Nuovo Diritto Civile

DIRETTORI

Roberto Carleo Alberto Maria Gambino Mauro Orlandi

DIREZIONE

Michele Tamponi, Massimo Confortini, Attilio Zimatore, Massimo Zaccheo, Valerio Di Gravio, Mauro Orlandi, Antonio Palmieri, Silvio Martuccelli, Saverio Ruperto, Roberto Carleo, Alberto Maria Gambino, Francesco Gambino, Massimo Proto, Teresa Pasquino, Stefano D'Andrea, Valerio Pescatore, Roberta Montinaro



Nuovo Diritto Civile



Direzione editoriale: Luigi Cameriero

N° 4/2020

In attesa di registrazione presso il Tribunale di Roma

COPERTINA

Chiara Damiani

REALIZZAZIONE EDITORIALE

Studio Editoriale Cafagna, Barletta

Marzo 2021

ISSN: 2531-8950

SOMMARIO

Comunicazione dei direttori	
SAGGI	
GIOVANNI D'AMICO, Sul carattere c.d. "selettivo" della nullità di protezione	7
Lara Modica, Forme asimmetriche e nullità selettive per i contratti	
relativi alla prestazione dei servizi di investimento	
Massimo Gazzara, "In difesa" dell'art. 2236 c.c.	
Andrea Genovese, La clausola di recesso	77
SIMONA CACACE, Dalla chance perduta all'impreparazione: nesso eziologico e danni da 'nascita indesiderata'	101
GIOVANNI LIBERATI BUCCIANTI, Circolazione dell'opera d'arte "in-	
clusa" e tutela dell'artista	131
Andrea Sardini, La «moneta» contrattuale	
CASI NOTEVOLI	
Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 2020, n. 2980	199
LORENZO DELLI PRISCOLI, Dumping e posizione dominante, tra	
private enforcement e public enforcement	203
Cass. civ., Sez. III, ord., 12 dicembre 2019, n. 32478	
Donato Maria Matera, Violazione del dovere di buona fede e pre-	
clusione all'esercizio delle tutele giuridiche	235

4 SOMMARIO

ORIENTAMENTI CRITICI E RASSEGNE DI GIURISPRUDENZA

Rassegna sui diritti della persona	257
	259
1 1000 C 1 100 0 100 0 00 00 00 00 00 00 00 00 0	
Rassegna sui diritti reali	
Rassegna sul diritto delle obbligazioni e dei contratti	279
Rassegna sulla responsabilità civile	
Rassegna sulla tutela dei diritti	293
Rassegna su impresa e mercato	303
OSSERVATORIO SUL DIRITTO COMPARATO E STRANIERO	
Maria Cristina Gaeta, Il problema della tutela giuridica della na- tura: un'analisi comparativa tra Italia e Stati dell'America Latina	313
ANTOLOGIE	
Chiara Prussiani, Le convivenze di fatto alla luce della prima esperienza applicativa dopo la legge n. 76 del 2016 (prima parte)	345
ANGOLO DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI	
DEEDE NO TOMIN INDITENDENTI	
IICO MANYACNIA O MADDALENIA DA DEULE Eiliono tro dictino o Conid 10.	
UGO MALVAGNA e MADDALENA RABITTI, Filiere produttive e Covid-19: tra rinegoziazione e co-regolazione	

Gentili Lettori.

giunge a conclusione un tempo che nessuno potrà dimenticare, destinato a segnare a lungo la nostra quotidianità; come pure il modo di pensare il diritto.

L'anno editoriale ha generato un significativo frutto: NUOVO DIRITTO CIVI-LE è tra le riviste scientifiche di 'classe A'. Riconoscimento, che sembra premiare il lavoro feriale di molti; e chiamare la Redazione e i Direttori a una rinnovata e rigorosa lena.

Su questa linea, siamo lieti di annunciare che, con il fascicolo nelle vostre mani, Nuovo Diritto Civile acquista periodicità trimestrale.

Questo numero, il quarto dell'annata 2020, è offerto in omaggio a chiunque vorrà liberamente scaricarne la versione in formato elettronico dal sito della Rivista (www.nuovodirittocivile.it). Mentre agli Abbonati è riservata la esclusiva possibilità di chiedere, secondo le istruzioni pubblicate sullo stesso sito, anche il tradizionale fascicolo fisico.

Con il 2021 i fascicoli fisici diverranno stabilmente quattro di cui uno anche in "open access". Secondando questo nuovo corso, la intelligente disponibilità dell'Editore sta perfezionando un sistema di indicizzazione e vendita on line dei singoli contributi, che diverranno in tal modo facilmente fruibili anche da parte di Lettori meno assidui, ma comunque interessati.

Innovazione nella tradizione, si potrebbe pur dire. Con l'auspicio di rinnovare la fedeltà dei Lettori già abbonati e suscitare il sostegno di tutti i nuovi che vorranno abbonarsi, sulla via di una crescita misurata e costante. Fermo lo scrupoloso impegno di tutti noi perché, incrementando la frequenza, Nuovo Diritto Civile si mantenga coerente con il pensiero lento da cui ha mosso il cammino.

I Direttori

GIOVANNI D'AMICO

(Professore ordinario nell'Università degli Studi "Mediterranea")

SUL CARATTERE C.D. "SELETTIVO" DELLA NULLITÀ DI PROTEZIONE*

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Nullità selettiva e buona fede. – **3.** Un intermezzo: un equivoco da dissipare circa la preclusione all'intermediario dell'azione di ripetizione. – **4.** Ambiguità del concetto di "nullità selettiva" elaborato dalle Sez. Un. – **5.** Ulteriori dubbi sulla soluzione proposta dalle Sezioni Unite.

1. Premessa

La ormai nota sentenza delle Sez. Un., di fine 2019, sulla c.d. "nullità selettiva"¹, colpisce anzitutto per le singolari circostanze "fattuali" che connotavano il caso deciso dai giudici della Suprema Corte.

Il contratto-quadro (di intermediazione finanziaria), che veniva concretamente in rilievo, era infatti un contratto del quale era stata dichiarata (nei gradi di merito del giudizio) – con statuizione ormai non più discutibile perché su di essa si era formato il giudicato (non essendo

^{*} Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due referee.

¹ Cass., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314 (Pres. Mammome, est. Acierno). Tra i numerosi commenti a questa pronuncia si vedano, con diverse valutazioni: G. Guizzi, Le Sezioni Unite e "le nullità selettive" nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica, in num.dirittobancario.it, Editoriale del 4 dicembre 2019; S. PAGLIANTINI, Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione"), in Contratti, 2020, pp. 18 ss.; R. RORDORF, Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario, in Questione giustizia, 2020; G. VETTORI, Nullità selettive e "riequilibrio effettivo". L'evoluzione della buona fede, in Persona e mercato, 2019, pp. 21 ss.; A.A. DOLMETTA, Nullità a vantaggio e nullità selettiva, in Questione giustizia, 2020 (dove, in particolare, si mette in evidenza lo sforzo effettuato dai giudici del Supremo Collegio di ricostruire – al di là della questione specifica del carattere c.d. "selettivo" del rimedio – un regime giuridico generale della "nullità di protezione", sì da considerare le singole ipotesi normativamente previste come applicazioni di una figura sostanzialmente unitaria).

stata oggetto di impugnazione²) – la nullità ai sensi dell'art. 23 T.U.F. (mancanza della forma scritta), *ancorché esso risultasse sottoscritto dall'investitore*. Una nullità, dunque, pronunciata (dai giudici di merito) sulla base di uno degli indirizzi che all'epoca³ ancora si confrontavano in giurisprudenza, e che però nel frattempo era stato – com'è noto – superato dalla sentenza del gennaio 2018 delle stesse Sez. Un., che avevano invece sancito la validità del c.d. contratto "monofirma"⁴.

² Né da parte dell'investitore, né da parte della Banca, che non aveva neanch'essa interesse a contestare la suddetta nullità. E, infatti, la sentenza d'appello (App. Brescia, 21 novembre 2013) – premesso che la nullità del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. può essere fatta valere soltanto dal cliente – aveva ritenuto che ciò non attribuisce tuttavia all'investitore il potere di limitare gli effetti della nullità soltanto ad alcuni degli ordini (quelli specificamente contestati) perché l'invalidità si espande sull'intero rapporto ed investe tutti gli ordini di acquisto, onde – a seguito della sua pronuncia – il cliente deve considerarsi tenuto a restituire alla Banca i titoli acquistati, le cedole riscosse e ogni altra utilità percepita (peraltro, nella fattispecie, la Corte d'appello ha escluso che fosse stata proposta dalla Banca una domanda riconvenzionale di restituzione, ritenendo che quella introdotta in giudizio fosse propriamente un'eccezione di compensazione, idonea di conseguenza solo a paralizzare la domanda restitutoria dell'attore). Nel secondo motivo del ricorso in Cassazione (che ha dato vita al giudizio, poi sospeso per la rimessione alle Sez. Un. della questione circa l'ammissibilità e gli eventuali limiti di un uso "selettivo" della nullità di protezione) il risparmiatore ha contestato tali affermazioni, evidenziando – fra l'altro – che l'accertamento della nullità del contratto-quadro era stato (da lui) richiesto in via meramente incidentale e strumentale alla declaratoria di nullità dei due ordini ai quali soltanto (tra quelli disposti nel corso del rapporto) era stata limitata la domanda del ricorrente, sicché si sarebbe dovuto ritenere che tale accertamento non avesse idoneità a passare in giudicato. Questo argomento viene espressamente considerato, e respinto, nel \(\) della motivazione della sentenza delle Sez. Un.

³ I gradi di merito della vicenda erano stati scanditi dalla sentenza del Tribunale di Mantova dell'11 ottobre 2007, e dalla sentenza (già ricordata) della Corte d'appello di Brescia del 21 novembre 2013. Il ricorso in Cassazione è il n. 3225/2014, incardinato presso la I sezione. Il giudizio è stato sospeso (con ord. n. 23397 de 2/10/2018) per rimettere alle Sez. Un. la questione circa i limiti dell'uso selettivo della nullità di protezione, e, dopo la pronunzia delle Sez. Un. n. 28314/2019, è stato rimesso alla Prima Sezione per la decisione dei rimanenti motivi di ricorso. La I Sezione si è pronunciata definitivamente con la sentenza del 3 giugno 2020, n. 10505 (vedine un primo Commento di C. Robustella, Le precisazioni della Cassazione sull'eccezione di buona fede sollevata dall'intermediario in caso di esercizio selettivo della nullità, in Judicium, 2020), facendo naturalmente applicazione del principio di diritto enunciato dalle Sez. Un. (se pure con una specificazione, scaturita dagli altri motivi di ricorso che erano stati sollevati dal ricorrente).

⁴ Cass. civ., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898. Su questa pronuncia si vedano gli

La circostanza appena evidenziata non è secondaria (e non va escluso che abbia "condizionato" la soluzione adottata dai giudici), perché essa implica(va) che, se il caso avesse potuto essere deciso sulla base di quest'ultima pronuncia, la dichiarazione di nullità (per difetto della forma scritta), avrebbe perso fondamento e l'investitore non avrebbe avuto diritto ad alcuna restituzione (detto altrimenti: la controversia avrebbe dovuto concludersi con una decisione favorevole all'intermediario⁵)⁶.

Quanto detto, peraltro, non implica – di per sé (e salvo quanto diremo più avanti) – che le statuizioni della pronuncia in esame siano (per così dire) irrilevanti per il futuro: se questo è, forse, vero per fattispecie identiche o analoghe a quella ora decisa (cioè per ipotesi di contratti "monofirma", che sarebbero riconosciuti validi, salvo naturalmente un "révirement" delle Sez. Un., che però è poco probabile), potrebbe astrattamente non esserlo per casi diversi, come ad es. quello in cui il contratto-quadro o difetti completamente della sottoscrizione (anche del solo cliente), o addirittura non risulti neanche redatto per iscritto, e sia pertanto da considerarsi (sotto questo profilo) come inesistente. Peraltro, un "passaggio" della motivazione della sentenza in esame può fondatamente far sorgere il dubbio anche circa l'applicabilità delle statuizioni in essa contenute a quest'ultima fattispecie, il che solleva il problema (piuttosto imbarazzante) di quali reali prospettive applicative abbia il "principio di diritto" enunciato dalle Sezioni Unite⁷.

interventi di F. DENOZZA, A. MIRONE, L. MODICA, R. NATOLI, D. SEMEGHINI, Il contratto "monofirma" e le Sezioni Unite della Cassazione. Un dialogo a più voci, a cura di A. Perrone, in Orizzonti dir. comm., 2018.

⁵ Recte: con una decisione che avrebbe dovuto rigettare la domanda dell'investitore (di caducazione di alcuni degli ordini impartiti all'intermediario) per mancanza del presupposto su cui quella domanda era fondata, cioè la nullità per vizio di forma del contratto-quadro. Naturalmente, sarebbe caduta anche (e per lo stesso motivo) l'eccezione riconvenzionale (di compensazione) proposta dall'intermediario, e che era stata accolta dalla sentenza d'appello.

⁶ E cfr. C. Scognamiglio, Le Sezioni unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede, in Corr. giur., 2020, pp. 5 ss., il quale, in maniera esplicita, trae il corollario per cui "... il problema di sottoporre a controllo l'uso selettivo della nullità ... non potrà mai porsi in concreto" (sottinteso: in altri casi che riproducano le caratteristiche di quello esaminato dalle Sezioni Unite).

⁷ Cfr. in particolare il § 14.1 della sentenza delle Sez. Un., dove si legge che "deve escludersi l'applicabilità, *nel caso di specie*, del principio contenuto nell'ordinanza della I sezione civile, n. 10116 del 2018, secondo il quale l'intermediario non può opporsi ad

In proposito è opportuno sottolineare che le fattispecie alle quali (almeno in astratto) sono riferibili i principi di diritto affermati dalle Sez. Un., in punto di (limiti alla) facoltà dell'investitore di "selezionare" gli "ordini" di cui fare dichiarare la nullità/inefficacia, presuppongono logicamente che detta nullità/inefficacia dipenda dalla invalidità ("a monte") del c.d. contratto-quadro. Restano fuori, invece, le ipotesi di "ordini" che siano invalidi, per così dire, ex se (si pensi, ad es., al caso di un "ordine" che sia stato carpito con dolo, o estorto con violenza), o che siano "contestabili" perché risultino violate regole di comportamento al cui rispetto l'intermediario fosse tenuto (si pensi alle norme che prescrivono la valutazione e la comunicazione all'investitore dell'adeguatezza e/o della appropriatezza dell'operazione di investimento, o impongono di dichiarare l'esistenza di un interesse in conflitto; etc.). In entrambe le ipotesi – oltre tutto – non ci troveremmo di fronte a fattispecie di "nullità" (dell'ordine")8: nel primo caso (vizi del consenso) si dovrebbe parlare di annullabilità, mentre negli altri casi esemplificati ci si troverebbe di fronte ad un problema di inadempimento da parte dell'intermediario (rispetto agli obblighi scaturenti dalla instaurazione del rapporto di intermediazione attraverso la stipula del contratto-quadro), e dunque ad un problema di responsabilità (contrattuale). E, comunque, è evidente - in queste ipotesi - che l'investitore sarebbe del

un'azione fondata sull'uso selettivo della nullità ex art. 23 T.U.F. quando un contratto quadro manchi del tutto, né attraverso l'exceptio doli ... né in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, per effetto della sopravvenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente". Orbene, l'inciso "nel caso di specie" può (e, probabilmente, deve) essere inteso nel senso che la particolarità della fattispecie esaminata consiste nel fatto che il contratto era stato redatto per iscritto e risultava firmato dal cliente, sicché (come abbiamo già evidenziato nel testo) sarebbe stata da escludere la sua nullità, se non fosse che tale nullità era stata ormai affermata dai giudici di merito con statuizione sulla quale si era formato il giudicato. Il che, però, induce a ritenere che, ove effettivamente "un contratto quadro manchi del tutto" (ossia non risulti – neanche in fatto - redatto per iscritto e sottoscritto almeno dal cliente), le Sez. Un. condividano l'affermazione dell'ordinanza della I sez., che esclude in tale ultima ipotesi la possibilità per l'intermediario di sollevare l'exceptio doli. Del resto, fuori da questa ipotesi riesce alquanto difficile immaginare a quali (altre) fattispecie possa, in futuro, essere applicato il principio di diritto enunciato dalle Sez. Un. nella pronuncia in esame. Sul punto v. infra, nel testo.

⁸ Nell'argomentazione svolta nel testo si assume che l'ordine sia qualificabile come un autonomo atto negoziale, sebbene si sia consapevoli che sul punto non esiste unanimità di vedute, né in dottrina né in giurisprudenza.

tutto libero di individuare gli "ordini" per i quali ritenga sussistano profili di invalidità (*specifici e autonomi*, ossia indipendenti dalla validità del contratto-quadro, che in ipotesi sussiste), o quelli in relazione ai quali egli ritenga che l'intermediario abbia violato gli obblighi legali e contrattuali su di esso gravanti, senza che si possa parlare, in questo caso, di un uso "selettivo" *della nullità* (certamente non nel senso in cui questo problema è stato affrontato dalle Sez. Un.).

Chiarito, dunque, che il principio di diritto fissato dalla Cassazione ha uno spazio di applicazione solo quando la nullità dei singoli ordini sia invocata quale conseguenza della nullità del contratto-quadro, occorre fare un'ultima precisazione, utile per delimitare i termini del problema che si deve affrontare. Può ipotizzarsi, invero, che il contratto-quadro sia nullo non per ragioni "formali" (ossia perché, in ipotesi, esso reca la sottoscrizione dell'investitore), bensì per altre ragioni. Se si prescinde però da ipotesi di illiceità o indeterminatezza dell'oggetto del contratto (che appaiono ictu oculi di improbabile ricorrenza), si dovrebbe tuttavia ipotizzare – per dare concretezza a questa eventualità – un "vizio" del contratto-quadro che derivi dalla "incompletezza" del regolamento contrattuale rispetto al c.d. "contenuto necessario" quale richiesto ai sensi dell'art. 37, comma 3, del Regolamento Consob, 15.2.2018, n. 20307¹⁰. Sennonché una (ipotetica) nullità affermata per

⁹ È stato osservato (D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 160) che la pronuncia delle Sez. Un. si riferisce propriamente alla nullità per vizio di forma (l'unica disciplinata dall'art. 23 T.U.F.).

¹⁰ La norma citata prescrive – com'è noto – che "Il contratto con i clienti al dettaglio: *a*) specifica i servizi e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate, *b*) stabilisce il periodo di efficacia e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; *ε*) indica le modalità attraverso le quali il cliente può impartire ordini e istruzioni; *d*) prevede la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire a rendiconto dell'attività svolta; *e*) indica i corrispettivi spettanti all'intermediario o i criteri oggettivi per la loro determinazione, specificando le relative modalità di percezione e, ove non diversamente comunicati, gli incentivi ricevuti in conformità al Titolo V; *f*) indica se e con quali modalità e contenuti in connessione con il servizio di investimento può essere prestata la consulenza i materia di investimenti; *g*) indica le altre condizioni contrattuali convenute con l'investitore per la prestazione del servizio; *h*) indica le procedure di risoluzione stragiudiziale di controversie, definite ai sensi dell'art. 32-*ter* del Testo Unico").

questa ragione sarebbe una nullità virtuale (ossia una nullità da pronunciare ex art. 1418, comma 1, c.c.), ma può dubitarsi che le anzidette prescrizioni "di contenuto" – dettate oltre tutto in una fonte secondaria (il Regolamento Consob, sopra citato) – siano tali che l'omissione di taluna di esse (quando, beninteso, non si risolva in una mancanza o indeterminatezza/ indeterminabilità dell'oggetto) porti addirittura alla nullità del contratto-quadro¹¹, con le ricadute che ciò comporta sulle operazioni di investimento effettuate nel corso del rapporto.

Si conferma, in tal modo, l'impressione che il principio di diritto affermato dalle Sezioni unite, abbia modo di operare in futuro solo in ipotesi di assai rara ricorrenza, e – in sostanza – solo nel caso che il contratto-quadro sia stato redatto per iscritto ma non sia stato sottoscritto neanche dal cliente¹². È l'esistenza di questo residuo – sebbene esiguo – campo di applicazione che giustifica l'esame *nel merito* della soluzione proposta dalle Sezioni unite, cosa che faremo nei prossimi paragrafi.

2. Nullità selettiva e buona fede

Tornando alla specifica decisione delle Sezioni unite, è noto che con essa i giudici hanno (in linea di principio) ammesso che il risparmiatore possa "selezionare" gli ordini di cui chiedere la dichiarazione di nullità (previo accertamento incidentale della nullità del contratto-quadro per mancato rispetto della forma richiesta dall'art. 23 T.U.F.).

Tuttavia, i giudici del Supremo Collegio hanno circoscritto (nel modo di cui diremo subito *infra*) i limiti entro i quali il risparmiatore (vittorioso) potrà far valere le conseguenze restitutorie dell'esperita azione di nullità, e ciò chiamando in causa il principio della buona fede.

Su quest'ultimo richiamo (e indipendentemente dall'adesione alla

¹¹ E cfr. anche C. Scognamiglio, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, pp. 176 ss., 177), il quale – con riferimento ad ipotetiche cause di nullità del contratto-quadro, diverse dalla nullità per vizio di forma, afferma che si tratterebbe comunque di casi "statisticamente di incidenza marginale".

¹² Ove invece un contratto-quadro *manchi del tutto* (e, comunque, non risulti redatto per iscritto) le stesse SS.UU. ritengono – come abbiamo già ricordato – che all'intermediario non si possa riconoscere alcuna eccezione per paralizzare (o limitare) la scelta del risparmiatore circa i singoli ordini di cui chiedere la dichiarazione di nullità.

soluzione finale cui pervengono i giudici) molti commentatori hanno manifestato perplessità¹³; e, in effetti, non è affatto chiaro a quale "buona fede" i giudici si riferiscano. Potrebbe trattarsi della buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.), ma – viene subito da chiedersi – cosa ha a che fare con la correttezza nell'esecuzione del contratto il fatto di agire (o non agire) per far valere *selettivamente* un vizio di nullità del contratto?

Ma, se non è la buona fede *nell'esecuzione di un contratto* a venire in rilievo, a quale (altra nozione di) "buona fede" alludono le Sez. Un.? Sembrerebbe che il riferimento sia alla buona fede (*recte*: alla *mala fede*) che sostanzia il c.d. "abuso del diritto", abuso che sussisterebbe più specificamente per il fatto che l'attore (l'investitore) non chiederebbe che siano dichiarati nulli *tutti gli "ordini*" (impartiti all'intermediario, e) risultati "viziati" a causa della nullità ("a monte") del contratto-quadro, bensì *solo alcuni di tali ordini* (quelli che si sono risolti in operazioni di investimento con esito "sfavorevole", intendendo preservare dalla nullità le operazioni rivelatesi invece vantaggiose)¹⁴.

¹³ Anche R. Rordorf, op. cit., p. 2 non nasconde la sensazione che la "buona fede" sia (qui, come in altre occasioni) utilizzata dai giudici come (citiamo testualmente) "una sorta di passepartout, cui l'interprete si affida per cavarsi d'impaccio in presenza di nodi interpretativi assai intricati, evitando così scelte troppo nette". E subito dopo l'A. aggiunge: "...Nel caso in esame va poi osservato che il canone di buona fede non appare riferito alla stipulazione, all'interpretazione o all'esecuzione del contratto, quanto piuttosto al modo in cui una parte agisce in giudizio per far valere i propri diritti ...", discorrendo esplicitamente di un "riferimento alla buona fede, forse non del tutto pertinente, ma adoperato solo per veicolare una soluzione altrimenti priva di una riconoscibile base legale ...". Condivide invece l'uso del principio di buona fede effettuato, nel caso di specie, dalla Cassazione, M. Girolami, L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?, in Nuova giur. civ. comm., 2020, pp. 154 ss., spec. 157 ss.

¹⁴ Nega in radice il problema della c.d. "nullità selettiva" (considerato come frutto di un equivoco), A. IULIANI, Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione, in Giur. it., 2020, I, pp. 273 ss., per il quale, una volta che la dichiarazione di nullità dei singoli ordini di investimento sia stata richiesta quale conseguenza dell'accertamento della nullità del contratto-quadro, ne discenderebbe inevitabilmente la nullità di tutti gli "ordini di investimento" effettuati nel corso del rapporto, in quanto "atti esecutivi" di un unico contratto di mandato (costituito dal contratto-quadro), privi di una causa propria. Sempre a parere dell'A., sarebbe tuttavia possibile un'impugnazione di singoli "ordini", quando però la causa di invalidità che venga fatta valere non dipenda dalla nullità del contratto-quadro (in part. dalla nullità per mancanza di forma, prevista dall'art. 23 T.U.F.), ma sia fondata su altri elementi (si potrebbe pensare ad es. ad una "incapacità naturale" dell'investitore, al momento della formulazione dell'ordine).

Con la precisazione che – secondo le Sez. Un. – l'"abuso" non starebbe nel fatto, in sé, di effettuare la suddetta "selezione" – e ciò perché rientra/rientrerebbe nella "logica" della nullità "di protezione" la possibilità (data a "consumatore") di scegliere di mantenere in piedi alcuni effetti del contratto, provocando la caducazione soltanto degli altri (la nullità di protezione – scrivono i giudici – è strutturalmente seletttiva¹⁵) –quanto piuttosto nel fatto di operare in modo tale da cumulare i vantaggi economici conseguiti attraverso le operazioni "favorevoli" (che sarebbero – come appena detto – "preservate" dalla dichiarazione di nullità, che non verrebbe richiesta) con l'eliminazione degli svantaggi economici prodotti dalle operazioni "sfavorevoli" (le sole di cui si chiederebbe la caducazione). Secondo i giudici del Supremo Collegio questo "cumulo" non sarebbe consentito, e pertanto sarebbe lecito (per l'investitore) ripetere dall'intermediario finanziario le somme "perse" a seguito di operazioni sfavorevoli solo nella misura in cui queste perdite (considerate anch'esse – evidentemente – nel loro complesso) siano eccedenti rispetto ai "guadagni" conseguiti attraverso le operazioni di investimento risultate "favorevoli"16.

Al di là della complessa argomentazione messa in campo per sorreggere detta conclusione, si noti sin da ora come l'esito indicato non sia – nella sostanza – diverso da quello che scaturirebbe dall'ammissione della (sia pure parziale¹⁷) ripetibilità, da parte dell'intermediario, delle somme guadagnate dall'investitore a seguito di operazioni di investimento a lui favorevoli, ma da considerare comunque nulle in conseguenza della nullità del contratto-quadro (accertata e dichiarata a seguito dell'azione dell'investitore), con una sorta di (sia pur impropria) "compensazione"

¹⁵ Sulla "selettività" della nullità di protezione, quando essa colpisca le (singole) clausole di un unico contratto, v. *infra*.

¹⁶ È appena il caso di osservare che, in tal modo, la "selettività" della nullità – sebbene proclamata in astratto – viene concretamente neutralizzata, perché nell'agire in giudizio il risparmiatore deve tener conto (comunque) – pur essendosi limitato (formalmente) a chiedere la nullità dei soli "ordini" di investimento rivelatisi svantaggiosi – anche delle operazioni di investimento che hanno avuto un esito favorevole.

¹⁷ Ossia, sino a concorrenza delle somme che possono essere oggetto di ripetizione da parte dell'investitore. Ma – si noti – la "ripetibilità" potrebbe essere anche *totale*, allorchè le "utilità" (cedole, dividendi, etc.) conseguite dall'investitore a seguito di operazioni di investimento risultate favorevoli, siano *inferiori* alle perdite. In questo caso l'eccezione dell'intermediario non potrebbe paralizzare del tutto l'azione di ripetizione dell'investitore, ma tuttavia ne *limiterebbe* la portata.

(in parte qua) tra il credito "restitutorio" che sorge in capo all'investitore e un analogo credito che comunque sorgerebbe anche a favore dell'intermediario (sia pure solo a seguito dell'iniziativa di far accertare la nullità del contratto-quadro, intrapresa dal risparmiatore).

Detto altrimenti, se pure formalmente si mantiene fermo il principio che l'intermediario non è legittimato all'azione di ripetizione (che in ipotesi conseguirebbe alla nullità anche degli ordini non contestati dall'investitore), nella sostanza – attribuendogli un'eccezione ex fide bona idonea a paralizzare e/o a limitare l'azione di ripetizione spettante all'investitore in conseguenza della nullità degli ordini da lui specificamente contestati – è come se gli si riconoscesse comunque un "credito restitutorio" opponibile in compensazione all'investitore. È vero che le Sez. Un. "correggono" la sentenza d'appello – che aveva addirittura condannato il risparmiatore a restituire *integralmente* alla Banca i titoli obbligazionari, le cedole e le altre utilità che il risparmiatore aveva conseguito dalle operazioni di investimento che avevano avuto un andamento favorevole -, ed è vero quindi che i giudici del Supremo Collegio possono (formalmente) sostenere che il calcolo dei "benefici" ricevuti dall'investitore in base agli ordini non impugnati è da essi considerato necessario non per consentire all'intermediario di poter "ripetere" queste somme, ma solo per valutare se l'investitore – azionando la nullità "selettivamente" non abbia finito per perseguire un risultato eccedente rispetto alla finalità "protettiva" che connota la riserva di legittimazione a suo favore, con correlativo "ingiustificato sacrificio patrimoniale" per l'intermediario. Ma le parole riescono solo sino a un certo punto a schermare la realtà, e la realtà è che si consente all'intermediario di opporre all'investitore un "controcredito" (quale scaturirebbe da una condictio indebiti) che può giungere ad eguagliare il credito restitutorio fatto valere per parte sua dall'investitore.

E, se così è, è difficile sottrarsi alla sensazione che – nonostante la sottigliezza del ragionamento – si sia in definitiva, e sempre nella sostanza (sebbene non nella forma), derogato alla "riserva di legittimazione" a favore dell'investitore, facultando l'intermediario a *far valere* in qualche modo, avvantaggiandosene, una nullità che l'investitore non aveva chiesto che venisse pronunciata¹⁸.

¹⁸ Tutto questo senza aggiungere che – considerato il principio di diritto stabilito dalle Sez. Un. – in molti casi lo stesso risparmiatore finirà per essere dissuaso dall'a-

3. Un intermezzo: un equivoco da dissipare circa la preclusione all'intermediario dell'azione di ripetizione

Circa la spettanza anche all'intermediario delle azioni di ripetizione conseguenti all'accertamento della nullità del contratto-quadro è bene – peraltro – fugare un equivoco, che sembra non di rado essere sotteso alle discussioni intorno alla c.d. "nullità selettiva".

Il fatto che – come abbiamo implicitamente sostenuto nel paragrafo precedente, e come motiveremo più ampiamente in seguito – l'intermediario non possa esercitare (neanche in parte) l'azione di ripetizione in relazione ad "ordini" che non siano stati contestati dall'investitore, non significa invece che egli subisca analoga preclusione con riferimento agli ordini di cui invece l'investitore abbia chiesto la caducazione.

Diversamente ragionando si aprirebbe – infatti – la strada ad una vera e propria anomalia, perché – se, a fronte del singolo ordine di cui il risparmiatore abbia chiesto la dichiarazione di nullità (sul presupposto, evidentemente, di aver subito una "perdita patrimoniale", recuperabile attraverso l'azione di ripetizione), si escludesse la possibilità per l'intermediario di ripetere a propria volta la "prestazione eseguita" a favore del risparmiatore – si legittimerebbe un arricchimento ingiustificato, che non potrebbe avere alcun fondamento, nemmeno alla luce del carattere "protettivo" della nullità.

Valga il seguente esempio. Il risparmiatore A ha dato ordine all'intermediario di acquistare 10.000 azioni FCA al prezzo unitario di 10 euro/azione, per un controvalore complessivo di euro 100.000. Il prezzo delle azioni FCA crolla, deprezzandosi del 40% rispetto al momento dell'acquisto, tanto da indurre il risparmiatore a (dare ordine di) vendere le azioni, per evitare ulteriori perdite. La vendita avviene al prezzo di 6 euro/azione, per un controvalore complessivo di 60.000 euro, che vengono versati al risparmiatore. Se, in seguito, il risparmiatore otterrà la dichiarazione di nul-

gire in giudizio ora per l'irrisorietà del "saldo restitutorio" (tenendo conto dei profitti conseguiti e delle perdite subite) concretamente risultante a suo favore, o anche per l'incertezza (specie in rapporti che si siano protratti per diversi anni) circa le modalità stesse con le quali determinare l'entità dei profitti e delle perdite conseguenti alle singole operazioni di investimento (soprattutto a quelle che si sono chiuse in epoca più remota).

¹⁹ Chiariremo più avanti il senso in cui deve intendersi questa espressione nel caso della prestazione di servizi finanziari da parte di intermediari.

lità dell'operazione di acquisto (e successiva rivendita) delle azioni FCA, egli potrà ripetere la somma versata per l'acquisto (100.000 euro), mentre l'intermediario avrà diritto di ripetere la somma costituente il corrispettivo della rivendita (60.000 euro) in ipotesi già versato al risparmiatore (oppure – nell'eventualità in cui il "disinvestimento" non sia stato ancora effettuato – l'intermediario avrà diritto ad ottenere la restituzione dei "titoli" che erano stati trasferiti al risparmiatore, a seguito dell'esecuzione dell'originario ordine di investimento da quest'ultimo disposto).

Come risulta dall'esempio appena fatto, con riferimento al singolo ordine dichiarato nullo (su domanda del contraente protetto), persiste (e non può non persistere) la reciprocità delle pretese restitutorie²⁰, che possono essere fatte valere – rispettivamente – dal risparmiatore e dall'intermediario. Né questo significa derogare alla regola secondo cui la nullità (di protezione) può essere pronunciata solo "a vantaggio" del consumatore/ risparmiatore, in quanto questa regola significa che solo il consumatore (qui: il risparmiatore) può azionare la nullità per eliminare un effetto dannoso prodotto nella sua sfera patrimoniale dal contratto (o da una sua clausola), ma non comporta di certo anche l'attribuzione al consumatore di un profitto "indebito", quale sarebbe quello consistente nel poter, oltre che ripetere la propria "prestazione" (recte: le somme messe a disposizione dell'intermediario per l'effettuazione dell'operazione di investimento, poi dichiarata nulla), anche trattenere quanto ottenuto attraverso l'attività dell'intermediario (per riprendere l'esempio prima fatto: trattenere i titoli azionari acquistati dall'intermediario e trasferiti in proprietà all'investitore)²¹.

²⁰ È appena il caso, peraltro, di precisare che le ripetizioni di cui si parla nel testo non riguardano, propriamente parlando, prestazioni corrispettive eseguite reciprocamente dall'investitore (mandante) e dall'intermediario (mandatario). La somma inizialmente versata dall'investitore (mandante) non è altro che la "provvista" fornita all'intermediario (mandatario) per l'esecuzione dell'ordine (nell'esempio fatto nel testo: per l'acquisto delle azioni FCA); somma che deve essere restituita in quanto la nullità del mandato conferito con l'ordine di acquisto, fa sì che gli effetti del contratto di acquisto ricadano nella sfera giuridica del mandatario (ed è questa la ragione per cui l'intermediario può "ripetere" dal risparmiatore le azioni a suo tempo acquistate a suo nome, e che il risparmiatore detiene ormai sine titulo). Il rapporto di corrispettività si pone semmai – sulla base del contratto-quadro – tra l'attività di "intermediazione" che il professionista si impegna a svolgere in favore del risparmiatore, e il compenso (sotto forma di "commissioni") che quest'ultimo si obbliga a corrispondere all'intermediario.

²¹ Che la legittimazione riservata (al solo investitore) all'azione di nullità non esclu-

Entro questi limiti è vera l'affermazione secondo cui non v'è un nesso di implicazione logica tra l'esclusività della legittimazione a far valere l'azione di nullità, e quella per l'esercizio della ripetizione delle "prestazioni" eseguite in base al contratto dichiarato nullo²².

Quando, dunque, si esclude la legittimazione dell'intermediario ad esercitare l'azione di ripetizione che conseguirebbe all'accertamento della nullità del contratto-quadro, occorre che sia chiaro che questa "esclusione" non riguarda le azioni di ripetizione che conseguono ad operazioni di investimento specificamente dichiarate nulle a seguito dell'iniziativa giudiziale del risparmiatore, ma solo quelle che conseguono alla "nullità" delle operazioni di investimento di cui il risparmiatore non ha chiesto la caducazione²³.

da che, una volta pronunciata la nullità/inefficacia del singolo "ordine", anche l'intermediario possa "ripetere" la "prestazione" da lui eseguita (recte: i titoli azionari "girati" al risparmiatore in esecuzione dell'ordine di investimento), è dimostrato dallo stesso "principio di diritto" enunciato dalle Sez. Un., laddove i giudici segnalano che l'uso selettivo della nullità non deve determinare "un ingiustificato sacrificio economico in capo all'intermediario stesso". Mentre questa affermazione non è del tutto persuasiva ove riferita (come fanno i giudici delle Sez. Un. al "saldo" del complessivo rapporto tra intermediario e investitore, comprensivo anche degli ordini di cui quest'ultimo non abbia chiesto la nullità), essa è invece assolutamente corretta se riferita ai singoli "ordini" caducati a seguito dell'azione dell'investitore, atteso che quest'ultimo ha bensì diritto all'eliminazione del pregiudizio subito (dal singolo ordine dichiarato nullo), ma non anche ad un "arricchimento" ai danni dell'intermediario, che costituirebbe per quest'ultimo "un sacrificio economico del tutto ingiustificato".

²² Così G. Petti, L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle sezioni unite, in Contratti, 2019, p. 288 (e v. anche R. RORDORF, op. cit., p. 3, il quale riconosce a questa tesi "il pregio di conservare una qualche coerenza sistematica alla figura giuridica della nullità, che, salva la limitazione soggettiva a farla valere, continuerebbe per il resto a rappresentare una forma radicale di reazione dell'ordinamento al manifestarsi di patologie negoziali così gravi da rendere il contratto totalmente incapace di produrre effetti giuridici, per l'una come per l'altra parte"), il quale tuttavia attribuisce (e qui non può – a nostro avviso – essere seguito) carattere generale alla propria affermazione, riferendola quindi anche alle operazioni di investimento di cui il risparmiatore non abbia chiesto espressamente la dichiarazione di nullità. Ritenere, però, che anche in questo caso l'intermediario possa esercitare l'azione di ripetizione significherebbe ammettere che anch'egli possa trarre vantaggio dalla dichiarazione di nullità del contratto-quadro, il che è in contrasto con il carattere "protettivo" della nullità, e viola (sostanzialmente) la riserva di legittimazione a favore del contraente protetto.

²³ Che anche queste operazioni debbano essere qualificate come nulle, a seguito della nullità del contratto-quadro, ci sembra evidente. L'unica particolarità è che della

Precisazione che ci è sembrato necessario sottolineare per evitare l'equivoco che sembra sotteso all'idea (sostenuta da alcuni autori) secondo cui si dovrebbe ormai parlare, anche alla luce della pronuncia delle Sez. Un., di "un doppio regime delle restituzioni": "bilaterale", nel caso della "ordinaria nullità", "unilaterale" (o – come anche si dice – ricorrendo a diverse locuzioni – "unilateralmente orientato", "unidirezionale", "asimmetrico", etc.) nel caso della "nullità di protezione"²⁴.

loro nullità (non richiesta dal risparmiatore, che non ne ha evidentemente interesse) non può avvalersi l'intermediario, perché ciò sarebbe in contrasto con lo statuto della nullità di protezione.

²⁴ Per una posizione critica rispetto a questo atteggiamento v. però, A. IULIANI, op. cit., pp. 275 ss.; per parte nostra avevamo già, in altra occasione e in via generale, evidenziato che una deroga al regime bilaterale delle restituzioni può essere affermata "solo per espressa previsione del legislatore, e solo se si ipotizza un atteggiamento (dello stesso legislatore) di tipo sanzionatorio/punitivo nei confronti del contraente che ha diritto alla restituzione': cfr. G. D'AMICO, Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno, in Nuove leggi civ. comm., 2014, pp. 769 ss., spec. 780-781; e cfr., per una posizione abbastanza simile, C. Scognamiglio, Le Sezioni unite e la nullità di protezione, cit., p. 179, dove si legge che il superamento di quella che è stata chiamata "la neutralità della disciplina dell'indebito" non può essere affidato all'opera dell'interprete, "richiedendo in ipotesi un intervento normativo che modelli, appunto in chiave premiale per il cliente, o il consumatore, che agisca in giudizio per far valere la nullità di protezione la regolamentazione delle restituzioni, così al tempo stesso salvaguardando l'effetto di deterrenza di condotte illegittime del professionista (più specificamente, nel caso oggetto della decisione delle sezioni unite, dell'intermediario"). Vedi, invece, per la tesi secondo cui le Sezioni Unite (nella sentenza 28314/2019) avrebbero abbracciato l'idea della "ripetibilità delle sole prestazioni effettuate dalla parte legittimata ad agire in giudizio per la caducazione del contratto", D. IMBRUGLIA, Appunti su nullità e restituzioni, in Giur. it., 2020, pp. 1528 ss., spec. 1531 (che vede in questo asserito nuovo orientamento giurisprudenziale una conferma della "dimensione plurale della nullità contrattuale", e ritiene che sia possibile immaginare "tante regole restitutorie quanti [sono] i trattamenti della nullità"). È bene precisare – peraltro – che la nostra posizione coincide solo sino ad un certo punto con l'opinione espressa da S. Monticelli, La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura, in Nuova giur. civ. comm., 2020, II, pp. 158 ss. Dalla condivisibile premessa secondo la quale la circostanza che la legittimazione "riservata" all'azione di nullità, implica che solo il soggetto legittimato possa chiedere la caducazione del contratto, ma non può anche comportare che egli, "una volta che decida liberamente di esercitare il potere conferitogli, diventi anche arbitro degli effetti che da tale esercizio naturalmente conseguano" (e v. già ID., Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale, in Contr. impr., 2018, spec. pp. 1042 ss.), Monticelli trae la conseguenza che "l'accertata nullità del contratto presupposto (il contratto quadro) fa venire meno la giustificazio-

4. Ambiguità del concetto di "nullità selettiva" elaborato dalle Sezioni Unite

Le difficoltà sopra segnalate, e l'ambiguità che ci è sembrato connotare l'argomentazione della sentenza in commento, derivano probabilmente da un tentativo, che i giudici cercano di portare avanti, del resto esplicitandolo chiaramente: quello di ritenere "adattabile" il modo di funzionamento della nullità di protezione quando essa colpisce (solo) singole clausole di un unico contratto, all'ipotesi in cui la nullità (integrale) di un unico "contratto-base" si vuole che si riverberi solo su alcuni dei (plurimi) contratti (o, se si preferisce, delle plurime operazioni) che da esso dipendono.

Ora, non bisogna spendere molte parole per sottolineare – già *in limine* – come le due ipotesi di "selettività" siano tutt'altro che omogenee. Nel primo caso, infatti, esercitando l'azione di nullità, il contraente protetto può – in effetti – "selezionare" *gli effetti del contratto* da mantenere in vita²⁵ da quelli di cui invece chiedere la caducazione (in quanto conseguenti, ad es., a clausole "vessatorie", e pertanto nulle). Nel secondo caso (esemplificato – nell'ipotesi che viene in rilievo – dalla relazione tra "contratto-quadro" e singoli "ordini di investimento"), al contrario: *a*) le singole operazioni di investimento disposte dal risparmiatore *non* sono in alcun modo qualificabili come "effetti" del contrat-

ne causale di tutte le negoziazioni che in esso traggono fondamento, essendo queste ultime null'altro che atti posti in esecuzione del primo senza del quale non avrebbero potuto validamente concludersi" (op. cit., 165). Sennonché – ammesso pure (come affermano le Sez. Un.) che l'accertamento incidentale della nullità del contratto-quadro, che debba effettuarsi a seguito della domanda dell'attore di dichiarare l'inefficacia di alcuni "ordini" da lui impartiti all'intermediario, avvenga con efficacia di giudicato – la nullità del contratto-quadro non può estendersi anche a "ordini" che non rientrino nel petitum dell'azione promossa dal legittimato (si noti come – nel § 22.2. della motivazione della sentenza – si parli esplicitamente di "ordini non colpiti dall'azione di nullità", e in un caso – e meno tecnicamente – di "investimenti non colpiti dall'azione di nullità"), né d'altra parte il giudice potrebbe accogliere una domanda riconvenzionale che provenga dall'intermediario (che non ha legittimazione a far dichiarare la nullità/inefficacia degli "ordini" non impugnati dal risparmiatore).

²⁵ Che potrebbero essere anche effetti derivanti da clausole vessatorie, di cui tuttavia il consumatore non abbia interesse a chiedere la nullità, che verrebbe in tal modo "sanata" (v. anche *infra*, la nt. 30).

to-quadro²⁶; *b)* non è neanche ipotizzabile una permanenza in vita del contratto-quadro (come avviene, invece, quando si eliminano singole clausole di un contratto, che rimane – per il resto – valido ed efficace); infine *c)* non si può nemmeno ipotizzare che la nullità²⁷ colpisca solo alcuni dei contratti "a valle" del contratto-quadro, e non anche gli altri²⁸.

Quest'ultimo punto, peraltro – lo abbiamo già accennato – non significa che la nullità degli "ordini" non impugnati dal risparmiatore autorizzi l'intermediario ad esercitare la condictio indebiti con riferimento (anche) a queste operazioni di investimento²⁹. La riserva di legittima-

²⁶ Basti dire che alla stipula del contratto-quadro potrebbe non seguire alcuna operazione di investimento disposta dal risparmiatore.

²⁷ Che – non va dimenticato – colpisce gli "ordini" (impartiti in assenza di un contratto-quadro ovvero sulla base di un contratto quadro nullo) *ab origine*, dovendosi, a nostro avviso, respingere senz'altro l'idea secondo cui la nullità di protezione comporterebbe una *efficacia* iniziale (del contratto o delle singole clausole), destinata a *venir meno* se il contraente "protetto" agisca per far valere la nullità stessa. Se così fosse, ci troveremmo di fronte – sostanzialmente – ad un fenomeno di annullabilità (sia pure peculiare), e non si capirebbe – a tacer d'altro – la rilevabilità d'ufficio, che caratterizza il regime (anche) delle nullità di protezione. Per la spiegazione dell'operare della nullità di protezione nei termini di una nullità (bensì originaria, ma tuttavia) "sanabile", v. M. GIROLAMI, *op. cit.*, p. 158, e G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 780.

²⁸ Salvo a verificare se, nel comportamento del risparmiatore, che abbia tenuto fuori dalla domanda di caducazione alcuni "ordini".

²⁹ Oltre che per la ragione che indichiamo nel testo, la inammissibilità di una condictio indebiti – esercitata, in ipotesi, dall'intermediario – con riguardo alle operazioni di investimento non "impugnate" dal risparmiatore, deriverebbe anche da un'altra considerazione. Ammesso che la nullità del contratto-quadro porti con sé anche la nullità (o l'inefficacia, che dir si voglia) di tutti gli "ordini" che il risparmiatore ha impartito all'intermediario, è pacifico che tale nullità lascerebbe comunque in vita i contratti (stipulati con terzi) attraverso i quali l'intermediario ha eseguito i singoli ordini ricevuti. Unica conseguenza sarebbe quella per cui gli effetti di tali contratti, anziché riverberarsi nella sfera giuridica del risparmiatore (secondo il meccanismo dell'art. 1706, comma 1, cod. civ.) si produrrebbero nella sfera giuridica dell'intermediario, che diventerebbe (o, se si preferisce, resterebbe) "titolare" degli strumenti finanziari (azioni, obbligazioni, etc.) acquistati per conto del cliente. Ciò comporterebbe che – a fronte della restituzione al risparmiatore delle somme da quest'ultimo messe a disposizione dell'intermediario per l'acquisto dei "titoli" - l'intermediario potrebbe "ripetere" dal risparmiatore i "titoli" di cui quest'ultimo è entrato in possesso. Non potrebbe, invece – a nostro avviso – "ripetere" anche le cedole o le altre utilità (ad es.: dividendi azionari) conseguite dal risparmiatore sino a quel momento: si tratta, infatti, di "prestazioni" che sono state effettuate, a favore del risparmiatore, non dall'intermediario, bensì dal terzo (ad es.: società emittente le obbligazioni produttive di un certo rendimento, incorporato nelle cedole). Ammettere l'intermediario a "ripetere" anche queste "utilità"

zione ad agire a favore del contraente protetto impedisce una simile conseguenza, perché si estende anche (logicamente) alla domanda di nullità/inefficacia dei singoli ordini e alla conseguente *condictio indebiti*³⁰.

A voler trarre una conclusione generale dalle considerazioni svolte in questo paragrafo, diremmo che si consolida l'idea che il concetto di "nullità selettiva" (quale individuato dalle Sez. Un. nella sentenza in commento) non solo non appaia idoneo ad individuare una *species* significativa, nell'ambito di una (ipotetica) pluralità di figure in cui si articolerebbe la (solo) apparentemente unitaria categoria della "nullità di protezione"³¹, ma nemmeno individua una caratteristica omogenea che possa ritenersi propria (in generale) della figura della "nullità di protezione".

5. Ulteriori dubbi sulla soluzione proposta dalle Sezioni Unite

A parte quelle già esplicitate, non mancano altre ragioni di perplessità che la pronuncia in esame suscita, in particolare con riferimento a quello che è apparso (ai più) come il profilo maggiormente apprezzabile della stessa, e cioè l'equilibrato "bilanciamento" tra le ragioni del consumatore (qui: risparmiatore) e quelle del professionista. Anche su questo punto appare opportuno svolgere qualche considerazione, che consenta di evitare alcuni possibili equivoci.

Accanto alle critiche che, sotto vari profili, sono state mosse alla sentenza delle Sez. Un., non è mancato l'apprezzamento (da parte di diversi commentatori) per quella che è stata vista come una equilibrata composizione delle posizioni dei contraenti, e – sotto il profilo concet-

significherebbe – oltre tutto – violare (anche) il principio per il quale la nullità di protezione non può andare "a vantaggio" del professionista, ma solo del contraente protetto.

³⁰ Che l'intermediario – come abbiamo sopra visto – può esercitare solo relativamente agli "ordini" di cui il risparmiatore abbia specificamente chiesto la caducazione.

³¹ Ad una "nullità di protezione" da declinare al plurale mostra, da ultimo, di dare credito (proprio – anche se non solo – a seguito della sentenza delle Sez. Un., di cui stiamo occupandoci) S. Pagliantini, *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*, in *Contratti*, 2020, pp. 17 ss., spec. 27 ss. (ma v., allora, C. Scognamiglio, *op. cit.*, p. 6, per il quale l'indicazione che emerge dalla pronuncia delle Sez. Un. – sia pure in maniera non esplicita – sembrerebbe semmai andare in direzione di una costruzione tendenzialmente "unitaria" dello statuto della "nullità di protezione").

tuale – come una sorta di "terza via"³² (in certo senso, mediana) tra le due soluzioni contrapposte che si erano profilate, così in dottrina come in giurisprudenza intorno al problema evocato dalla formula della "nullità selettiva"³³.

Apprezzamento col quale chi scrive sarebbe disposto anche a concordare se esso dovesse intendersi come rivolto alla soluzione data *alla controversia concreta* con la quale i giudici si trovavano a confrontarsi (una fattispecie costituita – come abbiamo ricordato sin dall'inizio – da un contratto "monofirma", che – dopo la sentenza n. 898/2018 – avrebbe dovuto essere considerato *valido*, se non fosse già passata in giudicato – divenendo incontestabile – la statuizione dei giudici di merito, che ne avevano affermato la nullità)³⁴.

³² Parla esplicitamente di "terza via" (fondata sull'applicazione del canone della buona fede), ad es., G. VETTORI, *op. cit.*, p. 28.

³³ Le due posizioni (contrapposte), alle quali facciamo riferimento nel testo, sono ben riassunte dalle stesse Sez. Un. Secondo il primo orientamento (che ha trovato compiuta espressione, da ultimo, in Cass. n. 6664 del 2018), "una volta che sia privo di effetti il contratto d'intermediazione finanziaria destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti in quanto esso sia dichiarato nullo, operano le regole comuni dell'indebito (art. 2033 c.c.) non altrimenti derogate", in base alle quali "la pronuncia del giudice è l'evenienza che priva di causa giustificativa le reciproche obbligazioni dei contraenti e dà fondamento alla domanda del solvens di restituzione della prestazione rimasta senza causa" (corsivi aggiunti). L'opposto orientamento si fonda invece sull'operatività piena, processuale e sostanziale, del regime giuridico delle nullità di protezione esclusivamente a vantaggio del cliente (nella specie dell'investitore), dal che viene tratta la conseguenza secondo cui "l'intermediario non può avvalersi della dichiarazione di nullità in relazione alle conseguenze, in particolare restitutorie, che ne possono scaturire a suo vantaggio, dal momento che il regime delle nullità di protezione opera esclusivamente in favore dell'investitore..." (cfr. Cass. civ., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit.), dove il brano citato continua con l'affermazione secondo cui "L'indebito, così come previsto nell'art. 1422 c.c., può operare solo ove la legge non limiti con norma inderogabile la facoltà di far valere la nullità ed i suoi effetti in capo ad uno dei contraenti, essendo direttamente inciso dallo 'statuto' speciale della nullità cui si riferisce. ...").

³⁴ E non è un caso che l'esito finale della controversia (quale risulta dalla sentenza di Cass. civ., Sez. I, 3 giugno 2020 n. 10505, cit. *retro*) sia stato esattamente identico – in concreto – a quello che ci sarebbe stato se, anziché nullo, il contratto-quadro fosse stato considerato valido. Circostanza, peraltro, che induce anch'essa a riflettere, perché non può non apparire singolare che due prospettive qualificatorie esattamente opposte (nullità v. validità) conducano ... allo stesso esito.

Ma il "giudice del diritto" non è il giudice *del caso singolo*, e per la "tenuta" dei principi che esso afferma non basta che essi siano (o appaiano) "giusti" con riferimento a quel singolo caso.

Di qui la domanda finale, che intendiamo porre: in che modo i giudici avrebbero affrontato (o meglio, avrebbero dovuto affrontare) il caso, se quest'ultimo fosse stato costituito da un'ipotesi di nullità indiscutibile (non soltanto formalmente, per essersi formato il giudicato, ma anche sostanzialmente) del contratto-quadro (ad es. perché esso, ancorché redatto per iscritto, fosse risultato privo anche della sottoscrizione del risparmiatore)?

Orbene, a noi sembra che – in una simile ipotesi – la scelta non avrebbe potuto essere se non nel senso di aderire *totalmente* al secondo degli orientamenti sopra richiamati³⁵, negando all'intermediario qualsi-asi possibilità di far valere (attraverso un'*exceptio* o altrimenti), *anche soltanto in parte*, "ripetizioni" relative ad operazioni di cui il risparmiatore non abbia chiesto la dichiarazione di nullità³⁶.

È vero che la soluzione di ammettere l'esercizio "selettivo" dell'azione di nullità (dirigendola contro alcuni "ordini" ad esclusione di altri), ricollegando ad essa la conseguenza appena detta, potrebbe apparire – al di là di valutazioni espresse in termini di buona fede o meno nell'esercizio del diritto di azione – come una forma di tutela eccessiva del cliente-risparmiatore (o, se si preferisce, come un eccesso "sanzionatorio" nei riguardi dell'intermediario). E, tuttavia, occorre non dimenticare come la giurisprudenza della Corte di giustizia europea abbia ripetutamente ribadito (con riferimento, in particolare, al campo delle clausole vessatorie) l'esigenza di una applicazione *rigorosa* del rimedio della "nullità di protezione", sì da non depotenziarne l'efficacia deterrente (e, con ciò, da assicurarne – se si vuole – la c.d. effettività)³⁷.

³⁵ V. la penultima nota.

³⁶ Del resto – come abbiamo visto – sono le stesse Sez. Un. a far intuire (anzi, ad evidenziare esplicitamente) l'adesione all'ord. della I sezione, che, in caso di "inesistenza" del contratto-quadro (ipotesi alla quale riteniamo debba ricondursi anche quella del contratto-quadro, magari redatto per iscritto, ma privo della sottoscrizione di entrambe le parti) preclude all'intermediario la possibilità di opporre qualsivoglia eccezione rispetto al c.d. uso "selettivo" della nullità da parte del risparmiatore.

³⁷ Si consideri – oltre tutto – che ammettere l'intermediario a opporre un'eccezione (di buona fede) al risparmiatore quando è proprio l'intermediario ad essere "causa" della nullità (o, addirittura, della mancanza) del contratto-quadro, contrasterebbe *anche*

Sicché, può ben dirsi che la soluzione indicata è, in un certo senso, imposta anche dal canone della interpretazione *orientata al diritto euro-unitario*, presentandosi come l'unica ad essere coerente con la "logica" della nullità di protezione, e come l'unica – nella specie – a riuscire ad esercitare un effettivo stimolo per gli intermediari a rispettare la regola di cui all'art. 23 T.U.F.

In proposito non deve dimenticarsi che la "nullità di protezione" è una nullità (sia pure "speciale"): essa protegge bensì l'interesse particolare di un contraente, ma non cessa per questo di essere un rimedio posto anche (se non soprattutto) a tutela di un interesse generale, che è poi l'interesse al corretto funzionamento del mercato (o di determinati mercati). Una curvatura "funzionalistica" della nullità di protezione, che ne modelli il funzionamento esclusivamente in relazione ad una ratio di tutela "individuale" (ritenendo raggiunto lo scopo del rimedio quanto tale tutela sia – suppostamente, peraltro – raggiunta), coglierebbe solo un aspetto (e, forse, nemmeno il più importante) della complessa finalità che accompagna queste nullità "nuove".

In una pronuncia che – come abbiamo sopra ricordato – aveva (anche) l'ambizione di ricostruire, in maniera organica, uno "statuto" generale della nullità di protezione (al di là della specifica "epifania" di tale figura nella materia dei servizi di intermediazione mobiliare) – sarebbe stato auspicabile che avesse trovato spazio anche la considerazione appena svolta, non limitando l'attenzione solo alla "composizione equilibrata" (o supposta tale) degli interessi dei due contraenti.

L'articolo esamina la decisione delle Sezioni Unite n. 28314 del 4 novembre 2019.

This article examines the decision no 28314 of 4.11.2019 of the Italian Supreme Court.

con un principio (generale) del nostro ordinamento, che è quello che vieta di trarre profitto da un proprio comportamento illecito. Cfr. su tale principio R. SACCO, L'arric-chimento ottenuto mediante fatto ingiusto, Torino, 1959 (rist. Napoli, 1980), passim.

LARA MODICA

(Professore ordinario nell'Università degli Studi di Palermo)

FORME ASIMMETRICHE E NULLITÀ SELETTIVE PER I CONTRATTI RELATIVI ALLA PRESTAZIONE DEI SERVIZI DI INVESTIMENTO*

Sommario: 1. La forma dei contratti di investimento. – 2. Le ambiguità di una struttura contrattuale a doppio livello: la forma degli ordini. – 3. Contratti assenti, contratti nulli, contratti nulli ma "formalmente esistenti". – 4. Il problema della nullità selettiva e la via media delle Sezioni Unite. – 5. Obblighi di fattispecie e sanzioni dissuasive. – 6. I paradossi della eccezione di buona fede. – 7. La tracciabilità delle operazioni tra vincoli di forma e obblighi di documentazione.

1. La forma dei contratti di investimento

A giudicare dall'intrico di questioni emerse nel torno dell'ultimo ventennio, sembrerebbe che il dispositivo formale consegnato all'art. 23 t.u.f. generi più problemi di quanti ne risolva. Dalla ormai lontana pronuncia che, ferma la distinzione fra regole di condotta e regole di validità, apriva ad una nullità virtuale per carenza di elementi di struttura o contenuto (*diversi*, va da sé, da quelli che già figurano al comma 2 dell'art. 1418 c.c.)¹, fino ai più recenti arresti in materia di contratto monofirma² e nullità selettive³, il problema della forma del contratto

^{*} Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due referee.

¹ Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno resp.*, 2006, pp. 25 ss., con nota di V. Roppo e G. Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, poi ripresa da Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giur. it.*, 2008, pp. 347 ss., con nota di G. Cottino, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici.*

² Cass., Sez. un., 16 gennaio 2018 n. 898, in ilcaso.it.

³ Cass., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, in ilcaso.it.

di investimento solo in parte ripropone i temi implicati in generale dal cosiddetto neoformalismo, esibendo profili di irriducibile specificità connessi alla tipica configurazione bifasica dell'operazione ed ai peculiari connotati che le esigenze di trasparenza assumono nel mercato dei capitali⁴.

Il contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento è redatto per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti (art. 23 t.u.f., comma 1); ove concluso con clienti al dettaglio, contiene una serie di indicazioni circa il contenuto delle prestazioni dovute, le procedure di rinnovo o modificazione, le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni, la documentazione da fornire a rendiconto dell'attività svolta, i corrispettivi spettanti all'intermediario o i criteri oggettivi per la loro determinazione, tutte le altre condizioni contrattuali convenute con l'investitore per la prestazione del servizio (art. 37 Reg. interm.⁵). Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo (art. 23 t.u.f., comma 1) e nulla è altresì "ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico" (art. 23 t.u.f., comma 2). In entrambi i casi, la nullità può essere fatta valere solo dal cliente (art. 23 t.u.f., comma 3).

Nella lettura prevalente, i richiamati indici normativi sono stati a lungo ricondotti a coerenza affermando che: il requisito di forma scritta riguarda il solo contratto quadro e non anche i singoli ordini, per i quali nessun vincolo formale è imposto; la redazione per iscritto prevista dalla regola di settore in nulla deflette dal farsi per iscritto di cui all'art. 1325 c.c.; la consegna di un esemplare del contratto scritto integra un obbligo posto a carico dell'intermediario la cui eventuale violazione dà luogo a responsabilità, precontrattuale o contrattuale a seconda delle diverse ricostruzioni; anche le indicazioni recate dall'art. 37 Reg. interm. vanno ascritte al novero delle regole di condotta, senza perciò mai sollevare questioni di validità; la nullità (per vizio di forma) del contratto quadro determina a cascata la nullità di tutti gli ordini a valle conclusi.

⁴ R. Lener, Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario, Milano, 1996, passim.

⁵ Regolamento intermediari adottato con delibera Consob n. 20307 del 15 febbraio 2018.

La sintesi è approssimativa e intende solo restituire un quadro di massima, non mancando certo fra gli interpreti, teorici e pratici, diversità di accenti e approcci. Senonché, a guardare la quantità di problemi ancora lontani da una sistemazione oppure risolti al prezzo di sovrabbondanti complicazioni, viene da chiedersi se una simile ricostruzione sia davvero l'unica possibile o comunque la più efficiente, specie all'indomani della definitiva apertura dei giudici ad una *interpretatio ad finem* dei requisiti di forma, da intendersi "non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa".

2. Le ambiguità di una struttura contrattuale a doppio livello: la forma degli ordini

Assai meno scontata di quanto sembri risulterà per esempio la diffusa opzione interpretativa che vuole amorfi i singoli ordini impartiti dal cliente sulla base del contratto (formale a pena di nullità *ex* art. 23 t.u.f.) col quale l'intermediario si obbliga a prestare il servizio di investimento⁷ ove si consideri che detto contratto deve, fra l'altro, indicare "le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni" (art. 37 reg. interm.).

Prescrivere che il contratto-quadro indichi le modalità attraverso cui il cliente impartisce gli ordini, significa in effetti imporre l'inserzione di un patto riconducibile all'art. 1352 c.c., il quale si limita a richiedere, per far scattare la presunzione di essenzialità della forma, che la convenzione sia redatta per iscritto: presupposto qui certamente garantito dalla regola contenuta all'art. 23 t.u.f., da ritenersi estesa all'intero regolamento pattizio, secondo lo schema ormai ampiamente collaudato della "forma contenuto" volto a tramutare in costitutivi, mediante forma, elementi che non lo sarebbero in astratto⁸.

⁶ Cass., Sez. un., 898/2018, cit.

⁷ Cass. civ., 22 dicembre 2011, n. 28432, in *Giur. it.*, 2012, pp. 619 ss.; Cass. civ., 13 gennaio 3012, n. 384, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, pp. 398 ss., con nota di L. Ballerini, *Neoformalismo e contratti di investimento: la forma degli ordini di negoziazione impartiti dall'investitore all'intermediario*; Cass. civ., 2 agosto 2016, n. 16053, in *ilcaso.it*; Cass. civ., 29 febbraio 2016, n. 3950, in *ilcaso.it*.

⁸ Sia consentito sul punto il rinvio a L. Modica, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, pp. 127 ss.

A una simile ricostruzione non osta peraltro il riferimento testuale nella norma codicistica alla "futura conclusione di un contratto": senza richiamare la mai sopita *querelle* intorno alla natura degli ordini, la regola di cui all'art. 1352 c.c. sarebbe a questi comunque estensibile, giusta il richiamo operato dall'art. 1324 c.c., anche ove se ne predicasse la natura di atti unilaterali idonei *ex se* a procurare l'acquisto dello strumento finanziario in capo al cliente nel quadro di un unitario rapporto di mandato. Né infine l'operatività dell'art. 1352 c.c. può ritenersi necessariamente ed esclusivamente circoscritta a patti istitutivi di forme convenzionali scritte. Lo ha chiarito la Corte di Cassazione non esitando a qualificare requisito di forma convenzionale *ad substantiam* i codici informatici alfanumerici che, nell'ambito del sistema "*swift*", contraddistinguono ciascuna operazione bancaria¹⁰: messa al bando soltanto la nuda oralità¹¹, rimangono per il resto irrilevanti le caratteristiche e il tipo di *medium* tecnico prescelto, se in grado di assicurare serietà, utilità, durevolezza¹².

Ammesso dunque che l'art. 37 Reg. interm. annoveri fra i requisiti di contenuto del contratto quadro una convenzione sulla forma, il discorso si fa più scabroso allorché, dovendosi individuare il trattamento da riservare all'ordine irrispettoso delle modalità prescelte, si richiami, come è naturale che sia, l'effetto legale tipico prefigurato dall'art. 1352 c.c., vale a dire una (presunzione di) invalidità¹³.

⁹ Il riferimento è alla ricostruzione di F. Galgano, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni* Unite della Cassazione, in Contr. impr., 2008, p. 3, ad avviso del quale il contratto stipulato fra intermediario e cliente è un mandato ad acquistare o a vendere strumenti finanziari; gli ordini del cliente alla banca sono, nel senso dell'art. 1711 c.c., istruzioni del mandante al mandatario. La banca, quale mandatario, si obbliga ad eseguire le istruzioni del cliente, suo mandante, acquistando o vendendo a seconda degli ordini ad essa impartiti. Di natura sicuramente contrattuale degli ordini discorre invece V. Roppo, *Sni contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MIFID*, in *Rin. dir. priv.*, 2008, p. 497. Cfr. inoltre M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, pp. 485 ss.

¹⁰ Cass. civ., 10 giugno 2014, n. 13020, in ilcaso. it.

¹¹ Cass. civ., 22 novembre 2017, n. 27836, in *Giur. it.*, 2018, pp. 1580 ss., con nota di E. Grossule, *Apertura di credito in conto corrente e deroga della forma scritta ab substantiam*, a proposito dell'art. 117, comma 2, T.U.B, che abilita la Banca d'Italia, su conforme delibera del CICR, a stabilire che "particolari contratti" possano essere stipulati in forma diversa da quella scritta.

¹² Cass. civ., 30 novembre 2017, n. 28816, in ilcaso.it.

¹³ Cass. civ., 30 novembre 2017, n. 28816, cit.: "La circostanza che, nell'esecuzione del rapporto contrattuale, il cliente abbia più volte impartito per telefono gli ordini,

Si obietta in proposito che il vincolo formale assunto con apposita clausola ha una diversa indole ed una minore resistenza rispetto all'omologo legale, sicché il regime rimediale delle forme volontarie necessariamente decampa da quello proprio delle forme *ad substantiam* e consiglia piuttosto una indagine in chiave di mutuo dissenso tacito del patto di forma con conseguente validità dell'ordine difforme¹⁴.

Ora, se già su di un piano generale meriterebbe forse una rivisitazione la idea ricorrente secondo cui il contratto concluso senza la forma volontaria appartiene necessariamente a un ordine di fenomeni strutturalmente diverso da quello dei contratti privi di un requisito della fattispecie¹⁵, vi è che nel nostro caso discorriamo di un patto di forma *sui generis* siccome *imposto*. Lungi dal profilare un semplice obbligo a carico dell'intermediario¹⁶, la descrizione delle modalità di impartizione

non impedisce di affermarne la nullità, se l'intermediario non provvede a registrarli su nastro magnetico o supporto equivalente, in conformità all'alternativa fra ordine scritto ed ordine telefonico registrato contemplata dal contratto quadro". Vedi anche Cass. civ. 25 maggio 2016, n. 10822, in *ilcasa.it*. "ove nel contratto quadro sia prevista una clausola che preveda per l'ordine di acquisto "di norma" la forma scritta, deve dichiararsi l'invalidità dell'ordine meramente verbale". Analogamente, Cass. civ., 5 ottobre 2017, n. 25335, in *ilcasa.it*. Nella giurisprudenza di merito, cfr. App. Brescia 20 giugno 2007; Trib. Trento 7 maggio 2018 e, *contra*, Trib. Genova 5 maggio 2017, tutte in *ilcasa.it*.

¹⁴ R. FAVALE, Il processo di deformalizzazione dei contratti di investimento mobiliare. "Das Richterrecht bleibt unser Schicksal", in Rass. dir. civ., 2019, pp. 821 ss. Si tratta dell'applicazione di un orientamento consolidato presso la giurisprudenza, quello secondo cui "le parti che abbiano convenuto l'adozione della forma scritta per un determinato atto, nella loro autonomia negoziale possono successivamente rinunciarvi, anche tacitamente, mediante comportamenti incompatibili con il suo mantenimento" (Cass. civ., 15 febbraio 2019, n. 4539, in ilcaso.it; Cass. civ., 22 marzo 2012, n. 4541, in Ced Cassazione, 2012; Cass. civ., 5 ottobre 2000, n. 13277, in Nuova giur. civ. comm., 2001, I, p. 163, con nota di A. NATALE, La conversione del negozio nullo per vizio di forma convenzionale). Per la giurisprudenza di merito, da ultimo, Trib. Milano, 5 agosto 2019, n. 7764, in ilcaso.it. Ma v., in senso contrario, Cass. civ., 14 aprile 2000, n. 4861, in Giust. civ., 2000, I, p. 3197; Cass. civ., 9 febbraio 1980, n. 909, in Giust. civ., 1980, I, p. 2239. La tendenza a qualificare la trasgressione del patto di forma alla stregua di un comportamento concludente sub specie di revoca o mutuo dissenso è aspramente criticata da R. Sacco, in Sacco e De Nova, Il contratto, I, in Tratt. dir. civ. Sacco, Milano, 2004, p. 720.

¹⁵ V. in proposito le osservazioni U. Breccia, *La forma*, in *Tratt. contr. Roppo*, I, *Formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, pp. 640 ss.

¹⁶ Nel senso che il mancato rispetto della forma prevista nel contratto potrà con-

degli ordini, al pari di altri elementi di contenuto elencati dal regolamento Consob, costituisce invero un elemento essenziale del contratto (quadro)¹⁷, del quale infatti condiziona la validità¹⁸.

Il patto evocato dall'art. 37 Reg. Interm. sporge allora dalle coordinate entro cui il codice civile colloca l'accordo sulla forma quale chiara epifania della libertà contrattuale e certo non delinea un "aggravamento volontario legalmente facoltizzato" rimesso alla libera determinazione delle parti, le quali non sono affatto libere di scegliere se individuare o meno una determinata modalità, potendo, al più, decidere *quale*²⁰.

Sicché, mentre la scelta intorno alla forma dell'ordine diventa elemento del contratto vincolato nell'*an* e discrezionale solo nel *quomodo*, il risultato è una curiosa commistione tra forme volontarie e forme legali,

figurare al più un inadempimento dell'intermediario, App. Brescia 13 gennaio 2017, in *Ileaso.it*.

¹⁷ Al di là della questione generale se e in che misura il potere regolamentare della Consob possa spingersi fino a configurare elementi di validità di un contratto, è la lettura sistematicamente orientata dell'art. 23 t.u.f. in combinazione con l'art. 39 dir. CE 73/2006 a suggerire per ciascuno degli elementi di contenuto elencati dalla norma di rango secondario il carattere di essenzialità o meno e conseguentemente se la assenza determini la nullità del contratto quadro o la violazione di una regola di condotta. In questo senso già P. Giudici, *Contratti per servizi di investimento*, in *Tratt. contratti Roppo*, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, p. 1055, secondo il quale il carattere di essenzialità della previsione in parola trova conferma – più che nel catalogo recato dal regolamento Consob – soprattutto nella prospettiva dell'art. 39 Direttiva CE 73 2006 del 10 agosto 2006.

¹⁸ R. Costi e L. Enriques, *Il mercato mobiliare*, Padova, 2004, p. 363; N. Salanitro, Società per azioni e mercati finanziari, Milano, 2000, p. 186; D. Semeghini, Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento, Milano, 2010, pp. 36 ss., M. Maggiolo, Servizi ed attività di investimento, cit., 484; F. Sartori, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004, p. 220. Contra A. Tucci, *Il problema della forma dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2009, II, p. 52; R. Lener e A. Lucantoni, Art. 23, in Aa. Vv., *Il testo unico della finanza*, Torino, 2013, p. 407.

¹⁹ La formula è di A.M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e autonomia delle parti*, Torino, 2002, p. 363.

²⁰ Quando Consob precisa che «la forma scritta è richiesta per i contratti quadro disciplinanti la prestazione dei servizi d'investimento, mentre per il conferimento dei singoli ordini di compravendita, rilasciati dagli investitori, non è prescritto un particolare requisito di forma» (Comunicazione Consob, 3 agosto 2005, DIN/5055217) dice dunque il vero, essendo infatti prescritto che le parti mettano per iscritto nel contratto quadro il requisito di forma prescelto.

un ibrido, che dovrebbe però quanto meno ridimensionare la risalente diffidenza rispetto alla forza normativa di patti privati che intervengano su requisiti strutturali della fattispecie²¹ e, conseguentemente, indebolire gli argomenti di impronta dogmatica che da quella diffidenza prendono avvio, primo fra tutti che il patto sia diretto a servire interessi essenzialmente particolari e per questo sfugge al severo statuto della nullità e del suo immancabile corollario di insanabilità²².

Naturalmente, quale che sia il significato da attribuire alla presunzione di essenzialità posta dall'art. 1352 c.c. – regola interpretativa speciale o strumento di allocazione dell'onere della prova²³ – pur sempre di presunzione, *iuris tantum*, si tratta, suscettibile di essere vinta ove una diversa volontà delle parti si profili in sede ermeneutica o venga fornita prova contraria da chi quella presunzione contesta²⁴.

D'altra parte, la sicurezza con cui – fuori dalle ipotesi di operatività dell'art. 1352 c.c. – si giustifica la scelta della libertà di forma degli

²¹ F. CARNELUTTI, Documento e negozio giuridico, in Riv. dir. proc., 1926, pp. 220 ss.

²² Semmai, questa forma pattizia ma *sui generis*, restituita alla sua peculiare dimensione funzionale, ben potrebbe perdere il necessario aggancio ad un rimedio modellato sull'art. 1421 c.c. e tollerare piuttosto (o meglio reclamare) una nullità di protezione (virtuale) (Sulle nullità di protezione virtuale, diverse dalle nullità virtuali di protezione, v. G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 735). Nel senso invece che la nullità di un ordine per carenza del requisito della forma convenzionale, può essere fatta valere da entrambi i contraenti, cfr. Cass. civ., 2 agosto 2016, n. 16053, in *Ced Cassazione*, 2016.

²³ La tesi che discorre di norma speciale di interpretazione è ampiamente condivisa in giurisprudenza (cfr. per esempio Cass. civ., 28 aprile 1998 n. 4347, in *Contratti*, 1998, p. 369; Cass. civ., 5 novembre 2010, n. 22589, in *Ced Cassazione*, 2010. In dottrina A. Genovese, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, pp. 33 ss.). La dottrina sembra preferire quella che vi individua una regola di distribuzione del carico probatorio la quale alloca l'onere di dimostrare che la forma non è stata voluta per la validità su chi contesti la presunzione: in questo senso V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 248; R. Sacco, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 720; B. Di Giovanni, *Forma*, in *Tratt. contratti* Rescigno, I, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Milano, 1999, p. 806.

²⁴ Più agile si palesa il congegno di cui all'art. 1326, comma 4, с.с. (su cui V. Vел-DIССНЮ, Forme volontarie ed accordo contrattuale, Napoli, 2002, pp. 432 ss.) che sposta l'incidenza della forma richiesta al momento della formazione dell'accordo decretando la sicura inefficacia della accettazione difforme senza lasciare spazio a ricostruzioni diverse delle intenzioni del proponente o alla prova contraria dell'oblato, stroncando sul nascere ogni discorso sui margini di sanatoria per fatti concludenti (v. in proposito Cass. civ., 22 giugno 2007, n. 14657, in Contratti, 2007, p. 901).

ordini appare direttamente correlata ad una diffusa svalutazione del momento negoziale condensato nell'ordine, sovente inteso quale segmento meramente esecutivo di un programma compiutamente definito *ex ante* e non già luogo elettivo di emersione del concreto interesse dell'investitore, precipuamente concentrato su natura, costi, prospettive e specifica rischiosità del singolo investimento²⁵.

Ad essere generalmente sovradimensionato è piuttosto il ruolo del contratto quadro, la cui funzione – avviare una relazione di durata fissandone i termini organizzativi e contenutistici²⁶ – si esplicita nella sequenza redazione per iscritto-consegna, sì da garantire al cliente il controllo continuativo sul rispetto di quei termini. Se si condivide l'idea che i due livelli sui quali si articola l'operazione negoziale si completano a vicenda senza identificarsi, ne uscirà quanto meno indebolito il principale argomento abitualmente speso per giustificare la soluzione della libertà di forma, vale a dire che l'informazione erogata a monte mediante scrittura valga ad illuminare anche le operazioni compiute a valle, rendendosi al contempo attuale l'interrogativo circa la perdurante opportunità di lasciare i diversi contenuti propri dell'ordine sguarniti di analoghi presidi formali.

3. Contratti assenti, contratti nulli, contratti nulli ma "formalmente esistenti"

Regolare la relazione tra intermediario e cliente può non essere interesse delle parti. Così almeno suggerisce la prassi, con il conforto dei giudici: se un pregresso accordo quadro debitamente stipulato tra

²⁵ Cass. civ., ord. 28 febbraio 2018, n. 4727, in *Giur. it.*, 2019, p. 293. Sul punto v. anche G. Berti de Marinis, *La contrattazione bifasica nei contratti di investimento: fra vincoli imposti a tutela del cliente e rimedi invalidanti*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, pp. 1344 ss.

²⁶ Secondo Cass. civ., 23 maggio 2017, n. 12937, in *ilcasa.it*: «la funzione del contratto quadro, ovvero la sua causa negoziale, è quella di fare (per l'investitore) e di far fare (per l'intermediario) degli investimenti. L'eventualità di confinarlo senza residui nello schema del semplice contratto normativo trascura che, nella realtà normativa, come pure operativa, la sua stipulazione importa, tra gli altri, anche il compito dell'intermediario di segnalare e proporre all'investitore l'opportunità di effettuare degli investimenti: secondo i termini organizzativi e contenutistici che per l'appunto si trovano prescritti da legge e regolamento». Si limita ad evocare una "funzione conformativa e normativa" Cass., Sez. Un., 28314/2019, cit.

le parti nella richiesta forma scritta manca "perché mai le parti hanno inteso dare al rapporto una veste formale stabile e definitiva", le operazioni di investimento e disinvestimento comunque effettuate danno vita ad un "coacervo di singole operazioni, tante quante sono quelle poste in essere attraverso l'esecuzione degli ordini di negoziazione impartiti di volta in volta dall'investitore all'intermediario, ciascuna delle quali ubbidisce al proprio statuto giuridico e conserva perciò la propria individualità"²⁷.

La mancanza tout court del contratto quadro restituisce all'investitore quella piena libertà di aggredire solo alcuni dei singoli ordini eventualmente viziati che gli viene altrimenti negata²⁸: quanto dire che, eliminata la presenza per certi aspetti fuorviante del contratto quadro, riemerge il nucleo essenziale della relazione investitore/ intermediario avuto riguardo al concreto assetto di interessi, costituito dal singolo ordine e dalla singola operazione di investimento. Posta la sicura ammissibilità di operazioni di investimento valide seppur acefale, la stessa Cassazione precisa che una questione di "temperamenti" non si porrà se un contratto quadro manchi del tutto: allorché le singole operazioni di investimento abbiano avuto esecuzione in mancanza della stipulazione del contratto quadro, all'investitore che chiede sia dichiarata la nullità solo di alcune di esse "non sono opponibili l'eccezione di dolo generale fondata sull'uso selettivo della nullità e, in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, l'intervenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente"29.

Prendono così corpo due distinti statuti, l'uno per il contratto che non c'è e la cui inesistenza non osta alla conclusione di valide operazioni di investimento; l'altro per il contratto nullo per vizio di forma ma comunque "materialmente" esistente rispetto al quale sussiste l'esigenza di mitigare gli ordinari effetti della nullità. Poiché, però, si insegna

²⁷ Cass. civ., 24 aprile 2018, n. 10116, in ilcaso.it.

²⁸ Senza però chiarire quale sarebbe la sorte di ordini che, pur acefali, fossero per avventura tra loro causalmente collegati.

²⁹ Cass. civ., 24 aprile 2018, n. 10116, cit., ripresa e condivisa sul punto da Cass. Sez. un., 4 novembre 2019 n. 28314, cit.

che l'intermediario esegue gli ordini a valle di un (valido) contratto quadro, una simile divaricazione lascia piuttosto disorientati³⁰.

Le ragioni che hanno indotto i giudici a prospettarla stanno in ciò: pur a fronte di un contratto quadro nullo, l'esistenza di un testo completo e sottoscritto da uno dei contraenti non può essere del tutto ignorata in relazione alla valutazione della legittimità delle diverse forme di tutela dell'intermediario³¹. Poco importa che il contratto sia nullo (perché manca una firma): se l'intermediario ha comunque confezionato un testo completo bisognerà tenerne conto e non penalizzarlo troppo, e sarà il caso di chiamare in causa la buona fede a modulare e conformare lo statuto normativo delle nullità di protezione aprendo ad una graduazione dei rimedi al vizio di forma in stretto rapporto con una valutazione dei comportamenti delle parti. Al netto delle considerazioni di vertice cui siffatto ragionamento può indurre sul piano dei rapporti fra nullità e inesistenza, risolvere la difformità tra fattispecie concreta e fattispecie legale valorizzando le condotte è passaggio quanto meno sparigliante quando si tratti della gestione di un vizio di forma previsto a pena di nullità: non tanto (o non solo) perché rimanda all'equivoca possibile commistione tra regole strutturali e regole di comportamento sulla cui estraneità al nostro sistema gli stessi giudici di legittimità sembravano aver messo un punto fermo³²; soprattutto, evocare qui la clausola generale di buona fede – per di più segnalandone la diretta promanazione dalla solidarietà costituzionale33 – è sintomo di una

³⁰ V. in proposito le osservazioni di A. Tucci, *Nullità di protezione e buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*, cit., p. 40.

³¹ La fattispecie in questione era quella di un contratto monofirma dichiarato nullo per difetto di forma sulla scorta dell'orientamento precedente all'arresto delle Sezioni Unite del 2018. Nel giudizio di merito si era formato il giudicato sulla nullità del contratto quadro per difetto di forma, nonostante emergesse dal ricorso, e dalla sentenza impugnata, che il predetto contratto era stato sottoscritto dagli investitori: "l'esistenza di un testo completo e sottoscritto da uno dei contraenti, ancorché costituisca circostanza irrilevante, in relazione all'accertamento della nullità, perché coperta da giudicato, non può essere del tutto ignorata …"

³² Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, cit. Ma v. le considerazioni di A. Di Majo, *La nullità*, in *Tratt. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, VII, a cura di Di Majo, Ferri, Franzoni, Torino, 2002, pp. 86 ss.

³³ Trascurando che il concetto di solidarietà "implica sempre due profili: l'esistenza di un 'tutto', di un aggregato sociale, e la reciproca dipendenza dei suoi membri. Profili, estranei al negoziato contrattuale, che è il luogo del conflitto, dell'abile avvedutezza,

precomprensione civilistica del sistema t.u.f.³⁴ che spesso induce a soluzioni incongrue³⁵.

Per averne ulteriore conferma, dovrà attendersi che la Cassazione si esprima sulla sorte dei singoli ordini quando vulnerati da vizi di forma diversi dalla carenza di sottoscrizione dell'intermediario (vizio ormai del tutto privo di rilievo applicativo³⁶) o faccia luce sul destino degli ordini colpiti da difetti non formali³⁷.

Sul punto torneremo a breve. Quel che ora più interessa è che adombrare, come in sostanza fanno le Sezioni Unite, un preliminare giudizio di correttezza avente ad oggetto il grado di rispetto da parte dell'intermediario delle regole di forma è il sintomo evidente di una mutata prospettiva che dal "giudizio assertorio di esistenza o non esistenza" richiesto dall'art. 1325 n. 4 c.c.³⁸ trascorre alla necessaria domanda teleologica del perché implicata dal diverso referente normativo.

La conferma dunque di quella vocazione funzionale che Cass. 898/2018 aveva – finalmente – riconosciuto alle nuove forme³⁹. Senonché, all'impatto con il *rebus* del doppio livello, i giudici arretrano e, temendo gli ulteriori sviluppi che da quella premessa avrebbero dovuto coerentemente discendere (una nullità schiettamente *a vantaggio* del

del calcolo economico. ... e mercato significa che individui e imprese si trovano in assidua competizione, e sono legittimate a perseguire, non il 'bene comune', ma il particolare profitto": N. IRII, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Jus civile*, 2018, p. 382.

³⁴ R. NATOLI, in F. Denozza, A. Mirone, L. Modica, R. Natoli, D. Semeghini, *Il contratto "monofirma" e le Sezioni Unite della Cassazione. Un dialogo a più voci*, a cura di A. Perrone, in *Orizz. dir. comm.*, 2018, p. 2.

³⁵ Sì da rendere attuale l'esigenza di delineare in via legislativa uno statuto normativo autosufficiente delle nullità speciali ad argine della sempre più diffusa inclinazione ad un ragionamento per principi: così C. Scognamiglio, Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede, in Corr. giur., 2020, pp. 8 ss..

³⁶ Sulla rilevanza di specifici profili di invalidità che possono ancora essere valorizzati in relazione ai contratti "monofirma", v. M. GIROLAMI, L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?, in Nuova giur. civ. comm., 2020, p. 156.

³⁷ V. in proposito D. MAFFEIS, Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna, in Nuova giur. civ. comm., 2020, p. 160.

³⁸ N. IRTI, Idola libertatis. *Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, p. 43.

³⁹ Per un approccio assiologicamente orientato alle forme, anche quelle per così dire tradizionali, P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, *passim*.

cliente in funzione di deterrenza) tornano d'un tratto a inforcare le lenti della tradizione all'insegna di una, impossibile, sintesi fra avanguardia e retroguardia.

4. Il problema della nullità selettiva e la via media delle Sezioni Unite

La fisionomia dell'operazione come istituzionalizzata dalla prassi e amplificata dalla contrapposizione tra formalismo del contratto quadro e amorfismo degli ordini, apre dunque al problema della (ammissibilità o meno di una) "nullità selettiva"⁴⁰: il cliente che intenda caducare un singolo ordine (immune da altri vizi) può far valere la nullità formale del contratto quadro mettendo capo alle incognite di un mal visto *cherry picking* o deve rassegnarsi alla caduta di tutte le operazioni compiute sulla base di quel contratto, anche di quelle vantaggiose?

