale – nonché la situazione emergenziale, cardine della vicenda in oggetto, mostrano come sia quanto mai complesso oggi *incardinare* tali nuovi soggetti, nonché considerarli parte di una comunità effettiva, della stessa anche responsabili. In questo secondo senso, si avverte l'esigenza di un intervento del legislatore – probabilmente comunitario – che si ponga come regolatore di un fenomeno che sempre di più genera preoccupazioni per il suo sviluppo.

LE PIATTAFORME ONLINE E LA TUTELA DEGLI UTENTI DIGITALI AL TEMPO DELLA PANDEMIA.

| 466 **Di Maria Concetta Causarano**

SOMMARIO: 1. *La rilevanza della natura di credence good dei servizi professionali.* – 2. *Libere professioni e mercato concorrenziale nella giurisprudenza europea e nazionale.* – 3. *L'evoluzione giurisprudenziale nella responsabilità professionale.* – 4. *Professionisti intellettuali e statuto dell'impresa: splitting up o melting down?*

ABSTRACT. La gestione della recente emergenza sanitaria ha portato governi ed istituzioni internazionali ad intervenire rapidamente per far fronte agli effetti drammatici legati alla diffusione del virus e per attenuare il più possibile le conseguenze economiche delle rigidissime misure di contenimento. In tale contesto, protagonisti assoluti e anzi necessari alleati delle autorità pubbliche per la prosecuzione della stragrande maggioranza delle attività produttive sono state le piattaforme online. Tuttavia, diverse sono le criticità e i problemi che proprio l'avvento della crisi sanitaria ha avuto il merito di enfatizzare a livello europeo e nazionale e che in un modo o nell'altro sono tutte legate da un medesimo fil rouge: ossia, l'asimmetria di potere (economico e contrattuale) degli intermediari digitali rispetto agli attori privati e pubblici se non addirittura, come mostrato dall'emergenza, la dipendenza di quest'ultimi dalle infrastrutture e servizi offerti dai primi.

Seguendo due percorsi ricostruttivi distinti ma paralleli aventi ad oggetto la tutela dei consumatori, da un lato, e la tutela degli utenti commerciali, dall'altro, il presente contributo mira ad analizzare sotto il profilo giuridico alcune prassi commerciali implementate dai maggiori operatori di mercati online nel contesto della pandemia. In particolare, la crisi sanitaria legata al Covid-19 ha acuito problematiche già esistenti, mettendo in evidenza sia l'urgenza di invertire il binomio responsabilità-responsabilizzazione che ha caratterizzato la tendenza regolativa avviata negli ultimi anni con riguardo agli intermediari digitali; sia la necessità di riflettere sulle carenze della normativa sui contratti asimmetrici nel contesto digitale sul ruolo centrale affidato ai principi e clausole generali del diritto nazionale, in primis la regola di buona fede.

The management of the recent health emergency has led governments and international institutions to take rapid action to deal with the dramatic effects of the spread of the virus and to mitigate the economic consequences of the strict containment measures. In this context, online platforms have been indeed the absolute protagonists as well as necessary allies of the public authorities for the continuation of the vast majority of productive activities. However, there are a number of issues that the advent of the health crisis has had the merit of emphasizing at European and national level and that are all linked by the same thread, namely the asymmetry of power (economic and contractual) of digital intermediaries with respect to private and public actors and even the dependence of the latter on the infrastructures and services offered by the former.

By following two separate but parallel reconstructive pathways, one for consumer protection and the other for the protection of commercial users, this contribution aims at analysing from a legal point of view some commercial practices implemented by the major operators of online markets in the context of the pandemic. The Covid-19 crisis has exacerbated already existing problems, emphasizing the urgency of reversing the binomial responsibility-responsibility that has characterised the regulatory trend started in recent years with regard to digital intermediaries. On the other hand, it has highlighted the need to reflect on the shortcomings of the legislation on asymmetric contracts in the digital context and on the central role played by general clauses under



1. Introduzione.

L'avvento della pandemia legata al Covid-19 ha posto in crisi l'assetto politico, economico e sociale a livello mondiale. La gestione dell'emergenza sanitaria ha portato governi ed istituzioni internazionali ad intervenire rapidamente per far fronte agli effetti drammatici legati alla diffusione del virus e per attenuare il più possibile le conseguenze economiche delle rigidissime misure di contenimento. In tale contesto, protagonisti assoluti e anzi necessari alleati delle autorità pubbliche sono state le piattaforme online.

Quest'ultime si sono dimostrate essenziali per la tenuta del sistema economico e sociale nel contesto dell'emergenza: a parte il settore specifico della sanità pubblica¹, gli intermediari digitali hanno rivestito un ruolo di primaria importanza per la prosecuzione della stragrande maggioranza delle attività produttive e dei servizi pubblici essenziali al tempo del distanziamento sociale.

Dallo *smart-working* alla didattica a distanza, dall'approvvigionamento di beni e servizi alla divulgazione di informazioni, dalle comunicazioni istituzionali e non all'amministrazione della giustizia, gli intermediari digitali hanno svolto un ruolo assolutamente centrale. In tal senso, l'avvento della pandemia ha sicuramente comportato un'accelerazione evidente del capitalismo digitale², evidenziando al contempo il divario tecnico e giuridico legato alla *platform society*³.

¹ Considerando 20, Raccomandazione (UE) 2020/518 del 8.4.2020 relativa a un pacchetto di strumenti comuni dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati al fine di contrastare la crisi Covid-19 e uscirne, in particolare per quanto riguarda le applicazioni mobili e l'uso di dati anonimizzati sulla mobilità.

Per un approfondimento sui profili critici per la tutela dei dati personali nel contesto emergenziale, cfr. D. POLETTI, *Il trattamento dei dati inerenti alla salute nell'epoca della pandemia: cronaca dell'emergenza*, in *Persona e Mercato*, 2/2020, 31 ss.; A. ARAGÃO, *Mobile Apps for the Epidemiological Surveillance of COVID-19: a European Perspective on Reliable Digital Technology*, in *Coronavirus and the Law in Europe* a cura di E. HONDIUS-M. SANTOS SILVA-A. NICOLUSSI-P. SALVADOR CODERCH-C. WENDEHORST-F. ZOLL, Intersentia Online, 2020.

² Quello che l'economista Daniel Cohen ha definito 'capitalisme numérique': v. A. REVERCHON, *La crise du coronavirus signale l'accélération d'un nouveau capitalisme, le capitalisme numérique*, *Le Monde*, 2.4.2020.

³ Il termine si riferisce a una società in cui il traffico sociale ed economico è sempre più incanalato all'interno di un ecosistema globale di piattaforme online, guidato da algoritmi e alimentato da dati, cfr. J. VAN DIJCK-T. POELL-M. DE WAAL, *The Platform Society: Public Values in a Connective World*, Oxford University press, 2018, 2; J. ANDERSSON SCHWARZ-S. LARSSON, *A Platform Society*, in *Developing Platform Economies: A European Policy Landscape* a cura di S. LARSSON-J. ANDERSSON SCHWARZ, European Liberal Forum asbl, 2018,

Purtroppo, le ragioni di necessità ed urgenza legate agli interventi emergenziali non hanno consentito di effettuare delle scelte pienamente 'consapevoli' in merito all'utilizzo dei servizi offerti dalle piattaforme. Diverse sono infatti le criticità e i problemi che proprio l'avvento della crisi sanitaria ha avuto il merito di enfatizzare a livello europeo e nazionale e che in un modo o nell'altro sono tutte legate da un medesimo *fil rouge*: l'asimmetria di potere (economico e contrattuale) degli intermediari digitali rispetto agli attori privati e pubblici, mettendo in luce in più occasioni la dipendenza di quest'ultimi dalle infrastrutture e servizi offerti dai primi⁴.

Se in tempi "ordinari" le piattaforme hanno svolto un ruolo di supporto alle attività istituzionali legate all'ordine pubblico (es. contrasto al terrorismo, ai discorsi d'odio, alla disinformazione etc.), al tempo della pandemia hanno fornito servizi di interesse generale senza al contempo essere sottoposti alla regolamentazione prevista per quest'ultimi⁵. Inoltre, l'emergenza sanitaria ha messo in luce le carenze che l'attuale quadro normativo, nonostante le recenti riforme europee⁶,

114-140; V. NASH-J. BRIGHT-H. MARGETTS-V. LEHDONVIRTA, *Public Policy in the Platform Society*, [2017] 9 Policy and Internet 368.

⁴ Un esempio per tutti è quello dell'utilizzo di strumenti quali Teams, Google Meet o Zoom per la prosecuzione della didattica a distanza ('Emergency Remote Teaching'). Come ha messo in evidenza un recente studio sul tema, l'uso di piattaforme per la condivisione di contenuti e software per videoconferenze ai fini della didattica di emergenza suscita infatti diverse preoccupazioni sia dal punto di vista della privacy e protezione dei dati, sia da quello della proprietà intellettuale e, in particolare, della tutela del diritto d'autore. Per un approfondimento, v. R. DUCATO-G. PRIORA-C. ANGIOLINI-A. GIANOPOULOU-B.J. JÜTTE-G. NOTO LA DIEGA-L. PASCAULT-G. SCHNEIDER, *Didattica di emergenza o Emergency Remote Teaching: un'analisi empirica in tema di privacy e diritto d'autore dei termini e condizioni dei servizi online più diffusi*, in *Law and Media Working Paper Series n. 2/2020*, consultabile qui: <http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2020/06/Law-and-Media-WPS-2-2020.pdf> (ultimo accesso 21.12.2020).

⁵ O. POLLICINO, *Una nuova applicazione mobile per Giustizia insieme fa riflettere su distonie e utopie del rapporto tra tecnologia e società*, in *Giustizia insieme*, 18.4.2020, consultabile qui: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/986-una-nuova-applicazione-mobile-per-giustizia-insieme-lo-spunto-per-una-riflessione-sull-oggi-e-sul-domani-dell-impatto-della-tecnologia-digitale> (ultimo accesso 21.12.2020).

⁶ A titolo esemplificativo giova ricordare i seguenti interventi normativi: dir. 2019/770/UE del 20.5.2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali; dir. 2019/771/UE del 20.5.2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni; reg. 2019/1150/UE del 20.6.2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online; dir. 2019/2161/UE del 27.11.2019 per

sconta nella regolamentazione dei profili tipicamente civilistici che vedono coinvolta una piattaforma online, in particolare la questione della responsabilità.

Il presente contributo intende concentrarsi sull'analisi di alcune prassi emerse nei mercati digitali nel contesto della pandemia seguendo due percorsi ricostruttivi distinti ma paralleli. Da una parte, si affronta il tema della tutela dei consumatori digitali e il regime di responsabilità delle piattaforme per i contenuti illeciti; dall'altra, si approfondiscono i contratti asimmetrici digitali e l'apparato rimediabile a disposizione degli utenti commerciali.

2. La vulnerabilità dei consumatori durante l'emergenza sanitaria: pratiche commerciali scorrette e responsabilità delle piattaforme online

Nella congiuntura emergenziale l'attività svolta dagli intermediari digitali ha risentito degli effetti della pandemia secondo intensità differenti. Alcune piattaforme sono state colpite maggiormente dalle restrizioni imposte per esigenze di prevenzione e tutela della salute pubblica e sono state costrette a rimodulare la propria offerta di servizi, elaborando nuove opportunità di business⁷; altre invece operanti nel settore dell'e-commerce hanno registrato un incremento assoluto del proprio fatturato, rappresentando il principale canale di scambio a disposizione di consumatori e operatori commerciali, per la totale chiusura degli esercizi commerciali tradizionali nella fase del lockdown⁸ e per le prescrizioni di distanziamento sociale nel post-lockdown. In particolare, l'incremento della domanda verso certi tipi di prodotti (es. mascherine, disinfettanti, prodotti per la casa e alimenti non deperibili) e la maggiore vulnerabilità dei consumatori, hanno comportato un innalzamento in

una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

⁷ Per esempio, Airbnb ha tentato di rimediare alle difficoltà del mercato degli affitti brevi durante la pandemia, diversificando l'offerta dei propri servizi e lanciando il programma di esperienze online ('un modo di viaggiare in modo diverso'), <https://news.airbnb.com/it/vivi-la-magia-delle-esperienze-online-comodamente-da-casa-tua/> (ultimo accesso 21.12.2020); A. MACCAFERRI, Airbnb reagisce al tracollo e lancia le Esperienze online, *Sole 24 ore*, 9.4.2020.

⁸ Secondo quanto emerge dalla lettura congiunta dell'art. 1 e Allegato I del D.P.C.M. del 22.3.2020 oltre che dalle FAQ Governative 'Emergenza Coronavirus DPCM 11 e 22 marzo 2020', le attività di trasporto e logistica sono state ricomprese tra le attività considerate essenziali; al contrario l'attività di vendita al dettaglio è stata sospesa ma è stata consentita la sua nella modalità a distanza.

senso esponenziale dei prezzi dei beni di prima necessità e favorito l'emersione di truffe⁹ e pratiche commerciali scorrette (es. promozione di prodotti non sicuri o contraffatti, false dichiarazioni e pubblicità su prodotti relativi al trattamento o alla prevenzione del virus) a danno degli utenti.

In tale contesto, sia le autorità nazionali che le istituzioni europee sono intervenute a più riprese per evitare ingiustificati e sproporzionati aumenti di prezzo e modalità decettive di commercializzazione e pubblicizzazione online di prodotti per evitare o curare le patologie da Covid-19¹⁰.

A tal proposito, a fine febbraio l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (di seguito 'AGCM') ha richiesto agli operatori dei principali mercati online informazioni sulle misure adottate per proteggere i consumatori da pratiche commerciali scorrette. Successivamente, l'AGCM ha aperto due distinte istruttorie nei confronti di Amazon ed Ebay¹¹ in riferimento sia alle modalità di commercializzazione di prodotti igienizzanti per le mani e di mascherine monouso sia in riferimento all'ingiustificato e consistente aumento dei prezzi per la vendita di tali prodotti a partire da inizio marzo¹².

In armonia con le iniziative internazionali dell'Organizzazione mondiale per il commercio (WTO)¹³ e dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE)¹⁴, a livello

⁹ A titolo esemplificativo può citarsi il procedimento cautelare avviato dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato (d'ora in poi 'AGCM') nei confronti della piattaforma di *crowdfunding* 'Gofundme' utilizzata per la raccolta fondi a favore di ospedali e strutture ospedaliere, cfr. AGCM, delibera 22.3.2020 n. 28179, in Bollettino n. 12/2020, 58 ss; AGCM, delibera 1.12.2020 n. 28479 in Bollettino n. 50/2020, 109 ss.

¹⁰ Per esempio, tra le prassi contestate vengono ricomprese l'offerta di kit diagnostici sprovvisti di validazione da parte delle autorità sanitarie nazionali e altresì privi di certificazione CE; l'utilizzo di tecniche di indicazione ambigua dei prezzi con dicitura 'ultimi pezzi' 'ultima disponibilità' accanto al prezzo di vendita proposto, etc.

¹¹ AGCM, Comunicato stampa del 12.3.2020, 'Coronavirus, l'Autorità avvia istruttoria nei confronti di Amazon e Ebay per claim ingannevoli ed eccessivi aumenti dei prezzi', PS11716-PS11717.

¹² AGCM v Tigershop, delibera del 8.4.2020 n. 28219, in Bollettino n. 15/2020, 30 ss; AGCM v. VOVA.com, delibera del 20.5.2020 n. 28247, in Bollettino n. 22/2020, 21 ss; AGCM v. Geolam, delibera del 20.5.2020 n. 28241, in Bollettino 21/2020, 13 ss; AGCM v. Drug Reposition Technology S.r.l., delibera del 22.3.2020 n. 28202, in Bollettino n.19/2020, 12 ss.

¹³ WTO, *E-commerce, trade and the covid-19 pandemic information note*, 4.5.2020, https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/ecommerce_report_e.pdf (ultimo accesso 21.12.2020).

¹⁴ OECD, *Policy Responses to Coronavirus (COVID-19), Protecting online consumers during the COVID-19 crisis*, 28.4.2020, <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/protecting-online-consumers-during-the-covid-19-crisis-2ce7353c/> (ultimo accesso 21.12.2020).



europeo la Commissione e la Rete di cooperazione per la tutela dei consumatori (d'ora in avanti 'Rete CPC') hanno pubblicato il 20 marzo 2020 una posizione comune sulle truffe e sulle pratiche commerciali sleali più denunciate durante la pandemia¹⁵. L'obiettivo è stato quello di acquisire maggiori informazioni possibili, allo scopo di migliorarne l'identificazione delle prassi abusive e prevenirne il più possibile la ricomparsa.

In particolare, il documento evidenzia come dalla lettura del combinato disposto dell'art. 14 della direttiva 2000/31/CE e dell'articolo 5 della direttiva 2005/29/CE sugli obblighi di diligenza professionale, gli operatori delle piattaforme attivi nell'Unione sono chiamati ad adottare misure correttive appropriate, ogniqualvolta vengano a conoscenza di attività illegali che si svolgono sui loro siti web. Inoltre, la Commissione e la Rete CPC notificano alle piattaforme le più comuni violazioni del diritto dei consumatori segnalate nel contesto della pandemia, ossia: i) le affermazioni non supportate che i prodotti prevengono o curano un'infezione da Covid-19¹⁶; ii) le tecniche di vendita sotto pressione e i prezzi eccessivi¹⁷.

Sollecitato anche da una lettera del Commissario europeo per la giustizia e i consumatori, Didier Reynders, indirizzata ad una serie di piattaforme online, si è instaurato un dialogo tra istituzioni e intermediari digitali per l'adozione di misure concrete ed efficaci volte ad eliminare le campagne di marketing illegali dai loro siti web e mantenere

un ambiente online sicuro e privo di rischi¹⁸. La Rete CPC ha inoltre proceduto sotto la supervisione della Commissione ad un ampio screening ('sweep') dei prodotti correlati al Covid-19 pubblicizzati online¹⁹. Tali interventi si collocano nel quadro della tendenza euro-unitaria verso una maggiore 'responsabilizzazione' delle piattaforme e all'assunzione di un ruolo proattivo di quest'ultime per la lotta ai contenuti illegali online²⁰.

Sotto il profilo giuridico, la questione di fondo tocca uno dei temi più spinosi nell'ambito del dibattito sulla responsabilità degli intermediari digitali ossia il rapporto tra la disciplina sul commercio elettronico e il diritto dei consumatori, le quali in linea di principio si applicano in maniera complementare²¹. In particolare, la riflessione si concentra sul coordinamento tra il fatto che non può imporsi agli hosting providers un obbligo generale di monitoraggio delle informazioni memorizzate e il dovere di attivazione scaturente in capo agli stessi dagli obblighi di diligenza professionale previsti

¹⁵ European Commission / Consumer Protection Cooperation (CPC) Network, Common Position of CPC Authorities 'Stopping scams and tackling unfair business practices on online platforms in the context of the Coronavirus outbreak' in the EU, 20.3.2020, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/live_work_travel_in_the_eu_consumers/documents/cpc_common_position_covid19.pdf (ultimo accesso 21.12.2020).

¹⁶ Tali prassi sono in violazione dell'articolo 21 1°, lett. b, d.lg. 6.9.2005, n. 206 (Codice del Consumo) in combinato disposto con l'art. 23, 1°, lett. s, che vieta in ogni circostanza false affermazioni che un prodotto sia in grado di curare malattie, come il Covid-19.

¹⁷ Tali pratiche sono in contrasto con l'articolo 21 1°, lett. b, d.lg. 6.9.2005, n. 206 in combinato disposto con l'articolo 23 1°, lett. g, che vieta in ogni circostanza di dichiarare che un prodotto è disponibile solo per un periodo di tempo molto limitato, quando questo non è vero, al fine di innescare la decisione di acquisto immediata e privarli di sufficiente opportunità o tempo per fare una scelta informata. Inoltre, l'art. 23 1°, lett. t, vieta in ogni circostanza la trasmissione di informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di trovare il prodotto con l'intenzione di far pagare al consumatore prezzi più alti del normale. Per un'analisi del fenomeno dell'innalzamento dei prezzi durante la pandemia e la tutela degli utenti, cfr. M. GROCHOWSKI, *Towards a Renaissance of Price Control in Contract Law? Preliminary Observations on Covid-19 and Price Regulation on Consumer Market*, in *Coronavirus and the Law in Europe*, op. cit.

¹⁸ La lettera del Commissario Reynders e il contenuto delle risposte degli operatori delle piattaforme online con rendicontazione delle misure prese è consultabile qui: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumers/enforcement-consumer-protection/scams-related-covid-19_en#letters-sent-to-online-platforms (ultimo accesso 21.12.2020).

¹⁹ CPC sweep on COVID-19 related consumer scams and unfair marketing, 30.4.2020, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/live_work_travel_in_the_eu_consumers/documents/cpcsweep_summaryforweb_update_dpublished.pdf (ultimo accesso 21.12.2020).

²⁰ Ex multis, S. MARTINELLI, *La Responsabilità del Provider e la gestione dei contenuti illeciti da parte delle piattaforme*, in *Tecnologia e Diritto. II Informatica Giuridica. Data governance, protezione dei dati e GDPR, mercato unico digitale, blockchain, Pubblica Amministrazione digitale*, a cura di P. PERRI-G. ZICCARDI, Milano, 2019, 346 e ss.

²¹ Come è stato chiarito, ogniqualvolta una piattaforma sia qualificabile come professionista, essa è tenuta a rispettare gli obblighi scaturenti dalla disciplina posta a tutela del consumatore, e dunque a rispettare le norme di diligenza professionale nel settore di attività specifico e a non ingannare gli utenti/consumatori con azioni od omissioni, v. Documento di Lavoro dei Servizi della Commissione, *Orientamenti Per L'attuazione/Applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle Pratiche Commerciali Sleali*, 25.5.2016, SWD (2016) 163 final, 132-133.

In ambito nazionale, la qualificazione dei gestori delle piattaforme come professionisti è stata affermata in più casi, cfr. AGCM v. Amazon-Marketplace-Garanzia Legale, delibera del 9.3.2016 n. 25911, in Bollettino 11/2016, 38 ss; AGCM, v. Tripadvisor, delibera del 19.12.2014, in Bollettino n. 50/2014, 86, par.87-89 e T.A.R Lazio (Sez. I), sentenza del 13.7.2015 n. 9355, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2015, 494.

Per un commento, G. RESTA, *Digital Platforms under Italian law*, in *Plattformen: Geschäftsmodell und Verträge* a cura di U. BLAUROCK-M. SCHMIDT-KESSEL-K. ERLER, Nomos Verlag, 2018, 99-121; A. DE FRANCESCO, *The Adequacy of Italian Law for the Platform Economy*, [2016] 1 Journal of European Consumer and Market Law, 56-61.

dalla disciplina sulle pratiche commerciali sleali²². In altri termini, la questione è l'individuazione del punto in cui sia possibile tracciare la linea di confine rilevante per gli intermediari online tra l'atteggiamento tendenzialmente passivo richiesto dalla disciplina sul commercio elettronico e quello di attivazione proattiva derivante dai doveri di diligenza professionale²³.

Negli ultimi anni, una serie di atti giuridici non vincolanti emanati dalla Commissione hanno essenzialmente chiarito che l'adozione di misure volontarie e proattive per rimuovere contenuti *latu sensu* illeciti dall'ecosistema digitale – dovere di monitoraggio non in contrasto con l'art. 15 della direttiva e-commerce, che lascia impregiudicati “gli obblighi di sorveglianza in casi specifici”²⁴ – non implica *ex se* l'automatica perdita del beneficio dell'esenzione da responsabilità prevista dal regime sul commercio elettronico. In particolare, gli operatori delle piattaforme mantengono il regime speciale di irresponsabilità se non appena a conoscenza dei contenuti illeciti procedono immediatamente con la relativa rimozione o blocco, e sempre che non si tratti di hosting provider attivi, come tali esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo 14 della direttiva 2000/31/CE.

Tuttavia, nella prassi l'applicazione di tali requisiti risulta alquanto problematica, sia quanto alla definizione dello standard di conoscenza richiesto sia quanto alla nozione di hosting attivo. A tal proposito, una recentissima sentenza del Consiglio di Stato²⁵ ha affrontato il tema del

rapporto tra la normativa sulle pratiche commerciali scorrette e quella sul commercio elettronico sancendo l'assenza di alcuna incompatibilità in linea di principio tra le figure di professionista e hosting provider passivo. Tali figure “devono essere coordinate nel senso che è possibile sanzionare le condotte che violano le regole della correttezza professionale ma non è consentito che mediante l'applicazione della disciplina sulle pratiche scorrette si impongano all'hosting provider prestazioni non previste dalla disciplina sul commercio elettronico e dallo

specifico contratto concluso”²⁶. Secondo i giudici amministrativi, imporre all'intermediario digitale l'obbligo di rendere note informazioni che non risultano essere nella disponibilità della piattaforma e che non è tenuto a pubblicare e controllare, comporterebbe una modifica dell'attività imprenditoriale svolta e il conseguente regime di responsabilità, da intermediario ad hosting provider attivo.

A tal riguardo, l'indirizzo delle istituzioni europee sembrerebbe andare nella direzione opposta, ossia nel senso di interferire nella verifica di comportamenti abusivi nell'indicazione del prezzo e/o altre asserite qualità dei prodotti offerti dagli utenti sui mercati digitali. Tale ruolo di controllo sollecitato a livello europeo nel contesto emergenziale non comporta tuttavia un mutamento della natura giuridica dell'operatore della piattaforma, che mantiene il beneficio del *safe harbour* di cui all'art. 14 della direttiva sul commercio elettronico. Ciò in quanto, come specificato dalla posizione comune della Commissione e dei Garanti europei, l'art. 14 paragrafo 3 della direttiva e-commerce precisa che il regime di irresponsabilità per l'attività meramente neutrale e passiva dell'intermediario non pregiudica la possibilità di un intervento proattivo volto a porre fine o impedire attività illecite qualora ciò sia richiesto dall'Autorità²⁷.

Invero, il documento in parola non ha specificato in che termini le due direttive – direttiva sul commercio elettronico e direttiva sulle pratiche commerciali sleali – si coordinano²⁸, tanto che lo scenario di incertezza a livello normativo già presente è stato acuito nel contesto della pandemia. In questo contesto, gli operatori delle piattaforme hanno proceduto ad una massiccia rimozione dei contenuti segnalati come lesivi dei consumatori al fine di evitare di essere ritenute responsabili, senza la previsione di meccanismi efficaci per contestare le decisioni algoritmiche di blocco o rimozione automatizzata dei contenuti leciti.

Nello stato di emergenza, è stato riproposto frettolosamente il meccanismo regolativo adottato

²² Art. 15 dir. 2000/31/CE e art. 5, 2°, dir. 2005/29/CE così come attuate in Italia dall'art. 17, d.lg. 9.4.2003 n. 70 e art. 20, 2°, d.lg. 206/2005.

²³ A. DE FRANCESCHI, *Uber Spain and the “Identity Crisis” of Online Platforms*, [2018] 7 Journal of European Consumer and Market Law, 3.

²⁴ Così come è stato chiarito di recente dalla Corte di giustizia europea, cfr. CGUE (sez. III), causa C-18/18, (*Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland*), sentenza del 3.10.2019, par. 34 e ss.

²⁵ Consiglio di Stato (sez. VI), sentenza 17.2.2020 n. 1217, (*Ticketbis Sociedad Limitad v. AGCM*).

²⁶ *Ibid.*, punto 4.3.

²⁷ Così come attuato in Italia dall'art. 16, 3°, d.lg. 9.4.2003 n. 70 ma anche dall'art. 17, 3°, d.lg. 70/2003 con cui si prevede che il prestatore è civilmente responsabile del contenuto dei servizi erogati nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non abbia agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto.