La domanda, a ben vedere, può trovare una risposta decisa solo a patto di sacrificare qualcosa di quella affermata *unitarietà* del rimedio cui non senza enfasi ci hanno richiamato le Sezioni Unite fin dalla pronuncia del 2014⁴¹: ammettere una nullità del contratto quadro impiegata dall'investitore come arma da usare all'occorrenza per caducare solo gli ordini i cui esiti si siano rivelati per sé non vantaggiosi, travasando sugli effetti la relatività della legittimazione ad agire propria della nullità di protezione, sì da riproporre sul versante dell'efficacia del giudicato il *moltiplicarsi* dei regimi di nullità che si vorrebbe in principio negare⁴²; o, all'opposto, preservare l'efficacia del giudicato sulla nullità del contratto quadro nella sua generale ed ortodossa attitudine demolitrice (idonea a travolgere tutti gli ordini impartiti dall'investitore ed eseguiti dall'intermediario e non solo quelli oggetto della domanda di nullità del

⁴⁰ V. le osservazioni di A. Dalmartello, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 34 ss., a proposito di contratto di gestione individuale di portafogli insuscettibile di essere ricostruito in chiave binaria.

⁴¹ Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 88 ss. su cui R. ALESSI, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in Europa dir. priv., 2015, pp. 1 ss.

⁴² Cass. civ. n. 8395 del 2016, cit.

cliente-attore)⁴³ ma venendo per questa via a ridimensionare natura e funzione della nullità speciale.

All'interrogativo se possa l'investitore – parte di un contratto quadro nullo per vizio di forma – avvalersi della nullità per vanificare (non tutte bensì solo) alcune delle operazioni eseguite a valle, le SS.UU. forniscono invece una risposta di compromesso, alla luce del convincimento che "la questione della legittimità dell'uso selettivo delle nullità di protezione nei contratti aventi ad oggetto servizi d'investimento debba essere affrontata assumendo come criterio ordinante l'applicazione del principio di buona fede, al fine di accertare se sia necessario alterare il regime giuridico peculiare di tale tipologia di nullità, sotto il profilo della legittimazione e degli effetti, per evitare che l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla ratio riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto"44. L'esito, come è noto, è il principio di diritto ivi enunciato secondo cui "La nullità per difetto di forma scritta, contenuta nell'art. 23, comma 3, del d.lgs n. 58 del 1998, può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto quadro".

Le premesse, essenzialmente, due. La prima coinvolge il paradigma della nullità di protezione, poiché, in nome di una "strutturale vocazione delle nullità protettive ad un uso selettivo", assume (in verità senza troppo indugiare a dimostrarla) una duplice valenza della "relatività" del rimedio posto a protezione dell'investitore: alla legittimazione esclusiva all'azione di nullità (quale prevista dalla legge) si accompagna, e fa in qualche modo da *pendant*, una "operatività ad esclusivo vantaggio"; un limite dunque agli effetti del giudicato. L'accertamento della nullità ha valore di giudicato ma l'intermediario, in virtù del peculiare regime giuridico delle nullità di protezione, non può avvalersi degli ef-

⁴³ In questo senso S. Monticelli, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite:* un responso fuori partitura, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 163 ss.

⁴⁴ Cass., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit.

fetti diretti di tale nullità e non è conseguentemente legittimato ad agire in via riconvenzionale o in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 cod. civ.

La seconda premessa: che nei contratti come quello di prestazione di servizi d'investimento, «caratterizzati da uno statuto di norme non derogabili dall'autonomia contrattuale volte a proteggere il contraente che strutturalmente è in una posizione di squilibrio rispetto all'altro, il principio di buona fede possa avere un ambito di operatività trasversale non limitata soltanto alla definizione del sistema di protezione del cliente, in particolare se gli strumenti normativi di riequilibrio possono essere utilizzati, anche in sede giurisdizionale, non soltanto per rimuovere le condizioni di svantaggio di una parte derivanti dalla violazione delle regole imposte al contraente "forte" ma anche per arrecare un ingiustificato pregiudizio all'altra, pur se applicate conformemente al paradigma legale».

Configurandosi dunque "un obbligo di lealtà dell'investitore in funzione di garanzia per l'intermediario" quando quest'ultimo abbia a sua volta eseguito correttamente gli ordini impartitigli.

Lo statuto normativo della nullità di protezione consente un uso selettivo del rilievo della nullità del contratto quadro ma "la sua operatività deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede". "Modulazione" che, ad avviso della Corte, impone di spostare l'attenzione a tutto l'insieme degli investimenti eseguiti in forza del contratto quadro dichiarato nullo, per verificare se l'esito degli ordini non colpiti da nullità sia stato vantaggioso per l'investitore e abbia prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio e, comunque, se l'uso dell'azione di nullità determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte.

Gli esiti sollevano non poche perplessità. Il punto di partenza sembra essere la considerazione unitaria della nullità di protezione e il suo peculiare paradigma (l'operatività del principio di buona fede a reprimere l'uso arbitrario dello strumento di tutela in stretta derivazione dai principi costituzionali di solidarietà di cui la nullità di protezione, in generale, costituirebbe attuazione); ma l'approdo è, di nuovo, nel segno della frammentazione poiché, una volta assunto come criterio ordinante l'applicazione del principio di buona fede, è giocoforza ritenere che questo "alteri il regime giuridico, peculiare di tale tipologia di nullità, sotto il profilo della legittimazione e degli effetti" nella relazione contrattuale in questione.

5. Obblighi di fattispecie e sanzioni dissuasive

La Corte di Cassazione, per molti versi, smentisce se stessa: aveva appena messo il sigillo, con la decisione in tema di contratto monofirma, sulla unilateralità del vincolo di forma; aveva speso argomenti definitivi per affermare che il testo contrattuale promana dall'intermediario e *per questo* non ha bisogno della sua sottoscrizione⁴⁵; aveva portato la forma – *questa* forma – sul terreno degli obblighi di fattispecie⁴⁶ facen-

⁴⁵ La tesi della validità del contratto «monofirma» era stata prospettata in dottrina da voci rimaste isolate (L. Modica, Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo, cit., pp. 191 ss., con riguardo al nesso tra difetto di sottoscrizione e consegna del documento; M. MAGGIOLO, Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione, in Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo, Milano, 2012, p. 472, nel quadro di una più ampia ricostruzione che attrae la conclusione del contratto di investimento nell'orbita dell'art. 1341 c.c. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Torino 23 novembre 2009, in Giur. it., 2010, p. 604; App. Napoli, 28 dicembre 2016, in iliasoit, sez. Giurispr., 16564), mentre la prevalenza degli Autori vi opponeva con varietà di argomenti un secco rifiuto (cfr. D. Maffeis, La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca, in Contratti, 2017, pp. 398 ss.; G. LA ROCCA, La «forma informativa» innanzi alle sezioni unite, in Foro it., 2017, I, c. 2740; S. PAGLIANTINI, Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma; a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale), in Contratti, 2017, pp. 679 ss.; R. AMAGLIANI, La forma del contratto quadro di investimento: la parola alle sezioni unite, in Nuova giur. civ. comm., 2017, pp. 1363 ss.; A. Tucci, Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale, in Banca borsa tit. cred., 2017, pp. 543 ss.) e la stessa Corte di Cassazione, eccettuato un unico precedente difforme (Cass. civ., 22 marzo 2012, n. 4564, in Giust. civ. Mass., 2012, p. 380) inclinava costantemente per la nullità radicale del contratto difettoso di sottoscrizione. Per una sintesi critica dei contrapposti orientamenti cfr. F. Fiordiponti, La giurisprudenza delle sezioni unite accende il dibattito sul carattere formale del contratto ex art. 23 t.u.f., in Nuova giur. civ. comm., 2018, pp. 1844 ss.

⁴⁶ A.A. Dolmetta, Strutture rimediali per la violazione di "obblighi di fattispecie" da parte di intermediari finanziari (con peculiare riferimento a quelli di informazione e di adeguatezza operativa), in Contratti, 2008, pp. 80 ss. V. altresì A. Perrone, Il diritto del mercato dei capitali, Milano, 2016, p. 204: "sulla scorta della strategia normativa adottata in materia bancaria all'art. 117 t.u.b., le previsioni dell'art. 23 t.u.f. trasformano ... un obbligo di comportamento trasparente da parte dell'intermediario (= l'obbligo di comunicare al cliente le condizioni e i costi del servizio prestato) in un requisito di validità del contratto concluso con l'investitore". Trib. Mantova 16 febbraio 2016, in ilcaso.it, attribuisce alla nullità prevista dagli artt. 23 t.u.f. e 117 t.u.b. la funzione di "costringere il predisponente, contraente professionale, a stipulare per iscritto il contratto e ad includervi ogni clausola in modo che il cliente, al momento dell'adesione, sia in grado di conoscere dettagliatamente gli obblighi e i rischi a cui si espone".

done questione del solo intermediario⁴⁷: la cornice perfetta, sul piano sistematico, per una nullità selettiva secca⁴⁸, in linea con quella dissua-

⁴⁷ Muovendo dalla «specificità» della disciplina normativa «intesa nel suo complesso e nella sua finalità», e intendendo risolvere "una questione di massima di particolare importanza" le Sezioni Unite, con la nota pronuncia n.898 del 2018, hanno ritenuto irrilevante la sottoscrizione da parte del delegato della banca ai fini della validità del contratto-quadro allorché «risulti provato l'accordo (avuto riguardo alla sottoscrizione dell'investitore, e, da parte della banca, alla consegna del documento negoziale, alla raccolta della firma del cliente ed all'esecuzione del contratto) e vi sia stata la consegna della scrittura all'investitore».

⁴⁸ Sul tema G. D'Amico, Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno, in Nuove leggi civ. comm., 2014, p. 781, il quale ritiene ammissibile una deroga al regime bilaterale delle restituzioni "solo per espressa previsione del legislatore, e solo se si ipotizza un atteggiamento (dello stesso legislatore) di tipo sanzionatorio/ punitivo nei confronti del contraente che ha diritto alla restituzione' (corsivo nostro). Che l'invalidità per vizio di forma si atteggi, già nelle fonti, in modo del tutto inedito è dato caratterizzante il fenomeno del neoformalismo. Una spiccata indole sanzionatoria hanno per esempio le nullità che accompagnano ipotesi di formalismo della menzione, che si concreta nell'imposizione di verba sollemnia o di specifiche indicazioni subordinando l'efficacia dell'atto alla circostanza che il contraente sia stato avvertito in modo certo ed inequivoco circa la natura dell'operazione cui si sta accostando, senza possibilità che tale consapevolezza possa essere aliunde conseguita. In tema di contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede, il comma 7 dell'art. 30 t.u.f. sanziona l'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari con la nullità dei relativi contratti, che può essere fatta valere solo dal cliente (e vedi, in proposito, da ultimo, App. Bologna, 2 ottobre 2019, in ilcaso. it, sulla necessità che la menzione della facoltà di recesso sia evidenziata in modo che il contraente/investitore possa prenderne effettiva cognizione mediante modalità obiettivamente e concretamente idonee). Secondo le Sezioni Unite della Cassazione, la previsione di nullità trova applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestato dall'intermediario medesimo in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d'investimento diverso, ove ricorra la stessa esigenza di tutela (Cass. Sez. un., 3 giugno 2013, n. 13905, in ilcaso.it). L'interpretazione estensiva della nozione di "contratti di collocamento" finisce col mettere capo ad una ipotesi di nullità formale sub specie di "difetto di menzione" per tutte le operazioni concluse fuori sede comunque denominate, per questa via smentendo il preteso carattere eccezionale delle regole in tema di forma perché deroganti all'altrettanto preteso principio di libertà delle forme, che dovrebbe vietare, secondo il più tradizionale degli insegnamenti, "non solo il ricorso all'analogia ma anche all'interpretazione estensiva, che costituisce – qui come, purtroppo, in altri casi – un comodo scudo per eludere il divieto dell'art. 14 disp. prel." (M. GIORGIANNI, Forma degli atti (dir priv.), in Enc. dir.,

sività che secondo la direttiva 2014/65/UE deve connotare le sanzioni in tema di "documento" contrattuale⁴⁹.

Adesso si fa più cauta e ritiene occorra trovare un punto di equilibrio tra le esigenze di garanzia degli investimenti dei privati in relazione alla collocazione dei propri risparmi (art. 47 Cost.) e la tutela dell'inter-

XVII, Milano, 1968, p. 1003. V. però quanto già prospettato, a proposito di servizi turistici, da Cass. civ., 4 novembre 2014, n. 23438, in Ced Cassazione, 2014, ove si dà per scontato che la prescrizione di forma sia da intendersi a pena di nullità malgrado l'assenza del dato testuale). Prende corpo fra gli interpreti l'idea, a lungo rifiutata, che la risposta sanzionatoria al difetto di forma possa svincolarsi dalla testualità e debba necessariamente calibrarsi sulla funzione che il sistema assegna di volta in volta al vestimentum. Prima delle decisioni in tema di contratto d'investimento monofirma, lo avevano già chiarito le stesse Sezioni Unite (in una sentenza resa a proposito di locazione abitativa ma con argomentazioni di piglio certamente generale) insistendo sulla «impredicabilità di una automatica applicazione della disciplina della nullità in mancanza della forma prevista dalla legge ad substantiam, essendo piuttosto necessario procedere ad una interpretazione assiologicamente orientata», in grado di plasmare il rimedio in ragione degli interessi presidiati dal vincolo formale: «il carattere eccezionale o meno della norma sulla forma, ovvero il suo carattere derogabile o inderogabile, non potrà essere definito in astratto e in via generale, ma dovrà risultare da un procedimento interpretativo che dipende dalla collocazione che la norma riceve nel sistema, dalla ratio che esprime, dal valore che per l'ordinamento rappresenta» (Cass. Sez. un., 17 settembre 2015, n. 18214, in Dir. civ. cont., 2015, IV, con nota di L. Modica, Cass. Sezioni Unite 18214/2015: i giudici di legittimità sulla «interpretazione assiologicamente orientata» delle nullità per vizio di forma). La liberazione della nullità formale dalla testualità rappresenta la estrema rappresentazione di una irreversibile mutazione genetica del requisito di forma, che ne impone lo scrutinio alla luce della funzione che il sistema gli assegna e di cui è sempre più evidente l'indole asimmetrica. In questo orizzonte di senso si colloca la tendenza a differenziare i vizi di forma e, a monte, l'abbandono del rimedio "classico" della nullità per difetti di struttura della fattispecie, di cui al nostro art. 1421 c.c., in favore della nullità "asimmetrica" o di protezione.

⁴⁹ Cfr. art. 70 in combinato disposto con art. 25 direttiva 2014 /65. Sul punto, G. LA ROCCA, Buona fede e tutela dell'investitore tra la sentenza delle Sezioni Unite in materia di "nullità selettiva" e il sistema della Mifid II (ovvero "dell'obbligo di porgere l'altra guancia"), in Riv. dir. banc., 2020, II, p. 69 e nt. 31. È vero d'altronde che il richiamato articolo 70 prevede anche il carattere della proporzionalità, ma non sembra che una nullità ad operatività selettiva senza temperamenti possa dirsi sproporzionata e generare ricadute in termini di overdeterrence, valendo semmai il contrario: "e cioè che la prospettiva di operare una sorta di (all'evidenza atecnica) compensatio lucri cum damno ... opera come incentivo contrario a quello forgiato dall'art. 23 t.u.f.": così U. Malvagna, Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017, in Banca borsa tit. cred., 2018, pp. 856 ss.

mediario anche in funzione della certezza dei mercati in materia d'investimenti finanziari: dopo avere affermato in principio la legittimità della selezione, ritiene che il tema vada comunque scrutinato alla luce del principio di buona fede, il quale "consente, per la sua adattabilità al caso concreto, di ricostituire l'equilibrio effettivo della posizione contrattuale delle parti, impedendo effetti di azioni esercitate in modo arbitrario o nelle quali può cogliersi l'abuso dello strumento di "protezione" ad esclusivo detrimento dell'altra parte".

Ora, se i temi del formalismo "funzionale" e del suo rimedio, calati nella specificità della contrattazione finanziaria, incrociano, non senza qualche tensione, temi più generali del diritto delle obbligazioni – regime della nullità, sanabilità del negozio "nullo", opponibilità delle eccezioni di correttezza e buona fede, ecc. – è anche perché, come del resto la stessa Suprema Corte non manca di far notare, la nullità di protezione, modellata in origine sull'obiettivo della eliminazione delle clausole vessatorie, sconta "difficoltà di adattamento in relazione alla produzione dell'effetto dell'invalidità dell'intero contratto"50. Il genitivo "di protezione" nasce invero con il recepimento della disciplina sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori e l'ingresso sulla scena di una nullità a legittimazione relativa e operatività necessariamente parziale fin da subito valorizzata nella sua attitudine spiccatamente rimediale. Il "di protezione" è poi entrato nel lessico dei civilisti ed impiegato a mo' di etichetta anche delle altre nuove nullità relative via via introdotte, ma la letteratura ha sempre chiaramente percepito che il tema della nullità di protezione esorbita dalla dinamica meramente contrattuale e pone gli interventi sull'atto di autonomia in rapporto di strumentalità rispetto all'obiettivo di regolazione del mercato⁵¹.

⁵⁰ Cass. civ., 24 aprile 2018, n. 10116, cit.

⁵¹ Si tratta di acquisizione pacifica presso la migliore dottrina civilistica da ormai un quarto di secolo: v. già A. Jannarelli, La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori, in Diritto privato europeo, a cura di Lipari, Padova, 1997, pp. 507 ss. Cfr. altresì, senza alcuna pretesa di completezza, H.W. Micklitz, The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation, in 28 Yearbook of European Law, 2009, pp. 3 ss.; P. Sirena, L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato, in Oss. dir. civ., 2014, pp. 10 ss.; A. Gentill, La "nullità di protezione", in Eur. e dir. priv., 2011, pp. 77 ss.; E. Gabrielli, Mercato, concorrenza e operazione economica, in Rass. dir. civ., 2004, pp. 1044 ss.; C. Camardi, Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza, in Europa dir. priv., 2001, pp. 715

La nullità *protegge* perché affida ad uno solo dei contraenti un potere di reazione ad un difetto del contratto *ma* l'occhio è alle condotte che quel difetto hanno consentito; la sanzione – che colpendo il difetto ne colpisce l'autore – non è fine a se stessa e guarda al futuro, vuole disincentivare la reiterazione di comportamenti opachi all'origine di contratti altrettanto opachi.

Spingendo, come fa la Suprema Corte, verso l'effettività di una tutela compensativa con espunzione, o comunque sensibile ridimensionamento, di ogni venatura punitiva⁵², il senso di questo disegno è tradito.

6. I paradossi della eccezione di buona fede

Nella ricostruzione della Corte la selezione non è senz'altro abusiva⁵³, ma può diventarlo. La mera invocazione di effetti selettivi da parte del cliente non può giustificare di per sè – pena lo svuotamento e la vanificazione della funzione delle nullità di protezione e della connessa tutela giurisdizionale – l'automatica opponibilità da parte dell'intermediario dell'exceptio doli generalis, né tanto meno può essere utile indugiare nella ricerca di un contegno del cliente che, nel caso concreto, manifesti i tratti dell'agire doloso e malizioso, intenzionalmente pregiudizievole per controparte⁵⁴. E meno male, verrebbe da aggiungere, perché come da tempo la dottrina più attenta segnala, nessuno sa che volto abbia l'investitore che impugna in modo scorretto un investimento invocandone la nullità "salvo identificare l'investitore scorretto con qualsiasi investitore che all'atto di notificare la citazione stima di ottenere un guadagno dalla declaratoria

ss.; E. Scoditti, *Pubblicità e responsabilità precontrattuale nei contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, p. 355, ove il rilievo che tutto il settore delle c.d. nullità di protezione è «espressione della disciplina dell'attività d'impresa». Ritiene invece che il punto sfugga ai più A.A. Dolmetta, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività "a vantaggio". Per una critica costruttiva di Cass. SS. UU., n. 28314/2019*, in Riv. dir. banc., 2020, p. 92 e nt. 6.

⁵² Così S. Pagliantini, Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione), in Contratti, 2020, p. 21. Valorizza il carattere sanzionatorio delle nullità "nuove" anche F. Greco, La nullità «selettiva» e un necessitato ripensamento del protezionismo consumeristico, in esito alla pronuncia delle Sezioni Unite, in Resp. civ. prev., 2020, pp. 835 ss.

⁵³ Nel senso che la strategia selettiva non si configura come un esercizio abusivo del diritto, perché l'istituto della nullità di protezione si conforma esattamente sul concreto interesse del cliente che la fa valere cfr. Trib. Milano, 29 aprile 2015, in *ilcaso.it*.

⁵⁴ U. Malvagna, Nullità di protezione e nullità "selettive", cit., p. 851.

di nullità, quindi con chiunque ricorre alla nullità con un minimo di sale in zucca"⁵⁵.

D'altra parte, se non è l'animus a risultare decisivo, neanche giova richiamare la controversa⁵⁶ categoria dell'abuso del diritto, configurabile allorché il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, al fine di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti⁵⁷. Il che, dice la Corte, qui non si dà perché *l'uso selettivo del rilievo della nullità del contratto quadro non contrasta, in via generale, con lo statuto normativo delle nullità di protezione.*

Quanto basterebbe, dunque, per chiudere il discorso.

Si ritiene invece che l'impiego selettivo della nullità, per quanto in astratto legittimo, abbisogni in concreto di confrontarsi con la clausola di buona fede per scongiurare la "determinazione di un ingiustificato e sproporzionato sacrificio di una sola controparte contrattuale"; adottando a tal fine uno schema (tipico di un ragionamento in termini di abuso ma) che assume a parametro di riferimento "l'esame degli investimenti complessivamente eseguiti, ponendo in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità, derivata dal vizio di forma del contratto quadro, con quelli che ne sono esclusi". Se, all'esito della comparazione, permane un pregiudizio corrispondente al *petitum* azionato, allora deve ritenersi che l'investitore abbia agito coerentemente con la funzione tipica delle nullità protettive, ovvero quella di operare a vantaggio di chi le fa valere. Se invece si accerti che gli ordini non colpiti dall'azio-

⁵⁵ D. MAFFEIS, Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo, in dirittobancario.it, dicembre, 2019. Secondo A. Barba, Consumo e sviluppo della persona, Torino, 2017, 350, la nullità di protezione ha una funzione sanzionatoria che si realizza proprio in base ad una scelta opportunistica; l'interesse ad agire per l'accertamento della nullità riposa sul vantaggio, sulla convenienza che l'investitore non professionale ricava dalla sanzione imposta all'intermediario. Ritiene inadeguata la soluzione normativa della nullità ed auspica de lege ferenda una sostituzione della sanzione invalidante con un rimedio di tipo obbligatorio "capace di scontare l'accertamento dell'incidenza causale della mancata informazione contenuta nel contratto quadro sulle scelte di investimento" A. Perrone, Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma, in I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari, Milano, 2008, p. 38.

⁵⁶ M. ORLANDI, Contro l'abuso del diritto, in Obbl. contr., 2010, pp. 178 ss.

⁵⁷ Cass. civ., 12 dicembre 2017, n. 29792, in Foro it., 2018, 4, 1, c. 1308.

ne di nullità abbiano prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio confluito nel *petitum* siamo fuori dalla funzione tipica della nullità di protezione.

La sintesi: entro il limite del pregiudizio per l'investitore accertato in giudizio, l'azione di nullità non contrasta con il principio di buona fede. Oltre tale limite, opera l'effetto paralizzante dell'eccezione di buona fede⁵⁸.

Il giudizio di buona fede smarrisce il suo oggetto, non più riferito ai comportamenti tenuti dalle parti lungo l'arco del loro rapporto bensì al risultato di una operazione aritmetica all'evidenza irrelata siccome indipendente dalla qualità delle condotte tenute⁵⁹. Sul piano delle categorie

⁵⁸ Come segnala G. Guizzi, Le Sezioni Unite e "le nullità selettive", nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica, in Riv. dir. banc., 2019, p. 2, si intravvede sullo sfondo della argomentazione della Corte la forzata riconduzione di una relazione precipuamente connotata da causa gestoria, quale quella mediata dal contratto di prestazione di servizi di investimento, entro una pura logica di scambio "dove la neutralizzazione degli spostamenti patrimoniali eseguiti in base al titolo dichiarato nullo si realizza attraverso reciproche partite di dare e avere, allora anche in tutto o in parte compensabili e suscettibili di essere definite tramite il pagamento di un saldo. Gli è però che la natura del rapporto quadro è diversa, e più complessa".

⁵⁹ Cfr. sul punto M. MAGGIOLO, Exceptio doli *e diritto bancario: a proposito di Collegio di* Coordinamento ABF n. 17814/2019 (e delle Sezioni Unite in materia di nullità selettiva), in Riv. dir. banc., 2020, II, p. 50, ad avviso del quale la buona fede esiste "per superare le rigidità delle norme formali, sicché costringere la buona fede nella formalità della aritmetica è un controsenso". Secondo G. Guizzi, Le Sezioni Unite e "le nullità selettive" nell'ambito della prestazione di servizi di investimento, cit., p. 2: "Anche ammesso – il che, com'è noto, è tuttora controverso – che la regola di buona fede possa essere davvero utilizzata come meccanismo di riequilibrio delle posizioni delle parti contrattuali, viene da chiedersi se abbia senso evocarne l'applicazione in una vicenda che in realtà con il contratto non ha a che fare, dal momento che la premessa di tutto il discorso è che un rapporto contrattuale non vi è più – ed anzi non vi è mai stato, appunto perché esso non è stato validamente concluso - e dove semmai si tratta di disciplinare l'esercizio di pretese di natura restitutoria del capitale impiegato sine titulo dall'intermediario nelle singole operazioni di investimento". Discorre di sostanziale creazione di una regola equitativa che, nell'economia della motivazione della sentenza, risulta alquanto contraddittoria, sia nei presupposti che nel risultato applicativo, A. Dalmartello, La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente, cit., p. 36. Critico anche A. Iuliani, Le Sezioni unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione, in Giur. it., 2020, pp. 276 ss. Reputa invece che la soluzione di compromesso meriti apprezzamento R. RORDORF, Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario, in Questione Giustizia, 7 gennaio, 2020. Intravede negli esiti cui giungono le Sezioni Unite "un risultato importante e innovativo" e giudica con favore l'impiego della buona fede come "strumento di verifica di effettività e di

generali non è poca cosa. Ma anche sul più elementare livello della logica la regola fa acqua. Colta la natura essenzialmente asimmetrica del vincolo di forma quale obbligo di fattispecie, consentire all'intermediario di giovarsi di una sua grave *défaillance* – il contratto viziato – per neutralizzare una contraria pretesa radicata nel medesimo presupposto, suona piuttosto paradossale⁶⁰. Ove di buona fede si voglia discorrere, dovrà ammettersi che l'intermediario ha uno strumento infallibile per non subire l'abuso della nullità selettiva: immettere sul mercato contratti validi in punto di forma.

Con tutte le differenze del caso, non è chiara invero la ragione per la quale il costruttore che abbia omesso di fornire la garanzia richiesta dall'art. 2 d.lgs. n. 122/05 non possa invocare a proprio vantaggio la conseguente nullità del contratto preliminare per ottenere dal mediatore la restituzione delle somme pagate a quest'ultimo in ragione della conclusione dell'affare poi dichiarato nullo⁶¹ mentre l'intermediario che abbia disatteso le regole cui è tenuto possa infine avvantaggiarsi della violazione commessa. A meno, s'intende, di non scorgerla nelle pieghe di quella sotterranea diffidenza per la pura alea che ha a lungo accomunato il fenomeno ludico e quello speculativo e nella conseguente inclinazione a considerare l'investitore un contraente non del tutto meritevole (al pari di qualsiasi giocatore solo tollerato⁶²) destina-

riequilibrio contrattuale" allorché si valorizza "il suo contenuto di regola oggettiva che, oltre il rilievo della frode e del dolo, consente un'analisi del contenuto del contratto che serva a delimitare in concreto le restituzioni conseguenti ad una nullità di protezione", G. VETTORI, Nullità selettive e "riequilibrio effettivo". L'evoluzione della buona fede, in Persona e mercato, 2019/4, p. 29.

⁶⁰ D. Maffeis, Nullità selettive: la "particolare importanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti, in Corr. giur., 2019, p. 179. Non si trascuri peraltro che le ipotesi residue di nullità formale (al netto di improbabili firme false o mancanti del cliente) concretamente prospettabili riguarderanno casi di carenza di contenuto. A fronte di un vulnus di completezza del testo, e dunque di una disgressione del precetto di caratura assai più grave, potrà ancora l'intermediario farsi scudo di una sua scorrettezza (il contratto formalmente incompleto) per il tramite di una verifica sull'equilibrio economico del rapporto con il cliente e giovarsi dell'exceptio? Per una ipotesi in cui l'investitore aveva dedotto la falsità della firma apposta sul contratto quadro e la nullità delle operazioni a valle compiute cfr. ACF n. 2127 dell'8 gennaio 2020, sui cui V. PISAPIA, Nullità selettiva: l'applicazione, da parte dell'ACF, dei principi espressi dalle Sezioni Unite, in dirittobancario.it., 2020.

⁶¹ Trib. Varese 23 marzo 2016, in ilcaso.it.

⁶² Insinua il dubbio D. MAFFEIS, Le disavventure di un contraente tollerato, cit., p. 161,

tario al più di una atipica soluti retentio⁶³. Poiché tuttavia ad uno guardo sufficientemente laico non sfugge l'inconciliabilità fra la dimensione iperindividuale propria dell'art. 1933 c.c. e la logica del mercato che anima il diritto privato della finanza⁶⁴, a prendere sul serio la proclamata trasversalità della buona fede oggettiva, dovrà ammettersi la possibilità di una replicatio volta a sancire la contrarietà a buona fede della eccezione di buona fede sollevata dall'intermediario ... in un vortice che con la certezza delle regole e la prevedibilità della decisione ha poco a spartire.

Sul piano applicativo, infine, la regola messa a punto dalla Cassazione fa rientrare dalla finestra ciò che la (scelta normativa della) nullità vuole fare uscire dalla porta, trasferendo al sobrio regime delle restituzioni le complicazioni che, tipiche di ogni vicenda risarcitoria⁶⁵, si amplificano nel confronto con le fisiologiche modificazioni di valore degli strumenti finanziari⁶⁶.

7. La tracciabilità delle operazioni tra vincoli di forma e obblighi di documentazione

Legittime e perfettamente valide operazioni di investimento non supportate da un contratto quadro; temperata e forse in concreto neutralizzata dall'eccezione di buona fede la nullità relativa; difeso l'inter-

V. anche R. Petti, L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle Sezioni Unite, in Contratti, 2019, p. 290.

⁶³ S. PAGLIANTINI, *Una nullità di protezione (ancora) in cerca d'autore?*, in *Giur. it.*, 2020, p. 282.

⁶⁴ È del resto lo stesso articolo 23 t.u.f. a precisare nel suo quinto comma che "nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati ... non si applica l'art. 1933 del codice civile": per quanto "sistematicamente ambigua" (così F. Ferro Luzzi, *Attività e "prodotti" finanziari*, in *Rin. dir. civ.*, 2010, p. 144, nt. 5), la norma sta proprio a segnalare la distanza fra scommesse (private o pubbliche che siano) e investimenti (speculativi o di copertura che siano). Cfr. in proposito Cass. civ., 17 febbraio 2009, n. 37773, in *Giur. it.*, 2010, p. 338.

⁶⁵ Avverte dei problemi derivanti dalla oscillazione dell'argomentazione delle Sezioni Unite fra una logica restitutoria e una risarcitoria A. Tucci, *Nullità di protezione e buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, pp. 142 ss. In argomento v. G. D'Amico, *Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno*, cit., pp. 769 ss.

⁶⁶ D. Maffeis, *Nullità selettive*, cit., p. 180. Sul punto v. anche D. Imbruglia, *Appunti su nullità e restituzioni*, in *Giur. it.*, 2020, pp. 1528 ss.

mediario che non si adegua alle regole cui è tenuto, il quadro che viene a delinearsi dice che siamo ancora dentro una transizione non compiuta.

Molte criticità si appianerebbero peraltro ove si sciogliesse il nodo gordiano che continua ad avvincere gli ordini al contratto quadro, sia sul piano causale sia su quello formale.

Altri profili appaiono più a fuoco, a cominciare da una sempre più decisa divaricazione – esplicitata da Cass. 898/2018 – fra la funzione del documento «come formalizzazione e certezza della regola contrattuale» ed il momento del raggiunto accordo garantito dal binomio, normativamente previsto, di sottoscrizione dell'aderente e consegna del predisponente⁶⁷.

Sullo sfondo, il declino del modello storicamente legato al contratto concluso *inter praesentes* e all'uso delle lettere missive e l'avvento del "supporto durevole" quale strumento in grado di veicolare informazioni suscettibili di essere conservate per consentire al destinatario "di far valere, all'occorrenza, i suoi diritti".

Significativo in proposito che la previsione legale di redazione per iscritto o su altro supporto durevole *non osta*, precisa la Corte UE, a che ciascuno Stato membro preveda nella sua normativa nazionale che il contratto debba essere firmato dalle parti⁶⁹: quanto dire che i problemi della forma e i problemi della firma non sono più in rapporto di coessenzialità⁷⁰.

⁶⁷ Sia consentito il rinvio, sul punto, a L. Modica, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo "informativo"*, in Foro it., 2018, cc. 1283 ss.

⁶⁸ Corte Giust. UE, 25 gennaio 2017, C-375/15, in Eur-lex.eu.

⁶⁹ Corte Giust. UE, 9 novembre 2016, C-42/15, in *Contratti*, 2017, pp. 426 ss., con nota di G. Versaci, *Obblighi formali ed effettività rimediale nel canone della Corte di Giustizia*.

D'altro canto, se la sottoscrizione del contratto quadro da parte del professionista può non essere necessaria, quella dell'investitore può non essere sufficiente: la "dichiarazione resa dal cliente, su modulo predisposto dalla banca e da lui sottoscritto, in ordine alla propria consapevolezza, conseguente alle informazioni ricevute, della rischiosità dell'investimento suggerito e sollecitato dalla banca e della inadeguatezza dello stesso rispetto al suo profilo d'investitore" – avvertono i giudici di legittimità – "non può di certo costituire dichiarazione confessoria, in quanto è rivolta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo": Cass. civ., 19 aprile 2012 n. 6142, in ilcaso.it. Anche per ACF le schede e le dichiarazioni sottoscritte dall'investitore non valgono, di per sé sole considerate, quale valida esimente per l'intermediario dall'onere di dare prova di aver adempiuto, nella loro effettività, agli obblighi informativi sul medesimo incombenti

Spostando l'attenzione sulla *tracciabilità* della relazione intermediario/investitore, il vincolo di forma è meno distante di quanto sembri dalla "registrazione" dei servizi prestati e delle attività e operazioni effettuate cui l'intermediario è tenuto per consentire a Consob di verificare il rispetto delle norme in materia di servizi e attività di investimento⁷¹. L'uno e l'altra, a diverso titolo, concorrono all'obiettivo di assicurare il rispetto della regola di trasparenza, ad ognuno dei livelli, e in ciascuno dei momenti, nei quali essa è vocata ad operare⁷².

Come si è nitidamente scritto "il passaggio dalla forma-manifestazione alle formalità quali comportamenti prefissati, riassumibili nell'ampia nozione del "documentare", comporta per forza di cose un mutamento del piano di osservazione: che, nel primo caso, è assorbito quasi per intero da un accertamento generale in termini strutturali, ma che, nel secondo, verte necessariamente sulla molteplicità e, con quella, sull'eterogeneità dei vincoli imposti, ossia sulla razionale probabilità che talune peculiarità strutturali non possano prescindere da un con-

a norma delle disposizioni di legge e di regolamento applicabili (v., ex multis, ACF 16 novembre 2017 n. 111 e 7 luglio 2017 n. 11, reperibili sul sito istituzionale). Assai più efficiente appare all'Arbitro un sistema costituito dall'apertura del pop up che richiama l'attenzione del cliente sul fatto che l'investimento non è appropriato, e che ha funzione bloccante l'acquisto se il cliente non dichiara espressamente di volere egualmente proseguire con l'operazione: mezzo senz'altro idoneo per assolvere gli obblighi incombenti sull'intermediario nel contesto di operazioni di investimento rese possibili dalla messa a disposizione di piattaforme di trading on line (cfr. dec. 16 marzo 2018 n. 328).

⁷¹ Art. 94 Reg. interm. Cfr. pure art. 72 del Regolamento delegato (UE) 2017/565.

⁷² La segnalata approssimazione tra obblighi di forma e obblighi di registrazione e conservazione attiene al piano esclusivamente fenomenologico e non contraddice quanto affermato da Cass. civ., 8 febbraio 2018 n. 3087 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 993 ss., con nota di E. Pesce, *Gli accordi sulla "documentazione" degli ordini di borsa*) ad avviso della quale la regola che impone all'intermediario di documentare e conservare gli ordini non integra un requisito di forma, sia pure "*ad probationem*", degli ordini suddetti, ma uno "strumento atto a facilitare la prova, altrimenti più difficile, dell'avvenuta richiesta di negoziazione dei valori, con il conseguente esonero da ogni responsabilità quanto all'operazione da compiere". Gli obblighi di registrazione e conservazione – oltre che facilitare l'esercizio delle prerogative proprie dell'Autorità di Vigilanza – consentono all'intermediario di mettersi in condizione di provare di aver operato correttamente, in coerenza con il regime dell'onere della prova di cui all'art. 23, comma 6, t.u.f.

fronto con il vario atteggiarsi degli effetti giuridici e dunque con le finalità di volta in volta perseguite dalla legge"⁷³.

In questa prospettiva, è a partire dalla essenziale inerenza del contratto a un'attività di impresa, da svolgersi al servizio dei clienti e dell'integrità dei mercati, che la forma – e la sua mancanza – vanno forse ripensate.

Il saggio prende in esame alcuni profili ancora problematici del formalismo del contratto di investimento e della forma degli ordini, fermandosi in particolare sulle incongruenze della soluzione che le Sezioni Unite hanno fornito alla questione, che vi è direttamente implicata, della nullità "selettiva".

The paper focuses on some critical aspects related to the issue of formalism in investment contracts; it focuses in particular on the inconsistencies arising from the recent opinion expressed by the United Sections of the Court of Cassation as regard to the "selective" nullity.

⁷³ U. Breccia, *La forma*, cit., p. 481.

Massimo Gazzara

(Professore associato nell'Università degli Studi di Foggia)

"IN DIFESA" DELL'ART. 2236 C.C.*

SOMMARIO: 1. L'origine della norma e il declino della sua applicazione giuri-sprudenziale; il limite soggettivo di applicazione. – 2. La nozione di speciale difficoltà. – 3. Il ruolo della disposizione nel sistema della responsabilità da inadempimento. – 4. Il regime della prova. – 5. La singolare riscoperta della norma in ambito penalistico. – 6. Conclusioni.

A dimostrare l'irresistibile declino, ai limiti dell'abrogazione tacita¹, dell'uso giurisprudenziale dell'art. 2236 c.c., basterebbe evidenziare un semplice dato statistico.

In qualunque banca dati le sentenze che citano, assai spesso in senso meramente formale o in via del tutto incidentale, il citato articolo del codice si contano a centinaia, ma sono rarissime per non dire prossime allo zero quelle nelle quali il giudizio di responsabilità si sia concluso con esito favorevole al convenuto sulla base della sola esimente prevista dalla norma.

Considerata a torto da taluni un ingiustificato privilegio inserito nel codice per effetto della indebita pressione di quella che oggi chiameremmo la lobby (assai in disgrazia per la verità) delle professioni intellettuali², essa rinviene la sua *ratio* originaria (chiaramente esplicitata nella Relazione al codice civile, n. 917) nello scopo di non mortificare

^{*} Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due referee.

¹ Il giudizio era condiviso, già oltre trent'anni fa, da R. SGOBBO, *Materiali per lo studio della responsabilità medica*, in *Dir. giur.*, 1987, p. 832.

² G. Alpa, M. Bessone, V. Zeno Zencovich, *I fatti illeciti*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, II ed., XIV, Torino, 1995, pp. 84 ss.; ad una norma che costituirebbe "un chiaro esempio dei guasti che possono produrre, soprattutto ove sommate, le opinioni che si vanno consolidando a forza di equivoci e le difese di carattere corporativo" fa riferimento anche U. Breccia, *La colpa professionale*, in *I contratti in generale. Aggiornamento*, III, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1999, p. 2365.

l'iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie, e rappresenta un valido punto di equilibrio tra l'opzione di estendere anche al prestatore d'opera, e in particolare al prestatore d'opera intellettuale, le comuni regole di responsabilità e l'esigenza di garantirgli "quel margine di libertà e in certa misura di creatività che il cliente è tenuto a sopportare"³.

Il primo profilo problematico che si offre all'interprete riguarda il limite soggettivo di applicazione; se cioè residui spazio quantomeno per un'estensione analogica della disposizione, quando la prestazione non sia eseguita da un singolo ma da una più complessa organizzazione.

È il caso, ad esempio, dell'attività medica esercitata in *equipe*, in particolar modo negli ospedali o nelle case di cura; quale che sia l'esatta qualificazione da darsi al rapporto tra paziente e struttura sanitaria, va recisamente escluso che esso possa configurarsi come (o essere trattato alla stregua di un) contratto d'opera intellettuale⁴, ed è certamente dubbio che si giustifichi, contrariamente ad una frequente prassi giurisprudenziale⁵, un'applicazione analogica delle relative norme, ed in particolare della disposizione in esame, difettando altresì la *ratio* di *favor* nei confronti del singolo professionista intellettuale cui la disposizione è ispirata⁶.

Ciò non toglie che una visione realistica del panorama delle strutture sanitarie imponga di considerare che in molti casi le attrezzature e i pre-

³ G. GIACOBBE, *Professioni intellettuali*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 1084; nello stesso senso F. Santoro-Passarelli, *Professioni intellettuali*, in *Nov. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, pp. 25 ss.

⁴ F. Galgano, Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1984, pp. 717 ss.

⁵ Cass. civ., 1° marzo 1988, n. 2144, in Foro it., 1988, c. 2296 ss., con nota di A. Princigalli, Medici pubblici dipendenti responsabili come professionisti?; e in Nuova giur. civ. comm., 1988, I, pp. 604 ss., con nota di R. Pucella; Cass. civ., 27 luglio 1998, n. 7336, in Resp. civ. prev., 1999, pp. 996 ss., con nota di M. Gorgoni, Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e professionale medica; Cass. civ., 8 maggio 2001, n. 6386, in Danno resp., 2001, pp. 1045 ss., con nota di R. Breda, La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive.

⁶ In tal senso A. Princigalli, La responsabilità del medico, Napoli, 1983, p. 146; A. Piazza, Responsabilità civile ed efficienza amministrativa, Milano, 2001, p. 21; A. Gabrielli, La r.c. del professionista: generalità, in La responsabilità civile a cura di P. Cendon, VI, Torino, 2002 (ris.) p. 306; U. Ruffolo e B. Grazzini, Il problema della responsabilità medica, in U. Ruffolo (a cura di), La responsabilità medica, Milano, 2003, pp. 4 ss.; A. Bertocchi, La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle strutture sanitarie, pubbliche e private, ivi, pp. 259 ss.

sidi non siano idonei a far fronte a casi di particolare complessità, o alle complicanze che possano scaturire anche da casi relativamente semplici. È vero, dunque, che "non è realmente sostenibile che ogni struttura ospedaliera sia in grado di far fronte comunque alla soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà"; non è tuttavia corretto dedurne automaticamente l'applicabilità dell'art. 2236 c.c.: in tali casi, infatti, la struttura dovrebbe rifiutare il ricovero, dirottando il paziente verso centri più attrezzati, a meno che le condizioni di massima urgenza non ne impongano l'immediato trattamento, così come è preciso dovere del medico informare il paziente circa i rischi connessi ad eventuali carenze della struttura nella quale opera⁸.

Al contrario, l'invocazione della disposizione normativa in oggetto mi pare concepibile laddove la responsabilità della struttura non derivi da fatto proprio – come, a titolo di esempio, per danni da *deficit* di organizzazione, da infezioni nosocomiali, da omessa sorveglianza del paziente, da somministrazione di prodotti difettosi, o connessi alle prestazioni c.d. accessorie di spedalità⁹ – ma le sia addebitata *ex* art. 1228 c.c. esclusivamente in virtù di un errore professionale del medico ivi operante, tanto più se di fiducia del paziente, ovvero in regime di *intramoenia*, nel qual caso mi pare logico ritenere che essa si conformi del tutto simmetricamente a quella del sanitario per quanto attiene all'esimente della speciale difficoltà¹⁰.

⁷ Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, pp. 357 ss., con nota di R. Pucella, *Responsabilità medica per la lesione del diritto a nascere sani: tutela del nascituro e dei prossimi congiunti.*

⁸ In tal senso, ad es., Cass. civ., 16 maggio 2000, n. 6318, in Resp. civ. prev., 2000, pp. 940 ss., con nota di M. Gorgoni, L'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità "sanitaria"; nonché in Danno resp., 2001, pp. 154 ss., con nota di G. Cassano, Obbligo di informazione, relazione medico-paziente, difficoltà della prestazione e concorso di responsabilità. Nello stesso senso, Cass. civ., 17 febbraio 2011, n. 3847. Per la dottrina cfr. P. Iamiceli, Responsabilità del medico dipendente: interessi protetti e liquidazione del danno, in Corr. giur., 2000, p. 382; P. Stanzione, Attività sanitaria e responsabile civile, in Danno resp., 2003, pp. 697 ss.

⁹ Particolarmente indicativa in tal senso Cass. civ., 18 ottobre 2005, n. 20136, ove, in tema di responsabilità da infezione nosocomiale, si afferma correttamente che "la stessa invocazione dell'art. 2236 cod. civ. per la difficoltà dell'intervento... sarebbe stata priva di pregio, non essendo la predisposizione dell'ambiente di esecuzione dell'intervento direttamente afferente all'esecuzione dello stesso, in relazione alla quale poteva affermarsi la sussistenza di problemi tecnici di speciale difficoltà". La pronuncia è consultabile in Banca Dati Pluris, cui andranno riferite le successive citazioni giurisprudenziali prive di diversa indicazione.

¹⁰ Contra, F. BOCCHINI, La sanità lesiva. Ideologie e strategie a confronto, in Contr. impr., 2018, p. 1306.

Un ulteriore ambito soggettivo di dubbia applicazione della disposizione si rinviene nel settore delle società tra professionisti. L'idea, autorevolmente sostenuta¹¹, che «obbligazione sociale è sinonimo di vincolo assunto da persone fungibili e di comportamento dovuto da persone fungibili» e dunque l'esercizio in forma societaria della professione intellettuale «dovrebbe essere scandito dall'assunzione di obbligazioni che, in quanto sociali, non possono essere personali né nella costituzione né nell'adempimento» è stata in gran parte disattesa dalla disciplina di legge che sì, testualmente indica la Società come destinataria dell'incarico e dunque come responsabile nei confronti del cliente per il mancato o inesatto adempimento¹², ma che prevede altresì il diritto del cliente di chiedere che l'esecuzione dell'incarico conferito alla società sia affidata ad uno o più professionisti da lui scelti, ovvero, qualora tale scelta non sia stata esercitata, di conoscere per iscritto il nominativo del socio che eseguirà la prestazione; il quale ultimo resterà parimenti personalmente soggetto a responsabilità, secondo una certa interpretazione a titolo extracontrattuale¹³, ovvero, come a me pare senz'altro preferibile, a titolo contrattuale da contatto sociale14.

Non si è dunque raggiunta né la piena spersonalizzazione della prestazione, né la fungibilità del prestatore, che certo legittimerebbero un trattamento più rigoroso rispetto a quanto previsto per il singolo prestatore d'opera intellettuale ed escluderebbero a priori la possibilità di un ricorso, seppur in via analogica, all'art. 2236 c.c.; al contrario, l'affidamento dell'incarico al singolo socio specificamente individuato e

¹¹ P. Spada, Società tra professionisti, in Riv. not., 1997, pp. 1365 ss.

¹² Una ulteriore conferma della responsabilità diretta della società si trae dall'imposizione in capo ad essa, seppur con formula a dir poco involuta, dell'obbligo di assicurazione ai sensi dell'art. 10, comma 4, lett. C-bis del D.L. 12.11.2011 n. 183, introdotto dalla l. 24.3.2012 n. 27, il quale prescrive che l'atto costitutivo della società debba prevedere la stipula di assicurazione per la copertura dei rischi derivanti dalla responsabilità civile per i danni causati ai clienti dai singoli soci professionisti nell'esercizio dell'attività professionale.

¹³ M. ZACCHEO, Società tra professionisti e professioni protette, in Società, 2012, alleg., p. 18. In questo stesso senso C. RINALDO, Profili di responsabilità nelle Società tra professionisti. Riflessioni sulla responsabilità personale e societaria dei soci, in Nuove leggi civ. comm., 2014, pp. 862 ss.

¹⁴ In tal senso, seppur con qualche cautela, M. CIAN, *La nuova società tra professionisti*. *Primi interrogativi e prime riflessioni*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, pp. 18 ss.

l'espletamento dello stesso in forma rigorosamente individuale depongono in senso favorevole all'applicabilità della disposizione.

Peraltro, a me pare che, più ancora che alle dimensioni della società professionale, valore dirimente, quanto all'applicazione della disposizione in esame, possa essere attribuita alla specializzazione, dichiarata ed in alcuni casi persino reclamizzata, della società o anche del singolo prestatore d'opera, e dunque all'affidamento ingenerato nel cliente circa il possesso delle conoscenze e delle capacità atte a garantire il corretto assolvimento dell'obbligo assunto.

Ciò che per un professionista medio può costituire un caso di speciale difficoltà¹⁵ potrebbe non esserlo per un soggetto altamente specializzato in quello specifico settore di attività.

Il recente caso dell'infezione da Covid-19 è emblematico in tal senso; il contagio si è enormemente diffuso negli ospedali "generalisti", mentre è stato assai contenuto, per non dire assolutamente marginale, nelle strutture specificamente deputate alla cura delle malattie infettive.

Ciò non toglie che il singolo caso possa comunque configurarsi di speciale difficoltà anche per il professionista o il prestatore d'opera più qualificato e attrezzato.

Basti pensare all'intricato ginepraio di norme edilizie e tributarie, che avvocati, notai e dottori commercialisti si trovano spesso chiamati ad interpretare e ad applicare nell'imminenza della loro approvazione, senza il supporto di alcuna stratificazione giurisprudenziale e spesso senza alcun adeguato contributo dottrinario.

2. La nozione di speciale difficoltà

È allora necessario indagare quale sia l'ambito oggettivo di applicazione della norma e come essa si collochi nel sistema della responsabilità da inadempimento, e dunque quali siano i rapporti della disposizione in esame con gli artt. 1218 e 1176 c.c.

Riguardo al primo profilo, risulta ormai sufficientemente consolidata l'opinione secondo cui la limitazione di responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave si riferirebbe unicamente alla responsabilità per

¹⁵ In molti casi il professionista non specializzato dovrebbe evitare di accettare un incarico per il quale non si ritiene adeguatamente preparato; in tal senso cfr. Cass. civ., 13 marzo 2007, n. 5846.

danni causati da imperizia del prestatore d'opera¹⁶, ad esclusione dunque dei danni causati da imprudenza o negligenza.

Ogni diversa interpretazione, tendente a sostenere che la norma autorizzerebbe comportamenti meno diligenti proprio per la soluzione di casi di speciale difficoltà, è palesemente irrazionale e funzionale ad una critica preconcetta della disposizione medesima¹⁷.

Tutt'altro che pacifici si configurano, invece, i contorni esatti del caso di speciale difficoltà.

In ambito medico-sanitario esso si identifica con quelle ipotesi nelle quali non esistano protocolli terapeutici consolidati, e il sanitario si trovi ad operare in assenza di linee guida o di buone pratiche assistenziali riconosciute a livello internazionale, ovvero si trovi a dover scegliere tra due o più indirizzi di cura, entrambi accreditati nella comunità scientifica di riferimento. In altri ambiti professionali l'identificazione della speciale difficoltà è ancora più complessa ed in larga misura affidata alla giurisprudenza, il cui operato si è rivelato costantemente erosivo dei margini di applicazione della norma.

Secondo una certa impostazione, di speciale difficoltà può parlarsi ogniqualvolta il caso concreto richieda un impegno professionale superiore a quello medio ed una preparazione superiore a quella che può pretendersi da un professionista di media capacità¹⁸; in altri casi, più rigorosamente, si è richiesto che la fattispecie all'esame del professionista si configuri come straordinaria ed eccezionale.

Un terreno meritevole di approfondimento è quello, sempre più esteso ed in alcuni casi parossisticamente dilatato, degli obblighi di informazione, il cui adempimento parrebbe a prima vista ascriversi esclu-

¹⁶ Cfr., ex plurimis, L. Mengoni, Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi". Studio critico, in Riv. dir. comm., 1954, I, p. 206; R. Scognamiglio, Voce Responsabilità civile, in Noviss. Dig. it., XV, Torino, 1968, p. 642; M. Paradiso, La responsabilità medica: dal torto al contratto, in Riv. dir. civ., 2001, p. 341; M. Zana, Responsabilità del professionista, in Enc. giur. Treccani, XXVII, Roma, 1991, p. 4. In giurisprudenza cfr. Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, in Foro it., 1974, I, c. 19; Cass. civ., 10 marzo 2014, n. 5506; Cass. civ., 19 maggio 1999, n. 4852, in Resp. civ. prev., 1999, pp. 995 ss., con nota di M. Gorgoni, Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e professionale medica.

¹⁷ P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 1998, pp. 745 ss.

¹⁸ Cfr. Cass. civ., 7 agosto 1982, n. 4437, in Resp. civ. prev., 1984, p. 81.

sivamente al profilo della diligenza¹⁹ e dunque sottratto all'ambito applicativo dell'art. 2236; nemmeno troppo provocatoriamente potrebbe tuttavia sostenersi che proprio l'adeguata informazione al cliente, se presa seriamente e non in senso meramente formale, costituisca una delle prestazioni più difficili da eseguire²⁰, se lo scopo è effettivamente quello di rendere edotto il cliente dei rischi della prestazione e delle ragionevoli aspettative ad essa connesse e non quello di sottoporgli alla firma complessi e minuziosi moduli prestampati, di quantomeno dubbia efficacia.

Un altro profilo meritevole di segnalazione attiene al ruolo svolto dalla norma nell'ambito delle obbligazioni di risultato, dato per scontato che la distinzione, più volte apparentemente rinnegata²¹, ma altrettante volte risorta dalle proprie ceneri²², con le obbligazioni di mezzi conservi una sua attuale valenza, almeno sotto il profilo dell'onere probatorio gravante sul creditore insoddisfatto, seppur in una versione riveduta e corretta, che propone di aggiornare la terminologia suggerendo una ripartizione tra obbligazioni governabili e non governabili²³.

Si sarebbe portati a ritenere che nell'ambito delle obbligazioni di risultato, le quali contrariamente a quanto comunemente ritenuto, ben possono configurarsi anche riguardo all'attività tipica del professioni-

¹⁹ Cfr. M. Ticozzi, Gli obblighi informativi del professionista sono obbligazioni di risultato, in Giur. it., 2017, pp. 330 ss.

²⁰ Cfr. S. Monticelli, Obblighi di informazione e responsabilità dell'avvocato, in Contratti, 2016, p. 92.

²¹ Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781, in Europa dir. priv., 2006, pp. 781 ss., con nota di A. NICOLUSSI, Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. Cfr. altresì C. Castronovo, La nuova responsabilità civile, III ed., Milano, 2006, p. 511, nt. 153, che parla di "sentenza che segna una svolta". Cfr., nella stessa scia, Cass. civ., 13 aprile 2007, n. 8826, in Giur. it., 2008, p. 63; Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in Danno resp., 2008, pp. 871 ss., con nota di A. Nicolussi, Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico, e pp. 1002 ss., con mia nota, Le Sezioni Unite "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria.

²² Cfr. Cass. civ., 28 febbraio 2014, n. 4876, in *Contratti*, 2014, pp. 888 ss., con nota di F. Piraino, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e "di mezzi": la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*; Cass. civ., 20 maggio 2015, n. 10289, in *Giur. it.*, 2015, p. 2321; Cass. civ., 20 novembre 2018, n. 29846 e Cass. civ., 28 settembre 2018, n. 23449.

²³ G. Sicchiero, Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili", in Contr. impr., 2016, pp. 1391 ss.

sta intellettuale²⁴, non possa residuare spazio per una valutazione della condotta del prestatore d'opera²⁵, una volta accertato che il risultato promesso o ragionevolmente sperato non è stato raggiunto.

Tuttavia, come meglio si avrà modo di chiarire di qui a un attimo, l'art. 2236 c.c. non è, a differenza dell'art. 1176 c.c., una norma sulla valutazione dell'adempimento (rectius, una norma che prescrive quale sia la condotta attesa perché la prestazione possa considerarsi correttamente adempiuta) bensì sulla responsabilità; nel senso che essa sancisce che, benché la prestazione concretamente eseguita si sia rivelata inesatta o parziale, il professionista non risponde delle conseguenze dannose che da essa scaturiscono, quando si dimostri che il caso sottoposto al suo esame era di speciale difficoltà, a meno che egli non versi in dolo o colpa grave.

Se il professionista ha garantito, espressamente o implicitamente, il raggiungimento di un determinato risultato, il rischio che la difficoltà della prestazione promessa non sia stata adeguatamente valutata o che, in corso d'opera, si riveli poi in un secondo momento di speciale difficoltà, dovrebbe gravare esclusivamente sul prestatore.

Tale considerazione vale sicuramente ad escludere che in tali casi il professionista, la cui prestazione non abbia prodotto il risultato promesso, possa richiedere un compenso per l'opera prestata, ma, in linea

²⁴ Si pensi all'obbligazione assunta dal chirurgo estetico, relativamente alla quale è ricorrente in giurisprudenza l'affermazione secondo cui "In materia di responsabilità medica derivante da un intervento di chirurgia estetica, il risultato rappresentato dal miglioramento estetico dell'aspetto del paziente non è solo un motivo, ma entra a far parte del nucleo causale del contratto, e ne determina la natura. Rileva in tal senso la considerazione che, a prescindere dalla qualificazione dell'obbligazione del sanitario come di mezzi o di risultato, chi si rivolge ad un chirurgo plastico lo fa indubbiamente per finalità spesso esclusivamente estetiche e, dunque, per rimuovere un difetto, e per raggiungere un determinato risultato, e non per curare una malattia" che sembra una complessa parafrasi per non riconoscere esplicitamente, nel timore forse di incorrere negli strali della S.C., che quella del chirurgo estetico costituisca una tipica obbligazione di risultato. Sulla questione cfr., ex plurimis, F. Pontonio e C. Pontonio, La responsabilità del chirurgo estetico: obbligazioni di mezzi o di risultato?, in Resp. civ. prev., 1994, p. 771. Si pensi, ancora, all'obbligazione di alcuni professionisti dell'area tecnica (cfr. Cass. civ., 15 ottobre 2013, n. 23342; Cass. civ., 25 settembre 2012 n. 16254) e, per la dottrina, G. TARANTINO, La responsabilità del progettista tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato. Con postilla sulla buona fede, in Contratti, 2013, p. 473.

²⁵ G. Sicchiero, Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili, cit., p. 1407.

di principio, riterrei valga anche ad escludere l'applicazione dell'esimente di cui all'art. 2236 c.c.

Diversamente stanno le cose riguardo alle obbligazioni che potremmo definire di mezzi ovvero di comportamento, ovvero di diligenza, non essendo affatto, a parere di chi scrive, da incoraggiare e anzi decisamente da combattere quella tendenza, segnalata in tema di responsabilità medica²⁶, ad estendere alcune regole di giudizio in tema di interventi routinari non solo alla responsabilità sanitaria *tout court*, ma più in generale alla responsabilità professionale²⁷, in definitiva addossando al prestatore il rischio della causa ignota che abbia impedito il regolare adempimento, ovvero abbia fatto sì che esso si rivelasse inidoneo al soddisfacimento dell'interesse creditorio.

Né vale sostenere che il professionista intellettuale, o il prestatore d'opera in genere, debba assumere solo incarichi che ragionevolmente si senta in grado di eseguire senza rischi, perché, così opinando, nessun professionista avveduto assumerebbe alcun incarico di speciale difficoltà.

Il che dimostra quanto opportuna sia stata la scelta dei compilatori, che, lungi dall'essere concepita ad esclusivo vantaggio del professionista, si configura assunta anche e specialmente nell'interesse degli aspiranti fruitori della prestazione di speciale difficoltà, e quanto lontano sia dalla pratica reale degli affari e dalla concretezza dell'agire professionale, la tendenza, specie giurisprudenziale, alla quasi equiparazione dei concetti di professionalità e infallibilità.

3. Il ruolo della disposizione nel sistema della responsabilità da inadempimento

Un secondo profilo di indagine è quello dei rapporti tra la norma in commento e gli artt. 1176 e 1218 c.c.

Il tenore letterale di quest'ultimo, la cui formulazione si deve, come è a tutti noto, a quell'autorevole autore²⁸ che fu, sotto il vigore dell'a-

²⁶ Cfr. V. DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di messi e di risultato*, in *Contr. impr.*, 2016, pp. 483 ss.

²⁷ L. NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti* (medici, avvocati, notai): *il punto sulla giurisprudenza*, in *Europa dir. priv.*, 2000, pp. 526 ss.

²⁸ G. Osti, Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione, in Riv. dir. civ.,

brogato codice, il più strenuo sostenitore della teoria c.d. oggettiva, accredita l'opinione che la responsabilità derivi dal fatto in sé dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento, e la prova liberatoria concessa al debitore abbia ad oggetto soltanto la sopravvenuta impossibilità della prestazione (che nelle obbligazioni di fare infungibili può avere riguardo anche ad un impedimento soggettivo del debitore) relativamente alla quale viene in rilievo il comportamento del debitore che abbia determinato tale impossibilità.

Di colpa contrattuale può dunque parlarsi solo in senso atecnico²⁹, giacché presupposto della responsabilità è l'inadempimento nella sua oggettività.

Come è stato giustamente osservato "la colpa dunque non è criterio di imputazione della responsabilità contrattuale ma criterio di esclusione della rilevanza dell'impossibilità come limite della (oltre il quale si esclude la) responsabilità"³⁰. E l'esclusione della responsabilità, in tale ipotesi, è conseguenza dell'estinzione dell'obbligazione la quale, ai sensi dell'art. 1256 c.c., si realizza appunto quando la prestazione è divenuta impossibile per causa non imputabile al debitore.

Alla stregua di tale impostazione andrebbe risolta anche la *vexata* quaestio dei rapporti tra art. 1218 c.c. e art. 1176 c.c. il quale ultimo, ove la prestazione sia divenuta impossibile, detterebbe i criteri alla stregua

^{1918,} pp. 209 ss., 313 ss., 417 ss.; Id., Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1954, pp. 593 ss.; Id., Impossibilità sopravveniente, in Noviss. Dig. it., VIII, Torino, 1962, pp. 287 ss. L'illustre autore era presente come esperto della materia ai lavori preparatori al codice civile del 1942: cfr. sul punto P. RESCIGNO, Presentazione di OSTI, Scritti giuridici, I, Milano, 1973, pp. 1 ss.

²⁹ In questo senso M. Franzoni, *Fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, XVI, Bologna-Roma, 1993, p. 148; G. Visintini, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impr.*, 2004, pp. 13 ss.; F. Piraino, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, pp. 1019 ss.

³⁰ C. CASTRONOVO, L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, in La nuova responsabilità civile, II ed., Milano, 1997, p. 183; nello stesso senso L. MENGONI, Responsabilità contrattuale, in Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988, p. 1080, secondo cui "Sopravvenuta l'impossibilità della prestazione, non tanto la colpa è rilevante come fonte di responsabilità, quanto l'assenza di colpa come elemento concorrente a formare una fattispecie estintiva dell'obbligazione". Sul punto cfr. altresì G. COTTINO, L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore, Milano, 1955, pp. 110 ss.; U. RUFFOLO, Colpa e responsabilità, in Diritto civile, a cura di N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, IV, t. III, La responsabilità e il danno, p. 99.

dei quali andrebbe valutato il comportamento del debitore che ha dato origine ovvero non ha impedito l'impossibilità sopravvenuta³¹, mentre, ove la prestazione sia stata eseguita, fungerebbe da parametro di riferimento dell'esattezza dell'adempimento ovvero "da base per stabilire se, dato un particolare contenuto della prestazione, inadempimento vi sia"³².

Vi è stato però chi, pur riconoscendo che l'intenzione dei compilatori, emergente dalla lettura dei lavori preparatori³³, era quella di regolare secondo l'impostazione più rigorosa e alla stregua di parametri rigidamente obbiettivi la responsabilità del debitore, ha posto il dubbio, anche alla luce di una accurata genesi storica della norma, che l'art. 1218 c.c. abbia effettivamente quella portata generale che il Legislatore intendeva attribuirgli³⁴.

Esso in sostanza disciplinerebbe solo le ipotesi in cui la prestazione sia divenuta impossibile per causa imputabile al debitore, come ad esempio nel caso di perimento (colpevole) della cosa costituente oggetto di un obbligo di dare una cosa determinata. Sarebbero invece estranee alla portata applicativa dell'art. 1218 c.c. le ipotesi di inadempimento in cui la prestazione sia ancora astrattamente possibile e quindi le obbligazioni di dare una cosa generica (genus numquam perit) e le obbligazioni di fare.

In senso solo parzialmente diverso si esprime quell'opinione³⁵ che, pur affermando la portata generale dell'art. 1218 c.c., concepisce il rapporto tra detta norma e quella di cui all'art. 1176 c.c. come riferite ad ipotesi distinte, nel senso che la prima riguarderebbe l'inadempimento di una prestazione divenuta impossibile mentre la seconda avrebbe la funzione di fornire il criterio per valutare l'esattezza dell'adempimento di una prestazione possibile.

L'articolo 2236 c.c., norma speciale avente ad oggetto le prestazioni di facere del professionista intellettuale, disciplina invece la responsabilità derivante dall'inadempimento o dall'inesatto adempimento, che in

³¹ In questo senso anche S. Rodotà, *Diligenza* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 543.

³² G. Osti, *Deviazioni dottrinali*, cit., p. 608.

³³ Cfr. Relazione al codice civile, n. 571.

³⁴ M. GIORGIANNI, L'inadempimento, 3° ed., Milano, 1975, pp. 228 ss.

³⁵ G. D'AMICO, La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale, Napoli, 1999, pp. 115 ss.

un certo senso dà per presupposti all'esito di un giudizio condotto alla stregua dell'art. 1176, II comma, c.c.

Accertato dunque che la prestazione sia stata inesatta o comunque non abbia rispettato il programma negoziale e lasciato insoddisfatto l'interesse creditorio, ne disciplina le conseguenze sul piano risarcitorio.

Non è dunque una norma che valuta il se dell'inadempimento, consentendo una valutazione meno rigorosa delle condotte debitorie per il fatto che esse si configurino di speciale difficoltà, ma che ne disciplina le conseguenze dannose, prevedendo un'esimente dalla responsabilità, eccettuati i casi di dolo o colpa grave. In sostanza il legislatore prende atto che nei casi di speciale difficoltà è possibile che il debitore, pur avendo fatto uso del massimo della diligenza possibile³⁶, abbia di fatto fornito una prestazione inesatta o, per mutuare un'espressione tipica del diritto dei contratti di derivazione comunitaria, "non conforme" a quella pattuita, mandandolo dunque esente da responsabilità, salvi sempre i casi in cui abbia agito con dolo o colpa grave.

L'errore professionale determinato dalla speciale difficoltà si configura alla stregua di un errore scusabile, improduttivo di conseguenze risarcitorie.

Tale mi sembra la lettura più coerente della ricorrente massima giurisprudenziale secondo cui "In tema di responsabilità professionale la relazione tra gli artt. 1176 e 2236 cod. civ. è di *integrazione* per *complementarietà* e non già per specialità, cosicché vale come regola generale quella della diligenza del buon professionista³⁷ (art. 1176, comma 2, c.c.) con riguardo alla natura dell'attività prestata³⁸, mentre quando la prestazio-

³⁶ Avendo ben chiaro che la locuzione diligenza va intesa, secondo l'interpretazione preferibile e ampiamente maggioritaria, in una nozione ampia, comprensiva anche del concetto di perizia. Per tutti cfr. C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, IX, Torino, 1984, p. 56.

³⁷ Inteso anch'esso, secondo una consolidata nozione giurisprudenziale (cfr. per tutte Cass. civ., 30 novembre 2018, n. 30999) come professionista "bravo": ovvero serio, preparato, zelante, efficiente.

³⁸ Norma che, come è stato giustamente osservato (A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, XV, Bologna-Roma, 1988, p. 431) rappresenta il massimo grado di "oggettivizzazione dell'agire diligente" che andrà parametrato al rispetto delle regole tecniche che governano l'arte o il mestiere esercitato.

ne implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà opera la successiva norma dell'art. 2236 c.c., delimitando la responsabilità professionale al dolo o alla colpa grave"³⁹.

In ciò si coglie la differenza con altre norme, come ad esempio gli artt. 1710 e 1768 c.c. in tema di mandato e deposito gratuiti, che pure prevedono, in via di eccezione alle regole comuni, una responsabilità attenuata del debitore.

Secondo l'interpretazione preferibile⁴⁰, avallata dalla giurisprudenza prevalente⁴¹, in tali casi il minor rigore nella valutazione della "responsabilità per colpa" atterrebbe infatti proprio al grado di diligenza (anche qui intesa nella nozione ampia comprensiva anche del concetto di perizia) richiesta o che è verosimile attendersi nell'espletamento dell'incarico⁴², minor rigore che ben si giustifica per il prestatore non profes-

³⁹ Così, testualmente, ex plurimis, Cass. civ., 6 luglio 2020, n. 13874; Cass. civ., 15 gennaio 2001, n. 499, in Giur. it., 2003, pp. 461 ss., con nota di A. Spinelli Franca-Lanci, La responsabilità contrattuale dell'avvocato: la diligenza imposta al professionista nell'espletamento del suo incarico. Rapporto tra gli artt. 1176 e 2236 c.c. Secondo un'altra impostazione dottrinaria, viceversa, la complementarietà le due norme andrebbe intesa in senso affatto diverso, e cioè nel senso che la diligenza richiesta ex art. 2236 c.c., essendo valutata con minor rigore, equivarrebbe sostanzialmente alla graduazione normale di diligenza meno intensa richiesta per le attività ordinarie (A. Perulli, Il lavoro autonomo, in Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo, Milano, 1996, p. 620) ovvero, per dirla in altri termini, che la colpa grave di cui all'art. 2236 c.c. altro non sarebbe che la culpa levis sufficiente a fondare la responsabilità del professionista per le attività di normale difficoltà.

⁴⁰ C.M. BIANCA, Dell'inadempimento delle obbligazioni, cit., pp. 137 ss.; C. A. FUNAIOLI, Deposito, Sequestro convenzionale. Cessione dei beni ai creditori, in Tratt. dir. civ. Grosso-Santoro Passarelli, Milano, 1961, p. 63; G. ZUDDAS, Deposito, in A. PALAZZO e S. MAZZARESE (a cura di), I contratti gratuiti, in Tratt. contr. Rescigno-Gabrielli, Torino, 2008, pp. 410 ss.; G. CASTIGLIA, Promesse unilaterali atipiche, in Riv. dir. comm., 1983, I, pp. 370 ss.

⁴¹ Cass. civ., 3 aprile 1980, n. 2200; Cass. civ., 4 gennaio 1969, n. 11; Trib. Potenza, 1° marzo 2013; Secondo Cass. civ., 16 gennaio 1957, n. 95, in *Mass. Giur. it.*, 1957, p. 22, la mitigazione di responsabilità prevista dall'art. 1710 c.c. trova applicazione solo quando venga in questione il grado di diligenza adoperato nell'esecuzione del mandato ma non quando si versi nell'ipotesi dell'eccesso dai limiti del mandato stesso.

⁴² Secondo una diversa linea interpretativa, viceversa, il grado di diligenza richiesta al mandatario o al depositario a titolo gratuito sarebbe eguale a quello richiesto nella variante onerosa, mentre il minor rigore atterrebbe alle conseguenze dell'inadempimento, e cioè alla misura del danno risarcibile. In tal senso U. NATOLI, L'attuazione del rapporto obbligatorio, II, Milano, 1984, pp. 96 ss.; G. VISINTINI, Inadempimento e mora del debitore, in Comm. cod. civ. Schlesinger, Milano, 2006, p. 176; M. Zana, Valutazione con "minor rigore" della responsabilità per colpa, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1974, pp. 28 ss.; F.

sionale gratuito o cortese⁴³, mentre al professionista⁴⁴, viepiù nell'esecuzione delle prestazioni di speciale difficoltà, va richiesto il massimo della attenzione e della competenza possibili⁴⁵.

4. Il regime della prova

Costituisce *communis opinio* tanto in dottrina quanto in giurisprudenza⁴⁶ che la prova della speciale difficoltà incomba sul debitore. La questione si inserisce nel più complessivo problema del riparto degli oneri probatori in tema di responsabilità professionale e contrattuale in genere, relativamente al quale la pietra miliare è tutt'ora costituita dalla celeberrima sentenza delle Sezioni Unite n. 13533 del 30.10.2001⁴⁷, con il suo portato allora radicalmente innovativo delle regole sul riparto

MASTROPAOLO, *Il deposito*, in *Obbligazioni e contratti*, IV.12, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, XVI, Torino, 1985, p. 516; A. GALASSO e G. GALASSO, *Deposito*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 268.

⁴³ Sul punto sia consentito il rinvio a M. GAZZARA, *Prestazioni gratuite di fare e responsabilità attenuata*, Napoli, 2018, pp. 58 ss.

⁴⁴ Indipendentemente dalla natura onerosa o gratuita, ovvero cortese dell'incarico assunto.

⁴⁵ Cfr. Cass. civ., 28 settembre 2009, n. 20790.

⁴⁶ Cass. civ., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Giur. it.*, 2005, pp. 1413 ss. con nota di S. Perugini, *La fattispecie prevista dall'articolo 2236 c.c. e la ripartizione dell'onere della prova*; Cass. civ., 22 aprile 2005 n. 8546; Cass. civ., 6 maggio 2020, n. 8496.

⁴⁷ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001 n. 13533, in Guida al dir., 2001, n. 45, pp. 41 ss., con commento di E. Sacchettini, Il creditore che propone l'azione giudiziaria non deve provare l'inadempimento del debitore; in Corr. giur., 2001, pp. 1569 ss., con nota di V. MARICONDA, Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro; in Contratti, 2002, pp. 113 ss., con nota di U. CARNEVALI, Inadempimento e onere della prova; in Foro it., 2002, I, c. 769 ss., con nota di P. LAGHEZZA, Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo; in Nuova giur. civ. comm., 2002, I, p. 349, con nota di B. Meoli, Risoluzione per inadempimento ed onere della prova. Cfr. altresì i commenti di G. VILLA, Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica, in Riv. dir. civ., 2002, II, pp. 707 ss.; di M. Tuozzo, Inadempimento ed onere della prova. Intervengono, finalmente, le Sezioni Unite, in Contr. e impr., 2002, pp. 547 ss.; di I. Riva, Le Sezioni Unite in materia di prova dell'inadempimento, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2003, pp. 323 ss.; nonché i contributi di L. BARBIERA, Ripartizione degli oneri probatori nelle obbligazioni contrattuali, in Studi in onore di Ugo Majello, Napoli, 2005, I, pp. 79 ss.; di S. PAGLIANTINI, Gli arcani confini di un idola fori: l'onere della prova nella risoluzione del contratto, ivi, II, pp. 353 ss. e di G. VISINTINI, La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento), ivi, II, pp. 821 ss.

dell'onere probatorio in tema di responsabilità da inesatto adempimento delle obbligazioni di fare.

Detta pronunzia fissò il principio secondo cui, in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento.

Con motivazioni a dir poco censurabili⁴⁸, la sentenza operò un ulteriore passaggio logico, equiparando espressamente l'ipotesi dell'inadempimento totale, ove può risultare effettivamente quasi impossibile (si pensi all'omesso pagamento di un'obbligazione pecuniaria) la dimostrazione, ex parte creditoris, di non aver ricevuto la prestazione dovuta, a quella dell'inesatto adempimento, in cui la dottrina unanime⁴⁹ e la giurisprudenza sino ad allora pacifica⁵⁰ avevano ritenuto gravasse sul creditore l'onere di provare l'imperfetta esecuzione della prestazione.

⁴⁸ Secondo le SS.UU., equiparandosi l'inadempimento totale all'inadempimento inesatto verrebbe così a ridursi "l'eccesso di distinzioni di tipo concettuale e formale" che costituirebbe "fonte di difficoltà per gli operatori pratici del diritto, le cui esigenze di tutela meritano di essere tenute nella giusta considerazione", quasi che, per dirla con U. Izzo, *Il tramonto di un "sottosistema" della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, cit., p. 140, "avvocati e giudici non fossero all'altezza".

⁴⁹ Nel senso che gravi sul creditore l'onere della prova dell'adempimento inesatto cfr. S. Patti, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, XXII, Bologna-Roma, 1987, p. 120; L. Mengoni, Voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1097; A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 461; A. Luminoso, in A. Luminoso-U. Carnevali-M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. al codice civile Scialoja-Branca*, XXI, Bologna-Roma, 1990, p. 228; M. De Cristofaro, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, pp. 590 ss. Particolarmente significativa la presa di posizione di R. Sacco che nella terza edizione del volume sul contratto scritto a quattro mani con G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2004, p. 644, alla luce della citata sentenza 13533/2001 ribadisce come "ci sono casi in cui l'inadempimento – conduca esso alla risoluzione del contratto o alla generica domanda di danni, o di adempimento deve essere provato (dal creditore): così avviene in caso di cattiva esecuzione (opera mal costruita dal debitore), di cattiva qualità della cosa alienata, di negligenza professionale del medico o dell'avvocato".

⁵⁰ Cass. civ., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Danno resp.*, 2001, pp. 1165 ss., con nota di M. Rossetti, *I doveri di informazione del chirurgo estetico*.

Le molteplici ragioni di critica a tale persistente orientamento non possono essere qui compiutamente svolte⁵¹; giova solo ricordare le parole di un autorevole commentatore secondo cui l'indirizzo assunto sullo specifico punto dalle Sezioni Unite "si basa su una non adeguatamente meditata estensione del regime probatorio gravante sul creditore e realizza in definitiva una sostanziale violazione del disposto dell'art. 2697 c.c." e "rischia, qualora non venga tempestivamente superato, di portare a conseguenze applicative addirittura aberranti"⁵².

È quanto puntualmente avvenuto, ad esempio, in tema di responsabilità sanitaria ove le medesime Sezioni Unite ebbero a fissare il principio in virtù del quale "l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed *allegare* l'inadempimento del debitore, *astrattamente idoneo* a provocare il danno lamentato", mentre spetterà al debitore dimostrare di aver correttamente adempiuto, ovvero che l'inadempimento non fu causa efficiente dei danni insorti⁵³, addossandosi così integralmente sul debitore⁵⁴ il rischio dell'incertezza circa l'esatta individuazione della causa dell'evento dannoso. E la successiva giurisprudenza di legittimità si è mossa, sino a pochissimo

⁵¹ Sul punto mi sia consentito rinviare a M. GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, Napoli, 2007, pp. 36 ss.

⁵² V. Mariconda, *op. cit.*, p. 1571.

⁵³ Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in Danno resp., 2008, pp. 871 ss., con nota di A. Nicolussi, Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico, e pp. 1002 ss., con mia nota, Le Sezioni Unite "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria. La sentenza è altresì pubblicata in Resp. cin. prev., 2008, pp. 849 ss., con nota di M. Gorgoni, Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato.

⁵⁴ Quella di addossare ai medici e/o alle strutture, nonché spesso, di fatto, ai loro istituti assicurativi il rischio dell'incertezza sulla causa efficiente del danno patito dal paziente si configura come una precisa scelta di politica del diritto camuffata, neanche troppo abilmente, da regola di giudizio. Assai preferibile pare la soluzione adottata in Francia con la c.d. loi Kouchner del 04.03.2002, con la quale, prendendo atto che esistono ipotesi di accident medicaux in cui non è possibile individuare una precisa responsabilità per i danni subiti dai pazienti in occasione di un ricovero ospedaliero, si è previsto, in favore delle vittime, l'intervento di un fondo di garanzia a carico dello Stato (gestito dall'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales) limitato ai soli casi particolarmente gravi, laddove cioè la percentuale di invalidità permanente sofferta dal paziente non sia inferiore al 25%.

tempo fa, coerentemente con tali premesse, sì da indurre alcuni commentatori a discutere di una "presunzione del nesso di causa"⁵⁵.

Tuttavia, nonostante la mai sufficientemente criticata pronunzia delle Sezioni Unite abbia fissato principi astrattamente valevoli per qualsiasi obbligazione di fare, e dunque per qualsiasi professionista, nella concreta applicazione si è assistito ad una netta divergenza tra i principi valevoli per la responsabilità sanitaria e quella di altre categorie professionali.

Se, infatti, per quanto attiene alla prova dell'inadempimento, può rinvenirsi nella giurisprudenza, quale che sia l'attività esercitata, un sostanziale ossequio al già citato arresto delle Sezioni Unite di inizio secolo, ben diversamente stanno le cose in ordine alla prova del nesso di causalità tra l'errore professionale e i danni lamentati.

In tema di responsabilità dell'Avvocato, ad esempio, viene fatto pacificamente gravare sul cliente l'onere di dimostrare che il danno sia stato causato dall'insufficiente o inadeguata attività del professionista, e cioè dalla difettosa prestazione professionale⁵⁶. E laddove – come di frequente accade, ad esempio, nella classica ipotesi in cui il Legale abbia lasciato scadere i termini per la proposizione del gravame – venga in rilievo una responsabilità da condotta omissiva, compete all'attore fornire la certezza morale⁵⁷, ovvero una valutazione prognostica positiva circa il probabile esito positivo dell'azione giudiziale che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente eseguita⁵⁸, regola di giudizio applicata peraltro anche ad altre categorie di liberi professionisti⁵⁹.

⁵⁵ Cass. civ., 12 settembre 2013, n. 20904, in *Danno resp.*, 2014, pp. 33 ss., con nota di G.M.D. Arnone, *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa.* Nello stesso senso L. Berti, *Il nesso di causalità in responsabilità civile*, Milano, 2013, p. 322.

⁵⁶ Cass. civ., 27 maggio 2009, n. 12354, in Resp. civ. prev., 2009, pp. 2049 ss., con nota di M. AZZALINI, Responsabilità professionale dell'avvocato e risarcimento del danno: riflessioni su un curioso caso d'omessa informazione al cliente; Cass. civ., 16 ottobre 2008, n. 25266; Cass. civ., 14 maggio 2013, n. 11548; Cass. civ., 10 dicembre 2012, n. 22376, in Contratti, 2014, pp. 251 ss., con nota di C. ATTINÀ, La responsabilità professionale dell'Avvocato e la misura della diligenza esigibile.

⁵⁷ Cass. civ., 18 aprile 2007, n. 9238.

⁵⁸ Cass. civ., 13 febbraio 2014, n. 3355; Cass. civ., 10 dicembre 2012, n. 22376, cit.

⁵⁹ Cass. civ., 26 aprile 2010, n. 9917, in tema di responsabilità di un dottore commercialista, ha confermato le sentenze di merito che avevano mandato esente da colpa il professionista per la presunta mancata proposizione di un ricorso tributario, non essendosi raggiunta la prova che il ricorso medesimo sarebbe stato accolto. Nello stesso

Dunque, benché parte della dottrina individui i segnali di un riavvicinamento, da taluni auspicato⁶⁰, del regime probatorio⁶¹ concretamente applicato in tema di r.c. sanitaria e di r.c. professionale tout court, allo stato è dato ancora rinvenire, specie nella giurisprudenza di merito, significative divergenze nel senso di un onere probatorio più rigoroso a carico del cliente di un professionista dell'area giuridico – economica rispetto al paziente che lamenti la non corretta esecuzione di un trattamento medico e, per venire allo specifico tema oggetto di indagine, ad una maggiore apertura all'applicazione dell'art. 2236.

Diversi segnali di un'inversione di tendenza rispetto ai principi fissati dalle Sezioni Unite del 200862 si sono registrati peraltro anche in ambito sanitario nella giurisprudenza di legittimità dell'ultimo decennio⁶³, fino a giungere, nonostante la persistenza resistenza della giurisprudenza di merito⁶⁴, a completa formulazione con le c.d. sentenze

senso, Cass. civ., 5 giugno 1996, n. 5264, in Resp. civ. prev. 1997, pp. 1169 ss., con nota di G. DE FAZIO, Responsabilità del legale e perdita della chanche di vincere il processo.

⁶⁰ Cfr. C.M. NANNA, Doveri professionali di status e protezione del cliente consumatore, Bari, 2012, pp. 281 ss.

⁶¹ Cfr. D. COVUCCI – G. PONZANELLI, Responsabilità civile dell'Avvocato: un sistema in evoluzione, in Nuova giur. civ. comm., 2008, II, p. 422; F. Busoni, L'onere della prova nella responsabilità del professionista, Milano, 2011, p. 115; M. FRANZONI, La responsabilità professionale dell'avvocato, in La resp. civ., 2005, p. 744. Cauti sul punto M. ZANA, Responsabilità professionale dell'avvocato: si cambia rotta?, in Altalex, 10.01.2011; M. FEOLA, La responsabilità dei professionisti legali, in Danno resp., 2014, p. 1001.

⁶² Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

⁶³ Per una ricostruzione dei diversi passaggi giurisprudenziali in materia cfr. M. FACCIOLI, "Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria, in Contr. impr., 2014, pp. 79 ss. cfr. Cass. civ., 15 febbraio 2018, n. 3704; Cass. civ., 23 agosto 2018, n. 21008. Cfr., altresì, Cass. civ., 30 novembre 2018, n. 30998, cit., ove si legge che "Altra è la causa che ha determinato l'impossibilità di adempimento, ben altra è la causa che ha determinato il danno: l'art. 1218 c.c. addossa al debitore l'onere di prova l'esistenza della prima, ma non l'onere di provare l'inesistenza della seconda. Poiché dunque il nesso di causa tra fatto illecito e danno è un fatto costitutivo del diritto al risarcimento, la prova di esso grava su chi di quel danno invoca il ristoro, secondo la regola generale di cui all'art. 2697 c.c.".

⁶⁴ Cfr., ex plurimis, Trib. Crotone, 19 marzo 2018, ove si afferma che "L'obbligazione assunta dal medico nei confronti del paziente ha natura contrattuale, sicché incombe sul debitore provare che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile; più specificamente, dimostrato dal paziente danneggiato il contratto (o il contatto sociale) nonché l'aggravamento della patologia sofferta o l'insorgenza di un'altra affezione e allegato dallo stesso l'inadem-

di S. Martino dell'anno 2019, con le quali la Terza sezione della S.C. ha inteso fissare il nuovo decalogo in tema di responsabilità sanitaria e dove (sentenza n. 28992) è scritto a chiare lettere che "allegare l'inadempimento non significa allegare anche il danno evento il quale, per riguardare un interesse ulteriore rispetto a quello perseguito dalla prestazione, non è necessariamente collegabile al mancato rispetto delle *leges artis* ma potrebbe essere riconducibile ad una causa diversa dall'inadempimento.