²⁸ Per un approfondimento, R. M. HILTY-V. MOSCON, *Digital Markets, Rules of conduct and Liability of online intermediaries – analysis of two case studies: unfair commercial practices and trade secrets infringement*, in *The Oxford Handbook of online intermediary liability* a cura di G. FROSIO, Oxford University Press, 2020, 431-433.





negli ultimi anni, secondo cui gli intermediari digitali risultano necessari alleati delle istituzioni per il raggiungimento di obiettivi pubblicistici. Sembrerebbe dunque delinearci un meccanismo in cui la sfera di irresponsabilità degli hosting providers per le attività degli utenti – che rappresenta la regola a fronte di contegni passivi e neutrali dei primi – viene estesa fino a ricomprendere le iniziative proattive degli operatori delle piattaforme quando finalizzate alla repressione dei fenomeni indicati dalle istituzioni.

In particolare, tale soluzione di ‘collaborazione informale’ rispondente al modello del ‘buon samaritano’ – presente nell’ordinamento americano ed introdotto surrettiziamente in via interpretativa dalla Commissione nell’ordinamento europeo²⁹ – porta con sé una serie di limiti che il contesto della crisi sanitaria ha avuto il merito di sottolineare, rendendo sempre più pressante il bisogno di un intervento riformatore. A tale riguardo, la proposta per un nuovo ‘Digital Services Act’ europeo – il cui testo ufficiale è stato licenziato dalla Commissione a metà dicembre³⁰ – prevede un intervento legislativo di ampio respiro che mira ad aggiornare le regole della direttiva sul commercio elettronico, mantenendo al contempo i suoi principi base.

In particolare, oltre ai chiarimenti circa gli obblighi e la responsabilità degli operatori delle piattaforme – distinguendo in base al tipo, dimensione e/o rischi che i servizi digitali presentano – si propone all’interno di un quadro giuridico di cooperazione una specifica procedura per la gestione di situazioni emergenziali³¹. In tale direzione, si auspica una maggiore chiarezza e responsabilizzazione delle piattaforme, specialmente di quelle che raggiungono un numero enorme di utenti, tramite un ripensamento dell’apparato rimediabile a disposizione dei

consumatori, la cui effettività è ad oggi ancora discutibile.

3. ‘Pandemic side-effects’ e tutela degli utenti commerciali: il caso Amazon Marketplace

L’emergenza sanitaria dovuta al Covid-19 ha messo in ginocchio le imprese di tutto il mondo ma non Amazon: il gigante dell’e-commerce, nonostante la pandemia, ha raddoppiato l’utile netto annuale a 5,2 miliardi di dollari, rispetto ai 2,6 miliardi di dollari del 2019³². Al contempo, però, l’esperienza di vendita da parte degli utenti commerciali sulla piattaforma di e-commerce è assolutamente peggiorata durante la crisi sanitaria³³.

In particolare, nella seconda metà di marzo 2020, Amazon ha annunciato di sospendere in Italia e in Francia qualsiasi ordine sulla piattaforma indirizzato ai venditori terzi che usufruivano dei servizi di logistica di Amazon (cd. ‘Fulfillment By Amazon’³⁴, di seguito indicato come FBA) per la vendita di beni non rientranti nella lista di prodotti ‘essenziali’ stilata dalla piattaforma stessa. “A partire da oggi, smetteremo temporaneamente di accettare ordini su alcuni prodotti non di prima necessità su Amazon.it. Questa decisione consente ai nostri dipendenti dei centri di distribuzione di focalizzarsi sulla ricezione e spedizione dei prodotti di cui i clienti hanno più

³² C. FAULKNER, *Amazon doubled its profit during a pandemic. Despite spending the entirety of its quarterly operating income*, TheVerge.com, 30.6.2020, <https://www.theverge.com/2020/7/30/21348368/amazon-q2-2020-earnings-covid-19-coronavirus-jeff-bezos> (ultimo accesso 21.12.2020).

³³ A. SEMUELS, *Many Companies Won't Survive the Pandemic. Amazon Will Emerge Stronger Than Ever*, Time.com, 28.7.2020, <https://time.com/5870826/amazon-coronavirus-jeff-bezos-congress/> (ultimo accesso 21.12.2020).

³⁴ Aderendo al programma ‘Fulfillment By Amazon’ (FBA), il venditore si avvale (a livello mondiale) dei centri di distribuzione di Amazon che si fanno carico della spedizione degli ordini al consumatore finale per conto del venditore. A differenza dello schema ‘Fulfillment by the Merchant’ (FBM) con il quale il venditore si assume la responsabilità e le spese generali per la spedizione all’acquirente, il modello FBA conferisce ad Amazon una delega dell’intera gestione degli ordini: stoccaggio del prodotto nei centri logistici di Amazon, imballaggio e spedizione al cliente finale, nonché assistenza post-vendita e gestione eventuali resi e rimborsi. I venditori possono affidare ad Amazon anche la gestione degli ordini che hanno luogo al di fuori del marketplace di Amazon (sito web del venditore o altri marketplace) attraverso il programma ‘gestione multicanale’. Oltre alle commissioni di Amazon per le vendite, sono applicate commissioni di deposito, spese di spedizione e altre commissioni v. <https://services.amazon.it/servizi/logistica-di-amazon/vendita-online.html> (ultimo accesso 21.12.2020).

²⁹ A. KUCZERAWY, *The EU Commission on voluntary monitoring: Good Samaritan 2.0 or Good Samaritan 0.5?*, KU Leuven CitiP Blog, 24.4.2018; sull’opportunità di introdurre nel processo di riforma del regime di responsabilità degli intermediari digitali, una disposizione che estenda formalmente l’esenzione di responsabilità agli intermediari digitali in caso di azioni proattive per la lotta ai contenuti illeciti online, v. T. MADIEGA, *Reform of the EU liability regime for online intermediaries. Background on the forthcoming digital services act*, European Parliamentary Research Service, Maggio 2020, PE 649.404, 17-18.

³⁰ European Commission, Proposal for a Regulation on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, 15.12.2020, COM(2020) 825 final.

³¹ European Commission, *Combined Evaluation Roadmap/Inception Impact Assessment, Digital Services Act package: deepening the Internal Market and clarifying responsibilities for digital services*, 2.6.2020, 5-6.

bisogno in questo momento. I clienti possono ancora ordinare molti di questi prodotti dai partner di vendita che effettuano direttamente le spedizioni”³⁵. In particolare, la lista stilata unilateralmente dalla piattaforma comprendeva: cibo e generi alimentari; prodotti per animali; forniture industriali e scientifiche; prodotti e apparecchiature per la salute; prodotti per la cura della persona e della casa; prodotti per bambini etc.

Con tale decisione, il colosso mondiale dell’e-commerce ha congelato di fatto l’offerta di tutti i prodotti non ritenuti dallo stesso essenziali, eliminandone la disponibilità sul sito, salvo la possibilità per i venditori terzi di offrirli sul marketplace facendo ricorso a servizi di logistica di gestione propria. Di conseguenza, si è di fatto creata una discriminazione nell’offerta online di prodotti qualificati come non essenziali da Amazon, a seconda che i fornitori utilizzassero lo schema FBA o FBM (‘Fulfillment by Merchant’, nel quale l’offerta di prodotti si inserisce all’interno di processi di gestione e spedizione degli ordini in maniera autonoma da parte degli utenti venditori).

Dinanzi a tale scenario, può dirsi che la pandemia ha generato effetti “a geometria variabile” per i venditori che utilizzano regolarmente Amazon come canale commerciale, in ragione del particolare settore merceologico in cui l’utente opera e del grado di dipendenza di quest’ultimo dai servizi di logistica offerti secondo lo schema FBA.

Sotto il profilo giuridico, tale prassi commerciale messa in atto da Amazon, nel contesto della pandemia, suscita diverse perplessità alla luce del canone di buona e fede e correttezza nell’esecuzione del contratto. La sospensione dei servizi, seppur motivata da esigenze di sicurezza di clienti, fornitori e dipendenti, per le concrete modalità in cui è stata realizzata si porrebbe in contrasto con tali principi. Nell’ambito della valutazione comparativa degli interessi contrapposti, sembrerebbe che Amazon abbia trascurato l’interesse alla prosecuzione del rapporto negoziale di quegli utenti commerciali aderenti allo schema FBA, specialmente in un contesto così particolare come quello della crisi sanitaria.

3.1. Il Regolamento europeo 1150/2019 e la protezione degli utenti commerciali nel contesto della *platform economy*

³⁵ Amazon, Priorità agli ordini di prima necessità su Amazon.it, 21.2.2020, <https://www.aboutamazon.it/nella-comunita/le-iniziative-di-amazon-a-supperto-di-clienti-comunit%C3%A0-e-dipendenti-durante-lemergenza-covid-19> (ultimo accesso 21.12.2020).

In riferimento all’ordinamento giuridico europeo, la legittimità della decisione unilaterale di Amazon di sospendere la vendita di prodotti non essenziali secondo lo schema FBA deve essere analizzata alla luce del recente Regolamento UE/1150/2019 (d’ora in avanti regolamento ‘P2B’). Quest’ultimo nasce proprio dall’esigenza di rispondere alle istanze di tutela degli utenti commerciali che offrono i propri beni e servizi tramite piattaforme online, principalmente ‘fornitori di servizi di intermediazione online’ e motori di ricerca³⁶. In particolare, in alcuni studi condotti negli ultimi anni sono emerse una serie di prassi abusive nella relazione tra intermediari digitali e utenti commerciali che hanno messo in luce le carenze del sistema e la necessità di rafforzare la posizione di quest’ultimi, al pari dell’utente-consumatore considerato contraente debole per antonomasia. Nell’economia delle piattaforme gli utenti commerciali si trovano di fatto in una condizione di subalternità, essendo costretti ad accettare condizioni gravose per la mancanza di potere economico e di adeguate tutele contrattuali e/o ordinamentali. Si pensi per esempio alla modifica delle condizioni di servizio senza alcun preavviso, all’eliminazione dei propri beni e servizi dall’elenco presente sulla piattaforma, alla sospensione o cancellazione dell’account senza preavviso, alla mancata trasparenza riguardo le logiche sottese al posizionamento o ai termini per l’accesso ai dati dei clienti, etc.³⁷

Ad una prima lettura, il testo finale del regolamento P2B sembrerebbe risentire dell’intrinseca tensione tra due canoni normativi differenti, l’equità (*fairness*) da una parte e la trasparenza dall’altra, con un evidente

³⁶ Ai sensi del combinato disposto degli artt.1 e 2 n. 2 del reg. 2019/1150/UE, la definizione di ‘servizi di intermediazione online’ è molto ampia e non presuppone né l’esistenza di una relazione contrattuale tra gli utenti commerciali e i consumatori (v. considerando n. 10) né che il contratto a valle tra gli utenti sia concluso all’interno della piattaforma stessa, cosicché accanto ai mercati online e ai servizi di prenotazione alberghiera, possono essere ricompresi anche social network che permettono aziende per presentare i loro prodotti (ad es. Facebook Shops, Shoppable Posts su Instagram, Shoppable Pins su Pinterest) o siti di confronto prezzi (ad es. Skyscanner, Tripadvisor). Per un approfondimento, v. C. BUSCH, *Towards Fairness and Transparency in the Platform Economy? A First Look at the P2B Regulation*, in *Digital Revolution – New Challenges for Law*, a cura di A. DE FRANCESCHI-R. SHULZE, Beck-Nomos, 2019, 60.

³⁷ European Commission, *Business-to-Business relations in the online platform environment*, FWC ENTR/300/PP/2013/FC-WIFO Final Report, 2017; N. DUCH-BROWN, *Platforms to business relations in online platform ecosystems*, JRC Digital Economy Working Paper 2017-07, JRC109186.





sbilanciamento a favore di quest'ultima³⁸. In realtà, al di là degli innumerevoli obblighi di natura informativa, il regolamento prevede che nei rapporti con gli utenti commerciali gli operatori delle piattaforme siano tenuti a rispettare una serie di passaggi procedurali nel caso in cui intendano modificare o limitare l'offerta dei propri servizi.

Anche se non è stato introdotto nel testo definitivo un controllo di abusività sulle prassi commerciali delle piattaforme, pur tuttavia il regolamento ha introdotto un principio di 'giustizia o equità procedurale' (*'procedural fairness'*) nel contesto dei rapporti contrattuali tra piattaforme ed utenti commerciali³⁹.

In tal senso, gli operatori delle piattaforme, oltre all'ipotesi di modifica ai termini e condizioni⁴⁰, nel caso in cui intendano limitare, sospendere o cessare la fornitura dei propri servizi nei confronti di un determinato utente devono: i) definire *ex ante* nei propri termini e condizioni delle ragioni giustificative dell'adozione di tali misure⁴¹; ii) comunicare su un supporto durevole le motivazioni concrete in maniera preventiva o al momento dell'adozione della sospensione o limitazione dei servizi (almeno 30 giorni prima nel caso di cessazione definitiva)⁴²; iii) fornire all'utente commerciale l'opportunità di discutere in contraddittorio le ragioni comunicate dalla piattaforma nell'ambito del processo interno di gestione dei reclami⁴³.

Alla luce di quanto esposto, è chiaro che la sospensione temporanea dei servizi offerti da Amazon per gli utenti aderenti al programma FBA e fornitori di beni qualificati dalla piattaforma come non essenziali ricada nell'ambito di applicazione del regolamento europeo. A tal riguardo, se è vero che

in linea di principio le disposizioni europee non impediscano al gestore del mercato online di porre in essere un trattamento differenziato in riferimento a categorie diverse di utenti (nel caso di Amazon, utenti FBA e utenti FBM)⁴⁴, in concreto l'adozione delle misure di sospensione dei servizi è stata adottata senza alcun preavviso e soprattutto senza dare la possibilità agli utenti di opporvisi⁴⁵ in violazione dell'articolo 4 paragrafo 3.

Il regolamento europeo tace sulle conseguenze giuridiche applicabili al gestore della piattaforma nel caso di violazione dei requisiti procedurali previsti dall'Articolo 4⁴⁶. Com'è stato opportunamente sottolineato in fase di primo commento alla disciplina, gli Stati Membri potranno introdurre in sede di coordinamento ed esecuzione del regolamento la sanzione dell'inefficacia delle misure adottate dal gestore della piattaforma, facendo salvo il diritto al risarcimento del danno secondo le regole tradizionali di ciascun ordinamento⁴⁷.

3.2. Le lacune del regolamento P2B e il ruolo del diritto privato nazionale nell'ambito dei contratti asimmetrici digitali

L'ambizioso progetto europeo volto ad introdurre delle regole per disciplinare i rapporti contrattuali tra piattaforme ed utenti commerciali è risultato nel testo definitivo certamente ridimensionato. In particolare, nonostante le proposte del Parlamento europeo verso una maggiore incisività della disciplina, diversi sono gli aspetti che il regolamento ha tralasciato nella sua versione finale⁴⁸.

³⁸ Ciò è ben visibile, per esempio, nelle disposizioni dedicate ai termini e condizioni contrattuali (Artt. 3 e 8 reg. 2019/1150/UE), al posizionamento o 'ranking' (Art. 5 reg. 2019/1150/UE), al trattamento differenziato riservato a prodotti o servizi offerti dall'operatore della piattaforma stessa o da una particolare categoria di utenti (Art. 7 reg. 2019/1150/UE) o ancora quelle relative all'accesso ai dati (Art. 9 reg. 2019/1150/UE).

³⁹ C. BUSCH, *The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a "procedural turn" in EU platform regulation?*, in *Journal of European consumer and market law*, 4/2020, 134.

⁴⁰ Ai sensi dell'articolo 3, 2°, reg. 2019/1150/UE, i gestori delle piattaforme online sono tenuti a comunicare su supporto durevole le modifiche che intendono apportare ai propri termini e condizioni e le modifiche non hanno effetto prima della scadenza di un termini di preavviso, pari almeno a 15 giorni dalla data in cui le modifiche proposte sono comunicate. Agli utenti commerciali è riconosciuto il diritto di risolvere il contratto con la piattaforma prima della scadenza del termine di preavviso.

⁴¹ Art. 3, 1°, lett. c, reg. 2019/1150/UE.

⁴² Ibid. art. 4, 1° e 2°.

⁴³ Ibid., artt. 4, 3° e art. 11.

⁴⁴ Ibid., art. 7.

⁴⁵ «Amazon stabilisce se si tratta di un prodotto per la casa, di una fornitura medica o entrambi in base all'offerta. Al momento, non accettiamo richieste di riclassificazione delle offerte», Amazon FAQ, Priorità temporanea assegnata ad alcuni prodotti che arrivano nei nostri centri logistici, https://sellercentral.amazon.com/gp/help/external/F37V7QBB8WSVF43?language=it_IT (ultimo accesso 21.12.2020). Per un approfondimento, G. DANNEMANN-C. BUSCH-H. SCHULTE-NÖLKE, *Digital Platforms and COVID-19*, in *Coronavirus and the Law in Europe*, op. cit.

⁴⁶ L'unica sanzione è quella prevista dall'articolo 3, 3°, reg. 2019/1150/UE che sancisce la nullità delle clausole dei termini e condizioni delle piattaforme che violano i requisiti previsti dalla medesima disposizione paragrafi 1 e 2.

⁴⁷ In questo senso si esprime, C. BUSCH, *Towards Fairness and Transparency in the Platform Economy? A First Look at the P2B Regulation*, cit., 64.

⁴⁸ Per esempio, il diritto alla portabilità delle recensioni, del posizionamento e dei dati dei clienti non condivisi con gli utenti commerciali che vogliono risolvere il rapporto negoziale in corso e ricorrere ad un'altra piattaforma, cfr. Parlamento europeo, Commissione per il mercato interno e la protezione

Tra questi sicuramente si colloca la mancata inserzione di un controllo sostanziale di abusività delle clausole e delle prassi delle piattaforme sul modello della disciplina a tutela dei consumatori⁴⁹. A tal proposito, il principio di buona fede e correttezza è richiamato in alcuni considerando del regolamento e nell'incipit dell'Articolo 8 sulle prescrizioni relative a specifici termini contrattuali: tuttavia si dubita che tali richiami incidentali consentano in via interpretativa di ricavarne uno strumento su cui fondare un sindacato sostanziale di merito sulle clausole o sulle pratiche commerciali delle piattaforme. Al fine di colmare tale lacuna occorre dunque fare riferimento al diritto nazionale e in particolare al ruolo della clausola generale di buona fede nello specifico contesto dei contratti asimmetrici.

Nel caso più volte richiamato della sospensione dei servizi di Amazon, nel contesto emergenziale, potrebbe prospettarsi secondo il diritto nazionale l'applicazione della disciplina dell'abuso di dipendenza economica di cui all'articolo 9 della Legge 18 giugno 1998 n. 192. Quest'ultimo, infatti, tramite una formulazione ampia introduce un principio riconosciuto di portata generale⁵⁰, sancendo in via legislativa la rilevanza della correttezza e buona fede oggettiva anche nella contrattazione tra imprese⁵¹. La disposizione in commento vieta infatti l'abuso dello stato di dipendenza economica nei rapporti tra imprese, definendola come uno "stato di approfittamento" di una situazione di dominio, che consente ad una parte di dettare ad un'altra condizioni eccessivamente squilibrate a proprio vantaggio. Tra le ipotesi di abuso, viene ricompresa proprio l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto (articolo 9 comma 2), ossia la cessazione di fatto dei rapporti contrattuali la cui arbitrarietà può risiedere sia nelle ragioni giustificative sia nelle concrete modalità dell'interruzione.

Alla luce di tale presupposti, la relazione contrattuale tra Amazon e gli utenti commerciali

dei consumatori (IMCO), *Relazione sulla proposta di regolamento che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online* (COM(2018)0238 – C8-0165/2018 – 2018/0112(COD)), emendamenti nn. 18bis, 57.

⁴⁹ Cfr. artt. 33 e ss. d.lg. n. 206/2005 sul sindacato di vessatorietà della clausole e artt. 20 e ss. d.lg. n. 206/2005 sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

⁵⁰ Cfr. Cass. civ., SS.UU., ordinanza 25.11.2011 n. 24906, in *Foro it.*, 2012, I, 805; a cui fa seguito Cass. civ., 23.7.2014 n. 16787, in *Contratti*, 2015, 241. In dottrina, di recente, cfr. F. MACARIO, *Genesis, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, 3/2016, p. 509 ss.

⁵¹ *Ex multis*, U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 161 ss.

aderenti allo schema FBA può sicuramente configurarsi come uno stato di dipendenza economica. La posizione di forza sul mercato detenuta da Amazon e la dipendenza di fatto degli utenti commerciali dai suoi servizi consente alla prima di imporre condizioni particolarmente onerose.

Più complessa e articolata si presenta la considerazione sulla legittimità o meno della sospensione dei servizi FBA adottata da Amazon nell'ambito della crisi sanitaria. L'esito del bilanciamento di interessi in gioco – da una parte la salute e sicurezza dei lavoratori e più in generale il contenimento del numero dei contagi, dall'altra parte, l'interesse alla prosecuzione del rapporto contrattuale degli aderenti al programma FBA – potrebbe astrattamente portare a ritenere prevalenti le superiori ragioni di tutela della sicurezza e salute pubblica e dunque ritenere legittima la giustificazione alla base della decisione di Amazon. Tuttavia, anche in tal caso il carattere di abusività della sospensione dei servizi da parte del gigante dell'e-commerce nei confronti degli utenti commerciali emerge chiaramente dalle modalità concrete con cui sono state attuate le misure in questione.

Innanzitutto, il gestore della piattaforma non ha fornito alcuna forma di preavviso ai propri utenti circa l'interruzione della fornitura dei servizi ricompresi nel programma FBA, creando notevoli difficoltà per la riorganizzazione della propria attività. La gravità della sospensione si apprezza ancor di più alla luce dell'importanza e quasi necessità⁵² del marketplace di Amazon per molti venditori nell'ambito della pandemia, date le restrizioni governative adottate nel periodo del lockdown. In tal senso, la concreta possibilità di reperire tempestivamente alternative soddisfacenti sul mercato risultava alquanto ridotta dato il sovraccarico di domanda di servizi di logistica e trasporto nel contesto emergenziale.

A ciò si aggiunge il fatto che la piattaforma non ha minimamente preso in considerazione l'interesse al mantenimento di una soglia minima di clientela e dunque di reddito specialmente per quegli utenti che avevano aderito al programma FBA per necessità, non possedendo alcuna capacità organizzativa di impresa. In tal senso, a differenza di altre piattaforme (es. Ebay), Amazon non ha previsto alcuna misura di tipo economico (es. sospensione del pagamento dei canoni mensili) o di altra natura (es. congelando la valutazione dello standard di

⁵² G. BENSINGER, *We Need Amazon During the Coronavirus. That's a Problem*, *New York Times*, 31.3.2020, disponibile qui: <https://www.nytimes.com/2020/03/31/opinion/covid-delivery-amazon.html> (ultimo accesso 21.12.2020).

performance dell'utente⁵³) per sostenere gli utenti commerciali penalizzati dalla decisione di interruzione dei propri servizi per i prodotti non essenziali.

Nel quadro delineato, gli utenti commerciali non hanno avuto la possibilità di far valere le proprie ragioni e di instaurare un contraddittorio circa la qualificazione dei propri prodotti come non essenziali. Anzi, a seguito delle molte lamentele, Amazon ha prontamente replicato di non accettare alcuna richiesta di riclassificazione dei prodotti così come effettuata dalla piattaforma, in tutto ciò mantenendo i propri dispositivi (es. altoparlanti Echo, Amazon Fire TV ed altri) nella lista dei prodotti essenziali.

Infine, la temporaneità della sospensione ma al contempo l'incertezza della sua durata, così come l'arbitrarietà della scelta dei prodotti inseriti nella lista determinata unilateralmente da Amazon, non collegata alle determinazioni ministeriali sulle attività essenziali tramite i Codici ATECO⁵⁴, costituiscono ulteriori indici che conducono ad una valutazione di sostanziale abusività della prassi commerciale della piattaforma durante la crisi sanitaria.

In virtù delle circostanze esaminate, per gli utenti commerciali penalizzati dalla decisione di 'interruzione arbitraria' delle relazioni commerciali parrebbe prospettarsi la possibilità concreta di far valere nei confronti di Amazon sia una forma di tutela risarcitoria per la perdita dell'affidamento ragionevolmente posto nella prosecuzione del rapporto in corso, sia una tutela inibitoria negativa (ordinando alla parte forte di cessare l'abuso) o positiva (ordinando il prolungamento del rapporto con l'impresa dipendente) così come previste dall'art. 9 comma 3 della legge n.192/1998.

⁵³ Ebay, *Proteggiamo la tua performance del venditore durante l'epidemia da COVID-19*, 19.3.2020: <<eBay si rende conto che la flessibilità nelle operazioni commerciali è essenziale in questo momento. Desideriamo rassicurarti: non verrai penalizzato se non riesci a condurre la tua attività in modo normale. Sappiamo che potrebbero presentarsi delle situazioni tali per cui non riesci a spedire un oggetto nei tempi previsti, oppure che ti trovi costretto a cancellare improvvisamente un ordine. Per venire incontro alle tue necessità, dunque, i tuoi standard della performance del venditore non ne risentiranno in questo periodo. Il tuo account sarà protetto e il tuo status non verrà abbassato di livello a partire dalla valutazione degli standard della performance del venditore del 20 marzo e fino alla valutazione del 20 giugno>>, <https://community.ebay.it/t5/Annunci-di-eBay/Proteggiamo-la-tua-performance-del-venditore-durante-l-epidemia/ba-p/861020> (ultimo accesso 21.12.2020).

⁵⁴ Art. 1 e Allegato I D.P.C.M., 22.3.2020; Decreto del Ministero dello Sviluppo economico, 25.3.2020.

4. Osservazioni conclusive

L'emergenza sanitaria ha acuito problematiche già esistenti nel contesto dell'economia digitale mettendo in luce le sfide che le piattaforme online pongono per l'ordinamento giuridico europeo e nazionale. Gli esempi richiamati, nella duplice prospettiva della tutela dei consumatori finali, da un lato, e degli utenti commerciali dall'altro lato, sono accomunati da un medesimo *leitmotiv*, ossia l'assoluta dipendenza di istituzioni ed utenti dalle piattaforme per il raggiungimento di interessi pubblici e privati.

Difatti, le piattaforme online rappresentano al contempo un target regolativo e uno strumento di attuazione di obiettivi di natura pubblicistica. Negli ultimi anni, gli intermediari digitali sono stati coinvolti nel dialogo interistituzionale con le istituzioni europee e con gli Stati membri per l'attuazione di obiettivi di politica pubblica come la lotta all'odio, alla discriminazione online, alle fake news, all'evasione fiscale, ecc⁵⁵. Senza soluzione di continuità, tale modello è stato riproposto durante la fase dell'emergenza per la tutela dei consumatori da pratiche commerciali abusive poste in essere nel contesto digitale.

Tuttavia, la mancanza di allineamento tra i diversi sistemi di valori e interessi rende altamente problematica la partecipazione degli intermediari digitali alla realizzazione di obiettivi di politica pubblica. L'ecosistema delle piattaforme non è neutrale: al contrario, i principi ideologici incorporati nelle infrastrutture digitali finiscono per definire cosa sia l'interesse pubblico e come debbano essere raggiunti gli obiettivi comuni. Inoltre, i giganti di Internet godono di una posizione strategica di supremazia che non si esaurisce con il loro ruolo di guardiani ('*gatekeepers*') della Rete. Bisogna al contrario prendere consapevolezza che dietro le rivendicazioni di natura efficientistica, i meccanismi delle piattaforme sfuggono a qualsiasi forma di controllo democratico e di responsabilità, in dispregio dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale ed europeo.