La violazione delle regole della diligenza professionale non ha dunque un'intrinseca attitudine causale alla produzione del danno evento" per poi concludere che "è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica, o l'insorgenza di nuove patologie, e la condotta del sanitario". Con la conseguenza che "se resta ignota anche mediante l'utilizzo di presunzioni la causa dell'evento di danno, le conseguenze sfavorevoli ai fini del giudizio ricadono sul creditore della prestazione professionale"65.

Nel quadro appena descritto si inserisce, per così dire a valle del processo di accertamento della presunta responsabilità professionale, la questione della ricorrenza dell'esimente della speciale difficoltà.

Una volta acclarato l'inadempimento o, più frequentemente, l'inesatto adempimento, e data prova dell'efficienza causale dello stesso sul verificarsi del danno, resta sempre al professionista debitore la possibilità di dimostrare che la prestazione eseguita si configurasse di speciale difficoltà, e che, dunque, benché egli abbia agito con la diligenza⁶⁶ e la perizia richieste *ex* art. 1176 c.c. dalle circostanze del caso, escludendosi, pertanto, l'ipotesi in cui versi in colpa grave o addirittura abbia

pimento del debitore astrattamente idoneo a provocare il danno, compete a questi dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato o che esso, pur esistendo, è stato eziologicamente non rilevante o comunque a lui non imputabile. Dal che consegue che, in definitiva, spetta al medico provare l'inesistenza del nesso causale, e non al paziente l'esistenza dello stesso". Nello stesso senso, Trib. Milano, Sez. I, 16 febbraio 2018; Trib. Napoli, Sez. VIII, 19 gennaio 2018.

⁶⁵ Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28991, in *Danno resp.*, 2020, pp. 71 ss., con nota critica di A. Procida Mirabelli Di Lauro, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum.*

⁶⁶ Acclarata la mancanza della diligenza, intesa nella nozione ristretta di attenzione cura e prudenza, ogni successiva indagine sulla speciale difficoltà della prestazione diviene superflua.

agito con l'intenzione di pregiudicare la sfera soggettiva del creditore, la prestazione si sia rivelata inesatta e produttiva di danno.

Dimostrazione che, se offerta, lo manderà esente da responsabilità. Dimostrazione che, tuttavia, diventa tanto più difficile quanto più si innalzano, nel comune sentire, e soprattutto nell'interpretazione giurisprudenziale⁶⁷, gli standards qualitativi richiesti al professionista⁶⁸.

5. La singolare riscoperta della norma in ambito penalistico

Se, tuttavia, nell'ambito che le è più specificamente proprio della responsabilità civile del professionista, la norma in esame sembra soggetta ad un inarrestabile declino, a confermarne la persistente vitalità sta la sua riscoperta in ambito penalistico.

Un ampio filone giurisprudenziale aveva da lunghissimo tempo fatto ampio uso della disposizione, in tema in particolare di responsabilità penale del professionista sanitario⁶⁹; in alcuni casi facendone diretta applicazione⁷⁰, in altri casi, pur sostenendone la non immediata applicabilità in sede penale, come "regola di comune esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà"⁷¹.

Tale filone interpretativo ebbe a consolidarsi anche successivamente all'entrata in vigore dell'art. 3, comma 1, del c.d. Decreto Balduzzi⁷², a tenore del quale "L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee-guida e buone pratiche accreditate dalla comunità

⁶⁷ Molto esemplificativa, in tal senso, Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781, cit.

⁶⁸ Cfr. M. Franzoni, Fatti illeciti, cit., p. 138.

⁶⁹ Per una ricostruzione del quadro giurisprudenziale antecedente all'entrata in vigore della L. Gelli-Bianco cfr. F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra l'art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, pp. 159 ss.

⁷⁰ Cass. pen., 2 ottobre 1990, n. 14446.

⁷¹ Cass. civ., 10 maggio 1995, n. 5278, in Rin. it. med. leg., 1998, p. 568; Cass. civ., 5 aprile 2011, n. 16328, nonché, alla vigilia dell'entrata in vigore della Legge Balduzzi, Cass. civ., 22 novembre 2011, n. 4391, in cui si precisa che siffatta regola di esperienza va, in particolare, applicata "qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza, in quanto la colpa del terapeuta deve essere parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiesto ed al contesto in cui esso si è svolto".

⁷² Cfr. Cass. pen., 22 aprile 2017, n. 28187; Cass. pen., 19 novembre 2015, n. 12478.

scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".

Con l'introduzione di tale norma si verificò una singolare osmosi; se infatti in tema di responsabilità civile i criteri di accertamento della colpa e soprattutto di verifica della sua incidenza causale sul danno sono stati spesso mutuati dal diritto penale, qui si assiste al fenomeno inverso, con l'introduzione di una distinzione tra colpa grave e colpa lieve implicitamente ispirata alla norma civilistica, alla quale viene attribuito inedito rilievo, non ai fini della graduazione della responsabilità e dunque della pena, ma ai fini della configurabilità stessa del reato⁷³; distinzione che, almeno in tali termini, aveva suscitato un certo scandalo e non poche critiche in dottrina e si è rivelata normativamente di breve durata, avendo provveduto a distanza di soli 5 anni il legislatore ad espungere, con l'art. 6 della L. 8 marzo 2017 n. 24, c.d. L. Gelli-Bianco, ogni riferimento, nel giudizio di responsabilità del sanitario chiamato a rispondere dei reati di lesioni colpose ed omicidio colposo, al grado della colpa.

La distinzione è stata tuttavia "recuperata" dal un recente pronunziamento delle Sezioni Unite⁷⁴ che costituisce ad oggi un punto fermo in tema di responsabilità penale per lesioni o omicidio colposo in ambito sanitario e che, riguardo al nostro tema, ebbe a ribadire che all'art. 2236 c.c. va comunque riconosciuto "la valenza di principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione del genere di problemi sopra evocati ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza⁷⁵".

Una piena consacrazione, dunque, e ai massimi livelli della giurisdizione, per la tesi della applicabilità della norma ai giudizi di responsabilità penale in ambito sanitario.

⁷³ È proprio su tale argomento che parte della giurisprudenza negava viceversa diritto di cittadinanza in ambito penalistico ai criteri di della responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. Per tutte cfr. Cass. pen., 22 febbraio 1991, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2756.

⁷⁴ Cass. Pen., Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770.

⁷⁵ Per l'applicazione dell'art. 2236 c.c. in "situazioni di emergenza turbate dall'impellenza" cfr. Cass. Pen., 7 marzo 2018, n. 10396.

Prima ancora che un tributo alla coerenza sistematica dell'ordinamento e all'idea, da più parti sostenuta, che non si possa sanzionare penalmente la condotta del professionista che in sede civile vada considerato esente da responsabilità, la rinnovata fortuna della disposizione in oggetto in ambito penalistico appare come la resa del sistema sanzionatorio alla realtà dei fatti e il riconoscimento che la perfezione è un modello astratto di condotta non sempre esigibile nel caso concreto.

6. Conclusioni

In conclusione, aldilà delle sue alterne fortune sul piano giurisprudenziale, può ritenersi che la disposizione in esame rappresenti una opportuna valvola di salvezza per un sistema che da un lato esclude la colpa come fondamento della responsabilità contrattuale ma dall'altro si rivela restio, nell'esperienza delle Corti, ad ammettere fino alle estreme conseguenze la natura pienamente oggettiva dell'inadempimento, con le conseguenze di cui all'art. 1218 c.c., specie nelle obbligazioni di fare che vedano come debitore il singolo prestatore d'opera intellettuale e il cui risultato sfugga alla sfera di controllo del professionista (cd. obbligazioni di mezzi, o di comportamento, o governabili che dir si voglia).

La norma può, dunque, essere letta alla stregua di una clausola di salvaguardia, nel senso di riconoscere che anche la prestazione eseguita da un professionista di solida preparazione con il massimo della cura e dell'impegno possibile possa comunque lasciare il creditore insoddisfatto o addirittura essere fonte di danno. E, dunque, che seppure errore vi fu, tale errore possa, considerate le circostanze del caso concreto, essere considerato scusabile e dunque possa escludersi che esso costituisca fonte di una pretesa risarcitoria.

Essa resta dunque un salutare presidio avverso astratti proclami rigoristi, avulsi spesso dalla concreta e sempre più convulsa e complessa realtà della pratica professionale.

Il saggio analizza criticamente la parabola giurisprudenziale della norma di cui all'art. 2236 c.c. dalla sua declinante applicazione nella sedes materiae che le è propria della responsabilità del professionista intellettuale alla rinnovata fortuna in ambito penalisti-

co. Suggerisce una interpretazione sistematica della disposizione coerente con la disciplina generale dell'inadempimento e ne difende la persistente vitalità ed utilità alla stregua di clausola di salvaguardia avverso l'espansione sempre più incontrollata e paraoggettiva della responsabilità professionale.

The essay critically analyzes the jurisprudential parable of the rule referred to in art. 2236 of the Italian Civil Code from its declining application in the responsibility of the intellectual professional to the renewed fortune in the criminal field. It suggests a systematic interpretation of the provision consistent with the general discipline of non-fulfillment and defends its persistent vitality and usefulness as a safeguard clause against the increasingly uncontrolled and para-objective expansion of professional liability.

Andrea Genovese

(Professore associato nell'Università della Tuscia)

LA CLAUSOLA DI RECESSO*

SOMMARIO: 1. Fonti dell'atto di recesso. – 2. Disciplina normativa del recesso convenzionale. – 3. Natura giuridica. – 4. Segue: recesso gratuito o oneroso. – 5. Segue: clausola di recesso con preavviso, ad nutum e vincolato. – 6. Segue: la forma della clausola e dell'atto di recesso. – 7. Interpretazione della clausola di recesso. – 8. Segue: il problema degli effetti.

1. Fonti dell'atto di recesso

Il recesso è l'atto attraverso il quale una parte comunica all'altra la volontà di sciogliere il contratto¹. La facoltà di recesso, nelle varie denominazioni che può assumere², è quindi eccezionale rispetto al principio di forza di legge del contratto, secondo cui, di regola, i paciscènti sono sprovvisti del potere di determinare, in modo unilaterale, l'estinzione del rapporto dallo stesso derivante³.

^{*} Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due referee.

¹ Così, quasi letteralmente, G. Vettori, *Contratto e rimedi*, Padova, 2017, p. 848.

² Gli atti unilaterali attraverso i quali è possibile sciogliere il contratto hanno una pluralità di denominazioni, come dimostrato dai molti sinonimi di recesso impiegati per indicare lo stesso concetto: revoca, rinuncia, rifiuto, dimissioni, disdetta, licenza, riscatto ecc., come illustrato da G. VETTORI, op. ult. cit., p. 849, il quale però richiama opportunamente l'attenzione sul fatto che, ad esempio, recesso e revoca non sempre hanno gli stessi connotati identificativi. In argomento, v., altresì, C. Confortini, Sul recesso dalle società per azioni, in Contr. impr., 2016, p. 270; G. Gabrielli e F. Padovini, Recesso, in Enc. dir., XXIX, Milano, 1988, p. 28; L. Ambrosini, Recesso, in Diz. Irti, a cura di S. Martuccelli e V. Pescatore, Milano, 2011, p. 1387; E. Romagnoli, Disdetta, in Enc. dir., XIII, Milano, 1964, p. 92; D. Valentino, Recesso e vendite aggressive, Napoli, 1996, p. 115.

³ G. VETTORI, op. ult. cit., p. 848; G. DE NOVA, Recesso, in Dig. cin., XVI, Torino, 1997, pp. 314-315; Id., Recesso, in Tratt. dir. priv. Rescigno, 10, II, Obbligazioni e contratti, Torino, 2002, pp. 689-690; F. ROSELLI, Il recesso dal contratto, in Tratt. dir. priv. Bessone, XIII, Il con-

È duplice la fonte del diritto di recesso: esso può essere previsto sia dalla legge sia da una clausola pattuita tra le parti⁴: nel primo caso, si ha il "recesso legale"⁵, disciplinato dalla norma che di volta in volta lo contempla⁶; nel secondo, invece, il "recesso convenzionale"⁷, il quale è soggetto ad una regolamentazione eterogenea, perché offerta dalla legge (art. 1373 c.c.) in concorso con l'atto di autonomia privata che lo concepisce⁸.

Per quanto visto, è possibile definire la clausola di recesso come quella clausola che, di regola⁹, può essere apposta a qualunque tipo di

tratto in generale, V, Torino, 2002, p. 267; F. Galgano, Degli effetti del contratto, in F. Galgano, G. Visintini, Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare, in Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, diretto da F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, p. 58; M. Franzoni, Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale, in Comm. cod. civ. Schlesinger-Busnelli, Milano, 1998, p. 319; S. Sangiorgi, Recesso, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1991, XXVI, pp. 1-2; D. Di Sabato, Sul recesso del professionista nei contratti con i consumatori, in Riv. dir. impresa, 1997, p. 237; P. Sirena, I recessi unilaterali, in Tratt. contratti Roppo, III, Effetti, a cura di M. Costanza, Milano, 2006, p. 113; F. Algaro, Il recesso dal contratto, in Effetti del contratto, a cura di F. Algaro, L. Bandinelli e M. Palazzo, in Tratt. dir. civ. Perlingieri, Napoli, 2011, pp. 111-112 e 148; T. Tabellini, Il recesso, Milano, 1962, p. 3.

- ⁴ S. SANGIORGI, Rapporti di durata e recesso ad nutum, Milano, 1965, pp. 136 ss.; P. SIRENA, op. ult. cit., p. 113.
- ⁵ Per un quadro d'insieme, in argomento, v. M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, cit., pp. 321 ss.
- ⁶ Ad esempio, l'art. 2437 c.c. che concerne il recesso dalla società per azioni, con riferimento al quale v. C. Confortini, *Sul recesso dalle società per azioni*, cit., pp. 271 ss.
- ⁷ A. Genovese, Clausola di recesso, in Aa. Vv., Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche, II, a cura di M. Confortini, Torino, 2019, pp. 423 ss.; W. D'Avanzo, Recesso, in Noviss. Dig. it., XIV, Torino, 1967, p. 1038; D. Callegari, Il recesso unilaterale dal contratto, Torino, 1939, p. 159; M. Franzoni, Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale, cit., p. 319; D. Di Sabato, Sul recesso del professionista nei contratti con i consumatori, cit., p. 238; S. Sangiorgi, Rapporti di durata e recesso ad nutum, cit., p. 137. Per un quadro d'insieme dei principali problemi posti dalla clausola di recesso nelle società, non oggetto diretto della presente indagine, v. G.A.M. Trimarchi, Autonomia privata e recesso dalle società di capitali, in Notariato, 2017, pp. 133 ss.
- ⁸ D. Callegari, *Il recesso unilaterale dal contratto*, cit., p. 174, osserva che "è naturale che essendo consentito dalla volontà dei contraenti, il recesso convenzionale dalla stessa volontà riceva la disciplina. (...) Si può porre il principio che in questa determinazione la volontà è libera finché non incontra disposizioni vincolative della legge".
- ⁹ Non tutti i contratti tollerano la clausola di recesso. Essa, ad esempio, è giudicata incompatibile con la transazione, poiché se fosse attribuita ad una delle parti la facoltà di liberarsi dal vincolo mediante manifestazione di volontà, risulterebbe incerta

contratto¹⁰, attraverso la quale una o più parti possono determinarne lo scioglimento¹¹ (o la modifica)¹².

Stando ad una prima osservazione, potrebbe apparire inutile l'apposizione di una clausola di recesso ad un contratto a tempo indeterminato, rispetto al quale la disciplina legale già prevede, come elemento naturale, il potere di recedere come strumento integrativo della fattispecie. Tuttavia, è stato osservato che, anche nell'ipotesi descritta, la riproduzione per via negoziale di questa facoltà avrebbe comunque il pregio di sottrarla ai rischi di sua limitazione derivanti da sopravvenuti mutamenti normativi¹³.

Come posto in rilievo in dottrina, attraverso la clausola in rassegna le parti pattuiscono un elemento accidentale del contratto¹⁴, che può essere convenuto sia nel momento del perfezionamento dell'accordo, sia successivamente, mediante una modifica dell'originario contratto¹⁵.

la stessa volontà di definire la lite in via stragiudiziale. Inoltre, la clausola di recesso è apparsa inutile se apposta al contratto di mediazione, nel quale l'inattività può conseguire lo stesso risultato. Anche rispetto ai rapporti di durata, la legge può impedire che sia validamente ed efficacemente convenuta una siffatta clausola (cfr. M. Moretti, Lo scioglimento unilaterale della transazione, in AA. Vv., Recesso e risoluzione nei contratti, a cura di G. De Nova, Milano, 1994, pp. 933 ss.; M. Franzoni, Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale, cit., p. 384; F. Roselli, Il recesso dal contratto, cit., p. 264; P. Sirena, I recessi unilaterali, cit., pp. 122-123; L. Ambrosini, Recesso, cit., p. 1399; S. Sangiorgi, Rapporti di durata e recesso ad nutum, cit., pp. 147 ss.; Id., Recesso, cit., pp. 2-3; F. Cherubini, Commento sub art. 1373 c.c., in AA. Vv., Dei contratti in generale, II, in Comm. cod. civ. Gabrielli, Torino, 2011, pp. 670-671).

¹⁰ G. De Nova, Recesso, p. 315, osserva che "di fronte alla totale delega conferita all'autonomia delle parti dall'ultimo comma dell'art. 1373, non ci pare si possa limitare il recesso convenzionale ad alcune categorie di contratti". In particolare, il contratto può essere reale o consensuale (L. Ambrosini, op. ult. cit., p. 1391), ad effetti reali o obbligatori (F. Roselli, op. ult. cit., p. 263; P. Sirena, I recessi unilaterali, cit., p. 123; L. Ambrosini, op. loc. ult. cit.), ad efficacia istantanea o differita, oppure ad esecuzione continuata o periodica (F. Galgano, Degli effetti del contratto, cit., p. 60).

¹¹ Secondo Salv. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, p. 34, il recesso è riconducibile alla categoria degli "atti che scrivono la parola fine su qualcosa di giuridicamente rilevante".

¹² F. ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, cit., p. 259; P. SIRENA, *I recessi unilaterali*, cit., p. 113.

¹³ G. Gabrielli, Vincolo contrattuale e recesso unilaterale, Milano, 1985, p. 21.

¹⁴ D. CALLEGARI, *Il recesso unilaterale dal contratto*, cit., p. 170.

¹⁵ D. Callegari, op. ult. cit., pp. 170-171.

Quanto agli effetti, questa clausola rappresenta lo strumento attraverso il quale i paciscènti possono perseguire diverse finalità previste dall'ordinamento, e in particolare: la funzione c.d. determinativa, la quale costituisce uno strumento di integrazione dei contratti di durata sprovvisti di termine finale; la funzione di impugnazione del contratto, che permette alle parti di modificarlo o scioglierlo in presenza di vizi originari o sopravvenuti; infine, la funzione di *ius se poenitendi*, che consente al contraente di sciogliere il contratto perché giudicato non più conforme al proprio interesse¹⁶.

Inoltre, non si è mancato di far rilevare che il recesso non rimuove l'atto, ma risolve il rapporto. Se il contratto ha già prodotto, in tutto o in parte, gli effetti, li estingue. Se invece questi non si sono ancora dispiegati, allora li impedisce¹⁷.

2. Disciplina normativa del recesso convenzionale

L'art. 1373 c.c. prevede due norme regolatrici del tempo entro il quale può essere esercitato il recesso convenzionale¹⁸. Il primo comma esclude la possibilità di farlo allorché il contratto abbia avuto un principio di esecuzione¹⁹.

La previsione testimonia lo sfavore del legislatore nei confronti degli accordi caratterizzati dalla precarietà degli effetti²⁰. Anche se la valutazione normativa dipende dalla natura e dalle caratteristiche della prestazione da eseguire²¹, si può senz'altro convenire, in via generale, sul fatto che si ha un principio di esecuzione – il quale presuppone un lasso temporale tra il momento della conclusione del contratto e quello

¹⁶ G. VETTORI, Contratto e rimedi, cit., p. 850; D. VALENTINO, Recesso e vendite aggressive, cit., pp. 124 ss.; G. DE NOVA, Recesso, cit., p. 316; G. GABRIELLI e F. PADOVINI, Recesso, cit., pp. 29 ss.; M. FRANZONI, Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale, cit., pp. 337 ss.; F. ROSELLI, Il recesso dal contratto, cit., pp. 272 ss.; P. SIRENA, I recesso unilaterali, cit., pp. 116 ss.; F. ALCARO, Il recesso dal contratto, cit., pp. 150-151.

¹⁷ Così, quasi letteralmente, P. SIRENA, *I recessi unilaterali*, cit., p. 135.

¹⁸ W. D'Avanzo, Recesso, cit., p. 1031; E. Ravera, *Il recesso*, Milano, 2004, pp. 202 ss.

¹⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 737; F. ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, cit., p. 259.

²⁰ G. Gabrielli, F. Padovini, *Recesso*, cit., p. 39; P. Sirena, *I recessi unilaterali*, cit., pp. 131-132.

²¹ F. ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, cit., p. 271.

della sua esecuzione²² – quando l'effetto reale si è, in tutto o in parte, prodotto oppure, nei contratti ad effetti obbligatori, quando la prestazione sia stata adempiuta²³.

L'art. 1373, comma 2, c.c. ammette il recesso anche quando il contratto ad esecuzione continuata o periodica ha avuto un principio di esecuzione. In questo caso, peraltro, la norma esclude che il recesso produca effetto rispetto alle prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione, così escludendo la costituzione del diritto alla ripetizione di ciò che è stato eseguito²⁴. Questo tipo di recesso è quindi concepito dalla legge come sprovvisto di efficacia retroattiva²⁵.

Le norme appena illustrate sono pacificamente riconosciute dagli interpreti come dispositive, con la conseguenza che la regolamentazione dalle stesse offerta può essere derogata dai contraenti, liberi di disciplinare in modo difforme i termini e le modalità del recesso (art. 1373, comma 4, c.c.)²⁶, attraverso apposita manifestazione di volontà²⁷.

Disapplicando queste norme, le parti potrebbero prevedere l'esercizio del diritto di recesso anche rispetto ad un contratto che abbia

²² G. VETTORI, Contratto e rimedi, cit., p. 855.

²³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 738.

²⁴ F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 60; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, *I, Efficacia del contratto* e recesso unilaterale, cit., p. 320; F. ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, cit., p. 259.

²⁵ T. Tabellini, *Il recesso*, cit., pp. 6-7; G. De Nova, Recesso, cit., p. 315; Id., Recesso, cit., p. 692; S. Sangiorgi, Recesso, cit., p. 3; D. Di Sabato, *Sul recesso del professionista nei contratti con i consumatori*, cit., p. 238. *Contra*, v. peraltro G. Gabrielli e F. Padovini, Recesso, cit., p. 39.

²⁶ F. GALGANO, Degli effetti del contratto, cit., p. 60; G. DE NOVA, Recesso, cit., p. 315; Id., Recesso, cit., p. 692; G. GABRIELLI e F. PADOVINI, op. ult. cit., p. 39; M. FRANZONI, Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale, cit., p. 321; C.M. BIANCA, Diritto civile, cit., pp. 738-739; M. PROTO, Clausola di caparra penitenziale, in Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche, a cura di M. Confortini, Torino, 2019, p. 212; D. VALENTINO, Recesso e vendite aggressive, cit., p. 188; D. DI SABATO, Sul recesso del professionista nei contratti con i consumatori, cit., p. 240; F. VOLPE, Il recesso nel patto di famiglia, in Fam. pers. succ., 2012, p. 587; F. ROSELLI, Il recesso dal contratto, cit., p. 262; S. SANGIORGI, Recesso, cit.; F. CHERUBINI, Commento sub art. 1373 c.c., cit., pp. 675-676; E. RAVERA, Il recesso, cit., p. 203; A. QUARANTA, Condizione risolutiva e recesso tra interpretazione e operatività della clausola, in Rass. dir. civ., 2000, p. 905. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., Sez. II, 28 settembre 2012, n. 16591, in Imm. e propr., 2012, p. 736. Per una sfumatura, v. W. D'AVANZO, Recesso, cit., p. 1038.

²⁷ P. Sirena, *I recessi unilaterali*, cit., p. 132.

già avuto un principio di esecuzione, sia esso ad esecuzione istantanea o differita²⁸. In modo non dissimile, le stesse parti potrebbero anche consentire che il recesso, pur riferendosi ad un contratto ad esecuzione continuata o periodica, sia assistito da efficacia *ex tunc* e non già *ex nunc*²⁹.

Peraltro, come opportunamente precisato in dottrina, se l'art. 1373, ult. comma, c.c. ammette "in ogni caso" il patto contrario in rassegna, da ciò non può desumersi la configurabilità di un recesso provvisto di retroattività reale; in difetto, si finirebbe per rendere ammissibile, anche rispetto ai terzi, la stipula di una pattuizione ad essi sfavorevole, in contrasto col generale principio di relatività degli effetti (art. 1372, comma 2, c.c.)³⁰.

3. Natura giuridica

Indipendentemente dalla modalità di confezionamento della clausola che lo contempla, il recesso è qualificabile quale atto unilaterale recettizio (art. 1334 c.c.), che non richiede – proprio perché unilaterale – alcuna accettazione³¹ e che produce i propri effetti quando giunge a conoscenza del destinatario³².

²⁸ G. De Nova, *Recesso*, cit., p. 315; G. Gabrielli e F. Padovini, *Recesso*, cit., p. 39; L. Ambrosini, *op. loc. ult. cit.* Diversamente, secondo una dottrina (D. Rubino, *La compravendita*, Milano, 1962, p. 1080), qui non si avrebbe a che fare con un vero e proprio atto di recesso, poiché le parti non disporrebbero dell'efficacia retroattiva reale del contratto, potendo gli effetti dallo stesso prodotti essere regolati soltanto dalla legge.

²⁹ G. De Nova, Recesso, cit., p. 315; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, cit., p. 321; F. Roselli, *Il recesso dal contratto*, cit., pp. 259 e 271; P. Sirena, *I recessi unilaterali*, cit., p. 135; L. Ambrosini, *op. ult. cit.*, p. 1392.

³⁰ Così, G. Vettori, *Contratto e rimedi*, cit., p. 856.

³¹ F. Galgano, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 58.

³² M. Franzoni, Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale, cit., p. 313; W. D'Avanzo, Recesso, cit., p. 1031; C.M. Bianca, Diritto civile, cit., p. 737; F. Roselli, Il recesso dal contratto, cit., p. 281; P. Sirena, I recessi unilaterali, cit., p. 125; T. Tabellini, Il recesso, cit., p. 5; S. Sangiorgi, Recesso, cit., p. 7; C. Maiorano, Sul recesso ad nutum ex art. 1671 c.c., in Le Corti salern., 2013, p. 101; F. Cherubini, Commento sub art. 1373 c.c., cit., p. 676. Talvolta echeggia in dottrina l'impostazione secondo cui il recesso potrebbe anche qualificarsi alla stregua di patto di opzione relativo ad un accordo di mutuo dissenso (cfr. G. Gabrielli e F. Padovini, Recesso, cit., p. 28; G. Gabrielli, Il rapporto giuridico preparatorio, Milano, 1974, pp. 82 ss.; P. Corso, Recesso e riscatto. Il caso

Quale atto recettizio, esso è soggetto alla presunzione di conoscenza dell'art. 1335 c.c., con la conseguenza che produce effetti anche quando giunge all'indirizzo del destinatario, se quest'ultimo non dimostra di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di conoscerlo³³.

Il recesso è inoltre qualificabile non come atto giuridico in senso stretto, ma come negozio giuridico³⁴, la cui valida formazione presuppone la capacità di disporre del diritto³⁵.

Altra caratteristica del recesso è parsa consistere nella sua irrevocabilità. Poiché l'atto produce i propri effetti nel momento in cui giunge a conoscenza del destinatario, si assume che esigenze di certezza del traffico giuridico esigano che quest'ultimo sia posto al riparo dal rischio di mutamenti di decisioni capaci di determinare la reviviscenza del rapporto ormai estinto³⁶.

La sistemazione appena posta in rilievo potrebbe entrare in crisi con lo svolgimento di alcune riflessioni. In linea teorica, non può escludersi che le parti, allorché confezionano la clausola di recesso, possano pre-

dei negozi traslativi, nota a Cass. civ., Sez. II, 25 gennaio 1992, n. 812, in Giur. it., 1993, I, 1, cc. 128 ss.).

³³ F. GALGANO, Degli effetti del contratto, cit., p. 59; M. FRANZONI, Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale, cit., p. 372; F. ROSELLI, op. loc. ult. cit.; P. SIRENA, I recessi unilaterali, cit., p. 126; L. AMBROSINI, op. loc. ult. cit.; F. CHERUBINI, op. ult. cit., pp. 676-677. Sul punto, si segnala che in un caso particolare la giurisprudenza, sul rilievo della considerazione della regolarità del servizio postale, ha enucleato la presunzione secondo la quale, muovendo dalla circostanza nota, che consiste nel fatto della spedizione della lettera raccomandata attestata dall'ufficio postale, è possibile inferire – anche in mancanza dell'avviso di ricevimento – il fatto ignorato dell'arrivo della stessa raccomandata (contenente l'atto di recesso) all'indirizzo del destinatario (art. 1335 c.c.), sul quale grava pertanto l'onere di dimostrare di essersi trovato, senza sua colpa, nell'impossibilità di acquisire la conoscenza dell'atto (così, Cass. civ., Sez. I, 19 agosto 2016, n. 17204, in Ced Cass. civ., 2016).

³⁴ P. SIRENA, I recessi unilaterali, cit., p. 125.

³⁵ F. Roselli, *Il recesso dal contratto*, cit., p. 280. Inoltre, secondo la giurisprudenza, la clausola di recesso deve dirsi soggetta ad un termine determinato o quanto meno determinabile, poiché, in difetto, l'efficacia del contratto resterebbe rimessa all'arbitrio del titolare del potere di recedere, con conseguente frustrazione della finalità perseguita dallo stesso contratto (così, Cass. civ., 22 dicembre 1983, n. 7579, in *Mass. Giur. it.*, 1983).

³⁶ F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 59; M. FRANZONI, *op. cit.*, pp. 314-315; F. ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, cit., p. 266; P. SIRENA, *I recessi unilaterali*, cit., p. 127; C. CONFORTINI, *Sul recesso dalle società per azioni*, cit., pp. 290-291; L. AMBROSINI, *Recesso*, cit., p. 1396.

vedere non solo che una o entrambe abbiano la facoltà di recedere, ma anche che, entro un dato periodo di tempo, la parte che abbia formato lo stesso atto possa poi revocarlo, in tal modo o facendo rivivere il rapporto³⁷, oppure impendendogli di estinguersi fino allo spirare del termine entro il quale è ammessa la dichiarazione di revoca. Del resto, in base all'art. 1335 c.c., fintanto che non giunge a conoscenza del destinatario, il recesso può essere revocato, sempre che la revoca giunga a conoscenza del destinatario medesimo prima del recesso³⁸.

Non è nemmeno detto che questa clausola debba qualificarsi immeritevole perché frutto di capriccio delle parti. Lo dimostra, ad esempio, l'art. 26, comma 2, d. lgs. 151/2015, che prevede, a favore del lavoratore, il potere di revocare le dimissioni entro il termine di sette giorni decorrente dal momento della loro trasmissione per via telematica³⁹.

È attivamente legittimato ad esercitare il recesso colui che è designato come titolare della facoltà nella clausola che lo contempla⁴⁰. A questo proposito, le parti potrebbero decidere di riconoscere questo potere ad una o entrambe di esse⁴¹. Oppure, in caso di contratto plurilaterale, soltanto ad una, o alcune di esse, oppure a tutte⁴². Peraltro, come attentamente osservato in dottrina, si danno previsioni normative che limitano l'autonomia privata intenta a predisporre questa clausola; ciò, ad esempio, è quanto accade con riferimento agli artt. 4 e 27 della l. 27 luglio 1978, n. 392, che impediscono che di essa possa utilmente avvalersi il locatore⁴³.

³⁷ In argomento, cfr. V. PESCATORE, Reviviscenza. Vicenda di obbligazioni e garanzie, Milano, 2013, passim.

³⁸ Così, G. Vettori, *Contratto e rimedi*, cit., p. 858. Secondo la giurisprudenza, una volta conosciuto dal destinatario il recesso è irrevocabile (Cass. civ., 18 gennaio 2019, n. 1454, in *Corr. giur.*, 2019, p. 427).

³⁹ Per uno sguardo d'insieme, cfr. C. Di Carluccio, *Dimissioni: problemi esegetici e soluzioni interpretative. Nuove prospettive schiuse dal d.lgs. n. 151/2015*, in *Argomenti dir. lav.*, 2016, pp. 189 ss.

⁴⁰ M. Franzoni, *op. cit.*, p. 313. Per l'ipotesi di contitolarità del diritto di recesso, v. L. Ambrosini, *Recesso*, cit., p. 1396.

⁴¹ M. Franzoni, op. ult. cit., p. 331; C.M. Bianca, Diritto civile, cit., pp. 737 e 740.

⁴² D. Callegari, *Il recesso unilaterale dal contratto*, cit., pp. 159-174.

⁴³ G. VETTORI, Contratto e rimedi, cit., p. 854. Cfr., altresì, E. Del Prato, "Formalismo" e leggi speciali: il recesso del conduttore e la comunicazione dei "gravi motivi", nota a Cass. civ., Sez. III, 14 maggio 1997, n. 4328, in Giur. it., 1998, c. 1584; G. Grisi, Il recesso anticipato del conduttore nella locazione di immobile adibito ad uso diverso da quello abitativo, in

Il fatto che la clausola che lo contempla riconosca il potere di esercitare il recesso non già a favore di tutti i paciscènti, ma solo ad uno od alcuni di essi, può destare un problema di validità ed efficacia per vessatorietà⁴⁴.

Ciò innanzitutto accade laddove la clausola di recesso sia ospitata all'interno di un contratto standard, stipulato attraverso condizioni generali di contratto ovvero moduli o formulari. Salvo che la relativa facoltà non discenda dalla legge⁴⁵, si considera vessatoria la clausola che prevede il recesso a favore del solo predisponente⁴⁶. Conseguentemente, la detta clausola sarà inefficace nei confronti dell'aderente, salvo che quest'ultimo non la abbia specificamente approvata per iscritto (art. 1341, cpv., c.c.)⁴⁷.

Per inciso, non è detto che il requisito formale appena ricordato sia sempre idoneo a sottrarre la clausola dal giudizio di vessatorietà. Infatti, allorché il contratto che la ospita sia qualificabile come "contratto del consumatore", "Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: (...) g) riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto (...)" (art. 33, comma 2, cod. cons.)⁴⁸. La prova contraria

Giust. cin., 1998, I, pp. 512 ss.; A. Pontani, La locazione, in Recesso e risoluzione nei contratti, a cura di G. De Nova, pp. 381 ss.; P. Di Martino, Contratto di affitto di fondo rustico: recesso e risoluzione, in Recesso e risoluzione nei contratti, a cura di G. De Nova, pp. 409 ss.; M. De Tilla, Sul recesso del conduttore, nota a Cass. civ., Sez. III, 20 ottobre 1992, n. 11466, in Giust. civ., 1993, I, pp. 1552 ss.

⁴⁴ Vedi Cass., Sez. lav., 22 marzo 2006, n. 6314, in *Mass. giur. it.*, 2006 [nonché in *Contratti*, 2006, p. 1097; *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, pp. 290 ss., con nota di F. Bravo, *Utilizzo del documento informatico* ("file") come documento-base per la redazione di contratti seriali e clausole vessatorie ex artt. 1341 e 1342 cod. civ.]; Trib. Torino, 15 settembre 1989, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, cc. 834 ss. (con nota di D. REGOLI, *La concessione di vendita: tipicità della fattispecie ed atipicità della disciplina*).

⁴⁵ N. Distaso, *I contratti in generale*, II, in *Giur. sist. dir. civ. comm. Bigiavi*, Torino, 1980, pp. 1024-1025.

⁴⁶ Trib. Milano, Sez. VI, 19 luglio 2001, in *Danno resp.*, 2003, pp. 85 ss., con nota di I. NASTI, *Clausole vessatorie e standardizzazione dei contratti di sponsorizzazione: le nuove tendenze giurisprudenziali.*

⁴⁷ G. VETTORI, Contratto e rimedi, cit., p. 854; M. FRANZONI, op. cit., p. 320; P. SIRENA, I recessi unilaterali, cit., p. 125; D. DI SABATO, Sul recesso del professionista nei contratti con i consumatori, cit., pp. 240-241; F. CHERUBINI, Commento sub art. 1373 c.c., cit., p. 672; E. RAVERA, Il recesso, cit., pp. 204-205.

⁴⁸ G. VETTORI, *op. loc. ult. cit.*; D. DI SABATO, *op. ult. cit.*, pp. 233 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., Sez. III, 5 maggio 2017, n. 10910, in *Leggi d'Italia online*.

richiamata dalla norma appena citata – che permette, cioè, di sottrarre la stessa dalla presunzione di abusività – non consiste infatti nel dimostrare che la clausola sia stata approvata specificamente per iscritto, conformemente al modello di controllo formale attuato dall'art. 1341, cpv., c.c.; è necessario invece dimostrare che le parti abbiano condotto su di essa una trattativa individuale (art. 34, comma 4, cod. cons.)⁴⁹, la quale, stando alla descrizione fenomenologica maggiormente accreditata, consiste nel fatto che il professionista abbia conferito al consumatore un potere serio, effettivo e concreto di incidere sulla stessa⁵⁰.

4. Segue: recesso gratuito o oneroso

Il recesso convenzionale può essere convenuto a titolo sia gratuito sia oneroso. Nel primo caso, il suo esercizio non prevede alcuna controprestazione. Nel secondo, invece, le parti dispongono la prestazione di un corrispettivo a carico della parte che intenda avvalersi della facoltà di recedere⁵¹, in considerazione dell'elevato innalzamento del rischio di estinzione contratto⁵².

In quest'ultimo caso, l'art. 1373, comma 3, c.c. dispone che il recesso avrà effetto solo quando verrà eseguito il pagamento della prestazione convenuta⁵³. Qui il corrispettivo si definisce in termini di "multa" o "penale"⁵⁴, con la conseguenza che questo tipo di recesso è comune-

⁴⁹ M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, cit., p. 320; P. Sirena, *I recessi unilaterali*, cit., p. 125; F. Cherubini, *Commento* sub *art. 1373 c.c.*, cit., pp. 672-673; D. Di Sabato, *op. ult. cit.*, p. 241.

⁵⁰ Riguardo al tema dell'assetto dell'onere della prova della trattativa individuale, sia permesso rinviare ad A. Genovese, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008, pp. 62 ss.

⁵¹ L. Ambrosini, Recesso, cit., p. 1388.

⁵² Così, G. Vettori, Contratto e rimedi, cit., p. 858.

⁵³ G. VETTORI, op. loc. ult. cit.; W. D'AVANZO, Recesso, cit., p. 1038; G. DE NOVA, Recesso, cit., p. 317. In giurisprudenza, similmente v. Cass. civ., 28 gennaio 1976, n. 267, in Mass. Giur. it., 1976. Ciò non esclude – secondo Cass. civ., Sez. VI, 1 marzo 2018, n. 4838, in Ced Cass. civ., 2018 – che in caso di exceptio inadimpleti contractus, la stipula di una clausola di multa penitenziale non sottrae il rapporto obbligatorio alla disciplina generale, con la conseguenza che deve escludersi il diritto alla percezione della multa se il contraente onerato prova che il suo recesso è giustificato dall'altrui inadempimento.

⁵⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 743; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, cit., p. 360.

mente denominato "multa penitenziale"⁵⁵; la quale – per inciso –, se ha per oggetto una somma di danaro, dà vita ad un'obbligazione di valuta e non già di valore⁵⁶.

La realità di cui è intriso il recesso oneroso ha portato una parte della dottrina a ritenere che, attraverso la clausola che lo contempla, i paciscènti potrebbero prevedere che colui che esercita il recesso sia tenuto non solo al pagamento della multa, ma anche alla restituzione delle prestazioni ricevute in pendenza dell'esecuzione del contratto⁵⁷.

Peraltro, stante la ricordata derogabilità dell'art. 1373 c.c.⁵⁸, nulla esclude che le parti potrebbero sì concepire l'esecuzione di una prestazione per il caso di esercizio del recesso, svincolandone tuttavia l'efficacia dal fatto del pagamento⁵⁹. In questi casi, la dichiarazione di volontà di recedere produrrebbe il proprio effetto anche in difetto di versamento della multa, la quale verrebbe posta ad oggetto di un conseguente diritto di credito⁶⁰.

Il recesso oneroso presenta alcuni punti di contatto con la disciplina dettata da altre norme.

Innanzitutto, con quella della caparra penitenziale, che permette di determinare, *ex ante*, la riparazione economica che compete al contraente che subisce il recesso (art. 1386 c.c.)⁶¹. Peraltro, qui la caparra è

⁵⁵ C.M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*; G. DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 317; P. SIRENA, *I recessi unilaterali*, cit., p. 138; L. Ambrosini, *Recesso*, cit., p. 1388; F. CHERUBINI, *Commento* sub *art. 1373 c.c.*, cit., p. 675.

⁵⁶ P. Sirena, *op. loc. ult. cit.* In giurisprudenza, conformemente, v. Cass. civ., Sez. II, 7 marzo 2018, n. 5368, in *Leggi d'Italia online* (e in *Ced Cass. civ.*, 2018).

⁵⁷ M. Franzoni, *Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, cit., p. 361.

⁵⁸ G. VETTORI, Contratto e rimedi, cit., p. 858.

⁵⁹ L. Ambrosini, Recesso, cit., p. 1392.

⁶⁰ La multa penitenziale è parsa ricordare il recesso che può essere manifestato dal debitore, parte del contratto di cessione dei beni ai creditori. Secondo quanto previsto dall'art. 1985 c.c., infatti, dopo la conclusione del negozio il debitore può recedere dallo stesso, pagando il corrispettivo pari al capitale maggiorato degli interessi a favore dei creditori. Il recesso produce quindi effetti dal giorno del pagamento. La differenza tra i due istituti consiste nel fatto che mentre nel recesso convenzionale la multa va pagata per la sua efficacia, nella cessio bonorum l'importo del corrispettivo è pari alla prestazione dovuta, traducendosi in un adempimento anticipato (Così, M. Franzoni, Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale, cit., p. 360).

⁶¹ М. Proto, Clausola di caparra penitenziale, cit., p. 207.

versata al momento della conclusione del contratto, come corrispettivo del recesso *ad nutum*⁶².

Inoltre, giacché anche nella caparra penitenziale il recesso può essere accordato a favore di una o di entrambe le parti⁶³, ecco che il recedente perde la caparra data; se invece a recedere è l'altra parte, allora l'*accipiens* dovrà versare il doppio di quella ricevuta⁶⁴. In quest'ultimo caso, inoltre, il rapporto si estingue solo allorché chi l'aveva incassata restituisca all'altra parte il doppio⁶⁵.

Il recesso oneroso presenta alcune analogie con la clausola penale (art. 1382 c.c.), attraverso la quale si conviene che, in caso di inadempimento, uno dei contraenti sia tenuto all'esecuzione di una prestazione a favore dell'altro.

Tuttavia, anche qui permangono alcune differenze tra i due istituti. Mentre con la clausola penale, in caso di inadempimento, il contraente resta di massima libero di esigerla oppure di rivolgersi al giudice, nel caso della multa penitenziale, nonostante l'eventuale inadempimento, il titolare del diritto di recesso può esercitarlo pagando il corrispettivo convenuto, così sciogliendo il contratto senza che la controparte possa opporsi⁶⁶. Inoltre, nella multa penitenziale il recesso non costituisce né presuppone un inadempimento del recedente, libero di esercitare il diritto riconosciutogli dalla clausola di recesso⁶⁷.

5. Segue: clausola di recesso con preavviso, ad nutum e vincolato

Le parti possono prevedere che il recesso produca i propri effetti nel momento in cui giunge a conoscenza del destinatario oppure una volta decorso un dato lasso di tempo. Nel secondo caso, la clausola reca un'ipotesi di recesso con preavviso⁶⁸. Qui l'obbligo del preavviso svol-

⁶² F. Galgano, Degli effetti del contratto, cit., p. 174.

⁶³ M. Proto, Clausola di caparra penitenziale, cit., pp. 209-210.

⁶⁴ F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 174; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 743; G. DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 318; P. SIRENA, *I recessi unilaterali*, cit., p. 138.

⁶⁵ M. PROTO, Clausola di caparra penitenziale, cit., p. 210; C.M. BIANCA, op. loc. ult. cit.

⁶⁶ M. Franzoni, Degli effetti del contratto, cit., p. 362.

⁶⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 743.

⁶⁸ Come posto in rilievo da Cass. civ., Sez. III, 23 luglio 2014, n. 16787, in Contratti, 2015, pp. 241 ss. – con nota di M. LAMICELA, Abuso di dipendenza economica, buona fede e illecito in un sistema di accordi di distribuzione "a cascata" –, la mancata osservanza del termine

ge la funzione di tutelare il contraente receduto, al quale è concesso, attraverso la dilazione degli effetti della volontà del recedente, il tempo sufficiente a regolare i propri interessi⁶⁹.

È dubbio se il recesso senza l'osservanza del preavviso determini l'estinzione del rapporto con contestuale nascita di un obbligo di risarcimento del danno, oppure l'inefficacia dello stesso recesso⁷⁰. Secondo l'orientamento prevalente, salvo che la legge disponga diversamente, la dichiarazione di recedere senza l'osservanza del preavviso genererebbe sì l'effetto estintivo, ma solo una volta spirato il termine stabilito⁷¹. Nulla esclude peraltro che, in occasione della pattuizione della clausola, i contraenti possano regolamentare anche il tipo di efficacia che si ricongiunge al recesso, tutte le volte in cui non fosse ossequioso del termine ivi previsto.

I contraenti possono prevedere che la clausola si riferisca ad un recesso puro e semplice, che può essere esercitato *ad nutum*⁷², oppure ad un recesso vincolato (denominato anche condizionato⁷³ o straordina-

di preavviso può rendere abusiva la dichiarazione di recesso, per contrasto con l'art. 9, Legge 18 giugno 1998, n. 192.

⁶⁹ S. SANGIORGI, *Recesso*, cit., pp. 3 s. e 8. La giurisprudenza ha osservato che la violazione dell'obbligo di preavviso "(...) non comporta un danno in *re ipsa*, da risarcire a prescindere da qualunque effettivo pregiudizio" (Cass. civ., Sez. I, 8 gennaio 2013, n. 227, in *Ced Cass. civ.*, 2013).

⁷⁰ Cfr. G. Gabrielli e F. Padovini, *Recesso*, cit., p. 32, i quali osservano come sia "tutt'altro che univoco il dettato legislativo circa l'efficacia reale od obbligatoria, per così dire, del preavviso".

⁷¹ S. Sangiorgi, *Recesso*, cit., p. 8; C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., p. 741; C. Confortini, *Sul recesso dalle società per azioni*, cit., pp. 292 ss.; L. Ambrosini, *Recesso*, cit., p. 1397.

⁷² F. ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, cit., p. 276, ricorda che, dal punto di vista etimologico, per recesso *ad nutum* s'intende quello "attuabile con un semplice gesto e senza necessità di esprimere il motivo. In modo non dissimile, v. L. Ambrosini, *op. ult. cit.*, p. 1393, secondo la quale "si ha recesso *ad nutum*, in tutte quelle ipotesi in cui il potere di estinguere il contratto si fonda esclusivamente sulla volontà unilaterale di una parte"; F. Volpe, *Il recesso nel patto di famiglia*, cit., p. 586; S. Sangiorgi, Recesso, cit., pp. 1-2.

⁷³ G. DE NOVA, Recesso, cit., p. 317; F. VOLPE, op. ult. cit., p. 590; L. Ambrosini, op. ult. cit., pp. 1389-1390; S. SANGIORGI, op. ult. cit., p. 2. Per una regolamentazione dei confini tra recesso e condizione, v. F. Alcaro, Il recesso dal contratto, cit., pp. 120-122; A. Quaranta, Condizione risolutiva e recesso tra interpretazione e operatività della clausola, cit., pp. 895 ss.

rio⁷⁴), il cui esercizio presuppone il verificarsi di un evento⁷⁵, che a sua volta può essere tipizzato alla stregua di "giusta causa"⁷⁶.

Allorché è *ad nutum*, l'esercizio del diritto di recesso non si differenzia rispetto alla condizione risolutiva potestativa, la cui ammissibilità è possibile dedurre dalla lettura *a contrario* dell'art. 1355 c.c.⁷⁷.

Il recesso vincolato può presentare problemi di accertamento del fatto che lo legittima, con la conseguenza che non si fa fatica ad ipotizzare, nella prassi, lo scenario nel quale colui che riceve l'atto ne contesti l'efficacia per difetto del presupposto.

Giova ora svolgere una riflessione di carattere generale che si addice particolarmente al recesso convenzionale. Anche se l'esercizio di esso è rimesso all'autonomia decisionale del titolare⁷⁸, alla sua *nuda voluntas*⁷⁹,

⁷⁴ C. Mancini, *Prime osservazioni sul recesso straordinario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, p. 80; F. Alcaro, op. ult. cit., p. 118.

⁷⁵ S. SANGIORGI, Recesso, cit., p. 5; F. ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, cit., p. 277; L. Ambrosini, Recesso, cit., p. 1393.

⁷⁶ M. Franzoni, *Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, cit., p. 331; S. Sangiorgi, *Recesso*, cit., p. 2; G. D'Amico, *Recesso* ad nutum, *buona fede e abuso del diritto*, nota a Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, p. 16. Giova però riflettere sul fatto che è altro, rispetto alla fattispecie appena ricordata, quella del recesso legale per giusta causa (cfr., ad esempio, l'art. 2119 c.c.), nella quale la dichiarazione di recedere si risolve in un rimedio stragiudiziale, attraverso il quale il contraente *in bonis* può risolvere il contratto in caso di inadempimento della controparte (C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., p. 743). In giurisprudenza, v. Cass. civ., 14 dicembre 1985, n. 6347, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1394, secondo cui "Non implica inadempimento imputabile e non è fonte di obblighi risarcitori la dichiarazione di un contraente di voler recedere dal contratto, adducendo fatti imputabili alla controparte, se questi vengano giudizialmente accertati e ritenuti fondati".

⁷⁷ G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 855, il quale però precisa che, di regola, "un'attenta valutazione delle ragioni che consentono l'esercizio del diritto di recesso (...) permette di distinguere concettualmente quest'ultimo dalla condizione risolutiva *ex* art. 1353 c.c.".

⁷⁸ C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., p. 740. In giurisprudenza, si veda Cass. civ., 21 giugno 1974, n. 1888, in *Mass. giur. it.*, 1974, secondo cui "Qualora i contraenti abbiano attribuito ad uno di loro la facoltà di recedere dal contratto ad una determinata scadenza, l'esercizio di questa facoltà non può essere subordinato dal giudice alla ricorrenza di presupposti non previsti dalle parti e, in particolare, alla sussistenza di una giusta causa, perché ciò esulerebbe dai limiti della interpretazione della volontà contrattuale, per trascendere in una integrazione di tale volontà non consentita dagli artt. 1373 e 1374 c.c.".

⁷⁹ D. CALLEGARI, *Il recesso unilaterale dal contratto*, cit., p. 174.

la condotta di quest'ultimo deve, cionondimeno, ispirarsi ai principi di correttezza e buona fede⁸⁰, che governano il diritto delle obbligazioni e dei contratti⁸¹.

Inoltre, la dichiarazione di recesso può risultare rilevante poiché produttiva di un episodio di abuso della dipendenza economica, vietato dall'art. 9 della l. 192 del 1998, tutte le volte in cui la parte receden-

⁸⁰ Secondo Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, cit., "La circostanza che nel contratto sia validamente inserita una clausola che accorda ad una delle parti il diritto di recesso ad nutum non impedisce al giudice di valutare che il concreto esercizio del relativo potere risulti legittimo alla stregua dei principi di buona fede e di proporzionalità. Quest'ultimo criterio consente di contemperare gli interessi contrapposti delle parti e di sindacare gli atti di esercizio dei diritti in termini di congruità del mezzo rispetto al fine". In argomento, v. G. VETTORI, L'abuso del diritto, in Obbl. contr., 2010, pp. 166 ss.; M. Orlandi, Contro l'abuso del diritto, in Obbl. contr., 2010, pp. 172 ss.; F. Addis, Sull'excursus giurisprudenziale del "caso Renault", in Obbl. contr., 2012, pp. 245 ss.; F. Salerno, Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principi", in Giur. it., 2010, IV, pp. 809 ss.; M.S. CENINI, A. GAMBARO, Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza, in Corr. giur., 2011, pp. 109 ss.; G. D'AMICO, Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto, cit., pp. 15 ss.; F. MACARIO, Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della cassazione, in Corriere giur., 2009, pp. 1577 ss.; F. GALGANO, Qui suo iure abutitur neminem laedit?, in Contr. impr., 2011, pp. 311 ss.; P. Rescigno, "Forme" singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault), Contr. impr., 2011, pp. 589 ss.; A. GENTILI, Abuso del diritto e uso dell'argomentazione, in Resp. civ. e prev., 2010, pp. 354 ss.; C. Scognami-GLIO, Abuso del diritto, buona fede e ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?), in Nuova giur. civ. comm., 2010, II, pp. 139 ss.; M. Maugeri, Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009, ivi, pp. 319 ss.; P. Monteleone, Clausola di recesso ad nutum e abuso del diritto, in Giur. it., 2010, pp. 557 ss. Si segnala inoltre che, secondo Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2003, n. 15482, in Foro it., 2004, I, c. 1845, "La corrispondenza al canone di buona fede dell'esercizio del diritto di recesso previsto in un contratto deve essere valutata nel contesto dei rapporti intercorrenti tra le parti, al fine di accertare se il recesso sia stato esercitato secondo modalità e tempi rispondenti ad un interesse del titolare meritevole di tutela piuttosto che al solo scopo di recare danno all'altra parte".

⁸¹ M. Franzoni, Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale, cit., p. 332; C.M. Bianca, Diritto civile, cit., pp. 740 e 742; F. Roselli, Il recesso dal contratto, cit., p. 278; F. Cherubini, Commento sub art. 1373 c.c., cit., pp. 679-680; F. Alcaro, Il recesso dal contratto, cit., pp. 134 ss.; E. Giorgini, Recesso ad nutum secondo ragionevolezza, in Rass. dir. civ., 2010, pp. 586 ss.; A. Nervi, Il recesso dai contratti di credito tra imprenditori nelle decisioni dell'Arbitro bancario finanziario, in Riv. dir. impresa, 2013, pp. 21 ss.

te "sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi", anche tenuto conto della "possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti"⁸².

Da ciò discende che anche il recesso c.d. puro e semplice in realtà non è mai davvero *ad nutum*⁸³, almeno stando al senso letterale delle parole, essendo anch'esso assoggettato, al pari di qualunque atto giuridico, al test di conformità rispetto ai parametri regolati dalle riferite clausole generali⁸⁴.

Da questo punto di vista, ha sollevato qualche perplessità la concezione tradizionale⁸⁵, ancorché non unanime⁸⁶, secondo la quale il diritto di recesso andrebbe ricondotto nell'alveo dei c.dd. diritti potestativi⁸⁷. Alcuni autori hanno infatti osservato che non è sempre detto che chi lo subisce si trovi in condizione di soggezione, di doverlo sempre e

⁸² Per un quadro d'insieme, cfr. M. LAMICELA, Abuso di dipendenza economica, buona fede e illecito in un sistema di accordi di distribuzione "a cascata", cit., pp. 246 ss.

⁸³ Diversamente, G. D'AMICO, Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto, cit., p. 17, secondo cui "il (tipo) di controllo dell'atto di esercizio del diritto, che il sindacato basato sullo strumento dell'abuso implica, si fonda essenzialmente (...) sull'accertamento di una deviazione dall'esercizio del diritto rispetto allo «scopo» per il quale il diritto stesso è stato attribuito. Ma lo «scopo» per il quale il diritto di recesso ad nutum (...) è, appunto, non altro che quello di consentire al recedente di potersi sciogliere dal contratto (di norma, dando un preavviso alla controparte) senza la necessità di addurre alcuna particolare motivazione (e/o alcuna causa giustificatrice). Questo «scopo» non è, dunque, violato se il contraente recede «immotivatamente»".

⁸⁴ M. Franzoni, Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale, cit., p. 332; G. Santoro, L'abuso del diritto di recesso ad nutum, in Contr. impr., 1986, pp. 766 ss.; E. Filograna, Recesso ad nutum e limite della buona fede nel contratto d'appalto, in Corr. giur., 2001, p. 1621. Relativamente al tema delle conseguenze derivanti dal recesso abusivo, si propende generalmente per la nascita dell'obbligo di risarcimento del danno, anziché per la soluzione della inefficacia dell'atto di recesso (in argomento, v. F. Cherubini, Commento sub art. 1373 c.c., cit., p. 680; F. Alcaro, Il recesso dal contratto, cit., p. 145 s.).

⁸⁵ S. SANGIORGI, Rapporti di durata e recesso ad nutum, cit., pp. 167 ss.

⁸⁶ F. Alcaro, Il recesso dal contratto, cit., p. 112.

⁸⁷ Così, W. D'Avanzo, Recesso, cit., p. 1027; T. Tabellini, Il recesso, cit., p. 19; M. Franzoni, Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale, cit., p. 331; P. Sirena, I recessi unilaterali, cit., p. 113; F. Roselli, Il recesso dal contratto, cit., p. 277; F. Cherubini, Commento sub art. 1373 c.c., cit., p. 678; E. Filograna, Recesso ad nutum e limite della buona fede nel contratto d'appalto, cit., p. 1619; L. Ambrosini, Recesso, cit., p. 1396; S. Sangiorgi, Recesso, cit., p. 7; C. Maiorano, Sul recesso ad nutum ex art. 1671 c.c., cit.

comunque subire⁸⁸. Può infatti accadere che il contraente che lo ha ricevuto impugni il recesso chiedendo al giudice di valutare se, tenuto conto delle modalità in cui esso è stato manifestato, possa dirsi illegittimo perché lesivo dei canoni di buona fede e correttezza⁸⁹. Si pensi ai casi nei quali, in occasione del suo esercizio, il recedente non abbia tenuto conto dell'esigenza di salvaguardare l'interesse della controparte, soprattutto laddove ciò non avrebbe comportato un apprezzabile sacrificio a suo carico⁹⁰.

In realtà, la soluzione del problema è più semplice di come appare. Secondo un'autorevole dottrina, il recesso va sì qualificato come diritto potestativo, ma se lo stesso è normalmente discrezionale, talvolta può presupporre la ricorrenza di determinati presupposti⁹¹; in difetto di questi ultimi – che possono anche consistere nella valutazione secondo buona fede dell'interesse contrattuale del receduto –, deve ritenersi che il diritto potestativo o non è sorto oppure, pur essendolo, il suo esercizio è inefficace e/o produttivo di danni.

La clausola che contempla il recesso può risultare affetta da nullità, tutte le volte in cui si traduce nello strumento attraverso il quale è possibile perpetrare un abuso della dipendenza economica a carico dell'impresa che lo ha subito⁹².

Qualora fosse possibile accertare che il recesso – ancorché puro e semplice oppure vincolato, in un contesto dove si è pacificamente verificato l'evento – è espressione di abuso del diritto, occorre valutare le conseguenze da ciò derivanti⁹³. Le stesse potranno restituire, a seconda dei casi, un orizzonte nel quale il recesso abusivo deve dirsi o improduttivo di effetti⁹⁴ oppure costitutivo del diritto al risarcimento del

⁸⁸ In merito alla dissoluzione della figura del diritto potestativo, v. N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, pp. 40 ss.

⁸⁹ G. D'AMICO, Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto, cit., p. 18.

⁹⁰ Così, quasi letteralmente, C.M. BIANCA, Diritto civile, cit., pp. 740-741.

⁹¹ G. VETTORI, Contratto e rimedi, cit., p. 848.

⁹² M. LAMICELA, Abuso di dipendenza economica, buona fede e illecito in un sistema di accordi di distribuzione "a cascata", cit., pp. 251-252.

⁹³ F. ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, cit., p. 282, sottolinea il dato della eterogeneità delle conseguenze che possono accompagnarsi ai vizi che inficiano il recesso.

⁹⁴ Questa conclusione – come posto in rilievo da M. Lamicella, *Abuso di dipendenza economica, buona fede e illecito in un sistema di accordi di distribuzione "a cascata"*, cit., pp. 251-252 – parrebbe condivisibile tutte le volte in cui la clausola che prevede il recesso sia risultata affetta da nullità per abuso della dipendenza economica.

danno, il cui *quantum* va parametrato al mancato guadagno subito dalla controparte, quale conseguenza immediata e diretta di esso⁹⁵. Detto altrimenti, l'obbligo di risarcimento derivante da recesso abusivo va rapportato al c.d. interesse contrattuale positivo, il quale muta da contratto a contratto, anche tenuto conto dell'aspettativa alla sua stabilità⁹⁶.

6. Segue: la forma della clausola e dell'atto di recesso

In ossequio al principio generale di libertà delle forme, la stipula della clausola di recesso non soggiace di regola al rispetto della forma scritta sotto pena di nullità. È quindi pienamente valida ed efficace la clausola di recesso amorfa, anche se nella prassi la stessa è frequentemente convenuta mediante scrittura privata o atto pubblico.

In considerazione della stretta dipendenza della clausola di recesso dal contratto al quale essa accede, se rispetto a quest'ultimo la legge pretende l'adozione della forma scritta sotto pena di nullità (art. 1325, n. 4, c.c.), allora anche la clausola deve dirsi assoggettata al medesimo requisito ai fini della sua validità⁹⁷. In modo non dissimile, dovrà ri-

⁹⁵ M. Franzoni, *op. cit.*, pp. 334 ss., secondo il quale l'obbligo di risarcimento derivante da recesso abusivo va parametrato al c.d. interesse contrattuale positivo, il quale muta da contratto a contratto, anche tenuto conto della sua maggiore o minore stabilità.

⁹⁶ Così, M. Franzoni, *op. ult. cit.*, p. 336, il quale aggiunge che "in applicazione delle regole della causalità giuridica dell'art. 1223 ss. c.c., si deve però ridurre quantitativamente l'area del lucro cessante, se la parte intimata non dovrà affrontare spese per l'adempimento di un contratto che si è sciolto. Il danno dovrà essere ulteriormente limitato se, dopo il recesso, il contraente avrebbe potuto limitare le conseguenze del danno, concludendo altri contratti che prima gli erano preclusi (...)".

⁹⁷ Così, G. Vettori, Contratto e rimedi, cit., p. 857, il quale peraltro precisa, in modo assolutamente condivisibile, che ciò non significa che "l'estensione del vincolo formale comporti l'automatica necessità che il recesso sia realizzato nella medesima tipologia di documento imposta per il contratto (...) sicché, anche a fronte di un recesso convenzionale, non vi è alcuna difficoltà a condizionare la sua validità al rispetto della forma scritta senza pretendere l'irrigidimento sancito da ricorso all'atto pubblico o alla scrittura autenticata". La soluzione della regola di simmetria formale tra contratto e recesso non è unanime in dottrina: G. Gabrielli e F. Padovini, Recesso, cit., pp. 43-44, dubitano sull'esistenza di una siffatta regola, suggerendo all'interprete, per questo motivo, di andare alla ricerca, caso per caso, della soluzione più appropriata, tenuto conto della funzione cui l'atto presiede.

vestire la forma scritta il patto di recesso che acceda ad un contratto sottoposto a forma *ad probationem*.

Qui però alla mancata osservanza della forma scritta non si accompagna l'invalidità del patto, ma l'impossibilità di provarne il contenuto mediante il ricorso a presunzioni o per via testimoniale⁹⁸.

È diverso il problema della forma dell'atto di recesso, la cui soluzione non appare univoca. Secondo alcuni, infatti, questo atto sarebbe di massima soggetto al principio di libertà delle forme, con la conseguenza che – anche a rischio di nuocere alla certezza del traffico giuridico⁹⁹ – dovrebbe dirsi validamente manifestato anche per fatti concludenti¹⁰⁰.

Secondo altri, differentemente, in applicazione di un canone di simmetria formale, la dichiarazione di recedere dovrebbe osservare la forma prevista dalle parti in occasione della stipula del contratto che la contempla¹⁰¹.

Questa dichiarazione dovrebbe quindi rivestire la forma scritta tutte le volte in cui il contratto soggetto a scioglimento sia stato redatto per iscritto¹⁰². *A fortiori*, la dichiarazione di recesso dovrebbe osservare la forma scritta ogni volta che il contratto sia soggetto a forma scritta *ad substantiam*¹⁰³. In caso di dubbio, si dovrà ritenere, in applicazione dell'art. 1352 c.c., che l'onere formale sia stato posto sotto pena di nullità della dichiarazione¹⁰⁴.

⁹⁸ Contra, si veda peraltro P. SIRENA, *I recessi unilaterali*, cit., p. 131, secondo cui "quando la forma del contratto principale è prescritta soltanto a fini probatori (*ad probationem tantum*), è certo che essa non sia richiesta anche per provare il recesso"

⁹⁹ C. TAROLO, *Lo scioglimento del contratto preliminare*, in Recesso e risoluzione nei contratti, a cura di G. De Nova, p. 94.

¹⁰⁰ T. TABELLINI, *Il recesso*, cit., p. 5; P. SIRENA, *I recessi unilaterali*, cit., pp. 125-126. In giurisprudenza, Cass. civ., Sez. I, 7 marzo 2016, n. 4459, in *Ced. Cass. civ.*, 2016. *Contra*, v. G. De Nova, *Recesso*, cit., pp. 317 e 694.

¹⁰¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 740.

¹⁰² M. Franzoni, *op. cit.*, pp. 374-375. Similmente, v. Cass. civ., Sez. II, 14 agosto 1986, n. 5059, in *Mass. giur. it.*, 1986; Corte d'App. Milano, Sez. IV, 3 maggio 2016, in *Leggi d'Italia online*.

¹⁰³ F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 58; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 737; G. DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 317; F. ALCARO, *Il recesso dal contratto*, cit., p. 147. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., Sez. II, 14 agosto 1986, n. 5059, cit.; Cass. civ., Sez. II, 7 giugno 1990, n. 5454, in *Mass. Giur. it.*, 1990.

¹⁰⁴ P. SIRENA, I recessi unilaterali, cit., p. 131.

È irrilevante di regola la modalità attraverso la quale è comunicato l'atto di recesso, essendo sufficiente che sia conosciuto, nella sua essenzialità, dalla controparte¹⁰⁵. Infatti, quale atto recettizio, ai fini della produzione degli effetti, basta che il recesso, per le modalità formali con le quali è manifestato, giunga nella sfera di controllo del destinatario¹⁰⁶.

Tuttavia, la clausola che ospita il diritto di recesso può anche prevedere non solo la forma dell'atto¹⁰⁷, ma anche la modalità attraverso la quale dovrà avvenire la relativa comunicazione¹⁰⁸. Si pensi, ad esempio, alla clausola in base alla quale il recesso dovrà essere inviato mediante comunicazione di posta elettronica certificata o a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento. In questi casi, si pone il problema dell'efficacia del recesso, tutte le volte in cui l'atto, pur essendo idoneo allo scopo, essendo giunto a conoscenza del destinatario, non abbia, cionondimeno, rispettato la modalità di trasmissione stabilita dalle parti. In dottrina, è parso che l'osservanza di questa sia elevata a condizione di efficacia del recesso¹⁰⁹.

Infine, si reputa che la dichiarazione di recedere prevalga sui diritti dei terzi solo in quanto la clausola che lo contempla sia stata resa ad essi opponibile, conformemente al regime di pubblicità al quale soggiace il contratto principale¹¹⁰.

¹⁰⁵ Così, Cass. civ., 21 aprile 1983, n. 2741, in *Mass. Giur. it.*, 1983. In dottrina, W. D'AVANZO, Recesso, cit., p. 1036.

¹⁰⁶ Così, quasi testualmente, G. Vettori, *Contratto e rimedi*, cit., p. 858.

¹⁰⁷ D. Callegari, *Il recesso unilaterale dal contratto*, cit., p. 174; F. Alcaro, *Il recesso dal contratto*, cit., p. 148.

¹⁰⁸ A proposito del problema della modalità di comunicazione dell'atto di recesso, cfr. E. Del Prato, "Formalismo" e leggi speciali: il recesso del conduttore e la comunicazione dei "gravi motivi", cit.

¹⁰⁹ Così, G. Gabrielli e F. Padovini, Recesso, cit., p. 43; M. Franzoni, Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale, cit., p. 374; L. Ambrosini, Recesso, cit., p. 1396. Similmente, v. P. Sirena, I recessi unilaterali, cit., p. 128, il quale però osserva che qui la parte interessata è ammessa a provare che, nonostante la mancata osservanza della modalità di comunicazione prestabilita, il recesso debba comunque dirsi efficace giacché pervenuto a conoscenza del destinatario.

¹¹⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 737; F. ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, cit., p. 271; F. VOLPE, *Il recesso nel patto di famiglia*, cit., p. 590; L. Ambrosini, op. ult. cit., p. 1399.

7. Interpretazione della clausola di recesso

Come anticipato, la regolamentazione offerta dall'art. 1373 c.c., nell'ammettere la possibilità di stipulazione della clausola di recesso, è parsa eccezionale rispetto al principio generale di intangibilità del contratto (art. 1372 c.c.). Da ciò deriverebbe, secondo una parte della giurisprudenza, non solo che l'atto di recesso avrebbe natura di rimedio eccezionale, come tale insuscettibile di interpretazione estensiva o analogica¹¹¹, ma anche che la clausola che lo contempla dovrebbe avere un contenuto univoco, giacché, in difetto, l'interprete dovrebbe assegnarle un diverso significato¹¹².

La soluzione appena indicata non appare condivisibile, se solo si osserva che essa determina una sovrapposizione tra concetti, che invece sono e devono restare distinti. Altro infatti è la disciplina – come visto dispositiva –, che regola la clausola di recesso, altro è la clausola medesima e, infine, altro ancora è l'atto – da quest'ultima previsto – che sia in ipotesi manifestato dalle parti. Orbene, si dubita fortemente che, anche ammettendo la denunciata dialettica tra regola (art. 1372 c.c.) ed eccezione (art. 1373 c.c.)¹¹³, possa da ciò farsi discendere l'enucleazione di criteri per l'interpretazione degli atti di autonomia negoziale, ulteriori rispetto a quelli disciplinati dagli artt. 1362 ss. c.c.¹¹⁴. Una volta stipulata tra le parti questa clausola, oppure dopo l'invio del relativo recesso, non resta all'interprete altro spazio che sia quello di assegnare alla prima o al secondo il corretto significato mediante l'applicazione degli artt. 1362 c.c. ss.; rispettivamente in via diretta o gradata per il tramite dell'artt. 1324 c.c.¹¹⁵.

Nel delineato contesto, il richiamo all'invocato rapporto dialettico tra regola ed eccezione appare così irrilevante, prima che potenzialmente lesivo dei normativi canoni di interpretazione del contratto.

¹¹¹ Cass. civ., n. 7579/1983.

¹¹² Cass. civ., Sez. II, 26 novembre 1987, n. 8776, in *Mass. giur. it.*, 1987. In dottrina, v. F. Alcaro, *Il recesso dal contratto*, cit., p. 117.

¹¹³ Come osservato da F. Alcaro, *op. loc. ult. cit.*, sono così numerose le ipotesi normative di recesso legale, introdotte per lo più successivamente all'entrata in vigore del codice civile, che si potrebbe anche dubitare in ordine alla ricorrenza della citata tensione dialettica tra regola ed eccezione.

¹¹⁴ In argomento, L. Ambrosini, Recesso, cit., pp. 1387-1388.

¹¹⁵ G. Gabrielli e F. Padovini, Recesso, cit., pp. 41-42; S. Sangiorgi, Recesso, cit., p. 7; R. Tuccillo, *Profili interpretativi degli atti unilaterali*, Roma, 2011, *passim*.

Dalle riflessioni di carattere generale appena svolte sembra muovere il pensiero di altra parte della giurisprudenza, la quale, in modo condivisibile, a fronte di clausole ambigue, ha sottolineato l'importanza del compito, gravante sull'interprete, di procedere lungo un rituale percorso ermeneutico, che solo permette di assegnare alla clausola questo o quel significato, e quindi la successiva riconduzione del patto nell'alveo del corretto istituto giuridico¹¹⁶.

Anche ammettendo, in via meramente teorica, una qualche rilevanza dell'argomento fondato sulla ricordata antitesi tra regola ed eccezione, essa parrebbe destinata ad operare solo nel rapporto tra l'art. 1372 e l'art. 1373 c.c., non certo rispetto alla relazione tra il dedotto principio generale, da un lato, ed il precetto che deriva dalla compiuta manifestazione dell'autonomia negoziale (artt. 1322 e 1373 c.c.) – o dall'esercizio del potere che si riannoda ad essa –, dall'altro.

È quindi possibile affermare che una volta che le parti, avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 1373 c.c., abbiano dotato il contratto della clausola di recesso, l'esatta portata sia di essa, sia dell'atto attraverso il quale è manifestato, avvengono mediante applicazione degli ordinari criteri ermeneutici, a partire da quello incentrato nella ricerca della comune intenzione dei contraenti.

8. Segue: il problema degli effetti

Anche l'accertamento degli effetti del recesso, a partire dall'individuazione del momento in cui si scioglie il contratto, presuppone l'esperimento di un'adeguata indagine ermeneutica.

Il problema, in particolare, si pone rispetto al contratto ad esecuzione continuata o periodica, nel quale – come visto – mentre l'art. 1373 c.c. parrebbe porre la regola della irretroattività degli effetti del

¹¹⁶ Cass. civ., Sez. III, 16 dicembre 2014, n. 26365, in *Ced Cass. cin.*, 2014, secondo cui "Nella ipotesi di clausola contrattuale di «cessazione immediata del contratto», il giudice di merito, che la interpreti come recesso senza preavviso e non quale clausola condizionale risolutiva, deve rendere evidenti le ragioni dell'approdo ermeneutico quando, per gli eventi nel cui contesto la clausola ha operato, assume rilevanza la diversa struttura ed il «modus operandi» dei due istituti, il primo ancorato ad una facoltà delle parti di sciogliere unilateralmente il contratto, il secondo relazionato ad un avvenimento futuro e incerto".

recesso, non può escludersi che le parti abbiano inteso estendere la portata dello scioglimento del contratto anche rispetto alle prestazioni già eseguite, così destinate ad essere elevate ad oggetto del conseguente diritto di ripetizione¹¹⁷.

Sul punto, secondo una parte della dottrina, nel dubbio potrebbe procedersi mediante applicazione dell'art. 1458 c.c., qualora si verta in presenza di recesso dipendente dall'altrui inadempimento, oppure potrebbe guardarsi all'art. 1369 c.c., che permette di assegnare alla clausola in rassegna il significato più confacente alla natura e all'oggetto del contratto che la ospita. Attraverso questi criteri di carattere generale, fruibili in sede di interpretazione secondo buona fede, sarebbe così possibile individuare l'effetto da riconnettere al concreto atto di recesso¹¹⁸.

La indicata sistemazione non appare tuttavia condivisibile.

Attraverso la stessa, ad esempio, parrebbe volersi dare una risposta ad un problema – dichiaratamente interpretativo – non già attraverso le norme di cui agli artt. 1362 ss. c.c., ma in virtù dell'applicazione – in via analogica, in considerazione della diversità di fattispecie – dell'art. 1458 c.c.

Inoltre, anche quando si propone di risolvere il dubbio interpretativo mediante l'applicazione di un canone, per l'appunto, interpretativo (l'art. 1369 c.c.), non riesce chiaro capire non solo il perché quel criterio dovrebbe prevalere rispetto ad altri canoni ermeneutici, ma anche il motivo per cui lo stesso richiederebbe, nel momento applicativo, un'opportuna opera mediatrice affidata alla (diversa) regola di interpretazione secondo buona fede.

Le notazioni svolte permettono di affermare che, anche rispetto all'indagine che si propone di verificare l'ampiezza degli effetti del recesso, ogni verifica passa attraverso la rituale applicazione degli ordinari canoni ermeneutici, nessuno escluso, secondo la gerarchia cronologica tra gli stessi ravvisabile¹¹⁹.

¹¹⁷ M. Franzoni, *Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, cit., p. 363.

¹¹⁸ M. Franzoni, op. ult. cit., pp. 363-364; L. Ambrosini, Recesso, cit., p. 1398.

¹¹⁹ N. IRII, Principi e problemi di interpretazione contrattuale, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1999, pp. 1154 ss. (e in AA.Vv., L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana, a cura di N. Irti, Padova, 2000, pp. 609 ss.); Id., Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 c.c., Padova, 1966, passim; A. Genovese, L'interpretazione del contratto standard, cit., pp. 39 ss.

Pertanto, in un primo momento troveranno applicazione i criteri di interpretazione soggettiva, dove svolgeranno la massima efficacia non solo il canone letterale, ma anche i criteri selettivi della comune intenzione dei contraenti (art. 1362 c.c.) e della totalità ermeneutica (art. 1363 c.c.).

Successivamente, solo in caso di permanenza del dubbio¹²⁰, sarà possibile ricorrere ai canoni di interpretazione oggettiva, primo fra tutti quello di conservazione, che suggerirà di adottare una lettura della clausola secondo la quale al recesso non va accordata un'efficacia retroattiva rispetto alle prestazioni già eseguite. Sarà poi possibile andare alla ricerca dell'esistenza di un eventuale uso interpretativo (art. 1368 c.c.), di una lettura della clausola a favore dell'aderente (art. 1370 c.c.), e così via.

Nel contributo è affrontato lo studio critico della clausola di recesso, della quale sono messi in risalto i principali problemi. Ad esempio, anche in presenza di una clausola di recesso ad nutum, il concreto esercizio del diritto di recedere non può avvenire senza tenere conto dell'interesse contrattuale della parte receduta. Nello studio si affronta anche il tema dell'interpretazione della clausola di recesso, che risulta essenziale al fine della corretta individuazione degli effetti che dipendono dal recesso medesimo.

The contribution deals with the critical study, of which the main problems are highlighted. For example, even in presence of an ad nutum escape clause, the concrete exercise of the right to terminate the contract cannot take place without taking into account the contractual interest of the other party. The study also addresses the profile of the interpretation of the termination clause, which is essential in order to correctly identify the effects deriving from the right to terminate the contract.

¹²⁰ N. Irti, *op. ult. cit.*, pp. 147-148.

SIMONA CACACE

(Ricercatore nell'Università degli Studi di Brescia)

DALLA CHANCE PERDUTA ALL'IMPREPARAZIO-NE: NESSO EZIOLOGICO E DANNI DA 'NASCITA INDESIDERATA'*

Sommario: 1. Le fattispecie. -2. Il nesso eziologico. -3. Il danno da impreparazione. -4. La *chance*.

1. Le fattispecie

L'attività del giurista è già stata ricondotta a quella di uno «storico... orientato dall'*interesse classificatorio*, e dunque volto a cogliere soltanto i dati di fatto riconducibili entro uno schema normativo»¹.

Muovendosi in questa direzione, non è difficile dimostrare che l'e-

^{*} Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due referee. ¹ Così N. IRTI, La crisi della fattispecie, in Riv. dir. proc., 2014, p. 39; e in ID., Un diritto incalcolabile, Torino, 2016, p. 52 s., che impiega tale definizione per ribadire l'insostituibile centralità del metodo sussuntivo e della ricerca della fattispecie per l'utile compimento dell'indagine giuridica. Al tema hanno altresì dedicato attenzione S. ORLANDO, Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, pp. 1033 ss.; A. CATAUDELLA, Nota breve sulla «fattispecie», in Riv. dir. civ., 2015, pp. 245 ss.; e in G. GITTI-F. DELFINI-D. MAFFEIS (a cura di), Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova, I, Milano, 2015, pp. 641 ss.; G. Benedetti, Fattispecie e altre figure di certezza, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2015, pp. 1103 ss.; in Pers. merc., 2015, I, pp. 67 ss.; e in ID., Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica, Bologna, 2020, pp. 75 ss.; F. Addis, Sulla distinzione tra norme e principi, in Eur. dir. priv., 2016, pp. 1019 ss.; ID., Sulla contrapposizione tra norme e principi, in S. MAZZAMUTO-L. NIVARRA (a cura di), Giurisprudenza per principi e autonomia privata, Atti del Convegno dell'Unione dei Privatisti, Roma, 30.10.2015, Università di Roma Tre, Torino, 2016, pp. 219 ss.; Id., Il valore «normativo» dei principi, in C. CICERO-G. PERLINGIERI (a cura di), Liber amicorum Bruno Troisi, I, Napoli, 2017, pp. 1 ss.; M. ZACCHEO, Valori e principi, in Persona e mercato, 2019, I, pp. 86 ss.; G. D'Amico, L'insostituibile leggerezza della fattispecie, in Giust. civ., 2019, pp. 16 ss.

spressione «danno da nascita indesiderata» non riesce ad assicurare un trattamento rimediale uniforme a casi e a situazioni che, ad una più attenta riflessione, devono essere adeguatamente distinti².

Avuto riguardo al legittimato attivo, anzitutto, si è soliti contrapporre *wrongful birth* e *wrongful life*, allo scopo di indicare il danno lamentato dai genitori o direttamente dal figlio non voluto³.

La condotta imputabile al medico, inoltre, assume contorni diversi a seconda che il mancato impedimento della «nascita indesiderata» sia causalmente riconducibile ad un difetto di natura informativa o ad una vera e propria inesatta realizzazione di un trattamento conforme alle *legis artis*.

Ricorre una wrongful pregnancy, in particolare, a fronte di un'omessa diagnosi di gravidanza, che ha precluso alla gestante ogni possibilità di valutare se procedere alla sua interruzione, ovvero ad un intervento abortivo non efficacemente condotto⁴. Nel primo caso, il fallimento

² Cfr. V. Zeno-Zencovich, La responsabilità per procreazione, in Giur. it., 1986, IV, p. 114; A. D'Angelo (a cura di), Un bambino non voluto è un danno risarcibile?, Milano, 1999, passim; A. Braun (a cura di), Dalla disgrazia al danno, Milano, 2002, pp. 138 ss. e pp. 359 ss.; R. Breda, Wrongful Birth, in G. Ponzanelli (a cura di), Critica del danno esistenziale, Padova, 2003, p. 115; E. Picker, Il danno della vita, Milano, 2004, passim; M.J. Fontanella, Il risarcimento del danno da nascita indesiderata, in Iustitia, 2006, p. 317; F. Cassone, Il danno da nascita indesiderata, in A. Belvedere-S. Riondato (a cura di), Le responsabilità in medicina, in S. Rodotà-P. Zatti (diretto da), Trattato di Biodiritto, Milano, 2011, p. 371; M. Poli, "Birth-related torts" e libertà della donna di interrompere la gravidanza nell'esperienza italiana, in Riv. Biodiritto, 2018, p. 33; B. Sgorbati, "Wrongful birth" e "wrongful life": delicati equilibri tra autodeterminazione della donna e dignità del figlio malato, ivi, p. 49.

³ Cfr. M. FOGLIA, Nascita indesiderata e danno al nascituro – Parte prima, in Nuova giur. civ. comm., 2017, II, pp. 276 ss.; Id., La lesione dell'interesse a non nascere del concepito – Parte seconda, ivi, p. 436; Id., Diritto a non nascere (se non sano), in Dig. disc. priv., Agg. XI, Torino, 2018, p. 135.

⁴ V. Trib. Padova, 9 agosto 1985, in Riv. it. med. leg., 1986, pp. 871 ss., con nota di M. Tantalo, Responsabilità civile del sanitario in caso di gravidanza indesiderata; App. Venezia, 23 luglio 1990, ivi, 1991, pp. 1320 ss., con nota di M. Zanchetti, Il "danno giusto" conseguente alla mancata interruzione di una gravidanza per colpa dei sanitari, Cass. civ., Sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464, in Corr. giur., 1995, pp. 91 ss., con nota di A. Batà, Responsabilità del medico, omissione d'informazioni e danno risarcibile per mancata interruzione di gravidanza, e in Rass. dir. civ., 1996, pp. 342 ss., con nota di D. Carusi, Fallito intervento d'interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione: il "danno da procreazione" nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere; App. Cagliari, 12 novembre 1998, in Danno resp., 1999, pp. 1031 ss., con commento di R. De Matteis, Nascite indesiderate, interessi protetti, danni risarcibili; Trib. Genova, 10 ottobre 2002, in Giur. it.,

della prestazione diagnostica si traduce in una mancata informazione che ha negativamente condizionato l'esercizio di un diritto all'autodeterminazione procreativa; nel secondo, invece, si tratta della negligente materiale realizzazione di un'operazione, con conseguente mancato raggiungimento dell'esito atteso.

L'ipotesi di wrongful conception attiene per lo più ad una fallace comunicazione, in merito all'assenza di patologie geneticamente trasmissibili, e può essere correlata alla falsa o erronea interpretazione di un test genetico eseguito sugli aspiranti genitori, nonché all'inesatta rappresentazione e descrizione dell'alea insita in un'operazione di sterilizzazione, avuto particolare riguardo alle possibilità di un suo fallimento o di un regresso spontaneo dalla medesima, o ancora all'efficacia di un determinato metodo anticoncezionale. Non è qui il compimento della gestazione, che avrebbe potuto essere evitato, bensì l'inizio stesso della gravidanza, inteso dai danneggiati come l'evento causalmente riconducibile all'omessa o erronea prescrizione di contraccettivi ovvero alla negligente esecuzione dell'intervento di sterillizzazione, pur esulando queste condotte dall'inadempimento di un mero obbligo informativo⁵.

^{2003,} pp. 1825 ss., con nota di I. Carassale, Nascita indesiderata e danni risarcibili, e in Familia, 2003, pp. 1178 ss., con commento di B. D'Usseaux, Insuccesso dell'intervento di interruzione di gravidanza e risarcimento del danno; App. Caltanissetta, 12 marzo 2008, in www.personaedanno.it, con commento di E. Costa, Mancato aborto e danno esistenziale; Trib. Latina, 21 luglio 2011, in Resp. civ. prev., 2012, pp. 1359 ss., con commento di R. Della Corte, Lesione all'autodeterminazione procreativa per la nascita di un figlio sano e non voluto; Cass. civ., Sez. III, 29 gennaio 2018 (ord.), n. 2070, in Riv. it. med. leg., 2018, pp. 1156 ss., con commento di G. Fiorinelli, Le disposizioni della l. 194/1978 nel "sistema" del danno da nascita indesiderata: il rapporto tra interesse tutelato, onere della prova e pregiudizio risarcibile in due recenti pronunce della Corte di Cassazione in tema di risarcimento al genitore, e in Ridare.it, 28 giugno 2018, con commento di R. Russo, Nascita indesiderata: la lesione della autodeterminazione procreativa e gli oneri economici di mantenimento del figlio; Cass. civ., Sez. III, 5 febbraio 2018, n. 2675, in Corr. giur., 2018, pp. 923 ss., con commento di V. Carbone, Nascita indesiderata: anche il padre ha diritto al risarcimento dei danni. V. altresì R. Sgobbo, Materiali per lo studio della responsabilità medica, in Dir. giur., 1987, p. 841.