Tale relazione di subordinazione si osserva a maggior ragione nell'ambito dei rapporti economici tra piattaforme ed utenti commerciali, specialmente

⁵⁵ A livello europeo, cfr. *European Code of conduct on countering illegal hate speech online* (2016); *The EU Code of Practice on Disinformation* (2018). In Italia, si vedano per esempio gli accordi stipulati tra numerosi comuni e la piattaforma di affitti brevi Airbnb per la riscossione dell'imposta di soggiorno, v. <https://www.airbnb.it/help/article/2287/riscossione-e-pagamento-della-tassa-di-soggiorno-in-italia-da-parte-di-airbnb> (ultimo accesso 18.9.2020).



piccole e medie imprese. Lo squilibrio dei poteri contrattuali deriva non soltanto dalle asimmetrie informative ma anche dalle caratteristiche tecniche ed economiche del modello di piattaforma online. A titolo esemplificativo può ricordarsi come l'enorme quantità di dati raccolti dal gestore della piattaforma e il valore delle recensioni ricevute per i servizi offerti dai fornitori creino un effetto di "lock-in", impedendo o almeno rendendo più difficile il passaggio ad altre piattaforme o canali di distribuzione.

In altri termini, l'operatore della piattaforma si comporta al tempo stesso come regolatore e supervisore delle condotte dei propri utenti. Anzi, proprio la combinazione di controllo contrattuale e tecnologico diventa il veicolo attraverso il quale la piattaforma impone le proprie logiche e direttive alle relazioni per cui intercede, alla maniera di un 'involucro performativo'⁵⁶.

La presa d'atto che gli strumenti offerti dal diritto dalla concorrenza non si rivelano in molti casi funzionali alle esigenze di tutela degli utenti commerciali – stante un approccio rimediabile ex post e non preventivo rispetto al danno – ha condotto il legislatore europeo a puntare l'attenzione sul ruolo dominante delle piattaforme rispetto a tali utenti, emanando per la prima volta una disciplina giuridica specifica.

Tuttavia, nonostante il regolamento P2B sia da accogliere con favore per aver specificato una serie di doveri ed obblighi funzionali alla protezione degli utenti, sotto il profilo dell'apparato rimediabile, come mostrato dal caso Amazon Marketplace, gran parte delle tutele disponibili per gli utenti commerciali resta affidato al diritto contrattuale nazionale ed *in primis* alla clausola generale di buona fede. In un contesto emergenziale anche di tipo ordinamentale, clausole generali e principi civilistici sono proprio gli strumenti elettivi per governare dimensioni fattuali particolari: il canone di buona fede e correttezza viene recuperato in via interpretativa tramite l'addentellato normativo dell'art. 9 legge 192/98 per costruire un sindacato di abusività sulle prassi commerciali delle piattaforme nei contratti asimmetrici digitali, colmando le lacune presenti nella disciplina europea.

Rimane in ogni caso il problema dell'*enforcement* dei diritti degli utenti nel contesto della *platform economy*. Ancora una volta, come mostrato dall'emergenza sanitaria legata al Covid-19, sono le Autorità garanti nazionali, eventualmente in collaborazione tra loro nell'ambito della Rete CPC (la rete di cooperazione

per la tutela degli interessi dei consumatori), a doversi far carico delle istanze di tutela degli utenti nel mercato digitale per arginare lo strapotere delle piattaforme, con tutti i limiti in termini di risorse e capacità operative che ne conseguono.

Anche sul piano privatistico, pur potendo ricorrere ai mezzi di tutela collettiva⁵⁷, gli utenti digitali non hanno alcun potere di incidere sulle regole e prassi adottate dalle piattaforme, le quali sono sensibili unicamente alle azioni dei colossi economici che orbitano intorno al loro ecosistema⁵⁸. In tale prospettiva, l'esperienza della pandemia impone e rende impellente l'esigenza di approfondire la ricerca sugli strumenti più idonei per bilanciare il forte squilibrio esistente tra la 'forza' del diritto e dei diritti e la 'forza' economica delle piattaforme.

⁵⁷ Art. 14 reg. 2019/1150/UE e dir. 2020/1828/UE del 25.11.2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE la proposta di direttiva relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori.

⁵⁸ Si pensi per esempio all'impatto della campagna 'Stop hate for profit' che ha portato al blocco dei finanziamenti a livello pubblicitario nei confronti di Facebook da parte delle maggiori multinazionali (es. Microsoft, Coca Cola etc.), cfr. A. AZIZ, *Facebook Ad Boycott Campaign 'Stop Hate For Profit' Gathers Momentum And Scale: Inside The Movement For Change*, Forbes.com, 24.6.2020, <https://www.forbes.com/sites/afdelaziz/2020/06/24/facebook-ad-boycott-campaign-stop-hate-for-profit-gathers-momentum-and-scale-inside-the-movement-for-change/#6ce749031668> (ultimo accesso 21.12.2020).

⁵⁶ J. E. COHEN, *Law for the platform economy*, [2017] U.C. Davis L. Rev. 133–2014, 155 ss.



LA SFIDA DELL'INNOVAZIONE PER LE PROFESSIONI INTELLETTUALI: IL BILANCIAMENTO DI INTERESSI NELLA GIURISPRUDENZA.

Di Alfio Guido Grasso

| 477

SOMMARIO: 1. La rilevanza della natura di *credence good* dei servizi professionali. – 2. Libere professioni e mercato concorrenziale nella giurisprudenza europea e nazionale. – 3. L'evoluzione giurisprudenziale nella responsabilità professionale. – 4. Professionisti intellettuali e statuto dell'impresa: *splitting up* o *melting down*?

ABSTRACT. Il presente contributo analizza il processo di innovazione registratosi con riferimento all'esercizio delle professioni intellettuali sulla spinta della giurisprudenza e della legislazione europea e nazionale.

This contribution analyzes the innovation process registered with reference to the exercise of intellectual professions on the basis of the impulse of European and national judicial rulings and legislations.



1. La rilevanza della natura di *credence good* dei servizi professionali.

Complice anche l'assenza di una disposizione definitoria, la nozione di professione intellettuale ha assunto contorni incerti, soprattutto in ragione delle molteplici riforme che, anche a seguito dell'incidenza dell'ordinamento comunitario, hanno condotto progressivamente al superamento dei vincoli tradizionali alla libertà di concorrenza.

Nonostante le professioni liberali possano essere svolte anche in regime di subordinazione (arg. ex art. 2094 c.c.)¹, l'obbligazione di prestare un'attività intellettuale deriva ordinariamente dalla stipulazione di un contratto d'opera: si pone, di conseguenza, l'esigenza di distinguere le professioni liberali da altre fattispecie di lavoro autonomo, anche al fine di delimitare l'ambito di applicazione della disciplina speciale del contratto d'opera intellettuale da quello della disciplina generale del contratto d'opera (art. 2230 c.c.).

La dottrina più avvertita ha messo in luce come molte delle caratteristiche ritenute in passato esclusive delle professioni intellettuali non siano in realtà decisive al fine di distinguerle dalle altre attività²: la discrezionalità, ad esempio, attiene anche alle attività manuali, mentre, per converso, può essere assente in alcune attività intellettuali; la personalità si trova anche nel contratto d'opera in genere, per il quale è richiesta la prevalenza del lavoro "proprio" (art. 2222 c.c.), mentre si attenua laddove il professionista si avvalga nell'esecuzione dell'opera di collaboratori o ausiliari (art. 2232 c.c.); la stessa intellettualità esprime un concetto ambiguo e relativo, inidoneo a fungere da criterio discrezionale, poiché ogni atto dell'uomo non può essere nettamente scisso dalla matrice intellettuale che ne caratterizza l'agire³.

Né va considerato utile il riferimento alla tradizionale distinzione tra obbligazione di mezzi e di

risultato, in quanto in dottrina⁴ e ormai anche in giurisprudenza⁵ è consolidata l'opinione secondo la quale tutte le obbligazioni hanno un contenuto che comprende sempre, oltre al comportamento dovuto, il risultato. In ogni caso, anche ove si voglia tener ferma la distinzione, al fine di stabilire se l'obbligazione assunta sia di mezzi o di risultato, non occorre valutare se il debitore appartenga o no a una categoria professionale, bensì «verificare la misura di governabilità della prestazione dedotta»⁶, non potendosi escludere *a priori* la possibilità che un professionista si impegni a fornire anche un risultato⁷.

Al fine di individuare se l'attività sia liberale, non è decisivo nemmeno il criterio formale⁸, giacché l'obbligo d'iscrizione in albi ed elenchi sussiste ormai anche rispetto ad attività eminentemente pratiche⁹ e per converso non è previsto per categorie indiscutibilmente intellettuali come gli artisti e i musicisti. Del resto, la circostanza che l'esercizio di determinate professioni intellettuali richieda l'iscrizione in albi o elenchi non esclude che altre attività, pur in assenza di siffatto obbligo, possano assumere lo stesso carattere (arg. *a contrario* dagli artt. 2229, comma 1, e 2231, comma 1, c.c.): è stato superato, infatti, l'orientamento per il quale oggetto di una professione di carattere intellettuale avrebbe potuto essere solo quell'attività per il cui esercizio fosse necessaria l'iscrizione¹⁰. Indici in questo senso

⁴ L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. Studio critico*, in *R. d. comm.*, 1954, I, p. 188; M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (d. priv.)*, in *Nov. D.*, XI, Torino 1965, p. 598; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1967, p. 31; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 24; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 191; A. DI MAJO, voce *Obbligazione: I. Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 26.

⁵ Cass. sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Nuova g. civ. comm.*, 2006, I, p. 828, con nota di R. VIGLIONE; anche in *Europ. e d. priv.*, 2006, p. 781, con nota di A. NICOLUSSI; *Contratti*, 2006, p. 349, con note di F. TOSCHI VESPASIANI e F. TADDEI; Cass. sez. un. 11 gennaio 2008, n. 577, in *G. it.*, 2008, p. 1653, con nota di A. CIATTI; anche in *Nuova g. civ. comm.*, 2008, p. 612, con nota R. DE MATTEIS; *F. it.*, 2008, I, p. 455, con nota di A. PALMIERI; *Danno e resp.*, 2008, p. 788, con note di G. VINCIGUERRA e A. NICOLUSSI; *Resp. civ.*, 2008, p. 849, con nota di M. GORGONI.

⁶ G. SICCHIERO, *L'obbligazione gravante sull'avvocato è di mezzi e non di risultato*, in *G. it.*, 2015, p. 2326.

⁷ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 49; più di recente, M. TICOZZI, *Gli obblighi informativi del professionista sono obbligazioni di risultato*, in *G. it.*, 2018, p. 334.

⁸ Ritenuto in passato invece determinante: C. LEGA, *Le libere professioni intellettuali*, Milano, 1974, p. 501.

⁹ Come ad esempio l'attività di maestro di sci (l. 8 marzo 1991, n. 81) e di guida alpina (l. 2 gennaio 1989, n. 6).

¹⁰ Cons. St., 9 agosto 1991, n. 510, in *F. amm.*, 1991, p. 2067; Pret. Crotone, 9 maggio 1987, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2402. Orientamento ampiamente superato nella giurisprudenza successiva: Cass., 26 agosto 1993, n. 9019,





emergono anche dall'ordinamento comunitario, in cui le professioni regolamentate non sono una sottocategoria delle professioni intellettuali – vi sono infatti comprese anche professioni non liberali – ma solo l'oggetto di una specifica disciplina volta a permettere l'esercizio dell'attività «*in uno Stato diverso da quello in cui hanno acquisito la relativa qualifica*»¹¹. Tantomeno la nozione comunitaria di professione regolamentata esaurisce l'intero spettro delle “professioni intellettuali”¹², come emerge sia dal tenore letterale dell'art. 2, comma 1, e del considerando 43 della direttiva 2005/36/CE, sia dal confronto con la giurisprudenza europea¹³.

Atteso che l'esame esclusivo della fattispecie non consente indicazioni univoche, si prospetta l'esigenza di analizzare il dato normativo, al fine di individuare il contenuto della fattispecie in correlazione dialettica con la disciplina¹⁴. In questa prospettiva, occorre in primo luogo valutare quale sia la rilevanza della mancanza di una regola in tema di vizi e difformità analoga all'art. 2226 c.c.

In merito all'estensione di tale disposizione alle prestazioni intellettuali, la giurisprudenza era divisa. Secondo la tesi più risalente la disposizione era inapplicabile in quanto le prestazioni del professionista intellettuale, per intrinseca natura, non avrebbero quale oggetto il raggiungimento di un risultato, bensì soltanto a un comportamento volto a conseguirlo¹⁵. Più di recente, però, si era sostenuto che in alcuni casi l'obbligazione del professionista potesse essere considerata di risultato, almeno laddove avente ad oggetto la realizzazione di un progetto oppure la predisposizione e l'applicazione di una protesi dentaria (ma anche una consulenza legale

scritta¹⁶), con la conseguenza che, avendo l'*opus* materiale incidenza sulla causa stessa del contratto, il professionista avrebbe dovuto rispondere per le eventuali difformità ed i vizi dell'opera ai sensi dell'art. 2226 c.c.¹⁷.

Chiamate a risolvere il contrasto se i termini brevi di decadenza e prescrizione dell'azione di garanzia per vizi dell'opera fossero applicabili alla prestazione di un ingegnere progettista, le Sezioni unite hanno escluso che il criterio risolutivo potesse essere rappresentato dalla distinzione fra mezzi e risultato, rintracciando invece la *ratio* dell'inevitabilità dell'art. 2226, comma 2, c.c., nella mancanza di sufficienti competenze tecniche del cliente per valutare nei brevi tempi ivi previsti l'opera o il servizio realizzato¹⁸.

Emerge quindi dalle argomentazioni della più recente giurisprudenza che la disciplina dell'art. 2226 c.c. non è applicabile in ragione del carattere specialistico delle conoscenze applicate dal professionista intellettuale e del carattere immateriale dell'attività che presiede l'esecuzione di una prestazione liberale¹⁹.

Quest'orientamento sembra trovare un importante riscontro in quella dottrina che ha ricondotto le prestazioni delle professioni intellettuali in quella categoria di servizi tipicamente definiti come “cre-

(www.italgiure.giustizia.it); Trib. Piacenza, 14 marzo 2000, in *F. pad.*, 2000, I, p. 95, con nota di G. BATTISTI; Pret. Monza, 21 aprile 1994, in *Contratti*, 1994, p. 567; Cons. St., 8 ottobre 1996, n. 1087, in *F. amm.*, 1996, p. 2846; da ultimo Cass., 18 ottobre 2018, n. 26264, (www.italgiure.giustizia.it).

¹¹ L. CHIARETTO, *Il riconoscimento delle qualifiche professionali nell'unione europea*, in *R. d. int. priv. proc.*, 2006, p. 689.

¹² A. BARTOLACCI, *Il GEIE «italiano» tra impresa e società*, Napoli, 2014, p. 140.

¹³ CGUE, 13 novembre 2003, C-313/01, *Morgenbesser v. Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova*, in *Racc. giur. Corte*, 1991, I, p. 13467; CGUE, 1 febbraio 1996, C-164/94, *Aranitis v. Land Berlin*, in *Racc. giur. Corte*, 1996, I, p. 135.

¹⁴ Ha evidenziato la “necessaria correlazione dialettica tra fattispecie e disciplina” A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L' analogia*, in *Studium iuris*, 2008, p. 424, secondo il quale “non è possibile ricostruire appropriatamente la fattispecie indipendentemente da una contestuale considerazione della disciplina e viceversa” perché “ogni disposizione di legge racchiude non già la descrizione di un qualche evento, bensì il criterio di valutazione-risoluzione di uno specifico problema pratico, di uno specifico conflitto d'interessi”.

¹⁵ Cass., 21 marzo 1969, n. 904, in *F. it.*, 1969, I, p. 2958; Cass., 21 luglio 1972, n. 2495, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1953; Cass., 8 marzo 1975, n. 873, in *G. it.*, 1975, I, p. 1814.

¹⁶ Cass., 14 novembre 2002, n. 16023, in *Danno e resp.*, 2003, p. 256, con nota di F.A. SALVATORE.

¹⁷ Cass., 27 ottobre 1984, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 347; Cass., 7 maggio 1988, n. 3389, in *Dir. prat. ass.*, 1989, p. 467; Pret. Modena, 16 settembre 1993, in *G. it.*, 1994, I, 2, p. 1032, con nota di D. CARUSI; Cass., 29 gennaio 2003, n. 1294, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1101, con nota di P. DELLACHA; anche in *F. pad.*, 2005, I, p. 37, con nota di G. GALBUSERA; Cass., 24 aprile 1996, n. 3879, in *F. it.*, 1996, I, p. 3758.

¹⁸ Cass. sez. un., n. 15781/2005, *cit.*, 828; Cass., 9 marzo 2006, n. 5091, in *Mass. G. it.*, 2006, p. 428; Cass., 18 aprile 2007, n. 9316, in *Rep. F. it.*, 2007, voce *Professioni intellettuali*, n. 165; Cass., 18 maggio 2011, n. 10920, in *Guida d.*, 2011, n. 32, p. 77; Cass., 20 dicembre 2013, n. 28575, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass., 22 giugno 2015, n. 12871, in *G. it.*, 2015, p. 2067, con nota di G. RISPOLI.

¹⁹ Il carattere immateriale non viene meno neanche nel caso in cui l'attività liberale sfoci nella realizzazione di un *opus* “materiale”, che rappresenta semplicemente il *corpus mechanicum* in cui la prestazione si estrinseca: Cass., 17 aprile 1981, n. 2334, in *Vita not.*, 1981, I, p. 226; Cass., 22 dicembre 1994, n. 11067, in *Resp. civ.*, 1995, p. 752, con nota di L. SBURLATI; Cass., 27 maggio 1997, n. 4704, in *F. it.*, 1997, I, p. 2078; Cass., 23 luglio 2002, n. 10741, in *Arch. civ.*, 2003, p. 1023, con nota di E. FERRANTI. In dottrina cfr. G. e D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera*, in *Comm. Schlesinger*, 2009, p. 202; A. PERULLI, *op. cit.*, p. 318; G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, Artt. 2229-2238, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014, p. 193; A. PAVONE LA ROSA, *Lineamenti dei contratti di fornitura di computers e di servizi informatici*, in *G. comm.*, 1986, I, p. 347; G. DI ROSA, *Linee di tendenza e prospettive in tema di responsabilità del prestatore di servizi*, in *Europ. e d. priv.*, 1999, p. 725; U. SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003, p. 53.

dence good” o “post-experience good”²⁰, «che vengono acquistati su base fiduciaria, senza che l'utilizzatore possa rendersi conto (se non ex post, e anche qui non sempre) della qualità del servizio fruito; e, come tutti i credence goods, vengono acquistati sulla base di complesse motivazioni, anche di tipo reputazionale, in cui il prezzo della prestazione è visto, prima facie, come indicatore della qualità del servizio e della considerazione sociale di cui gode il professionista»²¹. La natura di tali servizi fornisce indicazioni utili per individuare il *proprium* delle prestazioni intellettuali e ne orienta la relativa disciplina, giustificando anche l'inapplicabilità alle prestazioni d'opera intellettuale dello stesso art. 2226 c.c.

Risulta altresì inapplicabile alle prestazioni intellettuali l'art. 2224 c.c., che riconosce al committente il potere di verifica sull'attività del lavoratore autonomo²²: il diverso tipo di competenza richiesta al professionista intellettuale, la cui verifica è rimessa alla procedura d'iscrizione nell'apposito albo, risulta d'ostacolo alla configurazione di un analogo potere dell'utente di fornire indicazioni in merito alla

prestazione da eseguire, di cui in genere il cliente è sostanzialmente ignaro²³.

Per rimediare a questa asimmetria informativa, che si traduce in assenza di controllo sull'operato del professionista, si riconosce non a caso al cliente un potere incondizionato di recedere dal contratto d'opera intellettuale²⁴, che non trova argine nemmeno nell'obbligo di tenere indenne il professionista dal mancato guadagno, in ciò differenziandosi la disciplina di cui all'art. 2237 c.c. dalla disciplina prevista ex art. 2227 c.c. per il contratto d'opera in genere²⁵.

Anche in giurisprudenza sono emersi orientamenti volti a riequilibrare la relazione fra le parti, i quali sono stati considerati indice di uno statuto dei rapporti tra professionisti intellettuali e clienti «*costruito, a ritroso, dal lato della “vittima”*»²⁶.

Il rilievo dell'asimmetria informativa è tale da indirizzare l'interprete anche nella scelta del termine dal quale inizia a decorrere la prescrizione del diritto al risarcimento del danno, individuato nel momento in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile dal cliente: anche in questo caso, per giustificare il superamento del più risalente orientamento secondo il quale il termine di prescrizione iniziava invece a decorrere dal compimento della prestazione professionale²⁷, si è fatto leva sulla

²⁰ P. NELSON, *Information and Consumer Behaviour*, in *Journal of Political Economy* 78 (2), 1970, p. 311; M.R. DARBY – E. KARNI, *Free competition and the optimal amount of fraud*, in *Journal of law and economics* 16 (1), 1973, p. 67; più di recente v. Y. FONG – T. LIU, *Liability and reputation in credence goods markets*, in *Economics Letters* 166, 2018, p. 35; F. GOTTSCHALK, *What characterizes Credence Goods? A critical look at the literature*, in *SSRN Electronic Journal*, 12 febbraio 2018. A differenza dei “*search good*” (prodotti o servizi con caratteristiche facilmente valutabili prima dell'acquisto) e degli “*experience good*” (beni la cui qualità è verificabile solo dopo l'acquisto mediante l'utilizzo), con l'espressione “*credence good*” si indicano quei beni la cui qualità non è effettivamente verificabile dall'utente neanche dopo la ricezione della prestazione. Si determina, quindi, una condizione di mercato caratterizzata da una radicale asimmetria informativa tra cliente e professionista, il quale tende ad offrire i propri servizi ad un costo maggiore dell'effettivo valore delle prestazioni stesse, facendo leva sul fatto che l'utente ordinariamente possiede un *deficit* di competenze tecniche che non gli permette di effettuare una valutazione realistica del servizio offerto né di comparare i prezzi sul mercato (*deficit* al quale potrebbe porre rimedio soltanto conferendo ad un altro professionista l'incarico di verificare gli eventuali vizi, se non che «*the cost of information-acquisition may outweigh the value of the information available*»: L. DWYER – P. FORSYTH – W. DWYER, *Tourism economics and policy*, Bristol, 2020, cap. 2.1.1; cfr. anche I. SOMIN, *Knowledge about ignorance: new directions in the study of political information*, in *Critical Review*, 2006, XVIII, p. 255).

²¹ M. LIBERTINI, *Il d.d.l. sulla concorrenza 2015 e le professioni intellettuali*, in *federalismi.it*, 2015, p. 4. Indicazioni al riguardo si rinvencono anche nel parere del Comitato economico e sociale europeo sul “*Ruolo e futuro delle libere professioni nella società civile europea del 2020*” (2014/C 226/02).

²² In questo senso, G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 185; cfr. anche R. PROIETTI, *I geometri. Aspetti pubblici, deontologici civili e penali*, Milano, 2006, p. 316.

²³ Cfr. Cass., 15 dicembre 2006, n. 26895, in *Guida lav.*, 2007, p. 54. Indici in senso contrario emergono da T.A.R. Lazio, 13 dicembre 2010, n. 36233, in *F. amm. TAR*, 2010, p. 3918, ove però l'applicabilità dell'art. 2224 c.c. alle professioni intellettuali sempre più che altro rivolta a respingere il ricorso di una società che agiva in giudizio sostenendo di non essere responsabile del comportamento fraudolento del professionista di cui si era avvalsa per un procedimento teso ad ottenere il rilascio di un'attestazione.

²⁴ Il differente trattamento riservato dalla legge al recesso del professionista, subordinato al ricorrere di una giusta causa, è stato ritenuto costituzionalmente legittimo in ragione dell'esigenza di tutelare il cliente, considerato quale soggetto più debole o meno organizzato: Corte cost., 13 febbraio 1974, n. 25, (www.giurcost.org).

²⁵ Dopo svariati tentennamenti, la giurisprudenza è giunta a ritenere la disciplina sull'esercizio del diritto di recesso di cui all'art. 2237 c.c. derogabile: cfr. Cass., 3 aprile 1974, n. 947, in *F. it.*, 1975, I, p. 970; Cass., 6 novembre 1996, n. 9701, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 972; Cass., 21 dicembre 2006, n. 27293, (www.itagliure.giustizia.it); Cass., 14 gennaio 2016, n. 469, in *G. it.*, p. 538, con nota di F. ROCCHIO; anche in *Contratti*, 2016, p. 651, con nota di A. CASTIGLIONI; Cass., 7 settembre 2018, n. 21904, (www.itagliure.giustizia.it).

²⁶ D. POLETTI, *Il contratto d'opera intellettuale ancora alla ricerca di identità*, in *juscivile.it*, 2016, p. 499.

²⁷ Cass., 10 ottobre 1992, n. 11094 in *G. it.*, 1994, I, p. 1922, con nota di C. DE CECILIA; Cass., 28 gennaio 2004, n. 1547, in *Danno resp.*, 2004, p. 389, con nota di P.G. MONATERI; anche in *G. it.*, 2004, p. 1581, con nota di I. RIGHETTI; *Dir. giust.*, 2004, p. 46, con nota di M. ROSSETTI; Cass., 7 novembre 2005, n. 21495, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1223; Cass., 6 ottobre 2014, n. 21026, in (www.itagliure.giustizia.it).





mancanza di competenze tecniche sufficienti in capo al cliente per valutare la bontà del servizio ricevuto²⁸.

Nella stessa prospettiva, si sottolinea inoltre che, fino a quando il danno non si sia manifestato all'esterno, non sarebbe possibile per il cliente nemmeno avere contezza di aver subito un pregiudizio ricollegabile alla condotta negligente del professionista²⁹, né tantomeno agire in giudizio per far valere il diritto al risarcimento del danno³⁰. A questo riguardo, viene in considerazione il problema di come interpretare l'art. 2935 c.c. che, secondo un indirizzo minoritario della giurisprudenza, attribuirebbe rilevanza di fatto impeditivo della decorrenza della prescrizione solo agli ostacoli di diritto e non anche agli ostacoli di mero fatto, né agli impedimenti soggettivi come l'ignoranza, da parte del titolare, del fatto generatore del suo diritto oppure il dubbio sull'esistenza del diritto stesso³¹. Di contro, si sostiene che in materia di responsabilità professionale (e, in particolare, notarile) tale norma dovrebbe essere interpretata in modo costituzionalmente orientato, a tutela del diritto di agire in giudizio del cliente danneggiato (art. 24 Cost.), «nel senso che il termine di prescrizione andrebbe sganciato dalla redazione dell'atto e ricollegato al momento della successiva percezione del documento»³².

2. Libere professioni e mercato concorrenziale nella giurisprudenza europea e nazionale.

Dall'instaurazione di un mercato comune a livello europeo è derivata l'esigenza di avvicinare le legislazioni nazionali dei diversi ordinamenti giuridici

anche in materia di libere professioni: in particolare sono state introdotte norme per la disciplina della formazione dei professionisti (direttive nn. 77/453/CEE; 78/686/CEE; 80/154/CEE; 89/48/CEE; 92/51/CEE; 93/16/CEE; 2001/19/CE; 2005/36/CE; 2006/123/CE), quale presupposto affinché gli stessi possano svolgere la propria attività stabilendosi in modo permanente in un Paese diverso da quello di origine (art. 49 TFUE) ovvero prestandovi occasionalmente i propri servizi (artt. 56 e 57 TFUE), alle stesse condizioni dei cittadini dello Stato membro³³. Se rispetto alle attività per le quali nel Paese ospitante non è richiesto alcun requisito non si pongono particolari problemi, per le attività protette, invece, le condizioni alle quali è subordinato l'esercizio della professione possono rappresentare un ostacolo alla circolazione dei professionisti, per superare il quale sono state adottate direttive volte al riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli, nonché al coordinamento delle disposizioni degli Stati relative all'accesso e all'esercizio delle attività autonome (art. 53, comma 1, TFUE).

Una volta riconosciuta la libertà dei professionisti di prestare la propria opera in ogni Stato membro, senza discriminazioni fondate sulla nazionalità, si è posta la necessità di promuoverne la concorrenza, disincentivando meccanismi giuridici nazionali volti a frenarne lo sviluppo. La qualificazione del professionista come imprenditore ha rappresentato il presupposto per l'applicabilità della normativa *antitrust* al settore delle libere professioni, qualificazione resa possibile dal concetto dinamico e funzionale d'impresa proprio dell'ordinamento europeo, nel cui ambito è considerata tale qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento³⁴.