⁵ Sull'erronea prescrizione di farmaci anticoncezionali, cfr. Trib. Monza, 19 aprile 2005, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 492. Quanto al fallimento di un'operazione di sterilizzazione, cfr. Trib. Milano, 20 ottobre 1997, in *Resp. civ. prev.*, 1998, pp. 1144 ss., con nota di M. GORGONI, *Intervento di vasectomia non riuscito e genitorialità indesiderata: problemi di qualificazione della responsabilità medica e di qualificazione e quantificazione dei danni connessi alla nascita del figlio*, e in *Danno resp.*, 1999, pp. 82 ss., con commento di M. BONA, *Filiazione indesiderata e risarcimento del "danno da bambino non voluto"*; Cass. civ., Sez. III, 10 settembre

La wrongful diagnosis concerne, infine, un'unica fattispecie: l'omessa diagnosi di disabilità del nascituro, in relazione alla quale oggetto di contestazione non è la nascita in sé, bensì la nascita perché associata ad una disabilità o malformazione, cui si sarebbe ovviato con un'interruzione volontaria della gravidanza laddove il medico avesse opportunamente informato riguardo alle condizioni di salute del feto⁶. Per quanto l'inadempimento non possa materialmente essere considerato causa della disabilità, come invece accadrebbe a fronte di una manovra sbagliata durante il parto o di una erronea prescrizione di farmaci, terato-

1999, n. 9617, ivi, 2000, pp. 315 ss., con nota di G. CITARELLA, Intervento medico di sterilizzazione e profili di responsabilità (in margine a Cass. 10 settembre 1999, n. 9617), e in Danno resp., 2000, pp. 730 ss., con commento di R. NATOLI, Consenso informato e obbligazioni di risultato tra esigenze di "compensation" ed esigenze di "deterrence"; Trib. Busto Arsizio, 17 luglio 2001, in Resp. civ. prev., 2002, p. 441; Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in Danno resp., 2003, pp. 403 ss., con nota di A. BITETTO, Bambino inatteso... paga il medico consapevole della possibilità del suo arrivo!, e in Giust. civ., 2003, pp. 2613 ss., con commento di S. BAL-DASSARI, Sterilità mancata. La nascita indesiderata e la responsabilità del medico; Trib. Brescia, 13 maggio 2003, in Danno resp., 2003, pp. 1228 ss., con commento di S. CACACE, Ancora a proposito di nascite indesiderate, Trib. Tolmezzo, 22 agosto 2011, n. 177, in Fam. dir., 2012, pp. 272 ss., con commento di G. Bilò, Responsabilità medica per nascita indesiderata; Cass. civ., Sez. III, 26 luglio 2012, n. 13217, in www.personaedanno.it, con commento di S. Rossi, Quando il consenso informato è una strada a fondo chiuso; Cass. civ., Sez. III, 24 ottobre 2013, n. 24109, in Resp. civ. prev., 2014, pp. 897 ss., con commento di A. Borretta, Responsabilità medica da omesso o insufficiente consenso informato e onere della prova; nonché G. FERRANDO, Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza, in Riv. crit. dir. priv., 1998, p. 76; G. CASSANO, Intervento di sterilizzazione, nascite indesiderate e danni incidenti nella sfera "esistenziale", in Fam. dir., 2001, p. 106; E. GIACOBBE, La filiazione "da inadempimento", in Giust. civ., 2003, p. 2602; A. DIURNI, Pianificazione familiare e responsabilità del medico, in Familia, 2006, p. 511; D. MARCELLO, La salute procreativa, in Riv. it. med. leg., 2019, p. 891.

⁶ Cfr. A. Bitetto, "Wrongful birth": diritti dei genitori e assistenza tempestiva al figlio disabile, in Danno resp., 2005, p. 179; C. Siano, Principi giurisprudenziali in materia di responsabilità medica e risarcimento del danno per nascita indesiderata di un figlio handicappato, in Nuova giur. civ. comm., 2006, I, p. 1330, e A. Thiene, Danno da nascita indesiderata, in Studium iuris, 2006, p. 737; E. Giacobbe, Brevi osservazioni sul danno da «nascita indesiderata», ovvero un bambino malformato non ha diritto di nascere, in Giust. civ., 2005, I, p. 2129. In merito al quomodo dell'informazione, cfr. Trib. Monza, 27 febbraio 2008, in Resp. civ. prev., 2008, pp. 1846 ss., con commento di F.V. Della Corte, Diagnosi prenatale ed autodeterminazione procreativa, e in Danno resp., 2009, pp. 1167 ss., con commento di S. Cacace, Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale, R.F. Iannone, Responsabilità medica per omessa o tardiva diagnosi di malformazioni fetali, in Giust. civ., 2013, p. 711; D. Farace, Interruzione volontaria della gravidanza e situazioni giuridiche soggettive, in Riv. dir. civ., 2018, p. 798.

geni, durante la gravidanza, al medico si rimprovera comunque di non aver consentito il ricorso all'intervento abortivo evitando di dar conto di un *handicap* rilevabile con un'ordinaria diligenza grazie alle indagini diagnostiche eseguite nel corso della gravidanza ovvero non disvelato a causa della mancata realizzazione *tout court* di tali esami.

La casistica riconducibile all'ipotesi di *wrongful diagnosis* è spesso assimilata a quella correlata all'erronea consulenza genetica precedente al concepimento. Lo stato di salute del neonato rappresenta, in entrambe le ipotesi, il *discrimen* rispetto alle altre fattispecie, dove la «nascita indesiderata» si riferisce ad un bambino sano o comunque ai casi residuali in cui il figlio non voluto sia *anche* malato.

L'evento dannoso che la diligente condotta sanitaria avrebbe impedito, dunque, può essere rispettivamente la nascita di un bambino sano o quella di un bambino malato, ma, in quest'ultima ipotesi, non rileva causalmente la presenza della patologia⁷.

Esula, invece, dalla responsabilità sanitaria l'azione del figlio nei confronti dei genitori per non aver interrotto la gravidanza benché a conoscenza della sua disabilità o patologia; ovvero per averlo concepito cagionandogli al contempo un danno ingiusto, anche solo morale: è l'ipotesi, per esempio, del concepimento che derivi da una violenza carnale⁸.

⁷ Sulla nascita di un bambino sano, cfr. *Christensen v. Thornby* (1934) Supr. Court Minn., 255 NW 620, che ne esclude la configurabilità in termini di pregiudizio conformemente alla c.d. *blessing doctrine*. V. anche App. Roma, 14 novembre 2006, in *nnnv. personaedanno.it*, con commento di A. MASCIA, *Mancata sterilizzazione e danni da nascita indesiderata*. Sul tema, cfr. R. SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno resp.*, 2002, p. 474; M.C. DE TOMMASI, *Quando la nascita di un figlio sano non è un lieto evento*, nota a Trib. Bari, 13 ottobre 2009, n. 3032, in *Giur. mer.*, 2010, p. 1809; L. BARDARO, *Nascita indesiderata per errata prescrizione contraccettiva fra onere probatorio, interesse leso e danno risarcibile*, commento a Trib. Milano, 10 marzo 2014, n. 3477, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1265.

⁸ Configura una responsabilità per fatto illecito a carico del padre che abbia trasmesso al figlio una grave malattia Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in Foro it., 1951, I, c. 987, con nota di M. Elia e postilla di F. Carnelutti. In dottrina, cfr. P. Rescigno, Il danno da procreazione, in Riv. dir. civ., 1956, I, p. 614; M. Franzoni, Errore medico, diritto di non nascere, diritto di nascere sano, in Resp. civ., 2005, p. 486; V. Guglielmucci, Riflessioni in tema di danni da procreazione, in Danno resp., 2007, p. 957; S. Landini, Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere, in Fam. pers. succ., 2007, p. 251. In Zepeda v. Zepeda (1963) 41 Ill. App. 2d 240, 190 N.E. 2d 849, la Corte esclude, invece, di poter liquidare il danno subìto dal figlio adulterino per la condizione di svantaggio sociale che dal suo status

È appena il caso di evidenziare che la mancata decisione abortiva non è suscettibile di integrare una condotta antigiuridica, laddove trattasi di scelta riservata, al ricorrere delle condizioni normativamente previste, alla autodeterminazione femminile, mentre resta aperta la possibilità di agire contro il terzo responsabile di un concepimento correlato ad una condotta antigiuridica: si pensi, oltre al caso della violenza appena richiamato, anche e soprattutto all'insorgenza di patologie sessualmente trasmissibili a séguito di rapporto non protetto⁹.

Il risarcimento del danno per wrongful life pone sempre, nondimeno, un problema difficilmente superabile, che attiene alla impossibilità di dissociare il pregiudizio diverso dalla nascita dalla nascita medesima: poiché bisognerebbe non esser nati, per non subire il primo, la reintegrazione dello status quo ante non è concepibile, salvo voler ritenere il 'non essere' migliore dell''essere'. La condotta dolosa o colposa, in altri termini, è la stessa che ha consentito l'esistenza del soggetto: il trinomio vita/danno/handicap può essere dissolto, allora, soltanto per il tramite di un artificio giuridico o di una scelta di politica del diritto¹⁰.

deriva. Cfr. V. Mangini, Un nuovo caso di "danno da procreazione", in Riv. dir. civ., 1964, II, p. 609. In Francia, risarcisce il danno al figlio concepito a séguito di violenza sessuale Cass. crim., 23 septembre 2010, nn. 09-82438 e 09-84108, in Petites Affiches, 2010, 260, p. 9, con commento di A. Cayol, Le préjudice résultant d'une naissance à la suite d'un inceste; in Gaz. Pal., 4-5 mai 2011, p. 1574, con note di richiami, L'enfant né d'un viol ... naître ou ne pas naître encore en question, e in RTD civ., 2011, p. 132, con nota di P. Jourdain, La réparation du préjudice moral de l'enfant né d'un viol ou l'esprit de la jurisprudence Perruche.

⁹ Integra una condotta antigiuridica anche il doloso occultamento della procreazione da parte della madre, con conseguente ingiusta privazione per il padre del rapporto di filiazione: cfr. Cass. civ., 5 maggio 2020, n. 8459, inedita, che però esclude una «effettiva perdita di occasione» e un danno risarcibile per lesione del diritto alla identità genitoriale, a fronte dell'atteggiamento contestativo dell'uomo rispetto al riconoscimento del figlio naturale.

¹⁰ Esclude in capo al concepito un diritto di non nascere Cass. civ., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in Foro it., 2004, I, c. 3327, con commento di A. BITETTO, Il diritto a «nascere sani»; in Fam. dir., 2004, pp. 561 ss., con nota di G. FACCI, Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?; in Resp. civ. prev., 2004, pp. 1349 ss., con commento di M. GORGONI, La nascita va accettata senza "beneficio d'inventario"?; in Giur. it., 2005, pp. 1152 ss., con nota di E. GIOVANARDI, Brevi note sull'ammissibilità del danno da "vita indesiderata"; in Resp. civ., 2005, pp. 590 ss., con nota di A. RIZZIERI, La responsabilità del ginecologo per non avere accertato che il nascituro era affetto da patologia invalidante; in Giust. civ., 2005, I, pp. 136 e 2405, con commenti rispettivamente di E. GIACOBBE, Wrongful life e problematiche connesse, e di L. FAMULARO, Il danno ingiusto della nascita; in Nuova giur. civ.

comm., 2005, I, pp. 433 ss., con nota di E. Palmerini, La vita come danno? No..., Sì..., Dipende; in Danno resp., 2005, pp. 379 ss., con nota di M. FEOLA, Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale; in Dir. fam., 2006, pp. 985 ss., con commento di G. PAESANO, Brevi riflessioni su diagnosi prenatale, aborto eugenetico e diritto a nascere sano. Cfr. anche G. FACCI, La legittimazione al risarcimento in caso di danno da vita indesiderata, in Resp. civ. prev., 2005, p. 325, e C. Vignali, Inesatta esecuzione di attività di diagnosi e di intervento prenatale: profili di responsabilità, ivi, p. 903. Similmente, v. Cass. civ., Sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, in Giur. it., 2007, pp. 1924 ss., con commento di V. Lubelli, Brevi note sul diritto a non nascere; in Corr. giur., 2006, pp. 1691 ss., con nota di A. Liserre, Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione; in www.personaedanno. it, con nota di A. TENCATI, Continuità giurisprudenziale sul "danno da vita disgraziata", e in Resp. civ. prev., 2007, pp. 62 ss., con commento di M. Gorgoni, Responsabilità per omessa informazione delle malformazioni fetali; nonché Trib. Pesaro, 26 maggio 2008, in Giust. civ., 2008, I, p. 2278, con nota di D. Amoroso, Sulle conseguenze risarcitorie della colposa mancata diagnosi prenatale della malformazione del nascituro. Il diritto di non nascere è un diritto 'adespota' per Cass. civ., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in Danno resp., 2009, pp. 1167 ss., con commento di S. CACACE, Figli indesiderati nascono, cit.; ivi, 2010, pp. 65 ss., con commento di F. Di Ciommo, Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di cassazione in vena di revirement?; in Contr. impr., 2009, pp. 537 ss., con nota di F. Galgano, Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino; in Resp. civ. prev., 2009, pp. 2063 ss., con commento di M. GORGONI, Nascituro e responsabilità sanitaria; in Resp. civ., 2009, pp. 714 ss., con nota di L. VIOLA, Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere, ivi, pp. 814 ss., con nota di C. Siano, Medical malpractice e tutela del nascituro; in Corr. giur., 2010, pp. 365 ss., con nota di A. Liserre, In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro; e in www.personaedanno.it, con osservazioni di M. Dragone, Diritto a nascere sano e obblighi di informazione. Cfr. altresì F.D. Busnelli, L'inizio della vita umana, in Riv. dir. civ., 2004, I, p. 533; O. RILAMPA, Il diritto di non nascere e la condizione giuridica del nascituro, in Resp. civ., 2006, p. 71; G. Ballarani, *La capacità giuridica statica del concepito*, in *Dir. fam.*, 2007, p. 1462; P. Schlesinger, Il concepito e l'inizio della persona, in Riv. dir. civ., 2008, I, p. 247; F. Giardina, Soggettività, capacità, identità. Dialogo con Francesco, in Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole, I, Milano, 2008, p. 127, e C. CASCIONE, Un diritto del concepito non nato (o «nato morto»)? Nota minima su obbligo di sepoltura e 'ius proprium' alla tumulazione nella tomba gentilizia, in A.F. URICCHIO-M. CASOLA (a cura di), Liber amicorum per Sebastiano Tafaro. L'uomo, la persona e il diritto, I, Bari, 2019, p. 147, e in C. CA-SCIONE, Diritto romano e giurisprudenza odierna. Studi e miniature, Napoli, 2020, p. 115 ss. Unica nel panorama italiano, risarcisce il danno a favore del nato malformato Cass. civ., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in Danno resp., 2013, pp. 139 ss., con commento di S. CACACE, Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice; in Corr. giur., 2013, pp. 59 ss., con nota di P.G. Monateri, Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile; in Resp. civ. prev., 2013, pp. 335 ss., con nota di P. Frati-M. Gulino-S. Zaami-E. Turillazzi, Quanta informazione a fine diagnostico prenatale? La Suprema Corte statuisce che sia completa, determinante e funzionale alle richieste ed alle scelte materne; in Dir. fam., 2013, pp. 474

ss., con nota di G. Salito e P. Stanzione, La tutela del nascituro: una ricorrente vicenda giudiziaria; in Giur. it., 2013, pp. 809 ss. e 1052 ss., con note di D. CARUSI, "Revirement" in alto mare: il "danno da procreazione" si "propaga" al procreato?; G. CRICENTI, Il concepito ed il diritto di non nascere, L. COPPO, Doveri informativi e natura dell'obbligo di diagnosi prenatale, in Vita not., 2013, pp. 493 ss., con nota di G.A. PARINI, "Revirement" della Suprema Corte in materia di mancata diagnosi prenatale della malformazione e pretese risarcitorie del bambino nato malato e dei suoi fratelli; in Giur. mer., 2013, pp. 729 ss., con nota di P.A. DE SANTIS, La tutela giuridica del nascituro ed il diritto a non nascere se non sano; in Nuova giur. civ. comm., 2013, I, pp. 198 ss., con commento di E. Palmerini, Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione; in Resp. civ. prev., 2013, pp. 148 ss., con nota di M. GORGONI, Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita; in Foro it., 2013, I, c. 204, con commento di A.L. Oliva, Risarcimento del danno da nascita indesiderata: la legittimazione attiva spetta anche a chi nasce con malformazioni; in Dir. fam. pers., 2013, I, pp. 120 ss., con commento di E. GIACOBBE, "Sul miserabile ruolo del diritto... non altro. Non oltre". Ovvero degli itinerari della giurisprudenza normativa, in Contr., 2013, pp. 563 ss., con commento di N. Muccioli, Diagnosi prenatale inesatta e responsabilità del medico; in Dir. fam. pers., 2013, p. 1488, con nota di G. BALLARANI, La soggettività del concepito e le incoerenze della Suprema Corte; ivi, p. 1303, con nota di A. Putignano, La responsabilità contrattuale del medico per l'omessa informazione alla gestante e violazione della libertà di autodeterminazione della donna; in Riv. it. med. leg., 2013, pp. 1022 ss., con commento di M. GERBI-E. MAZ-ZILLI, Dalla "vis expansiva" dell'azione di "wrongful birth" al superamento delle ultime barriere per il risarcimento al figlio non voluto: lo "stato funzionale di infermità" come lasciapassare per l'esplicito accoglimento dell'azione di "wrongful life"; in Danno resp., 2013, pp. 492 ss., con nota di A. MASTRORILLI, "To be or not to be": comparare l'incomparabile; in Jus civ., 2013, p. 30, con commento di E. VILLA, Negligenza diagnostica e tutela risarcitoria del nato malformato; in Rass. dir. civ., 2013, pp. 905 ss., con commento di R. LANDI, Responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale di una patologia genetica. "Un nouvel arrêt de provocation"?; in Giust. civ., 2013, I, pp. 2119 ss., con nota di L. FAMULARO, La responsabilità del medico nella diagnosi prenatale delle malattie genetiche, e in Riv. AIC, 13 giugno 2014, con commento di M. D'AMICO, Il concepito e il diritto a nascere sani: profili costituzionali alla luce della decisione della Corte di cassazione (n. 16754 del 2012). Cfr. F.D. Busnelli, Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. "nascita malformata", in Riv. dir. civ., 2013, p. 1519. Infine, le Sezioni Unite intervengono ad escludere la configurabilità di tale diritto a non nascere con Cass. civ., 22 dicembre 2015, n. 25767, in Giur. it., 2016, pp. 1393 ss., con commento di M. Russo, Omessa informativa sulle condizioni per l'interruzione della gravidanza: spunti in materia di legittimazione e prova; ivi, pp. 549 ss., con commento di D. Carusi, Omessa diagnosi prenatale: un contrordine ... e mezzo delle Sezioni Unite, in Nuova giur. civ. comm., 2016, I, pp. 450 ss., con nota di F. Piraino, I confini della responsabilità civile e la controversia sulle malformazioni genetiche del nascituro: il rifiuto del c.d. danno da nascita indesiderata; ivi, II, pp. 461 ss., con nota di C.M. MAZZONI, Vita e non vita in Cassazione. A proposito di Cass. n. 25767/2015; in Foro it., 2016, I, c. 506, con nota di M. BONA, Sul diritto a non nascere e sulla sua lesione; in Corr. giur., 2016, p. 47, con commento di G. BILÒ, Nascita e vita indesiderata: i contrasti giurispru-

2. Il nesso eziologico

Nella maggior parte dei casi appena descritti, la dimostrazione del nesso eziologico è resa oltremodo difficile dalla necessità di dar conto, con sufficiente certezza, di un fatto psichico solo ipotetico: le decisioni che sarebbero state assunte dalla madre e/o dalla coppia qualora il quadro informativo fosse stato adeguato e completo.

Di più agevole soluzione appare, invece, l'ipotesi dell'intervento abortivo fallito per una negligenza sanitaria nella sua materiale esecuzione, nonché la stessa *wrongful conception*, rispetto alla quale si è opportunamente evidenziato che un'interruzione volontaria della gravidanza non può considerarsi condotta suscettibile di limitare il danno *ex* art. 1227 c.c. né può essere valutata come comportamento idoneo ad integrare la «ordinaria diligenza» richiesta al creditore nell'evitare o ridurre il danno risarcibile, rimanendo la nascita indesiderata conseguenza immediata e diretta del comportamento medico colposo¹¹.

denziali all'esame delle Sezioni Unite; in Resp. civ. prev., 2016, p. 162, con nota di M. Gorgoni, Una sobria decisione 'di sistema' sul danno da nascita indesiderata; in Danno resp., 2016, pp. 356 ss., con commento di S. Cacace, L'insostenibile vantaggio di non esser nato e la contraddizion che nol consente; in Oss. cost., 2016, pp. 15 ss., con nota di D. Martire, Il diritto alla "non vita" al vaglio delle Sezioni Unite. A proposito di Cassazione, Sezioni Unite, n. 25767/15; in Riv. Biodiritto, 2016, pp. 11 ss., con nota di L. Conte, «And makes us rather bear those ills we have?». L'inizio della vita e i confini della sofferenza risarcibile; in Med. mor., 2016, pp. 69 ss., con commento di M. Casini, Si può considerare la nascita un danno risarcibile?, e in Giur. cost., 2016, pp. 1578 ss., con commento di L. Diotallevi, La legittimazione del minore disabile ad agire per il risarcimento del danno c.d. da nascita indesiderata ed il nesso (insicindibile) tra soggettività e capacità giuridica. Cfr. altresì F. Piraino, «Nomina sunt consequentia rerum» anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche. Il punto dopo le Sezioni unite 22 dicembre 2015 n. 25767, in Dir. civ. contemp., 6 gennaio 2016.

¹¹ Cfr. G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, Milano, 1996, p. 8, e già, in questo senso, *Troppi v. Scarf* (1971) 31 Mich. App. 240, 187 N.W. 2d 511. V. Trib. Reggio Emilia, 7 ottobre 2015, in *Giur. it.*, 2016, pp. 1601 ss., con commento di A. Ferrero, *Nascita sana ma non voluta: i danni risarcibili in caso di omesso intervento di sterilizzazione*, secondo cui l'esistenza di un diritto all'aborto «non comporta che tale diritto debba essere esercitato, ben potendo sussistere ragioni etiche, morali o religiose che impediscono tale scelta». Sempre sul concorso del fatto colposo del danneggiato in àmbito sanitario, v. da ultima Cass. civ., Sez. III, 15 gennaio 2020, n. 515, inedita, la quale esclude una riduzione del risarcimento *ex* art. 1227, co. 2, c.c. se la vittima dell'incidente stradale muore per aver rifiutato l'emotrasfusione per motivi religiosi. V. anche P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 326. L'ordinamento francese si distingue per l'ampia riflessione dottrinale in materia, sollecitata da una

La necessità di ricomporre il nesso causale si pone, dunque, a fronte di una mancata diagnosi di disabilità del feto o *tout court* di una omessa diagnosi di gravidanza, condotte che parimenti precludono alla gestante una decisione in senso abortivo nei tempi normativamente previsti.

In entrambi i casi, vi sono alcune circostanze oggettive che, ai fini dell'affermazione della responsabilità sanitaria, devono essere accertate in via preliminare.

Dal punto di vista giuridico, deve anzitutto sussistere la possibilità, nella fattispecie concreta, di ricorrere all'interruzione della gravidanza. A rigore, essa rileva in un momento addirittura prodromico all'accertamento del nesso causale e attiene, più correttamente, all'antigiuridicità della condotta sanitaria¹².

copiosa giurisprudenza: cfr., ex pluribus, J. Malherbe, Médecine et Droit moderne, Parigi, 1968, p. 177; P.J. Doll, Des conséquences pecuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures, in JCP G, 1970, p. 2351; G. Durry, La faute de refuser une transfusion sanguine, in RTD civ., 1975, p. 712; G. MEMETEAU, Volonté du malade opposée à l'intérêt du malade. Provocation à une réfléxion hérétique, in R.D.U.S., 1988, 18, p. 265; A. GORNY, La faute de la victime en droit de la santé: où en est-on en 2008?, in Gaz. Pal., 2008, 275, p. 5. V., da ultime, Cass. civ., ch. I, 15 janvier 2015, n. 13-21.180, in Rev. contr., 2015, p. 461, con commento di J.-S. Borghetti, L'incidence du refus de soins sur le droit à l'indemnisation de la victime d'un dommage corporel; in Gaz. Pal., 2015, 77-78, p. 10, con commento di J. Guigue, Conséquences d'un refus de soins sur l'aggravation d'un état pathologique; in JCP G, 2015, p. 719, con nota di J. HOUSSIER, Nouveau revers pour l'obligation de minimiser son dommage; in Gaz. Pal., 2015, 105-106, p. 18, con commento di A. Guegan-Lecuyer, Au nom de l'article 16-3 du Code civil, le refus de soins ne peut pas justifier une limitation de la réparation intégrale; in D., 2015, pp. 1075 ss., con nota di T. GISCLARD, La victime ne peut voir son indemnisation réduite pour avoir refusé des soins médicaux, e in Rev. Lamy droit civ., 2015, 124, pp. 22 ss., con commento di P. LOUVEL, Absence d'obligation pour la victime de limiter son dommage, e Cass. crim., 27 septembre 2016, n. 15-83.309, in Rev. gén. droit assur., 2016, p. 525, con commento di J. LANDEL, La victime non tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable, peut refuser les soins préconisés pour améliorer sa santé; Cass. civ., 19 juin 2003, in D., 2003, pp. 2326 ss., con nota di J.-P. CHAZAL, «L'ultraindemnisation»: une réparation au delà des préjudices directs, e in JCP G, 2003, p. 1933, con commento di C. Castets-Renard, La victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable. È invece 'colposa' la decisione della paziente di non sottoporsi, nel corso della gravidanza, alle analisi che avrebbero rivelato i limiti e gli errori dell'avvenuta consulenza genetica: cfr. Adm. App. Paris, 6 octobre 2008, n. 07PA03630, in AJDA, 2009, p. 214, con commento di S. HENNETTE-VAUCHEZ, Conseil génétique et responsabilité: l'embarassante question du concours de la victime à la survenance d'un dommage, che esclude qualsivoglia risarcimento del danno.

^{12 «}Se la condotta colpevole sia intervenuta in epoca successiva allo spirare dei ter-

In assenza dei presupposti normativamente previsti, difatti, l'aborto integra un reato e il danno eventualmente lamentato dalla madre non è conseguenza della colpa professionale, bensì di un precetto imperativo di legge. In altri termini, non riveste interesse alcuno ricostruire quale sarebbe stata la decisione della gestante, là dove tale capacità decisionale nemmeno viene accordata dall'ordinamento di riferimento: non rileva, dunque, ciò che avrebbe *voluto*, perché nemmeno avrebbe *potuto*¹³.

mini ultimi di cui, rispettivamente, agli artt. 4 e 6 della legge 184/1978, non il nesso di causalità, ma l'ingiustizia del danno risulterà esclusa, visto che la possibilità perduta di ricorrere all'aborto, pur causalmente riconducibile alla condotta omessa, è esclusa ex lege dal definitivo spirare dei termini per la sua realizzazione»: così Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, in Foro it., 2018, cc. 1607 ss., con commento di R. PARDOLESI-B. TASSONE, La perdita della "chance" e le forbici della Terza Sezione, in Corr. giur., 2018, pp. 912 ss., con commento di B. TASSONE, La razionalizzazione della "chance" secondo la Cassazione in prospettiva di comparazione; in Nuova giur. civ. comm., 2018, pp. 1291 ss., con commento di S. Garreffa, I paralogismi della teoria della "chance" perduta. Similmente, v. Trib. Catania, 27 marzo 2006, n. 1037, in www.altalex.com, con commento di L. Viola, Danni da nascita indesiderata: i presupposti per il risarcimento. Contra Trib. Bergamo, 2 novembre 1995, in Danno resp., 1996, pp. 249 ss., con commento di C. Palumbo, Errore diagnostico e mancata interruzione di gravidanza, secondo cui il danno ingiusto consisterebbe «non solo nella violazione del dovere d'informazione, ma anche nel non aver posto l'attrice nelle condizioni di avvalersi di un diritto in astratto, a prescindere dall'accertabilità concreta delle sue possibilità di esercizio».

¹³ Ritiene invece che le condizioni normativamente previste siano implicitamente allegate là dove la madre dichiari che si sarebbe avvalsa della facoltà di interrompere la gravidanza Cass. civ., Sez. III, 10 novembre 2010, n. 22837, in Nuova giur. civ. comm., 2011, I, pp. 468 ss., con nota di E. Palmerini, Il "sottosistema" della responsabilità da nascita indesiderata e le asimmetrie con il regime della responsabilità medica in generale; in Danno resp., 2011, pp. 387 ss., con commento di R. Simone, Nascite dannose: tra inadempimento (contrattuale) e nesso causale (extracontrattuale), e in Giust. civ., 2012, I, pp. 408 ss., con nota di P. VALORE, Diritto all'interruzione di gravidanza: obblighi informativi e responsabilità. Solo nell'ipotesi in cui il convenuto ciò contestasse, negando che la donna avrebbe potuto o voluto abortire, si configurerebbe una specifica esigenza probatoria in ordine a tali fatti, quali la natura della decisione e la possibilità normativa di attuare tale determinazione. In termini difformi, e in ordine alla necessità di dimostrare i presupposti di operatività della fattispecie, v. Cass. civ., Sez. III, 10 dicembre 2013, n. 27528, in Giur. it., 2014, pp. 1587 ss., con commento di L. Coppo, La prova del nesso nei giudizi di responsabilità per omessa diagnosi prenatale, e Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7269, in Resp. civ. prev., 2013, pp. 1499 ss., con commento di M. Della Corte, Nascita indesiderata per omessa diagnosi: onere probatorio, interesse leso e danno risarcibile, in Danno resp., 2013, pp. 1072 ss., con nota di C. Treccani, Richiesta di accertamento diagnostico e onere della prova: i primi punti fermi della Corte di cassazione; in Fam. dir., 2013, pp. 1095 ss., con commento di C. Per quanto attiene all'ordinamento italiano, devono dunque sussistere le condizioni dettate dagli artt. 4 e 6 della l. n. 194/1978: in merito all'epoca gestazionale, al pericolo per la salute o per la vita della donna così come declinato dal legislatore, alla possibilità o meno di vita autonoma del feto e alla rilevanza della sua malformazione¹⁴.

Resta da chiarire, riguardo al rischio per l'integrità psicofisica femminile, se questo debba essersi tradotto in un danno effettivo, ai fini della valutazione giudizialmente operata *ex post* in punto di antigiuridicità della condotta¹⁵.

Le alternative che si presentano sono due soltanto.

Si può prediligere una prospettiva di 'prognosi postuma', con la quale determinare la probabilità del pericolo *ex ante*, secondo un ragionamento meramente ipotetico e riguardo ad un evento non più suscettibile di realizzarsi: per esempio, la conoscenza delle malformazioni fetali durante la gestazione. È così fatto salvo, benché artificiosamente, il punto di vista del legislatore¹⁶.

AMATO, Omessa diagnosi prenatale: regime dell'onere probatorio e rilevanza dell'obbligo informativo; in Nuova giur. civ. comm., 2013, I, pp. 653 ss., con nota di R. Pucella, Legittimazione all'interruzione di gravidanza, nascita "indesiderata" e prova del danno (alcune considerazioni in merito a Cass., 22.3.2013, n. 7269), e in Jus, 2014, pp. 583 ss., con commento di F. Zecchin, Errore diagnostico e "wrongful birth": nuovi principi per la responsabilità medica?. Sulla rilevanza della malformazione del nascituro, cfr. Cass. civ., Sez. III, 11 aprile 2017, n. 9251, in Danno resp., 2017, pp. 551 ss., con commento di M. Petruzzi, Il danno da nascita indesiderata: una conferma all'orientamento espresso dalle Sezioni Unite, e in Giustiziacivile.com, 2018, p. 7, con commento di V. Mirmina, Risarcimento del "danno da nascita indesiderata" quale violazione del diritto di autodeterminazione della donna ed onere probatorio.

14 Così App. Perugia, 15 dicembre 2004, in Rin it. med. leg., 2005, pp. 421 ss., con nota di F. Camilletti, La violazione da parte del medico dell'obbligo di informare la gestante dell'esistenza di malformazioni del feto non comporta automaticamente il risarcimento di un danno biologico; in Giur. mer., 2005, p. 1800, con commento di M.L.G. Rocca, Quando l'errore medico diventa imposizione coattiva di un futuro votato al sacrificio (danno esistenziale da lesione al diritto di autodeterminazione e responsabilità della "ASL"); in Resp. civ., 2005, pp. 795 ss., con commento di C. Gargioni, Il medico, l'ospedale e una nascita indesiderata, e in Resp. civ. prev., 2005, pp. 737 ss., con commento di L. Ciaroni, Malpractice medica e danno non patrimoniale. Secondo Cass. civ., Sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, cit., «alla donna spetta provare i fatti costitutivi del diritto, al medico i fatti idonei ad escluderlo. Pertanto, non spetta alla donna provare che quando è maturato l'inadempimento del medico il feto non era ancora pervenuto alla condizione della possibilità di vita autonoma, ma spetta al medico provare il contrario».

¹⁵ Così Cass. civ., Sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.

¹⁶ Così Cass. civ., Sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, in Foro it., 2002, I, c. 3115, con

Si può tuttavia anche compiere una verifica *ex post* in ordine all'effettiva realizzazione di questo rischio, secondo un *modus operandi* che giustifica il meccanismo probabilistico solo in assenza del dato reale, il quale ultimo, altrimenti, è destinato a prevalere. L'esito, invero, è di negare all'attrice la riparazione del danno subito a séguito di una valutazione più rigorosa di quella imposta dalla norma stessa, norma della cui applicazione la danneggiata è stata peraltro colposamente privata¹⁷.

La scelta fra le due opzioni di cui sopra non condiziona, però, un assunto ulteriore. La salute della gestante è il bene in nome del quale si dispiega la disciplina in materia di interruzione della gravidanza e rileva ai fini dell'accertamento dell'antigiuridicità della condotta medica. Non rileva, invece, ai fini della delimitazione del danno risarcibile, il quale è costituito da tutte le conseguenze immediate e dirette dell'illecito e non

¹⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 24 marzo 1999, n. 2793, in *Danno resp.*, 1999, pp. 766 ss., con commento di M. Gorgoni, *Interruzione volontaria della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partoriente*; e in *Foro it.*, 1999, I, c. 1804, con nota di A. Palmieri, *Danno da nascita indesiderata e responsabilità del medico per omessa informazione su malformazioni del feto*; Cass. civ., Sez. III, 10 giugno 2020, n. 11123, in *Dir. giur.*, 11 giugno 2020, con nota di S. Mendicino, *La responsabilità medica ed i danni conseguenti ad una nascita indesiderata.*

nota di A. PALMIERI-R. SIMONE, Nascita indesiderata: il diritto alla scelta presa sul serio; in Riv. it, med. leg., 2003, pp. 182 ss., con nota di P. Frati-G. Montanari Vergallo-N.M. Di Luca, Le nuove frontiere risarcitorie dei "wrongful birth cases": la Cassazione fa il punto; in Nuova giur. civ. comm., 2003, I, pp. 619 ss., con commento di R. De Matteis, La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili; in Giur. it., 2003, pp. 884 ss., con nota di C. Poncibò, La nascita indesiderata tra Italia e Francia; in Resp. civ. prev., 2003, pp. 117 ss., con commento di M. Gorgoni, Il contratto tra la gestante e il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre, e in Rass. dir. civ., 2005, pp. 1078 ss., con commento di S. D'Andria, Responsabilità del medico per errata diagnosi prenatale e risarcimento del «danno da nascita indesiderata»; Cass. civ., Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488, in Foro it., 2004, I, c. 3327 ss., con nota di A. Bitetto, Il diritto a "nascere sani"; in Familia, 2005, pp. 943 ss., con nota di A. Querci, Vita indesiderata, ingiusta, non sana: profili di responsabilità civile, e in Nuova giur. civ. comm., 2005, I, pp. 559 ss., con commento di C. Pasquinelli, La prova della colpa nella responsabilità medica e l'accertamento del nesso causale per i danni da nascita indesiderata; Cass. civ., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.; Cass. civ., Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2354, in Danno resp., 2011, pp. 387 ss., con commento di R. Simone, Nascite dannose: tra inadempimento (contrattuale) e nesso causale (extracontrattuale); Cass. civ., 10 novembre 2010, n. 22837, cit.; Cass. civ., Sez. III, 13 luglio 2011, n. 15386, in Nuova giur. civ. comm., 2011, I, pp. 1253 ss., con commento di V. Carbone, Colpa per assunzione e obbligo di avviso nella responsabilità medico-sanitaria, e in Giust. civ., 2012, I, pp. 408 ss., con nota di P. VALORE, Diritto all'interruzione della gravidanza: obblighi informativi e responsabilità.

solo da quelle attinenti all'integrità psicofisica della madre, dovendosi perciò considerare anche i danni a carattere patrimoniale e gli ulteriori danni non patrimoniali sofferti dalla donna e diversi dal biologico, nonché tutti i pregiudizi, di varia natura, altresì patiti dal padre¹⁸. Si tratta, dunque, di due piani completamente diversi: quello dell'interesse tutelato dalla norma, che costituisce la *ratio* dell'intervento legislativo e non assurge, invece, a criterio selettivo nel momento compensativo; e quello della liquidazione di tutti i pregiudizi derivanti dalla impossibilità di ricorrere alla norma medesima¹⁹.

L'accertamento delle circostanze oggettive di carattere medico-scientifico è strumentale, invece, alla definizione del nesso eziologico e riguarda l'idoneità a disvelare le malformazioni fetali (o lo stato di gravidanza) degli accertamenti diagnostici che il medico ha mancato di prescrivere²⁰ o la inidoneità di quelli pure eseguiti. Il piano della colpa e della causalità, invero, paiono qui intersecarsi, là dove gli accertamenti negligentemente omessi o, per converso, diligentemente realizzati po-

¹⁸ V. Cass. civ., Sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13, in Resp. civ. prev., 2010, pp. 1027 ss., con nota di M. Fortino, La prevedibile resurrezione del danno esistenziale; in Resp. civ., 2010, pp. 582 ss., con nota di R. Partisani, Il danno esistenziale del padre da nascita indesiderata; in Contratti, 2010, p. 662, con commento di V. De Feo, Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni nel concepito; in Danno resp., 2010, p. 702, con commento di M. Feola, La Cassazione e il diritto del minore a nascere sano; in Giust. civ., 2011, I, p. 2457, con commento di M. Rossetti, Lo stato dell'arte sul danno da nascita indesiderata, e in Dir. fam., 2011, pp. 1131 ss., con nota di F. Zecchin, Diagnosi tardiva e risarcimento del danno.

¹⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20320, in Danno resp., 2006, pp. 510 ss., con commento di S. Cacace, La scelta solo alla madre, il risarcimento anche al padre: cronache da una nascita indesiderata; in Dir. uomo, 2006, p. 55, con nota di M. Cataliotti, L'estensione della tutela risarcitoria ai prossimi congiunti nella fattispecie della nascita indesiderata ad opera della Corte di cassazione italiana. L'esperienza francese a confronto; in Fam. dir., 2006, pp. 253 ss., con commento di G. Facci, Il danno da nascita indesiderata e la legittimazione al risarcimento del padre; in Giur. it., 2007, pp. 629 ss., con commento di A. Restignoli, Nota in tema di danno da nascita indesiderata; e in Riv. it. med. leg., 2007, pp. 1172 ss., con commento di L. Cavallo, Risarcimento del danno da nascita indesiderata: il padre ha diritto al risarcimento in via immediata e diretta.

²⁰ V. Cass. civ., Sez. III, 27 novembre 2015, n. 24220, in *Danno resp.*, 2017, pp. 64 ss., con nota di L. MATTINA, *Il consenso informato e l'autonomia risarcitoria del diritto all'autodeterminazione*. Cfr. altresì Cass. civ., Sez. III, 26 novembre 2019, n. 30727, inedita, secondo la quale «il sanitario che formuli una diagnosi di normalità morfologica del feto anche sulla base di esami strumentali che non ne hanno consentito, senza sua colpa, la visualizzazione nella sua interezza, ha l'obbligo d'informare la paziente della possibilità di ricorrere ad un centro di più elevato livello di specializzazione».

trebbero essere idonei ad individuare malformazioni diverse da quella della fattispecie concreta. In casi come questi, la responsabilità è naturalmente esclusa, per l'assenza di rapporto causale.

Per contro, la capacità dell'esame realizzato di disvelare la malformazione del caso di specie (o lo stato di gravidanza della paziente) sposta il problema dal piano causale, accertato, a quello della diligenza professionale, con la possibilità per il sanitario di dimostrare l'assenza di colpa nell'esecuzione della prestazione²¹.

La difficoltà di accertare il nesso eziologico si colloca però principalmente nella prova di un fatto psichico, quale è la decisione che la donna avrebbe adottato se avesse conosciuto le condizioni di salute del nascituro o se solo avesse saputo di essere incinta²². Quest'onere grava

²¹ V. Trib. Milano, 24 ottobre 1996, in Resp. civ. prev., 1999, pp. 586 ss., con nota di R. ZOJA, Riflessioni medicolegali su un caso di mancata diagnosi ecografica in gravidanza, che esclude la negligenza del convenuto quando siano stati eseguiti «tutti i rilievi normalmente da attuarsi» e considerata la percentuale di insuccesso diagnostico ecografico per le malformazioni congenite. Cfr., inoltre, Trib. Locri, 6 ottobre 2000, in Danno resp., 2001, pp. 393 ss., con commento di F. BILOTTA, Il danno esistenziale: l'isola che non c'era; in Familia, 2001, pp. 824 ss., con nota di E. Bellisario, Nascita indesiderata e vita non voluta: esperienze europee a confronto; in Giur. it., 2001, pp. 735 ss., con commento di M. Bona, Mancata diagnosi di malformazioni fetali: responsabilità del medico ecografista e risarcimento del danno esistenziale da "wrongful birth"; in Resp. civ. prev., 2001, pp. 409 ss., con nota di A. Guarneri, Wrongful life, bébé préjudice e il discusso diritto a nascere sano...o a non nascere, e commento di P. Ziviz, Danno biologico e danno esistenziale: parallelismi e sovrapposizioni, e in Riv. it. med. leg., 2002, pp. 209 ss., con nota di A. DEMORI-L. MACRÌ, Danno esistenziale e "wrongful life". Cfr., infine, Cass. civ., Sez. III, 8 marzo 2016, in Resp. civ. prev., 2016, pp. 1637 ss., con commento di M. Gorgoni, Malformazioni fetali non diagnosticabili con l'uso degli ecografi nella disponibilità degli ospedali all'epoca in cui si svolsero i fatti e profili di responsabilità sanitaria.

²² Cfr. Cass. civ., Sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195, in *Danno resp.*, 1999, pp. 522 ss., con commento di E. Filograna, "Se avessi potuto scegliere ...": la diagnosi prenatale e il diritto all'autodeterminazione, e in Foro it., 1999, I, c. 77, con nota di A. Palmieri, Sulla responsabilità del medico per mancato ricorso all'aborto a causa di erronee informazioni sulla malformazione del feto; Trib. Roma, 9 marzo 2004, in *Danno resp.*, 2005, pp. 205 ss., con nota di S. Cacace, Perruche et alii: un bambino e i suoi danni, e Trib. Cagliari, 12 aprile 2006, in *Riv. giur. sarda*, 2007, pp. 419 ss., con nota di F. Cappai, *Omessa diagnosi delle malformazioni del nascituro: il punto sugli interessi coinvolti e sui danni risarcibili.* V. Cass. civ., Sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, cit.: «Non sono danni che derivano dall'inadempimento del medico quelli che il suo adempimento non avrebbe evitato: una nascita che la madre non avrebbe potuto scegliere di rifiutare; una nascita che non avrebbe in concreto rifiutato; la presenza nel figlio di menomazioni o malformazioni al cui consolidarsi non avrebbe potuto porsi riparo durante la gravidanza in modo che il figlio nascesse sano».

sulla gestante²³, secondo il canone della vicinanza della prova e ai sensi dell'art. 2697 c.c., e viene assolto dimostrando altre circostanze, dalle quali sia possibile risalire per via induttiva all'esistenza di un mero e per lo più ipotetico stato psicologico in capo alla futura madre. A titolo d'esempio, tali circostanze sono il ricorso al consulto medico, proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva²⁴. La volontà della donna, difatti, non è suscettibile di prova in senso stretto semplicemente perché non verte su un fatto storico.

L'onere probatorio viene così assolto in via presuntiva (*praesumptio hominis*), in base ad inferenze desumibili da elementi conosciuti e oggettivamente dimostrabili, nonché secondo il parametro del 'più probabile che non', misurando la frequenza di un evento in una serie di possibilità date. A fronte di una regolarità causale così accertata, grava sul professionista la prova contraria che la gestante non si sarebbe determinata all'aborto, per qualsivoglia ragione a lei personale.

²³ Non bastando la mera allegazione: cfr. Cass. civ., Sez. III, 30 maggio 2014, n. 12264, in *Danno resp.*, 2014, pp. 1146 ss., con commento di C. Treccani, *Omessa diagnosi di malformazioni del feto e ripartizione degli oneri probatori*; in *Riv. it. med. leg.*, 2014, pp. 1345 ss., con nota di A. Garibotti, *Dal paternalismo medico al paternalismo giudiziale*, e in *Giur. it.*, 2015, p. 51, con commento di A. Vapino, *La prova della volontà abortiva ai fini del risarcimento da nascita indesiderata*; Cass. civ., Sez. III, 23 febbraio 2015 (ord.), n. 3569, in *Danno resp.*, 2015, pp. 695 ss., con commento di C. Madonia, *Danno da nascita indesiderata: questioni controverse in attesa di giudizio*; in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 815, con nota di M. Gerbi, *In tema di danno da nascita indesiderata*; in *Riv. Biodiritto*, 2015, pp. 261 ss., con commento di L. Conte, *Danno da nascita non desiderata e danno da nascita malformata: la parola alle Sezioni Unite*; in *Foro it.*, 2015, I, c. 1575, con nota di M. Bona, *In tema di danni in materia civile*; in *Dir. civ. contemp.*, 9 marzo 2015, con commento di G. Cricenti, *Il danno da nascita indesiderata rimesso alle Sezioni Unite (per le ragioni sbagliate)*, e in *Resp. civ. prev.*, 2015, pp. 696 ss., con commento di M. Gorgoni, *La responsabilità sanitaria per nascita indesiderata: in attesa delle Sezioni Unite*.

²⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 19 luglio 2018, n. 19151, in *ridare.it*, 4 settembre 2018, con commento di G. Gea, *Il danno morale, autonoma voce di danno, deve essere liquidato in aggiunta al danno biologico psichico*, secondo cui «la volontà abortiva è desumibile dalle insistenti richieste della gestante (...) di effettuare una diagnosi prenatale (...) e dalle statistiche sul ricorso a interruzione in caso di feti malformati».

3. Il danno da impreparazione

Siffatta ricostruzione del nesso eziologico pare imporre al giudice un'alternativa *tranchant*.

Se la madre prova che avrebbe abortito laddove debitamente informata, il medico risponderà nei suoi confronti di tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, conseguenti alla sua omissione colposa. In assenza di tale prova, nessun risarcimento sarà dovuto, per mancanza di efficienza causale tra la condotta sanitaria e l'evento (la nascita), che si sarebbe verificato anche nell'ipotesi di adempimento dell'obbligo informativo.

La figura del danno da impreparazione rompe però questo schema dicotomico e consente uno spazio risarcitorio anche qualora la decisione in senso abortivo non sia stata dimostrata o non possa esserlo per l'assenza delle condizioni normativamente previste per l'interruzione volontaria di una gravidanza. È il danno da 'effetto-sorpresa', per il turbamento e la sofferenza ingenerati dalla realizzazione di conseguenze che, non essendo state «prospettate come possibili», non possono che essere accettate solo molto più difficilmente e dolorosamente. Secondo una prospettiva di responsabilità sanitaria più ampia, si tratta di una «condizione di spirito» che deriva dalla 'sorpresa' e dalla quale altresì scaturisce una naturale propensione ad incolpare il medico per l'esito negativo dell'intervento, *ex ante* possibile in termini di alea, ma dal paziente del tutto ignorato²⁵.

²⁵ Così Cass. civ., Sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, pp. 783 ss., con commenti di S. Cacace, *I danni da (mancato) consenso informato*, e di A. Scacchi, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*; in *Danno resp.*, 2010, pp. 685 ss., con commento di R. Simone, *Consenso informato e onere della prova*; in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1013, con nota di M. Gorgoni, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*; in *Giur. it.*, 2011, p. 816, con commento di G. Chiarini, *Il medico (ir) responsabile e il paziente (dis)informato. Note in tema di danno risarcibile per intervento terapeutico eseguito in difetto di consenso*; in *Corr. giur.*, 2010, pp. 1201 ss., con nota di A. di Majo, *La responsabilità da violazione del consenso informato*; in *Contr. impr.*, 2010, p. 653, con commento di C. Pirro, *Sulla mancata acquisizione del consenso informato da parte del medico*, e in *Foro it.*, 2010, I, c. 2113, con note di richiami di R. Simone. Riconosce l'importanza «di predisporsi ad affrontare consapevolmente le conseguenze dell'intervento, ove queste risultino, sul piano postoperatorio e riabilitativo, particolarmente gravose e foriere di sofferenze prevedibili (per il medico) quanto inaspettate (per il paziente) a causa

Non rileva, dunque, che l'handicap del figlio non sia in alcun modo eziologicamente riconducibile all'operato medico o che la madre optasse o potesse optare per un'interruzione volontaria della gravidanza, essendo decisivo solo il fatto che essa aveva diritto a che una diligente diagnosi ed informazione la 'preparassero' alla nascita di un bambino malato²⁶. Residua, dunque, un danno ingiusto, là dove si tratti di malformazioni rilevabili dagli accertamenti eseguiti o negligentemente omessi.

Il danno da impreparazione può assumere natura sia patrimoniale sia non patrimoniale, in relazione alle conseguenze dell'effetto-sorpresa. Ai fini della sua riparazione, però, deve essere provato e non è mai *in re ipsa*, non bastando la mera lesione dell'autodeterminazione derivante dalla mancata informazione²⁷.

dell'omessa informazione» anche Cass. civ., Sez. III, 23 marzo 2018, n. 7248, in Foro it., 2018, I, c. 2416, con commento di M. CAPUTI, Consenso informato, autodeterminazione e contrasti occulti ma non troppo.

²⁶ Sul «diritto dei genitori (...) di prepararsi psicologicamente e, se del caso, anche materialmente all'arrivo di un figlio menomato» v. Cass. civ., Sez. III, 25 giugno 2019, n. 16892, in *Dir. gius.*, 2019, 117, p. 8, con nota di L. Tantalo, *Il medico ha sempre il dovere di informare il paziente sulla natura dell'intervento*. Cfr. altresì Cass. civ., Sez. III, 28 febbraio 2017, n. 5004, in *Minorigiustizia*, 2017, p. 174, con commento di S. Albano, *Quando nascere è un danno*, in merito alla «elaborazione del fatto da parte dei genitori, della accettazione e predisposizione di una diversa organizzazione di vita», nonché alla possibilità di «programmare interventi chirurgici o cure tempestive, farmacologiche o riabilitative», «di attivarsi immediatamente con la collaborazione dei medici per eliminare il problema o limitarne le conseguenze dannose per il bambino».

²⁷ V. però Cass. civ., Sez. III, 5 luglio 2017, n. 16503, in San. pubbl. prin., 2017, pp. 65 ss., con commento di L. Dimasi, Mancata informazione del paziente e onere probatorio: quale ripartizione?, in merito al riconoscimento di un danno-conseguenza anche nella «sofferenza e nella contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente, patite dal paziente in ragione dello svolgimento sulla sua persona dell'intervento durante la sua esecuzione e nella relativa convalescenza». Cfr. anche Cass. civ., Sez. III, 30 settembre 2014, n. 20547, in Guida dir., 2014, 46, p. 62; Cass. civ., Sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2854, in Danno resp., 2015, p. 421; Cass. civ., Sez. III, 14 luglio 2015, n. 14642, in Foro pad., 2016, I, c. 10, con commento di C. Fossà, Responsabilità per difetto del consenso informato: l'irresponsabile inadempimento dell'obbligo informativo e i suoi risvolti, sostanziali, processuali e probatori; Cass. civ., Sez. III, 23 marzo 2018, n. 7248, in Danno resp., 2018, pp. 613 ss., con commento di S. Brazzini-P.P. Mulà, Quale forma deve avere il consenso informato? Le oscillazioni della Cassazione e la soluzione della nuova legge; Cass. civ., Sez. III, 15 maggio 2018, n. 11749, in Nuova giur: civ. comm., 2018, I, pp. 1644 ss.,

È significativo notare che l'autodeterminazione è qui intesa come mera consapevolezza e non più come scelta. Non essendo decisivo dimostrare che la gestante avrebbe abortito o che, più in generale, il paziente avrebbe rifiutato il trattamento sanitario, se avesse conosciuto l'alea poi in effetti realizzatasi, l'onere probatorio si riduce all'analisi eziologica del rapporto fra l'inadempimento e il pregiudizio correlato alla pura e semplice mancata informazione, senza l'interposizione dell'eventualità di evitare la nascita indesiderata.

L'impreparazione non può tuttavia prescindere dall'esistenza di un pregiudizio alla salute, benché non riconducibile a colpa medica e neppure escluso, in ipotesi, dall'esito persino positivo dell'intervento: pregiudizio alla salute del neonato, nel caso di specie, ovvero del paziente medesimo nel caso di omessa informazione riguardo al rischio insito nell'operazione o alle possibili (o certe) conseguenze anche sfavorevoli del trattamento. Benché voce di danno eventualmente suscettibile di autonoma riparazione, difatti, l'impreparazione richiede per sua stessa natura l'esistenza di un pregiudizio diverso rispetto al quale, appunto, non si è stati preparati.

Qualora anche quest'ultimo sia addebitabile al personale sanitario, la posta risarcitoria sarà invece unica ed unitaria e l'impreparazione verrà assorbita all'interno del pregiudizio che può definirsi 'principale'.

È quanto mai impropria, dunque, una definizione di tale danno da impreparazione quale perdita della *chance* di conoscere lo stato del feto prima dell'esito della gravidanza, non ricorrendo né una pregiudicata facoltà di scelta né una irrisolvibile incertezza quanto al danno medesimo, nei termini di un *peius* addebitabile alla condotta colposa.

L'adempimento del medico quanto all'informazione dovuta, difatti, avrebbe consentito alla paziente di 'prepararsi', con una eliminazione

con commento di I. Pizzimenti, Consenso informato e danno da lesione del diritto all'autode-terminazione: il risarcimento è automatico?; Cass. civ., Sez. III, 28 giugno 2018, n. 17022, in Giur. it., 2018, p. 2057; Cass. civ., Sez. III, 22 agosto 2018, n. 20885, in Nuova giur. civ. comm., 2018, p. 1652. Cfr. U. Carnevali, Omessa informazione da parte del medico, danno da trattamento terapeutico e ipotetica scelta del paziente, in Resp. civ. prev., 2010, p. 2181; P. Ziviz, Le sabbie mobili del danno da lesione all'autodeterminazione nel trattamento sanitario, in Resp. civ. prev., 2019, p. 1485. V., infine, Cass. civ., Sez. III, 15 aprile 2019, n. 10424, in Foro it., 2019, I, c. 2346, che liquida, nel caso di colposo ritardo diagnostico, «la perdita di un "ventaglio" di opzioni con le quali scegliere come affrontare l'ultimo tratto del proprio percorso di vita», «anche attraverso la mera accettazione della propria condizione».

o riduzione della sofferenza psico-fisica e/o della perdita patrimoniale successivamente patite.

Il riferimento ad una «perdita di *chance* di conoscere lo stato del feto ben prima dell'esito della gravidanza», dalla quale derivi un danno alla salute psicofisica della madre «per avere avuto la sorpresa della condizione patologica del figlio» alla sua nascita, pare, dunque, del tutto inconferente, eccezion fatta per ipotesi molto ben circoscritte²⁸.

4. La chance

Più in generale, il danno da nascita indesiderata non sembra giustificare un ragionamento fondato sulla perdita di *chance*, se non per fattispecie ben determinate²⁹.

²⁸ Così Cass. civ., Sez. III, 10 gennaio 2017, n. 243, in *Danno resp.*, 2017, pp. 507 ss., con commento di M. Cortese, *Nascita indesiderata o conseguenze da nascita malformata: insoliti profili risarcitori e prova del nesso causale.*

²⁹ Sulla irrisarcibilità della *chance* per mancanza di certezza e di attualità e sulla impossibilità di una sua valutazione patrimoniale, cfr. già G. PACCHIONI, Diritto civile italiano, Parte Seconda, Diritto delle obbligazioni, IV, Dei delitti e quasi delitti, Padova, 1940, pp. 109 ss. In senso parimenti contrario, v. F.D. Busnelli, Perdita di una «chance» e risarcimento del danno, nota ad App. Parigi, 6 marzo 1964, in Foro it., 1965, IV, c. 47, e C. CASTRONOVO, Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale, in Eur. dir. priv., 2008, p. 322; e in Liber amicorum per Francesco D. Busnelli, II, cit., p. 355. V. altresì M. BOCCHIOLA, Perdita di una "chance" e certezza del danno, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1976, p. 89; A.M. PRINCIGALLI, Perdita di chances e danno risarcibile, in Riv. crit. dir. priv., 1985, p. 315; A. DE CUPIS, Il risarcimento da perdita di una «chance», in Giur. it., 1986, p. 1182; V. Zeno-Zencovich, Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura, in Riv. dir. comm., 1986, I, p. 214; F. MASTROPAOLO, Danno (Risarcimento del danno), in Enc. giur. Treccani, IV, Roma, 1988, 1 ss.; G. DE MARZO, Purché non siano percentuali: perdita di "chance" e "quantum" del danno risarcibile, in Foro it., 1991, I, c. 1793; A. PONTECORVO, La responsabilità per perdita di chance, in Giust. civ., 1997, I, p. 447; P.G. MONATERI, La responsabilità civile, in R. SACCO (diretto da), Tratt. dir. civ., III, Torino, 1998; S. MONTICELLI, Responsabilità civile e perdita di chance: breve storia di una lesione (in)visibile, in Nuova giur. civ. comm., 2003, I, p. 873 s.; F.S. Severi, Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile, in Resp. civ. prev., 2003, p. 296; T. GUALANO, Perdita di chance, in G. VETTORI (a cura di), Il danno risarcibile, I, Padova, 2004, p. 121; M. FEOLA, Il danno da perdita di chances, Napoli, 2004; M.F. LO MORO BIGLIA, Il risarcimento della chance frustrata. Un itinerario incrementale, Napoli, 2006; R. Pucella, La causalità «incerta», Torino, 2007; F.S. Severi, Il danno da perdita di chance, in Resp. civ. prev., 2010, p. 2209; D. CHINDEMI, Il danno da perdita di chance, Milano, 2010; G. Gioia, La prova del nesso causale nella responsabilità medica, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2019, p. 1341; E. MIGLIACCIO, Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova, in

Alla lesione di un diritto corrisponde difatti sempre la perdita di una possibilità, quale è la possibilità di esercitare, o di esercitare compiutamente, il diritto medesimo. Una ricostruzione in termini di *chance* deriverebbe, allora, da un mero equivoco lessicale e finirebbe per riguardare qualsivoglia ipotesi in cui il pregiudizio consista in qualcosa che il soggetto non ha potuto fare.

La *chance* concerne, invece, ciò che il soggetto ancora non ha, in questo senso dovendosi intendere come possibilità protesa verso il futuro e non come lesione di un'attualità, di un diritto di cui si è già titolari. La riparazione solo parziale del danno sofferto dal paziente derivante dall'adozione del meccanismo della *chance* costituisce un artificio con il quale si pretende di risolvere in termini di quantificazione del danno una questione che, in realtà, attiene esclusivamente al nesso di causalità³⁰.

Dir. fam., 2019, p. 1239; S. Gatti, Riflessioni sulla risarcibilità e sulla quantificazione del danno da perdita di chance, in Resp. civ. prev., 2019, p. 2113. La perdita di chance è inizialmente intesa quale danno soltanto patrimoniale, alternativamente o al contempo sotto le spoglie del danno emergente e del lucro cessante: cfr., ex pluribus, T. TORRESI, Il «danno da perdita di chance» tra contratto e torto: diritto all'integrità patrimoniale? Danno meramente patrimoniale?, in Giur. it., 1999, p. 2073; M. TESCARO, Danno da perdita di chance, in Studium juris, 2007, p. 466; S. MAZZAMUTO, Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale, in Eur. dir. priv., 2010, p. 49; E. Gabrielli, Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipostasi giurisprudenziale, in Giust. civ., 2010, II, p. 503; M. BARCELLONA, Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile, in Eur. dir. priv., 2011, p. 945, F. TRIMARCHI BANFI, La "chance" giuridicamente rilevante: esistenza e consistenza, in Foro it., 2015, III, c. 442; G.E. NAPOLI, La perdita di "chance" nella responsabilità civile, in Resp. civ. prev., 2018, p. 52; G. MAZZEI, Il danno da perdita di "chance" e la "contrattualizzazione" della responsabilità civile, in Rass. dir. civ., 2018, p. 708; A. CINTORINO, Una rilettura del risarcimento del danno da perdita di chance come danno meramente patrimoniale, in Ordines, 2018, p. 223; E. GABRIELLI, La pérdida de la chance (una comparación italo-uruguaya), in Roma e America, 2019, p. 155.

³⁰ In àmbito di responsabilità sanitaria per mancata tempestiva diagnosi, esclude il ricorrere di una perdita di chance Cass. civ., Sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26303, in Foro it., 2020, I, c. 89, con commento di L. La Battaglia, La responsabilità del medico e l'insostenibile incertezza della chance perduta. Anche la dottrina francese evidenzia il rischio di «projeter dans l'évaluation du dommage les doutes que l'on a sur l'existence du lien de causalités: cfr. R. Savatier, Une faute peut-elle engender la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?, in D., 1970, p. 123, ma v. altresì G. Viney, La responsabilité: conditions, Paris, 1982, p. 371; Y. Chartier, La réparation du prejudice dans la responsabilité civile, Paris, 1983, pp. 36-37; C. Eldine, La théorie de la perte d'une chance sanitaire (devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat), in Ren droit sanit. soc., 1983; F. Moderne, Perte de chances sanitaires et lien

Al contrario, la liquidazione della perdita di una *chance* dovrebbe riguardare solo quelle ipotesi in cui una condotta colposa cagiona l'interruzione di una successione di eventi della quale non sarà mai possibile, a posteriori, conoscere l'esito: di scuola è il caso dello studente che, coinvolto in un incidente stradale, manca di sostenere l'esame. Il *quantum* del risarcimento è individuato, allora, sulla base delle *chances* di promozione o di bocciatura del ragazzo, perché non è possibile sapere se la prova sarebbe stata superata o meno, né è possibile, dunque, dimostrarlo in giudizio. In questo senso, il meccanismo della perdita di *chance* è solo strumentale ad una modalità di valutazione del danno, perché, ancor prima di indagare il nesso causale, non è affatto chiaro se, a fronte dell'illecito, un pregiudizio effettivamente vi sia: se lo studente sarebbe stato promosso.

La giurisprudenza commisura la perdita delle *chances* di un risultato utile alla perdita della consistente possibilità di conseguire un risultato positivo, quale danno concreto ed attuale che si distingue dalla mera perdita del risultato stesso, da intendersi come pregiudizio soltanto ipotetico ed eventuale. Si passa, dunque, dal piano eziologico a quello ontologico, là dove il risultato – il vantaggio – sarebbe stato la titolarità del diritto, a presidio di un bene di natura patrimoniale o non patrimoniale. La privazione della possibilità del risultato e del conseguimento del diritto aspirato assumerà, di conseguenza, le medesime fattezze, patrimoniali o meno.

Il danno da nascita indesiderata non conosce questa oggettiva incertezza eventistica.

Non vi è stata una prematura interruzione della serie causale, di cui senz'altro è possibile, invece, conoscere l'esito ultimo ed individuarlo

de causalité dans la responsabilité hospitalière, ivi, 1985, p. 165; J. PENNEAU, La responsabilité du médecin, Paris, 1992, p. 31; P. JOURDAIN, Sur la perte d'une chance, in RTD civ., 1992, p. 109; P. SARGOS, Les affaires de responsabilité médicale devant la Cour de Cassation, in AA. VV., La responsabilité médicale: de la faute au risque, Bordeaux, 1996; F. CHABAS, La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile, in Resp. civ. prev., 1996, p. 227; S. PORCHY, Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, in D., 1998, p. 379; G. MEMETEAU, Perte de chances et responsabilité médicale, in Gaz. pal. 1997, p. 1367; C. TACCHINI-LAFOREST, Réflexions à propos de la perte de chance, in Petites Affiches 1999, 142, p. 7; M. HEERS, L'indemnisation de la perte d'une chance, in Gaz. pal. 2000, p. 525; M. BACACHE, Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance, in D. 2008, p. 1908; M. BACACHE-GIBEILI, Les obligations — La responsabilité civile extracontractuelle, 2ª ed., Paris, 2012, pp. 402 ss.; EAD., La réparation de la perte de chance: quelles limites?, in D., 2013, p. 619.

nella sua entità e nella sua gravità: la nascita di un bambino o la nascita di un bambino disabile. Se esiste un problema di incertezza e di difficoltà probatoria, questo attiene all'accertamento del nesso eziologico, in relazione al quale la perdita di *chance* rappresenterebbe un compromesso fra negazione del risarcimento e liquidazione dell'intero pregiudizio.

Al contrario, s'è visto come la gestante debba dimostrare se l'inadempimento del medico abbia impedito di evitare il danno, per il tramite di una sua decisione di interruzione della gravidanza. L'onere probatorio può essere assolto o meno, ma non v'è spazio per l'incertezza eventistica di cui sopra³¹: per il sol fatto che la scelta abortiva rientrava, a fronte di una diagnosi corretta e di una informazione diligente, nel pieno dominio della paziente.

In àmbito sanitario, la *perte de chance* può a ragione operare solo qualora l'inadempimento del medico abbia impedito l'esecuzione di un trattamento la cui efficacia e risolutività rimangono, però, non completamente conoscibili. Il nesso causale fra la condotta colposa e l'evento di danno incerto, dunque, deve essere provato nella sua necessaria dimensione di apprezzabilità, serietà e consistenza e secondo il noto criterio del 'più probabile che non', mentre l'incertezza continua a risiedere soltanto nella capacità del trattamento colposamente non realizzato di evitare il pregiudizio³². Tuttavia, contrariamente all'ipotesi di mancata partecipazione ad un concorso, ove la dimostrazione della probabilità fa riferimento alle competenze e alla preparazione del dan-

³¹ Esclude la configurabilità di una chance perduta Trib. Rimini, 25 ottobre 2016, in Nuova giur. civ. comm., 2017, pp. 691 ss., con commento di M. AZZALINI, Nesso causale e perdita di "chances": l'illusione ottica della "doppia probabilità"; in Danno resp., 2017, pp. 230 ss., con commento di G. Fuschino, La sorte appesa a un filo: sulla perdita della "chance", e in Corr. giur., 2017, pp. 1528 ss., con commento di S. Garreffa, Il danno da perdita di "chance": una sentenza di merito che ne denuncia una fallacia dogmatica. V. anche Cass. civ., Sez. III, 20 agosto 2015, n. 16993, in Riv. dir. econ. trasp. amb., 2016, pp. 77 ss., con commento di E. Colletti, Il danno da perdita di "chance" alla luce dei più recenti contributi interpretativi.

³² Cfr. Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., e Cass. civ., Sez. III, 27 marzo 2018, n. 7516, in *Danno resp.*, 2018, pp. 621 ss., con commento di V. Fargione, Senza consenso informato il paziente va risarcito...quasi sempre!; in Foro it., 2018, cc. 2416 ss., con commento di M. Caputi, Consenso informato, autodeterminazione e contrasti occulti ma non troppo. Cfr. altresì R. Pucella, Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema, in Danno resp., 2016, p. 821, e Id., L'insanabile incertezza e le chances perdute, in Nuova giur. civ. comm., 2018, p. 1684.

neggiato e richiede una valutazione personale e soggettivizzata³³, la capacità del trattamento appartiene ad una dimensione scientifica ed oggettiva, benché eventualmente declinata secondo le specificità cliniche del caso concreto. Tale distinguo può rilevare in termini di onere probatorio, secondo il criterio della vicinanza della prova: nel primo caso, la dimostrazione della consistenza della *chance* perduta grava senz'altro sul danneggiato, il quale, nel secondo caso, potrà invece limitarsi ad una mera allegazione, suscettibile di essere contestata dal convenuto sulla base dell'*evidence-based medicine*.

L'incertezza eventistica in ordine alla capacità del mancato accertamento di disvelare la menomazione fetale prescinde, dunque, dalla diligenza sanitaria. La responsabilità è generalmente esclusa, difatti, laddove l'esame in ipotesi sia stato eseguito ma la disabilità non sia stata diagnosticata.

Nondimeno, anche la seconda *tranche* del nesso eziologico, attinente alla decisione che la gestante avrebbe adottato laddove avesse saputo, dovrà essere dimostrata secondo i canoni appena illustrati del 'più probabile che non'.

In altri termini, nel caso della nascita indesiderata, si tratterà di perdita di *chance* solo qualora l'omissione o l'errore del medico abbia precluso alla paziente di sottoporsi ad accertamenti diagnostici non sicuramente in grado di disvelare le malformazioni fetali. La *chance* conseguentemente perduta potrà allora essere rappresentata dal ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza ma anche dalla mera possibilità di 'prepararsi' alla nascita di un bambino disabile, là dove non

³³ Cfr. M. Messina, Il danno da perdita di "chance" per una mancata promozione e le non trascurabili probabilità di successo, in Danno resp., 2018, p. 336, commento a Cass. civ., Sez. lav., 25 agosto 2017 (ord.), n. 20408. V. anche Cass. civ., Sez. lav., 18 gennaio 2006, n. 852, in Dir. rel. ind., 2006, pp. 777 ss., con commento di E. Barbieri, Sulla distinzione tra danno da mancata promozione e danno da perdita di chance, e in Resp. civ. prev., 2006, pp. 1274 ss., con commento di L. Felletti, Illegittima esclusione dal concorso, danno da "perdita di chance" e danno da mancata promozione, e Cass. civ., Sez. un., 23 settembre 2013, n. 21678, in Dir. gius. online, 24 settembre 2013; nonché, più di recente, Cass. civ., Sez. lav., 18 gennaio 2019, n. 1382, in Foro it., 2019, I, c. 822; Cons. Stato, Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697, in Banca dati DeJure; Cons. Stato, Sez. III, 15 febbraio 2019, n. 1077, ivi; Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1386, ivi; Cons. Stato, Sez. IV, 23 settembre 2019, n. 6319, ivi; Cass. civ., Sez. lav., 25 settembre 2019, n. 23936, in Foro it., 2019, I, c. 3513, e Cons. Stato, Sez. V, 15 novembre 2019, n. 7845, in Banca dati DeJure.

sia dimostrabile la volontà abortiva o l'integrazione delle condizioni normativamente richieste.

Contrariamente al candidato che non partecipa al concorso, il quale può lamentare il mancato conseguimento di un vantaggio nei termini di una *chance* pretensiva³⁴, la gestante cui venga precluso di interrompere la gravidanza non è posta nelle condizioni di evitare un danno, con conseguenze di natura sia patrimoniale sia non patrimoniale. In entrambe le ipotesi, però, si tratta della perdita della «possibilità di conseguire un risultato migliorativo della situazione preesistente»³⁵.

Solo in questo senso, dunque, è consentito discorrere di possibilità perduta, in ragione della insanabile incertezza del risultato alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura a disposizione³⁶. La perdita di *chance* diviene, allora, un diminutivo astratto dell'illecito, che incide sulla quantificazione del danno³⁷.

³⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., e App. Venezia, Sez. IV, 27 febbraio 2019, n.727, in *Banca dati DeJure*.

³⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993, in *Danno resp.*, 2020, pp. 85 ss., con commento di R. Pucella, *Colpa medica, evento di danno incerto e perdita di* chances, e in *Foro it.*, 2020, c. 89, con commento di L. La Battaglia, *La responsabilità del medico*, cit.

³⁶ Cfr. A. FIORI-D. MARCHETTI, Il più probabile che improbabile ed il più improbabile che probabile, in Riv. it. med. leg., 2010, p. 174; F. DE STEFANO-G. ROCCA-F. VENTURA, Il danno da perdita di chances nell'ambito della responsabilità professionale medica. Discrepanze metodologiche tra la valutazione medico-legale e la valutazione del giudice, in Zacchia, 2011, p. 272; C. Viazzi, L'accertamento del nesso causale: ruolo della medicina legale e ricostruzione giuridica del fatto, in Riv. it. med. leg., 2012, p. 33; ID., Perdita di "chance" nella responsabilità medica: una questione ancora da definire, in Danno resp., 2013, p. 581; A. APRILE-A. FABRIS-D. RODRI-GUEZ, Danno da perdita di chance nella responsabilità medica, Padova, 2014; A. FIORI-G. LA MONACA-D. MARCHETTI, La causalità civile ed i suoi perduranti problemi medico-legali, in Riv. it. med. leg., 2014, p. 1073; R. DOMENICI-C. TONI, Danno da perdita di "chance", ivi, 2015, p. 1533; V. Bartolini-M. Focardi-G.A. Norelli-V. Pinchi, La "perdita di chance": una importante "chance" per la medicina legale, ivi, p. 389; G.A. NORELLI, La perdita di chance: uno strumento da maneggiare con cura, ivi, p. 1; R. SIMONE, Il "disgorgement" e la perdita di "chance" in campo medico: una possibile via di fuga dal metodo tabellare?, in Foro it., 2015, I, c. 469; B. Guidi-E. Serani, Il risarcimento del danno da perdita di "chance" di vita, cura e guarigione: prassi, trend e criteri liquidatori, in Danno resp., 2016, p. 505.

³⁷ Cfr. G. CRICENTI, La perdita di "chance" come diminutivo astratto. Il caso della responsabilità medica, in Resp. civ. prev., 2016, p. 2073. È una «editio minor (...) rispetto al danno da lesione di un bene finale» per M. AZZALINI, Il carattere probabilistico del danno da perdita di chance tra istanze di rigore ed esigenze di tutela della persona, in Resp. med., 2017, p. 153.

Al contrario, il danno *tout court* subito dalla paziente per l'omessa diagnosi delle malformazioni fetali è una *deminutio* di ciò di cui già con certezza avrebbe potuto altrimenti fruire. Siffatta informazione sarebbe stata il presupposto per l'esercizio del suo diritto di autodeterminazione e per l'adozione delle sue scelte successive. S'è detto come la perdita di *chance* non possa soccorrere ad un problema di nesso eziologico.

D'altro canto, è innegabile come nella incertezza eventistica risieda la indimostrabilità oggettiva del rapporto causale, che si risolve nella impossibilità stessa di assolvere al relativo onere probatorio e di provare cosa sarebbe stato più probabile. Se il medico fosse stato diligente, il peso dell'incertezza sarebbe gravato sulla paziente: l'inadempimento impedisce la traslazione del rischio³⁸. È, in altri termini, il riconoscimento dell'aspettativa legittimamente nutrita dal paziente nella diligenza del medico.

La conseguenza, tuttavia, non è la automatica predisposizione di uno strumento che sanzioni la negligenza sanitaria per il tramite della liquidazione del danno, il quale necessita di prova e di quantificazione³⁹. In questo senso, la serietà, apprezzabilità e consistenza del pregiudizio rappresentano elementi di valutazione giudiziale capaci di assicurare una sostanziale sovrapposizione tra il piano della rilevanza dell'interesse protetto e quello di una concreta e veritiera incertezza del risultato, che la scienza *in primis* definisce tale e così deve continuare ad essere considerato anche dal giudice⁴⁰.

³⁸ Sulla causalità come criterio normativo di ricostruzione del fatto giuridicamente rilevante cfr. G. GORLA, Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze", in Riv. dir. comm., 1951, I p. 405; P. TRIMARCHI, Causalità e danno, Milano, 1967, p. 24; C. CASTRONOVO, Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile, in Riv. crit. dir. priv., 1987, p. 512; A. Belvedere, Causalità giuridica?, in Riv. dir. civ., 2006, p. 7; M. ORLANDI, Concorso nel danno ambientale e teoria dell'equivalenza, in I. NICOTRAI-U. SALANTTROU (a cura di), Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione, Torino, 2010, p. 141 s. e p. 156; Id., Volenti non fit iniuria (auto-responsabilità e danno), in Riv. dir. civ., 2010, I, p. 323; L. Nocco, Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria, Torino, 2010. Su perdita di chance e art. 2236 c.c. v. anche G. SICCHIERO, Come si valuta il merito della diligenza professionale?, in Giur. it., 2016, p. 337.

³⁹ Sul c.d. 'illecito di mera condotta' cfr. B. TASSONE, Le "chances": danno da morte, illecito senza danno, risarcimenti sotto-soglia e concause naturali, in Danno resp., 2018, p. 183. V. altresì L. NOCCO, Le concause naturali fra diritto e politica ... del diritto, in Liber amicorum per Francesco D. Busnelli, I, cit., p. 635; R. PUCELLA, Inadempimento "qualificato", prova del nesso di causa e "favor creditoris", in Resp. civ. prev., 2014, p. 1087.

⁴⁰ Sulla quantificazione della chance, cfr. Cass. civ., Sez. III, 27 marzo 2014, n. 7195,

Contrariamente alla mera speranza, relegata alla dimensione del giuridicamente irrilevante, la possibilità assurge a dignità di tutela e di riparazione, ma con l'incognita della quantificazione del danno conseguente.

Al riguardo, i numeri percentuali che contraddistinguono la capacità di successo del mancato accertamento diagnostico in ipotesi rappresentano un criterio soltanto orientativo. Altresì considerando la natura preminentemente non patrimoniale dei pregiudizi in discorso, sarà la valutazione equitativa del giudice, più che i valori statistici della possibilità, a condurre il momento della liquidazione. Se già il ricorso alla perdita di *chance* è motivato da un pregiudizio dubbio nell'*an*, l'incertezza e la difficoltà della quantificazione si accrescono a fronte di un danno non patrimoniale, per sua natura impalpabile per confini e contenuti (specie se morale o da mera impreparazione).

Non pare ragionevolmente condivisibile, dunque, quella giurisprudenza che, in àmbito di nascita indesiderata, riconosce e liquida il pregiudizio rappresentato dalla «possibilità perduta, causalmente riconducibile (in termini di certezza) all'omissione colpevole» e «correttamente predicabile in termini di *chance* equitativamente risarcibile», qualora, «in sede processuale, la gestante dichiari (lealmente) di essere incerta, ora per allora, su quale sarebbe stata la sua scelta se correttamente informata»⁴¹.

In prima battuta, difatti, non si comprendono gli esatti contorni di tale dichiarazione «leale», la quale parrebbe piuttosto un rimedio all'in-

in Corr. giur., 2014, pp. 1080 ss., con commento di M. Bona, Causalità da perdita di "chance" e "lost years": nessuna soglia minima per la tutela risarcitoria delle possibilità di sopravvivenza; in Foro it., 2014, I, c. 2149, con commento di A. Palmieri, Perdita di "chance": una "chance" perduta?, e ivi, c. 2152, con commento di R. PARDOLESI, Perdita di "chance": quando il dottore gioca con la vita del paziente. Al riguardo v. anche R. Pucella, Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione, in Danno resp., 2008, p. 58; G. MIOTTO, Un grande equivoco: la trasmigrazione della "possibilità" (o "probabilità") dal contenuto della perdita di chance di guarigione o di sopravvivenza ai criteri valutativi del rapporto di causalità, in Resp. civ. prev., 2011, p. 2046; M. FOGLIA, Errata diagnosi del medico: il problema causale e la chance perduta, in Nuova giur. civ. comm., 2011, I, p. 449; D. CHINDEMI, Il danno non patrimoniale da perdita di chance dopo le sentenze di San Martino, in Resp. civ. prev., 2011, p. 458; A. NERVI, Il danno da perdita di "chances": vera gloria o "escamotage" dialettico?, in Resp. civ. prev., 2013, p. 671; S. CHERTI, Responsabilità contrattuale del sanitario e danno da perdita di "chance", in Giur. it., 2014, p. 1574; P. Ziviz, Riflessioni sulla perdita di "chances" di sopravvivenza, in Resp. civ. prev., 2014, p. 242; G. VISINTINI, Causalità e danno, in Contr. impr., 2015, p. 262. ⁴¹ Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit.

capacità di assolvere il relativo onere probatorio e la cui natura specchiata potrebbe, dunque, quantomeno essere messa in dubbio. Allo stesso modo, benché in senso diametralmente opposto, dalla precedente dichiarazione di voler abortire nel caso di malformazioni fetali non può ricavarsi, a nascita avvenuta, una assoluta presunzione di ricorso all'interruzione della gravidanza⁴², tale da esimere parte attrice dal relativo onere probatorio.

In secondo luogo, è escluso che l'incertezza eventistica, sancita dall'inesistenza di una evidenza scientifica rispetto ad una circostanza oggettivamente intesa, possa ricondursi ed applicarsi ad un fatto psichico. In questo caso, si tratta piuttosto di un'incertezza quanto al rapporto causale fra l'inadempimento e l'evento lesivo e la *chance* rischia di diventare una panacea all'impossibilità di dimostrare il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza da parte della gestante adeguatamente informata. In altri termini, la donna non è in grado di provare 'come' si sarebbe spiegata la sua autodeterminazione; l'incertezza eziologica si trasla su una voce di danno che altro non è se non mera violazione del diritto all'autodeterminazione stessa, staticamente considerato perché non è possibile dimostrare quale strada – l'aborto o la gravidanza – sarebbe stata prediletta e percorsa.

Nella incapacità di provare il nesso eziologico risiede al contempo l'impossibilità di dimostrare che l'autodeterminazione sia stata realmente violata, ovvero che la paziente avrebbe scelto in modo tale da cambiare il corso degli eventi. A fronte dell'*impasse* in punto di causalità, però, è da escludersi un pregiudizio all'autodeterminazione *in re ipsa* considerato, quale danno-evento risarcito a séguito della mancata informazione e per la mera lesione di un diritto costituzionalmente tutelato. L'unico margine risarcitorio ammissibile torna ad essere, allora, purché adeguatamente dimostrato, il danno da impreparazione: ovvero l'autodeterminazione staticamente considerata, in termini di consapevolezza e di conseguente 'preparazione' e non, dinamicamente, di scelta⁴³.

⁴² Presunzione invece accolta da Cass. civ., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

⁴³ G. FACCI, Il dovere di informazione del sanitario, Parte Seconda, in Nuova giur. civ. comm., 2006, II, pp. 632 ss.; S. CACACE, Autodeterminazione in Salute, Torino, 2017, pp. 48 ss. Cfr. Cass. civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28985, in Danno resp., 2020, pp. 11 ss., con commento di S. CACACE, L'estate dell'autodeterminazione, a San Martino 2019; in Resp. civ. prev., 2020, pp. 478 ss., con commento di L. LOCATELLI, Plurioffensività dell'omissione informativa nel rapporto tra medico e paziente, e in Foro it., 2020, I, cc. 58 ss., con commenti

L'Autrice circoscrive il ricorso alla perdita di chance ad alcune fattispecie soltanto di «nascita indesiderata», contraddistinte, alla luce dello stato dell'arte, da una insanabile incertezza eventistica. Sono perciò oggetto di disamina, anche sulla scorta dei differenti orientamenti giurisprudenziali, le difficoltà in àmbito probatorio, nella ricostruzione del nesso eziologico e nell'individuazione delle diverse voci di danno risarcibile, con particolare riguardo al c.d. danno «da impreparazione».

The Author defines the peculiar hypotesis of «wrongful birth» in which it is possibile to appeal to the concept of chance loss. In light of the current state of the art, these cases arise undeniable evidentiary issues. Therefore, taking into consideration different judicial precedents, the subject matters of the essay are evidentiary problems, as well as difficulties connected to the reconstruction of the causal link and to the assessment of compensable damage, with a specific focus on the so-called «impreparation damage».

di P. LAGHEZZA, Il rasoio della Cassazione e la violazione del consenso informato, A. PALMIERI, Il «restatement» della terza sezione in tema di consenso informato tra continuità col passato e innovazioni (di segno negativo per il paziente), e di C. FLAMIGNI, Il consenso informato: i principi e la prassi medica: «see il paziente allega che dall'omessa, inadeguata o insufficiente informazione gli sono, comunque, derivate conseguenze dannose di natura non patrimoniale, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente, salva possibilità di provata contestazione della controparte, sarà risarcibile il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione». Similmente, v. Cass. civ., Sez. III, 15 novembre 2019, n. 29709, inedita.

GIOVANNI LIBERATI BUCCIANTI

(Assegnista di ricerca nell'Università di Siena)

CIRCOLAZIONE DELL'OPERA D'ARTE "INCLUSA" E TUTELA DELL'ARTISTA¹*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'opera d'arte "inclusa". – 3. La qualificazione giuridica: da "immobili per destinazione" a "pertinenze". – 3.1. La circolazione dell'opera d'arte "inclusa" qualificata bene culturale. – 4. La proprietà del bene culturale "incluso" scoperto fortuitamente. – 5. La circolazione dell'opera d'arte "inclusa" non qualificata bene culturale. – 6. Postilla sulla *street art.* – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il tema che ho scelto di affrontare riguarda la circolazione dell'opera d'arte "inclusa" e la tutela dell'artista che quell'opera ha realizzato. Un argomento, questo, che si inscrive all'interno del diritto dell'arte, quel sistema giuridico complesso che si interessa della disciplina di ogni rapporto che abbia a che fare con l'opera d'arte e la sua circolazione o con l'artista o, ancora, con le varie vicende che possono riguardare tali oggetti o tali soggetti². Il diritto dell'arte è sempre più esplorato dai giuristi, permeato da un crescente intreccio tra regole privatistiche e

^{*} Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due referee.

¹ Si tratta dell'intervento originariamente programmato per la giornata "Arte in circolo. Percorsi e questioni di diritto, dall'autore al (suo) pubblico e ritorno" nell'ambito degli appuntamenti "H&L (History and Law) ART (Art and culture Round Tables) – I tavoli d'arte, cultura e diritto" organizzata dall'Università di Brescia per il giorno 31 marzo 2020. L'Autore desidera ringraziare il Prof. Valerio Pescatore per l'invito a tenere l'intervento e tutti i Professori titolari delle Cattedre che hanno organizzato l'iniziativa. A causa dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19, l'incontro si è tenuto il 29 aprile 2020 in modalità web-conference.

² È questa la definizione data da Gianfranco Negri Clementi. Cfr. G. NEGRI CLE-MENTI, *Presentazione*, in *Il diritto dell'arte. La circolazione dell'opera d'arte*, II, a cura di G. NEGRI CLEMENTI e S. STABILE, Milano, 2013.

pubblicistiche, non essendo più materia riservata ai soli cultori di diritto pubblico³. Occorre comprendere, dunque, cosa sia l'opera d'arte "inclusa", quale sia il regime della circolazione della stessa e, infine, come possa essere tutelato l'arista che l'ha realizzata.

2. L'opera d'arte "inclusa"

La prima questione è quella della definizione di opera d'arte "inclusa". Si potrebbe sintetizzare con la formula di opera d'arte non facilmente amovibile per la sua intrinseca appartenenza all'edificio. Volendo fare alcuni esempi, potremmo pensare agli affreschi presenti all'interno di un palazzo, ad una statua collocata all'interno di una nicchia, ad una particolare installazione all'interno di un museo, ad un'opera realizzata su una facciata da uno street artist, ecc. In tutte queste ipotesi, la tecnica, fin da tempi antichi⁴, permette di separare nella quasi totalità dei casi il bene incluso, sì da consentire una autonoma circolazione dello stesso. Se, ad esempio, per una statua, lo spostamento sembra elementare, con riferimento ad altri beni l'ingegno, tramite precise tecniche, consente di "mobilizzare" il bene incluso.

Emblematico è il caso della pittura murale e, in particolare, dell'affresco⁵.