²⁸ Cass. 29 agosto 1995, n. 9060, in *Rep. F. it.*, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 30; Cass., 12 dicembre 2003, n. 18995, in *Contratti*, 2004, p. 822; Cass., 15 luglio 2009, n. 16463, in *Resp. civ.*, 2010, p. 1531, con nota di G. MUSOLINO; Cass., 18 febbraio 2016, n. 3176, in *Danno resp.*, 2016, p. 1177, con nota di C. PETRUZZI; Cass., 7 aprile 2016, n. 6747, in *G. it.*, 2016, p. 1579, con nota di M. RIZZUTI; Cass., 22 settembre 2016, n. 18606, (www.italgiure.giustizia.it), v. nota di M. PIPITONE in giustiziavivile.com; Cass., 22 settembre 2017, n. 22059, (www.italgiure.giustizia.it).

²⁹ Cass., n. 16463/2009, *cit.*, p. 1531.

³⁰ Cass., n. 9060/1995, *cit.*

³¹ Cass., n. 21495/2005, *cit.*, p. 1223; Cass., 27 giugno 2011, n. 14163, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 700; Cass., 26 maggio 2015, n. 10828, (www.italgiure.giustizia.it). In questa prospettiva si evidenzia, a fortiori, che né l'ignoranza, da parte del titolare, del fatto generatore del suo diritto, né il dubbio soggettivo sull'esistenza dello stesso ed il ritardo indotto dalla necessità del suo accertamento, sono considerate tra le specifiche e tassative ipotesi di sospensione di cui all'art. 2941 c.c.

³² Cfr. M. RIZZUTI, *Prescrizione e responsabilità notarile*, in *G. it.*, 2016, p. 1580; in giurisprudenza v. Cass., n. 6747/2016, *cit.*, p. 1579; Cass., n. 22059/2017, *cit.*

³³ Cfr. A. MONTANARI, *Professioni regolamentate e mercato nell'Unione europea*, in *ILLeJ.*, 2009, XI, n. 1, p. 1

³⁴ CGUE, 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner e Elser v. Macrotron*, in *R. it. d. pubbl. com.*, 1992, p. 1332, con nota di M. SCUDIERO; CGUE, 9 febbraio 1994, C-119/92, *Commissione v. Italia*, in *Racc. giur. Corte*, 1994, I, p. 393; CGUE, 22 gennaio 2002, C-218/00, *Soc. Cical di Battistello Venanzio v. INAIL*, in *F. amm. Cds*, 2002, p. 327, con nota di P. DE LEONARDIS; anche in *F. it.*, 2003, IV, 331, con nota di P. CERBO; *Resp. civ.*, 2002, p. 1311, con nota di E. COGGIOLA; CGUE, 24 maggio 2011, C-50/08, *Commissione c. Francia*, (www.eurlex.europa.eu). Sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, anche l'A.G.C.M.: *Indagine conoscitiva*, su Ordini e Collegi professionali, 3 ottobre 1997, in *Suppl. n. 1*, al *Boll. A.G.C.M.*, n. 40/1997; *Consigli nazionali dei ragionieri e periti commercialisti e dei dottori commercialisti*, 21 novembre 1998, in *Boll. A.G.C.M.*, n. 48/1998; *Ordine dei medici chirurghi e odontoiatri*, 27 settembre 2000, in *Boll. A.G.C.M.*, n. 39/2000; *Indagine conoscitiva*, sul settore degli Ordini professionali, 15 gennaio 2009, (www.agcm.it) e la giurisprudenza nazionale: T.A.R. Lazio, 27 marzo 1996, n. 476, in *F. amm. TAR*, 1996, I, p. 1193; T.A.R. Lazio, 28 gennaio 2000, n. 466, in *Giorn. d. amm.*,

La natura imprenditoriale del professionista intellettuale ha indotto la giurisprudenza comunitaria a considerare gli ordini professionali come associazioni di imprese, le cui decisioni sono state ritenute idonee a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune³⁵, indipendentemente dalla loro natura di enti pubblici e dalla circostanza che le decisioni anticoncorrenziali fossero state adottate in conformità alla legislazione nazionale³⁶.

L'applicazione della normativa comunitaria anti-trust anche al settore delle libere professioni ha inci-

so sulla nostra legislazione³⁷. Si è pertanto provveduto all'abolizione dell'obbligatorietà delle tariffe fisse o minime e del divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti (art. 2, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. l. 4 agosto 2006, n. 248)³⁸, cui ha fatto seguito l'abrogazione del sistema tariffario (art. 9, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. l. 24 marzo 2012, n. 27)³⁹. Nonostante l'intervenuta abolizione dell'obbligatorietà delle tariffe minime, è possibile sostenere che restino tuttora vietati, perché indecorosi, gli accordi sulla misura del compenso che si pongono al di sotto del livello del costo della prestazione, dal momento che mirano «a prevenire un fenomeno anticoncorrenziale, qual è la vendita sot-

2000, p. 356, con nota di G. FONDERICO; anche in *G. comm.*, 2000, II, p. 640, con nota di A. ARGENTATI; App. Milano, 29 settembre 1999, in *D. ind.*, 1999, p. 338, hanno affermato l'esigenza di applicare il diritto antitrust alle professioni intellettuali.

³⁵ CGUE, 19 febbraio 2002, C-35/99, *Arduino v. Compagnia assicuratrice RAS*, in *F. it.*, 2002, IV, p. 188, con nota di S. BASTIANON; anche in *G. comm.*, 2003, II, p. 6, con nota di G. SCASELLATI SFORZOLINI; CGUE, 5 aprile 2011, C-119/09, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, in *F. amm. CdS*, 2011, p. 1085, con nota di G. TASSONI; CGUE, 28 febbraio 2013, C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrência*, in *Revista de concorrência e regulação*, 2013, p. 279, con nota di M. CALDEIRA; CGUE, 18 luglio 2013, C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi v. Autorità garante della concorrenza e del mercato e Autorità garante della concorrenza e del mercato v. Consiglio nazionale dei geologi*, in *F. it.*, 2014, IV, p. 154, con nota di R. DE HIPPOLYTIS; anche in *Corr. giur.*, 2014, p. 463, con nota di R. CONTI; *Rass. for.*, 2013, p. 920, con nota di M. CHIARELLI. Hanno fatto applicazione di questi principi nella giurisprudenza nazionale: T.A.R. Lazio, 21 giugno 2001, n. 5486, in *F. amm. TAR*, 2001, I, p. 2186; Cons. St., 9 marzo 2007, n. 1099, (www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., 22 gennaio 2015, n. 238, (www.giustizia-amministrativa.it).

³⁶ Dal momento che le regole antitrust sono dirette ad impedire comportamenti anticoncorrenziali posti in essere dalle imprese di propria iniziativa, l'applicabilità degli artt. 101 e 102 TFUE andrebbe esclusa nel caso in cui il comportamento anticoncorrenziale venisse imposto dalla normativa nazionale, ferma restando la responsabilità degli Stati che, in virtù del principio di leale collaborazione, sono obbligati a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti «idonei ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese»: CGUE, 16 novembre 1977, C-13/77, *GB-Inno-BM v. Association des détaillants en tabac.*, in *Racc. giur. Corte*, p. 1115; CGUE, 10 dicembre 1991, C-179/90, *Porto di Genova SpA*, in *F. it.*, 1992, IV, p. 489; CGUE, 1 ottobre 1998, C-38/97, *Autotrasporti Librandi Snc di Librandi F. & C. c. Cuttica spedizioni e servizi internazionali Srl*, in *Racc. giur. Corte*, 1998, I, p. 5955; CGUE, 13 marzo 2008, C-446/05, *Procureur du Roi v. Ioannis Doulamis*, in *Racc. giur. Corte*, I, p. 1377. Tuttavia, laddove le imprese conservino un margine di discrezionalità possono essere ritenute ancora responsabili di comportamento anticoncorrenziale: cfr. Comm. eur., 9 febbraio 2004, *Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali*, COM/2004/0083, punto 77, (europa.eu); in dottrina v. M. TICOZZI, *Professioni (concorrenza nelle)*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, Agg. XXXX, Torino, 2018, p. 719.

³⁷ Cfr. C. TIMELLINI, *op. cit.*, p. 556; R. SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, Padova, 2010, p. 145; E. BERGAMINI – B. NASCIMBENE, *Libere professioni, servizi e concorrenza. norme nazionali e diritto UE a confronto*, in *D. comm. int.*, 2019, p. 14.

³⁸ Anche prima dell'abrogazione del divieto, la giurisprudenza prevalente ammetteva che il compenso del professionista potesse essere subordinato ad una condizione ovvero commisurato ad una percentuale del valore dell'opera: Cass., 14 marzo 1962, n. 518, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1030; Cass., 28 maggio 1988, n. 3659, in *Arch. civ.*, 1989, p. 184; Cass., 9 gennaio 2001, n. 247, in *G. it.*, 2001, p. 1843, con nota di G. DI MARTINO; anche in *F. pad.*, 2001, I, p. 69, con nota di M. TICOZZI; Cass., sez. un., 19 settembre 2005, n. 18450, in *Nuova g. civ. comm.*, 2006, I, p. 410, con nota di U. SALANITRO; anche in *Corr. mer.*, 2006, p. 209, con nota di G. TRAVAGLINO; *Corr. giur.*, 2006, p. 212, con nota di F. MOTTOLA; *G. it.*, 2006, p. 1141, con nota di C. RESTIVO; *Urb. e app.*, 2006, p. 49, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI; *D. e form.*, 2006, p. 334, con nota di R. NATOLI; da ultimo, Cass., 18 aprile 2019, n. 10844, (www.italgiure.giustizia.it).

³⁹ La violazione delle tariffe minime inderogabili – originariamente previste solo per le prestazioni giudiziali civili degli avvocati (art. 24, l. 16 giugno 1942, n. 794) – veniva sanzionata con la nullità del patto in deroga ai sensi dell'art. 1418 c.c.: Cass., 13 settembre 1965, in *D. lav.*, 1965, II, p. 286, con nota di C. LEGA; Cass., 8 gennaio 1966, n. 161, in *F. it.*, 1966, I, p. 221; Cass., 28 febbraio 1988, n. 3221, (www.italgiure.giustizia.it). Successivamente, è stata prevista l'inderogabilità dei minimi tariffari anche per le prestazioni degli ingegneri e degli architetti (l. 5 maggio 1976, n. 340), tuttavia, in difetto di espressa sanzione, la giurisprudenza escludeva che l'inderogabilità degli stessi implicasse di per sé la nullità dell'accordo con cui il cliente e l'ingegnere avessero pattuito il compenso in misura inferiore ai minimi: Cass., 19 ottobre 1988, n. 5675, (www.italgiure.giustizia.it); Cass., 26 ottobre 1992, n. 11625, (www.italgiure.giustizia.it). Al di fuori di questi ambiti, l'orientamento prevalente affermava che la tariffa, a norma dell'art. 2233, comma 1, c.c., costituisse fonte sussidiaria, alla quale era dato ricorso solo nel caso in cui una pattuizione non fosse al riguardo intervenuta tra gli interessati: Cass., 13 luglio 1965, n. 1475, in *G. it.*, 1967, I, p. 361, con nota di C. LEGA; Cass., 4 gennaio 1977, n. 11, in *R. d. lav.*, 1978, II, p. 388; Cass., 9 ottobre 1998, n. 10064, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 732; Cass., 29 gennaio 2003, n. 1317, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 1075; di recente, Cass., 25 gennaio 2017, n. 1900, (www.italgiure.giustizia.it); Cass., 4 giugno 2018, n. 14293, (www.italgiure.giustizia.it).



to costo di determinati servizi»⁴⁰. Tuttavia, indici in senso contrario sembrano emergere in giurisprudenza, ove è stato affermato che «il notaio, quand'anche sistematicamente offra la propria prestazione per compensi più contenuti rispetto a quelli previsti dalla tariffa notarile, non pone in essere, per ciò solo, un comportamento di illecita concorrenza, essendo venuta meno la rilevanza sul piano disciplinare di tale condotta per effetto della generale disciplina introdotta dall'art. 2, d.l. n. 223/2006 (conv. l. n. 248/2006)»⁴¹.

Una volta intervenuta l'abolizione del sistema tariffario, il legislatore ha introdotto parametri ministeriali volti a orientare il giudice chiamato a liquidare il compenso del professionista, i quali, secondo l'orientamento prevalente in Cassazione, sono inderogabili nei minimi⁴². Nonostante i possibili dubbi sulla contrarietà di tale orientamento ai principi che governano il diritto antitrust, indici nel senso della compatibilità emergono da una recente pronuncia della Corte di Giustizia, la quale ha sancito che l'art. 101 TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, paragrafo 3, TUE, non osta a una normativa nazionale che assoggetti gli onorari dei procuratori legali a una tariffa della quale i giudici nazionali si limitano a verificare l'applicazione, senza essere in grado di derogare, nemmeno in circostanze eccezionali, ai limiti ivi contenuti⁴³.

Di recente, il legislatore ha previsto, prima per la professione forense (art. 13 bis, l. 31 dicembre 2012, n. 247, inserito dall'art. 19 quaterdecies, comma 1, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, conv. l. 4 dicembre 2017, n. 172, ed ulteriormente riformato dall'art. 1, comma 487, l. 27 dicembre 2017, n.

205), e poi per tutte le professioni (art. 19 quaterdecies, d.l. n. 148/2017, modificato in sede di conversione con l. n. 172/2017, e successivamente novellato dalla l. n. 205/2017, art. 1, comma 488), la disciplina del c.d. equo compenso, ritenendo meritevole di tutela il professionista per la posizione di debolezza contrattuale in cui si viene a trovare rispetto ad alcune categorie di clienti, quali imprese bancarie e assicurative⁴⁴. Nonostante siano state espresse da più parti preoccupazioni sulla compatibilità della normativa in esame (che avrebbe di fatto reintrodotta i minimi tariffari) con i principi comunitari antitrust⁴⁵, in realtà nella giurisprudenza europea «è stato ammesso con maggiore ampiezza di quanto sia oggi consentito dall'evoluzione della legislazione italiana, che l'applicazione alle professioni intellettuali delle regole generali di concorrenza sia derogata da norme pubblicistiche di diritto interno, giustificate da ragioni di interesse generale»⁴⁶. In particolare, la Corte di giustizia, pur riconoscendo che una normativa che vieti in maniera assoluta di derogare convenzionalmente agli onorari minimi costituisca una restrizione della libera prestazione dei servizi, ha ritenuto che i principi comunitari non ostino in linea di principio all'adozione, da parte di uno Stato membro, di un provvedimento normativo che approvi, anche sulla base di un progetto elaborato da un ordine professionale, una tariffa che fissi un limite minimo per gli onorari e a cui, in linea di massima, non sia possibile derogare, purché tale misura venga adottata al fine di difendere interessi di carattere generale, quali la qualità della prestazione e la tutela dei consumatori⁴⁷.

⁴⁰ M. LIBERTINI, *Brevi riflessioni sul d.d.l. n. 5092 e sui principi costituzionali e comunitari in materia di attività professionali intellettuali*, in *F. it.*, 1999, III, p. 474; cfr. anche U. SALANITRO, *op. cit.*, 294, per il quale l'art. 2233, comma 2, c.c., dovrebbe essere interpretato evolutivamente nella parte in cui stabilisce che la misura del compenso del professionista debba essere adeguata anche al decoro della professione, alla luce «della sopravvenuta rilevanza della concorrenza nell'offerta dei servizi e delle prestazioni anche nel settore delle professioni intellettuali».

⁴¹ Cass., 14 febbraio 2013, n. 3715, in *F. it.*, 2013, I, p. 2250, con nota di E. BUCCIANTE; Cass., 17 aprile 2013, n. 9358, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 2425, con nota di C. SGOBBO.

⁴² *Ex multis*: Cass., sez. un., 12 ottobre 2012, n. 17405, in *Urb. e app.*, 2013, p. 317, con nota di I. FRANCO; Cass., 17 gennaio 2018, n. 1718, (www.italgiure.giustizia.it); Cass., 21 ottobre 2019, n. 26706, (www.italgiure.giustizia.it). Si sostiene, in particolare, che il d.l. n. 1/2012, conv. l. n. 27/2012, pur avendo «lasciato le parti contraenti libere di pattuire il compenso per l'incarico professionale», non abbia rimosso l'obbligatorietà dei minimi tariffari con riferimento alla liquidazione giudiziale delle spese di lite.

⁴³ Corte di giust., 8 dicembre 2016, cause riun. C-532/15 e C-538/15, *Eurosanamientos e Altri v. ArcelorMittal Zaragoza SA e Francesc de Bolós Pi v. Urbaser SA*, (www.curia.europa.eu).

⁴⁴ M. RIZZUTI, *Nozione, percezione e disciplina dell'attività professionale*, in *La responsabilità del professionista*, a cura di V. CUFFARO, Bologna, 2019, p. 23; F.P. PATTI, *Le clausole abusive nei contratti tra professionisti*, in *Annuario del contratto 2018*, diretto da A. D'ANGELO – V. ROPPO, a cura di A.M. BENEDETTI, Torino, 2019, p. 69.

⁴⁵ Secondo l'A.G.C.M. le misure presenti nel d.l. n. 148/2017 risulterebbero incompatibili con i principi antitrust nazionali e comunitari, che riconoscono ai professionisti la libertà di fare del prezzo uno strumento di concorrenza: A.G.C.M., *Segnalazione*, 24 novembre 2017, AS 1452. Perplexità erano state manifestate in precedenza anche dalla giustizia amministrativa che, in sede consultiva, sullo schema di Regolamento del Ministero della Giustizia posto a definizione dei parametri per la liquidazione dei compensi dei professionisti, aveva suggerito di «non stabilire, neanche a titolo indicativo, la misura minima di detti parametri, che vanno rimessi alle valutazioni del giudice», per scongiurare «il pericolo che si prestino a fungere da "tariffa mascherata"»: Cons. Stato, parere 5 luglio 2012, n. 3126, (www.giustizia-amministrativa.it).

⁴⁶ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 76.

⁴⁷ CGUE, C-35/99, *cit.*, p. 188; CGUE, 5 dicembre 2006, C-94/04, *Cipolla v. Portolese* e C-2002/04, *Macrino e Capodarte v. Meloni*, in *G. it.*, 2007, p. 639, con nota di A. BERTOLOTTI; CGUE, C-446/05, *cit.*, p. 1377; CGUE, 23 novembre 2017, cause riun. C-427/16 e C-428/16, *CHEZ Elektro Bulgaria AD v.*

È stato inoltre eliminato il divieto «di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni» (art. 2, comma 1, lett. b, d.l. n. 223/2006)⁴⁸: innovazione successivamente confermata dall'art. 4, d.P.R. 7 agosto 2012, n. 137, emanato in attuazione del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, che riconosce la possibilità di pubblicizzare con ogni mezzo l'attività delle professioni regolamentate⁴⁹. L'ammissibilità della pubblicità comparativa ha incontrato invece maggiori resistenze: non solo è stata vietata dal codice deontologico forense (art. 17, comma 2⁵⁰) in contrasto con la giurisprudenza amministrativa⁵¹, ma la diffusione di un'interpretazione restrittiva da parte degli ordini professionali dei parametri di liceità di cui all'art. 4, d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, emanato in attuazione dell'art. 14 direttiva 2005/29/CE sulla pubblicità ingannevole (v. anche direttiva 2006/114/CE) ne ha di fatto escluso l'utilizzabilità da parte di tutti i profes-

sionisti iscritti agli albi⁵². Di conseguenza, la pubblicità comparativa è consentita solo ai non iscritti ad albi o elenchi, i quali – va tuttavia osservato – sono considerati i soggetti potenzialmente più idonei «a mettere a rischio le regole di “correttezza” comunicativa, in ragione della mancata soggezione ai diversi ordinamenti deontologici»⁵³.

La spinta riformatrice proveniente dall'ordinamento comunitario si è manifestata in modo evidente nel superamento del divieto per i professionisti di esercitare la loro attività secondo lo schema societario: con l'art. 24, comma 1, l. 7 agosto 1997, n. 266, è stata, infatti, abrogata la regola posta dall'art. 2, l. 23 novembre 1939, n. 1815, che – almeno nell'interpretazione che ne dava la giurisprudenza prevalente – ammetteva solo la possibilità di costituire studi associati⁵⁴, vietando la costituzione di società fra professionisti⁵⁵. In seguito – con il d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, emanato in attuazione della direttiva 98/5/CE – si è riconosciuta la possibilità di esercitare la professione di avvocato nella forma della società in nome collettivo; mentre con il d.l. n. 223/2006 è stata introdotta la possibilità di costituire una società di persona per la prestazione di servizi professionali interdisciplinari (art. 2, comma 1). Solo con l'art. 10, l. 12 novembre 2011, n. 183, per come modificato dall'art. 9 bis, l. n. 27/2012, conv. d.l. n. 1/2012, è stato infine ammessa la costituzione di società di capitali per l'esercizio di attività professionali protette, secondo i modelli regolati dal codice civile (s.t.p.), e di società multidisciplinari, da intendere come società

Yordan Kotsev e FrontEx International EAD v. Emil Yanakiev (spec. v. punti 42 e 43), in *Guida d.*, 2018, 96, con nota di M. CASTELLANETA; CGUE, 4 luglio 2019, C-377/17, *European Commission c. Federal Republic of Germany*, (curia.europa.eu) (spec. v. punto 70).

⁴⁸ Su tali basi, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la legittimità del sistema di pubblicità e di offerta delle prestazioni degli avvocati affiliati al circuito della carta sconti “amica card”: Cons. St., 26 marzo 2016, n. 1164, (www.giustizia-amministrativa.it). Anche il Consiglio nazionale forense, preso atto dell'evoluzione normativa che ha condotto anche all'introduzione nella legge professionale dell'art. 10 l. n. 247/2012, ha mutato la propria giurisprudenza in merito all'indicazione dei prezzi della prestazione nei messaggi pubblicitari: CNF, 28 dicembre 2017, n. 243, (www.consiglionazionaleforense.it).

⁴⁹ Nonostante il divieto assoluto della pubblicità ovvero anche di una forma specifica di pubblicità possa costituire di per sé una restrizione alla libera prestazione dei servizi: CGUE, 17 luglio 2008, C-500/06, *Corporación Dermoeestética v. To Me Group Advertising Media*, in *Racc. giur. Corte*, I, p. 5785, una regolamentazione domestica che vieti ai medici di effettuare qualsiasi pubblicità contraria all'etica professionale può nondimeno risultare giustificata da considerazioni imperative di interesse generale attinenti alla salute pubblica e alla tutela dei consumatori, spettando al giudice nazionale verificare se dette regole, pur costituendo una restrizione alla libera prestazione dei servizi, siano idonee a salvaguardare un obiettivo di interesse generale e non eccedano quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito: CGUE, 12 settembre 2013, C-475/11, *Kostas Konstantinides*, (www.curia.europa.eu).

⁵⁰ Si fa riferimento all'ultima versione in vigore dal 12 giugno 2018, pubblicata sulla G.U. 13 aprile 2018, n. 86.

⁵¹ Il TAR Lazio ha ritenuto legittima la sanzione inflitta dall'A.G.C.M. alla Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri per aver introdotto nel «codice deontologico norme idonee a restringere in misura sensibile la concorrenza mediante l'imposizione di ingiustificati divieti o vincoli all'utilizzo dello strumento pubblicitario»: T.A.R. Lazio, 1 aprile 2015, n. 4943, (www.giustizia-amministrativa.it).

⁵² La Corte di giustizia ha chiarito che la pubblicità ingannevole e la pubblicità illegittimamente comparativa sono due infrazioni autonome, e che al fine di vietare e sanzionare una pubblicità ingannevole non è necessario che quest'ultima costituisca al contempo una pubblicità illegittimamente comparativa: CGUE, 13 marzo 2014, C-52/13, *Posteshop SpA–Divisione Franchising Kipoint v. AGCM*, (www.curia.europa.eu).

⁵³ E. MARCHISIO, *Professioni intellettuali e impresa*, Milano, 2018, p. 247.

⁵⁴ L'esclusione dal divieto trova ragione anche nel fatto che, a differenza della società fra professionisti, l'associazione tra professionisti non assume la titolarità dei rapporti con i clienti in sostituzione ovvero in aggiunta al professionista: Cass., 23 maggio 1997, n. 4628, in *Le società*, 1997, p. 1144, con nota di G. SCHIANO DI PEPE; Cass., 13 aprile 2007, n. 8853, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1588; Cass., 8 settembre 2011, n. 18455, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, I, p. 341, con nota di G. MASSIMO; Cass., 24 maggio 2019, n. 14321, (www.italgiure.giustizia.it).

⁵⁵ Cass., 29 gennaio 1973, n. 268, in *F. it.*, I, p. 3194; Cass., 30 gennaio 1985, n. 566, in *R. d. comm.*, 1985, I, p. 115, con nota di A. FUSARO; anche in *Resp. civ.*, 1985, p. 628, con nota di C. VACCA; *F. pad.*, 1985, I, p. 178, con nota di G. ALPA; Cass., 7 gennaio 1993, n. 79, in *G. it.*, 1993, I, p. 1927, con nota di G. DE LUCA; anche in *Nuova g. civ. comm.*, 1994, I, p. 673, con nota di A. ALESSI; Cass., 2 marzo 1994, n. 2053, in *G. it.*, 1994, I, p. 1272, con nota di L. QUATTROCCHIO.





costituite per l'esercizio di più attività professionali⁵⁶.

Norme specifiche sono state introdotte al fine di superare la principale resistenza all'ammissibilità della società tra professionisti, e cioè l'obbligo inderogabile del prestatore d'opera intellettuale di adempiere personalmente l'incarico⁵⁷ – apparentemente incompatibile con l'esecuzione della prestazione da parte della società, che per antonomasia presupporrebbe che il relativo oggetto fosse invece passibile di esecuzione “metaindividuale”⁵⁸ –, disponendosi che nell'atto costitutivo siano previsti «criteri e modalità affinché l'esecuzione dell'incarico professionale conferito alla società sia eseguito solo dai soci in possesso dei requisiti per l'esercizio della prestazione professionale richiesta», precisandosi altresì che la designazione del socio professionista debba essere compiuta dal cliente e che, in mancanza di una sua scelta, «il nominativo debba essere previamente comunicato per iscritto all'utente» (art. 10, comma 4, lett. c, l. n. 183/2011)⁵⁹.

⁵⁶ Cfr., in tema di esercizio in forma associata della professione forense, Cass., sez. un., 19 luglio 2018, n. 19282, in *Le società*, 2018, p. 1109, con nota di A. BUSANI, secondo cui, ai sensi dell'art. 4 bis l. n. 247/2012, «è consentita la costituzione di società di persone, di capitali o cooperative i cui soci siano, per almeno due terzi del capitale sociale e degli aventi diritto di voto, avvocati iscritti all'albo, ovvero avvocati iscritti all'albo e professionisti iscritti in albi di altre professioni, ed il cui organo di gestione debba essere costituito solo da soci e, nella sua maggioranza, da soci avvocati».

⁵⁷ C. IBBA, *Professioni intellettuali e diritto commerciale*, in *Le professioni intellettuali*, a cura di C. IBBA – D. LAPELLA – P. PIRAS – P. DE ANGELIS – C. MACRÌ, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1987, p. 474; G. MARASÀ, *Società tra professionisti e impresa*, in *R. not.*, 1997, p. 1345; di recente, E. MARCHISIO, *op. cit.*, p. 147. Giacché l'unica veste di associazione consentita era quella che non facesse venir meno il rapporto di immediatezza tra professionista e cliente basato sull'intuitus personae, in vigenza della l. n. 1815/1939 la giurisprudenza si era orientata nel senso che, rispetto all'esercizio delle professioni protette, solo le società non aventi come scopo l'espletamento dei compiti propri del professionista, ma soltanto quello di porre a disposizione di quest'ultimo un apparato di strutture e di mezzi, fossero escluse dal divieto: Cass., 13 maggio 1992, n. 5656, in *G. it.*, 1993, I, p. 354, con nota di A. BADINI CONFALONIERI; Cass., sez. un., 27 settembre 1997, n. 9500, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 741; Cass., 29 febbraio 2016, n. 3926, in *R. not.*, 2016, II, p. 719, con nota di M. MERCURI; Cass., 22 marzo 2017, n. 7310, in *G. it.*, 2018, p. 1925, con nota di E. DESANA.

⁵⁸ P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 165; ID., *Società tra professionisti*, in *R. not.*, 1997, p. 1365.

⁵⁹ In dottrina si è sostenuto che il riconoscimento della possibilità di costituire società tra professionisti imponga una lettura evolutiva del criterio di personalità nell'esecuzione della prestazione, che superi la dimensione individuale per riflettersi sulla stessa s.t.p. (cd. *intuitus societatis*): G. SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti*, Milano, 1977, p. 70; C. IBBA, *Professione intellettuale e impresa*, IV, *Esercizio associato della professione e società*, in questa *Rivista*, 1985, II, p. 125; M. RESCIGNO, *Le società tra professionisti*, Milano, 1985, p. 46;

Per contro, anche prima della novella si riteneva, da un lato, che gli esercenti professioni intellettuali non protette potessero abbandonare lo schema del contratto d'opera intellettuale a favore del contratto d'appalto di servizi ovvero di un altro contratto, anche atipico, che implicasse una spersonalizzazione della prestazione e, dall'altro lato, che per tutte le altre attività di professione intellettuale o per tutte le altre prestazioni di assistenza o consulenza che non si risolvessero in un'attività riservata in via esclusiva, continuasse a vigere il principio generale di libertà di lavoro autonomo o di libertà di impresa di servizi⁶⁰.

3. L'evoluzione giurisprudenziale nella responsabilità professionale.

Uno dei principali ostacoli all'ammissibilità dell'esercizio dell'attività professionale in forma societaria era rappresentato dal timore che la persona fisica, chiamata a eseguire la prestazione, potesse sottrarsi alla responsabilità nei confronti dei terzi: secondo l'opinione prevalente il rapporto d'opera professionale si sarebbe instaurato, infatti, tra il cliente e la società, alla quale l'utente avesse conferito l'incarico⁶¹. Tale opinione sembra avere trovato conferma nella legislazione successiva e, in particolare, nell'obbligo, disposto a carico della società, di stipulare una polizza assicurativa per i danni causati ai clienti nell'esercizio dell'attività professionale⁶².

M. BUSSOLETTI, voce *Società di professionisti*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 1075; P. SCHLESINGER, *Abolito il divieto dell'esercizio in forma societaria di attività professionali*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1369; A.M. LEOZAPPA, *Società e professioni intellettuali*, Milano, 2004, p. 60.

⁶⁰ Cass., sez. un., 31 maggio 1968, n. 1475, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1858; Cass., 22 dicembre 1993, n. 12678, in *Inf. e prev.*, 1993, p. 1539; Cass., 30 maggio 2006, n. 12840, in *R. it. d. lav.*, 2007, II, p. 26, con nota di E. SENA; Cass., sez. un., 11 giugno 2008, n. 15530, in *D. e prat. soc.*, 2009, p. 20, con nota di E. SCARANTINO; Cass., 29 marzo 2019, n. 8683, (www.italggiure.giustizia.it).

⁶¹ C. STOLFI, *Struttura e natura giuridica della società di professionisti*, in *R. d. comm.*, 1975, I, p. 136; M. BUSSOLETTI, *op. cit.*, p. 294; G. SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, p. 37; M. RESCIGNO, *Le società tra professionisti*, *cit.*, p. 96; G. MARASÀ, *op. cit.*, p. 1345; P. SPADA, *Società tra professionisti*, in *R. not.*, 1997, p. 1365; A. PAVONE LA ROSA, *Società tra professionisti e artisti*, in *R. soc.*, 1998, p. 93; G. RAGUSA MAGGIORE, *La nuova società di professionisti intellettuali: la legge e le prospettive*, in *Vita not.*, 1998, p. 800; S. MAZZARESE, *Professioni liberali, imprese di servizi e società di professionisti*, in *Rass. d. civ.*, 1998, p. 283; A. GEMMA, *I professionisti tra società e impresa*, in *Europ. e d. priv.*, 1998, p. 851.

⁶² Già con riferimento alla nuova disciplina: E. MINERVINI, *La società tra avvocati (s.t.p.) nel d.lgs. 2 febbraio 2001*, n. 96, in *Le società*, 2001, p. 1029; V. BUONOCORE, *Alcuni brevi commenti al d.lgs. 2 febbraio 2001 in tema di società tra avvocati*, in *G. comm.*, 2001, I, p. 279; G. CAPO, *Alcuni brevi commenti*

Ciò tuttavia non esclude una responsabilità anche della persona fisica che in concreto abbia assunto l'obbligo di eseguire l'attività, come riconosce già l'art. 2, comma 1, lett. c, d.l. n. 223/2006, il quale richiede che la specifica prestazione debba «*essere resa da uno o più professionisti previamente indicati, sotto la propria personale responsabilità*». Analoghe disposizioni si rinvengono nella disciplina di settore e, in particolare, nelle norme in tema di società tra avvocati⁶³ – art. 26, comma 1, d.l. n. 96/2001, per il quale «*i soci incaricati sono personalmente e illimitatamente responsabili per l'attività professionale svolta in esecuzione dell'incarico*» – confermate anche di recente dall'art. 1, comma 141, lett. b), l. 4 agosto 2017, n. 124, che ha introdotto l'art. 4 bis, comma 4, l. n. 247/2012, ritenute espressive di una disciplina più generale, applicabile a tutte le s.t.p., quale che sia il tipo societario secondo il quale sono state costituite.

Il confronto con la disciplina può indurre a considerare la responsabilità del socio professionista come un'ipotesi di responsabilità contrattuale di fonte legale⁶⁴. Tale conclusione trova argomento nella designazione del socio professionista, ritenuto dalla legge responsabile dell'esecuzione dell'incarico, il cui scopo sembra proprio quello di costituire un rapporto obbligatorio diretto tra il cliente e il socio incaricato (ma non con il professionista ausiliario). Né si può trarre argomento, per negarne la natura contrattuale, dai rilievi che sono

al d.lgs. 2 febbraio 2001 in tema di società tra avvocati, in *G. comm.*, 2001, I, p. 283; M. SERRA, *Alcuni brevi commenti al d.lgs. 2 febbraio 2001 in tema di società tra avvocati*, in *G. comm.*, 2001, I, p. 296; C. IBBA, *Le società tra avvocati: profili generali*, in questa *Rivista*, 2002, II, p. 362; G. SCOGNAMIGLIO, *Amministrazione e responsabilità nella società di avvocati*, in *Studi in onore di Schlesinger*, IV, Milano, 2004, p. 3085; P. SPADA, *Schegge di riforma del diritto delle società di persone*, *ivi*, p. 3110; M. TOMASSI, *Società tra professionisti: spunti critici alla luce del d.lgs. 96/2001 e dei tentativi di riforma del mercato dei servizi professionali*, in *Studium iuris*, 2011, p. 743; M. CIAN, *La nuova società tra professionisti. Primi interrogativi e prime riflessioni*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2012, p. 18; A. TOFFOLETTO, *Società tra professionisti*, in *Le società*, 2012, p. 31; S. ROSSI – E. CODAZZI, *La società tra professionisti: l'oggetto sociale*, in *Le società*, 2012, suppl. 5, p. 8; A. FUSARO, *Le società per l'esercizio di attività professionali in Italia e all'estero*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2013, suppl. 3, p. 69; M. SALAZAR, *Le associazioni e le società tra avvocati dopo la legge 31 dicembre 2012, n. 247 di riforma dell'ordinamento forense: realtà e prospettiva*, in *Contratto e impr.*, 2013, p. 1174.

⁶³ Sulle quali v. F. FEZZA, *Alcuni brevi commenti al d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96 in tema di società tra avvocati*, in *G. comm.*, 2001, I, p. 290; E. CODAZZI, *Alcuni brevi commenti al d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96 in tema di società tra avvocati*, in *G. comm.*, 2001, I, p. 303; più di recente, G. BERTELOTTI, *Società tra professionisti e società tra avvocati*, Torino, 2013, p. 159.

⁶⁴ Per una diversa opinione v. M. ZACCHEO, *Società tra professionisti e professioni protette*, in *Le società*, 2012, p. 18.

stati sollevati sulla compatibilità con il nostro ordinamento della teorica dell'obbligazione senza prestazione⁶⁵. Anche ove si respinga – in linea con la novella sulla responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24) – l'idea secondo la quale la responsabilità professionale sia fondata sull'inadempimento di un'obbligazione derivante da contatto sociale⁶⁶, la qualificazione di responsabilità contrattuale andrebbe in ogni caso confermata: sia perché appunto si tratterebbe di un'ipotesi di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione *ex lege*; sia perché, anche laddove ricostruita come conseguenza del contatto sociale, si atterrebbe, quanto al contenuto, come una normale obbligazione, destinata a produrre un risultato utile per il creditore, non a tenerlo indenne da un rischio di danno generato dalla prestazione⁶⁷.

Riprendendo le considerazioni svolte in precedenza, ormai anche in giurisprudenza risulta consolidata l'opinione secondo la quale tutte le obbligazioni hanno un contenuto che comprende sempre, oltre al comportamento dovuto, il risultato. In particolare, il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato trova radice in un precedente giurisprudenziale il quale, pur non abbandonando tale dicotomia, aveva sostenuto che, quando il cliente avesse provato in giudizio che l'intervento operatorio fosse di facile esecuzione e che il risultato conseguito fosse peggiorativo delle sue condizioni, si sarebbe dovuta presumere, in mancanza di prova contraria del professionista, l'inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione⁶⁸. In questa ipotesi, il professionista avrebbe

⁶⁵ In una prospettiva contraria: C. RINALDO, *Profili di responsabilità nelle società tra professionisti*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2014, p. 851.

⁶⁶ Per tutti v. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 566.

⁶⁷ Cfr. A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 450; F. CAFAGGI, *La responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, XVII, Torino, 1997, p. 181.

⁶⁸ Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *F. it.*, 1979, I, p. 4; Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *F. it.*, 1999, I, p. 2874, con nota di E. FILOGRANA; anche in *G. it.*, 2000, p. 479, con nota di F. PATARNELLO; *Nuova g. civ. comm.*, 2000, I, p. 226, con nota di C. PARODI; *Resp. civ.*, 2000, p. 995, con nota di M. GORGONI; Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Corr. giur.*, 2005, p. 33, con nota di A. DI MAJO; anche in *F. it.*, 2004, I, p. 3328, con nota di A. BITETTO; *Danno e resp.*, 2005, p. 23, con nota di R. DE MATTEIS; *Nuova g. civ. comm.*, 2005, I, p. 552, con nota di C. PASQUINELLI; *G. it.*, 2005, p. 1413, con nota di S. PERUGINI; Cass., 18 aprile 2005, n. 7997, in *Corr. giur.*, 2006, p. 247, con nota di F. ROLFI; anche in *Riv. it. medicina legale*, 2006, p. 629, con nota di M. BARNI; Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Resp. civ.*, 2007, p. 282, con nota di P. CENDON; anche in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 369, con nota di R. ROSSI; *Nuova g. civ. comm.*, 2007, I, p. 784, con nota di C. SGANGA; *Danno e resp.*, 2007, p. 310, con nota di G. PONZANELLI; *Corr.*

be dovuto provare non tanto di aver rispettato le *leges artis*, bensì che l'esito peggiorativo fosse stato causato dal sopravvenire di un evento impreveduto e imprevedibile che avrebbe reso in concreto impossibile il conseguimento del risultato previsto mediante l'intervento⁶⁹.

Nel cammino che ha condotto la giurisprudenza a superare la distinzione tra mezzi e risultato ha assunto rilevanza il *dictum* di S.U., 30 gennaio 2001, n. 13533, in merito al riparto dell'onere probatorio nella responsabilità contrattuale⁷⁰. I giudici di legittimità avevano affermato il principio di diritto per cui il creditore, sia che agisca per la risoluzione per inadempimento, sia che domandi la responsabilità per inadempimento, deve provare l'esistenza di un'obbligazione, potendo limitarsi ad allegare la circostanza dell'inadempimento, spettando al debitore, in virtù del principio di vicinanza della prova, fornire la prova contraria dell'adempimento. Facendo applicazione di questi principi nelle cause di responsabilità medica, la giurisprudenza ha ritenuto in un primo tempo che il paziente, pur potendosi limitare ad allegare l'inadempimento del sanitario, dovesse però fornire la prova oltre che del contratto, anche del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del medico e l'evento dannoso⁷¹. Tuttavia, le stesse Sezioni unite, con la successiva pronuncia n. 577/2008, hanno ritenuto di non poter condividere questa impostazione relativa alla prova del nesso di causalità, che risentirebbe della ormai superata distinzione tra obbligazioni di mezzi e di

risultato e non risulterebbe coerente con i principi elaborati dalla stessa pronuncia n. 13533/2001, nella quale, non a caso, di tale distinzione non si fa menzione⁷². Di conseguenza, il paziente non avrebbe necessità di provare il nesso, che si presume dall'allegazione di un inadempimento astrattamente idoneo a cagionare il danno secondo un criterio di normalità causale; toccherebbe al medico provare l'adempimento ovvero che il suo inadempimento non sia stato causa dell'evento dannoso, essendo intervenuto un fattore esterno che ha determinato il mancato raggiungimento del risultato positivo per il creditore e interrotto il nesso causale con la propria condotta.

Rispetto al principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite si registra già un'evoluzione nella giurisprudenza più recente, per la quale grava sul creditore-paziente l'onere di provare il nesso di causalità fra la condotta del sanitario e il pregiudizio lamentato⁷³. Tale nuovo indirizzo passa dalla rivalutazione del più risalente orientamento che, ai fini del riparto dell'onere probatorio, valorizzava la distinzione tra interventi di facile e di difficile esecuzione⁷⁴. In particolare, si sostiene che l'art. 2236 c.c., nel contemplare espressamente solo l'intervento di speciale difficoltà (intesa quale obbligazione di mezzi retta dalla regola particolare del limite ai casi di dolo e colpa grave), presupporrebbe anche l'esistenza di altre due categorie: l'intervento routinario o in assenza di difficoltà (inteso quale obbligazione di risultato) e l'intervento non routinario o di ordinaria difficoltà (ricodotto all'obbligazione di mezzi)⁷⁵. Per negare il contrasto con S.U., n. 13533/01⁷⁶ e n. 577/08⁷⁷ – che avrebbe sollecitato una nuova rimes-

giur., 2007, p. 522, con nota di G. TRAVAGLINO; Cass., 20 ottobre 2014, n. 22222, (www.italgiure.giustizia.it).

⁶⁹ Hanno fatto applicazione di questi principi in settori diversi da quello medico: Cass., 14 novembre 2002, n. 16023, in *Danno e resp.*, 2003, p. 256, con nota di F.A. SALVATORE, per l'avvocato che nella formulazione di un parere ometta di indicare al cliente che il diritto che questi intende far valere in giudizio in realtà sia prescritto; Cass., 21 marzo 1997, n. 2540, in *Corr. giur.*, 1997, p. 547, con nota di V. CARBONE; Cass., 2 febbraio 2007, n. 2257, in *F. it.*, 2007, I, p. 2113; Cass., 18 gennaio 2017, n. 1214, (www.italgiure.giustizia.it), per l'ingegnere o l'architetto che elabori un progetto di costruzione di un'opera irrealizzabile perché inadeguato o non conforme alle regole tecniche e giuridiche in materia di edificabilità.

⁷⁰ Cass., sez. un., 30 gennaio 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565, con nota di V. MARICONDA; *Nuova g. civ. comm.*, 2002, I, p. 349, con nota di B. MEOLI.

⁷¹ Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, in *Nuova g. civ. comm.*, 2004, p. 783, con nota di E. PALMERINI; anche in *Danno e resp.*, 2005, p. 26, con nota di R. DE MATTEIS; *G. it.*, 2005, p. 1413, con nota di S. PERUGINI; Cass., 31 luglio 2006, n. 17306, in *D. ec. ass.*, 2007, p. 514, con nota di D. DE STROBEL; Cass., 16 gennaio 2009, n. 975, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1653, con nota di M. BONA; anche in *Danno e resp.*, 2010, p. 372, con nota di M. CAPECCHI – B. TASSONE; *F. it.*, 2010, I, p. 994, con nota di B. TASSONE; *Resp. civ.*, 2010, p. 375, con nota di G. MIOTTA; Cass., 11 maggio 2009, n. 10743, in *Nuova g. civ. comm.*, 2009, I, p. 1276, con nota di A. QUERCI; Cass., 9 giugno 2011, n. 12686, (www.italgiure.giustizia.it).

⁷² Cass., n. 577/2008, *cit.*, p. 1653; Cass., 21 luglio 2011, n. 15993, in *R. it. medicina legale*, 2011, p. 1729, con nota di M. MIGLIO; Cass., 12 dicembre 2013, n. 27855, in *Riv. it. medicina legale*, 2014, p. 1046, con nota di E. OCCHIPINTI; Cass., 21 settembre 2015, n. 18497, (www.italgiure.giustizia.it).

⁷³ Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno e resp.*, 2017, p. 696, con nota di D. ZORZI; *ivi*, 2018, p. 345, con nota di G. D'AMICO; Cass. 14 novembre 2017, n. 26824, in *F. it.*, 2017, I, p. 557, con nota di B. TASSONE; anche in *Danno e resp.*, 2018, p., con nota di R. PARDOLESI – R. SIMONE; Cass., 20 novembre 2018, n. 29853, in *F. it.*, 2019, I, p. 1598, con nota di A. PALMIERI – R. PARDOLESI; Cass., 30 ottobre 2018, nn. 27446, 27447, 27449, 27455, (www.italgiure.giustizia.it); Cass., 13 luglio 2018, n. 18540, in *F. it.*, 2018, I, p. 3570, con nota di R. PARDOLESI – R. SIMONE; Cass., 26 febbraio 2019, n. 5487, in *F. it.*, 2019, I, p. 1594, con nota di A. PALMIERI – R. PARDOLESI; Cass., 11 novembre 2019, n. 28991, in *G. it.*, 2020, p. 35, con nota di A. DI MAJO; anche in *Danno e resp.*, 2020, p. 71, con nota di P. MIRABELLI DI LAURO; Cass., 17 gennaio 2019, n. 1045, (www.italgiure.giustizia.it).

⁷⁴ Cass., n. 6141/1978, *cit.*, p. 4.

⁷⁵ E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *F. it.*, 2018, V, p. 268.

⁷⁶ Cass., sez. un., n. 13533/2001, *cit.*, p. 1565.

⁷⁷ Cass. sez. un., n. 577/2008, *cit.*, p. 1653.



sione del conflitto alle stesse Sezioni unite – i giudici di legittimità hanno fatto leva sulla distinzione fra causalità materiale e giuridica, da una parte, e causalità concernente l'impossibilità di adempiere ex art. 1256, dall'altra parte, sostenendo che quella (indicata dalle decisioni delle Sezioni unite come) incombente sul debitore fosse la prova del nesso di causa per la fattispecie estintiva dell'obbligazione (e cioè per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione), e non anche per la fattispecie costitutiva della responsabilità, la cui prova è da sempre onere del creditore⁷⁸.

Se l'intrinseca debolezza concettuale della distinzione tra mezzi e risultato nel nostro ordinamento non deve indurci a sopravvalutare le indicazioni della giurisprudenza, è vero però che tale distinzione coglie il dato reale della varietà fenomenica dei rapporti obbligatori, come riconosce la stessa dottrina che ne predica l'assoluta irrilevanza⁷⁹. Una volta rifiutato, anche da chi ne sostiene la rilevanza⁸⁰, l'assunto per il quale tale distinzione giustificerebbe un diverso regime per le obbligazioni di mezzi, fondato sulla colpa (ex art. 1176 c.c.), e non sull'inadempimento (art. 1218 c.c.), la dicotomia si giustifica per segnalare il diverso contenuto della prestazione dovuta e, di conseguenza, i fatti che il debitore è chiamato a provare per liberarsi dalla responsabilità⁸¹.

⁷⁸ Cfr. G. ALPA, *Orientamenti della giurisprudenza sulla nuova disciplina della responsabilità medica*, in *G. it.*, 2019, p. 5; F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *G. it.*, 2019, p. 709; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento...extracontrattuale per colpa*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 249; A.M. BENEDETTI, *Verso una "medicalizzazione" della responsabilità contrattuale? Esercizi di (discutibile) riscrittura dell'art. 1218 c.c.*, in *giustiziavivibile.com*, 28 gennaio 2020; M. MAGLIUOLO – R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbarraglio*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 256; U. IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, in *F. it. – Gli Speciali*, 2020, V, p. 198; anche S. CAFARELLI, *L'onus probandi della causalità materiale nella responsabilità sanitaria e il rischio della c.d. "causa ignota"*, in *giustiziavivibile.com*, 2 gennaio 2020.

⁷⁹ C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europ. e d. priv.*, 2004, p. 74; F. PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europ. e d. priv.*, 2008, p. 83; A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europ. e d. priv.*, 2006, p. 800.

⁸⁰ G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999, p. 117.

⁸¹ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, 2019, Milano, p. 71; U. SALANITRO, *op. cit.*, p. 50; in giurisprudenza cfr. Cass., 20 maggio 2015, n. 10289, in *G. it.*, 2015, p. 2322, con nota di G. SICCHIERO; Cass., 28 febbraio 2014, n. 4876, in *Contratti*, 2014, p. 888, con nota di F. PIRAINO.

4. Professionisti intellettuali e statuto dell'impresa: *splitting up* o *melting down*?

La scelta di sottrarre il professionista intellettuale dallo statuto dell'impresa trova riconoscimento nell'art. 2238 c.c., laddove si consente l'applicazione della disciplina delle imprese commerciali solo rispetto a quelle attività che, pur non essendo di natura liberale, presuppongono l'esercizio di una professione intellettuale da parte del titolare dell'impresa (si pensi al farmacista che venda medicinali già confezionati ovvero a un medico che gestisca una clinica privata)⁸². Tale sottrazione testimonia come nel nostro ordinamento vi sia una diversa considerazione normativa dell'attività intellettuale, la quale non costituisce di per sé esercizio d'impresa neanche quando richiede l'impiego di mezzi strumentali e l'apporto di ausiliari⁸³. Soluzione che trova giustificazione nella tradizione storica, che rifiutava l'equiparazione tra professionisti ed esercenti di attività economiche, frutto di un privilegio le cui origini affondano nella contrapposizione tra *ars liberalis* e *ars illiberalis*⁸⁴.

Tale scelta rischia però di apparire incoerente con un sistema nel quale il professionista non è più considerato come soggetto estraneo alla logica del mercato capitalista⁸⁵: in virtù dell'inclusione nella nozione comunitaria di impresa anche delle professioni intellettuali, infatti, sul piano della disciplina l'esercizio di attività professionale è considerato equivalente all'esercizio di attività imprenditoriale (si pensi alle norme sul ritardo nei pagamenti delle obbligazioni commerciali e alle regole del codice del consumo)⁸⁶ a conferma del «fatto che, oggettivamente, lo svolgimento dell'attività delle libere professioni non è più o non è sempre – normativamente – considerato diverso dallo svolgimento di

⁸² Sottolinea U. SALANITRO, *op. cit.*, p. 270, che la scelta di escludere l'esercizio delle professioni intellettuali dall'ambito della disciplina dell'impresa risultava coerente con le regole che riconoscevano agli ordini e ai collegi professionali una rilevante autonomia.

⁸³ Indici in questo senso si ricavano espressamente anche dalla Relazione al codice civile, n. 917, secondo la quale il codice avrebbe fissato «il principio che l'esercizio di una professione non costituisce di per sé esercizio di una impresa, neppure quando l'espletamento dell'attività professionale richieda l'impiego di mezzi materiali e dell'opera di qualche ausiliario».

⁸⁴ F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contratto impr. eur.*, 1997, p. 2.

⁸⁵ C. ASSANTI, *Le professioni intellettuali e il contratto d'opera*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, XV, *Impresa e lavoro*, t. I, Torino, 2001, p. 846.

⁸⁶ F. MARINELLI – F. CAROCCIA, *Contratto d'opera e prestazione d'opera intellettuale*, in *Tratt. dir. civ. Perlingieri*, Napoli, 2013, p. 132.



un'attività di impresa sotto il profilo degli interessi da tutelare.»⁸⁷.

Rispetto a un contesto radicalmente mutato, resta da chiedersi perché riconoscere un privilegio di cui si revoca in dubbio la stessa natura di canone di favore, giacché preclude l'accesso ai mezzi di soluzione non fallimentare delle crisi che, in determinati casi, potrebbero rappresentare una risposta più efficiente della sola normativa sulla crisi da indebitamento, a cui i professionisti intellettuali sono sottoposti ai sensi dell'art. 6, l. 27 gennaio 2012, n. 3⁸⁸.

D'altro canto, però, l'esercizio di una professione intellettuale conserva delle caratteristiche che la differenziano dall'attività imprenditoriale – arg. anche dalla diversa *sedes materiae* in cui la libertà professionale (art. 15) e la libertà d'impresa (art. 16) trovano riconoscimento nella Carta di Nizza – e che impediscono un'applicazione indiscriminata dello statuto dell'impresa⁸⁹: ad esempio in materia di concorrenza sleale, ove la presenza «di appositi uffici (come nel caso dei consigli degli ordini delle professioni protette), destinati a controllare il rispetto delle regole di deontologia professionale e ad irrogare le relative sanzioni», è stata ritenuta un ostacolo all'applicazione analogica della disciplina di cui agli artt. 2598 c.c. ss⁹⁰, non del tutto superato neanche nella dottrina⁹¹ e nella giurisprudenza più recente⁹².

⁸⁷ M. RESCIGNO, “Per scelta del legislatore”: professioni intellettuali, impresa e società, in *Analisi g. ec.*, 2014, p. 201.

⁸⁸ M. RESCIGNO, *op. loc. ult. cit.*, p. 201.

⁸⁹ G. OPPO, *Antitrust e professioni intellettuali*, cit., p. 1999, p. 123; A.M. LEZAPPA, *Professioni intellettuali e legislazione speciale: spunti di riflessione*, in *R. not.*, 2002, p. 1186.

⁹⁰ M. LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, Catania, 1977-79, rist. Napoli, 2016, p. 301.

⁹¹ Cfr. M.S. SPOLIDORO, *Concorrenza sleale fra liberi professionisti*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 157; G. SCHIANO DI PEPE, *Riflessioni in tema di concorrenza illecita fra professionisti*, in *Atti del Convegno “La concorrenza nelle Professioni e il ruolo del Notariato”*, Genova 21 ottobre 2017, (www.biblioteca.fondazione-notariato.it).