³ Cfr. M.E. Poggi, *La circolazione dei beni culturali di proprietà privato*, in *Contr. impr.*, 1986, pp. 394 ss.; L. Sciullo, *Senza steccati*, in *Aedon*, 3/18, pp. 1 ss. Si veda altresì, *I beni culturali nel diritto*, a cura di G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro e U. Perfetti, Napoli, 2010, pp. 1 ss.

⁴ Già ne *Le vite de' più eccellenti pittori, scultori e architettori* di Giorgio Vasari (stampato dapprima nel 1550 da Torrentini e, in considerazione del grande successo, ristampato da Giunti nel 1568) si riportano casi di spostamento di affreschi, come il *San Girolamo* del Ghirlandaio e il *Sant'Agostino* del Botticelli, entrambi conservati nella Chiesa di Ognissanti a Firenze. Nella Vita del Ghirlandaio, il Vasari scrive che: "Questa pittura [il San Girolamo], insieme con quella di Sandro di Botticello, essendo occorso a' frati levare il coro del luogo dove era, è stata allacciata con ferri e trasportata nel mezzo della chiesa, senza lesione, in questi proprii giorni che queste vite la seconda volta si stampano". Nella Vita del Botticelli, Giorgio Vasari scrive: "Questa pittura [il Sant'Agostino], come si è detto nella Vita del Ghirlandaio, questo anno 1564 è stata mutata dal luogo suo, salva et intiera". Ancor prima, in epoca romana, testimonianze di distacchi di dipinti murali, con distacco anche del supporto murario (c.d. *excisae*) si rintracciano nei testi di Plinio, Varrone, Vitruvio. Cfr. P. D'Alconzo, *Picturae excisae. Conservazione e restauro dei dipinti ercolanesi e pompeiani tra XVIII e XIX secolo*, Roma, 2002, p. 18 ed ivi bibliografia.

⁵ Si chiama affresco proprio perché il colore viene steso quando l'intonaco è anco-

Nel corso del tempo sono sorte alcune tecniche – lo stacco a massello⁶, lo strappo⁷, lo stacco – che hanno consentito la completa separazione dell'affresco dal supporto murario sul quale è stato realizzato, rendendo possibile la mobilizzazione e la autonoma circolazione del bene culturale incluso.

Tra gli storici dell'arte prima e i giuristi poi, è sorto, da tempo, un vivace dibattito sull'opportunità di utilizzare tali tecniche⁸. Se da un lato,

ra fresco e, poi, tramite il processo di carbonatazione i pigmenti si incorporano sullo sfondo. La descrizione della tecnica dell'affresco si trova in due contributi fondamentali per la storia dell'arte: il Libro dell'Arte di Cennino Cennini (di fine Trecento) e Le Vite di Giorgio Vasari (di metà Cinquecento). Secondo Cennino Cennini "lavorare in muro, ch'è 'l più dolce e 'l più vago lavorare che sia". Analogo pensiero riporta il Vasari: "Di tutti gli altri modi che i pittori faccino, il dipignere in muro è più maestrevole e bello, perché consiste nel fare in un giorno solo quello che nelli altri modi si può in molti ritoccare sopra il lavorato. Era dagli antichi molto usato il fresco, et i vecchi moderni ancora l'hanno poi seguitato". Si veda, U. Procacci e L. Guarnieri, *Come nasce un affresco*, Firenze, 1975, pp. 1 ss.

⁶ Cfr. U. Procacci, La tecnica degli antichi affreschi e il loro distacco e restauro, Firenze, 1958, pp. 3 ss. La tecnica dello stacco a massello viene abbandonata ad inizio Ottocento. Cfr. F. Giacomini, Il distacco a Roma, dal Cinquecento all'Unità d'Italia, in L'incanto dell'affresco. Capolavori strappati, II, a cura di C. Spadoni e L. Ciancabilla, Milano, 2014, p. 37: "È la famosa operazione di distacco della Deposizione dalla croce di Daniele da Volterra a Trinità dei Monti, portata a termine con successo da Pietro Palmaroli nel 1809, a segnare il punto di svolta nella pratica del trasporto dei dipinti murali a Roma, ovvero il definitivo abbandono del massello per tecniche più flessibili e di più agevole applicazione. Con l'affermarsi di queste nuove metodologie, il trasporto dei dipinti murali cessa di essere un rimedio occasionale per casi limite e diviene invece una pratica sistematica e programmabile, destinata alla più larga diffusione quando va a saldarsi, nel corso dell'Ottocento e ancor più nel Novecento, con una visione della storia dell'arte che privilegia nei dipinti murali l'immagine, cioè l'idea e il disegno, trascurandone la loro peculiare natura fisica e il loro status di elementi di un insieme più complesso".

⁷ Si ritiene che tale tecnica fu inventata nel 1725 dal ferrarese Antonio Contri anche se inizialmente non venne molto utilizzata. Già al momento della sua scoperta si paventò il rischio che lo strappo, applicato in assenza di autentiche ragioni conservative, avrebbe potuto trasformare dipinti fino ad allora inamovibili in opere mobili, facilmente trasportabili, e poi immessi nel mercato dell'arte per finalità speculative. Cfr. F. GIACOMINI, «Questo distaccare le pitture dal muro è una indegna cosa». Il trasporto dei dipinti murali nell'Ottocento e l'attività di Pellegrino Succi, in Restauri pittorici e allestimenti museali a Roma tra Settecento e Ottocento, a cura di S. RINALDI, Firenze, 2007, pp. 73-74.

⁸ La Giacomini ricorda, ad esempio, che oggi il distacco è una pratica pressoché abbandonata mentre fino agli anni '70 del Novecento era una tecnica frequente, inco-

infatti, esse possono costituire utili strumenti per conservare affreschi che altrimenti andrebbero perduti (si pensi ad esempio, al deterioramento del luogo nel quale essi sono realizzati o alla contingente necessità di eliminare o modificare il supporto murario), dall'altro, tuttavia, la pratica potrebbe essere sfruttata a fini meramente commerciali, con lo strappo dell'affresco e la sua vendita ovviamente separata dall'immobile⁹, recidendo così quel nesso tra opera e luogo per il quale essa è stata realizzata¹⁰.

raggiata a fini di restauro. La Mostra organizzata a Forte Belvedere ne costituisce un esempio. L'Autrice afferma: "Il distacco dei dipinti murali dalla loro sede originaria è una pratica del restauro pressoché abbandonata, quasi ovunque; vi si ricorre soltanto nei casi eccezionali in cui si proponga come l'unica soluzione per salvare i dipinti da una distruzione inevitabile (...). La recisione dei legami con il contesto originario di appartenenza dell'opera (...) appaiono infatti, oggi, prezzi troppo alti da pagare di fronte a qualsivoglia tornaconto, e in profondo contrasto con un'etica del restauro che, sempre più, tende a spostarsi verso la mera conservazione e il minimo intervento. Nel corso del secolo appena trascorso, il trasporto dei dipinti murali è stata invece una soluzione a cui si è fatto ricorso, in Italia, con grandissima frequenza, fiducia ed entusiasmo almeno fino agli anni Settanta". Cfr. F. GIACOMINI, op. ult. cit., p. 71.

⁹ La preoccupazione della possibile vendita ed uscita dal territorio del dipinto murale strappato emerse nello Stato Pontificio sul finire del Settecento: i Pontefici si erano impegnati a tutelare l'uscita dai confini delle opere d'arte. Ad esempio, Papa Pio VI nominò nel 1796 "Estrattista delle pitture del Sacro Palazzo Apostolico" tal Giacomo Succi. Proprio per il timore dell'utilizzo scorretto della tecnica gli assegnò un vitalizio annuale di 72 scudi ma nel contratto vi era un espresso divieto di distaccare gli affreschi "per qualunque altrui domanda". La pratica, tuttavia, si diffuse a Roma nel corso dell'Ottocento, finché il Cardinale Camerlengo di Santa Romana Chiesa stabilì nel maggio 1839 il divieto di eseguire distacchi senza le autorizzazioni del Pontefice "per le funeste conseguenze dell'abuso di quest'arte". Cfr. F. Giacomini, op. ult. cit., p. 75. Sulla legislazione dello Stato pontificio in materia di protezione e tutela delle opere d'arte, cfr. A. Emiliani, Leggi, bandi e provvedimenti per la tutela dei Beni Artistici e Culturali negli antichi stati italiani, Bologna, 1978, passim, V. Curzi, Bene culturale e pubblica utilità. Politiche di tutela a Roma tra Ancien Régime Restaurazione, Bologna, 2004, passim.

Nella Roma del Settecento e dell'Ottocento l'avversione verso lo strappo è più che fondata, se si pensa come molti affreschi vennero venduti all'estero. Basti pensare, ad esempio, all'affresco di Guido Reni L'alba separa il giorno dalla notte, strappato nel 1839 da un soffitto di Palazzo Pallavicini a Bologna, acquistato da sir William Bankes per la propria residenza di campagna nel Dorset ed ora collocato nella Bankes Collection di Kingston Lacy nel Regno Unito piuttosto che all'affresco Adorazione dei Pastori del Perugino, staccato dalla chiesa di Fontignano, in provincia di Perugia, acquistato nel 1862 dal Victoria & Albert Museum che lo ha prestato, fino al 1972, alla National Gallery.

Una celebre mostra del 1957, dall'eloquente titolo di Prima mostra degli affreschi staccati, organizzata da Ugo Procacci nel Forte Belvedere a Firenze, 11 riunì insieme numerosi affreschi staccati: nella prefazione al catalogo – poi pubblicata anche in un volumetto¹² – il Sovrintendente scrisse che l'intento della mostra era proprio quello di richiamare l'interesse per gli affreschi, manifestando apprezzamento per il distacco che spesso considerava necessario per conservare il patrimonio storico-artistico, suscettibile altrimenti ad andare in rovina: "Con il distacco dalle mura di quei chiostri o di quei tabernacoli sulle quali furono originariamente dipinti – affreschi ormai prossimi alla completa rovina, possono esser conservati ancora all'ammirazione nostra e delle future generazioni; ma scarso, ahimè, è il numero dei salvati rispetto a quello altissimo dei pericolanti, poiché i mezzi finanziari messi a disposizione per il restauro delle opere d'arte, sono, oggi, assolutamente irrisori; e questo comporta, necessariamente, una scelta penosa e dolorosissima, come se in un ospedale il medico fosse costretto a somministrare solo a pochi, tra tanti malati, il farmaco che ridoni ai morenti la vita"¹³.

È chiaro dunque che tale operazione comporta un processo inverso rispetto a quello utilizzato per la loro realizzazione. Se, realizzando l'opera si verifica una "immobilizzazione", ora si realizza un processo inverso, una "mobilizzazione". Se questo è ovvio, occorre però

¹¹ Si ricordi che nel 1957, lo storico dell'arte Ugo Procacci, allora Soprintendente Direttore del Gabinetto dei Restauri di Firenze, organizzò a Firenze presso il Forte Belvedere la prima mostra di affreschi staccati. Al Forte Belvedere, poi, vennero organizzate altre mostre sugli affreschi staccati (1958, 1959, 1966). Il Procacci affermò che il distacco spesso era necessario per conservare il patrimonio storico-artistico, che altrimenti sarebbe caduto in rovina. Sul tema delle mostre di affreschi staccati, è stato realizzato poi un progetto *on-line*, curato dalla Dott.ssa Anna Mieli dell'Opificio delle Pietre Dure e consultabile sul sito www.affreschistaccati.beniculturali.it

¹² U. PROCACCI, La tecnica degli antichi affreschi, cit., passim.

¹³ Cfr. U. Procacci, Prefazione, in Mostra di affreschi staccati, Catalogo della Mostra di Forte di Belvedere, Firenze, 1957, pp. 16-17. Ancora: "La mostra presente – che farà appunto conoscere alcuni capolavori sottratti a un loro ineluttabile destino – vuol richiamare l'interesse e l'attenzione di tutti su un angoscioso problema, finora non risolto. La calamità che sovrasta una parte tanto rilevante del nostro patrimonio artistico è estremamente grave; e i rimedi da prendersi non potranno ormai più subire alcuna procrastinazione. Ché se invece, noi, con spensierata noncuranza, ci sottrarremo ancora a questo nostro preciso dovere, vergogna e onta ci accompagneranno per sempre nella storia della civiltà".

distinguere tra opere d'arte e beni culturali: non tutte le opere d'arte (non tutti gli affreschi, non tutti i graffiti, non tutte le statue collocate in nicchie), sono beni culturali perché sono tali solo quelle opere d'arte qualificate come beni culturali dalle autorità culturali preposte, secondo la procedura prevista dal codice dei beni culturali¹⁴.

Come è noto, infatti, ai sensi dell'art. 2, comma 2 del codice dei beni culturali, sono tali "le cose immobili e mobili che, ai sensi degli artt. 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà". In particolare, poi, oltre ai beni culturali *ex lege*, che non necessitano alcun tipo di accertamento (art. 10, comma 2), vi sono i beni culturali appartenenti a soggetti pubblici che divengono tali solo a seguito della verifica dell'interesse culturale *ex* art. 12 e i beni cultuali appartenenti a privati che diventano tali solo a seguito della dichiarazione di interesse culturale *ex* art. 13.

¹⁴ Scrive A. Bartolini, Il bene culturale e le sue plurime concezioni, in Dir. amm., 2019, pp. 223 ss. che non tutti gli affreschi sono beni culturali ma sono tali sono quelli qualificati come tali dalle autorità culturali preposte. Secondo l'Autore: "Volendo esemplificare: le nostre città, le nostre campagne, sono piene di antichi palazzi, castelli, dipinti, affreschi, memorie, strade plurisecolari che hanno sicuramente un importante valore culturale, ma non sono dal punto di vista giuridico, molto spesso, beni culturali. Difatti, per aversi un bene culturale non è sufficiente che la cosa abbia un valore culturale (cioè sia espressione della cultura e quindi testimonianza di civiltà), ma occorre che il bene contenente questo valore sia qualificato come tale dalle autorità preposte. Ragion per cui non tutti i centri storici sono beni culturali, ma solo quelli che sono così qualificati (in questo caso, trattandosi di beni culturali urbanistici, dal piano regolatore). Non tutti gli affreschi sono beni culturali, ma solo quelli che sono in tal modo qualificati (meglio vincolati) dall'autorità preposta alla tutela. E così vale per il patrimonio Unesco, sia materiale che immateriale. Il bene culturale è, dunque, l'esito di un giudizio valutativo lasciato alla discrezionalità tecnica degli esperti del settore, meglio, dei funzionari tecnici del settore (id est, storici dell'arte, antropologi, architetti, etc., incardinati nel Ministero dei beni culturali e delle sue soprintendenze, ma anche gli urbanisti di un comune nel caso dei centri storici). Trattandosi di nozione liminale, il giudizio sul se un determinato bene sia, più o meno, culturale, cioè una testimonianza di civiltà di particolare e significativo interesse, è lasciato sovente alle valutazioni soggettive, opinabili, dei tecnici preposti a tale valutazione". Sulla nozione di bene culturale, si vedano altresì A. Bartolini, Beni culturali (dir. amm.), in Enc. dir., Annali, VI, Milano, 2013, pp. 93 ss.; M.P. Chiti, La nuova nozione di "beni culturali" nel d.lgs. 112/98: prime note esegetiche, in Aedon, n. 1/98, pp. 1 ss.; M.S. GIANNINI, I beni culturali, in Riv. trim. dir. pubbl., 1976, pp. 3 ss.; G. Sciullo, Patrimonio e beni, in Diritto del patrimonio culturale, a cura di C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata e G. Sciullo, Bologna, 2017, pp. 31 ss.

L'art. 11 elenca poi le "cose oggetto di specifiche disposizioni di tutela" (come gli affreschi, gli stemmi, i graffiti, le lapidi, le iscrizioni, i tabernacoli ed altri elementi decorativi di edifici, esposti o non alla pubblica vista) stabilendo che esse siano assoggettate alle disposizioni espressamente richiamate e che consistono nel divieto di distacco senza autorizzazione da parte della Sovrintendenza (cfr. art. 50, comma 1, lett. a, c. beni culturali).

È evidente, dunque, che non tutte le opere d'arte figurative protette dal diritto d'autore costituiscono beni culturali. Sembrano esistere regole differenti sulla circolazione: laddove l'affresco sia vincolato è evidente che le regole di circolazione saranno diverse rispetto al caso in cui esso non sia qualificato bene culturale. Solo nel primo caso, infatti, alla disciplina privatistica si aggiungerà quella pubblicistica di tutela, oggi racchiusa nel codice dei beni culturali. In questa composita casistica, nella quale un bene sia incluso in altro bene (e si voglia procedere ad una autonoma circolazione di quest'ultimo), occorre comprendere se il bene incluso abbia una rilevanza culturale o meno.

3. La qualificazione giuridica: da "immobili per destinazione" a "pertinenze"

Prima ancora della rilevanza culturale, è importante comprendere la qualificazione giuridica di questi beni "inclusi", chiedendosi se essi costituiscano l'oggetto del diritto di proprietà o, al contrario, si tratti di altro. Da un punto di vista storico, il codice civile del 1865 conosceva la categoria dei cd. beni immobili per destinazione, disciplinati, allora, dagli artt. 413, 414 e 415¹⁵.

¹⁵ L'art. 413 c.c. 1865 considerava immobili per destinazione le cose che il proprietario di un fondo vi avesse posto per il servizio e la coltivazione dello stesso, quali ad esempio gli animali addetti alla coltura, gli stromenti rurali, gli alveari, la paglia, lo strame ed il concime, ecc. La giurisprudenza formatasi sotto il codice civile del 1865, era ricca di ipotesi nelle quali veniva riconosciuta la natura di beni immobili per destinazione ad alcuni beni. Molte volte la disposizione fu applicata al settore agricolo, anche in considerazione della vocazione agricola del nostro Paese, ritenendo così immobili per destinazione gli animali da lavoro e quelli da pascolo posti dal proprietario in una tenuta (cfr. Corte App. Perugia, 15 marzo 1882, in *Annali*, 1882, c. 219) e i macchinari di un opificio industriale, come un forno per la produzione del pane, introdotto in locali destinati all'esercizio di una panetteria (cfr. Corte App. Brescia, 12 luglio 1933, in

Tale categoria era utile, allora, per escluderne il pignoramento mobiliare ed era solito affermarsi che la immobilizzazione non faceva acquistare alla cosa accessoria la qualità obiettiva di cosa di per sé immobile ma poneva un rapporto di accessione rispetto ad una cosa immobile, con la conseguenza che la cosa "immobilizzata" seguiva le sorti di quella per la quale aveva avuto luogo l'immobilizzazione, salva diversa volontà del proprietario.

Nella nozione di immobile per destinazione l'art. 414, primo comma, del c.c. 1865 ricomprendeva "tutti gli oggetti mobili annessi dal proprietario ad un fondo od edifizio per rimanervi stabilmente": si trattava cioè di "mobili immobilizzati", secondo la definizione espressa da Salvatore Pugliatti. 16

Il secondo comma dell'art. 414 c.c. 1865 specificava che erano immobili per destinazione quelli attaccati con "piombo, gesso, calce, stucco od altro, o che non se ne possono staccare senza rottura o deterioramente, o senza rompere o guastare la parte del fondo o dell'edifizio a cui sono attaccati".

Il terzo comma stabiliva, poi, che anche specchi, quadri ed altri ornamenti si reputavano stabilmente uniti all'edifizio, quando formassero "corpo col tavolato, colla parete o col soffitto" Il quarto comma,

Foro lomb., 1933, c. 297). Ancora, sono stati ritenuti immobili per destinazione i mobili quali poltrone, sedie e macchine di proiezione adibite dal proprietario dell'immobile destinato a cinema-teatro (cfr. Cass. Regno, Sez. III, 11 gennaio 1937, n. 42, in Foro it., I, 1937, c. 359). Si consideri che sotto il codice del 1865 non esisteva la nozione di azienda, introdotta poi nell'art. 2555 dal codice civile del 1942 (si veda la Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, n. 1035).

¹⁶ Sul tema, è fondamentale il contributo di S. Pugliatti, *Beni immobili e beni mobili*, Milano, 1967, pp. 1 ss.

¹⁷ La giurisprudenza (Corte App. Bologna, 5 marzo 1891, in *Annali*, 1891, 127) affermò che "la cornice di un quadro lasciato in una chiesa, saldata a ferro nel muro, ivi dura come immobile per destinazione", specificando che "anche per la dottrina moderna e vigente immagini dei templi cattolici sono immobili per destinazione".

¹⁸ Cfr. Cass. Regno, 3 febbraio 1933, in *Giur. it.*, 1933, c. 486 secondo cui: "Per l'art. 414 c.c. 1865 sono immobili per destinazione gli oggetti ornamentali che siano stabilmente uniti alle pareti o ai soffitti dello edificio, mediante cornici in gesso o in altra solida materia da non potersi da essi separare agevolmente e senza guasti" con la specifica che il giudizio, informato al parere tecnico di un perito, "non soffre censura da parte del supremo collegio". La giurisprudenza stabilì che il quadro che non fosse pertinenza dell'immobile, tolto dalla collezione della quale faceva parte, restava mobile per natura con la applicazione della regola possesso vale titolo (Cass. Regno, Sez. III, 7 marzo 1933, in *Rep. Foro it.*, 1933, voce *Immobili*, n. 14).

infine, reputava immobili le statue quando fossero collocate in una nicchia formata per esse espressamente, o quando facessero parte di un edifizio nel modo sopra indicato¹⁹.

Così, ad esempio, una sentenza della Corte d'Appello di Catania²⁰ del 1890 – meritevole di essere letta se non altro per i numerosi richiami storico-artistici e per la pregevole prosa – riguardò una statua di uno scultore cinquecentesco messinese, Antonio Gaggini, collocata all'interno di una chiesa nella campagna di Nicosia.

Il giudizio espresso fu che: "È immobile per destinazione una statua della Vergine esposta in una chiesa e collocata in una nicchia per rimanervi stabilmente". Di quella Chiesa del Soccorso oggi, purtroppo, è rimasto un rudere²¹: questo deve far riflettere anche sul degrado di molti piccoli borghi del nostro Paese, anche a causa della desertificazione demografica²².

Di quella statua si sono perse le tracce (sarà collocata in qualche casa privata? Sarà forse dispersa?) ma è certo che i posteri non hanno fatto loro il principio di diritto così nitidamente espresso dalla corte catanese oltre un secolo fa. In particolare, quella sentenza deve essere tenuta in considerazione se non altro per la lucidità con la quale definiva l'immobilizzazione, cioè la destinazione di mobile ad immobile: "L'art. 414 dice espressamente che le statue si reputano immobili quando fanno parte di un edifizio per rimanervi nel modo sopra indicato, cioè stabilmente.

Il codice, dicono eminenti giureconsulti, si attiene per dichiararli immobili a questa circostanza, che se venissero tolti dal luogo, che occupa-

¹⁹ In particolare, al tempo la giurisprudenza distingueva tra statue collocate in una nicchia all'interno dell'edificio e statue collocate all'esterno dell'edificio (come, ad esempio, in un giardino): solo le prime erano ritenute immobili per destinazione. Ad es., Corte App. Torino, 15 dicembre 1931, in *Giur. Tor.*, 1932, c. 1358 ritenne che non fosse un immobile per destinazione la statua collocata in un giardino, quantunque posta su un piedistallo saldamente infisso nel terreno. Sulla questione, cfr. A. VERGA, *Appunti sull'immobilizzazione delle statue*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, p. 92 ss.

²⁰ Corte App. Catania, 8 marzo 1889, in *Foro it.*, 1890, I, c. 489. L'anonimo annotatore scrisse che si trattava di una questione abbastanza nuova.

²¹ S. CASALOTTO e S. LO PINZINO, Nicosia e la Valle del Salso. Percorsi tra contrade, documenti, monasteri, miniere, cave e memorie partendo da "Soccorso", Enna, 2008, pp. 1 ss.

²² Nel 2017 la cd. legge salva borghi ha introdotto una serie di misure per salva-guardare l'immenso patrimonio storico-artistico che racchiudono (l. 6 ottobre 2017, n. 158, recante "Misure per il sostegno e la valorizzazione dei piccoli comuni, nonché disposizioni per la riqualificazione e il recupero dei centri storici dei medesimi comuni").

no ciò produrrebbe una lacuna, un vuoto, un *deficit*, e così mancherebbe qualche cosa alla casa, all'edifizio". Insomma, già sul finire dell'Ottocento i giuristi collegavano l'opera d'arte con il suo contesto culturale di riferimento, immaginando una "destinazione artistica". Come è noto, il codice civile del 1942 non ha mantenuto la categoria dell'immobile per destinazione: secondo parte della dottrina il suo posto sarebbe stato preso dall'istituto della pertinenza (concetto, questo, non sconosciuto alla dottrina formatasi sotto il vecchio codice, ma non compiutamente elaborato)²³ di cui agli artt. 817 ss. c.c.²⁴. Le pertinenze sono dunque le "cose destinate in modo durevole a servizio o ad ornamento di un'altra cosa".

Per essere tali devono concorrere tanto il requisito soggettivo che quello oggettivo: il vincolo di destinazione materiale e la durevole funzione di servizio od ornamento.²⁵ La giurisprudenza ritiene che l'affresco costituisca una pertinenza dell'immobile: la massima che si ripete – anche di recente, cfr. Cass. civ., Sez. II, 14 maggio 2019, n. 12731 – è quella per cui affreschi e statue costituiscono pertinenze dell'immobile, riportando così indirettamente alla luce quell'art. 414 c.c. 1865.²⁶ Una volta scomparsa la nozione dei beni immobili per destinazione, è evidente che questi sono pertinenza dell'immobile.

²³ Cfr. F. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, II, Torino, 1886, p. 32. Si veda anche Cass. civ., 7 marzo 1933, cit., nella quale si parla di pertinenza con riferimento alle opere d'arte.

²⁴ Sulle pertinenze, cfr. L. Contursi Lisi, *Le pertinenze*, Padova, 1952, *passim*, T. Oberdan Scozzafava, sub art. 817-819, *Dei beni*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 1999, pp. 125 ss.; G. Tamburrino, *Pertinenze (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pp. 547 ss.; R. Albano, *Pertinenze*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, pp. 1 ss.; R. Ferorelli, *sub art. 817-819*, in *Della proprietà – artt. 810-868*, a cura di A. Jannarelli e F. Macario, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, Torino, 2012, pp. 55 ss.

²⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. II, 17 luglio 2012, n. 12278, sentenza disponibile sulla banca dati elettronica del Foro italiano.

²⁶ Si tratta del principio espresso da Cass. civ., Sez. II, 14 maggio 2019, n. 12731, in *Arch. Locazioni*, 2019, p. 381 che ha escluso la natura pertinenziale di alcune specchiere poste in un salone nobiliare. La massima, che si trova in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Pertinenze*, n. 2 è la seguente: "Con riguardo alle c.d. pertinenze urbane, e specificamente ai beni mobili a servizio o ad ornamento di edifici, è da escludere la natura di pertinenza delle suppellettili, degli arredi e dei mobili, che riguardino esclusivamente la persona del titolare del diritto reale sulla cosa principale e non la cosa in sé considerata; di regola, è quindi da escludere la natura pertinenziale dei mobili che arredano un immobile, a meno che non siano destinati durevolmente all'ornamento di questo, come ad esempio statue od affreschi".

Secondo Giuseppe Morbidelli²⁷ essi costituiscono beni immobili fino a quando essi sono incorporati al muro sul quale sono dipinti.

La giurisprudenza opera una distinzione tra beni mobili²⁸ che riguardano esclusivamente la persona del titolare del diritto reale (escludendo, in questo caso, la natura pertinenziale) e quelli che riguardano invece la cosa in sé considerata (riconoscendo, in questo caso, la natura pertinenziale agli stessi): tra i primi si annoverano arredi e suppellettili, tra i secondi statue ed affreschi²⁹. Con la conseguenza che per arredi e suppellettili – cioè per i beni di cui si escluda la natura pertinenziale – l'eventuale pignoramento dell'immobile non li ricomprenderebbe.³⁰

Si consideri, poi, che se, dopo il pignoramento di un immobile vincolato, la pubblica amministrazione adotti un provvedimento che incide sulla disponibilità o sulla gestione di esso (tramite, ad esempio, un vincolo di inseparabilità dall'immobile di rilievo storico-artistico delle collezioni d'arte ivi contenute), tale provvedimento non renderebbe nullo il pignoramento, ma – essendo suscettibile di incidere sul valore dell'immobile – di esso si dovrebbe tenere conto nella stima del bene, nonché ne andrebbe dato atto sia nell'ordinanza che nell'avviso di vendita³¹.

²⁷ G. MORBIDELLI, *La proprietà culturale*, in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, Atti del Convegno di Firenze, 8 maggio 2015, pp. 15 ss. disponibile sul sito della Fondazione Italiana del Notariato (www.fondazionenotariato.it).

²⁸ Con riferimento a due immobili, invece, Cass. civ., 17 gennaio 1985, n. 117, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1074 ha ritenuto che per la configurazione del rapporto pertinenziale sia necessario che ognuno conservi la propria autonomia funzionale e sia suscettibile di astratta individuazione, escludendo la natura pertinenziale quando l'uno sia incorporato o connesso all'altro in modo da costituire un tutt'uno strutturale ed organico. In questi termini, quella sentenza escluse che una cappella fosse in rapporto pertinenziale con l'antico castello di cui costituiva invece una parte.

²⁹ Si veda, ad esempio, Cass. civ., Sez. II, 3 settembre 2013, n. 20148, sentenza disponibile sulla banca dati elettronica del Foro Italiano.

³⁰ Cass. civ., Sez. III, 20 marzo 2012, n. 4378, in Rep. Foro it., 2012, voce Esecuzione per obbligazioni pecuniarie, n. 55.

³¹ In questi termini, sempre Cass. civ., Sez. III, 20 marzo 2012, n. 4378, in Rep. Foro it., 2012, voce Esecuzione per obbligazioni pecuniarie, n. 57. Secondo la stessa sentenza, il vincolo di inseparabilità da un immobile di rilievo storico-artistico delle collezioni d'arte ivi contenute non comporta di per sé l'estensione del pignoramento anche a tali collezioni, ma il creditore procedente ha la facoltà di pignorare con un secondo atto anche queste ultime, cfr. Cass. civ, Sez. III, 20 marzo 2012, n. 4378, in Rep. Foro it., 2012, voce Esecuzione per obbligazioni pecuniarie, n. 56.

Infatti, come è noto, i beni mobili possono divenire beni culturali inclusi, quando la p.a. adotti un vincolo pubblicistico pertinenziale che li lega ad un determinato palazzo, sì da seguirne le vicende giuridiche: si pensi, ad esempio, alle opere della collezione d'arte della banca MPS³² che la Sovrintendenza ha vincolato "come collezione indivisibile e pertinenziale al Palazzo Chigi Saracini in Siena": procedimento, questo, sempre più spesso avallato dalla giurisprudenza amministrativa³³.

Con riferimento agli affreschi, optando per la qualificazione in termini di pertinenze, il regime giuridico applicabile è quello dell'art. 818 c.c. che, al comma primo, si compone di una regola ("Gli atti e i rapporti che hanno per oggetto la cosa principale comprendono anche le pertinenze") e di una eccezione ("se non è diversamente disposto") mentre il secondo comma statuisce che le pertinenze "possono formare oggetto di separati atti o rapporti giuridici". Inde: sembrerebbe che l'opera d'arte inclusa – cioè nel nostro caso l'affresco o la statua – possa circolare indipendentemente e separatamente dalla circolazione del bene principale. Come detto, occorre distinguere adesso tra l'opera d'arte inclusa qualificata come bene culturale e non qualificata tale: se nel primo caso si segue la regola dettata dall'art. 818, comma 1, prima parte; nel secondo caso si segue l'eccezione dettata dall'art. 818, comma 2, seconda parte.

³² Nel marzo 2018, il Ministero dei beni culturali ha confermato il vincolo pertinenziale emesso dalla locale Soprintendenza per le opere d'arte di proprietà del Monte dei Paschi che nel piano di salvataggio dell'istituto di credito concordato tra la Banca e la Banca Centrale Europea aveva classificato come "vendibili". Si tratta in particolare delle opere esposte a Palazzo Salimbeni, a cui ora è stato imposto anche il vincolo di pertinenza alla Rocca, lo stesso sancito per la collezione di Palazzo Chigi-Saracini. Il vincolo di fatto non consente di allontanare dipinti e sculture da Siena. Cfr. M. PIRRELLI, Mps, Soprintendenza emana vincolo su tutte le opere d'arte, in Il Sole 24 Ore del 27 ottobre 2017; A. TANI, "I capolavori di Mps restano a Siena". Un vincolo contro l'ipotesi di vendita, in Il Corriere Fiorentino del 23 marzo 2018.

³³ Si vedano, ad esempio, Cons. St., Sez. VI, 10 ottobre 1983, n. 723, in *Cons. stato*, 1983, I, p. 1074; Cons. St., Sez. VI, 28 febbraio 1990, n. 321, in *Foro it.*, 1991, III, c. 1. Un precursore del vincolo indiretto sembra potersi individuare in Piero Calamandrei che già nel 1933 scriveva: "l'autorità amministrativa (...) dovrebbe avere il potere di ordinare, se mai fosse necessario, che il nudo letto su cui spirò Giuseppe Mazzini non sia rimosso dalla stanza sacra al cuore degli Italiani, e di dare così, per ragioni storiche, la qualifica di immobile per destinazione [*id est:* pertinenza, secondo la nuova terminologia del codice] a una cosa che sotto l'aspetto puramente privatistico, non potrebbe mai assumere tale carattere", cfr. P. Calamandrei, *Immobili per destinazione artistica*, in *Foro it.*, 1933, I, c. 1722.

3.1. La circolazione dell'opera d'arte "inclusa" qualificata come bene culturale

Il regime privatistico della pertinenza ex art. 818 c.c. (regola ed eccezione) deve coordinarsi con la disciplina dei vincoli pubblicistici, quando l'opera d'arte "inclusa" venga qualificata come bene culturale. Infatti, il cod. dei beni culturali detta alcune regole anche sui cd. beni culturali minori, come gli affreschi. L'art. 50, come visto, prevede il divieto, senza l'autorizzazione del soprintendente, di disporre ed eseguire il distacco di affreschi, stemmi, graffiti, lapidi, iscrizioni, tabernacoli ed altri elementi decorativi di edifici, esposti (o non) alla pubblica vista. ³⁴ Spesso accade che l'affresco sia vincolato unitamente al palazzo nel quale esso è collocato.

Ci si può domandare se, laddove il vincolo concerna il palazzo, questo si estenda anche all'affresco presente al suo interno o se, viceversa, occorra un vincolo specifico per l'affresco³⁵. La tesi che si preferisce – seguita anche dalla giurisprudenza amministrativa – è quella che ritiene necessaria una specifica menzione dell'affresco (piuttosto che del fregio o del tabernacolo) per ritenerli vincolati³⁶. La giurisprudenza della Su-

³⁴ C. Balocchini, Il vincolo pertinenziale quale strumento di tutela per le collezioni e gli studi d'artista, in Aedon, 2/09, pp. 1 ss.

³⁵ La Sovrintendenza ha discrezionalità nell'oggetto di vincolo, ma deve essere specifico. Ad esempio, in Cons. St., Sez. VI, 27 aprile 2017, n. 1948, disponibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it, si legge che il vincolo su un palazzo di Vicenza (Palazzo Trento-Valmarana) era stato così configurato dalla Sovrintendenza: "(...) edificio di architettura classica, con un "salone con soffitto affrescato da G.B. Tiepolo, e con altri affreschi della stessa mano in una saletta attigua, ed uno scalone monumentale con balaustra, due statue ed affreschi settecenteschi". La sentenza ha affermato che nel caso di specie la giustificazione vincolistica risieda nell'architettura classica dell'edificio, nell'esistenza di un salone con soffitto affrescato dal Tiepolo, di una saletta attigua pure con affresco del Tiepolo, in uno scalone monumentale con balaustra, due statue decorative ed affreschi settecenteschi. L'oggetto tutelato non risiede tanto nella esistenza in sè del salone e della sua spazialità (su cui avrebbe inciso l'intervento sanzionato), quanto piuttosto nella circostanza che lo stesso presentasse un soffitto affrescato dal Tiepolo. La Sovrintendenza potrebbe vincolare non tutto il complesso immobiliare, bensì, ad esempio, per quanto riguarda l'esterno, esclusivamente la facciata e, per quanto riguarda l'interno, la zona ingresso scala contenente gli affreschi (così Tar Toscana, Sez. III, 9 giugno 2016, n. 984, disponibile sul sito www. giustizia-amministrativa.it).

³⁶ Per interessanti considerazioni, cfr. G. PIVA, *Cose d'arte*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 104 che tratta anche il profilo del distacco dell'affresco sotto la previgente legge del 1939.

prema Corte ha ritenuto che il vincolo pubblicistico posto sull'affresco determini una inseparabilità giuridica della pertinenza (cioè del bene culturale incluso, l'affresco) rispetto all'immobile (bene includente) sì da qualificare nulli gli atti di autonomia privata tramite i quali venga fatto circolare l'affresco vincolato.

Un caso celebre (sviluppatosi nell'arco di tempo 1962 – 2001) ha riguardato la vendita di un palazzo-affresco, cioè di un appartamento sito all'interno di Palazzo Barbarigo a Venezia dove sono presenti affreschi al suo interno. La Sovrintendenza notificò già nel 1931 (dunque sotto la l. 20 giugno 1909, n. 364)³⁷ alla proprietaria la dichiarazione di importante interesse artistico con la dizione: "Palazzo Barbarigo avente quattro ambienti a stucchi dei quali uno con chiaro scuro tiepoleschi ed un altro con soffitto settecentesco a fresco".

Successivamente, l'allora proprietaria chiese (ed ottenne) l'autorizzazione al distacco per fini di restauro dalla Sovrintendenza ma successivamente decise di vendere l'appartamento (bene culturale includente) ad un soggetto e l'affresco tiepolesco (bene culturale incluso staccato) ad un altro soggetto (peraltro ad un prezzo maggiore rispetto a quello dell'appartamento). Sul caso numerosi giudici di merito e di legittimità si sono pronunciati. Merita ricordare almeno i due interventi della

³⁷ Le principali leggi di tutela che si sono susseguite a partire dall'unità d'Italia sono: a) l. 20 giugno 1909, n. 364 recante "Per le antichità e le belle arti" (cd. legge Rosadi-Rava); b) legge 1° giugno 1939, n. 1089 recante "Tutela delle cose d'interesse artistico e storico" (c.d. legge Bottai); d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, recante "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali"; d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, recante "Codice dei beni culturali e del paesaggio". Ricorda Bernardo Giorgio Mattarella che la bontà della legge Bottai viene affermata non solo nelle parole di Mario Grisolia, segretario della Commissione ministeriale, presieduta da Santi Romano che aveva elaborato il progetto di legge e che definiva la legge "formalmente precisa ed organicamente perfetta" ma anche nel giudizio di un giurista successivo dello spessore di Massimo Severo Giannini il quale ricordava che "la legislazione italiana sui beni culturali è una legislazione guida, cioè, una di quelle legislazioni alla quale si ispirano i diversi Paesi che hanno provveduto in materia". Cfr. B.G. Mattarella, La codificazione del diritto dei beni culturali e del paesaggio, in Il Codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi, a cura di A.L. MACCARI e V. Piergigli, Milano, 2006, pp. 1-2. Per una analisi storica, cfr. A. Ragusa, I giardini delle muse. Il patrimonio culturale ed ambientale in Italia dalla Costituente all'istituzione del ministero (1946-1975), Milano, 2014 (in part., pp. 17-60 e pp. 202-253); A. RAGUSA, Alle origini dello Stato contemporaneo. Politiche di gestione dei beni culturali e ambientali tra Ottocento e Novecento, Milano, 2011, passim.

Cassazione: quello a sezioni unite nel 1985³⁸ sul difetto di giurisdizione e quello della sezione II civile nel 2001³⁹ sulla vendita degli affreschi separatamente dall'alienazione dell'immobile.

La tesi fatta propria dai giudici è stata quella che ha qualificato gli affreschi come pertinenze dell'immobile: l'imposizione del vincolo pubblicistico ha reso gli affreschi "giuridicamente inseparabili dall'immobile stesso per effetti di atti di autonomia privata". Insomma: si tratta di una pertinenza necessitata, non asportabile né negoziabile separatamente dal bene, applicando così alla circolazione del bene culturale incluso la deroga prevista dall'art. 818, comma 1, seconda parte, c.c.

Le Sezioni Unite hanno affermato che: "Ove sia stato assoggettato alla dichiarazione di importante interesse artistico, per gli effetti di cui all'art. 5 ss. l. 20 giugno 1909 n. 364, un palazzo e gli affreschi ivi contenuti, la notifica relativa conserva tutti i propri effetti, nonostante l'alienazione separata di essi e il distacco dei secondi dal primo, atteso che le limitazioni amministrative prevalgono sui negozi privati e si fanno valere nonostante che le private pattuizioni non si armonizzino con esse".

La qualificazione in termini di pertinenza ha comportato che l'acquirente dell'appartamento abbia automaticamente acquistato il bene culturale incluso, in virtù del contratto di vendita, a nulla rilevando che l'affresco vincolato fosse stato staccato (a soli fini di restauro e con la successiva ricollocazione nel Palazzo) con il consenso della locale Soprintendenza. Inoltre, la sentenza ha escluso l'applicazione delle regole dell'accessione ex art. 934 c.c. e della incorporazione ex art. 939 c.c., statuendo che il venditore dell'appartamento non avesse diritto al pagamento in suo favore del valore degli affreschi (o del maggior valore conseguito dall'immobile alienato) in seguito alla ricollocazione degli affreschi all'interno del Palazzo perché "fa difetto l'autonomia dei beni, intesa soprattutto come autonomia giuridica".

Di conseguenza, l'alienazione di un bene immobile vincolato con gli affreschi comporta la vendita anche di questi ultimi (a nulla rilevando che siano staccati a fini di restauro) ed il prezzo convenuto per la vendita dell'appartamento comprende anche gli affreschi. La compenetrazione tra palazzo e affresco è dunque idonea a far perdere all'affresco

³⁸ Cass., Sez. un., 9 dicembre 1985, n. 6180, in *Giust. civ.*, I, pp. 1044 ss. concernente anche la questione sul difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

³⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. II, 12 marzo 2001, n. 3610, in Riv. notar., 2001, pp. 858 ss.

– bene culturale incluso – il carattere di bene separabile: l'acquirente dell'appartamento acquista anche gli affreschi e il distacco (a fini di restauro) si qualifica come mera asportazione materiale autorizzata dalla competente autorità⁴⁰.

La storia è solita ripetersi: un caso analogo fu deciso dalla Corte d'Appello di Firenze nel lontano 1933⁴¹, quando erano in vigore il codice civile del 1865 e la legge Rosadi-Rava del 1909.

Il caso riguardava alcune decorazioni, raffiguranti il contrasto tra vizio e virtù, realizzate da Sebastiano Ricci nei primi anni del Settecento, collocate all'interno di Palazzo Marucelli a Firenze. Nel 1914, ai sensi della legge Rosadi-Rava, la Sovrintendenza notificò al proprietario del palazzo l'importante interesse con riferimento a nove dipinti realizzati dal Ricci e collocati al piano terreno del palazzo. Successivamente, a seguito di un accordo tra la Sovrintendenza ed il proprietario, quest'ultimo staccò le decorazioni per fini di restauro, che avrebbe eseguito la Sovrintendenza stessa.

Un'operazione laboriosa che si protrasse a lungo. Il proprietario dell'immobile, nel frattempo, aveva deciso di vendere l'immobile "con tutti gli annessi e connessi, adiacenze e pertinenze, affissi ed infissi", senza far menzione nel contratto di vendita delle decorazioni.

A lavori di restauro ultimati, la Sovrintendenza riconsegnò le decorazioni al nuovo proprietario del palazzo dietro il pagamento delle spese di restauro e con l'esplicita condizione che fossero ricollocati all'interno del palazzo.

Il precedente proprietario del palazzo citò in giudizio il Sovrintendente chiedendo la restituzione dei dipinti ed il risarcimento del danno ed il Sovrintendente, a sua volta, chiamò in causa il nuovo proprietario. La sentenza della Corte d'Appello di Firenze affermò che quando una cosa, immobile per destinazione, venga dichiarata di importante interesse artistico, la volontà del proprietario diventa inefficace a mutare la annessione della cosa (e quindi a farle perdere la qualità di immobile per destinazione): la volontà del proprietario, che per gli artt. 413 e 414

⁴⁰ È evidente, poi, che la disciplina sulla circolazione dell'immobile includente segue le regole previste nel codice dei beni culturali, con l'applicazione degli istituti della denuncia di trasferimento ex art. art. 59 e della prelazione *ex* art. 60.

⁴¹ Cfr. Corte App. Firenze, 22 marzo 1932, in *Foro it.*, 1933, I, c. 1714, con nota di P. Calamandrei, *Immobili per destinazione artistica*.

c.c. 1865 aveva in proposito sempre effetti decisivi, era limitata dall'art. 13 della legge sulle antichità e belle arti, in forza del quale l'annessione non poteva cessare, e la remozione non poteva avvenire, senza il consenso del Ministero dell'Educazione Nazionale.

Occorre ricordare, infatti, che l'art. 13 della legge Rosadi-Rava estendeva agli immobili per destinazione, così definiti dall'art. 414 c.c. 1865 quanto previsto dall'art. 12 della legge stessa, e cioè il divieto di demolizione, rimozione, modifica o restauro senza autorizzazione della Sovrintendenza: una disposizione assai simile all'attuale art. 50 cod. beni culturali. Inoltre, la sentenza affermò che per stabilire se un dipinto si dovesse considerare come immobile per destinazione, non si dovesse dar peso soltanto alla sua materiale annessione al palazzo di cui si considera pertinenza, dando invece importanza – non secondaria – anche al fatto della sua connessione artistica col complesso monumentale di cui faceva parte.

È interessante rilevare che la sentenza fu commentata da Piero Calamandrei (legale, tra l'altro di una delle parti) sul *Foro Italiano*, il quale ritenne che quella singolare controversia presentasse questioni assai interessanti sotto il profilo civilistico e pubblicistico, come quella dell'importanza che potesse avere, per far acquistare ad una cosa il carattere di immobile per destinazione, la sua connessione artistica, anche se non accompagnata da materiale congiunzione, colla decorazione morale e quella delle conseguenze contrattuali derivanti dalla temporanea remozione a scopo di restauro (operata dal proprietario prima della vendita dell'immobile) delle pertinenze artisticamente connesse con esso.

Infine, altra questione interessante era quella di stabilire se ed in quali limiti la facoltà del proprietario di produrre o far cessare con un atto di disposizione privata la immobilizzazione giuridica delle pertinenze del suo fondo, potesse essere ristretta o abolita laddove fosse stata emanata dall'autorità amministrativa la dichiarazione di importante interesse artistico ai sensi della l. 20 giugno 1909, n. 364 sulle antichità e belle arti.

In particolare, Calamandrei si domandò se la nozione di immobile per destinazione che il c.c. 1865 fondava sulla intenzione del proprietario seguendo un criterio individualistico, non dovesse ritenersi allargata e modificata in base ad esigenze di interesse pubblico, per le quali la immobilizzazione giuridica poteva dipendere in certi casi più che dalla volontà soggettiva del proprietario dalla relazione oggettiva che passava tra la cosa ed il luogo in cui essa era collocata, cioè da quella che si sarebbe potuta chiamare la destinazione artistica, attribuitale dall'autore, che doveva essere rispettata se non si voleva distruggere il significato dell'opera. Secondo Calamandrei, la Corte seguì proprio questa tesi affermando che l'art. 13 della l. 364/1909 aveva modificato i principî degli artt. 413 e 414 c.c. 1865 togliendo al proprietario la facoltà di rimuovere gli immobili per destinazione dichiarati di importante interesse artistico.

Secondo Calamandrei era stata così introdotta una immobilizzazione per ragioni artistiche, perdurante senza e magari contro la volontà del proprietario, che il codice civile del 1865 non conosceva perché la immobilizzazione si manteneva soltanto fino a quando al proprietario non piacesse di far cessare la destinazione da lui voluta. In questi termini, per l'illustre giurista la destinazione artistica non deve significare destinazione da parte del proprietario, che obbedisce, nel disporre delle cose sue, al solo interesse individuale; ma destinazione da parte dell'artista, che crea per il godimento di tutti, ed è il solo a saper scegliere il luogo più adatto a mettere in valore, per la gioia di chiunque l'ammiri, l'opera sua. Una tesi – quella della destinazione artistica – che, anche oggi, può ritenersi vigente per i beni culturali "inclusi" tramite l'interpretazione delle disposizioni del codice dei beni culturali e del codice civile.

4. La proprietà del bene culturale incluso scoperto fortuitamente

Può accadere, poi, che un bene culturale "incluso" venga scoperto fortuitamente in seguito ad un restauro⁴²: con il distacco dell'intonaco,

⁴² Un caso particolare concerne le sinopie. Non è infatti infrequente che procedendo ad operazioni di stacco si trovi la c.d. sinopia. Si tratta del disegno preparatorio usato per la pittura a fresco ed il disegno viene poi progressivamente ricoperto dall'ultimo strato di intonaco. Con riferimento alla proprietà di esse, in dottrina si afferma che né le disposizioni sui ritrovamenti e le scoperte, disposizioni contenute nel capo quinto (artt. 43-50) della l. n. 1089 del 1939 (ed oggi nel codice dei beni culturali), né la disciplina del tesoro, dettata dall'art. 932 c.c., siano applicabili alle sinopie, ai disegni preparatori o, comunque, alle superfici decorate, le quali vengono in luce nel corso di stacchi, o strappi di dipinti murali, con al conseguenza che le sinopie appartengono al proprietario delle mura. In questi termini, cfr. A. SALERNI, *Sul diritto di proprietà di sinopie o distacchi di affreschi*, in *Giust. cin.*, 1995, pp. 399 ss. Le sinopie, una volta ritro-

ad esempio, può emergere un pregevole ed antico affresco. Un celebre caso è avvenuto a Scarlino, in provincia di Grosseto dove un soggetto, dopo aver acquistato un appartamento decadente ed eseguito i lavori, ha scoperto un affresco di oltre 15 mq risalente al Quattrocento senese, attribuito poi al fratello del Vecchietta⁴³.

Di fronte a tale fattispecie, ci si è chiesti se la proprietà dell'affresco scoperto appartenga allo scopritore o allo Stato e se lo scopritore abbia diritto ad un premio per il ritrovamento fortuito. Del tema si è occupata una recente sentenza del Consiglio di Stato nel 2017:⁴⁴ in quel caso, durante i lavori di ristrutturazione di un esercizio pubblico, il proprietario (e l'impresa edile) hanno scoperto sotto l'intonaco un affresco raffigurante una Madonna ascrivibile ad artista di scuola viterbese eseguito a metà del Quattrocento.

Il proprietario-scopritore e l'impresa hanno chiesto allo Stato un premio per la loro scoperta ma il Direttore della Direzione Generale per il Patrimonio Storico, Artistico ed Etnoantropologico ha emesso un provvedimento di reiezione della richiesta di pagamento del premio per la scoperta fortuita di cose di interesse artistico. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che la disciplina applicabile al caso fosse quella pre-

vate, vengono spesso musealizzate, come nel caso del Museo delle Sinopie a Pisa, ospitato nell'antico Spedale del Santo Spirito e che conserva le sinopie (tra cui opere di Buffalmacco, Taddeo Gaddi, Antonio Veneziano, Spinello Aretino, ecc.) trovati a seguito del distacco degli affreschi resisi necessari in seguito al bombardamento alleato e al seguente incendio del complesso avvenuto nel 1944. Cfr. AA. Vv., Camposanto Monumentale di Pisa. Affreschi e Sinopie, Milano, 1960, passim; A. CALECA, G. NENCINI, G. PIANCASTELLI, Pisa. Museo delle Sinopie del Camposanto Monumentale, Pisa, 1979, pp. 1 ss.

⁴³ Il caso emblematico è quello successo a Scarlino, in Provincia di Grosseto. All'interno di un appartamento del 1200 fatto costruire dalla famiglia senese dei Pannocchieschi viveva un centralinista del Comune di Scarlino. Alla sua morte, l'immobile, che era in pessime condizioni manutentive, è stato acquistato da un privato. Prendendo atto della esistenza di una testa di una Vergine sull'intonaco, ha deciso di verificare se esistessero alcuni affreschi. Dopo un accurato e lungo restauro, coordinato con la Sovrintendenza, è apparso un affresco quattrocentesco dalle dimensioni di circa 15 mq, attribuito a Giovanni di Pietro (fratello di Lorenzo di Pietro, noto come Il Vecchietta), che ha destato l'interesse anche della critica artistica. Cfr. S. BUGANZA, A. CAPORALI, L'oratorio della Santa Croce di Scarlino e la sua decorazione: un'aggiunta alla pittura senese del primo Quattrocento, in Nuovi Studi. Rivista di Arte Antica e Moderna, 2019, pp. 5 ss.

⁴⁴ Cons. St., Sez. VI, 7 giugno 2017, n. 2756, disponibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

cedente all'approvazione del codice dei beni culturali⁴⁵. In particolare, l'art. 48, l. 1089/1939 disponeva allora che chiunque scoprisse fortuitamente cose mobili o immobili che presentassero interesse artistico, storico, archeologico o etnografico (cfr. art. 1, l. 1089/1939) avrebbe dovuto immediatamente denunziare la scoperta alla autorità competente e provvedere alla temporanea conservazione della cosa scoperta.

Di più: l'art. 49 disponeva che le cose scoperte fortuitamente appartenevano allo Stato e allo scopritore fosse corrisposto un premio. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che per appartenere allo Stato, le cose ritrovate o scoperte fortuitamente, devono essere distinte rispetto al bene in cui il ritrovamento viene effettuato, possedendo esse una identità propria ed una autonoma configurazione rispetto all'immobile. In particolare, nel caso di specie la Sovrintendenza aveva espresso un parere negativo sul distacco dell'affresco. È evidente che, posto in questi termini, l'affresco non costituisce una cosa separabile e distinta rispetto all'immobile⁴⁶.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto così che la proprietà dell'affresco scoperto fosse del proprietario dell'immobile e non dello Stato. Inoltre, ha ritenuto che il premio allo scopritore derivi non solo dalla rilevanza artistica culturale del bene rinvenuto ma anche dall'acquisto in favore dello Stato dei beni oggetto della scoperta (nel caso specifico non avvenuta).

Da un lato si è così espresso nel senso che l'affresco ritrovato fosse di proprietà dello scopritore e, dall'altro lato, escludendo il premio per il ritrovamento perché, diversamente statuendo, si sarebbe trattato di un arricchimento ingiustificato per il privato. Una diversa soluzione sarebbe stata possibile laddove la Sovrintendenza avesse ritenuto coerente ed

⁴⁵ Il codice dei beni culturali attualmente vigente disciplina la "scoperta" negli artt. 90 ss. cod. beni culturali.

⁴⁶ Il collegio riporta il parere espresso dalla competente Sovrintendenza secondo cui: "Il distacco di un dipinto murale, infatti, è un procedimento estremamente traumatico per l'opera d'arte cui si è costretti a ricorrere solo in casi estremi per degrado dei luoghi che lo contengono, onde evitare danni irreversibili e perdita totale del bene stesso. Nel nostro caso sarebbe estremamente inopportuno effettuarlo per una sua eventuale musealizzazione, perché il sito in cui si trova non manifesta danni e il manufatto artistico, se musealizzato, perderebbe la sua particolare realtà storica di immobile per destinazione...Se, invece, staccato e musealizzato, l'affresco perderebbe le sue intrinseche caratteristiche di realtà immobile per destinazione e, in particolare, le operazioni di distacco potrebbero fargli subire traumi e falsarne la sua originaria facies e materia pittorica".

ammissibile il distacco dell'affresco e questo fosse divenuto di proprietà dello Stato con relativo premio, in questo caso, allo scopritore.

Dunque: nel caso di affresco-bene culturale scoperto fortuitamente giuoca un ruolo di primo piano il parere della Sovrintendenza sulla ammissibilità di un eventuale distacco con collocazione dello stesso in diverso luogo perché solo in caso positivo l'affresco può essere acquisito dallo Stato. In caso negativo, si può, semmai, procedere alla espropriazione strumentale dell'immobile dove includente l'affresco, ai sensi del vigente art. 96 del cod. dei beni culturali. Si consideri poi l'ipotesi in cui il proprietario decida di distruggere il bene culturale incluso. In questo caso egli non è libero di farlo – come invece si vedrà per il caso dell'opera d'arte inclusa non considerata bene culturale – poiché opera sempre la disciplina pubblicistica: qualsiasi modifica del bene culturale "incluso" – e dunque anche la sua distruzione – deve essere autorizzata dall'autorità preposta di mancanza vi è un apparato sanzionatorio (amministrativo e penale), oggi previsto all'interno della parte quarta del codice dei beni culturali del codice dei beni culturali.

5. La circolazione dell'opera d'arte "inclusa" non qualificata come bene culturale

A questo punto, occorre però comprendere quale sia il regime della circolazione dell'opera d'arte "inclusa" laddove non sussista il vincolo pubblicistico.

In questi casi, l'affresco staccato può circolare liberamente, tramite atti di autonomia privata, con l'applicazione della regola dettata dall'art. 818, comma 1, prima parte, c.c. La domanda è, semmai, se l'artista (qualora sia vivente) o i suoi eredi o, infine, la fondazione a lui intitolata possano o meno tutelare l'opera d'arte inclusa realizzata dall'artista all'interno di un bene del quale egli non è proprietario⁴⁹.

⁴⁷ L'art. 20, comma 1 del codice dei beni culturali dispone che: "I beni culturali non possono essere distrutti, danneggiati o adibiti ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione". Inoltre, l'art. 21, comma 1, lett. a) subordina ad autorizzazione la demolizione delle cose costituenti beni culturali, anche con successiva ricostituzione.

⁴⁸ Si vedanao gli artt. 160 ss. del codice dei beni culturali.

 $^{^{49}}$ È evidente, infatti, che laddove l'artista sia proprietario anche dell'edificio la questione non si pone.

Si pensi al caso in cui ad un artista vivente viene commissionata la realizzazione di un affresco. Un caso, recentemente accaduto, evidenzia meglio la questione. La Torre di Arnolfo, nel comune di Colle Val D'Elsa, per alcuni anni è stata locata ad un pittore neoespressionista, Gino Terreni che oltre ad usarla come atelier d'artista, una casa-studio, ha realizzato nelle mura della Torre una serie di affreschi. La Torre è stata poi oggetto di esecuzione immobiliare, e l'aggiudicatario, in un primo tempo, avrebbe voluto rimuovere gli affreschi murali realizzati dal pittore neoespressionista, riportando nell'antica torre il mattone faccia-vista. Si consideri che la Torre è un bene culturale, vincolata per la sua importanza storico-artistico architettonica, ma il Comune non ha esercitato il diritto di prelazione⁵⁰ con qualche malcontento dei residenti, che vedono in quel bene il simbolo della città. Sta di fatto che il vincolo era stato posto dalla Sovraintendenza sulla Torre in epoca precedente rispetto alla realizzazione degli affreschi e riguardava il bene immobile in sé.

È verosimile ritenere che il vincolo della Soprintendenza non possa estendersi alle opere murali realizzate dall'artista, anche perché ai sensi dell'art. 10, comma 5, del codice dei beni culturali viene esclusa la qualifica di bene culturale ai beni mobili o immobili che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre settanta anni⁵¹.

⁵⁰ Si consideri che laddove il bene immobile sia vincolato, le regole di circolazione stabilite dal codice dei beni culturali prevedono il meccanismo della denuncia di trasferimento (c.d. denuntiatio) ex art. 59 e della prelazione ex artt. 60-62 cod. beni culturali. Il Consiglio Nazionale del Notariato in un recente studio (A. LORENZETTO PESERICO, L'espropriazione di un bene immobile "culturale", in Studio del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato dal Gruppo di Studio sulle Esecuzioni Immobiliari e Attività Delegate il 12 febbraio 2018) ha ritenuto che lo Stato possa esercitare la prelazione anche nel caso della vendita giudiziaria. Nello stesso senso, si è espresso il Consiglio di Stato (cfr. Cons. St., 22 settembre 2008, n. 4569, disponibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it), in uno dei pochi casi in cui la giurisprudenza amministrativa si è occupata della questione, quello della vendita del Palazzo dei Celestini nel Comune di Carmiano a Lecce. È evidente, tuttavia, che ammettere l'operatività della prelazione nel caso di vendita giudiziaria laddove l'ente pubblico conosca (o avrebbe potuto conoscere usando l'ordinaria diligenza) la procedura esecutiva, sembra costituire uno strumento di indubbio vantaggio per l'ente pubblico, potendo infatti non partecipare all'incanto ed esercitare, successivamente all'aggiudicazione, la prelazione. Non sembra allora da escludersi una possibile illegittimità costituzionale della norma (art. 59, comma 2, lett. b), del codice dei beni culturali) per violazione dell'art. 3 Cost.

⁵¹ Il quinto comma è stato, da ultimo, così sostituito dall'art. 1, comma 175, lett.

Nella specie, il nuovo proprietario non ha né distrutto né proceduto a staccare gli affreschi, alienandoli (a titolo oneroso o gratuito) ad altro soggetto ex art. 818, comma 1, prima parte, c.c.⁵², ma ha deciso di coinvolgere il Comune di Colle di Val d'Elsa, anche in considerazione della natura del bene, di rilevanza collettiva⁵³, consentendo all'associazione costituita in memoria dell'artista e al Comune di far accedere i cittadini in alcuni giorni dell'anno.

In questo caso, il problema si potrà porre semmai in un futuro quando l'attuale proprietario deciderà di alienare l'immobile: la vendita

a), n. 2, l. 4 agosto 2017, n. 124 che ha portato la soglia da cinquanta a settanta anni. Il pittore ha realizzato gli affreschi nei primi anni 2000.

⁵² È del tutto evidente, infatti, che in questa ipotesi, il proprietario ha il diritto di staccare l'affresco, di alienarlo a titolo oneroso o gratuito, di sfruttarlo economicamente. Si ritiene, infatti, che dopo aver realizzato l'opera, l'artista cedette i diritti patrimoniali sulla stessa. L'unico limite è da ravvisare semmai nell'art. 20 della legge sul diritto d'autore secondo cui: "Indipendentemente dai diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera (...) ed anche dopo la cessione dei diritti stessi, l'autore conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione".

⁵³ Cfr. S. Rodotà, Note critiche in tema di proprietà, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1960, pp. 1252 ss. Si consideri che già Piero Calamandrei vedeva nel proprietario dell'opera d'arte un "custode nell'interesse pubblico di una cosa comune" auspicando una disposizione che imponesse ai proprietari delle cose d'arte il dovere di esporle periodicamente al pubblico. Si legge, infatti: "Quel grandioso movimento sociale, di cui ogni giorno si vede intorno a noi compiuta una tappa, che va gradualmente abolendo nella proprietà ogni contenuto individualistico e la trasforma sempre più in una funzione sociale, appare da tempo, nel campo della proprietà delle cose d'arte, assai più progredito e risoluto che in tutti gli altri campi. Da tempo lo Stato ha sentito che il patrimonio artistico nazionale, in cui il nostro popolo ritrova i documenti del suo passato e riconosce nei secoli la sua unità spirituale, è un bene per sua natura pubblico, che non può essere abbandonato ai capricci individuali del tradizionale jus utendi et abutendi. La continuità della nazione, i caratteri che la differenziano dalle altre genti, la sua storia e la sua gloria si esprimono nelle opere d'arte: e il privato che ha la proprietà giuridica di un oggetto artistico in cui si concreta un bene spirituale che appartiene a tutto un popolo, sempre più si avvicina ad essere considerato socialmente come custode, nell'interesse pubblico, di una cosa comune. (...) per questo è auspicabile una disposizione che imponga ai privati proprietari di pregevoli opere d'arte il dovere di esporle periodicamente al pubblico e di non sottrarre al pubblico il godimento di una bellezza che a tutti appartiene", cfr. P. CALAMANDREI, Immobili per destinazione artistica, cit., c. 1722. Di recente, sul rapporto tra destinazione culturale e proprietà, si veda D.G. RUGGIERO, Destinazione culturale e proprietà dei beni, Napoli, 2019, pp. 1 ss.

dell'immobile – e sempre che l'affresco non venga prima staccato, costituendo oggetto di un rapporto giuridico diverso – riguarderà anche l'opera d'arte inclusa, presente al suo interno. La questione è quella dell'eventuale trascrivibilità dell'accordo tacito tra comune e proprietario, sì da trasformare il "diritto alla visita" della Torre (e degli affreschi lì presenti) da vincolo obbligatorio a vincolo reale, consentendo anche in futuro l'accesso ai cittadini per poter ammirare il bene includente e le opere d'arte incluse. Lo strumento giuridico che potrebbe essere utilizzato è il vincolo ex art. 2645-quater c.c.⁵⁴ sì che nel rapporto tra fruizione egoistica ed altruistica del bene culturale possa trovare spazio anche il vincolo di uso pubblico, magari regolamentando i giorni delle visite.

Come accennato, il caso è utile per intendere meglio i delicati rapporti tra diritto di proprietà e diritto d'autore, laddove il proprietario decida di distruggere l'opera d'arte inclusa.

Va tenuto presente che l'art. 20 della legge sul diritto d'autore – che ricalca l'art, 6-bis della Convenzione di Berna – afferma che, indipendentemente dai diritti di utilizzazione economica dell'opera, l'autore conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e può opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione.

L'orientamento dottrinale maggioritario predilige le ragioni proprietarie affermando che il diritto d'autore non possa impedire al proprietario di distruggere l'opera d'arte⁵⁵, anche se la dottrina⁵⁶, che già

⁵⁴ R. Scuccimarra, *L'art. 2645-quater codice civile: prime riflessioni*, in *Imm. e propr.*, 2012, pp. 583 ss.

⁵⁵ Cfr. Cass. civ., 13 aprile 1938, in *Riv. dir. comm.*, 1938, p. 439; Trib. Roma, 7 luglio 1939, in *Dir. autore*, 1940, pp. 68 ss., con nota di L. Ferrara. Successivamente si veda Cass. civ., 31 luglio 1951, n. 2273, in *Dir. autore*, 1952, pp. 57 ss., con nota di V. DE SANCTIS. L'Autore afferma, a pag. 61 che "dal punto di vista giuridico, occorre osservare che la distruzione dell'esemplare originale dell'opera conduce alla inesistenza dell'opera stessa, sicché non può parlarsi di deformazione, mutilazione, modificazione dell'opera, che possa essere di pregiudizio all'onore e alla reputazione dell'autore, come specificamente stabilisce l'art. 20 della legge. Si tratta, infatti, per l'art. 20, di atti che offendono la reputazione artistica dell'autore e che presuppongono, quindi, l'esistenza dell'opera". Conforme anche E. PIOLA CASELLI, *Codice del diritto di autore: commentario della nuova legge 22 aprile 1941, n. 633*, Torino, 1943, p. 334.

⁵⁶ Si consideri anche una datata decisione di un Tribunale di merito concesse il

da tempo si era espressa in senso contrario⁵⁷, ha trovato un ulteriore argomento per sostenere il divieto di distruzione dell'opera d'arte con la introduzione nell'art. 20 dell'inciso "ed a ogni atto a danno dell'opera stessa"⁵⁸ affermando che "la distruzione dell'opera costitui[sce] il massimo [danno] all'integrità dell'opera in quanto creazione intellettuale"⁵⁹.

Ad oggi, almeno in Italia, è comunque ancora maggioritaria la tesi che fa prevalere le ragioni proprietarie sì che è alquanto improbabile ritenere ammissibile il rimedio risarcitorio laddove il proprietario decida di distruggere l'opera.

risarcimento per la variazione compiuta su un'opera. Cfr. Trib. Firenze, 13 luglio 1910, in *Rin. dir. comm.*, 1910, II, pp. 1709 ss. con nota di A. Musatti. Si legge: "L'opera d'arte, sia pure ceduta ad altri, è quella che l'artista ha voluto che fosse, sia pure mediocre, sia pure errata, poiché ciò non influisce sul diritto d'autore (...) E se è vero che la proprietà è *ius utendi et abutendi* della cosa che ci appartiene, è pur vero che ha anche questo dei limiti, allorché può invadere la sfera degli altrui diritti (...) La variazione compiuta su di un'opera d'arte acquistata è certamente di danno morale e materiale per il suo autore, e può ben questi chiederne il risarcimento, facendo valere lo *ius prohibendi* che la legge riconosce agli autori".

⁵⁷ Scriveva già nel 1973, infatti, Z.O. ALGARDI, Brevi note sulla condizione giuridica dell'opera d'arte oggetto di tutela artistica e di diritto di autore, in Dir. autore, 1973, p. 296, che la distruzione dell'esemplare unico dell'opera d'arte fosse illecita "poiché nessun attentato alla integrità dell'opera può essere più grave e pregiudizievole per la reputazione dell'autore della soppressione dell'opera ed egli non sarebbe sufficientemente tutelato qualora la legge che reprime le modificazioni pregiudizievoli, consentisse la distruzione". Deve anche ricordarsi la tesi sostenuta da Paolo Greco e Paolo Vercellone che distinguono sulla base della comparazione degli interessi in conflitto: così viene fatto prevalere il proprietario se la sua pretesa si fondi su serie ragioni mentre prevalere l'artista se il proprietario è mosso da sentimenti capricciosi e di rancore, così da evocare la figura dell'abuso del diritto. Cfr. P. Greco e P. Vercellone, I diritti sulle opere dell'ingegno, Torino, 1974, 117 ss.

⁵⁸ L'inciso è stato introdotto dal d.P.R. 8 gennaio 1979, n. 19 recante "Applicazione della convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche".

⁵⁹ Così, V.M. DE SANCTIS, Il diritto di autore – Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche, in Comm. cod. civ. Schlesinger-Busnelli, Milano, 2012, p. 140. Tuttavia, in un caso deciso dal Tribunale (Trib. Bologna, 27 luglio 1995, in Dir. Ind., 1996, p. 505) e dalla Corte d'Appello di Bologna (Corte App. Bologna, 13 marzo 1997, in Dir. Ind., 1997, p. 901) è stato ritenuto che il diritto all'integrità dell'opera non include il diritto di opporsi alla distruzione dell'opera ed è stata ritenuta legittima la distruzione dell'opera da parte del proprietario di un'opera raffigurante una vecchia signora con veletta che sarebbe stata causa di influenze nefaste in seguito al suicidio di un individuo che guardava quotidianamente il quadro.

6. Postilla sulla street art

Un discorso collegato a quanto finora esposto è quello sulla *street art*, una forma di arte nata negli Stati Uniti come evoluzione del graffiti *writing*⁶⁰ nella seconda metà del Novecento. Se, almeno inizialmente, era considerata manifestazione di disobbedienza civile, dallo scarso valore artistico e dall'elevata produzione di esternalità negative, è oggi riconosciuta come arte contemporanea, tanto che possono diventare anche un modo di rivalorizzare le periferie, come ad esempio il Mercato di Ballarò a Palermo. L'opera realizzata dallo *street artist* è un'opera d'arte inclusa – al pari dell'affresco – anche se numerose sono le differenze. Basti pensare alla tecnica di realizzazione, perché in genere lo *street artist* dipinge con bombolette *spray*, tanto da parlare di *aerosol-art*.

L'artista dipinge sul muro di proprietà altrui⁶¹ senza il consenso del proprietario per manifestare una propria idea e l'opera è esposta alla pubblica vista (in genere viene infatti realizzata sulle facciate)⁶² e agli agenti atmosferici. Appaiono evidenti le tre caratteristiche della *street art*: quella di essere effimera, *site specific* ed accessibile a chiunque. Con riferimento alla qualificazione giuridica, la questione è se concedere allo *street artist* la protezione prevista dalla legge sul diritto d'autore, tenendo presente che l'autore ha violato il diritto di proprietà altrui ed il diritto penale perché, come detto, nella stragrande maggioranza dei casi, gli *street artist* operano in assenza del consenso del proprietario dell'edificio, tanto da poter qualificare la loro condotta come imbrattamento o danneggiamento, penalmente rilevanti⁶³.

⁶⁰ Si considerino i graffiti apparsi sulla metropolitana di New York negli anni Settanta, quando venne dipinto – danneggiato – un vagone con la scritta Super Kool 223.

⁶¹ Cfr. M.R. Marella, L'arte come bene comune, in L'opera d'arte nel mercato. Principî e regole, a cura di G. Liberati Buccianti, Torino, 2019, pp. 134 ss. Sul rapporto tra street art e diritto d'autore, cfr. Fr. Benatti, La Street Art musealizzata tra diritto d'autore e diritto di proprietà, in Giur. comm., 2017, pp. 781 ss.; V. Zeno-Zencovich, I graffiti fra arte e illecito. Uno sguardo comparatistico, in Dir. autore, 2007, pp. 584 ss.

⁶² L'arte di strada può essere realizzata non solo su beni immobili ma anche su beni mobili (si pensi al caso dei graffiti realizzati su frammenti di muro appositamente realizzati).

⁶³ Non sempre la condotta dell'artista determina un illecito penale: ad esempio, a volte gli *street artist* vengono assolti dall'accusa di imbrattamento anche tramite la testimonianza dei proprietari dei palazzi che dichiarano un miglioramento del decoro grazie alle opere illegittimamente realizzate. Si veda, F. Cangini, *I profili penali della* street art, in *Foro Malatestiano*, 2017, pp. 1 ss.

È oggi maggioritaria la tesi che ritiene queste opere protette come opere dell'ingegno ai sensi dell'art. 2 della legge sul diritto d'autore anche perché la liceità non si trova tra i requisiti per la protezione dell'opera:⁶⁴ vi è chi propone di qualificarle come "opere effimere dell'arte visiva", anche in considerazione dell'elenco meramente esemplificativo (e non tassativo) dell'art. 2 l. aut.⁶⁵.

La questione assume una certa importanza nel momento in cui si assiste alla trasformazione del vandalismo in atto di consumo⁶⁶, con la richiesta di alcuni critici di musealizzare tali opere. Il tema – visto già con riferimento all'affresco - è quello della decontestualizzazione dell'opera rispetto al luogo per il quale esse furono pensate e realizzate. Nella maggior parte dei casi, gli artisti si oppongono alla decontestualizzazione e, spesso, come manifestazione di dissenso, gli street artist decidono di distruggere le proprie opere, come dimostra il caso dello street artist Blu che, dopo la proposta di musealizzare una sua opera a Bologna nel 2016, decise di cancellare i suoi lavori.⁶⁷ Se è vero che anche la street art è protetta dalla legge sul diritto d'autore, si potrebbe sostenere che l'artista, una volta che sia a conoscenza della proposta musealizzazione, possa opporsi ai sensi dell'art. 20 l. aut., ritenendo l'operazione lesiva del proprio onore e della reputazione ma attenta dottrina fa notare che gli artisti di street art, in linea con il loro pensiero, ripudiano il diritto d'autore come scelta ideologica, preferendo tutelare le proprie opere tramite fatti concreti e con l'aiuto delle comunità locali⁶⁸.

⁶⁴ V. DE SANCTIS, *Il diritto d'autore: del diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterare e artistiche*, Milano, 2012, p. 34.

⁶⁵ Fr. Benatti, La Street Art musealizzata tra diritto d'autore e diritto di proprietà, cit., p. 797.

⁶⁶ Cfr. A. Barba, Consumo e sviluppo della persona, Torino, 2017, pp. 10 ss.

⁶⁷ Cfr. M. SMARGIASSI, Bologna, Blu cancella tutti i suoi murales: "No alla street art privatizzata", in La Repubblica Bologna, 12 marzo 2016, dove si legge che: "Nel corso di una notte frenetica di vernice e spray, Blu, il Banksy italiano, ha cancellato i suoi celebri, splendidi graffiti dai muri di Bologna, dove una potente istituzione culturale, Genus Bononiae, sostenuta dalla fondazione bancaria e presieduta dall'ex rettore Fabio Roversi Monaco, sta staccando dai muri le opere dei writer più quotati per esibirli, in alcuni casi senza il consenso degli autori, in una mostra sulla street art che inaugurerà giovedì prossimo nell'austero e storico Palazzo Pepoli".

⁶⁸ È questa la tesi di Fr. Benatti, La Street Art musealizzata, cit., p. 797. La possibilità per l'artista di opporsi alla musealizzazione, utilizzando la protezione offerta dal diritto d'autore (ed in particolare tramite l'interpretazione dell'art. 20 l. aut.), è soste-

Tema controverso – che può essere solo accennato – è anche quello della proprietà dell'opera realizzata. In particolare, va presa in esame la tesi dell'abbandono dell'opera secondo la quale l'artista, realizzando l'opera in luogo pubblico, rinuncia a tutti i diritti sull'opera (tranne quelli morali) con la libera utilizzabilità dell'opera e la tesi che fa invece leva sulla licenza non esclusiva, simile all'open source digitale, per cui l'autore mantiene un potere decisionale sulla gestione dell'opera, imponendo obblighi ai terzi fruitori dell'opera, a tutela dello stesso artista.

Con riferimento al conflitto tra artista e proprietario del muro, è interessante ricordare il caso 5Pointz, deciso negli Stati Uniti, dove la corte di primo e di secondo grado ha riconosciuto ad alcuni artisti un risarcimento del danno per la distruzione della loro opera da parte del proprietario dell'edificio. In particolare, gli artisti si sono ritrovati all'interno di area abbandonata di New York⁶⁹ e, anche con il consenso del proprietario hanno dipinto alcune opere sulle facciate. Successivamente, il proprietario ha deciso di demolire le opere per adibire l'area ad

nuta da L. GIORDANI, Graffiti, street art e diritto d'autore: un'analisi comparata, in Trento Law and Technology Research Group – Student Paper n. 41, 2018, p. 123.

⁶⁹ Nel 2002, Gerald Wolkoff, il proprietario di un'area industriale abbandonata nel quartiere di Long Island a New York decise di istallarvi una serie di opere di street artist, chiamando Jonathan Cohen, uno street artist noto come Meres One, in qualità di curatore. Il luogo, chiamato 5Pointz per indicare i 5 borough di New York uniti in una sola anima, divenne un importante centro per la street art: una attrazione con migliaia di visitatori che ebbe un ampio risalto mediatico, tanto da essere nota come "La Mecca dei Graffiti", con la presenza di circa 10.650 opere d'arte. Le opere erano soggette ad una continua trasformazione, poiché gli artisti avrebbero potuto dipingere sopra le opere già realizzate da altri, tramite un processo di distruzione creativa. Nel maggio 2013, poi, il curatore ricevette la notizia che il proprietario aveva ottenuto il permesso dalla municipalità per trasformare l'area in un'area residenziale con la realizzazione di appartamenti di lusso. Il curatore cercò sia di ottenere il riconoscimento di area di "sito culturale significativo" e di comprare l'area, ma entrambi i tentativi non andarono a buon fine, così gli artisti decisero di agire in giudizio, chiedendo l'applicazione del Visual Artists Rights Act del 1990. Si consideri che, inizialmente, gli artisti intrapresero una preliminary injunction, chiedendo una misura cautelare – inibitoria – volta ad impedire la distruzione dell'edificio ma il giudice non accolse la domanda, non ravvisando nel caso di specie i requisiti del fumus boni iuris e del periculum in mora. Il proprietario non volle aspettare l'esito dell'appello e del giudizio di merito facendo immediatamente imbiancare le pareti in cui erano presenti le opere d'arte.

appartamenti di lusso. Il giudice – in primo⁷⁰ ed in secondo grado⁷¹ – ha applicato il Visual Artist Rights Act (VARA) del 1990, riconoscendo un risarcimento del danno agli artisti per la distruzione delle loro opere.

In particolare, secondo quella legge sono protette, ai sensi del § 101 le opere di arte visuale quali "painting, drawing, print, sculpture" che esistono in un'unica copia o in edizione limitata.

In particolare, oltre al *right of attribution*, cioè il diritto ad essere riconosciuti come autori dell'opera (§ 106 A, par. 1), quella legge attribuisce un diritto disponibile all'integrità dell'opera che si specifica da un lato in un *right to prevent deforming* (§ 106 A, par. 3, lett. A) cioè un diritto a prevenire modifiche alle opere d'arte che possano recare danno alla reputazione dell'artista e, dall'altro in un *right to prevent distruction* (§106 A, par. 3, lett. B), cioè un diritto a prevenire la distruzione dell'opera d'arte, sempre che questa raggiunga una "*recognized stature*"⁷².

In caso di violazione di questi diritti, l'artista, ai sensi del § 504, ha diritto al risarcimento del danno. È fin troppo evidente che questo diritto, alla cui base sta l'interesse della società a prevenire il patrimonio culturale, limita la proprietà.

Il diritto a prevenire la distruzione è comunque subordinato al fatto che l'opera assurga ad una "recognized stature" che può essere considerata alla stregua di una clausola generale⁷³. In un celebre caso del 1994, Carter v. Helmsley-Spear⁷⁴ venne affermato che l'opera d'arte ha "stature" quando essa è "viewed as meritorious" ed è "recognized" quando essa è tale "by art experts, other members of the artistic community, or by some cross-section of the society".

Nel caso 5Pointz, il giudice di primo grado e d'appello ha riconosciuto tale qualità alle opere d'arte realizzate ed in particolare il giu-

⁷⁰ Cfr. Cohen et al. v. G&M Realty L.P., Case No. 13-CV-05612 (E.D.N.Y. Feb. 12, 2018). Cfr. L. Giordani, 5-Pointz: risarcimento milionario per le opere di street art distrutte. Quale soluzione alla luce del diritto italiano?, in Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo, 2018, p. 61 ss. che riporta anche la bibliografia statunitense del caso; E. Bonadio, Street Art, Graffiti and the Moral Right of Integrity: Can Artists Oppose the Destruction and Removal of their Works?, in NUART Journal, Issue 1, 2018, 17 ss.; A. Wang, Graffitti and the Visual Artists Rights Act, 11 Wash. J. L. Tech. & Arts 141 (2015).

⁷¹ Castillo v. G&M Realty L.P., Case No. 18 \(CV-498 \) (2d Cir. Feb. 20, 2020).

⁷² Cfr. C.J. ROBINSON, The "Recognized Stature" Standard in the Visual Artists Rights Act, in 68 Fordham Law Review, 1935 (2000).

⁷³ V. VELLUZZI, Le clausole generali: semantica e politica del diritto, Milano, 2010, passim.

⁷⁴ Cfr. Carter v. Helmsley-Spear, Inc., 861 F. Supp. 303 (S.D.N.Y. 1994).

dice d'appello ha confermato che anche le opere d'arte temporanee possono essere tutelate secondo il VARA perché nulla in questa legge "excludes temporary artworks from attaining recognized stature" ed il fatto che l'opera d'arte sia effimera comporta sì minori opportunità di essere vista ed apprezzata, ma questo non significa che non possa acquisire un "recognizzed stature", non distinguendo la legge tra opere d'arte temporanee ed opere d'arte permanenti⁷⁵.

Si afferma che la componente più importante è rappresentata dalla "artistic quality" dell'opera e la comunità di riferimento è quella artistica, comprendente storici dell'arte, critici d'arte, curatori di musei, galleristi, artisti promettenti, ecc. In particolare, il giudice d'appello ha ritenuto che negli anni recenti la street art, che spesso è temporanea, si è evoluta ed è ormai riconosciuta come una categoria dell'arte contemporanea e "blossomed into far more than spray-painting tags and quickly vanishing pieces (...). In some quarters, it has become high art'. In questi termini, nei due gradi di giudizio è stata riconosciuta la violazione dei diritti morali degli artisti con la condanna del proprietario dell'edificio al risarcimento del danno⁷⁶, anche perché il proprietario non dette comunicazione agli artisti di voler procedere alla trasformazione dell'area, non concedendo loro il termine di novanta giorni per rimuoverle, come previsto dal § 113 del VARA.

Con riferimento al nostro ordinamento, l'eventuale distruzione dell'opera dello *street artist* da parte del proprietario dell'edificio deve collegarsi con l'art. 20 l. dir. aut. che riguarda le opere figurative in genere. Come si è ricordato sopra, la tesi maggioritaria esclude il diritto dell'artista ad op-

⁷⁵ Il giudice fa l'esempio di un'opera di Christo, *I cancelli*. Si tratta di una installazione di oltre 7.000 cancelli arancioni che l'artista bulgaro collocò a Central Park nel 2005. Quell'istallazione temporanea durò solamente due settimane ma – ricorda il giudice – fu oggetto di grande attenzione, sia del mondo dell'arte che del pubblico.

⁷⁶ La Corte ha condannato il proprietario al massimo del risarcimento, per un totale di 6,75 milioni di dollari, anche in considerazione della condotta tenuta dal proprietario che con dolo decise di imbiancare le pareti nottetempo distruggendo le opere di street art. La Corte ha ricordato anche i sei fattori che devono essere tenuti in considerazione dal giudice nella liquidazione del danno. Si legge: "The district court carefully considered the six factors relevant to a determination of statutory damages and concluded that "Wolkoff rings the bell on each relevant factor". Those six, drawn from copyright law, are: (1) the infringer's state of mind; (2) the expenses saved, and profits earned, by the infringer; (3) the revenue lost by the copyright holder; (4) the deterrent effect on the infringer and third parties; (5); the infringer's cooperation in providing evidence concerning the value of the infringing material; and (6) the conduct and attitude of the parties".

porsi alla distruzione dell'opera da parte del proprietario dell'esemplare unico, così che la soluzione italiana per la tutela dell'arte di strada diverge da quella adottata negli Stati Uniti⁷⁷. Ci si chiede, infine, se sono configurabili obblighi di salvaguardia da parte del proprietario delle mura sul quale è stata realizzata l'opera dallo *street artist*. La questione è sorta con riferimento ad un'opera di Banksy realizzata sulla facciata di un palazzo di Venezia vincolato dalla Sovrintendenza e che è sottoposto all'azione salmastra che lo degrada facilmente⁷⁸.

Vi è chi ritiene configurabile un obbligo di tutela dell'opera di *street* art da parte del proprietario, ma non si ritiene condividere questa tesi perché si violerebbe la natura effimera dell'opera stessa e perché la Sovraintendenza non ha certo vincolato l'opera dello *street artist* quanto la facciata del palazzo⁷⁹.

7. Conclusioni

La nozione di opera d'arte "inclusa" è una categoria che vuole ricomprendere tutte quelle opere d'arte non facilmente amovibili per la loro intrinseca appartenenza all'edificio: esempli emblematici sono gli affreschi e le opere di street art. Se sotto il vigore del codice civile del

⁷⁷ Questa tesi è ad esempio di Fr. BENATTI, *La Street Art musealizzata tra diritti d'autore*, cit., p. 799: "La natura effimera di queste opere esclude la possibilità che la loro distruzione si configuri come atto che lede l'onore o la reputazione dell'artista. L'"effimero" riguarda non solo l'accettazione della distruzione dell'opera causata dai fenomeni atmosferici cui è sottoposta per via della sua ubicazione in un luogo pubblico, ma anche l'accettazione della distruzione dell'opera da parte del proprietario che rinvenga l'opera in maniera inaspettata sul suo bene o da parte di soggetti terzi che rendano tale opera oggetto di atti vandalici. La questione della legittimità della distruzione dell'opera da parte del proprietario si risolve quindi analogamente a quanto prospettato dalla dottrina per le opere figurative tradizionali, ma sulla base di motivazioni diverse. Nella *Street Art* la soluzione è dettata dalla natura stessa di quella forma d'arte, mentre nell'arte figurativa tradizionale è dettata dalla prospettazione degli eccessivi limiti che pare potrebbe subire il diritto di proprietà".

⁷⁸ Cfr. M. Pirrelli, Banksy porta il bimbo migrante a Venezia, in Il Sole 24 Ore del 24 maggio 2019; L. Simeoni, Il Naufrago Bambino di Banksy a Venezia durante i giorni di preview della Biennale, in Artribune del 13 maggio 2019.