⁹² Nonostante la giurisprudenza di legittimità abbia escluso l'applicazione degli artt. 2598 c.c. ss. ai professionisti intellettuali sostenendo che, presupposto giuridico per la configurabilità di un atto di concorrenza sleale, fosse la sussistenza di una situazione di concorrenzialità tra due o più imprenditori: Cass., 13 gennaio 2005, n. 560, in *G. it.*, 2005, p. 1177, con nota di F. RESTANO; più di recente, Cass., 9 febbraio 2016, n. 2520, (www.italgiure.giustizia.it), l'applicabilità della disciplina sulla concorrenza sleale alle libere professioni rimane tuttora una questione controversa. Nella giurisprudenza di merito, infatti, a fronte di pronunce adesive all'orientamento della Cassazione: App. Bologna, 10 febbraio 2017, n. 356, in *Corr. giur.*, 2018, p. 187, si registrano anche indirizzi di segno opposto. In particolare, risalta una pronuncia ampiamente motivata del Tribunale di Milano che ha ammesso l'applicabilità della disciplina della concorrenza sleale ai rapporti interprofessionali tra avvocati. Secondo i giudici meneghini, “la ratio della disciplina della concorrenza sleale, quale strumento di presidio del libero mercato (...), pare consentire di valorizzare – in funzione di

Consapevole dell'esigenza di tutelare gli interessi fondamentali sottesi all'esercizio delle professioni liberali, si è mostrata anche la giurisprudenza europea in materia antitrust, che ha giustificato misure restrittive della concorrenza adottate al fine di salvaguardare la salute pubblica, la qualità delle prestazioni e i diritti dei consumatori⁹³. Si tratta di indicazioni che hanno trovato riscontro anche nel Trattato di Lisbona, che è stato interpretato nel senso che «la concorrenza non è tutelata come “valore in sé” (ammesso che lo sia stata in passato), bensì come “bene giuridico strumentale” per il raggiungimento di finalità di ordine superiore (in primo luogo: benessere e libertà delle persone); un bene che dovrà essere bilanciato con altri e che, in questo bilanciamento, potrà essere talora sacrificato, con legittime scelte legislative ed amministrative, a valori di rango superiore»⁹⁴. Quest'approccio all'idea di concorrenza, dovuto al progressivo avvicinamento dell'antitrust europeo al *more economic approach* statunitense, «identifica la tutela della concorrenza non più con la tutela di una certa struttura di mercato [modello di concorrenza perfetta dell'economia neoclassica] ma come una disciplina volta a realizzare un ottimale funzionamento del mercato, con l'obiettivo finale di realizzare il massimo benessere del consumatore»⁹⁵.

In quest'ottica, la mancanza in capo al cliente di sufficienti conoscenze per valutare la qualità dei servizi offerti, la sua incapacità di giudicare della prestazione all'indomani del compimento e la sostanziale «impossibilità dello stesso di comparare i prezzi in un mercato, per di più, in cui l'elevata richiesta di compenso è considerata espressione di una concorrenza a contrario, ossia della selezione già compiuta dalla clientela, che fa emergere le situazioni di più elevata professionalità» o di eccel-

un'interpretazione estensiva dell'istituto – l'elemento che accomuna i due ambiti dell'attività d'impresa e dell'esercizio della libera professione, ovvero il fatto che, tanto l'impresa, quanto lo studio professionale, siano realtà economiche ove si svolgono attività preordinate all'acquisizione ed alla conservazione di una stabile clientela, dunque di una “quota di mercato”; acquisizione e conservazione su cui certamente può incidere un atto di concorrenza sleale, senza che la dimensione dei mezzi preordinati al fine economico perseguito abbia alcuna rilevanza”: Trib. Milano, 6 giugno 2017, n. 6359, in *Corr. giur.*, 2018, p. 185; in precedenza, anche Trib. Bologna, 13 agosto 1999, in *D. ind.*, 2000, 36, con nota di G. FLORIDIA.

⁹³ CGUE, C-35/99, *cit.*, p. 188; CGUE, C-94/04 e C-2002/04, *cit.*, p. 639; CGUE, C-446/05, *cit.*, p. 1377; CGUE, C-475/11, *cit.*; CGUE, C-377/17, *cit.*

⁹⁴ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., p. 2; cfr. anche R. SENIGAGLIA, *Diritto antitrust e potere di autodeterminazione tariffaria nel mercato delle professioni intellettuali*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2003, II, p. 203; V. PUTORTI, *Prestazioni d'opera intellettuale e regole della concorrenza*, in *Pers. e merc.*, 2012, p. 88.

⁹⁵ M. LIBERTINI, *op. loc. ult. cit.*, p. 19.

lenza nel settore, giustificano l'esigenza di un' incisiva regolazione delle attività professionali⁹⁶. A questi compiti era chiamata la tradizionale auto-regolazione di tipo corporativo fondata sul sistema ordinistico⁹⁷: autoregolazione che ha mostrato tuttavia gravi limiti e della quale è stato infatti proposto il superamento⁹⁸. In particolare, il riconoscimento agli organismi professionali di una così larga autonomia comportava l'accettazione del «rischio che il mercato del settore tendesse a stabilizzarsi ad un livello del costo dei servizi intellettuali più elevato rispetto a quello che si sarebbe potuto avere sulla base del costo marginale della prestazione in un mercato concorrenziale perfetto. In presenza di un mercato con queste caratteristiche, infatti, aumenta il costo delle informazioni per i clienti sulla convenienza del servizio offerto e si riduce la possibilità per i professionisti non affermati di insidiare la clientela dei colleghi che godono di maggiore reputazione»⁹⁹.

Si dubita però che l'alternativa possa essere rappresentata dalla liberalizzazione *tout court* dei servizi professionali, che esporrebbe il cliente al rischio di ricevere prestazioni di qualità insufficiente¹⁰⁰, apparendo preferibile «la definizione di regolazioni amministrative più giuste ed efficienti di quelle del passato». Tali regolazioni dovrebbero, da un lato, salvaguardare «un livello minimo di qualità

delle prestazioni (con selezione degli accessi e vigilanza permanente sull'esercizio delle attività)» e, dall'altro lato, garantire «obiettivi di “servizio universale”, cioè il diritto di accesso di chiunque, in ogni parte del territorio e a condizioni eque e non discriminatorie, ai servizi professionali di base»¹⁰¹.

⁹⁶ D. POLETTI, *op. cit.*, p. 501.

⁹⁷ Cfr. Corte cost., 25 ottobre 2005, n. 405, (www.giurcost.org).

⁹⁸ M. BONANNI, *Ordini, professioni, modernizzazione*, in *L'ordine inutile? Gli ordini professionali in Italia*, a cura di M. BONANNI, Milano, 1998, p. 15.

⁹⁹ U. SALANITRO, *op. cit.*, p. 271. In termini economici il problema è affrontato da T.M. ANDERSEN – M. HVIID, *Imperfect competition, information acquisition, and price adjustment*, in *Dynamic modelling and control of national economies 1989*, a cura di N.M. CHRISTODOULAKIS, Oxford, 1990, p. 5; più di recente, U. DULLECK – R. KERSCHBAMER – M. SUTTER, *The Economics of Credence Goods: An Experiment on the Role of Liability, Verifiability, Reputation, and Competition*, in *American Economic Review* 101, 2011, p. 530.

¹⁰⁰ Sottolinea l'A.G.C.M., *Indagine conoscitiva*, n. 40/1997, *cit.*, p. 306, che «un'accentuata asimmetria informativa a sfavore del cliente può esporlo a prestazioni di qualità inadeguata, le quali, data la delicatezza e il rilievo degli interessi su cui incidono alcune attività professionali, sono suscettibili di produrre effetti particolarmente dannosi». In dottrina v. G. OPPO, *Anti-trust e professioni intellettuali*, *cit.*, p. 126; ID., *Sul rapporto fra professione intellettuale e impresa*, in *Ultimi Scritti*, VIII, Padova, 2013, p. 53, per il quale il sistema degli ordini professionali merita ancora di essere conservato, nonostante «possa richiedere qualche ritocco»; P. STANZIONE, *Gli Ordini professionali: funzioni attuali e prospettive di riforma*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1636, per il quale «il principio-cardine di ogni intervento di riforma risiede nell'affermare che gli Ordini devono continuare ad esistere, ma tale esistenza deve essere concretamente funzionalizzata al servizio del cittadino» e, in particolare, «al restringimento del gap informativo, che caratterizza il rapporto tra cliente ed erogatore del servizio relativamente ai contenuti della prestazione professionale».

¹⁰¹ M. LIBERTINI, *Il d.d.l. sulla concorrenza 2015 e le professioni intellettuali*, *cit.*, p. 5.



LA DISMISSIONE DELL'IMPIANTO DI RISCALDAMENTO CENTRALIZZATO TRA LE VARIE NORME APPLICABILI.

Di Luigi D'Alessandro

| 491

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il fatto – 3. La decisione del Tribunale di Roma – 4. Le norme applicabili e un'ipotesi di loro qualificazione – 5. L'applicazione delle norme al caso concreto – 6. L'orientamento della Corte di Cassazione.

ABSTRACT. Il caso risolto dal Tribunale di Roma con la sentenza del 31.07.2019 n. 15839 offre lo spunto per analizzare la disciplina applicabile alla particolare fattispecie costituita dalla delibera condominiale che dispone la dismissione dell'impianto di riscaldamento centralizzato. La normativa in materia è complessa e determina antinomie apparenti risolvibili con il ricorso al tradizionale criterio della specialità. Il risultato interpretativo ottenuto con la classificazione delle varie norme applicabili risulta conforme all'orientamento seguito dalla giurisprudenza.

The case resolved by the Court of Rome with the sentence of 07/31/2019 n. 15839 offers an opportunity to analyze the rules applicable to the particular case constituted by the condominium resolution which provides for the decommissioning of the central heating system. The legislation on the subject is complex and determines apparent antinomies that can be resolved with the use of the traditional criterion of specialty. The interpretative result obtained with the classification of the various applicable rules is consistent with the orientation followed by the case law.



1. Premessa

492

La dismissione dell'impianto di riscaldamento centralizzato a favore di impianti autonomi è oggetto di frequenti liti e contrasti all'interno dei condomini, sfocianti non di rado in controversie giudiziarie, come quella risolta dalla sentenza del Tribunale di Roma del 31.07.2019 n. 15836 qui commentata.

Naturalmente la questione non sorge se tutti i condomini sono d'accordo nell'abbandonare il sistema di riscaldamento centralizzato, ma nasce quando qualche condomino o anche uno solo di essi esprime un voto contrario in assemblea.

I conflitti e le divergenze si creano, in ultima analisi e sorvolando sugli interessi particolari dei singoli soggetti di volta in volta coinvolti, per la presenza al riguardo di una normativa che appare ad una prima approssimazione non chiarissima, nella quale ad una disciplina generale si contrappongono disposizioni di carattere eccezionale o speciale¹.

2. Il fatto.

L'assemblea di un condominio decide, non all'unanimità e senza allegare alla delibera un accertamento tecnico o altro similare documento attestante il risparmio energetico derivante dalla decisione, di dismettere l'impianto di riscaldamento centralizzato. Uno dei condomini dissenzienti impugna la delibera nei termini di legge dinanzi al Tribunale di Roma, deducendo nel merito l'illegittimità di essa in virtù dell'art. 4, comma 9, del D.P.R. del 2 aprile 2009 n. 59, che favorirebbe il mantenimento degli impianti termici centralizzati esistenti, eccetto l'ipotesi di cause tecniche o di forza maggiore che giustificano la scelta a favore di impianti con generazione di calore separata per singole unità abitative.

Il condominio, costituitosi in giudizio, nel merito eccepisce tra l'altro che la legge del 9 gennaio 1991, n. 10 consentirebbe la trasformazione degli impianti centralizzati in autonomi in forza di delibera approvata a maggioranza, prescindendo dalle condizioni dell'impianto centralizzato, dovendosi presumere il vantaggio della riduzione dei consumi.

3. La decisione del Tribunale di Roma.

Il Tribunale di Roma con la sentenza del 31.07.2019 n. 15836 accoglie la domanda del condomino e dichiara nulla la delibera impugnata.

¹ Per la qualifica delle norme in generali, speciali o eccezionali, si veda: IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1986, 41 ss.

La motivazione trae origine dalla considerazione preliminare che la decisione di dismettere l'impianto termico centralizzato non dispone una semplice modifica di esso, ma, impedendo l'uso o il godimento dell'impianto anche ad un solo condomino, determina l'eliminazione di un servizio comune. La decisione ricadrebbe pertanto nella fattispecie descritta dall'art. 1120, ultimo comma, c. c., e sarebbe illegittima se non adottata con il consenso unanime dei condomini.

Ciò, nonostante che, prosegue la motivazione, la trasformazione dell'impianto termico centralizzato in impianti con generazione di calore autonoma sia ammissibile, anche senza il consenso unanime dei condomini, in presenza di cause tecniche o di forza maggiore documentate in una relazione tecnica, in virtù dell'esplicita previsione dell'art. 4, comma 9, del D.P.R. del 2 aprile 2009 n. 59.

Secondo il Tribunale tra le "cause tecniche" che legittimerebbero la dismissione dell'impianto centralizzato rientrerebbe il caso del condominio impossibilitato ad adottare sistemi obbligatori di termoregolazione o contabilizzazione del calore previsti dalla normativa in materia per perseguire l'obiettivo del risparmio energetico, o quelle ipotesi "in cui ci si trovi in presenza di oggettive carenze dell'impianto comune che non consentano ad una unità immobiliare di poter godere della normale erogazione di calore".

Nel caso esaminato, il Tribunale rileva tuttavia che la maggioranza dei condomini con la delibera impugnata ha deciso la soppressione "pura e semplice" dell'impianto senza accertare l'impossibilità di funzionamento di esso o la ricorrenza dei presupposti normativi che consentono di adottare tale decisione senza il consenso espresso all'unanimità. Di qui la sua illegittimità.

4. Le norme applicabili e un'ipotesi di loro qualificazione.

Dalla lettura delle deduzioni formulate dalle parti in causa e del testo della sentenza, sembrerebbe che la questione sia disciplinata da norme contrastanti.²

² In generale, nella vastissima letteratura sul condominio si veda: PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto civile*, Milano 1954, 168; BRANCA, *Comunione e condominio degli edifici*, in *Commentario Scialoja e Branca al Codice Civile*, art. 1100-1139, Torino, 1972; INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, Napoli, 1979; VETTORI, *Partecipazione del conduttore all'assemblea dei condomini*, in *Aa.Vv., Il condominio negli edifici. Una normativa in evoluzione*, Milano, 1980, 9 ss; BASILE, voce "Condomino negli edifici (diritto civile)", in *Enc. Giur.*, VIII, Roma, 1988, 1; GIRINO, BAROLI, voce "Condominio degli edifici", in *Dig. Disc. Civil.*,





Il condomino, che impugna la delibera condominiale, invoca l'art. 4, comma 9, del D.P.R. del 2 aprile 2009 n. 59 al fine di contestarne la legittimità, mentre il condominio citato in giudizio richiama la legge del 9 gennaio 1991, n. 10 per fondare la validità di essa.

Il D.P.R. del 2 aprile 2009 n. 59³ è stato emanato per dare attuazione all'art. 4, comma 1, del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 192⁴ che prevedeva l'emanazione di uno o più decreti del Presidente della Repubblica al fine, tra l'altro, di definire i criteri generali, le metodologie di calcolo e i requisiti minimi finalizzati al contenimento dei consumi di energia degli edifici⁵.

L'art. 4, comma 9, del D.P.R. 2 aprile 2009, n. 59, stabilisce che: "In tutti gli edifici esistenti con un numero di unità abitative superiore a 4, e in ogni caso per potenze nominali del generatore di calore dell'impianto centralizzato maggiore o uguale a 100kw, appartenenti alle categorie E1 e E2, così come classificati in base alla destinazione d'uso all'art. 3 del decreto del Presidente della Repubblica 26 agosto 1993, n. 412, è preferibile il mantenimento di impianti termici centralizzati laddove esistenti; le cause tecniche o di forza maggiore per ricorrere ad eventuali interventi finalizzati alla trasformazione degli impianti termici centralizzati ad impianti con generazione di calore separata per singola unità abitativa devono essere dichiarate nella relazione di cui al comma 25." Il predetto comma 25 dell'art. 4, richiama la relazione tecnica, che, ai sensi dell'art. 28, comma 1, della legge 9 gennaio 1991, n. 10, il proprietario dell'edificio, o chi ne ha titolo, deve depositare in Comune, unitamente alla denuncia di inizio lavori, per attestare che le opere sull'edificio

o sugli impianti siano dirette al contenimento dei consumi energetici⁶.

Dalla disposizione, e dal suo collegamento con quella del comma 25 dell'art. 4 citato, sembra desumibile la norma secondo la quale nei casi specifici previsti (negli edifici esistenti con un numero di unità abitative superiore a 4, e, in ogni caso, qualora le potenze nominali del generatore di calore dell'impianto centralizzato siano maggiori o uguali a 100kw, appartenenti alle categorie E1 e E2, così come classificati in base alla destinazione d'uso dall'art. 3 del D.P.R. 26.8.1993, n. 412⁷) è consentita la trasformazione degli impianti centralizzati in impianti autonomi per cause tecniche o di forza maggiore che devono essere segnalate nella relazione da depositare all'autorità amministrativa unitamente alla denuncia di inizio lavori.

La legge 9 gennaio 1991, n. 10, richiamata dal condominio, all'art. 26, comma 2, così come da ultimo modificato dalla Legge 11 dicembre 2012 n. 220⁸, dispone che: "Per gli interventi sugli edifici e

⁶ Per semplicità, si riporta il testo che qui interessa dell'art. 4, comma 25 del D.P.R. 2 aprile 2009, n. 59: "Il progettista dovrà inserire i calcoli e le verifiche previste dal presente articolo nella relazione attestante la rispondenza alle prescrizioni per il contenimento del consumo di energia degli edifici e relativi impianti termici, che, ai sensi dell'art. 28, comma 1, della legge 9 gennaio 1991, n. 10, il proprietario dell'edificio, o chi ne ha il titolo, deve depositare presso le amministrazioni competenti secondo le disposizioni vigenti, in doppia copia, insieme alla denuncia dell'inizio dei lavori relativi alle opere di cui agli articoli 25 e 26 della stessa legge".

⁷ L'art. 3 del D.P.R. 26 agosto 1993 n. 412, recante norme per la progettazione, l'installazione, l'esercizio e la manutenzione degli impianti termici degli edifici al fine del contenimento dell'energia, in attuazione dell'art. 4, comma 4, della legge 9 gennaio 1991, n. 10, comprende sotto la categoria E1 gli edifici adibiti a residenza e assimilabili (abitazioni, collegi, conventi, caserme, case per vacanze, alberghi, pensioni); sotto la categoria E2 edifici adibiti a uffici pubblici o privati.

⁸ L'art. 26, comma 2, della legge 9.01.1991, n. 10, è stato modificato più volte dal legislatore. Il testo originario era il seguente: "Per gli interventi in parti comuni di edifici, volti al contenimento del consumo energetico degli edifici stessi ed all'utilizzazione delle fonti di energia di cui all'art. 1, ivi compresi quelli di cui all'art. 8, sono valide le relative decisioni prese a maggioranza delle quote millesimali". Una prima importante modifica si è avuta ad opera del D. Lgs. 29.12.2006 n. 311, che all'art. 7, comma 1-bis, ha disposto tra l'altro che gli interventi volti al contenimento del consumo energetico negli edifici fossero individuati attraverso un attestato o una diagnosi di certificazione energetica realizzata da un tecnico abilitato. L'articolo 26, comma 2, a seguito di tale intervento recitava: "Per gli interventi sugli edifici e sugli impianti volti al contenimento del consumo energetico ed all'utilizzazione delle fonti di energia di cui all'art. 1, individuati attraverso un attestato di certificazione energetica o una diagnosi energetica realizzata da un tecnico abilitato, le pertinenti decisioni condominiali sono valide se adottate con la maggioranza semplice delle quote millesimali.". In seguito, l'art. 27, comma 22 della L. 23.07.2009, n. 99, ha stabilito che al comma 2 dell'art. 26, come sostituito dal citato D. Lgs. 2006 n. 311, dopo le parole "maggioranza semplice delle quote millesimali" fossero aggiunte le seguenti:

III, Torino, 1988, 404; IRTI, *Note introduttive*, in Aa.Vv., *Equo canone*, Commentario Cedam, 2° ed., Padova, 1980; CONFORTINI, *Problemi generali del contratto attraverso la locazione*, Padova, 1988; TRIOLA, *Beni proprietà e diritti reali. Il condominio*, Torino, 2003; BRUTTI, *L'istituto del condominio: ratio e caratteri distintivi*, in *Il condominio*, a cura di Sica, Bologna, 2012; GIUGGIOLI, GIORGIETTI, *Le nuove leggi civili. Il nuovo condominio, commento alla legge di riforma n. 220/2012*, Milano, 2013; TERZAGO, *Il condominio*, 8° ed., Milano, 2015; DE TILLA, *Il nuovo condominio*, 1, 7° ed., Milano, 2015.

³ Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 132 del 10.06.2009.

⁴ Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 222 del 23.09.2005, supplemento ordinario n. 158.

⁵ Il decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 192 a sua volta è stato emanato per attuare la direttiva 2002/91/CE relativa al rendimento energetico nell'edilizia, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 4.01.2003, L-1-65. Il D.P.R. 2009 n. 59 è pertanto funzionale alla piena attuazione della direttiva anzidetta ed è stato, tra l'altro, sollecitato dalla procedura di messa in mora avviata dalla Commissione europea (procedura di infrazione n. 2006/2378).

sugli impianti volti al contenimento del consumo energetico, ed all'utilizzazione delle fonti di energia di cui all'art. 1, individuati attraverso un attestato di certificazione energetica o una diagnosi energetica realizzata da un tecnico abilitato, le pertinenti decisioni condominiali sono valide se adottate con la maggioranza degli intervenuti, con un numero di voti che rappresenti almeno un terzo del valore dell'edificio.”.

Dalla disposizione sembra potersi desumere la norma secondo cui gli interventi sulla generalità degli edifici e degli impianti volti al contenimento del consumo energetico possono essere validamente disposti se adottati dalla maggioranza dei condomini intervenuti, con un numero di voti che rappresenti almeno un terzo del valore dell'edificio, e qualora tali interventi siano descritti da un attestato di certificazione energetica o da una diagnosi energetica realizzata da un tecnico abilitato (che deve essere depositata unitamente alla denuncia di inizio lavori alla competente autorità amministrativa ai sensi dell'art. 28, comma 1, della stessa L. 9 gennaio 1991, n.10).

L'esame delle disposizioni richiamate dalle parti sembra pertanto escludere a ben vedere l'esistenza tra esse di un'antinomia nella disciplina della fattispecie⁹.

In altri termini non sembra possa sostenersi di essere in presenza di una norma che vieta la trasformazione degli impianti centralizzati in autonomi e di una norma che al contrario permetta la trasformazione anzidetta. Entrambe consentono al condominio di intervenire per sostituire l'impianto di riscaldamento centralizzato con impianti autonomi.

Tra le norme pare esserci diversamente un rapporto di genere a specie. La norma che si desume dall'art. 26, comma 2, della L. 9 gennaio 1991, n. 10, prevedendo le condizioni di validità di interventi volti al contenimento del consumo energetico sulla generalità degli edifici, appare di carattere generale, se posta in comparazione con la norma contemplata

“rappresentate dagli intervenuti in assemblea”. E' intervenuta inoltre la L. 11.12.2012, n. 220, che all'art. 28, comma 1, ha previsto che: “All'art. 26, comma 2, della legge 9 gennaio 1991, n. 10, le parole: “semplice delle quote millesimali rappresentate dagli intervenuti in assemblea” sono sostituite dalle seguenti: “degli intervenuti, con un numero di voti che rappresenti almeno un terzo del valore dell'edificio””, giungendo alla formulazione della disposizione come riportata integralmente nel testo.

⁹ IRTI, L'età della decodificazione, *cit.*, 74: “Se il medesimo comportamento umano riceve da due norme qualifiche contrarie – ad esempio, di comando e di proibito, di doveroso e di permesso – ci troviamo in presenza di norme incompatibili, di norme che non possono essere entrambe applicate”. Per il concetto di antinomia, si vedano altresì: GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1959, 79 ss; BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 209 ss.

dall'art. 4, comma 9, del D.P.R. 2 aprile 2009, n. 59, che con riferimento a determinati specifici edifici¹⁰ prevede la possibilità di trasformare gli impianti termici centralizzati in impianti autonomi qualora sussistano cause tecniche o di forza maggiore, norma che, riducendo il campo di applicazione della prima, sembra possa dirsi speciale¹¹.

La mancanza di un'antinomia tra le norme anzidette e la presenza invece di una relazione di genere a specie tra esse, oltre che desumersi dalla loro interpretazione, è confermata dallo stesso testo del D.P.R. 2 aprile 2009, n. 59, nel quale all'art. 4, comma 1, è disposto espressamente che i criteri generali e i requisiti della prestazione energetica per la progettazione degli edifici e per l'installazione degli impianti sono fissati dalla L. 9 gennaio 1991, n. 10¹².

¹⁰ Gli edifici con un numero di unità abitative superiore a 4, e, comunque, nel caso in cui sia presente un impianto di riscaldamento centralizzato di potenza di almeno 100kw, appartenenti alle categorie E1 e E2, così come definite dall'art. 3 del D.P.R. 26 agosto 1993, n. 412.

¹¹ Si tralasciano in questa sede valutazioni sulla funzione della disposizione contemplata dall'art. 4, comma 9, del D.P.R. 2 aprile 2009, n. 59, ma non sembra possa sottacersi che essa appare come una ripetizione dell'art. 26, comma 2, della L. 9 gennaio 1991, n. 10. Essa non prevede criteri di validità delle delibere assembleari e pertanto i casi in essa compresi devono essere ricondotti direttamente nella fattispecie generale dell'art. art. 26, comma 2, della L. 9 gennaio 1991, n.10, che prescrive la maggioranza necessaria in caso di decisioni relative a interventi in parti comuni di edifici volti al contenimento del consumo energetico; richiede il deposito presso le competenti autorità amministrative di una relazione tecnica che attesti che gli interventi decisi siano rispondenti alle prescrizioni per il contenimento del consumo energetico, conformandosi a quanto già stabilito dall'art. 28 comma 1, della L. 9 gennaio 1991, n.10, che infatti è espressamente richiamato dal comma 25, dell'art. 4 del D.P.R. 2009/59; si limita a condizionare gli interventi (volti alla trasformazione degli impianti di riscaldamento centralizzato in impianti autonomi) all'esistenza di “cause tecniche o di forza maggiore”, ma per la legittimità di interventi dettati da forza maggiore non sembra fosse indispensabile una specifica disposizione normativa, potendosi essa desumere dai principi generali dell'ordinamento, mentre la giustificazione degli interventi per “cause tecniche”, nonostante sia più generica e quindi appaia una condizione più ampia rispetto a quanto prescritto dall'art. art. 26, comma 2, della L. 9 gennaio 1991, n. 10 (il quale, come visto, prevede unicamente che l'intervento sia giustificato dall'obiettivo di ridurre il consumo energetico), ha in realtà una portata che in ultima analisi torna a coincidere con quanto richiesto dall'art. 26, comma 2 citato, poiché in ogni caso qualsiasi causa tecnica invocata deve giustificare lavori che determinino un contenimento del consumo di energia degli edifici o degli impianti (come si deduce dal comma 25 dell'art. 4 del D.P.R. 2009/59 citato, il quale conforma la relazione tecnica richiesta a quella prevista dall'art. 28 comma 1, della L. 9 gennaio 1991, n.10 che subordina ogni intervento all'obiettivo del contenimento del consumo energetico).

¹² Il fatto che la norma contemplata dall'art. art. 26, comma 2, della L. 9 gennaio 1991, n.10, non sia contenuta nel Codice civile non osta alla sua qualifica di generale (rispetto a quella prevista dall'art. 4, comma 9, del D.P.R. 2 aprile 2009, n. 59),





La mancanza di chiarezza del dettato normativo in materia accresce se si confrontano le norme ora richiamate con quelle del Codice civile, soprattutto dopo le modifiche apportate sul punto dalla L. 11.12.2012 n. 220.

Com'è noto, la novella citata ha inserito tra l'altro all'art. 1120, c. c., la previsione secondo cui è consentito alla maggioranza di cui all'art. 1136, secondo comma, c. c. (maggioranza degli intervenuti e un numero di voti che rappresenti almeno la metà del valore dell'edificio), di disporre opere dirette al contenimento del consumo energetico dell'edificio. La disposizione sembrerebbe conformarsi a quanto già disposto dalle norme degli articoli 26, comma 2 (L. 9 gennaio 1991, n. 10) e 4, comma 9 (D.P.R. 2 aprile 2009, n. 59).

Appare tuttavia emergere un contrasto che indurrebbe a ritenere assente il necessario coordinamento sistematico delle disposizioni¹³.