⁷⁹ È questa la tesi di G. GATTI, *Street Art. A Venezia c'è una ragazza in cattive acque*, ne *Il Giornale dell'Arte*, n. 403 del dicembre 2019. Secondo la Gatti, il codice dei beni culturali imporrebbe ai proprietari dei palazzi notificati un obbligo di salvaguardia per le opere realizzate dagli *street artist* sulle loro facciate.

1865 erano qualificati immobili per destinazione – locuzione questa che comunque torna in numerose sentenze anche sotto il vigore dell'attuale codice – sono oggi considerate pertinenze dell'immobile.

La disciplina civilistica della pertinenza ex art 818 c.c. e che consente una autonoma circolazione delle stesse si applica alle opere d'arte, che tramite le recenti tecniche possono essere distaccate dall'immobile, trova un limite nel caso in cui l'opera d'arte sia qualificata bene culturale ai sensi del codice dei beni culturali perché in quel caso l'imposizione del vincolo pubblicistico rende le stesse giuridicamente inseparabili dall'immobile stesso per effetti di atti di autonomia privata.

Tra le questioni più attuali sull'opera d'arte "inclusa" vi è la musealizzazione e la distruzione dell'opera stessa. Con la musealizzazione, si fa riferimento al fenomeno – reso possibile dalla tecnica – della separazione tra bene incluso e bene includente, con separazione dell'opera dal luogo per il quale sono state realizzate e successiva musealizzazione per fini di fruizione collettiva che può riguardare tanto l'affresco che l'opera dello street artist.

Emblematico di questo rapporto è la vicenda che ha riguardato la Madonna del Parto di Piero della Francesca e la cui storia e bellezza è raccontata da Piero Calamandrei in un suggestivo articolo – pubblicato in origine sulla Rivista Il Ponte e da poco ristampato come volume $-^{80}$

⁸⁰ P. CALAMANDREI, Verrà a Firenze la Madonna del Parto, in Il Ponte, anno X, numero 3, marzo 1954, pp. 431 ss. e ristampato di recente con diverso titolo, cfr. P. CALAMANDREI, Un incontro con Piero della Francesca, Milano, 2015, pp. 1 ss. Da quest'ultima edizione sono riportate le citazioni. Secondo Calamandrei quella Madonna "è veramente una pittura monumentale, è il monumento della dignità della donna gestante" (p. 33) ed il giurista era solito inviare una copia di questa Madonna alle spose gestanti: "E quando ho voluto mandare un augurio a qualche giovine sposa gestante, l'ho sempre fatto coll'invio di una copia di questa Madonna, per seguir la tradizione delle spose monterchiesi, che affidano a lei la felicità dei loro parti" (p. 13). Piero Calamandrei scrisse che fece la conoscenza di questa Madonna nella primavera del 1938 in una gita domenicale con alcuni amici quando si recarono a Monterchi. Ricorda che la Madonna era allora conservata in una sperduta chiesa di campagna. "Da allora non l'ho più rivista altro che in fotografia (...) Poi vennero gli anni dell'orrore, quando le campagne della Toscana e dell'Umbria furono rastrellate dalla guerra. Correva voce che i bombardamenti d'Arezzo avessero rovinato per sempre, in San Francesco, gli affreschi di Piero: che cosa era avvenuto lì vicino, della sua Madonna del Parto? Ridotta in polvere dai mitragliamenti aerei, o violata e manomessa dagli Unni in fuga?" (p. 13). Già Calamandrei ricordò che "Non c'è bisogno di molta fatica per capire perché i monterchiesi siano così affezionati a questa immagine. Essa è nata lì, come affresco dipinto sul muro di una cappelletta, che segnava il confine tra la Toscana e lo Stato della Chiesa" (p. 24).

e che dimostra anche l'interesse del Maestro per le questioni d'arte⁸¹. Quella Madonna, un affresco realizzato in una piccola chiesa di campagna (la chiesa di Momentana a Monterchi), venne staccata negli anni '10 del secolo scorso⁸² e fu salvata nonostante le distruzioni e la razzia di opere d'arte avvenute durante il secondo conflitto mondiale⁸³.

Nel 1992 fu trasportata dalla sua sede di Momentana al centro storico di Monterchi per fini di restauro, con l'autorizzazione della locale Sovrintendenza. Si è poi aperto un dibattito giuridico (sfociato poi anche in giudizi civili e amministrativi, non ancora terminati) e storico-artistico⁸⁴ sulla ricollocazione e l'ubicazione dell'affresco staccato⁸⁵.

⁸¹ Si veda F. Hartt, Florentine art under fire, Princeton, 1949, passim. Il libro racconta la storia di Frederick Hartt che, durante la seconda guerra mondiale, era tenente dell'esercito alleato e faceva parte della Sottocommissione alleata ai Monumenti, Belle Arti ed Archivi (MFAA), con l'obiettivo di salvaguardare le opere d'arte e i monumenti minacciati dalle azioni belliche. Il libro è stato recentemente tradotto in italiano, cfr. F. Hartt, L'arte fiorentina sotto tiro, Firenze, 2014 (trad. G. Semeraro), passim. Si veda altresì, R. Siviero, La difesa delle opere d'arte, Firenze, 1976, pp. 1 ss. Sulla restituzione delle opere d'arte, si veda altresì la Conferenza tenuta da Calamandrei a Londra nel 1951, cfr. P. Calamandrei, Cose intraviste a Londra, in Il Ponte, VII, 2, agosto 1951, pp. 821 ss.

⁸² Calamandrei ricordò anche come l'affresco venne staccato nel 1911 per salvarlo dallo sgretolamento della costruzione, trasportato a San Sepolcro nel 1917, ove rimase nel museo civico fino al 1925 quando fu incorniciato e riportato nell'antica sede.

⁸³ Calamandrei parlò della Madonna del Parto durante il discorso pronunciato il 15 settembre 1944 in occasione della solenne riapertura dell'Università di Firenze. Disse: "Mai come in questi mesi in cui sui bollettini di guerra cominciavamo a leggere con un tremito i luoghi della Toscana, abbiamo sentito che questi paesi sono carne della nostra carne, e che per la sorte di un quadro o di una statua o di una cupola si può stare in pena come per la sorte del congiunto o dell'amico più caro", *Un incontro con Piero*, cit., p. 15.

⁸⁴ Sulle vicende giuridiche, cfr. A. Gualdani, La Madonna del Parto di Piero della Francesca: tra l'enigma sulla proprietà e le plurime vicende sul luogo della sua fruizione, in Aedon, 2015, pp. 1 ss. Si legge: "Dopo l'intervento conservativo, è sorta una querelle, avente ad oggetto l'ubicazione dell'affresco che ha visto coinvolti, oltre al Ministero per i beni culturali e ambientali, il Comune di Monterchi e la Diocesi di Arezzo-Cortona e Sansepolcro. E così, se Ministero e Diocesi sono sempre stati accomunati dall'unanime volere di riportare l'affresco nel luogo dove è stato dipinto dall'autore per ritrovare quel culto e quella sacralità tutta particolare, la cui perdita è inevitabile nel caso di una musealizzazione, [...], nel rispetto non solo dei valori estetici, ma anche storici e religiosi al fine di mantenere all'immagine quella funzione consolatoria, il Comune al contrario ha da sempre avversato detto proposito, mosso dall'intento di mantenere l'opera nel centro storico del paese, anche per garantire ad esso un indotto turistico-economico".

⁸⁵ Secondo Calamandrei: "Questa è dunque per i monterchiesi una Madonna di

La Sovrintendenza e la Diocesi di Arezzo ritengono che l'affresco debba tornare nel luogo dove fu dipinto da Piero della Francesca – cioè la piccola chiesa di campagna – mentre il Comune di Monterchi sostiene che debba rimanere nel luogo dove venne ricoverato per il restauro degli anni '90, cioè in una vecchia scuola nel centro del paese trasformata in museo⁸⁶, che permette una più adeguata conservazione, fruizione e valorizzazione del bene, che richiama ogni anno circa 40.000 turisti⁸⁷.

È evidente, comunque, che per le opere d'arte qualificate come beni culturali lo stacco con relativa musealizzazione necessita

casa, una Madonna nata lì: Piero della Francesca era di San Sepolcro, ma pare che la sua mamma fosse del popolo di Monterchi; quando Piero dipinse quell'affresco, volle forse onorare con esso la memoria della sua mamma, e la risognò in quella immagine come doveva essere da giovane quand'era incinta di lui", cfr. P. CALAMANDREI, Un incontro con Piero, cit., pp. 24-25. E, ancora: "In quello sguardo fisso ed assorto c'è già il presentimento della croce, che attende il figlio di Dio: ma questo presentimento è in ogni madre e vale per ogni figlio dell'uomo. Ella è fiera della sua maternità, ma turbata dal presentire la sorte che pesa su quella nascita, come su ogni nascita. La continuità della vita, che già sente palpitare sotto la carezza della sua mano, vuol dire anche continuità del dolore. Creare un figlio vuol dire preparare un Calvario; trasmettere, di creatura in creatura, una condanna a morte senza appello: nella piega di quella forte bocca che non vuol piangere c'è già l'accettazione di tutto il pianto che verrà, nei secoli dei secoli, perché questo è il misterioso destino, e insieme la suprema dignità, della schiatta umana. Per questo, forse, per questa eredità di morte attraverso la quale si trasmette la vita, la Madonna del Parto ha trovato la sua casa nella tranquillità di un camposanto", cfr. P. Calamandrei, Un incontro con Piero, op. ult. cit., pp. 34-35.

⁸⁶ La sentenza del Tar Toscana, 7 maggio 2015, n. 733 ha annullato il provvedimento con il quale il Ministero incaricava la Soprintendenza di curare un progetto di ricollocazione dell'affresco nel complesso di Santa Maria in Momentana che prendesse in considerazione il restauro e il riadeguamento funzionale della chiesa e degli annessi. Il provvedimento è stato annullato poiché questo richiedeva la realizzazione di una nuova struttura nelle vicinanze della Chiesa per ricoverare l'affresco. Il Tar però ha individuato un limite insuperabile alla realizzazione della struttura nell'art. 338 del Testo Unico delle Leggi Sanitarie che prevede il vincolo cimiteriale consistente nel divieto di nuova edificazione nell'area di 200 metri dalla perimetrazione cimiteriale. Tuttavia, si concorda con la tesi di Gualdani che ritiene ammissibile la costruzione di nuovi edifici, tramite l'interpretazione dell'art. 338, comma 5 del Testo Unico delle Leggi Sanitarie, per come novellato dall'art. 28, l. 1° agosto 2002, n. 165 "per dare esecuzione ad un'opera pubblica o all'attuazione di un intervento urbanistico, purché non vi ostino ragioni igienico-sanitarie", cfr. A. Gualdani, La Madonna del Parto di Piero della Francesca, cit., p. 4.

_

⁸⁷ Cfr. A. GUALDANI, op. ult. cit., p. 2.

dell'autorizzazione da parte dell'autorità preposta – la competente Sovrintendenza – mentre per quanto riguarda le opere di *street art* la musealizzazione è ostracizzata dagli stessi *street artist* che, piuttosto che vedere l'opera – realizzata come forma di disobbedienza – in un museo, strumentalizzata per il consumo, spesso decidono di distruggere l'opera illegalmente eseguita prima che venga effettuato lo stacco. Con riferimento, poi alla distruzione dell'opera d'arte inclusa, sono in aumento le tensioni tra proprietari dell'opera ed autori.

Si è vista la soluzione adottata di recente negli Stati Uniti con riferimento alla *street art*: la Corte d'Appello americana ha condannato il proprietario dell'edificio che ha distrutto le opere di *street art*. La protezione offerta agli artisti dal VARA – come interpretato dalle corti americane – è diversa dalla soluzione italiana che tutela maggiormente le ragioni proprietarie, ritenendo legittima la distruzione dell'opera.

Si tratta, comunque di un tema assai dibattuto a livello internazionale: sembra utile accennare ad una vicenda accaduta recentemente in Germania.

All'interno del museo civico della città di Mannheim – la Mannheimer Kunsthalle – l'artista Nathalie Braun Barends aveva realizzato due installazioni permanenti. La prima, PHaradise, era un'istallazione luminosa collocata sulla cupola e sulla terrazza a tetto del museo; la seconda, Hhole, consisteva in sette buchi simmetrici per ogni piano del museo.

Tali opere d'arte ben si possono annoverare nella categoria delle opere d'arte incluse perché le installazioni erano permanenti, cioè divenute parte della stessa architettura del palazzo.

Con una recente ristrutturazione del museo, al fine di recuperare ulteriore superficie calpestabile di esso, le istallazioni sono state demolite. L'artista ha fatto causa al museo chiedendo in via principale che fosse mantenuta la sua installazione o, in subordine, che le fosse riconosciuto un risarcimento per il danno arrecato. Il principio di diritto espresso dal *Bundesgerichtshof*⁸⁸ nel febbraio 2019 è nel senso di operare un giudizio di bilanciamento tra gli interessi del proprietario e dell'artista, riconoscendo in linea di principio al primo la libertà di disporre dell'opera come egli crede (financo a distruggerla), facendo prevalere l'interesse del museo a rinnovare i propri locali, salvo riconoscere in alcuni casi il risarcimento del danno all'artista. Si può concludere questo contributo

⁸⁸ BGH, Urteil vom 21.02.2019 – I ZR 98/17 – I ZR 99/17.

proprio riprendendo le parole utilizzate da Piero Calamandrei nel commento alla ricordata sentenza della Corte d'Appello di Firenze del 1933 riguardante la destinazione artistica.

Scrisse il Maestro che quella controversia "offre a conforto dei giuristi una di quelle riposanti fattispecie, vacanze intellettuali della professione forense, nelle quali una volta tanto, dietro le maglie degli articoli del Codice, si vedono trasparire non coniugi che si affannano ad annullare il matrimonio o fratelli che si azzuffano per spartirsi l'eredità o commercianti che si accusano a vicenda dei più neri raggiri, ma il pacato decoro di antiche architetture e il sorriso di belle tele nobilitate dal tempo"⁸⁹.

Il saggio affronta le questioni giuridiche connesse alla circolazione delle opere d'arte "incluse", intendendosi per tali quelle opere d'arte che non sono facilmente amovibili per la loro intrinseca appartenenza all'edificio in cui sono collocate. Viene proposto un diverso regime giuridico a seconda che il bene venga qualificato culturale ai sensi del codice dei beni culturali. Il saggio affronta altresì la questione della protezione dell'artista che ha realizzato l'opera d'arte inclusa non qualificata come bene culturale.

The paper deals with the legal issues related to the circulation of "included" works of art, meaning those artworks that are not easily removable due to their intrinsic belonging to the building in which they are located. A different legal regime is proposed depending on whether the artwork is recognized "cultural" within the meaning of the Italian Code of the Cultural and Landscape Heritage. The essay also focuses on the protection of the artist who created the "included" artwork not qualified as a cultural property.

⁸⁹ P. CALAMANDREI, Immobili per destinazione artistica, cit., c. 1715.

Andrea Sardini

(Dottorando nell'Università di Roma Tre)

LA «MONETA» CONTRATTUALE*

Sommario: 1. Denaro, moneta e autonomia digitale. – 2. Primi approcci definitori. – 3. Le principali vicende giurisprudenziali: la necessità di un approccio razionale alla *vis* espansiva della nozione di strumento finanziario. – 4. (Segue): «moneta» e «funzione monetaria». – 5. Conclusioni: tra autonomia digitale e autonomia privata.

1. Denaro, moneta e autonomia digitale

Friedrich Carl von Savigny definiva il denaro un «potere patrimoniale astratto»¹ e, dopo di lui, in letteratura non sono mancate voci autorevoli che ne hanno sottolineato la natura sostanzialmente ideale².

Come noto, è proprio grazie al denaro che si è passati da fasi storiche nelle quali gli scambi avvenivano in natura a sistemi economici in cui qualunque bene suscettibile di valutazione è di per sé traducibile in un «indice di valore» omogeneo il quale, a propria volta, è espressione di un determinato potere di acquisto.

Anteriormente alla comparsa delle prime monete in metallo, più o meno prezioso, il denaro non aveva un vero e proprio valore intrinseco,

^{*} Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due referee.

¹ Cfr. F.C. von Savigny, *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin, 1851, p. 405.

² Ex multis, G. HARTMANN, Über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden, Jena, 1868, p. 77; A. NUSSBAUM, Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts, Tübingen, 1925; F.A. MANN, The Legal Aspect of Money: With Special Reference to Comparative Private and Public International Law, 5° ed., Oxford, 1992 (1° ed. 1938), passim; B. Inzitari, La moneta, in Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ. Galgano, VI, Milano, 1983, passim.

essendo prevalentemente costituito da beni utili alla vita quotidiana³ (si pensi al sale o ai cereali) e reperibili *in rerum natura*.

Tuttavia, l'incremento delle transazioni commerciali tra comunità di individui non più così ristrette e, dunque, tra soggetti che tra loro non avevano necessariamente rapporti di reciproca fiducia, ha rapidamente richiesto l'adozione di uno strumento di scambio intrinsecamente idoneo a garantire la validità e l'efficacia del pagamento. E così il metallo «prezioso» – prevalentemente l'oro, ma non solo⁴ – ha incontrato la *funzione* monetaria, consentendo a quest'ultima di beneficiare, attraverso predeterminati e convenzionali meccanismi di conversione, di un valore stabile e duraturo nel tempo.

La base monetaria è pertanto rimasta, per secoli, in qualche modo connessa alla quantità di metallo prezioso disponibile che, nel caso dell'oro, è sempre stata – sia per vocazione naturale che per vere e proprie strategie di politica economica⁵ – particolarmente scarsa.

Le prime discussioni sulla qualificazione delle diverse manifestazioni del fenomeno monetario risalgono, per vero, già ad Aristotele e all'*Etica Nicomached*, elemento che conduce ad inquadrare il «denaro» come un concetto tanto antico quanto attuale. Fu infatti lo stesso Aristotele a sottolineare che il termine greco che indica la moneta – $v\acute{o}\mu \sigma \mu \alpha$ – ha una radice – $v\acute{o}\mu \sigma \zeta$ – che significa «legge», «regola», cosa che rende lecito ritenere che l'idea di qualche forma di «corso forzoso» dell'elemento monetario sia, invero, piuttosto risalente.

³ Si vedano gli studi condotti da D.M. SCHAPS, The invention of Coinage and the Monetization in Ancient Greece, Ann Arbor, 2004, passim; M.S. PEACOCK, The Origins of Money in Ancient Greece: the Political Economy of Coinage and Exchange, in Cambridge J. Econ., 2006, pp. 637 ss.; P. GRIERSON, The Origins of Money, I, Research in Economic Anthropology, London, 1977, pp. 2 ss.

⁴ Si pensi all'argento. Sul punto cfr. L. BOSELLINI, Studii Economico-Legislativi, Alcune parole sulla Moneta, tratta occasione dalla nuova monetazione Austriaca, in La Banca di Bologna e le valute monetarie. Riviste e pareri, Bologna, 1859, p. 79; e in Regolatore Amministrativo, 33, p. 1858.

⁵ Che ne limitavano, all'evenienza, la quantità in circolazione, incrementando così la quantità di metallo prezioso detenuta nelle riserve centrali.

⁶ Etica Nicomachea, V, p. 1133, «Tutto ciò che è oggetto di scambio deve essere in qualche modo commensurabile. A questo scopo è stata inventata la moneta, che è diventata una sorta di termine medio, dato che misura tutto. Misura sia l'eccesso che il difetto e quindi anche quante scarpe siano uguali a una casa o ad una determinata quantità di viveri».

Precisamente, proprio tale caratteristica – il corso forzoso – acquista una rilevanza particolare se calata in una dinamica economico-sociale, come quella contemporanea, nella quale la moneta circolante è del tutto scollegata rispetto a qualunque «valore intrinseco»⁷.

A partire dal 1971, infatti, dopo che gli accordi di Bretton Woods del 1944 avevano già, in buona sostanza, limitato la convertibilità valutaria in oro al solo dollaro statunitense, questa è stata definitivamente esclusa⁸. L'incremento della quantità di moneta circolante, divenendo esponenzialmente più elevata del corrispondente aureo disponibile nelle riserve delle banche centrali, non consentiva più a quest'ultimo di assolvere alla tipica funzione di garanzia dell'economia reale.

Comprensibilmente, l'apparente fragilità che connotava il sistema di quegli anni ha indotto le banche centrali a ritagliarsi un ruolo di sempre maggiore rilievo, così da consentire all'autonomia e all'autorevolezza delle stesse di sopperire alla scomparsa dei meccanismi di convertibilità che avevano, sino a quel momento, caratterizzato l'ordinamento monetario internazionale.

Già a metà del secolo scorso sono state numerose, e in molti casi autorevoli, le posizioni di coloro che auspicavano un rinnovamento dei meccanismi tipici dell'organizzazione monetaria. In particolare, Friedrich A. von Hayek – esponente della Scuola austriaca di economia fondata da Carl Menger nella seconda metà del XIX secolo – invocava la «denazionalizzazione della moneta», non tanto per impedire ai governi (e alle banche centrali) «di fare alcunché», bensì per non impedire «agli altri di fare cose che questi possono fare meglio»⁹.

Secondo von Hayek, in particolare, all'interno di un determinato sistema monetario, l'elemento davvero rilevante sarebbe rinvenibile nella

⁷ Per vero, le prime discussioni su un possibile ruolo di una moneta non metallica e priva di un «valore intrinseco» risalgono alle c.d. *Land Bank Proposals*, le quali suggerivano l'utilizzo delle istituzioni bancarie per cartolarizzare la ricchezza fondiaria, creando strumenti di pagamento alternativi a quello monetario metallico. Cfr. W. POTTER, *The Key of Wealth: Or, a New Way for Improving of Trade*, New York, 1650, *passim*; J. Law, *John Law's Essay on a Land Bank* (1704), London, 1994, *passim*; A. SMITH, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, II, London, 1776, *passim*.

⁸ A. Comba, Fondo monetario internazionale, in Enc. dir., Annali, IV, Milano, 2011, p. 537.

⁹ Cfr. F. von Hayek, *La Denazionalizzazione della moneta* (trad. it.), Soveria Mannelli, 2018, p. 42 (orig. *The Denationalization of Money: An Analysis of the Theory and Practice of Concurrent Currencies*, London, 1978).

libera competizione tra i diversi attori, così da imporre agli stessi, in considerazione del rischio di definitiva estromissione dal mercato, di progettare e proporre al pubblico «la migliore moneta» possibile¹⁰.

Nonostante il progresso tecnologico degli ultimi decenni non fosse certo prevedibile al momento dell'elaborazione delle richiamate teorie, è curioso notare come lo sviluppo delle c.d. criptovalute – nate tra il 2008 e il 2009, ma oggetto di attenzione della letteratura¹¹ e dei regolatori soltanto negli ultimi anni¹², anche a causa dell'esponenziale incremento globale dei volumi di scambio di tali *asset* – favorisca la

¹⁰ Cfr. F. VON HAYEK, op. cit., p. 146. Così anche L. ROBBINS, Economic Planning and International Order, London, 1937, passim.

World, in IBA Legal Policy & Research Unit, 2017, passim, R. Bocchini, Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche, in Dir. inf., 2017, pp. 27-54; P. Cuccuru, Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contract, in Nuova giur. civ. comm., 1, 2017, pp. 107-119; G. L. Greco, Monete complementari e valute virtuali, in FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari, a cura di M.T. Paracampo, Torino, 2017, pp. 197-216; G. Lemme, Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin, in Riv. dir. banc., 2016, p. 43; N. Mancini, Bitcoin: rischi e difficoltà normative, in Banca impr. soc., 2016, pp. 111-139; N. Vardi, "Criptovalute" e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei bitcoin, in Dir. inf., 2015, pp. 443-456; A. Capogna, L. Peraino, S. Perugi, M. Cecili, G. Zborowski, A. Ruffo, Bitcoin: profili giuridici e comparatistici. Analisi e sviluppi future di un fenomeno in evoluzione, in Dir. merc. tec., 2015, pp. 32-74; P. De Filippi, Bitcoin: a regulatory nightmare to a libertarian dream, in Internet Policy Rev., 3, 2014, passim.

¹² Si rimanda ai contributi tecnici elaborati e redatti ad opera dei principali istituti bancari centrali: BANK OF ENGLAND, Innovations in Payment Technologies and the Emergence of Digital Currencies, London, 2014; BANCA D'ITALIA, Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette "valute virtuali", Roma, 2015; EUROPEAN CENTRAL BANK (ECB), Virtual Currency Schemes - a Further Analysis, Frankfurt am Main, 2012. Si vedano, inoltre, i seguenti contributi: FINANCIAL STABILITY BOARD, Crypo-assets — Work underway, regulatory approaches and potential gaps, 31 maggio 2019, passim, Consob, Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività, Documento per la discussione, 19 marzo 2019, passim, Id, Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività, Rapporto finale, 2 gennaio 2020, passim, BAFIN, Aufsichtsrechtliche Einordnung von sog. Initial Coin Offerings (ICOs) zugrunde liegenden Token, 2018, passim; HM TRE-ASURY, BANK OF ENGLAND, FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, Crypto-assets taskforce: final report, ottobre 2018, passim; FINMA, Guida pratica per il trattamento delle richieste inerenti all'assoggettamento in riferimento alle initial coin offering (ICO), febbraio 2018, passim, infine, ESMA, SECURITIES AND MARKETS STAKEHOLDER GROUP (SMSG), Advice to ESMA – Own Initiative Report on initial Coin Offerings and Crypto-Assets (ESMA22-106-1338), 19 ottobre 2018, passim.

nascita di meccanismi di produzione e circolazione «monetaria»¹³ del tutto decentrati e, pertanto, astrattamente insensibili a qualunque forma di limitazione strettamente nazionale¹⁴.

Quello delle criptovalute è un fenomeno certamente *sui generis* e per buona parte privo di una reale disciplina, ideato e sviluppato nell'ottica di un sistema di scambio *«peer to peer»* – vale a dire, letteralmente, «tra pari» – e come tale incompatibile con l'esistenza di un'autorità emittente centrale.

Sebbene l'idea di un sistema di transazioni decentralizzato non sia del tutto nuova¹⁵, è solo grazie ai recenti sviluppi delle possibili applicazioni della crittografia che il concetto, intimamente connesso alla «democratizzazione» dell'informazione, ha richiamato l'interesse degli operatori finanziari internazionali.

Tecnicamente (e molto concisamente), le criptovalute sono strumenti che vengono creati e messi in circolazione attraverso specifici protocolli digitali che consentono, in modo del tutto disintermediato, che determinate rappresentazioni di valore possano essere trasferite senza che si incorra nel rischio di una loro duplicazione¹⁶. In partico-

¹³ Sull'opportunità dell'utilizzo di tale termine si rinvia al seguito di questo scritto.

¹⁴ È possibile ipotizzare una prima classificazione delle criptovalute in base al campo applicativo delle stesse all'interno del sistema economico. In particolare, è consentito distinguere: i) le monete virtuali «chiuse»; ii) le monete virtuali «unidirezionali»; iii) le monete virtuali «bidirezionali». Le prime si caratterizzano per la mancanza di interazione con le monete (in senso valutario) esistenti, essendo diffuse esclusivamente all'interno di un determinato network virtuale. Le monete virtuali unidirezionali sono anch'esse non convertibili in valute legali (o con beni e servizi) ma possono essere scambiate con altre valute virtuali. Infine, le monete virtuali bidirezionali (di cui ETH e BTC rappresentano l'esempio principale) possono essere direttamente convertite con monete aventi corso legale. Cfr. European Central Bank (ECB), Virtual Currency Schemes, cit.; R. BOCCHINI, op. cit., p. 36.

¹⁵ Cfr. F.D. GARCIA e J.H. HOEPMAN, Off-line Karma: A Decentralized Currency for Static Peer-to-peer and Grid Networks, in 5th International Networking Conference (INC), 2005, passim.

¹⁶ Com'è noto, ogni volta che due o più soggetti intendono trasmettere un documento, in formato digitale, attraverso la rete (ad esempio utilizzando lo strumento della *e-mail*) questo non viene realmente spedito dal mittente al destinatario, procedendo invece il sistema alla creazione di una copia identica del *file* per entrambe le parti. Tale meccanismo non si presta, pertanto, ad essere utilizzato ove si voglia trasferire, invece che un documento o un'immagine, un determinato valore (o una rappresentazione immateriale di questo), per il quale non è evidentemente accettabile alcuna forma di duplicazione.

lare, la tecnologia sottesa al fenomeno descritto viene comunemente definita *Distributed Ledger Technology* (DLT)¹⁷, dove il registro (*ledger*) contenente le informazioni inerenti alle transazioni di una determinata comunità di soggetti, invece che essere custodito, aggiornato e garantito da un intermediario istituzionale (come una banca o un intermediario finanziario), come tale ritenuto affidabile, viene condiviso tra diversi «blocchi»¹⁸ diffusi nella rete di un determinato *network* divenendo, all'interno di ciascuno di questi, consultabile e verificabile da chiunque ne abbia interesse¹⁹.

La forma più conosciuta di tecnologia distributed legder è la c.d. blockchain (letteralmente «catena di blocchi»)²⁰, nella quale i singoli utenti concorrono, aderendo alla rete per il tramite di un software client, alla creazione di nuovi «nodi»²¹ e, di conseguenza, allo sviluppo e alla diffusione della blockchain stessa.

Le operazioni che vengono effettuate tra i diversi nodi sono il prodotto di un *input* che ciascun partecipante al *network* fornisce al sistema. Questo contiene gli estremi crittografici della firma²² dell'ordinante e dell'indirizzo digitale del destinatario della transazione, informazioni

¹⁷ D. Johnston, S.O. Yilmaz, J. Kandah, N. Bentenitis, F. Hashemi, R. Gross, S. Wilkinson, S. Mason, *The General Theory of Decentralized Applications*, in *DApps*, 2017, passim.

¹⁸ Si tratta di semplici «contenitori» di informazioni.

¹⁹ Queste forme di tecnologia, poiché sono caratterizzate dall'assoluta decentralizzazione, sono tendenzialmente aperte e consultabili da chiunque (anche attraverso l'ausilio di semplici portali informatici sul *world wide web*). Non mancano, tuttavia, casi di reti DLT centralizzate, o comunque poste sotto il controllo di una qualche forma di autorità centrale, per cui, in questo caso, la reale portata innovativa di tali sistemi è quantomeno dubbia.

²⁰ Cfr. K. Fanning e D.P. Centers, Blockchain and Its Coming Impact on Financial Services, in J. Corp. Acc. Fin., 2016, pp. 53 ss.; N. Rückeshäuser, C. Brenig, G. Müller, Blockchains als Grundlage digitaler Geschäftsmodelle, in Datenschutz und Datensicherheit (DuD), 41, 2017, pp. 492-496; F. Glaser e L. Bezzenberger, Beyond Cryptocurrencies – A Taxonomy of Decentralized Consensus Systems, in Proceedings of the 23rd European Conference on Information Systems (ECIS), 2015, pp. 1-18.

²¹ Che, in sostanza, sono dei veri e propri *server* interconnessi, che si confrontano e si scambiano dati e che sono in possesso di tutte le informazioni contenute nei diversi «blocchi» della rete.

²² La firma crittografica, associata ad una chiave privata unica e segreta e collegata univocamente ad un determinato *wallet* digitale, è necessaria per garantire l'autenticità e l'attendibilità della transazione.

che vengono successivamente condivise – una volta crittografate – con tutta la rete la quale, memorizzando e archiviando ogni dato inserito, assolve ad una funzione di «validazione» della transazione stessa e dunque di garanzia del sistema nel suo complesso²³.

Ciascuna operazione, in dettaglio, viene verificata e validata, a cadenza predeterminata, per il tramite della soluzione di un problema algoritmico²⁴ – definito «algoritmo di consenso» – attraverso il quale si richiede ai singoli partecipanti con funzione validatrice di concordare, mediante un ragionamento computazionale assai complesso, circa la veridicità di una determinata versione del *ledger* contenente le nuove transazioni effettuate²⁵.

In particolare, la soluzione su cui la maggioranza della rete deve concordare viene proposta da un singolo «validatore»²⁶ – definito spesso, nella prassi, «miner» – il quale, ove la propria soluzione risulti confermata dalla maggioranza dei partecipanti, procederà alla creazione di un nuovo «blocco» e all'«estrazione» – come ricompensa²⁷ per aver contribuito a rendere il network più affidabile – dell'asset crittografico²⁸. Di conseguenza, fintanto che non sia possibile corrompere l'intera rete,

²³ Ogni processo di validazione produce un beneficio, nel senso di una maggiore sicurezza, per tutte le transazioni precedenti e preesistenti rispetto a quelle contenute nel singolo «blocco» validato.

²⁴ Con riferimento, ad esempio, alla rete *Bitcoin*, questo è denominato «proof of work».

²⁵ Che, per il protocollo *Bitcoin*, corrisponde a circa dieci minuti.

²⁶ Il validatore che sia dotato di una capacità computazionale maggiore rispetto a quelli "concorrenti" avrà maggiori probabilità di risultare "vincitore" della competizione tesa all'individuazione della soluzione corretta, anche se la struttura dell'algoritmo del consenso, la quale si presenta come un vero e proprio gioco matematico, comporta che la soluzione possa essere trovata anche da validatori c.d. minori.

²⁷ Cfr. F. Glaser e L. Bezzenberger, op. cit., p. 4.

²⁸ Con specifico riguardo al protocollo *Bitcoin*, alla data attuale il «revard» è fissato in 6,25 unità BTC, ma fino al mese di maggio era di 12,5 unità, vale a dire il doppio rispetto ad oggi, e si tenga presente che a gennaio 2009, quando fu pubblicato il protocollo *Bitcoin*, questo era di 50 unità. Il quantitativo in cui si esprime la «ricompensa», in considerazione della predeterminata tensione alla «scarsità» di tale criptovaluta, è infatti destinato a essere dimezzato a intervalli regolari, in relazione al numero di «blocchi» validati dalla rete. Si tratta del c.d. «halving», dimezzamento che, nell'ottica dei programmatori – in considerazione della tensione ascendente del valore della criptovaluta – dovrebbe comunque consentire al protocollo di rimanere economicamente appetibile per gli operatori della rete.

la quale è caratterizzata da una costante espansione²⁹, la verifica di ciascuna transazione condotta attraverso il procedimento descritto può considerarsi immodificabile³⁰ e, pertanto, sicura³¹.

La criptovaluta, in altre parole, viene generata all'interno di una rete peer to peer in virtù di un meccanismo teso alla competizione tra i diversi validatori e, perciò, all'espansione della rete stessa. È infatti proprio la diffusione tra gli utenti del protocollo a determinarne, in ultimo, l'affidabilità: oltre a rendere più difficile corrompere le informazioni inserite di volta in volta nei singoli blocchi afferenti al sistema, un elevato numero di utenti consentirà a una certa criptovaluta di incrementare il proprio volume di scambi e, di conseguenza, di essere destinataria di una sempre maggiore fiducia da parte degli operatori.

Tuttavia, il fatto che tali strumenti siano alla base di un autonomo e decentralizzato sistema di creazione e circolazione della ricchezza³² – parallelo e per certi versi alternativo rispetto a quello della moneta in senso valutario – comporta che il loro valore risulti il più delle volte soggetto ad un'elevata oscillazione³³.

Ecco perché, a prescindere dal dibattito³⁴ che ruota intorno alla coe-

²⁹ In quanto, come si è visto, la creazione di nuovi blocchi è caratteristica intrinseca del procedimento.

³⁰ D. Bradbury, The problem with Bitcoin, in Comp. Fraud & Sec., 2013, pp. 5-8.

³¹ Non si trascuri che la sicurezza della rete è dovuta anche al c.d. *hash*, una funzione con la quale vengono tra loro intrecciati i singoli nodi. Si tratta di un vero e proprio codice che viene generato a seconda dell'*input* che viene fornito all'avvio di una transazione e che, innestandosi in un sistema consequenziale di informazioni, non può più essere modificato una volta generato (questo è infatti già condiviso con la rete, la quale non consentirebbe un intervento *ex post* da parte di un singolo nodo poiché l'informazione ivi contenuta risulterebbe «corrotta»).

³² Per approfondimenti sulla nascita di un «trust-free trade of assets» si veda ex multis, lo studio condotto da R. Beck, J.S. Czepluch, N. Lollike, S. Malone, Blockchain — The Gateway to trust-free cryptographic transactions, in Proceedings of the 24th European Conference on Information Systems (ECIS), 2016, p. 3.

³³ Cfr., ex multis, E.T. Cheah, J. Fry, Speculative bubbles in Bitcoin markets? An Empirical Investigation into the Fundamental Value of Bitcoin, in Ec. Lett., 2015, pp. 32 ss.; D. Yermack, Is Bitcoin a Real Currency? An Economic Appraisal, in Nher Work. Pap. Ser., 2013, pp. 10 ss.

³⁴ EUROPEAN CENTRAL BANK (ECB), *Virtual Currency Schemes*, cit., pp. 22-23. Ci si limita qui a sottolineare come sia opportuno per lo meno diffidare da un ragionamento che ritiene l'esistenza di un valore sottostante, come l'oro, l'unico parametro cui ancorare l'accettazione sociale di un determinato bene di scambio. In particolare,

renza delle criptovalute con il teorema della regressione di von Mises³⁵, non pare corretto ritenere che queste possano costituire (quantomeno ad oggi) espressione concreta delle teorie monetarie riconducibili a von Hayek, teorie che poggiano, anzitutto, sulla sostanziale stabilità del valore di scambio della moneta emessa in concorrenza con quella avente corso legale.

2. Primi approcci definitori

La mancanza di un quadro normativo organico di riferimento, unitamente all'assoluta eterogeneità del fenomeno, richiede l'adozione di particolare prudenza nella ricostruzione della fattispecie³⁶. Inoltre, non si dimentichi che la natura stessa dell'oggetto del nostro studio, la quale spontaneamente travalica i confini nazionali collocandosi in una prospettiva globale e a-territoriale³⁷ ha stimolato e continua ad alimentare l'esigenza di condurre ogni approfondimento in un'ottica transnazionale.

Non si tratta, perciò, di voler forzatamente sussumere in fattispecie tipiche ciò che è di per sé mutevole e quanto di tentare di consentirne una più agevole ricostruzione.

Sennonché, a tal fine occorre prendere definitivamente atto dello stato di profondo avanzamento del passaggio storico ad un «polisistema di leggi» e allo sviluppo di «una pluralità di "baricentri" ermeneutici» che, seppur «dotati di caratteristiche in qualche misura autonome e

il valore di un determinato bene di scambio potrebbe rimanere tale anche quando la fonte originale dello stesso (per esempio l'energia o un calcolo computazionale) ha cessato di esistere, oppure è mutata. Si veda, infatti, L. von Mises, Theorie des Geldes und der Umlaufsmittel, München-Leipzig, 1912, p. 111: «Das Geld muß im Augenblicke des Beginnes seiner Geldfunktion bereits objektiven Tauschwert besitzen, der auf anderweitige Ursachen, nicht auf seine Geldfunktion zurückzuführen ist. Geld, das bereits als solches fungiert, kann aber auch dann wertvoll bleiben, wenn jene ursprüngliche Quelle seines Tauschwertes hinweggefallen ist. Sein Wert stützt sich dann ausschließlich auf seine Funktion als allgemeines Tauschmittel». Cfr. inoltre G. Simmel, Philosophie des Geldes, Leipzig, 1907, pp. 115 ss.

³⁵ Cfr. L. von Mises, op. cit., pp. 93 ss.

³⁶ Sul punto si vedano i contributi di K. Werbach, Trust, But Verify: Why the Blockchain Needs the Law, in Berkeley Tech. L.J., 2, 2018, pp. 503 ss.; G. Gasparri, Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?, in Dir. inf., 2015, pp. 415-442.

³⁷ N. IRTI, Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto, Roma-Bari, 2001, pp. 61-62.

autoreferenziali», non per forza producono «un mutamento sostanziale degli stessi principi che governano l'interpretazione»³⁸.

Le principali fonti di definizione delle c.d. «criptoattività» – ampio *genus* che, oltre a comprendere la *species* della «criptovalute», descrive tutti quei fenomeni di «incorporazione senza *res*»³⁹ di rapporti giuridici complessi, vale a dire i c.d. *token*⁴⁰ o, meglio, i *token* non qualificabili alla stregua di criptovalute⁴¹ – sono infatti di origine non statuale e impon-

³⁸ Così F. Addis, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, p. 3. Cfr. N. Irti, *L'età della decodificazione*, in *Dir. soc.*, 1978, pp. 613 ss. e, come volume autonomo, Milano, 1979, pp. 20 ss.; Id., *Leggi speciali (dal mono-sistema al polisistema)*, in *Rin. dir. cin.*, 1979, I, pp. 141 ss.; e in *Dizionari del diritto privato*, a cura di N. Irti, I, *Diritto civile*, Milano, 1980, pp. 535 ss.; Id., *Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili*, in *Rin. dir. cin.*, 1993, I, pp. 303 ss.; e in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, pp. 557 ss.

³⁹ E. Rulli, Incorporazione senza res e dematerializzazione senza accentratore: appunti sui token, in Orizz. dir. comm., 2019, pp. 121-150.

⁴⁰ La letteratura in materia comincia ad acquisire una certa rilevanza e un approfondito livello di indagine. In particolare, si segnalano i contributi di G. Gitti, Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità nei nuovi mercati finanziari, in Banca borsa tit. cred., 2020, I, pp. 13-41; ID, Disciplina contrattuale del mercato e decisione robotica, Brescia, 2020, pp. 271-302; P. Maume, M. Fromberger, Regulation of Initial Coin Offerings: Reconciling Us and Eu Securities Laws, in Chicago I. Int. L., 2, 2019 pp. 548-585, passim, G. Gitti, M. Maugeri, C. Ferrari, Offerte iniziali e scambi di cripto-attività, in Oss. dir. civ., 2019, p. 103; L. Oliveira, L. Zavolokina, I. Bauer, G. Schwabe, To Token or not to Token: Tools for Understanding Blockchain Tokens, in ZORA, 2018, passim, G. Fridgen, F. Regner, A. Schweizer, N. Urbach, Don't Slip on the Initial Coin Offering (ICO) - A Taxonomy for a Blockchain-Enabled Form of Crowdfunding, in Proceedings of 26th European Conference of Information Systems (ECIS), 2018, passim, P. VAN VALKENBURGH, Framework for Securities Regulation of Cryptocurrencies, in Coin Cent. Rep., 2018, passim, L. Klöhn, N. Parhofer, D. Resas, Initial Coin Offerings (ICOs), in ZBB, 2018, pp. 89-106; P. Hacker, C. Thomale, Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law, in Eur. Comp. Fin. L. Rev., 2017, pp. 645-696, passim, W. MOUGAYAR, Tokenomics – A Business Guide to Token Usage, Utility and Value, 2017, passim, I. BARSAN, Legal Challenges of Initial Coin Offerings, in Rev. trim. dir. fin., 2017, pp. 54-65.

⁴¹ Nella ormai fiorente produzione scientifica sul tema, la letteratura si trova concorde nella tripartizione dei token in criptocurrencies (o currency token), utility token e security token, ex multis, cfr. P. Maume, M. Fromberger, op. cit., pp. 548-558 ss.; P. Hacker, C. Thomale, op. cit., pp. 652 ss.; I. Barsan, op. cit., pp. 54-62. Si veda, inoltre, l'interessante dicotomia «app token» e «protocol token» proposta da J. Rohr e A. Wright, Blockchain-Based Token Sales, Initial Coin Offerings, and the Democtratization of Public Capital Markets, in Hastings L.J., 2019, pp. 463, 469 ss.

gono al legislatore nazionale di assolvere a un generalizzato compito di recepimento e, spesso, di specifico adeguamento della disciplina interna.

Pur non essendo questa la sede per discuterne approfonditamente, basti pensare che, se nell'approccio regolamentare di Consob⁴² – sotto molteplici profili differente rispetto a quello di altri ordinamenti europei⁴³ – con il termine «criptoattività» si vuole descrivere una serie di «registrazioni digitali rappresentative di diritti (...) create, conservate e trasferite mediante tecnologie basate su registri distribuiti», la recente proposta di Regolamento avanzata dalla Commissione europea per la regolazione dei mercati delle criptoattività c.d. «proposta MiCAR»⁴⁴ dopo averle definite, all'art. 3, comma primo, n. 2), come «rappresentazioni digitali di valore o di diritti che possono essere trasferite o conservate elettronicamente utilizzando le *distributed ledger technology* o tecnologie similari», si preoccupa di delimitarne ulteriormente il perimetro definitorio specificando, all'art. 2, comma secondo, che nella definizio-

⁴² Consob, Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività, Rapporto finale, 2 gennaio 2020, che sostanzialmente conferma l'approccio adottato nel precedente documento Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività, Documento per la discussione, 19 marzo 2019. Per approfondimenti sul documento si vedano, ex multis, i contributi di G. GITTI, M. MAUGERI, C. FERRARI, op. cit., passim; A. SCIARRONE ALIBRANDI, Offerte iniziali e scambi di cripto-attività: il nuovo approccio regolatorio della Consob, in Dir. banc., 4 aprile 2019. Si tenga presente che il progetto regolamentare di Consob muove da una particolarità del sistema giuridico domestico, non rinvenibile in quello europeo, che prevede, a fianco delle nozioni comunitarie di «strumento finanziario» e «prodotto d'investimento», quella di «prodotto finanziario», nell'alveo della cui fattispecie potrebbero essere astrattamente sussunti i c.d. «utility tokem», vale a dire quei token il cui scopo principale dovrebbe essere quello di sfruttare la tecnologia distributed ledger al fine di avere accesso a prodotti o servizi.

⁴³ Cfr. P. Carrière, Le offerte iniziali (ICOs) di cripto-attività (tokens): Italia-Francia, due approcci regolatori a confronto, in Dir. banc., 15 gennaio 2020; A Berruto, La nuova disciplina francese dei crypto-asset: un imperfetto tentativo regolatorio, in Dir. banc., 11 febbraio 2020.

⁴⁴ 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), del 24 settembre 2020, alla quale viene collegata, peraltro, una proposta «satellite» in tema di modifiche alla disciplina esistente in materia di infrastrutture di mercato (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)).

ne non rientrano gli «strumenti finanziari»⁴⁵, la «moneta elettronica»⁴⁶, i «depositi»⁴⁷, i «depositi strutturati»⁴⁸ né le «cartolarizzazioni»⁴⁹.

Restringendo, invece, l'analisi alle sole *virtual currencies* (VCs) – le quali parrebbero in prima battuta escluse dalla recente proposta di Regolamento⁵⁰ – l'art. 1, paragrafo 2, lettera d), della direttiva antiriciclaggio 2018/843/UE del Parlamento Europeo del 30 maggio 2018 (modificatrice dell'art. 3 della direttiva 2015/849/UE in materia di prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a fini di riciclaggio e finanziamento del terrorismo), confermando e precisando quanto già espresso dalla *European Banking Authority* nel 2014⁵¹, le definisce come «una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo *status* giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente».

Che le criptovalute non siano emesse o garantite da un'autorità emittente centrale – per lo meno ad oggi, nonostante l'interesse recen-

⁴⁵ Cfr. Dir. 2014/65/EU.

⁴⁶ Cfr. Dir. 2009/110/EU.

⁴⁷ Cfr. Dir. 2014/49/EU.

⁴⁸ Cfr. Dir. 2014/65/EU.

⁴⁹ Cfr. Reg. 2017/2402/EU.

⁵⁰ L'art. 4, comma secondo, della Proposta di Regolamento annovera, tra le esenzioni dalla pubblicazione del c.d. white paper, il caso in cui la criptoattività sia il risultato di un'attività di «mining», ovvero sia attribuita automaticamente a quei soggetti che si occupano di sostenere, validando le transazioni, un'infrastruttura di rete DLT. Come tuttavia rilevato da R. Lener e S. L. Furnari, Cripto-attività: prime riflessioni sulla proposta della Commissione europea. Nasce una nuova disciplina dei servizi finanziari "crittografati?", in Dir. banc., 9 ottobre 2020, si tratterebbe di un'esenzione priva di una portata sostanziale, poiché i protocolli di emissione delle criptovalute connotati dalle summenzionate caratteristiche non consentono l'esistenza di alcun organo gestorio al quale riferire gli obblighi e le responsabilità delineati nella Proposta.

⁵¹ Cfr. European Banking Authority (EBA), Opinion on 'virtual currencies' (EBA/Op/2014/08), 4 luglio 2014, p. 7: «a digital representation of value that is neither issued by a central bank or public authority nor necessarily attached to a FC, but is accepted by natural or legal persons as a means of exchange and can be transferred, stored or traded electronically».

temente manifestato dalla BCE in Europa⁵² e dalla PBOC in Cina⁵³ – è cosa ovvia, così come è ormai nota la considerazione secondo la quale queste non debbano essere «necessariamente»⁵⁴ legate a una valuta avente corso legale. Ciò viene infatti confermato anche dal legislatore nazionale, il quale, all'art. 1, comma secondo, lett. qq), del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 90, emanato in riforma del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, e in attuazione della direttiva 2015/859/UE, ha sostanzialmente replicato, confermandone i tratti essenziali, la definizione già fornita dall'autorità bancaria europea nel 2014.

Diversamente, l'appartenenza di tali strumenti alla nozione di valuta o moneta è questione che merita un approfondimento ulteriore, anche per conciliare il dato evidenziato dall'autorità europea e dal legislatore italiano con quanto recentemente espresso, oltre che dalla direttiva 2018/843/UE, anche da Banca d'Italia, la quale ha evidenziato come le criptovalute non siano una «moneta legale di stato ("fiat money"), "depositi" o "fondi"» né «una passività di una istituzione» e nemmeno «una moneta avente un valore intrinseco (outside money) come l'oro o l'argento»⁵⁵.

Per vero, tanto le posizioni dell'autorità nazionale quanto del legislatore europeo sembrano confermare quanto già espresso dalla Banca Centrale Europea nel 2012 con riferimento a una criptovaluta particolarmente diffusa⁵⁶. In tale occasione, l'autorità europea ha infatti

⁵² Cfr. European Central Bank (ECB), Report on a digital euro, ottobre 2020, nel quale la BCE, perseguendo l'espresso obiettivo di «adattare l'euro all'era digitale», afferma che: «To ensure that consumers continue to have unfettered access to central bank money in a way that meets their needs in the digital age, the ECB's Governing Council decided to advance work on the possible issuance of a digital euro – an electronic form of central bank money accessible to all citizens and firms». Ad ogni modo, la Banca Centrale precisa che l'euro digitale, basato su un'infrastruttura più o meno decentralizzata, «would be introduced alongside cash, it would not replace it». Si tratta di una proposta che, pur trovandosi ancora in uno stadio embrionale e limitato all'indicazione di possibili scenari e soluzioni, merita tuttavia un'analisi specifica, che in queste pagine non può essere condotta.

⁵³ La Cina è pronta alla sperimentazione del c.d. DCEP, acronimo di *Digital Cur*rency Electronic Payment, teso alla creazione di uno yuan digitale nazionale, basato su protocolli distributed ledger ed espressamente finalizzato a incrementare la velocità di espansione della valuta cinese.

⁵⁴ Ma cfr. infra, nt. 58.

⁵⁵ BANCA D'ITALIA, Occasional Paper, 18 marzo 2019, n. 484, p. 9.

⁵⁶ Che tuttavia, come vedremo nel seguito della trattazione, incorpora caratteri-

espressamente affermato che le *virtual currencies*, quantomeno allo stato attuale, non sarebbero «denaro» o «valuta» da intendersi in una «*legal perspective*»⁵⁷ e dunque la mancanza, tanto nella normativa nazionale del 2017 quanto nella definizione operata dall'autorità bancaria europea nel 2014, di un'espressa negazione alla qualificazione di queste come «moneta» o «valuta» dal punto di vista dell'ordinamento giuridico non sarebbe certo da intendersi come una timida volontà di apertura a siffatta possibilità⁵⁸.

A conferma di ciò, nella stessa direzione pareva orientato, già nel 2013, anche il Financial Crimes Enforcement Network del Dipartimento del Tesoro statunitense, il quale, con il termine «moneta», definiva esclusivamente «the coin and paper money of the United States or of any other country that is designated as legal tender and that circulates and is customarily used and accepted as a medium of exchange in the country of issuances⁵⁹.

stiche in prevalenza comuni rispetto alle diverse declinazioni del fenomeno in esame. Cfr. *infra*, § 3.

⁵⁷ EUROPEAN CENTRAL BANK (ECB), Virtual Currency Schemes, cit., p. 25.

⁵⁸ Si veda, però, la citata proposta di Regolamento europeo del 24 settembre 2020 che, nella qualificazione delle criptoattività sottratte all'ambito di applicazione della vigente legislazione europea sui mercati finanziari, individua, oltre alla già citata categorie degli «utility token», i c.d. «asset-referenced token» («ART») e i c.d. «e-money token» («EMT»). I primi, indicati all'art. 3, comma primo, n. 3), sono criptoattività il cui valore rimane sostanzialmente stabile grazie al collegamento con quello di valute aventi corso legale, panieri di beni, altre criptoattività o combinazioni di questi; gli EMT, aventi una funzione tipicamente di scambio, sono invece definiti come criptoattività, il cui scopo principale è quello di essere utilizzati per lo scambio di beni o servizi e che mirano comunque a mantenere fisso il proprio valore attraverso il collegamento esclusivo con valute aventi corso legale. Entrambe le categorie descritte possono essere annoverate tra le c.d. «stablecoin», con riferimento alle quali il legislatore europeo pare voler adottare una disciplina particolarmente dettagliata, anche al fine di stroncare sul nascere qualunque minaccia alla stabilità finanziaria e ai principi di sovranità monetaria dell'eurozona.

⁵⁹ Cfr. Department of the Treasury, Financial Crimes Enforcement Network, Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies, March 18, 2013, p. 1. Nel medesimo senso si vedano anche gli orientamenti della Germania, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Bitcoins: Aufsichtliche Bewertung und Risiken für Nutzer, 2013, passim, della Francia, Banque de France, L'émergence du bitcoin et autres crypto-actifs: enjeux, risques et perspective, Focus, n. 16, 2018, passim, nonché AMF, Review and analysis of the application of financial regulations to security tokens, 27 febbraio 2020; del Sud Africa, South Africa Reserve Bank, National Payment System Department, Position Paper on Virtual Currencies, 2, 2014,

Se dagli orientamenti evidenziati risulta chiara una netta preclusione alla qualificazione in termini tanto «monetari» quanto «valutari» delle criptovalute, occorre tuttavia prendere atto che, da un lato, la natura proteiforme del denaro e le anfibologie che si celano non solo in tale termine, ma anche nelle voci «valuta» e «moneta», richiedono uno sforzo interpretativo che non si limiti ad aderire a un'aprioristica negazione della sussumibilità di un certo fenomeno in una data fattispecie; dall'altro, le vicende giurisprudenziali connesse ad un primigenio tentativo qualificatorio di tali strumenti hanno dimostrato la sostanziale inadeguatezza di un approccio che identifichi una rigida dicotomia tra il concetto di «bene» ai sensi dell'art. 810 c.c. e quello di «denaro».

Proprio in questa direzione il dibattito in ordine alla natura giuridica delle *cryptocurrencies* acquista tutto il suo rilievo: se il denaro fosse inteso soltanto come un indice del potere d'acquisto – come ritiene una parte della dottrina – diverrebbe difficile pensare a questo come a un «bene» del quale, peraltro, non si potrebbe «godere e disporre», ma soltanto «godere disponendone».

È tuttavia evidente che la letteratura che aderisce a siffatta interpretazione intende, in realtà, fare riferimento non tanto al concetto di «denaro», quanto a quello di «valuta» e, pertanto, di «mezzo di pagamento» legale, certamente quest'ultimo da considerarsi come indicizzazione del potere d'acquisto a propria volta determinato dalle interrelazioni delle politiche monetarie di un certo sistema economico rispetto all'andamento dell'economia reale.

La successiva parte della trattazione sarà, perciò, in primo luogo dedicata a una sintesi degli orientamenti giurisprudenziali che hanno contribuito al tentativo di operare una ricostruzione sistematica del fenomeno in esame, per poi ripercorrere i tratti principali del dibattito che ruota ancora oggi intorno al concetto di denaro e alle ricostruzioni dello stesso in termini «valutari» o «monetari». Solo a quel punto sarà possibile comprendere in che misura sia consentito sussumere il fenomeno delle criptovalute all'interno delle categorie giuridiche esistenti e, se necessario, in che modo le definizioni sin qui elaborate dai regolatori e dai legislatori necessitino di nuovi e più precisi presupposti.

passim; e, infine, del Regno Unito, BANK OF ENGLAND, Quarterly Bulletin, 2014 Q3, 54, 3.

3. Le principali vicende giurisprudenziali: la necessità di un approccio razionale alla vis espansiva della nozione di strumento finanziario

La giurisprudenza domestica ha avanzato diverse ipotesi in ordine alla qualificazione giuridica delle criptovalute, nessuna delle quali tuttavia, avuto riguardo al fenomeno inteso nel suo complesso, pare essere pienamente soddisfacente.

Ciascuna pronuncia, come vedremo, si limita ad avanzare ipotesi ricostruttive limitate a singole e specifiche manifestazioni del fenomeno, senza mai estendere lo sguardo al *genus* cui ciascuna *species* analizzata appartiene.

Infatti, pur dovendosi tenere presente che, in considerazione delle differenze sostanziali che intercorrono tra un caso e l'altro, non sia possibile iscriverne integralmente le diverse caratteristiche all'interno della medesima collocazione teorica, esistono, come pure accennavamo, peculiarità costantemente rinvenibili nella maggior parte delle criptovalute.

In particolare, queste possono essere così schematizzate⁶⁰: a) la creazione mediante un sistema algoritmico; b) l'origine decentrata sia del meccanismo di «estrazione» che di quello di circolazione, i quali afferiscono al già descritto sistema *distributed ledger* (così che non sia possibile identificare, all'interno del protocollo, alcuna autorità di emissione, controllo e vigilanza); c) l'esistenza di un portafogli elettronico (c.d.

⁶⁰ Cfr. Banca d'Italia, Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette "valute virtuali", cit., p. 2; C. Michi, Criptovalute e capitale sociale: un binomio imperfetto?, in Riv. not., 2018, p. 614. Non si condivide integralmente, tuttavia, la caratteristica evidenziata dall'Autrice alla lett. c), vale a dire l'«anonimato degli utenti». Si tratta infatti di un falso mito, in quanto – in considerazione del fatto che l'accesso diretto al protocollo di una determinata criptovaluta risulta essere oggi, per complessità, tempo, costi (e anche rischi) attività rimessa a un numero esiguo di operatori, dotati delle infrastrutture idonee ad operare sulla rete – il mercato delle criptoattività prevede che vi siano piattaforme di intermediazione degli scambi (exchange) che, spesso, richiedono di conoscere la reale identità dei soggetti titolari degli asset scambiati. I metodi informatici per poter risalire al titolare della contabilità espressa in criptovalute sono, ad ogni modo, molteplici e in continua evoluzione perciò, se anche esistono criptovalute in grado di schermare gran parte delle transazioni (più che altro espresse esclusivamente in criptovalute, poiché è difficile ipotizzare una conversione in c.d. valuta fiat del tutto anonima), non è certo possibile estendere la caratteristica dell'anonimato alla generalità delle stesse.

e-wallet), necessario per il deposito e per la gestione degli *asset* digitali; d) l'elevata volatilità del valore di questi ultimi⁶¹; e) l'assenza di una normativa specifica e condivisa tra gli ordinamenti coinvolti.

Dunque, in mancanza di una disciplina positiva uniforme che, si rammenta, costituisce una problematica non soltanto nazionale, si comprende la necessità che ogni disamina condotta *case by case* – modalità pur necessaria in presenza di un fenomeno intrinsecamente proteiforme⁶² come quello in esame – tenga conto dell'esistenza di un substrato pur comune e ricorrente.

Focalizzando, quindi, l'analisi sulle pronunce maggiormente rilevanti, quella cronologicamente più risalente – riferibile alla giurisprudenza scaligera⁶³ – ha anzitutto operato una condivisibile distinzione tra il denaro inteso come «mezzo di pagamento» e la nozione di «riserva di valore», ponendo, con riferimento proprio a quest'ultima, l'accento sulla finalità d'investimento sottostante all'acquisto e al deposito di criptovalute.

⁶¹ Ma anche su questo punto è opportuno precisare che non si tratta di una caratteristica di tutte le criptovalute poiché, ove queste venissero agganciate a un valore esterno, la volatilità potrebbe essere sensibilmente ridimensionata. Si guardi già oggi all'esempio di PAX Gold (ticket: PAXG), token ERC-20 il cui valore è ancorato al prezzo dell'oro con un meccanismo (peraltro autorizzato dallo Stato di New York) che evoca il sistema del gold standard. Cfr. New York Department of Financial Services, Superintendent of financial services Linda A. Lacewell announces approval of first gold-backed virtual currency in New York State, Press Release, September 5, 2019. Più in generale, il meccanismo delle c.d. stablecoins, la cui struttura di emissione è espressamente disegnata per assicurarne la stabilità del valore di mercato, realizza il principio della modulazione automatizzata della domanda in relazione alla quantità in circolazione, attraverso un esplicito parametro esterno di riferimento (spesso il dollaro statunitense). In altri casi, invece, la struttura di emissione prevede un collaterale in valuta governativa (analogamente a quanto abbiamo appena visto avvenire con asset particolarmente stabili come l'oro). Si tratta, ad ogni modo, di elementi presi in considerazione dalla la citata proposta di Regolamento europeo del 24 settembre 2020; sul punto cfr. retro, nota n. 58.

⁶² E non «poliedrico», stante la precisazione correttamente evidenziata da G. Grisi, Responsabilità e risoluzione del contratto, in Eur. dir. priv., 2018, p. 1129. Come sottolinea l'Autore, infatti, «la poliedricità si connota in modo peculiare perché qualifica ciò che, pur vario e sfaccettato, non cambia la propria forma», avendo «prerogative di solidità che l'essere proteiforme non ha».

⁶³ Trib. Verona, 24 gennaio 2017, n. 195, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, pp. 471 ss., con nota di M. Passaretta, Bitcoin: *il* leading case *italiano*; C. Tatozzi, Bitcoin: *natura giuridica e disciplina applicabile al contratto di cambio in valuta avente corso legale*, in *Ridare.it*, 2017, *passim*.

In particolare, la vicenda trae origine da un rapporto contrattuale sorto tra alcuni investitori e una società promotrice di una piattaforma *exchange*⁶⁴, attraverso la quale si consentiva l'acquisto di criptovalute a fronte di un pagamento in valuta avente corso legale (c.d. valuta *fiat*).

Il Tribunale di Verona – avendo gli attori lamentato la nullità del rapporto a causa della ritenuta violazione della disciplina posta a tutela del consumatore nella parte in cui disciplina l'obbligo informativo (artt. 67-quater ss. c. cons.), alla quale è sottoposto il fornitore del servizio finanziario erogato alla clientela – sbrigativamente riteneva la criptovaluta oggetto dello scambio alla stregua di uno «strumento finanziario utilizzato per compiere una serie di transazioni online», ricomprendendo evidentemente, ai sensi dell'art. 1, comma 5, T.U.F., l'attività svolta dal promotore nell'ambito dell'erogazione dei servizi finanziari ai consumatori.

Il ragionamento del Collegio veronese, fondato anzitutto sul parere di una non meglio precisata «attenta dottrina», era per vero finalizzato non solo ad applicare la disciplina consumeristica, ma anche il Regolamento Consob n. 18592 del 26 giugno 2013, il cui Allegato 1, al Titolo III, integra, in materia di raccolta di capitali di rischio attraverso piattaforme *online*, proprio le disposizioni poste dal legislatore a tutela del consumatore.

Il tema della potenziale qualificazione delle criptovalute, o di alcune categorie di esse, alla stregua della categoria degli strumenti finanziari (certamente possibile, come si evince dall'advice pubblicato da ESMA di inizio 2019⁶⁵, per quei token che fossero qualificabili come "security-like/investment-type token/asset token", o più semplicemente "security token") è però questione complessa, che richiede un approccio differente rispetto a quello seguito dal Tribunale veronese.

Anche se non si volessero considerare le criptovalute come mezzi di pagamento (e sul punto torneremo nella successiva parte della trattazione) – i quali, come espressamente chiarito dall'art. 1, comma

⁶⁴ Di diritto ucraino.

⁶⁵ ESMA, Advice – Initial Coin Offerings and Crypto-Assets, 9 gennaio 2019, che fa capo al più generale intervento The Distributed Ledger Technology Applied to Securities Markets, febbraio 2017 sul quale, per un primo commento, si rinvia a F. ANNUNZIATA, Distributed Ledger Technology e mercato finanziario: le prime posizioni dell'ESMA, in FinTech, Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari, cit., pp. 229 ss.

secondo, T.U.F., non sono annoverati tra gli strumenti finanziari⁶⁶ – non sarebbe infatti logico «riaprire automaticamente ad esse la porta di accesso a quella che è oggi una categoria giuridica normativamente ben definita sia nell'ordinamento nazionale che in quello europeo da cui promana»⁶⁷.

Parrebbe allora che le criptovalute – e solo queste, dovendosi adottare maggiori cautele con riguardo alle residue categorie di *token*⁶⁸ – sarebbero escluse⁶⁹, in assenza di uno specifico provvedimento a riguardo da parte del Ministero dell'economia e delle finanze⁷⁰, dalla nozione di strumento finanziario. Lo svolgimento di attività⁷¹ aventi ad oggetto

⁶⁶ In quanto per gli strumenti di pagamento esiste già una specifica disciplina.

⁶⁷ P. CARRIÈRE, Le "criptovalute" sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di "strumenti finanziari", "valori mobiliari" е "prodotti finanziari"; tra tradizione е innovazione, in Riv. dir. banc., 2019, р. 134. Alla stessa conclusione giungono inoltre R. Восснікі, ор. cit., passim, Р. Іемма, N. Сиррікі, La qualificazione giuridica delle criptovalute: affermazioni sicure е caute diffidenze, in Dirittobancario.it, 2018, passim, contra E. Giriko, Criptovalute: un problema di legalità funzionale, in Riv. dir. banc., 2018, passim.

⁶⁸ Sulle residue categorie di token, a causa in particolare della spesso labile distinzione tra utility e investment token, la questione diviene ben più complessa e dibattuta. Non essendo questa la sede per tale approfondimento si rinvia, ex multis, a G. GITTI, M. MAUGERI, C. FERRARI, op. cit., passim; F. ANNUNZIATA, La disciplina delle trading venues nell'era delle rivoluzioni tecnologiche: dalle criptovalute alla distributed ledger technology, in Oss. dir. civ., 2018, passim; P. HACKER e C. THOMALE, op. cit., pp. 645-696; P. MAUME e M. FROMBERGER, op. cit., pp. 548-585; L. KLÖHN, N. PARHOFER, D. RESAS, op. cit., pp. 89-106.

⁶⁹ Il condizionale è d'obbligo in considerazione delle manifestazioni atipiche dell'autonomia digitale, le quali potrebbero, ad esempio, dar vita a criptovalute che siano il sottostante di contratti finanziari differenziali, i quali senza dubbio, rientrano nella nozione di strumento finanziario, come peraltro chiarito espressamente nella Sez. C dell'Allegato 1 al Testo Unico della Finanza al punto (9); sul punto cfr. P. Carrière, *op. ult. cit.*, nt. 38.

⁷⁰ È infatti noto che il comma quinto dell'art. 18 del Testo Unico della Finanza ri-conosce al Ministero dell'economia e delle finanze il potere e l'onere di «individuare, al fine di tener conto dell'evoluzione dei mercati finanziari e delle norme di adattamento stabilite dalle autorità comunitarie, nuove categorie di strumenti finanziari, nuovi servizi e attività di investimento e nuovi servizi accessori, indicando quali soggetti sottoposti a forme di vigilanza prudenziale possono esercitare i nuovi servizi e attività».

⁷¹ Occorre comunque sottolineare che sarà da adottarsi una particolare cautela nelle modalità di comunicazione e di offerta delle criptovalute «con finalità di investimento», così che queste non possano venire qualificate come pratiche commerciali scorrette o possano portare a ulteriori e diverse violazioni della disciplina consumeristica come rilevato, in relazione alla vendita di diamanti con finalità d'investimento tramite canali bancari, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; cfr.

tali *asset*, purché il concreto tratto causale delle stesse non richieda specifici accorgimenti⁷², non violerebbe perciò alcuna riserva di attività⁷³, potendo essere effettuato al di fuori dell'ambito di applicazione tanto del Testo Unico della Finanza quanto della corrispondente disciplina europea⁷⁴.

4. (Segue): «moneta» e «funzione monetaria»

Le considerazioni appena svolte impongono di procedere ad analizzare i profili essenziali del ragionamento che la successiva giurisprudenza – in particolare quella bresciana, chiamata a pronunciarsi su una questione peculiare con riferimento al tema in oggetto⁷⁵ – ha voluto

AGCM, provvedimenti 20 settembre 2017, nn. PS10677 e PS10678.

⁷² Diversamente sarebbe infatti a dirsi nel caso in cui le operazioni aventi ad oggetto criptovalute fossero caratterizzate, sulla base della valutazione della «causa in concreto», dal concorso dell'utilizzo di un capitale, dell'assunzione di un rischio connesso al suo impiego e dell'aspettativa di un rendimento di natura finanziaria. In questo caso l'attività potrebbe essere qualificata come investimento di natura finanziaria non in funzione di una preliminare qualificazione giuridica delle criptovalute, ma in virtù degli elementi che connotano in concreto l'operazione nel suo complesso. È proprio in questo senso che, al riparo da facili enfatizzazioni, occorre leggere la recente pronuncia Cass. 17 settembre 2020, n. 26807, in *Dirittobancario*; cfr. inoltre C. Comporti, *La sollecitazione all'investimento*, in *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, a cura di A. Patroni Griffi, M. Sandulli, V. Santoro, Torino, 1999, p. 550. Si veda Consob, delibere nn. 19866/2017; 20207/2017; 20241/2017; 20660/2018; 20693/1018; 20741/2018; 20346/2018; 20536/2018; 20720/2018; 20742/2018. Cfr. inoltre R. Bocchini, op. cit., p. 40; G. Rinaldi, *Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 289; G. Gasparri, op. cit., p. 430.

⁷³ Cfr. P. Carrière, *op. cit.*, p. 136, «Né le conclusioni [...] parrebbero cambiare, laddove la piattaforma di negoziazione in questione abbia indotto il cliente all'acquisto, convincendolo della bontà finanziaria dell'investimento, limitandosi a rappresentargli (purché senza arrivare a promettergli o, tanto meno, a garantirgli) la performance registrata dalla criptovaluta stessa, in un determinato intervallo temporale, magari comparandola ad altri indicatori, quali andamento del tasso di inflazione, dell'oro, etc.». Come evidenziato, inoltre, dall'Autore in nt. 44, «Tale è la conclusione cui giunge la Consob nel valutare quali debbano ritenersi gli indici che individuano un "prodotto finanziario"»; conclusione che può «ben applicarsi, a maggior ragione, nella individuazione dei "servizi di investimento" che abbiano ad oggetto "strumenti finanziari"». Cfr. Consob, *Comunicazione DTC/13038246*, 6 maggio 2013.

⁷⁴ N. VARDI, *op. cit.*, pp. 448-449.

⁷⁵ Sul punto mi sia consentito rinviare alle più approfondite considerazioni effet-

seguire nel tentativo di procedere anch'essa a tratteggiare una prima qualificazione giuridica delle criptovalute.

La vicenda, che questa volta si snoda a partire da un tentativo di conferimento di *currency token* in una società di capitali, assume tratti logici profondamente differenti in primo e in secondo grado, destando dunque interesse anzitutto per la diversa qualificazione che i giudici, pur pervenendo al medesimo risultato decisorio, hanno ipotizzato di delineare con riferimento allo stesso fenomeno.

Il Tribunale di Brescia, sezione specializzata in materia di impresa⁷⁶, rigettava infatti con decreto il ricorso presentato ai sensi dell'art. 2436, comma terzo, c.c., dall'amministratore unico di una società di capitali⁷⁷ avverso il rifiuto del notaio di procedere all'iscrizione nel registro delle imprese della delibera assembleare di aumento di capitale sociale a pagamento da liberarsi mediante conferimento in natura di diversi asset, tra cui una particolare forma di criptovaluta, oggetto di apposita relazione di stima.

Nel rigetto che sostanzialmente riportava le censure già preliminarmente espresse dal notaio (le quali sembravano dare per presupposta l'applicazione della disciplina prevista in tema di conferimenti in natura), si sottolineava che la criptovaluta oggetto di conferimento non consentiva di valutare né il «quantum destinato alla liberazione dell'aumento di capitale sottoscritto», né «l'effettività (quomodo) del conferimento», il che imponeva al Tribunale di rilevare, nel caso di specie, l'insussistenza dei requisiti minimi necessari per la conferibilità ai sensi degli artt. 2464, comma 2 e 2465 c.c.

Per quanto la ricorrente avesse opposto, a conferma del (preteso) generalizzato riconoscimento della criptovaluta oggetto di conferimento come «mezzo di pagamento», l'elevato livello di diffusione della stessa, il Tribunale rilevava dapprima la sostanziale riconducibilità dell'unico sistema di scambio di tale criptovaluta alla titolarità del medesimo soggetto emittente – e, perciò, l'inaffidabilità dei dati ivi contenuti – per poi evidenziare l'esigenza di verificare non tanto la potenziale idoneità del *genus* delle criptovalute a soddisfare i requisiti di cui all'art. 2464,

tuate in Gi. Gitti e A. Sardini, *I conferimenti di criptoattività*, in *Contr. impr.*, 2020, pp. 1289-1322.

⁷⁶ Trib. Brescia, 18 luglio 2018, decreto di rigetto n. 7556, in Federnotizie.it.

⁷⁷ Nel caso di specie, una società a responsabilità limitata.

comma 2, c.c., quanto la possibilità stessa di attribuirvi, nel caso concreto, un valore economico «attendibile». In seguito, il decreto di rigetto veniva impugnato dalla ricorrente dinanzi alla Corte d'Appello di Brescia⁷⁸, la quale riteneva di confermare la posizione già espressa dal Collegio di prime cure, procedendo tuttavia ad argomentare la propria decisione sulla base di presupposti differenti.

Il giudice di secondo grado, infatti, aveva ritenuto di riconsiderare la stessa premessa posta alla base del ragionamento seguito dal Tribunale, assimilando sul (solo) piano funzionale la criptovaluta in esame⁷⁹ al denaro in senso valutario negandone, di converso, la sussumibilità tanto nella fattispecie dei conferimenti in denaro quanto in quella dei conferimenti in natura⁸⁰.

La Corte d'Appello ha così finito per collocare le criptovalute in una «zona grigia» tra i conferimenti in denaro e i conferimenti in natura, senza però trovare conforto nella successiva giurisprudenza, quella fiorentina⁸¹ e quella del T.a.r. Lazio⁸² che, sia pure con riguardo a casi differenti, ha però optato per una qualificazione alla stregua del concetto giuridico di «bene» ai sensi dell'art. 810 c.c.

La pronuncia del Tribunale di Firenze ha, infatti, avuto cura di sottolineare come le criptovalute possano essere «oggetto di diritti, come riconosciuto ormai dallo stesso legislatore nazionale, che le considera anche, ma non solo, come mezzo di scambio [...] in un sistema pattizio e non regolamentato». Dunque, secondo siffatta interpretazione, non si tratterebbe di *asset* tipicamente riconducibili ad una funzione monetaria (né «legale» né «virtuale», come testualmente affermato), stante l'inesistenza di un obbligo giuridico «di accettare pagamenti di beni o servizi con criptovaluta».

⁷⁸ Cfr. App. Brescia, Sez. I civ., 24 ottobre 2018, decreto di rigetto n. 207, in Federnotizie.it.

⁷⁹ Lasciando tuttavia intendere l'ampia portata di siffatta qualificazione.

⁸⁰ In virtù di una presunta inidoneità «ad essere economicamente oggetto di valutazione tecnica mediante perizia di stima [...] secondo la procedura di cui al combinato disposto dei due articoli 2264 e 2265 c.c.».

⁸¹ Cfr. Trib. Firenze, 21 gennaio 2019, n. 18, pronuncia già commentata in A. Contaldo e F. Campara, Blockchain, *criptovalute*, smart contract, *industria 4.0*, Pisa, 2019, pp. 205 ss.; e, con data diversa, in *Contratti*, 2019, pp. 661 ss., da D. Fauceglia, *Il deposito e la restituzione di criptovalute*.

⁸² Cfr. T.a.r. Lazio, 28 gennaio 2020, n. 1077, in Giustizia-amministrativa.it.

Con riferimento alle posizioni sin qui descritte, è chiaro che i filoni giurisprudenziali seguono strade differenti, com'è d'altronde logico ove i presupposti dai quali il ragionamento si snoda – vale a dire la concreta sussunzione del fenomeno entro una fattispecie piuttosto che un'altra – siano del tutto difformi⁸³. Tuttavia, potendosi oramai prescindere dalla (generale) riconduzione delle criptovalute al novero degli strumenti finanziari per le motivazioni già evidenziate nelle pagine che precedono, è consentito ridurre i termini del dibattito intorno alle sole nozioni di «denaro» e di «bene»⁸⁴, quasi come se quest'ultima categoria avesse portata residuale rispetto ad altre dotate di maggiore specificità.

5. Conclusioni: tra autonomia digitale e autonomia privata

Il concetto giuridico di «denaro», come pur brevemente si accennava nelle prime pagine di questo scritto, è di certo multiforme⁸⁵ e,

⁸³ Si tratta di problematiche evidenziate anche in ordinamenti stranieri. Cfr., per la Francia, F. LACROIX, Les places financières alternatives: propos relatifs aux approaches règulatoires concernant les plateformes de crowdfunding et d'échange de bitcoins, in Internet, espace d'interrégulation, a cura di M.A. Frison-Roche, Paris, 2016, passim, N. MATHEY, La nature juridique des monnaies alternatives à l'épreuve du paiement, in Rev. dr. banc. fin., 2016, pp. 92 ss.; D. GEIBEN, O. JEAN-MARIE, T. VERBIEST, J.F. VILOTTE, Bitcoin et Blockchain: vers un nouveau paradigme de la confiance numérique?, Paris, 2016, p. 73; M. ROUSSILLE, Le bitcoin: objet juridique non identifié, in Banque et Droit, 2015, pp. 27 ss.; H. DE VAUPLANE, L'analyse juridique du bitcoin, in Régulation, Gouvernance, Complexité dans la finance mondialisée, 2014, pp. 351 ss.; per la Germania, G. SPINDLER, M. BILLE, Rechtsprobleme von Bitcoins als virtuelle Währung, in WM, 2014, pp. 1357-1369; S. OMLOR, Geld und Währung als Digitalisate, in IZ, 2017, pp. 754 ss.; ID, Blockchain-basierte Zahlungsmittel – Ein Arbeitsprogramm für Gesetzgeber und Rechtswissenschaft, in ZRP, 2018, pp. 85-89; C. ENGELHARDT, S. KLEIN, Bitcoins, Geschäfte mit Geld, das keines ist. Technische Grundlagen und zwilrechtliche Betrachtung, in MMR, 2014, pp. 355-360; A. Schlund, H. Pongratz, Distributed-Ledger-Technologie und Kryptowährungen – Eine rechtliche Betrachtung, in DStR, pp. 598-604; B. BECK, Bitcoins als Geld im Rechtssinne, in NJW, 2015, pp. 583 ss.; per la Spagna, E.M. Salmerón Manzano, Necesaria regulacion legal del bitcoin en España, in Rev. der. civ., 4, 2017, pp. 293-297; I. RABASA MARTÌNEZ, Integración del capital social con criptomonedas, in Rev. der. soc., 2018, pp. 6 ss.

⁸⁴ G. Söderberg, Are Bitcoin and other crypto-assets money?, in Economic Commentaries, Sveriges Riskbank Economic Review, 5, 2018, p. 14; P. Franco, Understanding Bitcoin: Cryptography, Engineering and Economics, New York, 2015, passim, H. Halaburda, M. Sarvary, Beyond Bitcoin: the Economics of Digital Currencies, New York, 2016, passim.

⁸⁵ Cfr. A. Gambaro, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, pp. 278 ss.

nel corso della storia, è mutato considerevolmente⁸⁶, con l'inevitabile esito che l'interprete che oggi voglia occuparsi del preciso significato dei termini «denaro», «moneta» e «valuta»⁸⁷ non potrà non essere colto dall'imbarazzo che consegue alla necessità di sgombrare il campo da ogni possibile ambiguità concettuale.

La profonda trasformazione che ha conosciuto la funzione monetaria ha infatti comportato un continuo ripensamento del concetto di mezzo di scambio e, dunque, anche di quello di «strumento di pagamento»⁸⁸, tanto da consentire a quest'ultimo di liberarsi definitivamente da ogni collegamento a un valore «intrinseco» (anche esterno).

Si tratta di un'evoluzione che, anzitutto, si spiega nella misura in cui l'affidabilità e l'indipendenza dell'autorità emittente siano in grado di sopperire, unitamente alla previsione di un «corso forzoso»⁸⁹, alla mancanza di quella fiducia che normalmente viene riposta dalla comunità nello strumento monetario, in quanto espressione di un valore «stabile»⁹⁰. In questa prospettiva, è perciò necessario che l'espressione *valutaria* del concetto di denaro, che nel nostro ordinamento rileva anzitutto quale mezzo di estinzione del debito ai sensi degli artt. 1277 ss. c.c.⁹¹,

⁸⁶ Cfr. J.M. KEYNES, Trattato della moneta, I, Teoria pura della moneta (trad. it.), Milano, 1979 (A treatise on Money, I, The Pure Theory of Money, London, 1930); A. NUSSBAUM, Money in the law, national and international: a comparative Study in the Borderline of Law and Economics, Brooklin, 1950, passim.

⁸⁷ Sottolineata anche da F.A. Mann, *op. cit.*, p. 3; B. Inzitari, *Moneta*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 397; P. De Vecchis, *Moneta e carte valori – I) Profili generali e diritto privato*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, *passim.*

⁸⁸ Intendendosi in tal senso l'espressione valutaria del concetto di strumento di pagamento.

⁸⁹ A. Gambaro, *op. loc. ult. cit.*, il quale evidenzia come la moneta avente corso legale non possa «essere rifiutata nel suo valore nominale come mezzo legittimo di estinzione dei debiti espressi in forma monetaria».

⁹⁰ Proprio in questo senso si spiega la necessità che le banche centrali siano del tutto indipendenti rispetto al potere politico: la riconducibilità a quest'ultimo del potere di emettere strumenti monetari, incrementandone la quantità circolante, si configura come.

⁹¹ E ogni altra funzione di siffatta accezione del denaro sarebbe da considerarsi «derivata». L'idealizzazione dell'evoluzione della moneta come passaggio lineare dallo scambio di beni aventi un valore intrinseco (in quanto scarsi e capaci di soddisfare di per sé determinate necessità umane) al denaro avente un valore assegnato da un'autorità sarebbe, secondo la dottrina prevalente, frutto di una «impostazione tralatizia». Come rilevato da A. Gambaro, *op. cit.*, p. 279, nt. 117, affermare che «poiché il baratto

costituisca la rappresentazione delle politiche monetarie di un'autorità *indipendente* la quale, controllandone l'emissione, dovrebbe assicurarne anche la necessaria «scarsità»⁹². A ben vedere, tra i diversi compiti che tale autorità è tenuta a svolgere affinché il denaro non si limiti ad essere una «riserva di valore», ma possa altresì intendersi come mezzo di pagamento⁹³, rilevanza centrale è da attribuirsi, come già si accennava in precedenza, all'imposizione della circolazione dello stesso, stante l'esistenza, in alcuni ordinamenti⁹⁴, di monete complementari⁹⁵ ricondu-

[era] scomodo ed inefficiente si è poi proceduto all'invenzione del denaro», significa non tenere conto del fatto «che l'introduzione della moneta è legata alla formazione dello Stato». Sul punto si rinvia, ex multis, a G.W. Gardiner, The Primacy of Trade Debts in the Development of Money, in Credit and State Theories of Money: the contributions of Mitchell Innes, a cura di L. Randall Wray, Cheltenham-Northampton, 2004, p. 128; G. Heinsohn, O. Steiger, Private Property, Debts and Interest or: The Origin of Money and the Rise and Fall of Monetary Economies, in Studi Economici, 1983, pp. 3 ss.; M. Hudson, The Archeology of Money: Debt Versus Barter Theories of Money's Origins, in Credit and State Theories of Money: the contributions of Mitchell Innes, a cura di L. Randall Wray, Cheltenham-Northampton, 2004, pp. 173 ss. Si veda anche M. Cian, Le antiche leggi del commercio, Bologna, 2016, pp. 62 ss.

⁹² Ed è proprio a partire da questa che la dottrina fa discendere la qualificazione del denaro inteso come mezzo di pagamento alla stregua di un bene «ad uso rivale». Cfr. A. GAMBARO, op. cit., p. 279.

⁹³ È chiaro infatti che la funzione di riserva di valore dovrebbe essere tipica di ogni strumento di pagamento, in quanto l'utilizzo di quest'ultimo presuppone il fatto che la sua temporanea titolarità non ne faccia perdere, in termini di acquisto, il valore.

⁹⁴ Negli Stati Uniti, ad esempio, la moneta privata è soggetta a regolamentazione, in quanto la massa totale circolante della stessa non deve superare quella della moneta avente corso legale (nel caso di specie il dollaro) e ogni reddito espresso in tale forma dev'essere denunciato all'International Revenue Service (IRS). Cfr. F. Montalcini e C. Sacchetto, Bitcoin e criptovalute, in Diritto tributario telematico, Torino, 2017, p. 277, nt. 15; J. Stodder, Reciprocal Exchange Networks: Implications for Macroeconomics Stability, in Proceedings of the International Electronic and Electrical Engineering (IEE) Engineering Management Society Conference (EMS-2000), Albuquerque, 2000, pp. 540-545.

Non esiste una definizione univoca di «moneta complementare». Si segnala, tuttavia, la proposta di legge n. 2582, Delega al Governo per la disciplina dell'emissione e della circolazione delle monete complementari, presentata il 30 luglio 2014 alla Camera dei Deputati, la quale si cimenta in un primo esercizio definitorio: sarebbero monete complementari «gli strumenti di pagamento esclusivamente elettronici volti a facilitare gli scambi di beni e di servizi, compreso il lavoro, all'interno di una comunità socio-economica definita utilizzando, anche congiuntamente, criteri di carattere territoriale o funzionale». Diversamente, non fa espressa menzione del termine «strumento di pagamento», ponendo maggiormente l'accento sul carattere convenzionale e locale

cibili anch'esse ad una qualche forma di entità emittente⁹⁶, le quali tuttavia – è necessario chiarirlo – nascono e si sviluppano per soddisfare esigenze che il loro corrispondente (ufficiale) ignora.

Ne discende che i tre requisiti menzionati, vale a dire il corso forzoso, la fiducia e la scarsità, risultano essere tra loro interconnessi ed essenziali nell'ottica della qualificazione del denaro in senso valutario. Diversamente, il riferimento al solo concetto di «riserva di valore» consentirebbe il superamento della necessità di qualunque forma di interposizione autoritativa, poiché la misura di uno strumento monetario le cui caratteristiche «intrinseche» siano convenzionalmente riconosciute e condivise da una determinata comunità non necessiterebbe di alcuna legittimazione verticale.