L'art. 1120, secondo comma, c. c., per gli interventi che permettono il contenimento del consumo energetico prevede infatti una maggioranza diversa rispetto a quella stabilita dall'art. 26, comma 2, della L. 9 gennaio 1991, n. 10, per l'approvazione degli stessi interventi: la prima norma, richiamando l'art. 1136, secondo comma, c. c., richiede la maggioranza degli intervenuti e almeno metà del valore dell'edificio; la seconda, come abbiamo visto un *quorum* meno severo rappresentato dalla maggioranza degli intervenuti con un numero di voti che sia almeno un terzo del valore dell'edificio¹⁴.

Anche in questo caso, il contrasto che appare ad una prima approssimazione potrebbe tuttavia essere superato attraverso la qualifica delle norme¹⁵.

La norma che discende dall'art. 26, comma 2, della L. 9 gennaio 1991, n. 10, sembra potersi qualificare come speciale rispetto alla norma che si deduce dall'art. 1120, secondo comma, c. c., poiché la valutazione permissiva della prima origina da una

non è il criterio della "sede" che infatti identifica la categoria della norma. IRTI, *op. ult. cit.*, 43: "La storia della legislazione europea si è mossa, almeno fino al 1914, nel senso di destinare i codici civili a sede di norme generali; ma ormai questa tendenza è caduta, e norme dotate di alto grado di generalità si rinvennero all'esterno dei codici civili".

¹³ Contrasto ancor più inspiegabile se si considera che la L. 11.12.2012 n. 220 non solo ha novellato il Codice civile, ma - come si è detto alla nota 6 - ha altresì modificato l'art. 26, comma 2, della legge 9 gennaio 1991, n. 10, sostituendo alle parole "semplice delle quote millesimali rappresentate dagli intervenuti in assemblea" le parole "degli intervenuti, con un numero di voti che rappresenti almeno un terzo del valore dell'edificio".

¹⁴ Cfr. TERZAGO, *op. cit.*, 164.

¹⁵ Non potendosi tra l'altro fare ricorso al criterio cronologico, *lex posterior derogat priori*, in quanto, come detto, sia il secondo comma dell'art. 1120, cod. civ., sia l'art. 26, comma 2, della L. 9 gennaio 1991, n. 10, nella loro formulazione attuale discendono dalla L. 11.12.2012 n. 220.

fattispecie che ha una nota in più rispetto alla fattispecie contemplata dalla seconda norma: la necessità che il contenimento del consumo energetico sia certificato dall'attestato di un tecnico abilitato.

Se la delibera condominiale, che dispone un intervento volto al contenimento del consumo energetico, è accompagnata da un attestato di certificazione energetica, sembrerebbe doversi applicare la norma speciale dell'art. 26, comma 2, della L. 9 gennaio 1991, n. 10¹⁶; diversamente qualora manchi la certificazione energetica, la fattispecie sarebbe ricompresa nella norma generale deducibile dall'art. 1120, secondo comma, cod. civ., che richiede per la validità della delibera (e quindi affinché essa sia permessa dall'ordinamento) una maggioranza più alta.

La qualifica delle norme richiamate muta ancora qualora si prenda in considerazione l'art. 1120, c. c., nella formulazione precedente alla novella della L. 11.12.2012 n. 220.¹⁷

In questo caso, la norma che si deduce dall'art. 26, comma 2, della L. 9 gennaio 1991, n. 10 (così come quella che si trae dall'art. 4, comma 9, del D.P.R. 2 aprile 2009, n. 59 che ha analogo effetto "permissivo"), apparirebbe di carattere eccezionale, se posta in comparazione con la norma che di regola si deduceva dal combinato disposto dell'art. 1120, ultimo comma, c. c. nella sua formulazione originaria, e dell'art. 1117, c. c., ossia con la norma che vietava le delibere non adottate all'unanimità che rendessero alcune parti comuni dell'edificio (come il riscaldamento centralizzato) inservibili anche per un solo condomino.

Essa, come si è osservato, permette infatti che la delibera che dispone la dismissione dell'impianto di riscaldamento comune per la realizzazione di impianti autonomi sia valida anche se adottata non all'unanimità, ma dalla maggioranza degli intervenuti (con un numero di voti che rappresenti almeno un terzo del valore dell'edifici), qualora sia disposta per ottenere un risparmio energetico accertato da una relazione tecnica. La norma dell'art. 26, comma 2, della L. 9 gennaio 1991, n. 10, sottrae

¹⁶ O quella speciale (anche rispetto alla norma dell'art. 26, comma 2, della L. 9 gennaio 1991, n. 10) contemplata dall'art. 4, comma 9, del D.P.R. 2 aprile 2009, n. 59 qualora ricorrano i casi specifici in essa elencati. Tuttavia, come già segnalato (si veda la nota 11 sopra riportata), anche in caso di sua applicazione non sembrerebbero cambiare le conseguenze giuridiche rispetto all'applicazione della norma dell'art. 26, comma 2 L. 1991/n. 10.

¹⁷ IRTI, *op. ult. cit.*, 50: "Tutte le qualifiche discendono da un giudizio di comparazione: mutando i termini, muta il risultato"; 48: "Anche per il binomio norma regolare - norma eccezionale ripetiamo che la qualifica, nell'un senso o nell'altro, proviene da un giudizio di comparazione. Nessuna norma, in sé considerata, è regolare o eccezionale".

| 496 l'attributo del permesso.

5. L'applicazione delle norme al caso concreto.

L'analisi della disciplina normativa e la qualificazione delle norme applicabili permette di comprendere come regolare il fatto sottoposto alla valutazione del Tribunale di Roma con la sentenza del 31.07.2019 n. 15836.

La mancanza della relazione tecnica che attesti il contenimento del consumo energetico dell'intervento deliberato, accertata dal Tribunale in fase istruttoria, esclude che alla fattispecie possa applicarsi la norma dell'art. 26, comma 2, della L. 9 gennaio 1991, n. 10, o quella dell'art. 4, comma 9, del D.P.R. 2 aprile 2009, n. 59, poiché entrambe – la prima direttamente, la seconda attraverso il richiamo alla disciplina della stessa L. n. 10/1991 – richiedono come requisito di applicabilità la presenza della relazione tecnica.

Il caso concreto, non essendo riconducibile alle norme anzidette (speciali o eccezionali, come si è visto, a seconda della norma cui si raffrontino), viene pertanto ricompreso nella disciplina della norma deducibile dal combinato disposto dell'art. 1120, ultimo comma, c. c., e dell'art. 1117, c. c., che diviene suo unico criterio di disciplina.

In particolare, essendo i fatti di causa precedenti all'entrata in vigore della riforma dell'art. 1120 c. c., determinata come detto dalla L. 11.12.2012 n. 220¹⁸, la norma codicistica applicabile appare quella desumibile dal testo originario dell'articolo, ossia quella che, in combinato disposto con l'art. 1117 c. c., vietava la delibera condominiale che disponesse la dismissione dell'impianto di riscaldamento centralizzato, rendendo una parte comune dell'edificio inutilizzabile, senza essere adottata all'unanimità.

La delibera condominiale in esame, non potendosi ricondurre alle norme eccezionali citate che offrono una valutazione permissiva di essa, poiché assente l'attestazione di un tecnico abilitato che provi il risparmio energetico dell'intervento disposto, appare pertanto illegittima per violazione della norma regolare deducibile dal combinato disposto dell'art. 1120, ultimo comma, c. c., e dell'art. 1117, c. c.,

come risultava dal testo di tali articoli precedente alla novella della L. n.220/2012.

6. L'orientamento della Corte di Cassazione.

La giurisprudenza di legittimità appare univoca nel ritenere valida la delibera condominiale che dispone la dismissione dell'impianto centralizzato di riscaldamento per adottare impianti unifamiliari ai sensi dell'art. 26, comma 2, della L. 9 gennaio 1991, n. 10¹⁹, sottolineando altresì la portata innovativa di questa disposizione, poiché prima di essa la trasformazione dell'impianto centralizzato di riscaldamento in impianti autonomi richiedeva l'approvazione all'unanimità, giacché l'abbandono dell'impianto centralizzato o la rinuncia alla precedenti modalità di riscaldamento non potevano essere imposte al condomino dissenziente ai sensi dell'art. 1120, comma 2 c. c.²⁰

Essa inoltre si spinge ad ammettere la validità della delibera condominiale che dispone la trasformazione dell'impianto centralizzato in impianti autonomi anche nel caso in cui a tale delibera non sia allegata la relazione tecnica che attesti il risparmio energetico conseguente all'intervento, consentendo che la relazione possa essere predisposta e depositata successivamente purché nell'ambito della fase esecutiva della delibera²¹; o anche ad ammettere la validità di analoga delibera che, pur non accompagnata dal progetto delle opere corredato dalla rela-

¹⁹ Il ricorso della Cassazione all'uso dell'art. 26, comma 2, della L. 9 gennaio 1991, n. 10, per definire le questioni in merito alla validità delle delibere condominiali in tema di dismissione del riscaldamento centralizzato, induce a riflettere sull'utilità dell'art. 4, comma 9, del D.P.R. del 2 aprile 2009 n. 59, che potrebbe apparire di applicabilità residuale se non una ripetizione dell'art. 26 anzidetto, come indicato nella nota 11.

²⁰ Cass. 23 febbraio 2007, n.4219, in *Foro it.*, Mass. 2007, 915.

²¹ Cass. 20 gennaio 2015 n. 862, in *Mass. Foro It.*, 2015, 38: "La delibera condominiale di trasformazione dell'impianto centralizzato di riscaldamento in impianti unifamiliari, ai sensi dell'art. 26, comma 2, della legge 9 gennaio 1991, n. 10, in relazione all'art. 8, lettera g) della stessa legge, assunta a maggioranza delle quote millesimali, è valida anche se non accompagnata dal progetto delle opere corredato dalla relazione tecnica di conformità di cui al successivo art. 28, comma 1, attenendo tale progetto alla fase di esecuzione della delibera. Le suddette norme, nell'ambito delle operazioni di trasformazione degli impianti di riscaldamento destinate al risparmio di energia, distinguono infatti una fase deliberativa "interna" (attinente ai rapporti tra i condomini, disciplinati in deroga al disposto dell'art. 1120 cod. civ.) da una fase esecutiva "esterna" (relativa ai successivi provvedimenti di competenza della pubblica amministrazione) e solo per quest'ultima impongono gli adempimenti in argomento". Analogamente, Cass. 11 maggio 2006, n. 10871, in *Mass. Foro it.*, 2006, 886; Cass. 29 gennaio 2002, n. 1166, in *Arch. Locazioni*, 2002, 411; Cass. 25 maggio 2001, n. 7130, in *Rass. locazioni*, 2001, 492, n. DE TILLA.

¹⁸ La riforma in parola è entrata in vigore il 18 giugno 2013.



zione tecnica, abbia previsto il tipo di impianto che verrà installato ad iniziativa dei singoli condomini in sostituzione di quello centralizzato²².

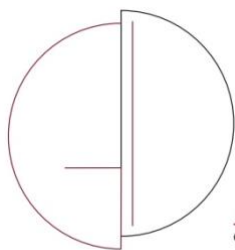
Altra pronuncia stabilisce che, qualora i condomini abbiano deciso a maggioranza ai sensi dell'art. 26, comma 2, della L. 9 gennaio 1991, n. 10, la dismissione dell'impianto di riscaldamento centralizzato e la sua sostituzione con impianti autonomi, non è più consentito alla minoranza dissenziente di mantenere in esercizio il vecchio impianto ed è obbligatorio per tutti i condomini partecipare proporzionalmente alla spesa per l'installazione e la manutenzione delle parti in comune dei nuovi singoli impianti di riscaldamento²³.



²² Cass. 18 agosto 2005, n. 16980, in *Foro it.*, 2006, I, 1482.

²³ Si veda Cass. 21 novembre 2008, n. 27822, in *Mass. Foro it.*, 2008.

Osservatorio



Juridical Observatory on Digital Innovation
Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale

DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE*

Rubrica di aggiornamento dell'OGID.

Questa rubrica di aggiornamento è curata dal Prof. Salvatore Orlando e dal Dott. Daniele Imbruglia nell'ambito delle attività dell'OGID, Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale, costituito presso il Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive dell'Università di Roma "La Sapienza" (<https://web.uniroma1.it/deap/ogid> - jodi.deap@uniroma1.it).

SOMMARIO: 1. *La risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sul regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale* – 2. *La proposta della Commissione europea del 24 settembre 2020 avente ad oggetto l'emanazione di un Regolamento Europeo sui Mercati di Cripto-attività* – 3. *La prima sentenza della Corte di Giustizia UE sul principio di «neutralità di Internet» ai sensi del regolamento (UE) 2015/2120* – 4. *La lunga marcia verso il GDPR cinese: la prima legge sulla protezione delle informazioni personali della Repubblica popolare nella bozza per i commenti pubblici del 21 ottobre 2020* – 5. *Le FAQ del Garante per la protezione dei dati personali sulla refertazione online* – 6. *La nuova indagine della Commissione europea per abuso di posizione dominante di Amazon* - 7. *Droits voisins e snippets: la Corte d'appello di Parigi conferma la decisione dell'Autorità garante della concorrenza francese nei confronti di Google* – 8. *La Sapienza sottoscrive "Rome Call for AI Ethics"*.

* Contributo non sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 9, V co., del Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 42 del 20.02.2019.



1. La risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sul regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale.

502

Il dibattito europeo in materia di intelligenza artificiale (IA) prosegue nell'ambito dei lavori del Parlamento europeo, ed è da ultimo confluito in una risoluzione adottata dall'organo democratico rappresentativo dell'Unione lo scorso 20 ottobre 2020.

In attesa di una proposta legislativa da parte della Commissione europea che regolamenti il settore in maniera uniforme per tutti gli Stati membri (prevista per l'anno venturo), il Parlamento europeo ha pubblicato una risoluzione (la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL)), qui di seguito la **“Risoluzione”**), contenente una serie di raccomandazioni e indicazioni finalizzate ad indirizzare la futura disciplina della responsabilità civile applicabile al funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale e una proposta di regolamento.

La Risoluzione ricalca letteralmente, con alcune modifiche, il *Draft Report* in argomento discusso qualche mese fa nella Commissione JURI, ossia il Progetto di relazione recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL)) del 27 aprile 2020, discusso dalla Commissione giuridica (JURI) del Parlamento europeo nella riunione del 12 maggio 2020 (il **“Draft Report”**), già illustrato su questa rubrica nel secondo numero del 2020, nella notizia n. 3: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2020/05/Osservatorio.pdf>.

I principi e gli obiettivi che permeano la Risoluzione rispondono all'avvertita esigenza di garantire da una parte la massima certezza giuridica del sistema di responsabilità di tutti i soggetti coinvolti, e dall'altra di evitare un eccesso di regolamentazione che sfoci in oneri burocratici che possano intralciare l'innovazione e il progresso di tecnologie, prodotti e servizi sviluppati da PMI o start-up.

Il giusto equilibrio tra protezione dei cittadini e incentivi alle imprese a investire nell'innovazione è lo scopo dichiarato per le nuove norme della responsabilità civile per l'IA proposte dal Parlamento europeo in questo documento, dove viene affermata anche la necessità di una piena armonizzazione che solo una fonte legislativa

direttamente applicabile come il regolamento potrà garantire.

Tutte le scelte di fondo già presenti nel *Draft Report* vengono confermate nella Risoluzione, dove tuttavia vengono offerte nuove definizioni (tra cui quelle di “sistema di IA”, di “autonomo” e di “alto rischio”), si introduce una distinzione tra operatore di “front-end” e operatore di “back-end”, con le relative definizioni e una diversificazione di regime di responsabilità, si prevede la risarcibilità del *“danno non patrimoniale rilevante, risultante in una perdita economica verificabile”* e si riducono sensibilmente i limiti massimi degli importi dei risarcimenti.

Di conseguenza, i punti salienti della proposta di regolamento presentata nella Risoluzione (la **“Proposta di Regolamento”**), sono i seguenti:

- La Proposta di Regolamento è limitata nel suo oggetto (art. 1) alla “responsabilità civile” dei soli operatori di sistemi di IA (offrendo nell’art. 3 una definizione sia di “operatore” che di “sistemi di IA”), e dunque non riguarda la responsabilità dei produttori o di altri soggetti, per la quale la Risoluzione suggerisce una revisione della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi (direttiva 85/374/CEE), ed inoltre “fa salve le eventuali ulteriori azioni per responsabilità derivanti da rapporti contrattuali nonché da normative in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, protezione del consumatore, anti-discriminazione, lavoro e tutela ambientale tra l'operatore e la persona fisica o giuridica vittima di un danno o pregiudizio a causa del sistema di IA, e per il quale può essere presentato ricorso contro l'operatore a norma del diritto dell'Unione o nazionale” (art. 2 co. 3).
- Relativamente alle tipologie di danni o pregiudizi rilevanti, la responsabilità civile degli operatori di sistemi di IA di cui si occupa la Proposta di Regolamento è definita come la responsabilità derivante da “un'attività, dispositivo o processo virtuale o fisico guidato da un sistema di IA” che abbia arrecato un “danno o un pregiudizio alla vita, alla salute, all'integrità fisica di una persona fisica, al patrimonio di una persona fisica o giuridica o [...] un danno non patrimoniale rilevante risultante in una perdita economica verificabile” (art. 2 co. 1).



- La Proposta di Regolamento distingue tra “sistemi di IA ad alto rischio” (come definiti all’art. 3 ed elencati tipologicamente in via tassativa nell’allegato alla Proposta di Regolamento unitamente ai “settori fondamentali” nei quali essi vengono impiegati, e con attribuzione alla Commissione europea del potere di modificare l’elenco) ed “altri sistemi di IA”, ed istituisce due regimi di responsabilità diversi nei due ambiti (artt. 4-7 e 8-9).
- In particolare, la Proposta di Regolamento prevede per gli operatori di sistemi di IA “ad alto rischio” un regime di “responsabilità oggettiva” (tale per cui la responsabilità è esclusa solo nel caso di “forza maggiore”) un obbligo di copertura assicurativa (art. 4), termini di prescrizione del diritto al risarcimento dei danni tra i 10 anni e i 30 anni (art. 7), ed importi massimi per il risarcimento dei danni, in misura sensibilmente inferiore rispetto a quelli indicati nel precedente *Draft Report*, ossia due milioni di euro (in luogo dei dieci milioni di euro previsti dal *Draft Report*) per il caso di morte, o danni alla salute o all’integrità fisica, e un milione di euro (in luogo dei due milioni di euro previsti dal *Draft Report*) in caso di danni al patrimonio o “danni non patrimoniali rilevanti che risultino in una perdita economica verificabile”, con la specificazione che tali limiti massimi si applicano anche nel caso di danni patiti da più persone, che non potranno in quel caso ottenere importi eccedenti in totale i predetti limiti, nel senso che si tratta di limiti massimi non già per il danneggiato bensì per il responsabile o i responsabili in solido (art. 5).
- Per gli operatori degli altri sistemi di IA (ossia per i sistemi di IA non “ad alto rischio”) la Proposta di Regolamento prevede un regime di responsabilità “per colpa” comprensivo di alcune regole peculiari sulla prova a discolpa a carico dell’operatore, sul danno provocato da terzi, e sull’obbligo di “cooperazione” del produttore del sistema IA nell’accertamento delle responsabilità (art. 8), nonché un rinvio “alle leggi dello Stato membro in cui si è verificato il danno o il pregiudizio” per la disciplina delle questioni relative “ai termini di prescrizione e agli importi ed entità del risarcimento” (art. 9).
- Infine, la Proposta di Regolamento, prevede alcune regole specifiche in tema di concorso di colpa, di responsabilità solidale e di azione di regresso (artt. 10, 11 e 12) senza distinguere per queste regole tra sistemi di IA ad alto rischio ed altri sistemi di IA.
- Quanto al concorso di colpa, la Proposta di Regolamento contempla, tra l’altro, la facoltà dell’operatore e della persona interessata di utilizzare i “dati generati dal sistema di IA” per l’accertamento del concorso di colpa “in conformità del regolamento (UE) 2016/679 [GDPR] e di altre leggi pertinenti in materia di protezione dei dati” (art. 10)
- Quanto alla responsabilità solidale, la Proposta di Regolamento statuisce innanzitutto che “in presenza di più operatori di un sistema di IA, tali soggetti sono responsabili in solido”. L’art. 11 aggiunge che se un operatore di front-end è anche il produttore del sistema di IA, le disposizioni del (proposto) regolamento prevalgono su quelle della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, mentre se l’operatore di back-end è anche il produttore, ai sensi dell’articolo 3 della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, è opportuno che detta direttiva si applichi a tale soggetto. Ed infine si prevede che se vi è un solo operatore e tale operatore è anche il produttore del sistema di IA, le disposizioni del (proposto) regolamento dovrebbero prevalere su quelle della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi.
- Quanto infine all’azione di regresso, l’art. 12 prevede sia un diritto di regresso tra operatori solidalmente responsabili (stabilendosi, tra l’altro, che le quote interne di responsabilità debbano asseverarsi sulla base dei “rispettivi gradi di controllo che gli operatori hanno esercitato sul rischio connesso all’operatività e al funzionamento del sistema di IA. Se non è possibile ottenere da un operatore responsabile in solido il contributo che gli è attribuibile, tale importo mancante è a carico degli altri operatori”) sia un

diritto di regresso dell'operatore nei confronti del produttore di un sistema di IA difettoso (prevedendosi che tale diritto debba esercitarsi conformemente alla direttiva 85/374/CEE e alle disposizioni nazionali che disciplinano la responsabilità per danno da prodotti difettosi).

SARA GARREFFA

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_IT.html

2. La proposta della Commissione europea del 24 settembre 2020 avente ad oggetto l'emanazione di un Regolamento Europeo sui Mercati di Cripto-attività.

Il 24 settembre 2020, la Commissione europea ha pubblicato un "pacchetto per la finanza digitale" volto ad incentivare lo sviluppo di un mercato unico digitale innovativo per i finanziamenti. *La ratio* di fondo è che la creazione di tale mercato apporterà "benefici per i cittadini europei e sarà fondamentale per la ripresa economica dell'Europa, offrendo prodotti finanziari migliori per i consumatori e aprendo nuovi canali di finanziamento per le imprese". Il pacchetto si presenta ampio e articolato, occupandosi di definire gli orizzonti strategici per la "finanza digitale", nonché di delineare proposte legislative in materia di "cripto-attività" e di "resilienza digitale". Si tratta di un'iniziativa che ben esemplifica l'approccio olistico della Commissione europea durante i lavori preparatori: le proposte si inquadrano nel Piano d'Azione definito nel 2018, muovono dagli studi in materia del Parlamento europeo e delle Autorità europee di vigilanza e sono state precedute da una consultazione degli *stakeholders* lanciata nella primavera del 2020.

Tra le proposte, quella avente ad oggetto l'emanazione di un regolamento europeo sui Mercati di Cripto-attività (*Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937 - COM(2020) 593 final-2020/0265(COD)*) – "Proposta MiCAR"), mira a dotare l'Unione Europea di norme uniformi in materia di emittenti di cripto-attività, nonché di prestatori di servizi in cripto-attività (art. 2, comma 1, MiCAR), superando così l'attuale frammentazione tra regimi nazionali. L'importanza di assicurare agli operatori del settore la possibilità

di avvalersi di un passaporto europeo per offrire i propri prodotti e servizi su cripto-attività nel territorio dell'Unione è ribadita a più riprese nei considerando (cfr. in particolare considerando 4 e 5) e giustifica, del resto, la stessa scelta di intervenire nella forma giuridica del regolamento. L'ampiezza delle misure elaborate dalla Commissione si lega anche alla presenza, a fianco della Proposta MiCAR, di due proposte satellite: la prima volta ad introdurre alcuni adattamenti alle disposizioni vigenti in materia di infrastrutture di mercato con particolare riferimento ad infrastrutture basate su tecnologie a registri distribuiti (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology - COM/2020/594 final*); la seconda volta a coordinare l'attuale disciplina finanziaria europea con le novità contenute nel "pacchetto per la finanza digitale" (*Proposal For A Directive Of The European Parliament And Of The Council Amending Directives 2006/43/EC, 2009/65/EC, 2009/138/EU, 2011/61/EU, EU/2013/36, 2014/65/EU, (EU) 2015/2366 and EU/2016/2341- COM/2020/596 final*).

La proposta MiCAR si articola in sette titoli e può essere concettualmente suddivisa in quattro parti. La prima (coincidente con il Titolo I) è dedicata alle definizioni e alla individuazione del campo di applicazione del Regolamento. La seconda (coincidente con i Titoli II, III e IV) si occupa dell'offerta di cripto-attività, declinando la disciplina a seconda dell'oggetto di emissione. La terza (coincidente con il Titolo V) riguarda i prestatori di servizi in cripto-attività, mentre la quarta (coincidente con i Titoli VI e VII) guarda alla prevenzione e alla repressione degli abusi di mercato, nonché ai poteri e ai rapporti tra Autorità competenti.

La lettura del Titolo I lascia trasparire la forte influenza che gli studi elaborati dalle Autorità di vigilanza – e specialmente il parere reso dall'ESMA alla Commissione nel gennaio 2019 – hanno avuto nella definizione e classificazione delle cripto-attività. La proposta offre una definizione estremamente ampia di cripto-attività che, nell'accogliere i suggerimenti elaborati dalla *Financial Action Task Force*, ricomprende ogni "rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere trasferiti e memorizzati elettronicamente, utilizzando la tecnologia di registro distribuito o una tecnologia analoga". Tuttavia, il fatto che una certa attività sia attratta in questa definizione non è di per sé sufficiente ad individuare la disciplina applicabile. Da un lato, infatti, restano al di fuori del MiCAR le cripto-



attività che già rientrano nella definizione di strumenti finanziari, moneta elettronica, depositi, depositi strutturati o cartolarizzazioni (art. 2, comma 2). Dall'altro lato, il MiCAR calibra la disciplina a seconda che la cripto-attività si qualifichi alla stregua di *utility token*, token collegato ad attività o token di moneta elettronica, offrendo una definizione (puramente descrittiva) di ciascuno di questi. Sia i token collegati ad attività che quelli di moneta elettronica sono riconducibili alla famiglia delle cc.dd. *stablecoin*, in quanto idonei a mantenere un valore stabile facendo riferimento, nel primo caso, al valore di diverse monete fiduciarie aventi corso legale, di una o più merci o di una o più cripto-attività, oppure di una combinazione di tali attività, nel secondo caso, al valore di una moneta fiduciaria avente corso legale. Infine, sotto il profilo soggettivo, il MiCAR contempla ipotesi di esenzione sia totale che parziale legate alla particolare natura dei soggetti interessati (art. 2, commi 3-6).

La seconda parte della Proposta MiCAR è dedicata, come detto, all'offerta di cripto-attività. Le previsioni in larga parte recepiscono pratiche di mercato consolidate nel tempo (tra tutte, quella relativa alla pubblicazione dei cc.dd. *white paper*) e riadattano al mercato delle cripto-attività norme già radicate nella disciplina europea del mercato dei capitali (in particolare, quelle contenute nel Regolamento (UE) 2017/1129 relativo al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di titoli in un mercato regolamentato). L'offerta di cripto-attività deve, infatti, accompagnarsi alla pubblicazione di un documento informativo e al rispetto di taluni obblighi di condotta, tra i quali rientra un "obbligo di sicurezza informatica", su cui le ESAs sono chiamate ad emanare standard tecnici. A differenza di quanto previsto per le IPOs, il *white paper* è soggetto alla previa autorizzazione dell'Autorità competente soltanto nelle ipotesi in cui oggetto di offerta siano token collegati ad attività, atteso il rischio che queste attività potrebbero porre per la stessa sovranità monetaria. Quanto ai token di moneta elettronica – e stante la loro espressa equiparazione alla moneta elettronica – l'offerta può essere condotta unicamente da istituti di credito o istituti di moneta elettronica. È, peraltro, intuitivo che la necessità di individuare un soggetto emittente esclude che questa disciplina possa applicarsi a Bitcoin o alle altre cripto-valute prive di un emittente.

Spostando l'attenzione sulle norme che disciplinano i prestatori di servizi in cripto-attività, è chiara ancora una volta l'influenza esercitata dalla disciplina del mercato dei capitali, ed in particolare

dalla disciplina MiFID. In primo luogo, la proposta MiCAR affianca ai servizi di custodia, di gestione di piattaforme di negoziazione e di scambio di cripto-attività – già ampiamente diffusi sul mercato – i tradizionali servizi finanziari elencati dalla MiFID: esecuzione di ordini, collocamento, ricezione e trasmissione di ordini, e consulenza sugli investimenti. La Proposta richiede poi che coloro che intendono operare come fornitori di servizi siano autorizzati dall'Autorità competente e rispondano a requisiti prudenziali, organizzativi e a regole di condotta che rispecchiano quelle già previste nei vari *silos* della regolamentazione dell'Unione. Spiccano, in particolare, gli obblighi di agire "*in modo onesto, corretto e professionale secondo il migliore interesse dei [...] clienti effettivi e potenziali*", di fornire ai clienti "*informazioni corrette, chiare e non fuorvianti*" e di mantenere e applicare "*una politica efficace per prevenire, individuare, gestire e comunicare i conflitti di interesse*".

Infine, con riguardo ai Titoli VI e VII, la Proposta mira anzitutto a prevenire e reprimere i potenziali abusi di mercato in relazione alla negoziazione di cripto-attività. Anche in questo caso, è forte l'influenza esercitata dall'assetto normativo delineato dal Regolamento 596/2014 sugli abusi di mercato: sono, infatti, previsti l'obbligo dell'emittente di rendere pubbliche le informazioni privilegiate, il divieto di *insider trading*, il divieto di diffondere illecitamente informazioni privilegiate, nonché quello di porre in essere attività che possano tradursi in una manipolazione del mercato.

Quanto alla disciplina sulla vigilanza, ogni Stato membro è libero di designare le autorità competenti per lo svolgimento dei compiti delineati dalla Proposta. Specifiche competenze sono poi attribuite all'EBA in relazione alla vigilanza sui token collegati ad attività e quelli di moneta elettronica cc.dd. significativi.

MARTINA SCOPSI

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>

3. La prima sentenza della Corte di Giustizia UE sul principio di «neutralità di Internet» ai sensi del regolamento (UE) 2015/2120.

Con sentenza del 15 settembre 2020 nelle Cause riunite C-807/18 e C-39/19 (la "**Sentenza**"), la

Corte di Giustizia UE ha per la prima volta offerto un'interpretazione sul principio di accesso a un'Internet aperta, detto anche di neutralità della rete, in particolare in relazione alle disposizioni di cui ai primi tre paragrafi dell'art. 3 del regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione (il **“Regolamento”**).

La Corte di Giustizia ha chiarito che le disposizioni di cui ai primi tre paragrafi dell'art. 3 del Regolamento ostano, per motivi diversi, a che un fornitore di servizi di accesso a Internet privilegi talune applicazioni e taluni servizi, mediante pacchetti facenti parte di accordi contrattuali che permettano a tali applicazioni e servizi di beneficiare di una «tariffa zero» che ne consenta una fruizione sostanzialmente illimitata, assoggettando al contempo l'utilizzo delle altre applicazioni e degli altri servizi disponibili a misure di blocco e/o di rallentamento del traffico.

La pronuncia ha preso le mosse da alcune soluzioni di abbonamento offerte della società ungherese Telenor, fornitrice di servizi di accesso a Internet, denominate 'MyChat' e 'MyMusic', consistenti in pacchetti di accesso preferenziale, contemplanti una c.d. «tariffa zero» per l'utilizzo di determinati applicazioni e servizi, in particolare consistenti in sei applicazioni specifiche di comunicazione on-line nel caso del pacchetto 'MyChat' (Facebook, Facebook Messenger, Instagram, Twitter, Wiber e Whatsapp) e in quattro applicazioni per la trasmissione di musica (Apple Music, Deezer, Spotify e Tidal) e sei servizi radiofonici nel caso del pacchetto 'MyMusic'. Le offerte in questione prevedevano che non si computasse il traffico dei dati interessati dalla «tariffa zero» nel monte dati complessivo acquistato dai clienti, consentendo inoltre ai clienti, dopo l'esaurimento del volume di dati acquistati, di continuare a utilizzare senza restrizioni tali servizi e tali applicazioni specifici, mentre alle altre applicazioni e agli altri servizi disponibili venivano applicate misure di rallentamento del traffico (nel caso di 'MyChat') e di rallentamento e blocco del traffico (nel caso di 'MyMusic').

L'Ufficio nazionale dei media e delle comunicazioni ungherese (**“UNMC”**) adottava due decisioni con le quali dichiarava che tali due pacchetti attuavano misure di gestione del traffico che non rispettavano l'obbligo generale di

trattamento equo e non discriminatorio del traffico Internet ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3 del Regolamento, ordinando alla società Telenor di porvi fine.

Dopo la conferma di tali provvedimenti da parte del Presidente dell'UNMC, Telenor faceva ricorso alla Corte di Budapest Capitale, lamentando, in sostanza, che l'UNMC aveva errato nell'applicare al caso di specie l'art. 3 paragrafo 3 del Regolamento, in quanto tale disposizione, sancendo un obbligo generale di trattamento equo e non discriminatorio del traffico nella fornitura di servizi di accesso a Internet, riguarderebbe unicamente le misure di gestione del traffico attuate unilateralmente dai fornitori di servizi di accesso ad Internet, e non si applicherebbe ai casi, come quello relativo ai pacchetti 'MyChat' e 'MyMusic', facenti parte di accordi conclusi con clienti, che, come tali, possono rientrare solo nell'ambito di applicazione del paragrafo 2 dell'art. 3 del Regolamento, che vieta ai fornitori dei servizi di accesso ad Internet di concludere accordi o adottare pratiche commerciali limitativi dell'esercizio dei diritti degli utenti finali come previsti dal paragrafo 1 dell'art. 3 del Regolamento.

La Corte di Budapest Capitale, così adita, interpellava quindi la Corte di Giustizia UE in via pregiudiziale in merito all'interpretazione dei paragrafi 1, 2 e 3 dell'articolo 3 del Regolamento in relazione ai vari profili di giudizio sottoposti alla sua cognizione.

La Corte di Giustizia UE ha innanzitutto dichiarato nella Sentenza che la disposizione di cui al paragrafo 2 dell'art. 3 del Regolamento va interpretata alla luce del Considerando 7 del Regolamento, avendo cioè riguardo alle posizioni di mercato dei fornitori dei servizi di accesso a Internet e dei fornitori dei contenuti, così che si possa stabilire la “portata” degli accordi e delle pratiche commerciali ivi menzionate, e in particolare la loro idoneità a limitare significativamente la scelta degli utenti finali e così i diritti menzionati nel paragrafo 1. Su questa base, la Corte di Giustizia ha rilevato che la conclusione di accordi mediante i quali determinati clienti sottoscrivono abbonamenti che combinano una «tariffa zero» con misure di blocco o di rallentamento del traffico connesso all'utilizzo di servizi e di applicazioni diversi da quelli che beneficiano di tale «tariffa zero» è idonea a limitare l'esercizio dei diritti degli utenti finali, ai sensi del paragrafo 2 dell'articolo 3 del Regolamento, in combinato disposto con il paragrafo 1 dello stesso articolo. Ciò in quanto, se simili accordi sono conclusi su una parte significativa del mercato, siffatti pacchetti sono tali da incrementare l'utilizzo



delle applicazioni e dei servizi privilegiati e, correlativamente, da rarefare l'utilizzo delle altre applicazioni e degli altri servizi disponibili, che è reso tecnicamente più difficoltoso, se non impossibile. Nella Sentenza viene argomentato che quanto più il numero di clienti che concludono simili accordi è rilevante, tanto più l'impatto cumulativo di tali accordi può, tenuto conto della loro portata, comportare una notevole limitazione all'esercizio dei diritti degli utenti finali, o addirittura compromettere l'essenza stessa di tali diritti.

Per quanto riguarda l'interpretazione del paragrafo 3 dell'art. 3 del Regolamento, la Corte ha rilevato, innanzitutto, che esso contiene un obbligo generale di trattamento equo, senza discriminazioni, restrizioni o interferenze del traffico al quale non si può derogare nemmeno attraverso accordi conclusi dai fornitori di servizi di accesso a Internet con gli utenti finali, o attraverso pratiche commerciali adottate da tali fornitori, con ciò implicitamente rispondendo all'obiezione di Telenor che riteneva invece non applicabile il paragrafo 3 dell'art. 3 del Regolamento ai pacchetti 'MyChat' e 'MyMusic', in quanto facenti parte di accordi conclusi con clienti (e come tali, secondo Telenor, soltanto assoggettabili al paragrafo 2 dell'art. 3 del Regolamento). In secondo luogo, la Corte ha chiarito che il sindacato di cui al paragrafo 3 dell'art. 3 del Regolamento è indipendente da quello di cui al paragrafo 2 del medesimo articolo. In terzo luogo, la Corte ha dichiarato che quando misure di rallentamento o di blocco del traffico sono basate non su requisiti di qualità tecnica del servizio, ma su considerazioni di ordine commerciale, tali misure devono ritenersi incompatibili con il paragrafo 3 dell'art. 3 del Regolamento, in quanto discriminatorie.

In conclusione, relativamente alle questioni sottoposte al controllo del giudice del rinvio, con la Sentenza la Corte di Giustizia UE ha ravvisato una violazione sia del paragrafo 2, in combinato disposto con il paragrafo 1, dell'art. 3 del Regolamento, in quanto i detti pacchetti, i detti accordi e le dette misure di blocco del traffico limitano l'esercizio dei diritti degli utenti finali come previsti dal paragrafo 1 del medesimo articolo; sia del paragrafo 3 dell'art. 3 del Regolamento, in quanto le dette misure di blocco o di rallentamento sono basate su considerazioni di ordine commerciale.

MICHELA PAGANELLI

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=5ED4CD6277132D7FEE048CC>

[A296A9D92?text=&docid=231042&pageIndex=0&doclang=it&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=17593535](https://www.garante.gov.it/it/decisioni/2020/10/21/la-lunga-marcia-verso-il-gdpr-cinese-la-prima-legge-sulla-protezione-delle-informazioni-personali-della-repubblica-popolare-nella-bozza-per-i-commenti-pubblici-del-21-ottobre-2020)

4. La lunga marcia verso il *GDPR* cinese: la prima legge sulla protezione delle informazioni personali della Repubblica popolare nella bozza per i commenti pubblici del 21 ottobre 2020.

Il 21 ottobre 2020, l'Assemblea nazionale popolare (全国人民代表大会, *Quangguo Renmin Daibiao Dahui*), principale organo legislativo cinese, ha presentato la bozza della 'Legge sulla protezione dei dati personali' (个人信息保护法, *geren xinxi baohu fa*), al fine di sottoporla alla consultazione pubblica. Essa è la prima normativa organica e sistematica in materia di protezione delle informazioni personali della repubblica popolare. Ad oggi, lo statuto delle informazioni personali, in Cina, è frammentato in una serie di leggi susseguitesesi nel tempo (vedi il Capitolo IV della 'Legge sulla sicurezza informatica' del 2016, l'articolo 111 dei 'Principi generali del diritto civile' del 2017, gli articoli 5, 23, 25, 32, 79 e 87 della 'Legge sul commercio elettronico' del 2019, gli articoli 31 e 40 della 'Legge sulla crittografia' del 2019, il Capitolo VI della Parte IV del 'Codice civile' promulgato nel 2020) e in una fonte di rango secondario (mi riferisco allo *Standard GB/T 35273-2020 on Information Security Technology - Personal Information Security Specification*).

La bozza è composta da settanta articoli suddivisi a loro volta in otto capitoli: (a) disposizioni generali; (b) regole per il trattamento delle informazioni personali; (c) regole per il trasferimento transfrontaliero delle informazioni personali; (d) diritti delle persone nelle attività di trattamento delle informazioni personali; (e) doveri dei soggetti che trattano le informazioni personali; (f) dipartimenti che adempiono i doveri e le responsabilità in materia di protezione dei dati personali; (g) responsabilità legale; (h) disposizioni supplementari.

Dopo aver chiarito in premessa lo scopo della legge, se ne definisce l'ambito di applicazione, circoscritto a tutte quelle attività di trattamento delle informazioni personali compiute da organizzazioni e individui nell'esercizio della propria attività d'impresa, all'interno del territorio della Repubblica Popolare cinese, ed escludendola per tutti quei trattamenti effettuati nell'ambito di attività a carattere esclusivamente personale o domestico (similmente a quanto previsto nel *GDPR*).

Si distinguono le informazioni in *personali* (个人信息, *geren xinxi*: ‘vari tipi di informazioni elettroniche o in altro modo registrate relative a un soggetto identificato o identificabile’, Articolo 4) e in *personali sensibili* (敏感个人信息, *mingan geren xinxi*: ‘informazioni personali la cui fuga o uso illecito comporterebbe un trattamento discriminatorio o gravi danni alla sicurezza personale o dei propri beni, inclusa la razza, l’etnia, le credenze religiose, i dati biometrici, le informazioni mediche relative alla salute, i conti finanziari e la posizione personale’, Articolo 29). La prima definizione ricalca quasi interamente quella contenuta nella ‘Legge sulla sicurezza informatica’, all’articolo 76, e nel *GDPR* europeo, all’articolo 4, mentre la seconda costituisce una specificità del sistema cinese.

La legge sembrerebbe mutuare alcuni principi che sono già sanciti nel *GDPR*: in ossequio dei quali i dati dovranno essere trattati in modo legale e legittimo, per un chiaro e ragionevole scopo, per un tempo determinato e secondo il crisma della buona fede. Essa impone ai soggetti che trattano informazioni personali gravosi oneri al fine di perseguire un sano sviluppo della *digital economy*, pena l’imposizione di sanzioni.

È evidente l’intento del legislatore cinese di contemperare due opposti interessi: da un lato, la promozione dell’innovazione attraverso lo sfruttamento dei dati, dall’altro, l’esigenza di tutelare l’interesse personale degli individui. È necessario infine precisare che il progetto, prima di essere approvato, necessita di almeno altre tre revisioni, durante le quali potrebbe chiaramente subire delle modifiche, seppur minime.

CORRADO MORICONI 马思勇

https://www.dataguidance.com/sites/default/files/china_draft_personal_data_law.pdf

http://www.ahwx.gov.cn/zcfg/gfxwj/202007/t20200708_4629245.html

https://www.sohu.com/a/426584424_780954

5. Le FAQ del Garante per la protezione dei dati personali sulla refertazione online.

Lo scorso ottobre il Garante privacy è intervenuto pubblicando dei chiarimenti, sotto forma di FAQ, sul tema della refertazione online. Si tratta di un tema di estrema rilevanza data la natura particolarmente sensibile dei dati coinvolti quali sono, appunto, i dati sanitari. Le nuove FAQ

intervengono ad aggiornare, per la prima volta dopo l’entrata in vigore del *GDPR*, le precedenti “Linee guida in tema di referti online” del 2009.

Innanzitutto, il Garante precisa che per “referto online” deve intendersi la possibilità di accedere ad un referto medico tramite modalità digitali quali il Fascicolo sanitario elettronico, siti web, posta elettronica anche certificata.

Relativamente alla base giuridica, il Garante, confermando quanto già dichiarato nel DPCM dell’8 agosto 2013, specifica che il trattamento deve essere fondato sul consenso esplicito, libero, specifico e informato dell’interessato, preceduto dal rilascio di un’apposita informativa ex artt. 13-14 *GDPR*, distinta rispetto a quella relativa al trattamento dei dati personali per finalità di cura, che indichi le caratteristiche del servizio di refertazione online. Il consenso, dunque, continua a porsi come base giuridica necessaria, diversamente da quanto accade per il trattamento dei dati necessario all’erogazione della prestazione sanitaria ex art. 9, par. 2, lett. h) *GDPR*, in quanto la refertazione online costituisce un servizio accessorio, ulteriore e distinto dall’attività di cura, di cui l’interessato può liberamente scegliere se avvalersi o meno, senza che questo pregiudichi il suo diritto all’erogazione della prestazione sanitaria. Il consenso, inoltre, può essere concesso con riferimento ad alcuni referti ma escluso per altri (fermo restando il divieto di refertazione online per accertamenti relativi ad indagini genetiche o all’HIV).

Al fine di assicurare un’adeguata tutela dei dati sensibili contenuti nel referto, il Garante individua una serie di misure di sicurezza di natura sia tecnica che organizzativa che la struttura sanitaria deve porre in essere. Con specifico riferimento alla comunicazione del referto al paziente, devono essere adottati protocolli di comunicazione sicuri (*https*) e sistemi di autenticazione forte dell’interessato (*strong authentication*); il referto deve essere reso disponibile sul sito web della struttura per un massimo di 45 gg. con possibilità per l’interessato di cancellare dal sistema di consultazione tutti o alcuni dei referti che lo riguardano. In caso di trasmissione tramite e-mail, il referto deve essere spedito come allegato e non deve comparire come testo nel corpo del messaggio; il file contenente il referto deve essere protetto tramite password e eventuali SMS possono essere utilizzati solo per dare notizia della disponibilità del referto senza riportare la tipologia di accertamenti effettuati, il loro esito o le credenziali di autenticazione dell’interessato. A queste si aggiungono le specifiche misure di sicurezza già



previste dalle Linee guida del 2009 e dal DPCM del 2013.

Infine, l'offerta su larga scala di nuovi servizi di refertazione con l'uso di nuove tecnologie deve essere preceduta da una valutazione d'impatto (DPIA) ai sensi dell'art. 35 GDPR e deve essere predisposta un'apposita procedura per la gestione dei *data breach*, che consenta di intervenire tempestivamente in caso di violazione del sistema di refertazione online e di monitorarne costantemente la sicurezza.

CHIARA RAUCCIO

<https://www.garanteprivacy.it/faq/referti-online>

6. La nuova indagine della Commissione europea per abuso di posizione dominante di Amazon

Il 10 novembre 2020 la Commissione europea ha formalizzato l'avvio di una nuova procedura antitrust a carico della piattaforma e-commerce statunitense Amazon ai sensi degli articoli 11(6) del Regolamento del Consiglio No 1/2003 e 2(1) del Regolamento della Commissione No 773/2004.

Tale procedura si basa su un'ipotesi di abuso di posizione dominante da parte di Amazon tramite condotte distorsive della concorrenza al fine di favorire le proprie attività di vendita al dettaglio e/o dei venditori terzi che si servono dei servizi di logistica prestati dalla medesima Amazon, ossia di gestione dell'inventario, del magazzino, delle spedizioni e del servizio clienti (c.d. *Fulfillment by Amazon*). Questa indagine comprende tutta l'Area Economica Europea, ad eccezione del mercato italiano.

Il medesimo giorno la Commissione Europea recapitava ad Amazon, informando i regolatori degli Stati Membri dell'UE, una comunicazione di addebito relativa alla procedura avviata in data 17 luglio 2019, avente ad oggetto l'utilizzo fatto dalla società dei dati dei venditori operanti sulla propria piattaforma digitale ("*marketplace*"). Sebbene la Francia e la Germania siano indicati come i mercati più interessati per via del volume delle transazioni, anche tale procedura si estende a tutta l'Area Economica Europea. In questo caso l'addebito configura condotte ed effetti economici vietati dagli articoli 101 e 102 del TFUE.

In maggior dettaglio, le contestazioni della Commissione europea riguardano il duplice ruolo svolto dalla piattaforma Amazon sia di canale distributivo per aziende indipendenti, che di

venditore di prodotti propri tramite il medesimo canale.

Infatti, si legge nella comunicazione di addebito che Amazon farebbe uso di informazioni non pubbliche raccolte attraverso il proprio *marketplace*, sulle vendite ed i prodotti di terzi venditori (quali il numero di ordini e di spedizioni per specifici prodotti, i ricavi del venditore, il numero di click alle offerte postate, i reclami e le restituzioni, altre misure di performance) per calibrare le offerte di vendita di prodotti propri e prendere decisioni strategiche a scapito delle aziende concorrenti. Una volta che tali informazioni confluiscono direttamente nel suo sistema automatizzato di aggregazione dei dati, Amazon ha la possibilità di sfruttarle per influenzare la visibilità dei suoi prodotti o di quelli di coloro che si avvalgono della logistica Amazon tramite il canale "*Buy Box*", con l'effetto di distorcere la concorrenza, abusando del proprio posizionamento di leader europeo tra i fornitori di servizi di mercato e-commerce.

Questa ipotesi accomuna la seconda indagine ancora in fase preliminare, riguardante le condizioni ed i criteri che governano gli algoritmi di assegnazione ai venditori della permanenza nel "*Buy Box*", oltre che i criteri di selezione dei venditori abilitati ad offrire i propri prodotti agli utenti del programma fedeltà "*Prime*". Il fatto che nella sezione "*Buy Box*" dell'interfaccia della piattaforma digitale, ovvero lo spazio online attraverso il quale avvengono la maggior parte delle vendite su Amazon, sia mostrata l'offerta di un singolo venditore per prodotto scelto dal consumatore, direttamente acquistabile con un unico click, costituisce un vantaggio cruciale, così come l'accesso privilegiato ai clienti "*Prime*", statisticamente maggiormente attivi e in costante crescita. Ne consegue che costituirebbe una distorsione della concorrenza favorire artificialmente la vendita dei prodotti Amazon o quelli dei venditori che utilizzano i suoi servizi di logistica attraverso tali canali.

In questa fase i due procedimenti avviati dalla Commissione europea non comprovano definitivamente l'esistenza di un'infrazione da parte di Amazon e non pregiudicano, dunque, la possibilità che vi sia un esito contrario alle allegazioni rese pubbliche dall'Autorità europea. Ad ogni modo, la Commissione darà priorità alla prosecuzione di tale indagine e spetterà ad Amazon iniziare a presentare le proprie difese, alla luce del fatto che, qualora fossero accertate le violazioni, la società rischia sanzioni nell'ordine dei miliardi di euro, ossia fino al 10% dei ricavi annuali in Europa. In alternativa, la società potrebbe decidere di adottare un approccio collaborativo con la

Commissione al fine di trovare un accordo sulle sanzioni e i rimedi successivi che saranno imposti alla società.

DOMENICO PIERS DE MARTINO

| 510 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077

7. *Droits voisins e snippets*: la Corte d'appello di Parigi conferma la decisione dell'Autorità garante della concorrenza francese nei confronti di Google.

La Corte d'appello di Parigi, con l'*arrêt* dell'8 ottobre 2020, ha respinto il ricorso presentato da Google avverso la decisione n. 20-MC-01 della *Autorité de la Concurrence* del 9 aprile 2020 (l'"**Autorità**"), con la quale, constatato un pregiudizio grave ed immediato al settore della stampa per abuso di posizione dominante, l'Autorità ha ingiunto alla piattaforma di Mountain View di avviare e concludere entro tre mesi le negoziazioni con agenzie di stampa, organismi di gestione collettiva ed i maggiori editori francesi (ovvero i cd. titolari dei diritti sui contenuti) al fine di raggiungere un accordo sull'equa remunerazione per l'utilizzo dei contenuti di questi ultimi attraverso i cd. *snippets*. Trattasi di anteprime o estratti di notizie (letteralmente *frammenti*), rinvenibili online gratuitamente sulle pagine dei collettori di news (nel caso di specie, Google News) che, di tal guisa, veicolano e utilizzano contenuti protetti dai diritti connessi al diritto d'autore (cd. *droits voisins*).

Segnatamente, l'Autorità ha accolto il ricorso presentato dall'*AFP (Alliance de la presse d'information générale)* e dagli organi di rappresentanza degli editori di giornali (*Syndicat des éditeurs de la presse magazine*), che chiedevano un'equa retribuzione per l'utilizzo dei loro contenuti, stabilendo, *inter alia*, che «(i)lest enjoint aux sociétés Google LLC, Google Ireland Ltd et Google France, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, de négocier de bonne foi avec les éditeurs et agences de presse ou les organismes de gestion collective qui en feraient la demande, la rémunération due par Google à ces derniers pour toute reprise des contenus protégés sur ses services, conformément aux modalités prévues à l'article L. 218-4 du code de la propriété intellectuelle et selon des critères transparents, objectifs et non discriminatoires»; ed aggiunge che «(c)ette négociation devra couvrir la période de

reprise des contenus depuis le 24 octobre 2019», sancendone l'efficacia retroattiva.

La vicenda s'inscrive nel più ampio quadro normativo recentemente riformato a livello europeo dalla direttiva 790/2019/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale. Quest'intervento di armonizzazione della disciplina sul *copyright* si pone all'esito di un acceso dibattito, sia fuori che dentro le sedi istituzionali, che non può ancora dirsi del tutto sopito. In particolare, un *punctum dolens* della direttiva è ravvisabile, secondo le più note piattaforme digitali, nell'art. 15 che disciplina la "protezione delle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo online", invocato nel caso di specie.

Cionondimeno, con quest'intervento, il legislatore europeo ha inteso armonizzare la disciplina *in subjecta materia* all'interno dei singoli Stati membri. Tra questi, la Francia è stato il primo Paese a recepire il 24 luglio 2019 la direttiva *copyright*, con la quasi unanimità dei voti in Parlamento (solo un voto contrario).

Il termine per il recepimento per gli altri Stati membri è fissato per il 7 giugno 2021, sebbene si registri un forte pressing da parte di autori ed editori – anche in Italia – affinché venga recepita in tempi brevi.

Con questa fondamentale decisione, inoltre, la Francia si candida come apripista anche sul terreno giurisprudenziale, offrendo un 'formante' con effetti che certamente travalicheranno i confini nazionali, riversandosi in tutti gli altri ordinamenti ed aprendo, *de facto*, un varco per l'avvio di negoziati nel settore di riferimento. In altri termini, la decisione appare destinata a riscrivere i rapporti tra le piattaforme digitali e i titolari dei diritti d'autore nel mercato unico digitale europeo.

LUCIO CASALINI

https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/appealsd/2020-10/ca_20mc01_oct20.pdf

https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2020-04/20mc01.pdf

8. La Sapienza aderisce alla "Rome Call for AI Ethics".

Il 30 ottobre 2020 l'Università Sapienza di Roma ha formalizzato la sua adesione alla "Rome Call for AI Ethics", con la firma del documento da parte del Rettore Eugenio Gaudio, alla presenza di Mons. Vincenzo



Paglia, Presidente della Pontificia Accademia per la Vita.

“Rome Call for AI Ethics”, promossa dalla Pontificia Accademia per la Vita, è stata presentata il 28 febbraio 2020 e ha avuto come primi firmatari rappresentanti della FAO, del Governo italiano, di Microsoft ed IBM, come riportato nella notizia n. 7 del primo numero di questa rubrica:
<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2020/03/Osservatorio-1-2020.pdf>.

Il documento, inteso a promuovere un’opera di sensibilizzazione intorno ai temi dell’ “etica” della intelligenza artificiale, in particolare con riferimento alle sue possibilità di perpetuare ed amplificare discriminazioni e pratiche lesive della libertà degli esseri umani e della dignità dei soggetti più vulnerabili, individua sette principi, da sviluppare in ambito educativo e giuridico, per una c.d. “*algorethical vision*”: trasparenza, inclusione, responsabilità, imparzialità, affidabilità, sicurezza e privacy.

<https://www.uniroma1.it/it/notizia/sapienza-ha-aderito-alla-rome-call-ai-ethics-un-approccio-etico-allintelligenza-artificiale#:~:text=per%20la%20Vita-.Venerdi%2030%20ottobre%202020%20è%20stata%20formalizzata%20l'adesione%20della,Gaudio%2C%20alla%20presenza%20di%20Mons.&text=Fare%20scelte%20etiche%20oggi%20significa%20cercare%20di%20trasformare%20il%20progresso%20in%20sviluppo>