Occorre tuttavia fare maggiore chiarezza su un passaggio del ragionamento effettuato. Se, infatti, parlare di valore «intrinseco» di un bene in assenza dell'elemento fiduciario risulterebbe essere una tautologia, è bene evidenziare che quest'ultimo dipenderà, in misura non trascurabile, anche dalla (oggettiva o ritenuta) scarsità del bene stesso, la quale ammesso che non incida sull'an della funzione monetaria certamente avrà conseguenze sul quantum.

Se il ragionamento conduce alla conclusione che è denaro diverso da quello avente corso forzoso ogni bene (o rappresentazione di questo) cui la società attribuisce convenzionalmente un valore fiduciario sulla base di elementi esogeni, ciò implica che la nozione di «valuta»⁹⁷ avrebbe il pregio di tracciare i confini del concetto di «moneta», che parrebbe dunque acquisire una portata quasi residuale nel più ampio

delle monete complementari, l'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, che le definisce «schemi in cui produttori di beni e servizi e consumatori, legati dall'appartenenza a una medesima comunità, concordano di utilizzare, per il regolamento delle reciproche ragioni di debito e di credito, una "moneta" alternativa a quella ufficiale, realizzando un sistema che favorisce sostanzialmente una forma di baratto tra i soggetti aderenti all'iniziativa».

⁹⁶ Ex multis, cfr. P.O. AHMED, Les monnaies locales complémentaires: enjeux et impacts pour la monnaie officielle, in Rev. dr. banc. fin., 6, 2016, pp. 33-40 ss.; C. WHITAKER, T. LAMARCHE, P.O. AHMED, J.F. PONSOT, L'expérience des monnaies complémentaires: questionner et redéfinir le lien des citoyens à la monnaie. Entretien avec Celina Whitaker, in Rev. rég., 2015, pp. 1-13.

⁹⁷ Sull'utilizzo del termine «valuta» come riferimento alle monete in generale aventi corso legale (anche se estere), si veda la ricostruzione di T. ASCARELLI, sub artt. 1277-1284 c.c., Obbligazioni pecuniarie, in Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, XI, Bologna-Roma, 1959, pp. 8 ss.

genus del denaro. Perciò, se è vero che la valuta svolge anche funzioni monetarie, ma che la moneta non necessariamente nasce «da leggi o da comandi, ma dall'essere generalmente accetat[a]»⁹⁸, occorre prendere atto che, come già Ascarelli predicava⁹⁹, la nozione giuridica di moneta rimanda alla definizione concreta della realtà¹⁰⁰ e, dunque, alle categorie dell'economia.

Tale argomento viene ulteriormente confermato ove si guardi alle attuali modalità di circolazione del denaro (in senso valutario) il quale, prescindendo sempre più dal trasferimento fisico di un *corpus*, si accontenta di una mera movimentazione scritturale¹⁰¹ (si pensi al sistema dell'annotazione bancaria¹⁰²) che, in qualche modo, conduce a rievo-

⁹⁸ L. Bosellini, op. cit., p. 79.

⁹⁹ T. ASCARELLI, op. loc. ult. cit.

¹⁰⁰ Si ragioni, come ulteriore stimolo, sulla definizione dell'oro come «valuta», rinvenibile in G. Budé, *Trattato delle monete e valuta loro, Ridotte dal costume antico, all'uso moderno. Tradotto per Giovan Bernardo Gualandi*, Firenze, 1562, p. 267. Si veda inoltre L. Bosellini, *op. cit.*, p. 81, il quale, con riferimento al concetto di valore «intrinseco», affermava che «in occasione di copiosa raccolta d'oro o di soverchia aspettativa, si rovescia l'agio a favore dell'argento».

¹⁰¹ Si ritiene di prescindere, in questa sede, dal dibattito che ruota intorno alle nozioni di moneta elettronica e scritturale, con riferimento alle quali l'unica analogia ammissibile risiederebbe nell'inesistenza di un trasferimento fisico di denaro. Sul punto si rinvia a G. Guerrieri, La moneta elettronica, Bologna, 2015, pp. 131 ss.; A. Serra, Considerazioni in tema di pagamenti elettronici e moneta elettronica, in Il contratto telematico e i pagamenti elettronici, a cura di V. Ricciuto, Milano, 2004, pp. 75 ss.; G. Lemme, voce Moneta elettronica, in Enc. giur., XXII, Roma, 2003, pp. 124 ss.; P. PACILEO, La moneta elettronica. Profili civilistici e disciplina comunitaria, in Quaderni del Dipartimento di Diritto dei Rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei, n. 25, a cura di P. Stanzione, Salerno, 2001, pp. 75 ss.; A. Sciarro-NE ALIBRANDI, L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria, Milano, 1997, pp. 72 ss.; G.F. CAMPOBASSO, Bancogiro e moneta scritturale, Bari, 1979; F. GIORGIANNI, I crediti disponibili, Milano, 1974, pp. 295 ss.; G. OLIVIERI, Appunti sulla moneta elettronica, in Banca borsa tit. cred., 2001, I, p. 812. Cfr. inoltre O. TROIANO, La moneta elettronica come servizio di pagamento, in La moneta elettronica, profili giuridici e problematiche applicative, a cura di S. Sica, P. Stanzione e V. Zeno-Zencovich, Milano, 2006, pp. 98 ss.; F. CARBONETTI, Moneta, in Dizionari del diritto privato, V, Diritto monetario, a cura di N. Irti e G. Giacobbe, Milano, 1987, p. 392; V. Santoro, Appunti sulla moneta elettronica, in Riv. not., 1986, pp. 879 ss.; L. Farenga, La moneta bancaria, Torino, 1998, pp. 199 ss.; R. Houben, Bitcoin: there are two sides to every coin, in Int. Comp. Comm. L. Rev., 5, 2015, pp. 193-208; N. VANDEZANDE, Virtual Currencies: A Legal Framework, Cambridge, 2018, pp. 165 ss.

¹⁰² Е. Gabrielli e F. Maimeri, *I contratti bancari*, Torino, 2002, p. 288; А.А. Dolmetta e U. Malvagna, *Il conto corrente bancario*, in *Tratt. contratti Roppo*, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, pp. 736-740.

care l'assunto tardo-risorgimentale secondo il quale la valuta sarebbe «una speranza» e la moneta «una realtà», cosicché «la moneta sovrast[erebbe] alla valuta in sicurezza, ma questa sovrast[erebbe] a quella in comodità»¹⁰³.

Sicché rimane un'ultima verifica da compiere. Occorre cioè rinvenire il limite entro il quale l'ordinamento riconosce come denaro in senso valutario strumenti monetari diversi rispetto alla valuta avente corso legale nello Stato. Così facendo, sarà possibile tracciare definitivamente il concetto di «valuta» rispetto a quello di «moneta», intendendosi quest'ultimo come qualunque valore avente corso fiduciario spontaneo da parte della comunità. In tal senso una soluzione metodologicamente corretta potrebbe derivare dall'adesione a quella che George Fredrich Knapp ha identificato come «teoria statalista»¹⁰⁴, secondo la quale la principale «tensione» cui sarebbe sottoposto il principio di sovranità monetaria deriverebbe proprio dal riconoscimento di strumenti monetari aventi corso legale in uno Stato estero.

Se il tentativo di qualificazione della «moneta crittografica» alla stregua delle descritte categorie anzitutto conferma, se mai ve ne fosse stato bisogno, che non esiste una ricostruzione giuridica unitaria del fenomeno monetario, ciò richiede d'altro canto di individuare l'esatta ragione per la quale la declinazione del denaro come «mezzo di pagamento» non si presti a ricomprendere e inquadrare il fenomeno delle criptovalute.

¹⁰³ L. BOSELLINI, *op. cit.*, p. 83. Ma si veda anche V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, Milano, 1992, p. 96, il quale Autore ricorda che il fenomeno della progressiva astrazione dello strumento monetario non è di certo nuovo: la circostanza che le scritture in banco potessero stare in luogo del trasferimento fisico del *corpus* monetario era, infatti, un dato socialmente incontestato all'interno della comunità dei mercanti.

¹⁰⁴ Contrapposta a quella «economica» e a quella «istituzionale». Sul punto si vedano G. Fauceglia, "Moneta" e "denaro": Il tema del conferimento societario in criptovalute. Note introduttive, in Riv. not., 2018, pp. 1290 ss.; C. Michi, op. cit., p. 616; G. Scaduto, I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario, Milano, 1924, p. 15. Per un approfondimento della teoria statalista si rinvia proprio agli studi compiuti da Knapp, Staatliche Theorie des Geldes, Leipzig, 1905, passim.; cfr. inoltre F.A. Mann, op. cit., p. 8; F. Carbonetti, op. cit., p. 406; I.A. Caggiano, Circolazione del denaro e strumenti di tutela, Napoli, 2012, p. 4, nt. 8. Vi sono, infine, ulteriori teorie che qui non vengono immediatamente in considerazione; a tal riguardo si rinvia a J. Schumpeter, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung: eine Untersuchung über Unternehmergewinn, Kapital, Kredit, Zins und den Konjunkturzyklus, Berlin, 1911, trad. it. sulla IV^a ed. tedesca di L. Berti, Milano 2002, passim.

Rispetto alla descrizione che abbiamo già dato di tali strumenti, risulta chiaro che questi sono parte di un protocollo programmato per l'«autoriproduzione controllata», il che garantisce che, ove il protocollo stesso lo preveda, la quantità di criptovalute circolanti divenga artificialmente tesa alla scarsità¹⁰⁵.

Dunque, in primo luogo l'elemento fiduciario potrebbe sussistere nella misura in cui fosse rivolto non più alle politiche monetarie di un'autorità centrale o al valore intrinseco del singolo pezzo monetario scambiato, bensì ad una predeterminata modalità tecnica di emissione. Inoltre, l'assenza di una struttura emittente conduce ad affermare che la criptovaluta non costituirebbe, come la valuta o la moneta scritturale, la rappresentazione di un diritto di credito verso una banca o un'emittente, ma esprimerebbe, «al pari del denaro ortodosso» ¹⁰⁶, *direttamente* lo strumento di scambio ¹⁰⁷.

La descritta inidoneità delle criptovalute a divenire un «mezzo di pagamento» è dunque riconducibile, da un lato, alla «selezione, operata dall'ordinamento [...] all'interno della variegata tipologia della realtà cui appartengono tutti gli strumenti» aventi funzione (anche solo potenziale) di pagamento; dall'altro al fatto che l'offerta di tali asset – o almeno di quelli che ad oggi hanno un volume di scambi elevato sul mercato – è senza dubbio quantitativamente inadeguata a rappresentare e coprire il valore dell'economia reale, vale a dire il valore complessivo della quantità di beni e servizi prodotti da questa. Infine, come avviene per i metalli preziosi, la scarsità rende particolarmente arduo, quando non del tutto impossibile, regolarne opportunamente l'offerta così da garantirne, assorbendo le fluttuazioni della domanda, la stabilità del valore di scambio.

¹⁰⁵ R. Grinberg, Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency, in Hastings Sci. Tech. L.J., 2012, pp. 177 ss.

¹⁰⁶ M. Cian, La criptovaluta – Alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari, cit., p. 324.

¹⁰⁷ Ma, sul punto, si rinvia nuovamente alle considerazioni espresse dalla BCE nel *Report* di ottobre 2020 sull'euro digitale il quale, nelle intenzioni della Banca Centrale, dovrebbe anch'esso esprimere *direttamente* lo strumento di scambio.

¹⁰⁸ M. Cian, *op. ult. cit.*, p. 315. Si vedano, inoltre, le considerazioni di M.F. Campagna, *Criptomonete e obbligazioni pecuniarie*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, pp. 186-199.

In altre parole, ciò che consente alle criptovalute di ambire a essere una riserva di valore cioè la scarsità come elemento intrinseco¹⁰⁹ è in realtà il principale limite a che queste possano assolvere alla generalizzata funzione di «mezzo di pagamento».

Sarà invece possibile, come già affermava il Tribunale di Firenze nella pronuncia esaminata e come può inoltre desumersi dagli orientamenti della Corte di giustizia dell'Unione Europea¹¹⁰, che queste, in quanto «beni», assolvano ad una funzione «di scambio» di un sistema pattizio e non regolamentato e, come tali, ben potrebbero essere utilizzate come mezzo di estinzione di un'obbligazione nascente da un rapporto contrattuale. E a ciò non sarebbe possibile opporre – come ipotizzava una parte della letteratura – la concezione tradizionalmente corporale attribuita al termine «cosa» di cui all'art. 810 c.c.¹¹¹ poiché questa poggia sull'assunto che i diritti sulle entità diverse dalle «cose» sarebbero regolati da un sistema sostanzialmente tipico¹¹² e che, di conseguenza, sarebbero subordinati a un espresso riconoscimento da parte dell'ordinamento.

A prescindere, infatti, dall'esistenza di una corrente di pensiero che identifica la *res* in senso sia giuridico che naturalistico (*res incorporales*)¹¹³ e di altra che si spinge sino al punto di accoglierne una nozione «aperta»

¹⁰⁹ Alcune tra le criptovalute più popolari prevedono specifici algoritmi che governano in modo automatizzato la difficoltà computazionale dei calcoli che i «miner» devono svolgere per generare una nuova unità criptovalutaria, aggiustandola progressivamente affinché la produzione cresca a un tasso costantemente decrescente, spesso verso un limite predefinito. Si tratta di una procedura che accomuna tali criptovalute a commodities come l'oro, il cui valore è per l'appunto favorito dalla sua scarsità e dai suoi costi di estrazione.

¹¹⁰ Cfr. CGUE, V Sez., Sentenza del 22 ottobre 2015, Skatteverket c. D. Hedqvist, C-264/14, EU:C:2015:718 (42), che definisce una particolare categoria di valuta virtuale (BTC) come un «mezzo di pagamento contrattuale», idonea pertanto ad estinguere un'obbligazione esclusivamente nella misura in cui ciò sia stabilito convenzionalmente «tra gli operatori che l'accettano».

¹¹¹ Il tema era discusso soprattutto tra i giuristi antecedenti al sistema codicistico del 1942, specie con riguardo alla qualificazione delle «energie»; sul punto cfr. F. DE MARTINO, *sub art. 814*, *Dei beni*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, XVI, Bologna-Roma, 1976, p. 28; O.T. Scozzafava, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. notar. Perlingieri*, Napoli, 2007, p. 102.

¹¹² A. Gambaro, *I diritti reali come categoria ordinante*, in *Tratt. dir. reali Gambaro-Morello*, I, Milano, 2010, p. 68.

¹¹³ Si veda, ad esempio, A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, p. 528.

in funzione delle nuove forme di manifestazione della realtà fenomenica¹¹⁴, la questione è stata definitivamente superata e chiarita sia dallo stesso legislatore nazionale sia da quello europeo.

Il decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 90, e la direttiva 2018/843/ UE segnano infatti un esplicito e definitivo riconoscimento delle criptovalute come mezzo di scambio convenzionale che, com'è ormai evidente, potrà essere tale solo ove sia preliminarmente qualificabile alla stregua della categoria di «bene» in senso giuridico; categoria che, pertanto, non ha una portata *residuale* rispetto all'ordinamento, bensì *pervasiva*¹¹⁵. Tale inquadramento, che all'esito dell'analisi effettuata appare certamente il più idoneo ove si voglia qualificare un fenomeno del tutto atipico come quello in esame, consente pertanto di ricondurre le criptovalute al concetto di «denaro» in senso «monetario», inteso quest'ultimo come caratterizzato da un «corso convenzionale»¹¹⁶.

La «moneta contrattuale», la cui veste potrebbe perciò essere assunta da qualunque bene cui la comunità attribuisce convenzionalmente un determinato valore¹¹⁷, non può pertanto essere ricondotta a ciò che il legislatore europeo, limitatamente alla disciplina antiriciclaggio, ha sbrigativamente definito «moneta» né, a maggior ragione, alla nozione di «moneta avente un valore intrinseco» offerta da Banca d'Italia, posto che, una volta che si concordi che per il fenomeno in esame debba essere esclusa la disciplina prevista in tema di denaro in senso valutario

¹¹⁴ Secondo la quale sarebbe bene giuridico qualunque entità o risorsa che possa essere caratterizzata da «utilità» e «scarsità». Cfr. S. PATTI, La tutela civile dell'ambiente, Padova, 1979, p. 147; sul punto si rinvia anche a D. MESSINETTI, voce Beni immateriali (diritto privato), in Enc. giur., XV, Roma, 1988, p. 2, e ID, Oggettività giuridica delle cose incorporali, Milano, 1970, pp. 105 ss.

¹¹⁵ Cfr. retro, §4.

¹¹⁶ Alcuni autori propendono per la qualificazione delle valute virtuali in termini di «moneta complementare». Cfr. G. Lemme, S. Peluso, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in Riv. dir. banc., 2016, p. 388. Occorrerebbe tuttavia, in tal caso, sottolineare l'erronea attribuzione da parte dell'autorità bancaria nazionale di un carattere sostanzialmente «locale», o comunque ristretto, alle monete complementari, ponendo invece l'accento sul tratto *convenzionale* che ne legittima l'esistenza. La definizione in termini «negoziali» – e non «locali» – sarebbe certamente più idonea a ricomprendere un fenomeno per propria natura transnazionale come quello in esame. Sul punto cfr. retro, nt. 95. Si veda inoltre G.L. Greco, op. cit., p. 210.

¹¹⁷ Cfr. M. Mauss, Les origins de la notion de monnaie. Valeur magique, valeur d'échange, in ID., Oeuvres, II, Représentations collectives et diversité des civilisations, Paris, 1969, p. 106.

(e dunque anche di quello avente corso legale in uno Stato estero), ogni ulteriore precisazione, se non del tutto oziosa, non sarebbe di certo foriera di alcuna conseguenza sostanziale.

In conseguenza delle più recenti evoluzioni delle tecnologie dell'informazione, in particolare di quelle basate su «registri distribuiti», la prassi ha evidenziato la necessità — per
le autorità di regolazione e, più in generale, per gli organi giurisdizionali — di operare un
primo tentativo di qualificazione delle c.d. criptovalute, asset digitali proteiformi sull'inquadramento dei quali dottrina e giurisprudenza hanno avuto l'occasione di dialogare proficuamente.

L'indagine vuole perciò contribuire al dibattito apertosi, che ha avuto certamente il pregio di avviare un confronto su problematiche interpretative del tutto inesplorate, anzitutto ripercorrendo i tratti più rilevanti che hanno caratterizzato la nascita e lo sviluppo delle categorie giuridiche ascrivibili al concetto di denaro, per poi esaminare le analogie che intercorrono tra queste e le nuove manifestazioni dell'«autonomia digitale» alle quali la c.d. net economy assegna una funzione di scambio.

As a consequence of the recent developments of information technologies, in particular those based on «distributed ledgers», practice has highlighted the need — for the regulatory authorities and, more generally, for the courts — to operate a first attempt to qualify the so-called cryptocurrencies, protean digital assets on the framework of which doctrine and jurisprudence have had the opportunity to dialogue profitably.

Therefore, the investigation aims to contribute to the open debate — which certainly had the merit of starting a discussion on completely unexplored interpretative problems — firstly by retracing the most relevant traits that marked the birth and development of the legal categories ascribable to the concept of money, to then analyze the analogies between these and the new manifestations of «digital autonomy» to which the net economy usually assigns an exchange function.

Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 2020, n. 2980

(Cassa e decide nel merito, App. Milano, 26 maggio 2016, 3898)

Presidente *Scotti*; Relatore *Nazzicone*

La vendita sottocosto o comunque a prezzi non immediatamente remunerativi, è contraria ai doveri di correttezza ex art. 2598, comma 1, n. 3), c.c. solo se si connota come "illecito antitrust", in quanto posta in essere da un'impresa in posizione dominante e praticata con finalità predatorie di soppressione della concorrenza, traducendosi così in un danno per i consumatori ed il mercato, realizzandosi in tale ipotesi l'illecito concorrenziale da "dumping" interno. (massima ufficiale)

DALLA MOTIVAZIONE

(omissis)

Con riferimento alla vendita sottocosto, la corte del merito ha esposto una duplice motivazione, da un lato escludendo il presupposto della posizione dominante rivestita dalla pretesa concorrente sleale, dall'altro individuando, in concreto, costi sostenuti comunque inferiori all'assunto avverso.

In tal modo, la stessa ha correttamente seguito i principi in materia enunciati in sede di legittimità.

Invero, la vendita "sottocosto" – definita dal D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114, art. 15, comma 7, in tema di "vendite straordinarie", secondo i parametri convenzionali di calcolo ivi indicati – è stata descritta da questa Corte, in modo più discorsivo, come la vendita di "prodotti sul mercato ad un prezzo particolarmente basso, tale da non apparire (almeno nell'immediato) remunerativo per l'offerente, ma, per ciò stesso, idoneo a porre in difficoltà i concorrenti che praticano un prezzo più elevato" (così Cass. 26 gennaio 2006, n. 1636) o come artificioso abbattimento sottocosto dei prezzi non giustificato dalle obiettive condizioni di acquisto dei beni (così Cass. 20 marzo 2009, n. 6865, non massimata).

Si parla anche di vendita c.d. a prezzi predatori, perchè inferiori in sostanza ai costi di produzione, o dumping interno (voce derivata dall'inglese medievale *dumpen* o *dompen*, a sua volta mutuata dallo scandinavo e traducibile in italiano con "lasciar cadere").

Si tratta di condotta che ha richiamato l'attenzione degli operatori e del legislatore, presentando in sè un'ambivalenza: atteso come, nell'economia di mercato, la riduzione dei prezzi è una finalità della concorrenza, e, purtuttavia, può diventare uno strumento per eliminarla.

La sua disciplina regolamentare è tuttora contenuta nel D.P.R. 6 aprile 2001, n. 218, regolamento recante disciplina delle vendite sottocosto, a norma del predetto D.L.gs. n. 114 del 1998, art. 15 della cui applicazione non è ora questione.

In ordine alla liceità di tali condotte, le disposizioni emanate nel 1998 e nel 2001 limitano, da un lato, il ricorso alla vendita sottocosto, mediante una specifica disciplina, e, dall'altro lato, ne rimettono espressamente, secondo il sistema, la concreta valutazione di liceità all'A.G.C.M. ed al giudice ordinario, sia con riguardo al divieto di abuso di posizione dominante (L. 10 ottobre 1990, n. 287, art. 3), sia in ordine all'eventuale violazione del divieto di concorrenza sleale per contrarietà ai principi della correttezza professionale (art. 2598 c.c., comma 1, n. 3) (cfr. D.P.R. n. 218 del 2001, art. 6, comma 2).

In verità, il legislatore dell'epoca aveva piuttosto accolto l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale, espresso in quel momento storico, contrario alle vendite sottocosto (cfr. Cass. 21 aprile 1983, n. 2743, confermata da Cass., sez. un., 22.5.1991, n. 5787), il quale ne affermava l'illiceità, in quanto, in tal modo, da un lato, verrebbe "ad essere subdolamente ed illusoriamente fuorviato il giudizio del consumatore", e dall'altro lato, sarebbero "infrante le regole su cui gli operatori economici confidano, affrontando il mercato nella misura consentita dalla produttività del sistema e dalle generali condizioni obiettive della produzione".

Il pensiero sotteso era che, a differenza della competizione industriale fra imprese (basata sul miglioramento della qualità del prodotto e sulla riduzione dei costi di produzione), la competizione extraindustriale (attuata, cioè, mediante strumenti strategici di comunicazione e di distribuzione) non fosse consentita.

Tuttavia, è noto che tale orientamento è stato del tutto superato dalla giurisprudenza successiva (Cass. 26 gennaio 2006, n. 1636), da cui non vi è ragione di discostarsi, la quale – premesso che la clausola indeterminata dell'art. 2598 c.c., comma 1, n. 3, va concretizzata "sulla base

di parametri desunti da altre norme, o da ulteriori principi generali, rinvenibili nell'ordinamento" e che l'art. 41 Cost. sulla libertà d'iniziativa economica costituisce il principio generale in materia – ha, anzitutto, chiarito come la scelta di un imprenditore in ordine alla politica dei prezzi sia in via di principio lecita, trattandosi di un comportamento strettamente legato alle valutazioni di rischio, che solo a lui competono, nel rispetto, naturalmente, delle regole sulla disciplina del commercio. Mentre l'"utilità sociale", dalla medesima disposizione costituzionale prevista a limite della libertà d'impresa, va intesa pur sempre con riguardo al c.d. interesse del mercato, ossia a quello che nuoce o giova al buon funzionamento del medesimo, e, quindi alla generalità dei consumatori: e non al mero interesse di un altro concorrente a non essere messo in difficoltà.

L'esclusione degli imprenditori rivali dal mercato da parte di un'impresa concorrente integra gli estremi della norma invocata soltanto quanto attuata con tecniche illecite. Come si è osservato, altre tecniche di competizione cosiddetta extraindustriale sono spesso anche più aggressive della vendita sottocosto, e certamente meno trasparenti: dato che, almeno in un primo momento, quest'ultima avvantaggia indiscutibilmente l'acquirente.

Donde la conclusione secondo cui la vendita sottocosto (o comunque a prezzi non immediatamente remunerativi) è contraria ai doveri di correttezza ex art. 2598 c.c., comma 1, n. 3, solo se si connota come illecito antitrust, in quanto posto in essere da una impresa in posizione dominante e praticata con finalità predatorie. La vendita sottocosto è favorevole ai consumatori ed al mercato, sino a quando non giunga alla soppressione della concorrenza, e, perciò, si traduca in un danno per gli stessi consumatori ed il mercato, onde solo in tale ultima situazione si realizza l'illecito concorrenziale da dumping interno.

Recenti pronunce della Corte di giustizia confortano tale orientamento, laddove si censura, a norma della direttiva 2005/29/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali, il divieto generale di vendita sottocosto (Corte giustizia Unione Europea 19 ottobre 2017, n. 295/16).

Alla stregua di tale principio, pertanto, il motivo di ricorso in esame risulta infondato, non avendo neppure dedotto la ricorrente, in sede di giudizio di merito, la circostanza di avere allegato e provato che la controparte ricopriva una posizione dominante sul mercato di interesse o che la politica di prezzi da essa praticata abbia avuto, anche solo potenzialmente, l'effetto di rinforzare tale posizione in direzione monopolistica e, quindi, di aprire la prospettiva di una successiva libera manipolazione dei prezzi al rialzo. Al contrario, la Corte d'appello ha rilevato che la posizione dominante sul mercato di riferimento è ricoperta dalla stessa M.E.D.I.A. s.r.l. e che, viceversa, la Mecalux Milano s.r.l. non vantava nessuna posizione di dominio.

2.2. – Per il resto, nell'escludere sia l'entità dei costi sopportati dalla odierna intimata, sia nel negare che questa riveste una posizione dominante sul mercato, che anzi appartiene alla stessa ricorrente, la Corte d'appello ha compiuto valutazioni tipicamente di merito, in ordine alle quali non v'è spazio in Cassazione per le censure formulate dalla ricorrente, che, pur quando formalmente rivolte a dedurre una violazione di legge, in realtà investono profili di merito e finiscono per sconfinare in un'inammissibile richiesta di rivalutazione di tali profili ad opera del giudice di legittimità.

Si è dunque in presenza di una decisione di merito fondata su valutazioni dalle quale la ricorrente può soggettivamente dissentire, ma il cui *iter* argomentativo è perfettamente delineato ed è conforme alla legge, come interpretata dal diritto vivente, onde la decisione non appare meritevole delle censure formulate. (omissis)

LORENZO DELLI PRISCOLI

(Consigliere di Cassazione)

DUMPING E POSIZIONE DOMINANTE, TRA PRIVATE ENFORCEMENT E PUBLIC ENFORCEMENT*

Sommario: 1. La sentenza. – 2. La posizione dominante nel dumping quale "semplice" disponibilità di ingenti capitali. – 3. Dimensione privatistica e dimensione pubblicistica delle vendite sottocosto: indipendenza delle rispettive valutazioni. – 4. La disciplina (esplicita) delle vendite sottocosto: tutela del commercio o della concorrenza? – 5. Configurabilità della concorrenza sleale da vendita sottocosto a prescindere dalla sussistenza di un illecito antitrust.

1. La sentenza

La sentenza in commento, pur accogliendo il secondo ed ultimo motivo di impugnazione della società ricorrente (riguardante le spese di lite nei gradi di merito e dunque non pertinente con il tema della presente trattazione), ne rigetta quello fondamentale, ossia il primo, con il quale la parte attrice si doleva della circostanza che la Corte d'appello non avesse qualificato giuridicamente come atto di concorrenza sleale a suo danno il comportamento della società concorrente (l'odierna convenuta) consistente nel vendere sottocosto (dumping) i propri servizi¹.

^{*} Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due referee.

¹ Oggetto di questo studio è il *dumping* perpetrato sfruttando la disponibilità di ingenti quantità di capitali e quindi non necessariamente posto in essere da un'impresa di uno Stato ai danni di imprese di Paesi diversi ma anche all'interno dello stesso Stato. Il *dumping* è però anche definito come una politica di discriminazione di prezzo tra mercati nazionali, con il quale un produttore vende ad un prezzo più basso all'estero che nel mercato domestico sfruttando i diversi costi di produzione nei diversi Paesi: su quest'ultima tipologia di *dumping* cfr. A. ROMANO, *Individuazione del* dumping *nell'*anti-dumping agreement, in *Dir. comm. internaz.*, 2012, p. 711, il quale spiega che il *dumping* internazionale può essere attuato solo in presenza di due condizioni particolari; in primo luogo, i mercati devono essere segmentati, ovvero i consumatori interni non de-

L'art. 2598 c.c. infatti suddivide le condotte di concorrenza sleale in tre diverse fattispecie illecite e, accanto a delle ipotesi specifiche diverse dalla vendita sottocosto (nn. 1 e n. 2), prevede che costituisce concorrenza sleale qualsiasi comportamento dell'imprenditore che, nel danneggiare un altro concorrente, si ponga in contrasto con i principi della correttezza professionale (n. 3): le ipotesi di concorrenza sleale riconducibili alla previsione dell'art. 2598 c.c., n. 3, non sono dunque specificamente determinate e quindi il problema oggetto della sentenza della Cassazione è se le vendite sottocosto possano o meno essere ricondotte a tale previsione.

Si tratta quindi di stabilire se, ed eventualmente entro quali limiti, possa definirsi contrario alla correttezza professionale la vendita di beni o servizi sul mercato ad un prezzo particolarmente basso, tale da non apparire (almeno nell'immediato) remunerativo per l'offerente, ma, per ciò stesso, idoneo a porre in difficoltà i concorrenti che praticano un prezzo più elevato e ragionevolmente remunerativo rispetto ai costi medi necessari per la produzione di quegli stessi beni o servizi.

La Cassazione, nella sentenza in commento, ha ritenuto che, nella specifica fattispecie oggetto di giudizio, non fosse configurabile una ipotesi di concorrenza sleale in quanto la società convenuta (che nella prospettiva attorea avevo esercitato slealmente la concorrenza) non godeva di una posizione dominante sul mercato, e ha richiamato a sostegno di tale tesi un precedente a mente del quale la vendita sottocosto sarebbe rilevante ex art. 2598 c.c. solo se si connota come illecito antitrust². La Cassazione dunque attribuisce un rilievo decisivo, al fine della

vono avere accesso ai prodotti destinati all'esportazione; in secondo luogo, nel settore non deve vigere un regime di concorrenza perfetta, cosicché le imprese possano godere di una certa autonomia nella fissazione dei prezzi, piuttosto che prenderli come dati.

² Cass. civ., 26 gennaio 2006, n. 1636, in *Foro it.*, 2006, I, c. 687, sentenza secondo la quale la vendita sottocosto (o comunque a prezzi non immediatamente remunerativi) in tanto è contraria ai doveri di correttezza di cui all'art. 2598, n. 3, c.c., in quanto a porla in essere sia un'impresa che muove da una posizione di dominio e che, in tal modo, frapponga barriere all'ingresso di altri concorrenti sul mercato o comunque indebitamente abusi di quella sua posizione non avendo alcun interesse a praticare simili prezzi se non quello di eliminare i propri concorrenti per poi rialzare i prezzi approfittando della situazione di monopolio così venutasi a determinare; nello stesso senso Cass. civ., 20 marzo 2009, n. 6865 e App. Firenze, Sez. I, 24 maggio 2019, n. 1236, in *De Jure*, secondo cui la vendita sottocosto è contraria ai doveri di correttezza evocati dall'art. 2598 c.c., n. 3, c.c. solo se a porla in essere sia un'impresa che muove

configurabilità di un illecito privatistico quale è la concorrenza sleale, ad una situazione tipica del diritto *antitrust* (la posizione dominante), che è una disciplina che riveste innanzitutto carattere pubblicistico, anche se può avere, indubbiamente, anche rilevanti effetti civilistici (si pensi alla risarcibilità del danno da condotta anticoncorrenziale e al problema della nullità delle intese e dei contratti a valle).

Pur non negando quindi lo stretto collegamento tra la disciplina sulla concorrenza sleale e quella antitrust (e quindi tra private e public enforcement), scopo del presente lavoro è quello di mettere in discussione l'orientamento giurisprudenziale appena descritto secondo cui la configurabilità di una ipotesi di concorrenza sleale da vendita sottocosto sarebbe ravvisabile solo quando sia al contempo riconoscibile una posizione dominante in capo a chi pone in essere tale vendita; si ritiene invece che debba innanzitutto chiarirsi su cosa debba intendersi per posizione dominante nella particolare ipotesi del dumping (e a giudizio di chi scrive costituisce in questo caso una situazione di posizione dominante "semplicemente" la condizione di particolare forza economica derivante dalla disponibilità di ingenti capitali tale da consentire all'impresa che ne usufruisce di praticare prezzi significativamente inferiori rispetto ai prezzi di mercato per un rilevante periodo di tempo) e che per stabilire se tale condotta debba o meno essere considerata sleale ai fini dell'art. 2598 c.c. debba piuttosto concentrarsi su quanto tale posizione dominante sia slealmente e illecitamente sfruttata in termini di danni per i concorrenti (potenziali od effettivi) e i consumatori, tenendo presente che l'abuso di tale posizione non consiste solo nel mettere in difficoltà i concorrenti con prezzi di vendita inferiori ai costi (rilevante sia ai fini della concorrenza sleale che per la disciplina antitrust) ma è anche temporalmente e logicamente successivo, e si estrinseca altresì nella condotta consistente, una volta eliminati tali concorrenti, nell'aumentare i prezzi a danno dei consumatori al fine di conseguire sovrapprofitti di carattere monopolistico (condotta questa rilevante ai soli fini della disciplina antitrust)³.

da una posizione di dominio e che, in tal modo, ostacoli l'ingresso di altri concorrenti sul mercato o comunque indebitamente abusi di quella sua posizione.

³ Non è stato coniato un termine che riassuma la seguente sequenza divisa in tre fasi logicamente e temporalmente distinte: vendita sottocosto, eliminazione dei concorrenti, rialzo dei prezzi, in quanto il temine *dumping* (o l'espressione equivalente di *dumping* interno, che si contrappone al *dumping* consistente nel praticare in un altro

Si ritiene inoltre che – accanto a delle vendite sottocosto le quali, per la modestia delle loro dimensioni (sia quanto al periodo di tempo lungo il quale si siano realizzate, sia alla differenza tra un prezzo remunerativo e quello effettivamente praticato, sia alle condizioni generali di mercato), debbano essere considerate lecite anche ai sensi dell'art. 2598 c.c. – ben possano configurarsi ipotesi di concorrenza sleale senza che la condotta sospettata di illiceità assuma necessariamente una dimensione tale da poter essere presa in considerazione dall'Autorità antitrust, essendo invece sufficiente che sia in grado di escludere o mettere fortemente in difficoltà i concorrenti (anche uno soltanto) e quand'anche i prezzi non siano ancora aumentati e quindi anche se i consumatori traggano solo benefici da tale condotta, dal momento che il divieto di concorrenza sleale rappresenta – per lo meno in via diretta e immediata – una tutela posta solo a favore degli imprenditori (che sono i soli a poter proporre tale azioni e ad essere chiamati in causa) e non anche dei consumatori⁴.

Paese prezzi più bassi rispetto a quelli del Paese di origine dell'impresa) fanno riferimento esclusivamente alla prima fase, quella della vendita sottocosto; altra espressione talvolta usata nella letteratura economica è quella di "dumping predatorio", che, pur facendo anch'essa riferimento solo alla prima fase, dà l'idea di un ribasso dei prezzi non "innocente" ma diretto a "predare", ossia a rubare, evidentemente fette di mercato agli altri concorrenti, così facendo indiretto riferimento alla "seconda fase", quella della eliminazione dei concorrenti: in ogni caso anche questa espressione non comprende la "terza fase", quella del rialzo dei prezzi, dato che la conquista di fette di mercato avviene tramite le vendite sottocosto e non tramite il rialzo dei prezzi.

⁴ Si pensi ad esempio al caso di un imprenditore dotato di grandi disponibilità economiche che decida di aprire una bottega di barbiere in un piccolo paese ove sia già presente solo un altro barbiere e di fissare prezzi inferiori ai costi normalmente sostenuti per tale attività e quindi ben più bassi rispetto al concorrente (in precedenza monopolista in quel piccolo paese). Quest'ultimo sarà dunque posto davanti ad una scelta tra due alternative entrambe per lui disastrose: o continuare con i suoi prezzi originari, perdendo però prima o poi tutti i clienti, o abbassare i prezzi nella consapevolezza però di poter tenere quei prezzi per poco tempo. In entrambi i casi egli, presto o tardi, chiuderà la sua bottega ed è evidente che la legge *antitrust* non potrà trovare applicazione, perché, riprendendo le parole di Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207 (in *Giur. comm.*, 2006, II, pp. 256 ss., con nota adesiva di L. Delli Priscoli, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*), "la legge *antitrust* non si occupa delle vicende dei barbieri di un piccolo paese".

2. La posizione dominante nel *dumping* quale "semplice" disponibilità di ingenti capitali

Qualora disponga di ingenti capitali, un'impresa gode di un formidabile vantaggio concorrenziale, consistente nel poter porre in essere il fenomeno del *dumping*, tenendo a lungo i prezzi ad un livello inferiore rispetto a quello di costo, così provocando, prima o poi, l'inevitabile fuoriuscita dal mercato dei concorrenti, conquistandone conseguentemente la loro fetta di mercato, per poi, una volta eliminati i concorrenti, alzare i prezzi per sfruttare tale posizione di dominio sul mercato. Quando il *dumping* faccia sentire i suoi effetti sull'intero territorio nazionale o in una sua parte rilevante (in relazione al numero di concorrenti e di consumatori danneggiati), tale condotta integra allo stesso tempo una ipotesi sia di concorrenza sleale *ex* art. 2598 cod. civ. sia di abuso di posizione dominante *ex* art. 3 della legge n. 287 del 1990 (cd. legge *antitrust*).

Non sempre però il dumping fa sentire i suoi effetti sull'intero territorio nazionale o in una sua parte rilevante (presupposto questo a cui la legge subordina l'applicabilità della disciplina antitrust) e tuttavia la Cassazione in commento – affermando che «la vendita sottocosto è contraria ai doveri di correttezza ex art. 2598 c.c., comma 1, n. 3, solo se si connota come illecito antitrust, in quanto posto in essere da una impresa in posizione dominante e praticata con finalità predatorie» - ritiene che la vendita sottocosto realizzi una ipotesi di concorrenza sleale solo nell'ipotesi in cui la vendita sottocosto integri una condotta rilevante ai fini della legge n. 287 del 19905. Le conseguenze di questa presa di posizione da parte della Cassazione, che sicuramente limita assai significativamente lo spazio di rilevanza anticoncorrenziale delle vendite sottocosto, sono assai incisive in quanto significa che, perché possa configurarsi la concorrenza sleale, occorre che la condotta faccia sentire i suoi effetti per lo meno su una parte rilevante del territorio nazionale.

Inoltre la Cassazione, esprimendosi in termini di «vendita sottocosto con finalità predatorie» (occorre dunque solo il fine predatorio,

⁵ G. Guizzi, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, 2010, pp. 281 ss., il quale sottolinea la molteplicità delle funzioni svolte dalla disciplina posta a tutela della concorrenza.

ossia l'intenzione di rialzare i prezzi, finalità che si può ragionevolmente presumere quando si decida di vendere a prezzi inferiori rispetto al prezzo di mercato per un significativo lasso di tempo e senza particolari lecite strategie aziendali – ad esempio promozionali – che giustifichino tale scelta), ritiene che la vendita sottocosto sia punibile anche prima che si traduca, una volta eliminati i concorrenti non in grado di reggere prezzi così bassi, in un forte aumento dei prezzi stessi a danno dei consumatori, perché anche la semplice vendita sottocosto di per sé, qualora faccia sentire i suoi effetti almeno in una parte rilevante del territorio nazionale, già integra un abuso di posizione dominante in quanto porta all'uscita dal mercato dei concorrenti e scoraggia l'entrata di quelli solo potenziali⁶, cosicché tale condotta danneggia pesantemente una delle due categorie (consumatori e imprenditori) protette dalla legge *antitrust*, quella degli imprenditori⁷.

Sembra dunque che non abbia senso concepire una vendita sottocosto fine a sé stessa (ossia senza finalità predatorie) ipotizzando che possa essere concepito un *dumping* che non abbia anche come scopo ulteriore quello di danneggiare gli altri concorrenti e quindi anche, direttamente o indirettamente, i consumatori. Infatti, nessuna impresa ha interesse a praticare prezzi non remunerativi (e anzi non potendo nemmeno configurarsi in tal caso un'impresa in senso tecnico, difettando

⁶ È infatti possibile che una politica di *dumping* sia posta in essere su un mercato dove non siano presenti altri concorrenti allo scopo di scoraggiare quelli potenziali dall'entrarvi e indirizzarli così su altri mercati: in tal caso, quand'anche tale condotta faccia sentire i suoi effetti su vasta scala, difficilmente riuscirà a dimostrarsi un illecito *antitrust* sino a che i prezzi non aumentino.

⁷ Per imprenditore si fa qui riferimento alla nozione unionale di impresa: cfr. Cass. civ., Sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30175, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, p. 1912 (cui la successiva nutrita giurisprudenza si è uniformata), secondo cui nell'ambito della disciplina, nazionale (legge 10 ottobre 1990, n. 287) e comunitaria (artt. 82 e 86 trattato CE – ora art. 106 trattato UE; direttiva 2003/98/CE del 17 novembre 2003) della concorrenza, la nozione d'impresa ricomprende qualsiasi entità, la quale eserciti in modo organizzato e durevole un'attività economica sul mercato, al di là del suo "*status*" giuridico e della definizione che di essa diano i singoli ordinamenti nazionali. Occorre dunque fare riferimento alla nozione di professionista di cui all'art. 3 del codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005), che comprende oltre agli imprenditori i professionisti intellettuali, gli artigiani e i lavoratori autonomi., ossia tutti coloro che vendano professionalmente beni o servizi sul mercato.

l'elemento del cd. lucro oggettivo⁸) se non, appunto, quello di eliminare i propri concorrenti per poter poi rialzare i prezzi approfittando della situazione di monopolio così venutasi a determinare⁹. Il *dumping* infatti va inquadrato in una condotta anticoncorrenziale complessa a formazione progressiva, cosicché non può distinguersi tra vendita sottocosto, eliminazione dei concorrenti e successivo rialzo dei prezzi, costituendo queste fasi tutti aspetti di una medesima condotta. Quando dunque al *dumping* non consegua l'esclusione dei concorrenti e il successivo rialzo dei prezzi, neppure può essere ipotizzabile la contrarietà alle regole della concorrenza di tale condotta.

Si tratta del resto esattamente dello stesso concetto che viene alla luce in tema di intese anticoncorrenziali dirette a praticare prezzi più alti ai consumatori di quelli che si erano formati prima dell'intesa stessa: in tale condotta non avrebbe senso fermarsi all'intesa a monte tra imprenditori – diretta ad accordarsi sul prezzo da praticare ai consumatori – senza prendere in considerazione anche i cd. contratti a valle, che costituiscono parte integrante della condotta anticoncorrenziale e che infatti sono colpiti da una nullità di protezione a causa della nullità che colpisce l'intesa anticoncorrenziale in virtù dell'art. 2, comma 3, della legge *antitrust*¹⁰.

⁸ Cfr. Cass. civ., 10 ottobre 2019, n. 25478, in *De Jure*, secondo cui è individuabile l'attività di impresa tutte le volte in cui sussista una obiettiva economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi (c.d. lucro oggettivo); chiarisce meglio il concetto Cass. civ., 24 marzo 2014, n. 6835, in *Giur. comm.*, 2015, p. 715 (con nota adesiva di E. Locascio Aliberti, *I problemi del fallimento delle cooperative agricole*) affermando che ciò che rileva per la configurabilità di un'impresa, accanto all'autonomia gestionale, finanziaria e contabile, è il perseguimento di un c.d. lucro oggettivo, ossia il rispetto del criterio di economicità della gestione, quale tendenziale proporzionalità di costi e ricavi, in quanto questi ultimi tendano a coprire i primi (almeno nel medio-lungo periodo). La nozione di imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c. va intesa in senso oggettivo, dovendosi riconoscere il carattere imprenditoriale all'attività economica organizzata che sia ricollegabile a un dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi.

⁹ Così Corte Giust. CE, 3 luglio 1991, n. 62, C. 62/86, in F. BASSAN (a cura di), Diritto delle comunicazioni elettroniche, Milano, 2010, p. 28; analogamente App. Firenze, 24 maggio 2019, n. 1236, cit. Cfr. sul punto anche M. LIBERTINI, Diritto della concorrenza dell'Unione europea, Milano, 2014, p. 501.

¹⁰ Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit., sentenza secondo cui: il contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti. Esso in realtà, oltre ad estrinsecarla, la attua. Cfr. A. GENTILI, La nullità dei "contratti a valle" come pratica

Secondo l'art. 3 della legge antitrust infatti, che disciplina appunto l'abuso di posizione dominante, è vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose. È evidente che la scelta dell'aggettivo "gravoso" riferito ai prezzi invece di quelli "elevato" o alto" testimonia l'intenzione del legislatore di considerare abusivi non solo i prezzi irragionevolmente alti ma anche quelli irragionevolmente bassi, così da comprendere le vendite sottocosto¹¹, dal momento che l'art. 3 cit. (e quindi l'aggettivo "gravoso" in esso contenuto) si rivolge a tutti i protagonisti del mercato, imprenditori e consumatori, e non solo a quest'ultimi. Né contro tale interpretazione può obiettarsi che la vendita sottocosto di per sé non costituisce un'alterazione del mercato fino a quando l'impresa che abbia venduto sottocosto non approfitti dell'uscita di scena dei concorrenti per alzare decisamente i prezzi: questo perché per un verso la vendita sottocosto già determina un'alterazione del mercato in quanto come detto mette in crisi i concorrenti costringendoli ad uscire dal mercato¹²; per un altro verso poi la legge antitrust conosce già un'altra ipotesi anticoncorrenziale "a condotta anticipata" (ossia ipotesi in cui, analogamente al tentativo per il diritto penale, la condotta viene punita, in funzione preventiva, prima che si verifichi il danno, in considerazione della elevata probabilità che tale danno si verifichi nel futuro): si tratta delle concentrazioni (art. 6 della legge n. 287 del 1990¹³), che sanzionano la sola formazione di una posizione

concordata anticoncorrenziale, in Giust. civ., 2019, p. 682; L. Delli Priscoli, Rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione, contraente debole e tutela del mercato, in Giur. comm., 2015, II, p. 982.

¹¹ L. Arnaudo, R. Pardolesi, Sul giusto prezzo, tra Asquino e Aspen, in Mercato Concorrenza Regole, 2016, p. 479; L. Delli Priscoli, I controlli sui prezzi nei contratti d'impresa, in Riv. dir. comm., 2000, p. 100.

¹² Così M. Barela, La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli), in Riv. dir. ind., 2019, p. 171; G. Amato, I fondamenti e i fini della concorrenza, in Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido, in Studi in onore di R. Pardolesi, a cura di F. Di Ciommo e O. Troiano, Padova, 2018, p. 373, il quale, criticando il modello efficientistico di Amazon, sottolinea il valore della concorrenza come pluralismo degli imprenditori e non solo come possibilità per il consumatore di ottenere un certo bene al prezzo più basso possibile.

¹³ In questo senso cfr. F. Ghezzi e F..D. Pini, *Falsa partenza! Appunti su* gun jumping e disciplina europea delle concentrazioni, in Riv. soc., 2019, I, p. 1158.

dominante a prescindere pertanto dal suo futuro e meramente eventuale abuso e quindi da un danno per gli altri protagonisti del mercato.

In effetti (mantenendo la suggestione del parallelismo con il diritto penale) come le concentrazioni – in quanto rappresentano una posizione dominante particolarmente forte e dunque facilmente sfruttabile in maniera illecita mediante il suo abuso – costituiscono atti idonei diretti in modo non equivoco all'abuso di una posizione dominante, così anche la vendita sottocosto rappresenta un atto idoneo diretto in modo non equivoco ad un successivo rialzo dei prezzi (una volta eliminati i concorrenti dal mercato: circostanza questa facilmente ipotizzabile dati i prezzi di mercato praticati, più bassi rispetto ai costi).

A partire dagli anni settanta, la posizione dominante è definita nella giurisprudenza europea come una posizione di potere mercato particolarmente significativa, tanto da consentire, all'impresa che la detiene, una sostanziale indipendenza di condotte¹⁴.

La prova della condizione di indipendenza sostanziale è stata a lungo ricavata principalmente dal possesso di elevate quote di mercato¹⁵.

Nel corso del tempo, il riferimento alla «sostanziale indipendenza di condotte» è diventato formula tralatizia nella giurisprudenza europea e nazionale, mentre l'accertamento della dominanza ha perso quella rigida impronta basata sulla quota di mercato, in favore di una visione più dinamica¹⁶, e si è acquisita la consapevolezza che la quota di mercato non costituisce tanto il presupposto della posizione dominante quanto l'effetto. Progressivamente, i contenuti sostanziali della nozione di dominanza sono stati allineati a quelli della nozione economica di potere di mercato, inteso come la capacità dell'impresa di aumentare in modo profittevole i prezzi o di incidere in modo stabile sulle altre dimensioni concorrenziali¹⁷.

¹⁴ Corte Giust. CE, 14 febbraio 1978, caso 27/76, United Brands Company c. Commissione, § 65, in *Riv. dir. europeo*, 1978, p. 312.

¹⁵ Così, tra gli altri, R. NAZZINI, The Foundations of European Union Competition Law – the Objective and Principles of Article 102, Oxford, 2011, p. 327.

¹⁶ M. LIBERTINI, La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001, in Moneta e credito, 2015, p. 365.

¹⁷ Sul punto M. WALKER, J. PEARCE AZEVEDO, *Dominance: Meaning and Measurement*, in 23 ECLR, 2002, p. 364; F. DETHMERS, N. DODOO, *The Abuse of Hoffmann-La Roche: the Meaning of Dominance under EC Competition Law*, in 27 ECLR, 2006, p. 548. Numerosi sono gli indizi di tale cambiamento. In primo luogo, il minore rilievo attribuito alle

Inoltre, è sempre più frequente, nelle fonti normative e giurisprudenziali, il riferimento alla dominanza come capacità di influenzare il livello dei prezzi e della produzione, il tasso di innovazione, la varietà o la qualità di beni e servizi, in un certo mercato e in un certo periodo, interferendo con il corretto funzionamento concorrenziale del mercato. In altri termini, la nozione di posizione dominante è sempre più frequentemente adottata come sinonimo di potere di mercato, ossia come capacità di porre in essere condotte significativamente indipendenti rispetto all'andamento del mercato, e così, con particolare riferimento al *dumping*, la capacità di vendere a prezzi inferiori rispetto ai costi medi sostenuti dai concorrenti¹⁸.

Si ritiene dunque che la posizione di forza che permette il "successo" del *dumping*, tanto nel caso della concorrenza sleale che in quello dell'abuso di posizione dominante, sia la disponibilità di ingenti capitali: in ambito *antitrust* questa disponibilità ben può essere giuridicamente qualificata come posizione dominante, ossia, da un punto di vista economico, come quella barriera che impedisca o renda più complicata agli altri concorrenti (effettivi o potenziali) l'entrata su quel mercato¹⁹.

La Cassazione invece sembra ritenere la detenzione di una ingente disponibilità di denaro solo una precondizione economica giuridica-

quote di mercato nell'accertamento della posizione dominante: l'art. 102 del Trattato UE è correntemente applicato a posizioni di potere di mercato assai meno rilevanti, in termini assoluti e strutturali, di quelle di sostanziale monopolio; nello stesso senso può intendersi anche la progressiva riduzione delle quote di mercato presuntive di dominanza, nonché l'espressa ammissione che una posizione dominante possa essere riscontrata anche in presenza di quote di mercato inferiori al 40%: così J. Pearce Azevedo – M. Walker, *Market Dominance: Measurement Problems and Mist*, in 24 ECLR, 2003, p. 640.

¹⁸ V. Mell, Standard, Standardizzazione e applicazione dell'art. 102 TFUE ai conflitti su licenze relative ai diritti di proprietà intellettuale, in Studi in onore di Mario Libertini, II, Milano, 2015, p. 1093.

¹⁹ In questo senso cfr. M. FILIPPELLI, *Il problema dell'oligopolio nel diritto antitrust euro- peo: evoluzione, prospettive e implicazioni sistematiche*, in Riv. soc., 2018, p. 567. L'entrata sul mercato è dunque ostacolata da barriere di carattere amministrativo (ad es. la necessità di ottenere autorizzazioni), economico (necessità di porre in essere ingenti investimenti oppure, come nell'ipotesi oggetto del presente studio, di disporre di notevoli capitali per resistere alle altrui pratiche di dumping) o tecnologico (necessità di dotarsi di uno specifico e complesso know-how): su quest'ultimo punto cfr. E. Arezzo, Brevetti essenziali, dominanza e abuso nel settore delle communication and information technologies, in Giur. comm., 2019, II, p. 926.

mente irrilevante e sembra quindi legata alla tradizionale concezione della posizione dominante come detenzione di una cospicua quota di mercato. In tale prospettiva dunque la vendita sottocosto allo stesso tempo "crea" la posizione dominante (escludendo i concorrenti e ponendo così le basi per poter aumentare successivamente i prezzi) e al contempo la sfrutta²⁰, perché l'eliminazione dei concorrenti costituisce già una prima forma di abuso²¹.

3. Dimensione privatistica e dimensione pubblicistica delle vendite sottocosto: indipendenza delle rispettive valutazioni

Un argomento posto dalla sentenza in commento a favore della non

²⁰ Coglie questa duplice funzione della vendita sottocosto Cass. civ., 26 gennaio 2006, n. 1636, laddove rimprovera alla società ricorrente (la quale lamenta di aver subito degli atti di concorrenza sleale) di non aver mai provato e neppure solo allegato, che in quel medesimo mercato che la società rivale si trovi in posizione dominante, nè che la politica di prezzi da essa praticata abbia avuto anche solo potenzialmente, come effetto quello di rinforzare tale posizione in chiave monopolistica e quindi di schiudere la prospettiva di una successiva libera manipolazione al rialzo dei medesimi prezzi. In senso analogo D. Bailey, Presumptions in EU Competition Law, in 31 ECLR, 2010, p. 362. Anche negli Stati Uniti va temperandosi la presunzione di illiceità, cosicché stessa Corte Suprema richiede, pur a fronte di condotte vietate per se, che sia fornita prova del potere di mercato delle imprese coinvolte, ossia la prova che la condotta sia effettivamente in grado di generare effetti restrittivi: sul punto M. PATTERSON, The role of Power in Rule of Reason, in 68 Antitrust L.J., 2000, pp. 429 ss.; T.A. PIRAINO JR., Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A new antitrust approach for the 21 st Century, in 82 Indiana L. J., 2007, p. 383; O. Odudu, Interpreting Article 81(1): the object requirement revisited, in 26 Eur. L. Rev., 2001, p. 379 secondo il quale «agreements cannot have a significant negative impact on the market unless the parties possess market powers; L. ORTIZ BLANCO, EU Competition Procedure, 2013, Oxford, p. 280, il quale afferma che «The influence of an agreement on the market is measured by the market power capable of being exercised jointly by the parties».

²¹ Sottolinea le persistenti incertezze in merito al significato di posizione dominante M. FILIPPELLI, *Il mito della "doppia barriera" nell'attuale assetto dell'*enforcement antitrust, in *Rin. dir. ind.*, 2018, p. 512, Autrice secondo la quale divergenze particolarmente significative tra disciplina nazionale ed europea si riscontrano in relazione all'accertamento della posizione dominante, che in certe legislazioni nazionali è presuntivamente associata a quote di mercato diverse rispetto agli indicatori-soglia applicati in sede comunitaria e ancor più significative divergenze si riscontrano con riferimento alla valutazione del tenore abusivo della condotta come nel caso delle vendite sottocosto o di alcune pratiche scontistiche che, in certi Stati membri, hanno un trattamento più severo rispetto agli standard europei.

configurabilità di una ipotesi di concorrenza sleale in caso di vendita sottocosto che non integri un illecito *antitrust* consiste nella generale e tendenziale libertà dell'imprenditore di fissare liberamente i prezzi dei prodotti che vende. Afferma infatti la Cassazione che la clausola indeterminata di cui all'art. 2598 c.c., comma 1, n. 3 (il già ricordato dovere di correttezza professionale), va concretizzata sulla base di parametri desunti da altre norme, o da ulteriori principi generali, rinvenibili nell'ordinamento e che l'art. 41 Cost. sulla libertà d'iniziativa economica costituisce il principio generale in materia²² cosicché la scelta di un imprenditore in ordine alla politica dei prezzi è in via di principio lecita, trattandosi di un comportamento strettamente legato alle valutazioni di rischio, che solo a lui competono, nel rispetto, naturalmente,

²² Porre limiti alla libertà di fissare liberamente i prezzi può altresì porsi in contrasto con altri principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale: cfr. C. Berti, Tutela dei contenuti editoriali online e problemi di enforcement, in Resp. civ. prev., 2019, p. 2063, secondo cui costituisce un problema complesso quello della stampa – e più in generale la manifestazione del pensiero – quando venga in considerazione nella sua dimensione di attività (anche) economica e imprenditoriale, ad esempio ove costituisca veicolo di illecito concorrenziale. Qui si esprime in modo esemplare il conflitto apparentemente inconciliabile fra lo strumento di coazione consentito per l'illecito (l'inibitoria di cui all'art. 2599 c.c.) ed i limiti costituzionali in materia di carta stampata, in quanto – vista la sovrapponibilità fra mezzo di comunicazione e situazioni giuridiche sostanziali sottese – risulta arduo distinguere fra manifestazione del pensiero veicolata e mezzo che veicola la stessa (lo stampato inteso quale prodotto dell'attività di impresa), nonché fra provvedimento che colpisce l'attività produttiva e quello che attinge l'attività comunicativa. Paradigmatica fu, in proposito, la vicenda della vendita sottocosto di quotidiani – di cui si accertava la scorrettezza concorrenziale – dove differenti opzioni ermeneutiche rispetto alla latitudine dell'art. 21 Cost., conducevano ora ad ammettere ora a negare l'ammissibilità dell'inibitoria, quale strumento tipico per la repressione delle fattispecie di cui all'art. 2598 c.c. Così, accordando prevalenza alla natura del «mezzo» dell'illecito rispetto all'illecito stesso, si rigettava talora la richiesta di inibitoria alla luce dei limiti costituzionali di cui all'art. 21, sull'assunto che censurare l'attività di concorrenza sleale significa, in simile caso, e di fatto, sequestrare lo stampato (Trib. Perugia, 17 giugno 1996, in Resp. comm. impr., 1996, p. 150); talaltra – ed a fronte di omologhe vicende – si ordinava la cessazione della vendita, sul diverso presupposto che il divieto alla ulteriore diffusione dello stampato non sarebbe stato diretto a stigmatizzare il contenuto di esso, quanto piuttosto le modalità di svolgimento dell'attività economica, giudicate lesive della concorrenza (Trib. Ancona, 18 agosto 1998 e Trib. Ancona, 21 settembre 1998, in Resp. comm. impr., 1998, pp. 371 ss., con nota ricognitiva di A. Baratella, Tandem di quotidiani e illecito concorrenziale: natura e presupposti della vendita sottocosto, in Dir. inf., 1998, p. 299).

delle regole sulla disciplina del commercio, mentre l'"utilità sociale"²³, dalla medesima disposizione costituzionale prevista a limite della libertà d'impresa, va intesa pur sempre con riguardo al c.d. interesse del mercato, ossia a quello che nuoce o giova al buon funzionamento del medesimo, e, quindi alla generalità dei consumatori e non al mero interesse di un altro concorrente a non essere messo in difficoltà, perché la vendita sottocosto è favorevole ai consumatori ed al mercato sino a quando non giunga alla soppressione della concorrenza, e, perciò, si traduca in un danno per gli stessi consumatori ed il mercato²⁴.

²⁴ Tale affermazione è altresì coerente con la filosofia della *rule of reason* caratterizzante l'intera legge *antitrust* e con la previsione del Trattato UE secondo la quale una condotta non può considerarsi illecita qualora ricorrano le condizioni scriminanti di cui al par. 3 dell'art. 101, ossia quando l'effetto restrittivo sia bilanciato da eventuali guadagni di efficienza, oppure quando la condotta, pur appartenendo alla classe di comportamenti per loro natura restrittivi, appaia in concreto destinata a produrre effetti marginali o trascurabili sul mercato di riferimento (perché, per esempio, il potere di mercato delle imprese coinvolte è minimo).

²³ L'art. 41 della Costituzione, formato da tre commi, è il frutto dell'accordo tra le tre anime presenti in sede di Assemblea Costituente, quella liberale (si pensi a Luigi Einaudi), di cui è espressione il comma 1 (libertà d'iniziativa economica), quella cattolica (si pensi a Alcide De Gasperi), di cui è espressione il comma 2 (l'utilità sociale e i c.d. limiti "negativi" alla libertà d'iniziativa economica), quella comunista/socialista (si pensi a Palmiro Togliatti) di cui è espressione il comma 3 (c.d. limiti "positivi" alla libertà d'iniziativa economica): ogni anima dell'Assemblea Costituente ispira dunque in particolare un comma dell'art. 41, ma l'articolo va letto unitariamente e proprio da questa lettura complessiva emerge il tentativo, se non di una fusione armoniosa tra queste tre anime, di un "compromesso" (per citare la parola che usa Togliatti), in altre parole di un tentativo di instaurare una pacifica convivenza tra ideologie e principi apparentemente difficilmente conciliabili: cfr. G. Silvestri, La nascita della Costituzione italiana ed i suoi valori fondamentali, in Riv. trim. dir. pubbl., 2006, p. 593, il quale rileva che la fusione delle tre anime dell'assemblea Costituente è talmente riuscita, anche grazie al lavoro della Corte costituzionale, che dopo tanti anni non ci poniamo più il problema se un certo valore sia principio liberale, democratico o marxista: nello stesso senso, con particolare riferimento a questa avvenuta fusione nell'art. 41 Cost., L. Delli Priscoli, Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni, in Giur. comm., 2014, I, p. 532; M. LIBERTINI, La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana, in Giur. cost., 2005, p. 84, il quale distingue tra libertà di concorrenza dell'individuo, situazione giuridica soggettiva attribuita a persone e imprese (avendo come punto di riferimento, deve ritenersi, l'art. 41, comma 1, Cost.), e la concorrenza effettiva (o concorrenza in senso oggettivo), come modo di funzionamento reale di un mercato, ritenendo che riceva una tutela costituzionale anche quest'ultima (attraverso - si ritiene - i commi 1 e 2 dell'art. 41 Cost.).

Questo ragionamento della Cassazione tuttavia trascura di considerare che la disciplina della concorrenza sleale non è posta, come quella *antitrust*, a tutela del mercato nel suo complesso e quindi a protezione dei consumatori in genere e di tutti i concorrenti, attuali o potenziali²⁵.

L'art. 2598 c.c. ha infatti un raggio d'azione e una prospettiva estremamente più circoscritti, in quanto si applica esclusivamente agli imprenditori che siano in rapporto di concorrenza tra loro²⁶ e riguarda (come nel caso della sentenza in commento che vede come protagonisti due piccole s.r.l.) solo vicende tra singoli determinati imprenditori: quello sleale e quello che subisce le conseguenze di tale slealtà. Correttamente la Cassazione dunque afferma che l'utilità sociale – che costituisce un freno all'iniziativa economica quando questa si scontri con interessi della collettività quale è ad esempio la tutela del mercato in genere e quindi quando sia configurabile un illecito antitrust – nel caso di specie non può costituire un limite all'iniziativa economica del singolo, ma avrebbe dovuto aggiungere che un limite è invece rappresentato dall'art. 2 Cost. laddove - in un'ottica microeconomica e quindi di tutela dei singoli imprenditori e non del mercato in generale – impone sia ai singoli sia alle formazioni sociali (e quindi anche agli imprenditori e alle società) un dovere di solidarietà sociale: la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione riconoscono infatti pacificamente e concordemente che tale norma costituisce il fondamento costituzionale del dovere di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175, 1375 e 2598 c.c., che ha un'estensione generale nell'ordinamento giuridico²⁷.

In altre parole dunque una cosa è il diritto di scegliere di fissare prezzi sottocosto in ambito microeconomico, ove ad essere danneggia-

²⁵ Peraltro, la presa di coscienza che la disciplina *antitrust* è posta a tutela non solo degli imprenditori ma anche dei consumatori si è avuta solo Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit., sentenza la quale, in tema di risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale, ha per la prima volta riconosciuto al consumatore il diritto di chiedere il risarcimento del danno affermando che ad essere leso è l'interesse di tutti i soggetti economici (imprenditori o consumatori) al mantenimento di una condizione di concorrenza sul mercato: si pensi che poco prima dell'entrata in vigore della legge *antitrust* (legge n. 287 del 1990) la Corte costituzionale aveva affermato, con l'ordinanza 21 gennaio 1988, n. 59, che le associazioni dei consumatori "fanno valere interessi del tutto estranei alla correttezza dei rapporti economici di mercato".

²⁶ Cfr., ex plurimis, Cass. civ., 12 dicembre 2019, n. 18772, in De Jure.

²⁷ Cfr. Cass. civ., 13 ottobre 2017, n. 24071, in Giur. it., 2018, p. 2671.

to può essere il singolo concorrente e dove a venire in considerazione è il rispetto delle regole della lealtà e della correttezza professionale; altra e ben differente cosa è invece guardare a questo stesso diritto in una prospettiva macroeconomica, ove l'eventuale danno è arrecato al mercato in genere e le regole che vengono in considerazione sono quelle che vietano l'abusivo approfittamento di una posizione dominante (nel caso di abuso di posizione dominante e intese) o la formazione di una posizione dominante particolarmente insidiosa (nel caso delle concentrazioni): si ruota quindi sempre intorno al concetto di posizione dominante, dalla quale invece l'art. 2598 c.c. prescinde completamente.

L'irragionevolezza della soluzione giurisprudenziale diretta a subordinare la configurabilità di un'ipotesi di concorrenza sleale anche a quella di una condotta *antitrust* rende di fatto inutile l'azione per responsabilità *ex* art. 2598 c.c., dal momento che a quel punto si può agire per il risarcimento del danno anche *ex* art. 33 della legge n. 287 del 1990, tenendo conto che l'inibitoria della condotta anticoncorrenziale viene già ordinata dal provvedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Si ritiene dunque che – tutte le volte in cui la vendita sottocosto integri un comportamento contrario alla correttezza professionale di cui all'art. 2598 c.c., n. 3 – la disciplina della concorrenza sleale (e dunque il *private enforcement*) ben possa in parte sovrapporsi a quella della legge n. 287 del 1990 (e dunque al *public enforcement*) ma non vi è certo esatta coincidenza come vorrebbe la Cassazione, perché sono agevolmente concepibili ipotesi di vendite sottocosto rilevanti *ex* art. 2598 c.c., n. 3, pur non sanzionabili ai sensi della legge *antitrust*, tutte le volte in cui la condotta sleale non faccia sentire i suoi effetti in una parte rilevante del territorio nazionale²⁸.

²⁸ Del resto, in questo sembra deporre anche il dettato normativo del d.P.R. 6 aprile 2001, n. 218, il quale, dopo aver elencato all'art. 5 le sanzioni amministrative in ipotesi di vendite sottocosto effettuate fuori dai limiti consentiti dal regolamento (ad esempio perché effettuate senza sufficiente preavviso), nello stabilire, al comma 2 del successivo art. 6 che resta ferma la competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel caso di vendita sottocosto effettuata da un esercizio commerciale che abusa di posizione dominante eche resta ferma altresì la competenza del giudice ordinario nel caso di vendita sottocosto effettuata da un esercizio commerciale che compie atti di concorrenza sleale rientranti nelle ipotesi di cui all'art. 2598, comma 1, n. 3), c.c., esplicitamente evidenzia la configurabilità di un "doppio binario" giudice

4. La disciplina (esplicita) delle vendite sottocosto: tutela del commercio o della concorrenza?

Si è detto che le vendite sottocosto non hanno una esplicita e diretta regolamentazione per quanto riguarda l'aspetto della tutela della concorrenza, riservata dalla Costituzione alla competenza esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, Cost.), mentre ne hanno una, peraltro alquanto scarna, relativa alla disciplina del commercio (che è una materia a competenza concorrente Stato-Regioni, ex art. 117, comma 3, Cost.), affidata per la grandissima parte non ad un atto avente forza di legge ma ad una fonte di rango regolamentare: l'art. 15 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (Riforma della disciplina relativa al settore del commercio), si limita infatti a stabilire al settimo comma che per vendita sottocosto si intende la vendita al pubblico di uno o più prodotti effettuata ad un prezzo inferiore a quello risultante dalle fatture di acquisto maggiorato dell'imposta sul valore aggiunto e di ogni altra imposta o tassa connessa alla natura del prodotto e diminuito degli eventuali sconti o contribuzioni riconducibili al prodotto medesimo purché documentati: in parole più semplice per vendita sottocosto si intende una vendita ad un prezzo inferiore ai costi affrontati per produrre il bene o il servizio messo in vendita, considerando fra i costi anche le imposte pagate durante il processo produttivo.

L'art. 15 cit. rinvia poi ad un successivo regolamento governativo, che è stato emanato con il d.P.R. 6 aprile 2001, n. 218 (Regolamento recante disciplina delle vendite sottocosto, a norma dell'art. 15, comma 8, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114), secondo cui è vietata la vendita sottocosto effettuata da un esercizio commerciale che, da solo o congiuntamente a quelli dello stesso gruppo di cui fa parte, detiene una quota superiore al cinquanta per cento della superficie di vendita complessiva esistente nel territorio della provincia dove ha sede l'esercizio, con riferimento al settore merceologico di appartenenza.

ordinario – Autorità garante della concorrenza e del mercato. Cfr. anche F. Marini Balestra, R. Tremolada, *Il rapporto tra* private *e* public enforcement *del diritto* antitrust *nella giurisprudenza amministrativa*, in *Foro Ammin.*, 2015, p. 781, secondo cui è pacifico che le autorità *antitrust*, nel valutare una condotta sospettata di essere anticoncorrenziale, non devono tenere conto di eventuali effetti già prodottisi in danno di un'impresa, ma debbono solo tenere in considerazione le proprie *«preoccupazioni»*, ossia il riferimento all'interesse generale ad un assetto concorrenziale dei mercati garantito dall'azione pubblica della tutela della concorrenza.

Il citato regolamento governativo dunque fa dipendere l'ammissibilità o meno della vendita sottocosto da una circostanza scarsamente rilevante ai fini della concorrenza, ossia la dimensione della superficie di vendita, in tal modo compiendo però – si ritiene – due fondamentali errori concettuali.

Il primo errore consiste nel ritenere che la quota di superficie di vendita complessiva relativa a un determinato settore merceologico cui il d.P.R. citato fa riferimento possa essere assimilata alla quota di mercato e che, quand'anche così fosse, essa abbia una incidenza decisiva al fine della sussistenza o meno di una posizione dominante sul mercato, concezione che però è alquanto imprecisa, dato che la posizione dominante consiste nella possibilità di disporre di una barriera all'ingresso sul mercato di altri concorrenti, potenziali o effettivi²⁹, a prescindere dalla quota di mercato detenuta.

La posizione dominante può infatti essere definita come una situazione che, pur non coincidendo necessariamente con il monopolio, ad esso si avvicina, ed è tale da consentire a chi la detiene di tenere un comportamento significativamente indipendente nei confronti delle imprese concorrenti e dei consumatori: questo perché un'impresa possiede un grado significativo di monopolio solo se abbia intorno a sé un'ideale barriera che la protegga dalla concorrenza delle altre imprese. Ciò le consentirà infatti di essere l'unica impresa a vendere un certo prodotto in una certa zona, e di conseguenza di tenere dei comportamenti che, almeno in parte, possano prescindere dalle condotte dei concorrenti³⁰.

Il secondo errore concettuale consiste nella troppo rigida ripartizione tra esercizi commerciali che non superano il 50% della superficie di vendita, per i quali esisterebbe una presunzione assoluta di impossibilità di porre in essere una vendita sottocosto giuridicamente rilevante, e esercizi commerciali che invece la superino, per i quali varrebbe la presunzione assoluta opposta. Infatti la vendita sottocosto di per sé costituisce un abuso di una posizione dominante, a prescindere dalla

²⁹ L. Delli Priscoli, La posizione dominante come presenza di una barriera, in Riv. dir. comm., 1999, II, p. 227; A. Gentili, La nullità dei "contratti a valle" come pratica concordata anticoncorrenziale, in Giust. civ., 2019, p. 675.

³⁰ S. D'Orsi, Nullità dell'intesa e contratto a valle nel diritto antitrust, in Giur. comm, 2019, II, p. 580; P. Manzini, Le restrizioni verticali della concorrenza al tempo di internet, in Dir. comm. internaz., 2018, p. 289.

percentuale di superficie di vendita detenuta o dalla quota di mercato; inoltre – nella prospettiva della Cassazione – la vendita sottocosto non svolge solo la funzione di abusare di una posizione dominante ma la crea anche, cosicché anche una impresa che abbia una piccola quota di mercato e persino una impresa appena creata – purché disponga della necessaria disponibilità economica – ben può porre in essere in maniera fruttuosa una vendita sottocosto, per attrarre a sé clienti e sottrarli ai concorrenti.

L'attuale disciplina anticoncorrenziale del *dumping* predatorio, quando ad accostarsi ad un nuovo mercato sia una nuova impresa (che in quanto nuova non disponga di una quota di mercato o di una superficie di vendita superiore al 50% e quindi possa procedere a vendite sottocosto ai sensi del d.P.R. n. 218 del 2001) che ponga in essere una condotta anticoncorrenziale che non faccia sentire i suoi effetti sull'intero territorio nazionale o in una sua parte nazionale (cosicché non potranno trovare applicazione né la disciplina codicistica sulla concorrenza sleale né quella *antitrust*) rischia dunque di lasciare impunita tale condotta.

Si ritiene dunque che, a prescindere sia dalla configurabilità o meno di un illecito *antitrust* che da eventuali benefici per i consumatori, sia ben ipotizzabile la concorrenza sleale *ex* art. 2598 c.c., n. 3, per vendite sottocosto, quando – in ragione della loro durata ed entità (da intendersi come la differenza tra i costi e il prezzo di vendita), senza che sia necessaria la prova di un *animus nocendi* (si ricordi infatti che in virtù dell'art. 2600 c.c. una volta accertato l'atto di concorrenza sleale il dolo o la colpa si presumono) e alla luce delle complessive condizioni di mercato – tali vendite oggettivamente e ragionevolmente abbiano quale effetto quello di eliminare o perlomeno di danneggiare gravemente anche uno solo dei concorrenti.

5. Configurabilità della concorrenza sleale da vendita sottocosto a prescindere dalla sussistenza di un illecito *antitrust*

La Cassazione³¹, nel ritenere necessaria, perché possa affermarsi una fattispecie di concorrenza sleale, la configurabilità al contempo di una ipotesi di condotta *antitrust*, osserva a proposito delle vendite

³¹ Cass. civ., 26 gennaio 2006, n. 1636 cit.

sottocosto che «per poter affermare la scorrettezza di un comportamento così strettamente legato alle valutazioni di rischio ed ai calcoli di costo e rendimento tipici dell'attività d'impresa, bisogna che esso risulti incompatibile con regole o principi chiaramente posti dall'ordinamento. E bisogna che siffatte regole o principi siano, per parte loro, riconducibili a quell'esigenza di utilità sociale solo con riferimento alla quale il menzionato art. 41 Cost., comma 2, consente di limitare la libertà d'impresa». La Cassazione sembra dunque evidenziare che per poter sanzionare la vendita sottocosto ex art. 2598 c.c. occorrerebbe conoscere approfonditamente gli interna corporis dell'impresa e sindacare il merito delle scelte imprenditoriali, lasciando intendere quindi che, essendo tale operazione di fatto preclusa, non sarebbe possibile valutare se la vendita viene effettivamente effettuata sotto costo, senza tuttavia considerare da un lato che tali scelte sono invece pacificamente sindacabili quando si dimostrino irragionevoli³² e dall'altro che le vendite sottocosto dovrebbero essere sanzionate solo quando, in ragione della loro significativa durata e della loro rilevante entità,

³² Cass. civ., 22 giugno 2017, n. 15470, in De Jure, secondo cui, in tema di responsabilità dell'amministratore di una società di capitali per i danni cagionati alla società amministrata, l'insindacabilità del merito delle sue scelte di gestione (c.d. business judgement rule) trova un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse. Ma vi è di più: qui, a differenza della giurisprudenza riguardante la diligenza degli amministratori di società di capitali ex art. 2392 c.c., non vengono in considerazioni scelte discrezionali ad ampio raggio, quali ad esempio cosa produrre (ad es. scarpe o automobili?), ma scelte che in cui lo spazio di manovra dell'imprenditore è spesso assai ristretto, per non dire nullo, schiacciato com'è verso il basso dai costi sostenuti e verso l'alto dai prezzi praticati dagli altri concorrenti, che costituiscono entrambi due solidi elementi di giudizio per valutare se la vendita possa definirsi o meno sottocosto. Cfr. A.M. Gambino, Vizi e virtù del diritto computazionale, in Dir. inf., 2019, p. 1173 il quale, nell'affermare che l'imprenditore che operi su un mercato concorrenziale è un operatore libero, che rispetta le regole, che intraprende la sua iniziativa economica nella correttezza e lealtà professionale, mettendo tutto il suo afflato imprenditoriale per essere il più apprezzato sul mercato, mentre il consumatore non è più un soggetto "passivo", che ascolta, guarda l'offerta, cerca, decide ma è un soggetto che direttamente e indirettamente contribuisce ai processi che consentono alle imprese di attestarsi in una posizione di supremazia sul mercato, evidenzia che in un agone concorrenziale "fair" dovrebbe essere esaltata la capacità dell'imprenditore di emergere per la qualità del suo prodotto cercando di differenziarlo da quello dei concorrenti seguendo gli stimoli e i suggerimenti dei consumatori, mentre non dovrebbe trovare spazio una competizione giocata sulla maggiore o minore capacità finanziaria quale chiave per mettere in difficoltà gli avversari.

manifestino inequivocabilmente la strategia predatoria dell'impresa che le pone in essere.

La Cassazione afferma anche che sarebbe altresì necessario che la vendita sottocosto si ponga in contrasto con delle regole o principi "chiaramente" posti dall'ordinamento, individuando poi queste regole nel principio dell'utilità sociale e escludendo nel caso di specie tale tipo di violazione. Si è già osservato però che la concorrenza sleale ha come riferimento costituzionale privilegiato non l'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost. ma la solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.: deve inoltre considerarsi che la "correttezza professionale" è una clausola generale che va riempita di contenuti mediante il riferimento a regole e principi non necessariamente provenienti dall'ordinamento giuridico, perché se così non fosse essa si rivelerebbe pressoché inutile, limitandosi a svolgere la funzione di norma di mero rinvio. L'art. 2598 c.c. n. 3, è invece una norma di chiusura³³ che sanziona la scorrettezza professionale di un imprenditore secondo regole che spetta al giudice, con una adeguata motivazione³⁴, arricchire di contenuti, facendosi interprete della coscienza sociale³⁵, nonché delle regole, delle esigenze e dei principi che governano il mondo imprenditoriale³⁶.

Occorre altresì notare che la sentenza della Corte di Giustizia – citata dalla sentenza in commento³⁷ a conforto della tesi della configurabi-

³³ Usa questa efficace espressione Cass. civ., 22 ottobre 2003, n. 15761 in *De Jure*.

³⁴ Cfr. Cass. civ., 10 ottobre 2018, n. 25607, in *De Jure*, secondo cui le ipotesi previste dall'art. 2598, n. 3, c.c. si riferiscono a comportamenti idonei a danneggiare l'altrui azienda con mezzi non conforme ai principi della correttezza professionale; essa si riferisce a mezzi diversi e distinti da quelli relativi ai casi tipici di cui ai precedenti nn. 1 e 2 della medesima disposizione, sicché occorre fornire una adeguata motivazione relativa al perché una certa condotta imprenditoriale possa essere considerata professionalmente scorretta.

³⁵ Cass. civ., 7 novembre 2018, n. 28492 in *De Jure*; Cass. civ., 13 aprile 2004, n. 7009, in *Not. giur. lav.*, 2004, p. 685; Cass., Sez. Un., 25 settembre 1974, n. 3810, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 390.

³⁶ In questa prospettiva si ritiene non esatta la frase ad effetto contenuta nella sentenza citata Cass. civ., 26 gennaio 2006, n. 1636, cit., laddove si afferma che «la valutazione di eventuale scorrettezza di un dato comportamento debba essere compiuta non nell'interesse dei mercanti, ma in quello del mercato». Infatti è proprio il contrario: la valutazione di eventuale scorrettezza della vendita sottocosto deve essere computa non nell'interesse del mercato ma nell'interesse dei mercanti: il che non significa disconoscere la disciplina *antitrust*, ma semplicemente riconoscergli un ambito distinto rispetto alla concorrenza sleale.

³⁷ Corte Giust. UE, 19 ottobre 2017, C-295/16, in http://www.italgiure.giustizia.

lità di un illecito da *dumping ex* art. 2598 c.c. solo in caso di un correlato illecito *antitrust* – non sostiene che non vi possa essere vendita sottocosto senza un illecito *antitrust* ma esprime un concetto diverso, ossia che le normative generali dei singoli Paesi membri dell'Unione europea non possono introdurre un divieto generalizzato di vendite sottocosto, il che è certamente condivisibile appieno, perché vi sono delle vendite sottocosto, quali ad esempio quelle riguardanti beni o servizi che non hanno incontrato il favore dei consumatori, che si giustificano alla luce di effettive esigenze imprenditoriali e che dunque a ragione sono considerate pienamente lecite.

Allo stesso tempo però la Corte di Giustizia non esclude affatto che una condotta di *dumping*, dopo che abbia provocato l'esclusione dei concorrenti, possa portare ad un repentino aumento dei prezzi con immediate conseguenze negative per i consumatori, senza che tale aumento debba necessariamente qualificarsi come abuso di posizione dominante, ogni qual volta il numero dei consumatori coinvolti non sia significativo, e quindi tale da meritare un intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato³⁸, alla luce del principio della *rule of reason*, che altro non è che l'applicazione del principio di ragionevolezza (a sua volta corollario del principio di uguaglianza di cu all'art. 3 Cost.) nel campo del diritto della concorrenza³⁹.

it/xway/application/nif/isapi/hc.dll, secondo cui la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), va interpretata nel senso che essa osta ad una disposizione nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che contenga un divieto generale di proporre in vendita o di vendere prodotti sottocosto e che preveda motivi di deroga a tale divieto basati su criteri che non figurano nella suddetta direttiva.

³⁸ V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1825; F. DENOZZA, *Antitrust, leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988, p. 88.

³⁹ Cfr. in questo senso S. Pelleriti, L'art. 101 TFUE e la rule of reason europea: nuovi spunti dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, in Dir. comm. internaz., 2016, p. 290; G. Wils, "Rule of reason": un règle raisonnable en droit communautaire?, in Cahiers de droit européen, 1990, p. 27.

Dall'esame compiuto sembra infatti emergere la presenza di un filo conduttore, rappresentato dal continuo sforzo dei giudici nazionali e delle Autorità *antitrust* nell'adeguarsi e nel rinnovarsi per cercare di raggiungere il difficile punto di equilibrio fra opposte esigenze.

La prima è quella di garantire la libera circolazione delle merci e dei servizi (libertà alla quale è strettamente collegata quella di fissare liberamente il prezzo di vendita degli stessi), a tutela di tutti coloro che agiscono sul mercato, siano essi imprese o consumatori.

La seconda è quella di non avvilire eccessivamente, mediante una applicazione troppo rigida e meccanica delle discipline a tutela della concorrenza (sia quella civilistica rappresentata dal divieto di cui all'art. 2598 c.c. sia quella di marca pubblicistica quale è la normativa *antitrust*), il dispiegarsi della libertà di autodeterminazione delle imprese, pena altrimenti il rischio di scoraggiare lo sviluppo di nuove iniziative imprenditoriali.

Per assicurare un punto di equilibrio tra le anzidette esigenze, e anche in considerazione della sempre maggiore complessità delle condotte anticoncorrenziali e della conseguente impossibilità della legislazione a tutela della concorrenza di prevedere tutte le possibili ipotesi che possono verificarsi nella pratica, diventa allora fondamentale il fatto che la disciplina a tutela della concorrenza lasci un margine di discrezionalità ai giudici e alle Autorità demandate all'applicazione della normativa a tutela della concorrenza, che attribuisca una certa libertà di movimento nella ricerca della linea di demarcazione tra le condotte che effettivamente arrecano un danno alla concorrenza e comportamenti innocui ai fini dell'efficienza del mercato in generale, tenendo presente che si è visto che sono ben ipotizzabili condotte (le vendite sottocosto) che allo stesso tempo integrino un illecito ex art. 2598 c.c. ma che, almeno nel breve periodo, non solo non danneggino ma addirittura rappresentano un beneficio per i consumatori. In questo senso, sembra pertanto che il principio che meglio possa aiutare non solo le Autorità antitrust comunitarie e nazionali ma anche il giudice civile sia quello di ragionevolezza nella valutazione della anticoncorrenzialità o meno delle condotte, principio che trova un suo corrispondente nella teoria di origine statunitense della rule of reason⁴⁰.

⁴⁰ Cfr. A. ALUNNI BRAVO, P. SIMONE, United states of America vs. Microsoft corporation: le sentenze dell'antitrust e lo Sherman act, in Giust. civ., 2000, II, p. 345; M. TAVASSI, M. SCUFFI,

Pertanto, non solo la disciplina a tutela della concorrenza sleale ma anche l'intera legge *antitrust*, sia italiana che comunitaria, può essere interpretata alla luce del principio di ragionevolezza, dato che quest'ultimo non è solo alla base della norma riguardante le deroghe al divieto di intese restrittive della concorrenza (art. 4 della l. n. 287/90 e art. 101, par. 3, del Trattato UE), ma informa l'intera disciplina *antitrust*⁴¹.

Diritto processuale antitrust italiano, 1998, p. 100; L. Di Via, Alcune riflessioni sulla rule of reason ed il concetto di consistenza di una restrizione della concorrenza, in Dir. comm. internaz., 1996, p. 316. Secondo tale autore il concetto di consistenza introduce il ricorso ad una valutazione in termini di ragionevolezza, che a sua volta è concetto strettamente connesso all'utilità sociale di cui al secondo comma dell'art. 41 della Costituzione. Dunque una restrizione della concorrenza potrà dirsi effettivamente "consistente" solo quando dia luogo ad un danno "consistente" per l'utilità sociale. Sembra potersi aggiungere che, sempre nell'ottica di un'interpretazione della legge antitrust costituzionalmente orientata, come espressamente enunciato dall'art. 1 della legge n. 287/90 (che non distingue tra primo e secondo comma dell'art. 41 Cost.), occorra fare anche riferimento ad una "consistente" limitazione della libertà di iniziativa economica (in modo così da tenere conto del primo comma dell'art. 41 Cost.: cfr. in questo senso M. Pinnarò, Diritto di iniziativa economica e libertà di concorrenza. Di talune ellissi e pleonasmi nella legge antitrust 10 ottobre 1990, n. 287, in Giur. comm., 1993, I, p. 430; M.C. Schechter, The rule of reason in European competition law, in Legal Issues of European integration, 1982, pp. 17 ss.; J.W. Meehan, R.J. Larner, A proposed rule of reason for vertical restraints on competition, in Antitrust bulletin, 1981, n. 26, pp. 195 ss.; R.A. Posner, The rule of reason and the economic approach: reflections on the Sylvania decision, in University of Chicago law review, 1977, n. 45, p. 1, il quale spiega come la teoria rule of reason è sostenuta dagli esponenti della scuola di Chicago (secondo i quali una normativa a tutela della concorrenza deve prima di tutto perseguire l'efficienza economica, che può coinvolgere sia la fase produttiva che quella della migliore allocazione possibile delle risorse), tradizionalmente in polemica con gli esponenti della scuola di Harvard sostenitori della per se rule (secondo la quale occorre avere riguardo soltanto al comportamento posto in essere e non anche agli effetti economici di tale comportamento (tale orientamento ha il vantaggio di ridurre al minimo i costi di informazione e di proposizione delle cause antitrust). V. MANGINI, La vicenda dell'antitrust: dallo Sherman act alla legge italiana n. 287/90, in Riv. dir. ind., 1995, I, p. 227, secondo cui "gli interpreti comunitari, seguendo itinerari loro propri ma in fatto utilizzando tecniche giuridiche già collaudate, abbiano potuto dotarsi... di un corredo di nozioni sostanzialmente allineate ai più avanzati aggiornamenti nord-americani.

⁴¹ La terminologia utilizzata dal legislatore nella rubrica dell'art. 4 ("deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza") può risultare fuorviante, in quanto deve ritenersi che non si tratti tanto di una deroga al principio che i comportamenti che provochino una restrizione consistente della concorrenza debbano essere sempre vietati, ma piuttosto dell'offerta di una chiave di lettura dell'art. 2 che permetta di darne un'interpretazione più elastica, nel senso cioè che la consistenza della restri-

Tale principio infatti si applica in numerose altre occasioni, e in particolare per stabilire quando una restrizione della concorrenza possa definirsi consistente⁴², quando si possa parlare di concentrazione rilevante, quando si abbia a che fare con dei prezzi ingiustificatamente gravosi. Nel compiere queste delicate valutazioni il giudice civile e l'Autorità *antitrust* deve tenere in considerazione tutte le circostanze che ruotano intorno ad un determinato comportamento anticoncorrenziale: l'entità della restrizione della concorrenza, la durata di essa, l'ambito merceologico e spaziale coinvolto, la struttura del mercato, gli eventuali effetti procompetitivi, l'eventuale miglioramento qualitativo o quantitativo della produzione, l'eventuale aumento della concorrenzialità sul piano internazionale, gli eventuali benefici per i consumatori.

Si ritiene dunque che, a prescindere dalla configurabilità o meno di un illecito *antitrust* e da eventuali benefici per i consumatori, sia ben ipotizzabile la concorrenza sleale *ex* art. 2598 c.c., n. 3, per vendite sottocosto, quando – in ragione della loro durata ed entità (da intendersi come la differenza tra i costi e il prezzo di vendita), senza che sia necessaria la prova di un *animus nocendi* (si ricordi che in virtù dell'art. 2600

zione della concorrenza debba essere valutata "effettuando un bilanciamento.... tra effetti positivi e negativi sul mercato, ricorrendo cioè, in altre parole, alla cosiddetta "rule of reason": cfr. in questo senso F. BORTOLOTTI, La legge antitrust: ambito di applicazione e status delle intese compatibili con la libertà di concorrenza", in Contr. impr., 1991, p. 635.

⁴² Cfr. L. DI VIA, Alcune riflessioni sulla rule of reason ed il concetto di consistenza di una restrizione della concorrenza, in Dir. comm. internaz., 1996, p. 316. Secondo tale autore il concetto di consistenza introduce il ricorso ad una valutazione in termini di ragionevolezza, che a sua volta è concetto strettamente connesso all'utilità sociale di cui al secondo comma dell'art. 41 della Costituzione. Dunque una restrizione della concorrenza potrà dirsi effettivamente "consistente" solo quando dia luogo ad un danno "consistente" per l'utilità sociale. Sembra potersi aggiungere che, sempre nell'ottica di un'interpretazione della legge antitrust costituzionalmente orientata, come espressamente enunciato dall'art. 1 della legge n. 287 del 1990 (che non distingue tra primo e secondo comma dell'art. 41 della Costituzione), occorra fare anche riferimento ad una "consistente" limitazione della libertà di iniziativa economica (in modo così da tenere conto del primo comma dell'art. 41 della Costituzione: cfr. in questo senso F. Goisis, L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali, in Dir. proc. amm., 2020, p. 45; M. PINNARÒ, Diritto di iniziativa economica e libertà di concorrenza. Di talune ellissi e pleonasmi nella legge antitrust 10 ottobre 1990, n. 287, in Giur. comm., 1993, I, p. 430. Cfr. anche G. Santi, Pubblico e privato nella disciplina antitrust, in Contr. impr., 1996, p. 1079; G. Oppo, Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza, in Riv. dir. civ., 1993, II, p. 543.

c.c. una volta accertato l'atto di concorrenza sleale il dolo o la colpa si presumono) e alla luce delle complessive condizioni di mercato – tali vendite oggettivamente e ragionevolmente abbiano quale effetto quello di eliminare o perlomeno di danneggiare gravemente anche uno solo dei concorrenti.

L'Autore non condivide la decisione della Cassazione la quale ha ritenuto che sia configurabile una ipotesi di concorrenza sleale per vendita sottocosto (dumping) solo se al contempo l'impresa goda di una posizione di dominio in un determinato mercato. Secondo l'Autore invece, fissare prezzi irragionevolmente bassi per un significativo lasso di tempo è sleale alla luce dei criteri di cui all'art. 2598 cod. civ., n. 3, a prescindere dal possesso di una posizione dominante nel mercato di riferimento. Questa conclusione non significa che, in alcuni casi, la tutela offerta dal giudice ordinario e quella dell'Autorità antitrust non possano trovare contemporanea applicazione, ma solo che, come dice la stessa Cassazione, la disciplina antitrust è posta nell'interesse del mercato mentre quella sulla concorrenza sleale nell'interesse dei mercanti. Anche quando il dumping, dopo aver determinato l'eliminazione dei concorrenti, porti a un forte aumento dei prezzi, tale condotta potrebbe non rientrare nell'ambito di applicazione della legge antitrust tutte le volte in cui la condotta scorretta danneggi un numero limitato di consumatori e dunque non coinvolga un interesse pubblico.

The author does not approve the Supreme Court's decision that considers the sale at a loss (dumping) 'unfair' only if the firm, at the same time, is in a position of strength on a given market. Instead, in the author's view, charging unreasonably low prices for a significant amount of time is 'unfair' in the light of the criteria set out in Articles 2598, n. 3, of the Italian Civil Code, no matter a dominant position in the relevant market.

This conclusion doesn't mean that private enforcement and public enforcement may not work together, but only that, as the Supreme Court says, antitrust laws are in the interest of the market, whereas unfair competition discipline is in the interest of the merchants. So, even when dumping, after having squeezed out competitors, leads to a huge increase in prices, it may be not covered under provision of antitrust laws, all the times the unfair conduct damages a little number of consumers and therefore does not involve a public interest.

Cass. civ., Sez. III, ord., 12 dicembre 2019, n. 32478 (Cassa con rinvio Corte App. Roma, 9 novembre 2017, n. 7068)

Presidente Vivaldi; Relatore Sestini

In materia di responsabilità da fideiussione, gli obblighi di buona fede e correttezza contrattuale — da intendersi in senso oggettivo — impongono alla parte garantita di salvaguardare la posizione del proprio fideiussore, con la conseguenza che la loro violazione non consente l'esercizio di pretese nei confronti del garante, nella misura in cui la sua posizione sia stata aggravata dal garantito. (In applicazione del principio, la S.C. ha cassato la sentenza che aveva escluso la violazione delle clausole di correttezza e buona fede sul mero assunto che la scelta dell'appaltante garantito di pagare all'appaltatore il saldo finale, nonostante la presenza di vizi ed a fronte dell'impegno all'eliminazione degli stessi, non fosse censurabile sotto il profilo della colpa — non essendo l'inadempimento ancora divenuto definitivo —, laddove avrebbe dovuto invece considerare — sul piano oggettivo — l'idoneità della condotta a salvaguardare l'interesse del garante ovvero ad aggravarne la posizione).

(omissis)

RILEVATO CHE:

la Loft 23 s.r.l. convenne in giudizio la HDI Assicurazioni s.p.a. per sentirla condannare al pagamento della somma di 139.000,00 Euro, oltre IVA e accessori, in forza di una polizza fideiussoria che era stata stipulata, in favore dell'attrice, dalla Cosmat s.r.l., a fronte di un contratto di appalto intercorrente fra la Loft 23 (appaltante) e la Cosmat (appaltatrice) per la ristrutturazione e l'ampliamento di un immobile di proprietà dell'attrice sito in (omissis); la Loft 23 dedusse che, con scrittura del 21.7.2008, aveva preso in consegna i lavori, nonostante la presenza di vizi, e che aveva pagato il saldo finale (con assegno non incassabile prima del 31.8.2008), a fronte dell'impegno della Cosmat di eliminare i difetti riscontrati dalla direzione dei lavori; aggiunse che, poichè le opere di riparazione erano state eseguite solo parzialmente e non tutti i difetti erano stati eliminati, aveva richiesto alla HDI Assicu-

razioni il risarcimento dei danni derivanti dal mancato adempimento dell'appaltatrice, ricevendone risposta negativa;

la convenuta contestò la domanda rilevando – fra l'altro – che, pur avendo constatato l'inesatto adempimento della Cosmat, l'attrice le aveva liquidato il considerevole importo di 94.329,46 Euro a saldo dei lavori, senza attendere il collaudo definitivo, e assumendo che ciò aveva integrato un fatto colposo che, a norma dell'art. 1227 c.c., avrebbe dovuto comportare la diminuzione del risarcimento e comunque – un grave inadempimento dei doveri di correttezza e buona fede sanciti dall'art. 1375 c.c., che imponevano all'attrice di preservare gli interessi del fideiussore;

il Tribunale accolse la domanda, con sentenza che venne impugnata dalla HDI Assicurazioni;

la Corte di Appello di Roma ha confermato la sentenza di primo grado (tranne che in relazione alla decorrenza degli interessi legali sul massimale garantito), osservando che:

"la condotta della Loft appare immune da censure di colpa, in quanto il pagamento dell'ultimo s.a.l. avvenne quando l'inadempimento della Cosmat non era ancora divenuto definitivo, ben potendo l'appaltatrice ancora provvedere alla eliminazione dei vizi" e "non si può quindi ritenere contrario a buona fede il comportamento di Loft per avere adempiuto la propria obbligazione di pagamento dell'ultimo s.a.l.";

l'assunto della HDI secondo cui la Loft aveva esposto l'assicuratrice al rischio dell'insolvenza del debitore (da ciò conseguendo la liberazione del fideiussore ex art. 1956 c.c.) non appariva fondato in quanto "se l'atto di "far credito" può essere individuato nel pagamento dell'ultimo s.a.l. nonostante l'inadempienza della Cosmat, difetta tuttavia la consapevolezza da parte di Loft dell'aggravamento delle condizioni economiche, poiché in quel momento l'inadempimento non era definitivo";

"la circostanza che la Loft non abbia (...) svolto eccezione di inadempimento e abbia ritenuto invece di adempiere la propria obbligazione non può costituire elemento censurabile sotto il profilo della colpa, trattandosi di una facoltà rimessa alla determinazione del creditore", né "può integrare una condotta contraria al canone di buona fede negoziale, attesa la mancanza di definitività dell'inadempimento, che fu accertato qualche mese più tardi all'atto del collaudo";

ha proposto ricorso per cassazione la HDI Assicurazioni s.p.a., affidandosi a cinque motivi; l'intimata non ha svolto attività difensiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il primo motivo denuncia la violazione dell'art. 1362 c.c., con riferimento agli artt. 8 e 17 del contratto di appalto (concernenti i pagamenti rapportati allo stato di avanzamento dei lavori e la necessità che l'ultimazione dei lavori venisse accertata in difetto di "manchevolezze") e alla disciplina degli appalti pubblici richiamata nel medesimo contratto: la ricorrente assume che, escludendo la colpa dell'appaltante per aver pagato il saldo nonostante l'esistenza dei vizi, la Corte ha "violato il criterio letterale stabilito dall'art. 1362 c.c. in quanto ha interpretato le due clausole non nel rispettivo esauriente significato letterale (obbligo di pagare i lavori purché fatti e senza manchevolezze) e quindi seguendo il criterio primario, ma attribuendo ad esse un significato opposto a quello voluto dalle parti e comunque tale da ledere l'affidamento riposto dalla HDI nella osservanza di quel contratto";

col secondo motivo (che deduce la violazione degli artt. 8 e 29 del contratto di appalto e degli artt. 1175 e 1375 c.c.), la ricorrente evidenzia che, al momento del pagamento del saldo, la Loft era pacificamente consapevole dell'esistenza dei vizi (come indicato nella lettera consegnata all'appaltatrice il 18.7.2008 e ribadito nella scrittura del 21.7.2008) e sostiene che "la Loft 23 avrebbe dovuto agire (...) secondo prudenza e diligenza, ossia sulla base del principio del *neminem laedere* di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.";

il terzo motivo denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'art. 1227 c.c. nonché del D.P.R. n. 1063 del 1962, art. 33, R.D. n. 2248 del 1865, art. 350, R.D. n. 350 del 1895, art. 62 e degli artt. 1665 e 1662 c.c.: la ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha affermato che il pagamento del saldo finale, nonostante l'esistenza dei vizi, fosse rimesso alla libera determinazione della Loft e assume che "se la Loft 23 avesse agito diligentemente mantenendo presso di sé la disponibilità liquida di Euro 96.276,83, che per contratto e per legge non avrebbe dovuto essere pagata, avrebbe al più escusso la polizza per la sola differenza", aggiungendo che, avuto presente l'"obbligo di ciascuna delle parti di essere responsabile delle conseguenze dei propri

atti", la Loft, avendo constatato che l'opera appaltata non risultava ancora finita, "non poteva a quel punto scaricare sulla HDI il rischio patrimoniale del suo operato visto che era sufficiente (...), per conseguire e ricevere l'adempimento della prestazione dell'appaltatore, richiamare quest'ultimo al rispetto della sua obbligazione di completare i lavori anziché anticipargli somme non ancora dovute";

col quarto motivo (che denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'art. 3 delle condizioni di polizza e degli artt. 1375, 1358, 1359, 1453 e 1455 c.c.), la ricorrente deduce – per un verso – che la Corte di Appello non aveva considerato che, ai sensi dell'art. 3 delle condizioni di polizza, la HDI avrebbe potuto dedurre dall'importo escusso "ogni eventuale credito della ditta obbligata verso l'Ente appaltante" e – per altro verso – che "la impossibilità di operare la deduzione contrattuale di cui all'art. 3" si era determinata "per causa del creditore il quale aveva arbitrariamente eseguito un pagamento non dovuto" e che ciò costituiva "un inadempimento oggettivamente grave ed importante ai sensi dell'art. 1455 c.c. nell'economia complessiva della polizza";

col quinto motivo (che denuncia l'omesso esame di un fatto decisivo e "motivazione apparente, perplessa ed obiettivamente incomprensibile"), la ricorrente censura la Corte per non aver considerato "che il contratto, sulla cui corretta esecuzione la HDI aveva fatto legittimo affidamento, imponeva alla Loft 23 di astenersi (dal pagare) in quanto la Cosmat doveva prima eseguir(e) nella sua interezza" e – altresì che la Loft non si era mai attivata per bloccare il pagamento dell'assegno post-datato, in tal modo rendendo l'atto solutorio irreversibile.

esaminati congiuntamente i cinque motivi, il ricorso risulta fondato nei termini che seguono:

non pare dubitabile che – come rilevato dalla ricorrente – l'attivazione della garanzia comporta l'effetto di "scaricare" sulla HDI il rischio della mancata eliminazione dei difetti da parte dell'appaltatrice, che la Loft 23 aveva assunto nel momento in cui aveva pagato l'ultimo s.a.l. pur a fronte di un inesatto adempimento;

non risulta implausibile l'assunto della HDI che una condotta più prudente (quale probabilmente la Loft avrebbe tenuto se non avesse avuto copertura fideiussoria) avrebbe dovuto indurre l'appaltante a differire il pagamento del saldo (in virtù di un'eccezione di inadempimento) fino alla eliminazione dei difetti, così da stimolare l'adempimento dell'appaltatrice o – comunque – da consentire al fideiussore di non

essere escusso per la quota corrispondente all'ammontare dell'ultimo s.a.l.;

deve ritenersi – al riguardo – che la piena operatività delle clausole generali della correttezza e della buona fede non possa che comportare la necessità di negare tutela alla parte che tali clausole abbia violato e pretenda di riversare sulla controparte un pregiudizio che avrebbe potuto facilmente evitare;

tale conclusione si impone alla luce dei consolidati arresti di legittimità secondo cui "la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del "neminem laedere", trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte, nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico" (Cass. n. 10182/2009), atteso che "il principio di correttezza e buona fede – il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore" - deve essere inteso in senso oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge" (Cass. n. 22819/2010); in continuità con tali arresti, deve affermarsi, con riferimento alla vicenda in esame, che gli obblighi di correttezza e di buona fede che permeano la vita del contratto impongono alla parte garantita di salvaguardare la posizione del proprio fideiussore, con la conseguenza che la loro violazione non consente l'esercizio di pretese nei confronti del garante, nella misura in cui la sua posizione sia stata aggravata dal garantito;

alla luce delle considerazioni che precedono, deve ritenersi che la Corte territoriale abbia erroneamente escluso la ricorrenza di violazioni delle clausole di correttezza e buona fede sul mero assunto che la scelta di pagare il saldo fosse comunque rimessa alla determinazione della Loft e non era censurabile – sotto il profilo della colpa – per il fatto che l'inadempimento non era ancora divenuto definitivo; una corretta valutazione, compiuta considerando anche l'interesse del fideiussore, avrebbe dovuto prescindere da valutazioni di natura soggettiva e considerare – sul piano oggettivo – se la condotta del garantito fosse stata idonea a salvaguardare l'interesse del garante o se l'avesse invece aggravata.

assorbito ogni altro profilo, deve pertanto cassarsi la sentenza, con rinvio alla Corte territoriale che, in diversa composizione, riesaminerà la vicenda alla luce dei principi e delle considerazioni di cui sopra;

la Corte di rinvio provvederà anche sulle spese di lite. (omissis)

Donato Maria Matera

(Dottorando di ricerca nell'Università LUM "G. Degennaro" di Bari-Casamassima)

VIOLAZIONE DEL DOVERE DI BUONA FEDE E PRECLUSIONE ALL'ESERCIZIO DELLE TUTELE GIURIDICHE*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il caso in esame. – 3. La violazione del dovere di buona fede come fatto impeditivo all'esercizio di una pretesa. – 4. Ulteriori conseguenze applicative: la violazione del dovere di buona fede nella fase precontrattuale.

1. Introduzione

Com'è noto, la buona fede riveste oggi un ruolo sempre più centrale nelle dinamiche dell'ordinamento giuridico. A tal proposito, in una recente ordinanza, la Cassazione ha evidenziato che la violazione da parte di un soggetto del dovere di buona fede – intesa in senso oggettivo – costituisce, per lo stesso soggetto, fatto impeditivo all'esercizio di una pretesa contrattualmente prevista. In questo senso, quindi, secondo la Suprema Corte l'ordinamento nega effetti ad una fattispecie, proprio a causa della predetta violazione.

Una simile conclusione, a ben vedere, si pone in contrasto con una costante giurisprudenza della stessa Corte di Cassazione¹ – che si rifà all'orientamento adottato da due note sentenze gemelle delle Sezioni

^{*} Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due referee.

¹ Tra le più recenti, Cass. civ., Sez. lavoro, 25 febbraio 2020, n. 5048 e Cass. civ., Sez. V, 5 novembre 2019, n. 28355, entrambe in *Pluris*; Cass. civ., Sez. II, 24 novembre 2015, n. 23914, in *Contratti*, 2016, I, p. 39; Cass. civ., Sez. I, 10 aprile 2014, n. 8462, in *Società*, 2014, VII, p. 880.

Unite² – che è seguita da varie pronunce di merito³ e anche sostenuta dalla dottrina maggioritaria⁴. Secondo tale orientamento la buona fede rientra nella categoria delle norme di comportamento, la cui violazione, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non diversamente stabilito dalla legge, non può determinare l'invalidità del contratto, ma è solo fonte di responsabilità o di risoluzione dello stesso, sempre che si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente.

Invece la Corte con la decisione in commento non si limita ad ascrivere una responsabilità alla parte che ha violato il dovere di buona fede,

² Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, entrambe in Foro it., 2008, I, cc. 784 ss., con nota di E. Scoditti, La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite. Tra i numerosi commenti, v. V. Roppo, La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf, in Danno e resp., 2008, V, pp. 536 ss.; G. Vettori, Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio, in Obbl. contr., 2008, II, pp. 104 ss.; in senso critico, A. Gentili, Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite, in Contratti, 2008, IV, pp. 393 ss.; D. Maffeis, Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere, in Contratti, 2008, IV, pp. 403 ss. Com'è noto, la questione fu rimessa alle Sezioni Unite con l'ordinanza Cass. civ., Sez. I, 16 febbraio 2007, n. 3683, in Foro it., 2007, I, c. 2094 ss. con nota di E. Scoditti, Regole di comportamento e regole di validità nei contratti su strumenti finanziari: la questione alle Sezioni Unite.

³ Tra le molte, v. App. Firenze, Sez. I, 18 marzo 2015; Trib. Roma, Sez. XVII, 10 maggio 2019; Trib. Treviso, Sez. II, 13 settembre 2017; Trib. Ascoli Piceno, Sez. I, 1° giugno 2016; Trib. Bologna, Sez. II, 26 gennaio 2011; tutte in *Pluris*.

⁴ Condividono la linea adottata dalle Sezioni Unite del 2007 i già citati autori V. ROPPO, La nullità virtuale del contratto, cit., p. 538; e G. VETTORI, Regole di validità e di responsabilità, cit., che pure evidenzia l'aspetto innovativo della pronuncia. All'indomani dell'introduzione del codice del 1942 la conclusione fu prospettata da F. SANTORO PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, 9^a ed., Napoli, 1954, p. 171. Più recentemente, tra le numerose riflessioni, v. M. MANTOVANI, Vizi «incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995, pp. 1 ss.; G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, nonché Id., Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto, in Rin. dir. cin., 2002, I, pp. 37 ss.; C. Scognamiglio, Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi, in Europa dir. priv., 2008, III, pp. 599 ss.; A. Albanese, Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?, in Corriere giur., 2008, I, pp. 107 ss., spec. p. 111; Id., Non tutto ciò che è virtuale è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto, in Europa dir. priv., 2012, pp. 535 ss.

né dispone la risoluzione del relativo contratto, ma stabilisce che la violazione degli obblighi (*rectius*: doveri⁵) di buona fede contrattuale impedisce l'esercizio di una pretesa che trova titolo nel relativo contratto.

Da altro punto di vista, il principio che attribuisce alla violazione dei doveri di buona fede un'efficacia preclusiva dell'esercizio di pretese, altrimenti spettanti all'autore della violazione, appare idoneo a dispiegare i suoi effetti anche nei confronti di pretese fondate su titoli di legittimazione diversi da quello che costituisce oggetto dell'ordinanza che qui si commenta. Tale è il caso della violazione della buona fede nella fase di formazione del contratto, in relazione al quale, come si avrà modo di argomentare, alla luce di tale principio non può più escludersi aprioristicamente che dalla inosservanza di una norma di comportamento possa derivare l'invalidità del contratto all'uopo concluso.

2. Il caso in esame

La vicenda trae origine dai fatti che seguono. Due società concludevano un contratto di appalto per la ristrutturazione e l'ampliamento di un immobile di proprietà della committente; la società appaltatrice stipulava inoltre una polizza fideiussoria, in favore della stessa committente, con una società di assicurazioni.

Sulla base di tale secondo contratto, la società committente-garantita agiva in giudizio contro il fideiussore, per ottenere la somma di € 139.000,00 a fronte della presenza di difetti nell'immobile consegnatole dall'appaltatrice. La prima, aveva infatti preso consegna dei lavori nonostante la presenza di alcuni vizi e, a seguito dell'impegno della sua controparte di eliminarli in un secondo momento, aveva provveduto a pagare il prezzo concordato. I lavori promessi venivano però effettuati solo in parte e, pertanto, la committente si rivolgeva alla società assi-

⁵ Com'è noto si discute oggi se debba parlarsi, di obblighi o di doveri «di protezione». Per la prima posizione v. principalmente C. Castronovo, Obblighi di protezione, in Enc. giur. Treccani, XXIV, Milano, 1991, pp. 1 ss.; nonché Id., Responsabilità civile, Milano, 2018, pp. 521 ss. Parla invece di «doveri di protezione», escludendo quindi la natura contrattuale della responsabilità derivante dalla loro violazione, F. Ricci, Il dovere d'informazione dell'avvocato sulla mediazione civile e commerciale e le conseguenze della sua violazione, in Diritto privato e interessi pubblici. Scritti in onore del Prof. L.V. Moscarini, a cura di N. Corbo, Mar. Nuzzo e F. Ricci, t. II, Roma, 2016, pp. 109 ss., spec. pp. 131 ss.; Id., Due diligence e responsabilità, Bari, 2008, pp. 111 ss., spec. pp. 121 ss. e 139 ss.

curatrice per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall'inesatto adempimento dell'appaltatrice.

La convenuta, dal canto suo, contestava che, nonostante l'inadempimento della società appaltatrice, l'attrice avesse provveduto al pagamento (per l'importo di € 94.329,46) pur non avendo ottenuto il collaudo definitivo, rilevando in ciò un fatto colposo del creditore ex art. 1227 c.c. e, in generale, una violazione del dovere di buona fede previsto dall'art. 1375 c.c.

Sia il Tribunale che la Corte d'Appello adita accoglievano la domanda della società attrice, rilevando in particolare la seconda che la condotta tenuta dalla stessa non potesse essere censurabile sotto il profilo della colpa né potesse «integrare una condotta contraria al canone di buona fede negoziale», dal momento che l'inadempimento definitivo dell'appaltatrice era stato accertato solo qualche mese dopo il collaudo. Questa infatti si era inizialmente impegnata a riparare i vizi rendendosi solo in un secondo momento inadempiente.

La società assicuratrice ricorreva pertanto in Cassazione, adducendo cinque motivi.

La Corte, esaminati congiuntamente i cinque motivi, con una succinta motivazione ha accolto il ricorso. I giudici di legittimità rilevano, infatti, come nel caso in esame la committente avrebbe certamente potuto – e dovuto – tenere una condotta più prudente, differendo il pagamento del prezzo finché l'appaltatrice non avesse eliminato i difetti dell'opera. In tal modo non sarebbe stato necessario rivolgersi al fideiussore e far ricadere sulla società assicuratrice il rischio della mancata eliminazione dei difetti stessi.

Nella sua argomentazione la Corte richiama il principio di buona fede oggettiva, che si sostanzia in un generale dovere di solidarietà, il cui rispetto impone a ciascuna delle parti «di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del "neminem laedere"» e alla luce del quale le parti devono compiere tutti gli atti giuridici e materiali «necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte, nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio» a loro carico.

L'esistenza di un tale dovere, che permea anche il contratto di polizza fideiussoria, impone quindi alla parte garantita di salvaguardare la posizione del fideiussore, nei limiti, appunto, dell'apprezzabile sacrificio.

I giudici ritengono pertanto che l'operatività del principio appena richiamato comporti la «necessità di negare tutela alla parte che tali clausole abbia violato e pretenda di riversare sulla controparte un pregiudizio che avrebbe potuto facilmente evitare» e fanno discendere, da ciò, che una violazione siffatta «non consente l'esercizio di pretese nei confronti del garante, nella misura in cui la sua posizione sia stata aggravata dal garantito». Viene quindi censurata la motivazione della Corte d'Appello competente, nella parte in cui questa aveva escluso la violazione delle clausole di correttezza e buona fede ad opera della committente-garantita, rilevando come una corretta valutazione avrebbe dovuto tenere conto anche degli interessi del fideiussore, che non erano stati salvaguardati.

3. La violazione del dovere di buona fede come fatto impeditivo all'esercizio di una pretesa

È agevole notare come la decisione in commento si inserisca in un filone giurisprudenziale⁶ che tende a riconoscere valore sempre più pregnante alla clausola generale di buona fede, per la risoluzione dei conflitti, e che ha spinto l'odierna dottrina ad implementare il dibattito sulla sua effettiva e corretta portata⁷.

⁶ Si consideri specialmente la celebre Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in Foro it., 2010, I, c. 85 ss., con nota di A. Palmieri e R. Pardolesi, Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa. Tra i numerosi commenti, v. G. D'Amico, Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto, in Contratti, 2010, I, pp. 5 ss.; M. Maugeri, Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009, in Nuova giur. civ. comm., 2010, pp. 319 ss. Per una riflessione critica, v. A. Gentili, Abuso del diritto e uso dell'argomentazione, in Resp. civ. e prev., 2010, II, pp. 354 ss.

⁷ V., in questo senso, la recente Ricerca «Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto», coordinata dal Prof. F. Ricci, i cui esiti sono raccolti nel volume Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto, a cura di F. Ricci, Milano, 2018. All'interno del volume, si occupano specificamente della clausola generale di buona fede e delle sue declinazioni i contributi di: R. CAPUTO, Buona fede e autonomia, pp. 383 ss.; N. CIPRIANI, Buona fede e interpretazione, pp. 407 ss.; G. CONTE, Sull'applicazione delle clausole generali e sul ragionar per principi nel diritto civile, pp. 825 ss.; G. DINACCI, Buona fede e dequilibrio contrattuale, pp. 433 ss.; D. FERNÁNDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA, Buona fede e decorso del tempo nell'esercizio dei diritti soggettivi: la figura del «retraso desleal» nella giurisprudenza spagnola, pp. 563 ss.; A.M. GAMBINO, Buona fede e rapporti telematici, pp. 609 ss.; I. HERBOSA MARTÍNEZ, Buona fede e integrazione del contratto nel diritto spagnolo, pp. 451 ss.; F.

La buona fede intesa in senso oggettivo, com'è noto, viene generalmente definita come il dovere delle parti di salvaguardare l'interesse della controparte nei limiti dell'apprezzabile sacrificio⁸ e permea tutte le fasi del contratto, dalla sua formazione fino all'esecuzione⁹. Essa trova il suo riconoscimento normativo in varie disposizioni codicistiche (tra le quali, in via esemplificativa, gli artt. 1175, 1337, 1338, 1366, 1375 c.c.) e nel generale dovere di solidarietà previsto dall'art. 2 Cost.

La Suprema Corte, nel caso in esame, ha accolto il ricorso facendo leva principalmente sulla violazione di tale dovere, che si pone quindi, come già osservato, quale fatto impeditivo all'esercizio di una pretesa, che pure era contrattualmente attribuita. Come esito, viene pertanto negata tutela all'interesse di una parte – nello specifico all'interesse della committente di essere tenuta indenne da difformità dell'opera – per il fatto che la stessa non ha agito salvaguardando le ragioni dell'altra, nei limiti del sacrificio apprezzabile.

Tale conclusione sembra implicitamente distaccarsi da quanto in precedenza statuito nel già richiamato orientamento giurisprudenziale¹⁰ e dottrinale¹¹ consolidato, fatto proprio dalle due note pronunce gemelle della Corte di legittimità, a Sezioni Unite¹². Secondo tale orientamento, come anche si è avuto modo di osservare, la buona fede rientra nella categoria delle norme di comportamento, la cui violazione, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non

Longobucco, Buona fede ed estinzione delle situazioni giuridiche soggettive: spunti di riflessione, pp. 513 ss.

⁸ Sul punto, com'è noto, sono numerosi i contributi della dottrina e i riscontri in giurisprudenza. In dottrina, v. C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 1990, rist. agg. 2019, pp. 86 ss., spec. p. 88. In giurisprudenza, tra le molte, v. Cass. civ., Sez. III, 4 maggio 2009, n. 10182, già richiamata nella motivazione dell'ordinanza in esame, nonché Cass. civ., Sez. III, 11 gennaio 2006, n. 264, entrambe in *Pluris*. Tra le pronunce di legittimità più recenti, v. Cass. civ., Sez. III, 6 maggio 2020, n. 8494; Cass. civ., Sez. III, 29 gennaio 2018, n. 2057, entrambe in *Pluris*; nonché Cass. civ., Sez. IV - 2, 14 gennaio 2019, n. 622, in *Corriere giur.*, 2019, VI, pp. 766 ss., con nota di R.P. Puce, *Compravendita immobiliare, certificato di abitabilità e buona fede*.

⁹ Sul punto, tra i numerosi contributi, v. C.M. BIANCA, *Il contratto*, 3ª ed., Milano, 2019, pp. 454 ss., pp. 504 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, pp. 175 ss., pp. 475 ss., pp. 493 ss.

¹⁰ V., supra, nt. 1 e 3.

¹¹ V., *supra*, nt. 4.

¹² Cass. civ., Sez. un., nn. 26724 e 26725/2007, cit.

diversamente stabilito dalla legge, è solo fonte di responsabilità o di risoluzione del contratto stesso, sempre che si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente.

Nella decisione oggetto d'analisi, invece, la Corte non si limita ad imputare una responsabilità alla società garantita, né ricorre allo strumento della risoluzione della relativa polizza fideiussoria, ma ritiene, come già visto, che la mancata osservanza degli obblighi di correttezza e buona fede non consenta l'esercizio delle pretese derivanti dal negozio.

Così ponendosi, conferma quelle conclusioni richiamate anche da parte della dottrina¹³ secondo le quali, analizzando i rimedi alla violazione del dovere di buona fede e considerando il ruolo svolto dalla stessa sia nel diritto italiano sia nel nucleo comune del diritto europeo, è da ritenersi esistente un principio per il quale vanno negati effetti a quelle fattispecie in cui «la violazione del dovere di buona fede s'inserisce come fatto impeditivo della realizzazione dei valori tutelati dall'ordinamento»¹⁴.

In una simile prospettiva, si argomenta, la buona fede non si limita a costituire solo uno degli «ingredienti vitali» del nostro e di altri ordinamenti, ma è mezzo di controllo e termine di riferimento per individuare ed applicare strumenti volti alla razionalità ed efficienza dell'intero sistema giuridico. Tramite questa, infatti, si valuta la coerenza tra i fini per cui sono concessi i diritti e rimedi giuridici e quelli per i quali concretamente si esperiscono¹⁵.

In altri termini, la dottrina indicata ritiene che l'ordinamento neghi al soggetto che abbia violato il dovere di buona fede la possibilità di incidere su posizioni giuridiche altrui o di invocare tutele per conseguire vantaggi ingiustificati rispetto alla salvaguardia possibile degli interessi meritevoli della controparte, in maniera cioè contrastante con le finalità

¹³ F. Ricci, *I beni di consumo e la disciplina delle vendite aggressive*, Bari, 2013, pp. 81 ss.; Id., *Buona fede e rimedi*, in *Contr. impr./Eur.*, 2013, II, pp. 632 ss. In tema di fideiussione, prospetta la medesima conclusione anche Cass. civ., Sez. I, 1° ottobre 2012, n. 16667, in *Pluris*.

¹⁴ F. Ricci, I beni di consumo, cit., p. 87 s.

¹⁵ F. Ricci, Buona fede e rimedi, cit., p. 636 s.; MAR. NUZZO, Autonomia e controlli nel tempo della complessità, in L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile, Napoli, 2011, pp. 431 ss.; sembra essere questa la prospettiva a cui si rifà anche Cass. 20106/2009, cit.

concrete per le quali sono concessi¹⁶. Sicché chi non abbia agito preservando, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio, gli interessi della controparte, non può trarre un ingiusto vantaggio da detta circostanza.

Un tale assunto trova difatti riscontro sia nell'ordinamento italiano – oltre che in altri ordinamenti nazionali – che a livello europeo.

Nel panorama normativo italiano, si può esemplificativamente fare riferimento agli artt. 1358 e 1359 c.c., i quali individuano nella buona fede il dovere di comportamento che grava sulla parte che si è obbligata o ha alienato un diritto sottoposto a condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, esplicitamente finalizzato a conservare integre le ragioni dell'altra parte al punto da considerare avverata la condizione che sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento. In pendenza di una condizione, quindi, la buona fede viene estesa fino a creare un obbligo di agire attivamente per conservare il diritto dell'altra parte¹⁷.

Una analoga disposizione è presente anche nel Codice civile tedesco al § 162¹⁸, nonché, a livello europeo nell'art. 5.3.3 dei Principi Unidroit, laddove il richiamo alla violazione dell'obbligo di buona fede, come elemento per considerare avverata la condizione, è reso ancora più esplicito.

Alla luce di tali disposizioni, la parte che, violando l'obbligo di buona fede gravante su di essa, non abbia consentito l'avveramento della condizione dedotta in contratto, non può giovarsi di tale situazione, ma la condizione si ritiene avverata.

¹⁶ F. Ricci, I beni di consumo, cit., p. 88.

¹⁷ In questo senso v. Relazione al codice civile, n. 620. V. sul punto P. RESCIGNO, Condizione (dir. vig.), in Enc. dir., VIII, Milano, 1961, pp. 607 s.; C.M. BIANCA, Il contratto, cit., p. 508, il quale ricollega la norma espressa nell'art. 1358 c.c. a quella di carattere più generale dell'art. 1375. In giurisprudenza pone in risalto il collegamento tra la finzione di avveramento della condizione e la clausola generale di buona fede Cass. civ., Sez. III, 18 luglio 2014, n. 16501, in Urb. e appalti, 2014, X, pp. 1049 ss. Cass. civ., Sez. I, 2 gennaio 2014, n. 12, in Giur. it., pp. 1862 ss., puntualizza che l'operatività della fictio iuris di cui all'art. 1359 c.c. è ravvisabile proprio nell'inosservanza dei canoni di buona fede e correttezza, che le parti sono tenute ad osservare in pendenza di condizione, ai sensi dell'art. 1358 c.c.

¹⁸ Nel quale, com'è noto, si prevede che nel caso in cui l'avveramento della condizione sia stato impedito o realizzato mediante comportamenti contrari a buona fede della parte che dal suo avveramento avrebbe tratto svantaggio o vantaggio, la stessa si considera, rispettivamente, avverata o non avverata.

In una prospettiva europea e sotto una chiave sistematica, è poi importante rilevare che la C.E.S.L., all'art. 2, comma 2 introduceva una regola generale secondo la quale la violazione del dovere di buona fede e correttezza «può precludere alla parte l'esercizio di un diritto, di un rimedio o di un'eccezione di cui potrebbe altrimenti valersi, oppure può renderla responsabile per qualsiasi danno derivante dalla violazione all'altra parte».

Del resto, la norma appena richiamata è agevolmente riconducibile alla ratio della exceptio doli generalis seu praesentis. Com'è noto, infatti, l'exceptio doli generalis seu praesentis – che viene generalmente ricollegata dalla giurisprudenza proprio alla buona fede e al principio di solidarietà – è diretta ad escludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento con il paralizzare l'efficacia dell'atto che ne costituisce la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale fondata sul medesimo, «ogni qualvolta l'attore abbia sottaciuto situazioni sopravvenute al contratto ed aventi forza modificativa o estintiva del diritto, ovvero abbia avanzato richieste di pagamento prima facie abusive o fraudolente, o ancora abbia contravvenuto al divieto di venire contra factum proprium»²⁰.

Tale istituto è oggi ammesso dalla giurisprudenza, anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge²¹, e dà quindi ai soggetti – generalmente contraenti²² – la possibilità di opporsi a pretese che,

¹⁹ Cass. civ., Sez. I, 7 marzo 2007, n. 5273, in *Pluris*; commentata da T. DALLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, pp. 223 ss.

²⁰ Per questa definizione e per la distinzione tra exceptio doli generalis seu praesentis ed exceptio doli specialis seu praesentis – la quale invece, com'è noto, attiene al comportamento scorretto tenuto al tempo della stipulazione del contratto – v. Cass. civ., Sez. III, 10 ottobre 2007, n. 21265, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, pp. 554 ss., con nota di C. Marseglia, *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis*. In dottrina, per la ricostruzione e l'inquadramento delle figure v. A. Burdese, *Exceptio doli (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino 1960, pp. 1072 ss.; G.L. Pellizzi, *Exceptio doli (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, pp. 1074 ss.; A. Torrente, *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 218 ss.; F. Ranieri, *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, pp. 311 ss.; A.A. Dolmetta, *Exceptio doli generalis*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1997, pp. 1 ss. Più recente G. Meruzzi, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, spec. pp. 429 ss.

²¹ In questo senso vedi proprio Cass. civ., n. 21265/2007, cit.

²² Le applicazioni giurisprudenziali più frequenti della exceptio doli generalis seu prae-

espressione dell'esercizio doloso o scorretto di un diritto, portino al conseguimento di vantaggi ingiustificati rispetto alla salvaguardia degli interessi meritevoli dell'altra parte, in maniera quindi contrastante con le concrete finalità per le quali le stesse sono concesse²³.

Sebbene non richiami espressamente l'exceptio doli generalis, la decisione dei giudici di legittimità sembra quindi fare riferimento proprio alle peculiarità di detto istituto, nel momento in cui non ammette l'esercizio della pretesa del soggetto che non abbia previamente agito in maniera conforme ai dettami della buona fede.

Sulla base di tali elementi, valutati nell'ottica del sistema, si ritiene di dover condividere le conclusioni della dottrina citata e, pertanto, anche agli esiti della decisione della Cassazione, che a quelle conclusioni sembrano aderire. I giudici di legittimità, infatti, nell'applicare la clausola generale di buona fede oggettiva e nel negare la pretesa al soggetto che l'abbia violata, giungono ad un risultato certamente razionale, efficiente e idoneo alla tutela degli interessi a cui l'ordinamento vuol dare protezione imponendo quel dovere di comportamento.

4. Ulteriori conseguenze applicative: la violazione del dovere di buona fede nella fase precontrattuale

Se si rinviene nell'ordinamento un principio come quello richiamato dalla su menzionata dottrina e si attribuisce un ruolo così pregnante alla clausola di buona fede, sono numerose le implicazioni che ne possono scaturire e che possono orientare vari dibattiti della odierna scienza giuridica.

Tenendo fede all'economia della trattazione, si fa qui solo riferimento a quello avente come oggetto il c.d. principio di «non interferenza» tra regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto. Com'è noto, nell'ambito delle norme che le parti devono rispetta-

sentis, attengono prevalentemente al contratto autonomo di garanzia (v. Cass. civ., Sez. III, 11 dicembre 2018, n. 31956; Cass. civ., Sez. I, 21 giugno 2018, n. 16345; Cass. civ., Sez. I, 14 dicembre 2007, n. 26262; Trib. Milano, Sez. VI, sent., 15 maggio 2019; tutte in *Pluris*); alla fideiussione omnibus (v. Cass. civ., Sez. I, 18 luglio 1989, n. 3362, in *Giur. It.*, 1990, I, 1, pp. 1137 ss., con nota di B. Valignani; Trib. Potenza, 11 luglio 2008, in *Pluris*); e al credito documentario (Trib. Udine, 10 settembre 1999, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, pp. 689 ss., con nota di C. Santagata). In questo senso v. G. Meruzzi, *L'exceptio doli*, cit., pp. 465 ss.

²³ F. Ricci, I beni di consumo, cit., p. 88.

re, per lo più nella fase precontrattuale, la dottrina tradizionale distingue tra regole di validità e regole di comportamento: le prime attinenti alla struttura della fattispecie e quindi «statiche», dirette a verificare la conformità del concreto regolamento di interessi allo schema legale. Le seconde dirette invece a verificare la conformità della condotta a correttezza e buona fede e, in questo senso, «elastiche», in quanto concretizzazione di una clausola generale, dal contenuto non formalizzato²⁴.

In relazione a questa netta distinzione sul piano concettuale la prevalente dottrina, le cui argomentazioni coincidono sostanzialmente con quelle della più volte richiamata sentenza delle Sezioni Unite²⁵, afferma che la violazione delle regole di validità comporta l'invalidità del contratto all'uopo concluso, invalidità che non può invece derivare dalla violazione – in fase precontrattuale – di regole di comportamento, a meno che la legge non la preveda espressamente²⁶. A tale ultima violazione, infatti, potrebbe di regola seguire solo il risarcimento del danno. Si sancisce in questo modo il principio di «non interferenza» sul piano rimediale tra i due tipi di norme.

Tale assunto, che in passato era sembrato pressoché pacifico, sta oggi subendo una progressiva erosione, tanto che si è giunti a dubitare della sua effettiva esistenza nell'attuale sistema del diritto italiano ed europeo²⁷.

Si rileva innanzitutto come, alla mancanza di una norma che sia espressione del principio affermato con vigore dalla dottrina tradizionale, si accompagna la tendenza legislativa – per lo più derivante da impulsi europei – a prevedere l'invalidità del contratto come conseguenza per la violazione di regole di comportamento²⁸.

Le Sezioni Unite, pur riconoscendo una simile tendenza, avevano relegato questi casi a mere eccezioni, pertanto inestensibili per analogia²⁹. Nondimeno, il proliferare di tali normative, che tutt'oggi è in atto, ha spinto parte degli interpreti a ritenere che non di eccezioni si tratta, ma di un indice idoneo a manifestare che la rigida distinzione sul piano

²⁴ G. D'AMICO, Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto, cit., pp. 37 ss.; M. MANTOVANI, Vizi «incompleti», cit., pp. 3 ss.

²⁵ Cass., Sez. un., 26724 e 26725/2007, cit.

²⁶ V., *supra*, nt. 4.

²⁷ G. Perlingieri, L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo, Napoli, 2013, pp. 1 ss.

²⁸ G. Perlingieri, op. ult. cit., spec. pp. 31 ss.

²⁹ Cass., Sez. un., 26724 e 26725/2007, cit.

rimediale tra norme di comportamento e norme di validità sia oggi venuta meno³⁰.

Tale conclusione può condividersi anche analizzando l'inefficienza e l'irrazionalità degli esiti a cui si giunge aderendo alle osservazioni della dottrina tradizionale e alle affermazioni di quelle pronunce della Cassazione, che alle stesse si rifanno³¹.

Negando *a priori* il rimedio contrattuale, qualora non normativamente previsto, alla parte che abbia concluso un contratto a seguito di una scorrettezza, si giunge infatti – quasi paradossalmente – a vincolare quel soggetto ad un negozio da lui non voluto, stipulato solo alla stregua di un comportamento proibito dalla legge, salvo poi attribuirgli il diritto al risarcimento del danno proprio per questa ragione. A titolo esemplificativo, si pensi a quell'orientamento per il quale dovrebbe *a priori* essere valido, ove non diversamente previsto dalla legge, il contratto concluso a seguito di pratiche commerciali scorrette³², che sono per definizione legislativa proprio quelle pratiche tramite le quali il professionista induce il consumatore ad adottare scelte contrattuali che altrimenti non avrebbe preso e che, com'è noto, sono vietate ai sensi dell'art. 20, comma 1 c. cons.

In casi come questo, da un lato si riconosce validità ad un contratto, anche se i suoi effetti vanno «a favore di una parte che si è macchiata di disonestà in occasione della conclusione di esso e a svantaggio di chi, pur essendosi comportato correttamente, di quella disonestà è rimasto

 $^{^{30}}$ F. Ricci, Buona fede, cit., spec. pp. 639 ss.; G. Perlingieri, op. ult. cit., spec. pp. 68 ss.

³¹ Cass., Sez. un., 26724 e 26725/2007, cit.

³² Ampio è stato il dibattito sulle conseguenze civilistiche derivanti dalla violazione del divieto porre in essere pratiche commerciali scorrette. Un primo orientamento ha sostenuto in particolare che il rimedio per il consumatore dovesse essere il risarcimento del danno, non potendosi invece configurare un rimedio contrattuale laddove non espressamente previsto. Su questa impostazione v. Mar. Nuzzo, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, pp. 236 ss.; M. ASTONE, Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo, in Europa dir. priv., 2014, pp. 1 ss.; C. Camardi, Pratiche commerciali scorrette e invalidità, in Obbl. contr., 2010, IV, pp. 415 ss. Ammettono invece la possibilità di configurare un rimedio contrattuale per la violazione di pratiche commerciali scorrette, tra gli altri, A. GENTILI, Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica, in Riv. dir. priv., 2010, III, p. 60 s.; N. ZORZI GALGANO, Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta, in Contr. impr., 2011, p. 922.

vittima»³³; dall'altro non si tiene conto del fatto che il rimedio risarcitorio, pur riequilibrando sostanzialmente la situazione di fatto precedente al comportamento scorretto, è spesso meno snello ed efficiente per la parte che l'abbia subìto – che nell'ipotesi appena richiamata si trova, peraltro, in una posizione di debolezza rispetto all'altra – e che voglia liberarsi degli effetti del contratto. A ciò si aggiunga che il negozio, che comunque rimarrebbe valido, potrebbe sempre essere fonte di danni ulteriori e non controllabili³⁴.

A conclusioni diverse si perviene se, come ha fatto la Cassazione nell'ordinanza commentata, si riconosce che nel nostro ordinamento la negazione di effetti ad una fattispecie in cui la violazione del dovere di buona fede si pone come fatto impeditivo della realizzazione di valori tutelati dall'ordinamento costituisce non già una mera eccezione, ma la regola, espressione di un principio³⁵.

È stato infatti eloquentemente osservato che se ciò è vero quando la violazione della regola di condotta va ad interferire con le conseguenze di meri fatti giuridici (come nel caso della finzione di avveramento della condizione), deve a maggior ragione essere vero quando la violazione della regola interferisce con i negozi giuridici, inducendo la vittima del comportamento scorretto a stipulare un contratto che non avrebbe stipulato o che avrebbe concluso a condizioni differenti³⁶.

Le conclusioni a cui sono giunti i giudici di legittimità, seppur implicitamente, possono quindi essere lette come un ulteriore elemento nella progressiva corrosione del principio di «non interferenza» sul piano rimediale tra regole di validità e regole di comportamento.

Con ciò non vuole affermarsi che, in ogni caso, la violazione di una regola di condotta debba rendere invalido il contratto. Anzi, è ruolo dell'interprete vagliare alla stregua di tutti i formanti dell'ordinamento³⁷, a seconda dei casi, il rimedio più adeguato e ragionevole, in base

³³ F. Benatti, Responsabilità precontrattuale, I, Diritto civile, in Enc. giur. Treccani, XX-VII, Roma, 1991, p. 8, richiamando V. Pietrobon, L'errore nella dottrina del negozio giuridico, Padova, 1963, p. 106.

³⁴ G. Perlingieri, *L'inesistenza*, cit., p. 68.

³⁵ V., *supra*, *§* 3.

³⁶ F. Ricci, Buona fede, cit., p. 647.

³⁷ Sulla importanza, in generale, di un continuo dialogo tra i formanti, cfr. F. Ricci, Prolegomeni di teoria generale e sociologia del diritto ad un discorso sulla metodologia giuridica,pp. 735 ss., spec. pp. 765 ss.; nonché Id., La rinascita del caso sulle ceneri delle leggi precise: consi-

alla natura degli interessi in gioco ed alla concreta incidenza che la violazione della buona fede ha avuto nella formazione della volontà contrattuale³⁸.

Così, ad esempio, nel caso in cui la predetta violazione induca la controparte a concludere un contratto che senza quella scorrettezza non avrebbe concluso, potrebbe estendersi la disciplina della nullità di protezione, anche per meglio allinearsi al diritto europeo³⁹. Viceversa, qualora la scorrettezza induca un soggetto a stipulare un contratto a condizioni diverse da quelle alle quali avrebbe altrimenti stipulato, starebbe all'interprete la scelta tra il rimedio in concreto più efficiente tra risarcimento del danno, invalidità parziale dell'atto o integrazione degli effetti dello stesso.

Negare però *a priori* l'applicabilità di un rimedio contrattuale in ipotesi di violazione di norme di comportamento, eccetto che nei casi in cui sia così espressamente stabilito dalla legge, sembra oggi irragionevole alla luce del diritto vivente.

La buona fede intesa in senso oggettivo, che permea tutte le fasi del contratto, riveste oggi un ruolo sempre più centrale per la risoluzione dei conflitti. Ne è testimonianza una recente pronuncia della Corte di Cassazione, in tema di polizza fideiussoria, nella quale si è posto in evidenza come la violazione da parte di un soggetto del dovere di buona fede costituisce, per lo stesso soggetto, fatto impeditivo all'esercizio di una pretesa contrattualmente prevista.

Un simile principio, riportato alla fase precontrattuale, sembrerebbe mettere in crisi la tradizionale e rigida distinzione sul piano rimediale tra regole di validità e regole di comportamento.

The principle of the good faith, which permeates all the phases of contracts, plays a central role in the resolution of conflicts. A recent Italian Supreme Court judgement underlines this outcome. The case is about an insurance policy, in which it was highlighted that a person's breach of the duty of good faith constitutes, for the same person, an impediment to the exercise of a contractual claim.

Such a principle, in the pre-contractual phase, would seem to undermine the traditional and strict distinction between rules of validity and rules of behaviour.

derazioni sulla crisi della fattispecie, pp. 851 ss., spec. pp. 867 ss.; entrambi in Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto, cit., a cura di F. Ricci.

³⁸ P. Perlingieri, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, pp. 1 ss.; F. Ricci, *Buona fede*, cit., p. 647; G. Perlingieri, *L'inesistenza*, cit., pp. 84 ss., pp. 93 ss.

³⁹ F. Ricci., I beni di consumo, cit., p. 88.

ORIENTAMENTI CRITICI E RASSEGNE DI GIURISPRUDENZA

Rassegna sui principii generali

a cura di Pietro Libeccio

Sommario: 1. Clausola generale di buona fede e divieto di abuso del diritto. – 1.1. Obbligo legale di rinegoziare il contratto. – 1.2. Nullità di protezione e abuso del diritto. – 1.3. Distribuzione degli utili e abuso di maggioranza. – 1.4. Dispositivi di protezione individuale. – 1.5. Vervinkung. – 2. Eguaglianza. – 2.1. Libertà religiosa negativa. – 2.2. Discriminazione e accesso al lavoro. – 2.3. Diritto allo smart working. – 2.4. Parità di trattamento e retribuzione. – 3. Giusto processo. – 3.1. Lite temeraria. – 3.2. Lite temeraria e indennizzo da irragionevole durata del processo. – 3.3. Caparra confirmatoria. – 4. Par condicio. – 4.1. Soccorso istruttorio. – 5. Proporzionalità, ragionevolezza, adeguatezza. – 5.1. Mantenimento del figlio maggiorenne. – 5.2. Attribuzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio. – 6. Trasparenza. – 6.1. Accesso ai verbali del CTS. – 6.2. Provvedimento amministrativo adottato mediante algoritmo. – 7. Precauzione. – 7.1. Responsabilità del notaio.

Clausola generale di buona fede e divieto di abuso del diritto

1.1. Obbligo legale di rinegoziare il contratto

[orientamento minoritario] Trib. Roma, Sez. VI, ord. 27 agosto 2020, n. 29683, ha affermato che in caso di sopravvenienze che rendano eccessivamente oneroso l'adempimento sussiste in virtù della funzione integrativa della buona fede (art. 1375 c.c.)

un obbligo di rinegoziare il contratto finalizzato a riportare l'equilibrio contrattuale all'interno della sua alea normale, il cui inadempimento autorizza il giudice a ricondurre il contratto a equità. Similmente **Trib. Treviso, Sez.**I, ord. 21 dicembre 2020 ha sospeso la provvisoria esecuzione di un decreto ingiuntivo emesso per il pagamento di merci vendute all'ingrosso prima delle "chiusure dei negozi per Covid" rinvenendo "gravi motivi" giustificanti la so-

spensione (ex art. 649 c.p.c.) nella possibilità per il giudice del merito in sede di opposizione di integrare secondo equità il contratto (ex art. 1374 c.c.) per riequilibrare le prestazioni. Contra, sia pure incidentalmente, Trib. Milano, Sez. VI, ord. 24 luglio 2020 secondo il quale non può essere accolto il ricorso cautelare volto a impedire l'escussione di una garanzia da parte del locatore per il pagamento dei canoni relativi al periodo di emergenza sanitaria non potendosi invocare l'omessa violazione del locatore dell'obbligo di rinegoziare il contratto. Contra anche Trib. Roma, Sez. civ., ord. 16 dicembre 2020 che ha espressamente escluso l'esistenza di rimedi alle sopravvenienze atipici e ha affermato che l'attuale emergenza sanitaria non è riconducibile a un evento impossibilitante rilevante ai sensi all'art. 1463 cod. civ.

1.2. Nullità di protezione e abuso del diritto

[orientamento prevalente] Cass. civ., Sez. II, 18 settembre 2020, n. 19510, confrontandosi con il precedente di Cass. civ., Sez. II, 22 novembre 2019, n. 30555, ha affermato che la domanda di accertamento della nullità del contratto preliminare di immobile da costruire per l'omessa prestazione della garanzia fideiussoria al moderne.

mento della stipula (ex art. 2, co. 1, d.lgs. n. 122/2005) può costituire abuso del diritto solamente quando nonostante la fideiussione venga prestata successivamente alla conclusione del preliminare, l'immobile sia stato realizzato e trasferito nei tempi previsti dal contratto. Infatti, la proposizione della domanda di nullità quando l'interesse protetto dalla norma non abbia più ragione di temere alcun pregiudizio (per essere stato comunque già attuato l'interesse primario cui mirava il regolamento negoziale) è funzionale non ad attuare il fine di protezione perseguito dalla legge, ma il diverso fine di sciogliere il contraente da un contratto che non reputa più conveniente.

1.3. Distribuzione degli utili e abuso di maggioranza

[orientamento complesso] Trib. Vicenza, 12 maggio 2020, n. 852 ha affermato che è annullabile per abuso del diritto della maggioranza la deliberazione di approvazione del bilancio che immotivatamente accantoni gli utili a riserve straordinarie, già cospicue, in luogo di provvedere alla loro distribuzione ai soci così ledendo la legittima aspettativa alla distribuzione degli utili a cui è naturalmente preordinato il contratto di società (art. 2247 c.c.)

1.4. Dispositivi di protezione individuale

[orientamento consolidato] Cass. civ., Sez. VI., 3 marzo 2020, n. 5748, ha affermato che la nozione legale di dispositivi di protezione individuale (art. 74 d.lgs. n. 81/2008) da consegnare al lavoratore include non soltanto le attrezzature appositamente create e commercializzate per la protezione di specifici rischi ma va riferita a qualsiasi attrezzatura, complemento o accessorio che possa in concreto costituire una barriera protettiva, sia pure ridotta o limitata, rispetto a qualsiasi rischio per la salute e la sicurezza del lavoratore, in conformità con l'art. 2087 c.c., norma di chiusura del sistema di prevenzione degli infortuni e malattie professionali, suscettibile di interpretazione estensiva in ragione sia del rilievo costituzionale del diritto alla salute, sia dei principî di correttezza e buona fede cui deve ispirarsi lo svolgimento del rapporto di lavoro.

1.5. Verwinkung

[orientamento prevalente] Cass. civ., Sez. lav., 28 gennaio 2020, n. 1888, richiamando anche la precedente decisione di Cass. civ., Sez. I, 15 ottobre 2013, n. 23382, ha affermato che la semplice attesa dell'esercizio del diritto da parte

del suo titolare per quanto idoneo a far ragionevolmente ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria dello stesso, salvo che sia decorso il termine di prescrizione o che da tale ritardo possa desumersi inequivocabilmente una rinuncia tacita al diritto [e pertanto la Cassazione ha ritenuto tempestiva e non contraria alla buona fede, l'impugnazione giudiziale di licenziamento proposta pochi giorni prima della scadenza del termine di prescrizione quinquennale].

2. Eguaglianza

2.1. Libertà religiosa negativa

[orientamento consolidato] Cass. civ., Sez. I, ord. 17 aprile 2020, n. 7893 ha affermato che i principi di uguaglianza e di parità di trattamento tra manifestazioni del pensiero (artt. 3, 19, 21 Cost.) impongono di escludere che la mera negazione o contrapposizione al credo religioso sia di per sé irrispettoso nei confronti delle fedi religiose e incontri il limite degli altri diritti egualmente tutelati al livello della norma fondamentale. [il caso riguardava l'esposizione di un manifesto di propaganda da parte di un'associazione a tutela degli agnostici e degli atei].

2.2. Discriminazione e accesso al lavoro

[orientamento innovativo] CGUE, Grande sez., 23 aprile 2020, n. C-507/18 ha affermato che il principio di parità di trattamento e di non discriminazione impongono di interpretare estensivamente la nozione di "condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro" (di cui all'art. 3, par. 1 lett. a) dir. n. 78/2000) nel senso che in essa rientrano le dichiarazioni rese da una persona nel corso di una trasmissione audiovisiva secondo le quali tale persona mai assumerebbe o vorrebbe avvalersi, nella propria impresa, della collaborazione di persone di un determinato orientamento sessuale, sebbene non fosse in corso o programmata una procedura di selezione di personale. Conseguentemente Cass. civ., Sez. I, 15 dicembre 2020, n. 28646 ha confermato la condanna al risarcimento del danno in favore di un'associazione esponenziale di tutela della categoria offesa ritenendo che anche il diritto di manifestazione del pensiero può incontrare limitazioni per la tutela di interessi di pari rango costituzionale come quello all'accesso al lavoro in condizioni di uguaglianza e di parità di trattamento.

2.3. Diritto allo smart working

[orientamento minoritario] Trib. Grosseto, Sez. lav., ord. 23 apri-

le 2020, n. 502, ha affermato che in ossequio all'art. 39, co. 2, d.l. n. 18/2020 che riconosce la *priorità* nell'accesso allo *smart working* ai lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa, il datore di lavoro non può irragionevolmente negare lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità di lavoro agile ai citati lavoratori sicché sussiste un loro diritto allo *smart working* laddove altri lavoratori privi di tale priorità siano stati ammessi a modalità di lavoro agile.

2.4. Parità di trattamento e retribuzione

[orientamento prevalente] Cass. civ., Sez. lav., 23 giugno 2020, n. 12356 e App. Bari, Sez. lav., 30 ottobre 2020, n. 1426, richiamando l'orientamento di legittimità anche espresso da Cass. civ., n. 16015/2007), hanno precisato che non esiste nel nostro ordinamento un principio che imponga al datore di lavoro, nell'ambito dei rapporti privatistici, di garantire parità di retribuzione e/o di inquadramento a tutti i lavoratori svolgenti le medesime mansioni, posto che l'art. 36 Cost. si limita a stabilire il principio di sufficienza ed adeguatezza della retribuzione prescindendo da ogni comparazione intersoggettiva e che l'art. 3 Cost. impone l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, non anche nei rapporti tra privati.

3. Giusto processo

3.1. Lite temeraria

[orientamento prevalente] Cass. civ., Sez. III, ord. 19 settembre **2019, n. 23341** ha affermato che la condanna ex art. 96, co. 3 c.p.c. configura una sanzione di carattere pubblicistico, autonoma ed indipendente rispetto alle ipotesi di responsabilità aggravata di cui ai co. 1 e 2 del medesimo articolo e con queste cumulabile, in quanto finalizzata alla repressione dell'abuso dello strumento processuale e alla deflazione del contenzioso abusivo. Pertanto l'applicazione della sanzione non richiede, quale elemento costitutivo della fattispecie il dolo o della colpa grave bensì una condotta oggettivamente valutabile alla stregua di abuso del processo, quale l'aver agito o resistito pretestuosamente.

3.2. Lite temeraria e indennizzo da irragionevole durata del processo

[orientamento prevalente] Secondo Cass. civ., Sez. II, 26 maggio 2020, n. 9726 non osta all'esclusione dell'indennizzo per irragionevole durata del processo la mancata condanna dell'istante ex art. 96 co. 3 c.p.c. potendo il giudice autonomamente valutare la temerarietà

della lite e l'esistenza di un abuso processuale anche oltre i casi meramente esemplificativi e non tassativi previsti dalla 2 co. 2-quinquies della l. n. 89/2001.

3.3. Caparra confirmatoria

[orientamento prevalente] Cass. civ., Sez. VI, 12 ottobre 2020, n. 21971 ha affermato che qualora il contraente non inadempiente abbia agito per la risoluzione (giudiziale o di diritto) ed il risarcimento del danno, costituisce domanda nuova, inammissibile in appello, quella volta ad ottenere la declaratoria dell'intervenuto recesso con ritenzione della caparra confirmatoria (o pagamento del doppio) non soltanto per la disomogeneità esistente tra la domanda di risoluzione giudiziale e quella di recesso ed all'irrinunciabilità dell'effetto conseguente alla risoluzione di diritto ma altresì per l'incompatibilità strutturale e funzionale tra la ritenzione della caparra e la domanda di risarcimento. Infatti la funzione della caparra, consistendo in una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, «risulterebbe frustrata se alla parte che abbia preferito affrontare gli oneri connessi all'azione risarcitoria per ottenere un ristoro patrimoniale più cospicuo fosse consentito – in contrasto con

il principio costituzionale del giusto processo, che vieta qualsiasi forma di abuso processuale – di modificare la propria strategia difensiva, quando i risultati non corrispondano alle sue aspettative».

4. Par condicio

4.1. Soccorso istruttorio

[orientamento consolidato] Cons. St., Sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6462 ha affermato che nei concorsi pubblici, è onere di ciascun candidato - anche in omaggio alla natura selettiva della procedura ed alla conseguente esigenza di rispettare rigorosamente la par condicio fra i concorrenti- attendere alla completa, tempestiva e puntuale produzione dei propri titoli, non essendo l'Amministrazione tenuta al soccorso istruttorio, pena la lesione della par condicio tra concorrenti che si sono attivati tempestivamente per produrre la documentazione in conformità al bando di gara e concorrenti a ciò non pervenuti.

Proporzionalità, ragionevolezza, adeguatezza, autoresponsabilità

5.1. Mantenimento del figlio maggiorenne [orientamento prevalente] Cass.

civ., Sez. I., 14 agosto 2020, n. 17183 con ampia motivazione ed esemplificazione ha affermato che il diritto del figlio maggiorenne al mantenimento da parte dei genitori incontra un limite nel principio di auto-responsabilità in considerazione del percorso di vita e dell'impegno profuso nel raggiungimento della autonomia, evitando che il diritto all'accompagnamento verso l'autonomia (e la corrispondente funzione educativa del diritto al mantenimento) si trasformi in un occasione di "parassitismo".

5.2. Attribuzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio

[orientamento consolidato] Secondo Cass. civ., Sez. III, 3 febbraio 2020, n. 2392 opera l'azione di ingiustificato arricchimento tra conviventi more uxorio per le reciproche attribuzioni patrimoniali travalicanti i limiti di proporzionalità e di adeguatezza alle rispettive condizioni patrimoniali e reddituali, con conseguente esclusione dell'adempimento di un'obbligazione naturale. La decisione richiama - tra le molte pronunce precedenti - le sentenze di Cass. n. 11330/2009; Cass. n. 1277/2014 e Cass. n. 14732/2018.

6. Trasparenza

6.1. Accesso ai verbali del CTS

[orientamento complesso] T.A.R. Roma, Sez. I, 22 luglio 2020, n. 8615 ha giudicato illegittimo il diniego di accesso (ex art. 5 d.lgs. n. 33/2013) ai verbali del Comitato Tecnico Scientifico (di cui all'art. 2 dell'ordinanza del capo dipartimento della Protezione Civile n. 360/2020) affermando che l'ambigua natura giuridica dei d.p.c.m. - alla cui adozione i verbali sono prodromici - impone ai fini della disciplina dell'accesso di escluderne la natura di atti normativi o di atti amministrativi generali. Pertanto la ratio dell'intera disciplina normativa dell'accesso impone di ritenere che se l'ordinamento giuridico riconosce, ormai, la più ampia trasparenza alla conoscibilità anche di tutti gli atti presupposti all'adozione di provvedimenti individuali o atti caratterizzati da un ben minore impatto sociale, a maggior ragione deve essere consentito l'accesso ad atti, come i verbali in esame, che indicando i presupposti fattuali per l'adozione dei descritti DPCM, si connotano per un particolare impatto sociale, sui territori e sulla collettività.

6.2. Provvedimento amministrativo adottato mediante algoritmo

[orientamento complesso] Cons.

St., Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881 richiamando espressamente la precedente decisione di Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2770 e implicitamente quella di Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 e approfondendone la portata ha confermato la legittimità della decisione amministrativa - sia vincolata, sia discrezionale - mediante ricorso a un algoritmo in grado di selezionare e provvedere in merito alle istanze dei cittadini trattandosi di modulo organizzativo (o strumento procedimentale ed istruttorio) rispondente ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1, l. 241/90), nonché a quello costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) (in quanto realizza una minor durata del procedimento a costi ridotti e con maggiore imparzialità) e che è soggetto alle regole tipiche di ogni procedimento amministrativo. In particolare rispetto dei principi della l. n. 241/1990 esige che il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) sia "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza che garantisca l'effettiva imputabilità della scelta a titolare del potere autoritativo e che consenta di verificare la conformità degli esiti del procedimento informatico alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione. Inoltre in ossequio al Reg. Eur. n. 679/2016 occorre il rispetto di altri tre principi destinati a regolare la decisione algoritmica: (i) il principio di conoscibilità, secondo il quale ciascuno ha diritto di conoscere l'esistenza e il funzionamento di procedimenti automatizzati che lo riguardano; (ii) il principio di non esclusività della decisione algoritmica, secondo il quale nel processo automatizzato deve comunque esistere nella fase decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica; (iii) il principio di non discriminazione algoritmica, secondo il quale la p.a. è tenuta ad adottare misure tecniche per correggere eventuali bias discriminatori dell'algoritmo.

7. Precauzione

7.1. Responsabilità del notaio

[orientamento consolidato] Cass. civ., Sez. III, 13 febbraio 2020, n. 3694, richiamando la precedente decisione di Cass. civ., Sez. III, 27 novembre 2012, n. 20995 ha affermato che l'ambiguità normativa o l'incertezza giurisprudenziale sull'esistenza di un obbligo per il notaio di eseguire un certo adempimento teoricamente necessario per la validità o l'opponibilità dell'atto da lui rogato, non escludono la responsabilità dello stesso nel caso in cui, in seguito, quell'adempimento dovesse risultare effettivamente dovuto, avendo questi il preciso obbligo, impostogli dall'art. 1176 c.c., comma 2, di osservare un principio di precauzione ed adottare la condotta più idonea a salvaguardare gli interessi del cliente.

Rassegna sui diritti della persona

a cura di *Nicolò Acciai* (1° marzo 2020 - 15 dicembre2020)

Sommario: **1.** Diritto all'oblio. – **2.** Diritto al trattamento dei dati. – **3.** Diritto all'identità personale.

1. Diritto all'oblio

[orientamento consolidato] La Sezione Prima della Cassazione, con ordinanza n. 9147 del 19 maggio 2020, in conformità con l'orientamento delle Sezioni Unite n. 19681 del 2019, ha ribadito che il diritto all'oblio consiste nel non rimanere esposti senza limiti di tempo ad una rappresentazione non più attuale della propria persona con pregiudizio alla reputazione ed alla riservatezza, a causa della ripubblicazione, a distanza di un importante intervallo temporale, di una notizia relativa a fatti del passato, ma la tutela del menzionato diritto va posta in bilanciamento con l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto, espressione del diritto di manifestazione del pensiero e quindi di cronaca e di conservazione della notizia per finalità storico-sociale e documentaristica, sicché nel caso di notizia pubblicata sul web, il medesimo può trovare soddisfazione anche nella sola "deindicizzazione" dell'articolo dai motori di ricerca. Nella specie la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza impugnata che, nel disporre senz'altro la cancellazione della notizia relativa ad una vicenda giudiziaria mantenuta on line, non aveva operato il necessario bilanciamento tra il diritto all'oblio e quelli di cronaca giudiziaria e di documentazione ed archiviazione.

2. Diritto al trattamento dei dati

[orientamento maggioritario] La Corte di Cassazione, Sez. VI – 1, con ordinanza n. 17383 del 20 agosto 2020, riformando la sentenza del Tribunale di merito e confermando l'orientamento

maggioritario, ha dichiarato che il danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003 (codice della privacy), pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Costituzione e dall'art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della "gravità della lesione" e della "serietà del danno". Infatti, anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà sancito dall'art. 2 della Costituzione, di cui quello di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della privacy, ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva, restando comunque il relativo accertamento di fatto rimesso al giudice di merito

3. Diritto all'identità personale

[orientamento innovativo] Nel delicato contemperamento fra i diritti inerenti all'identità della persona e alla riservatezza e tutela dell'individuo, la Sezione Ter-

za della Corte di Cassazione con sentenza n. 8459 del 5 maggio 2020 ha stabilito che l'omessa comunicazione all'altro genitore, da parte della madre, consapevole della paternità, dell'avvenuto concepimento si traduce, ove non giustificata da un oggettivo apprezzabile interesse del nascituro e nonostante che tale comunicazione non sia imposta da alcuna norma, in una condotta non jure che, se posta in essere con dolo o colpa, può integrare gli estremi di una responsabilità civile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., poiché suscettibile di arrecare un pregiudizio, qualificabile come danno ingiusto, al diritto del padre naturale di affermare la propria identità genitoriale, ossia di ristabilire la verità inerente il rapporto di filiazione. Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la decisione della Corte di Appello di rigetto della domanda risarcitoria del padre, valorizzando, in particolare, il fatto che egli avesse sempre negato il riconoscimento e la circostanza che non avesse allegato e provato né le modalità di svolgimento della sua relazione con la madre del figlio né le condotte, da lui successivamente tenute, idonee a dimostrare la sua intenzione di realizzare l'aspirazione alla genitorialità.

Rassegna sul diritto di famiglia

a cura di Nicolò Acciai

Sommario: 1. Regime patrimoniale dei coniugi – **2.** Separazione dei coniugi e provvedimenti connessi – **3.** Filiazione e Adozione.

1. Regime patrimoniale dei coniugi

[orientamento innovativo] Con ord. 14 agosto 2020, n. 17175 la Corte di Cassazione Sezione Prima ha chiarito che i coniugi in regime di comunione legale, al fine di effettuare l'acquisto anche di un solo bene in regime di separazione, sono tenuti a stipulare previamente una convenzione matrimoniale derogatoria del loro regime ordinario, ai sensi dell'art. 162 c.c., sottoponendola alla specifica pubblicità per essa prevista. Non è, infatti, sufficiente una esplicita indicazione contenuta nell'atto di acquisto, posto che questo non viene sottoposto alla pubblicità delle convenzioni matrimoniali, unico strumento che conferisce certezza in ordine al tipo di regime patrimoniale cui sono sottoposti gli atti stipulati dai coniugi.

Separazione dei coniugi e provvedimenti connessi

[orientamento innovativo] La Sezione Prima della Corte di Cassazione con ord, n. 6471 del 6 marzo 2020 ha chiarito che in tema di rapporti con la prole, il diritto-dovere di visita del figlio minore spettante al genitore non collocatario, non è suscettibile di coercizione neppure nelle forme indirette previste dall'art. 614 bis c.p.c. Trattandosi di un "potere-funzione" che, non essendo sussumibile negli obblighi la cui violazione integra una grave inadempienza ex art. 709 ter c.p.c., esso 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.

[orientamento innovativo] Con l'ord. interlocutoria n. 28995 del 17 dicembre 2020 la Corte

di Cassazione, discostandosi dal consolidato orientamento secondo il quale la semplice convivenza more uxorio con altra persona provoca, senza alcuna valutazione discrezionale del giudice, l'immediata soppressione dell'assegno divorzile, ha sollecitato le Sezioni Unite a pronunciarsi sull'automatismo che prevede che con la costituzione della nuova famiglia di fatto si determini la perdita dell'assegno divorzile. Auspicandone un superamento, i giudici della Prima sezione civile della Corte di Cassazione hanno posto la seguente questione di massima di particolare importanza: se l'instaurazione da parte del coniuge divorziato di una nuova famiglia, ancorché di fatto, faccia venire meno in maniera automatica il diritto all'assegno divorzile a carico dell'altro coniuge, ovvero al contrario se ne possa affermare la perduranza, valorizzando il contributo dato dall'avente diritto al patrimonio della famiglia e dell'altro coniuge, nel diverso contesto sociale di riferimento.

[orientamento innovativo] In tema di determinazione dell'assegno di divorzio, la Corte di Cassazione, Sezione Prima, con ord. n. 15774 del 23 luglio 2020 ha chiarito che deve essere esclusa la rilevanza dell'entità dei patrimoni delle fa-

miglie di appartenenza ovvero del loro apporto economico ai coniugi, in quanto trattasi di ulteriore criterio non previsto dall'art. 5 della legge n. 898 del 1970.

[orientamento innovativo] Ai fini del riconoscimento dell'obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente, ovvero del diritto all'assegnazione della casa coniugale, la Corte di Cassazione, Sezione Prima, con ord. n. 17183 del 14 agosto 2020 ha statuito che il giudice di merito è tenuto a valutare, con prudente apprezzamento, caso per caso e con criteri di rigore proporzionalmente crescenti in rapporto all'età dei beneficiari, le circostanze che giustificano il permanere del suddetto obbligo o l'assegnazione dell'immobile, fermo restando che tale obbligo non può essere protratto oltre ragionevoli limiti di tempo e di misura, poiché il diritto del figlio si giustifica nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e di un percorso di formazione, nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni e (purché compatibili con le condizioni economiche dei genitori) aspirazioni. Il figlio divenuto maggiorenne ha, infatti, diritto al mantenimento a carico dei genitori soltanto se, ultimato il prescelto percorso formativo scolastico, dimostri, con conseguente onere probatorio a suo carico, di essersi adoperato effettivamente per rendersi autonomo economicamente, impegnandosi attivamente per trovare un'occupazione in base alle opportunità reali offerte dal mercato del lavoro, se del caso ridimensionando le proprie aspirazioni, senza indugiare nell'attesa di una opportunità lavorativa consona alle proprie ambizioni.

3. Filiazione e adozione

consolidato] [orientamento La Corte Costituzionale con sentenza 230 del 20 ottobre 2020 ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale della legge n. 76 del 2016 e 29, comma 2, del d.P.R. n. 396 del 2000, sollevata dal Tribunale di Venezia in riferimento agli artt. 2, 3, primo e secondo comma, 30 e 117, primo comma, Cost., e in relazione all'art. 24, paragrafo 3, CDFUE, agli artt. 8 e 14 CEDU e alla Convenzione sui diritti del fanciullo, degli artt. 1, comma 20. Le norme impugnate, nel loro combinato disposto, precludono alle coppie di donne omosessuali unite civilmente la possibilità di essere indicate entrambe quali genitori nell'atto di nascita formato in Italia, quantunque abbiano

fatto ricorso (all'estero) alla procreazione medicalmente assistita. A tal riguardo la Corte Costituzionale afferma che, pur essendo vero che la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA è legata al "consenso" prestato, e alla "responsabilità" conseguentemente assunta, da parte di entrambi i soggetti, tuttavia, ai fini della legittimità dell'attivazione del meccanismo de quo, come espressamente previsto dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004, è imprescindibile che quelle coinvolte nel progetto di genitorialità siano coppie «di sesso diverso», atteso che le coppie dello stesso sesso non possono accedere, in Italia, alle tecniche di PMA. La Corte Costituzionale prosegue asserendo che i parametri costituzionali, europei e CEDU evocati dalle ricorrenti, non consentono un'interpretazione adeguatrice della normativa nazionale censurata né permettono il riconoscimento da parte dell'ordinamento italiano delle donne omosessuali, civilmente unite, come genitori del nato da fecondazione eterologa praticata dall'una con il consenso dell'altra. La scelta del legislatore di non riferire le norme relative al rapporto di filiazione alle coppie dello stesso sesso, ricorda la Corte Costituzionale, richiamando anche la Sua precedente sentenza n. 221 del 2019 in materia, è, peraltro, costituzionalmente legittima perché l'aspirazione della madre "intenzionale" ad essere genitore non assurge a livello di diritto fondamentale della persona.

Rassegna sul diritto delle successioni

a cura di Fiammetta Magliocca

Sommario: 1. Successioni testamentarie – 1.1. Successioni testamentarie in genere

- − 1.2. Revocazione delle disposizioni testamentarie − 2. Divisione dell'eredità
- 3. Collazione.

1. Successioni testamentarie

1.1. Successioni testamentarie in genere

[orientamento consolidato] Cass. civ., Sez. II, ord., 26 novembre **2020, n. 26988**, ha chiarito che la dichiarazione unilaterale scritta dal fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile, può essere contenuta anche in un testamento. Tuttavia, in accordo ai principi affermati nella sentenza n. 6459 del 6 marzo 2020 dalle Sezioni Unite, chiamate a esprimersi sulla validità dell'intestazione fiduciaria, siffatta dichiarazione unilaterale – anche laddove contenuta in un atto mortis causa non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma ha soltanto un effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario, con conseguente esonero del fiduciante dall'onere di provare il rapporto fondamentale. Da ciò consegue, dunque, che il bene rimane nella proprietà del de cuius ma il fiduciante, sulla base dell'atto ricognitivo del pactum fiduciae, può avvalersi della presunzione iuris tantum (sulla base di tale assunto, gli Ermellini, hanno cassato la sentenza della Corte di merito che alla dichiarazione del testatore, attestante che l'immobile era per metà di proprietà del convivente, faceva conseguire l'attribuzione della comproprietà dell'immobile e non invece il riconoscimento di un patto fiduciario avente ad oggetto il bene).

1.2. Revocazione delle disposizioni testamentarie

[orientamento consolidato] In tema di revoca del testamento, Cass. civ., Sez. II, 15 giugno 2020, n. 11472, ha ricordato che, a mente della previsione di cui all'art. 681 c.c., la revocazione totale o parziale di un testamento può essere a sua volta revocata, ma pur sempre con le forme previste dall'art. 680 c.c., ovvero con un nuovo testa-

mento o con un atto ricevuto da notaio. La Corte ha poi precisato che l'art. 681 c.c., disciplinando la sola revocazione espressa della precedente revoca di un testamento, di modo che si verifichi in tal caso la reviviscenza delle disposizioni revocate, non preclude al testatore la possibilità di revocare tacitamente la precedente revocazione espressa. Tuttavia, affinché sia impregiudicata l'efficacia del testamento per primo revocato, la revoca tacita deve essere desumibile dalla redazione di un successivo testamento le cui disposizioni siano incompatibili con quelle precedenti, ponendosi al più un problema di interpretazione in ordine alla volontà del testatore di far rivivere o meno le disposizioni già revocate.

2. Divisione dell'eredità

[orientamento innovativo] In tema di divisione unitaria di masse plurime e contestazione da parte di uno dei condividenti, Cass. civ., Sez. II, 11 settembre 2020, n. 18910, in continuità e a precisazione dell'indirizzo consolidato della Suprema Corte – secondo cui nel caso di divisioni di beni provenienti da titoli diversi, e perciò appartenenti a distinte comunioni, deve procedersi a tante divisioni

per quante sono le masse, potendo procedersi a una sola divisione solo se tutte le parti vi consentano mediante uno specifico negozio -, ha chiarito che, nell'ipotesi di giudizio divisorio avente ad oggetto masse plurime ereditarie provenienti da titoli diversi, la divisione unitaria può avvenire per effetto del consenso comunque manifestato dai condividenti. Pertanto, il condividente che contesti l'avvenuta divisione unica di masse ereditarie plurime deve risultare titolare di un concreto ed effettivo interesse leso da tale tipo di procedimento unitario divisionale.

3. Collazione

[orientamento consolidato] In tema di stima di donazioni con riserva di usufrutto ai fini della collazione per imputazione, Cass. civ., Sez. II, 2 settembre 2020, n. 18211, ha affermato che, laddove il donante abbia donato la nuda proprietà di un immobile, riservandosi l'usufrutto per sé e per il coniuge, vita natural durante e con reciproco diritto di accrescimento, giacché il conferimento deve avvenire secondo il valore del bene donato all'apertura della successione (art. 746 c.c.), avuto riguardo alla condizione giuridica del bene in quel momento, se alla morte del donante è ancora in vita il coniuge usufruttuario, il bene è soggetto a collazione per imputazione per il valore della sola nuda proprietà. L'usufrutto congiuntivo, ossia l'usufrutto attribuito congiuntamente a due o più persone con reciproco diritto di accrescimento dell'uno alla morte dell'altro, si estingue infatti con la morte dell'ultimo usufruttuario più longevo e impedisce la consolidazione con la nuda proprietà sino al verificarsi di tale evento.

Rassegna sui diritti reali

(aprile 2020 - gennaio 2021)

a cura di Alessandro Balti, Claudia Confortini, Valerio D'Alessandro, Carlo d'Orta

Sommario: 1. Proprietà. – 1.1. Acque pubbliche. – 1.2. Bene immobile di proprietà comunale. – 1.3. Immissioni. – 1.4. Distanze tra costruzioni. – 1.5. Luci e vedute. – 1.6. Indennità ex art. 843 c.c. – 1.7. Acquisto del diritto di proprietà. – 1.8. Azioni petitorie. – 2. Superficie. – 2.1 Nozione di costruzione ai fini dell'esercizio del ius edificandi. – 3. Uso. – 3.1. Natura giuridica del diritto di uso esclusivo. – 4. Servitù. – 4.1. Servitù di passaggio. – 4.2. Servitù prediali e frazionamento catastale. – 4.3. Servitù di veduta. – 4.4. Servitù e contratto a favore del terzo. – 5. Cessione di cubatura. – 5.1. Natura giuridica della cessione di cubatura. – 6. Possesso. – 6.1. Possesso ad usucapionem e patrimonio dello Stato. – 7. Diritti d'autore. – 7.1. Tutelabilità di un'opera letteraria destinata ad un uso tecnico e professionale. – 7.2. Protezione del layout. – 7.3. Tardivo recepimento di norme europee e sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza in vista dell'emanazione di un decreto-legge. – 8. Usi civici. – 8.1. Opere e impianti su suolo assoggettato a vincolo demaniale civico.

1. Proprietà

1.1. Acque pubbliche

[orientamento Sezioni Unite] Con riguardo al rapporto di concessione delle acque pubbliche, Cass. civ., Sez. Un., 10 giugno 2020, n. 11126 statuisce che i diritti dei privati alla derivazione e utilizzazione sono acquisiti con la condizione che siano fatte salve le esigenze della collettività. Il diritto di quest'ultima all'uso delle acque pubbliche – sempre latente – può riespandersi in ogni momento e,

in tal caso, il concessionario soggiace all'obbligo – assunto con la sottoscrizione dell'atto di concessione – di rilasciare l'acqua, non potendo pretendere alcun indennizzo o risarcimento, ma soltanto l'adeguamento del canone in ragione del ridotto utilizzo quantitativo e temporale.

1.2. Bene immobile di proprietà comunale

[orientamento Sezioni Unite] In tema di beni di proprietà degli enti pubblici, Cass. civ., Sez. Un., 12

ottobre 2020, n. 21991 chiarisce che l'immobile comunale concesso in uso a titolo oneroso a un privato per lo svolgimento di servizi socio-assistenziali – in mancanza di un provvedimento amministrativo che lo destini a un pubblico servizio – appartiene al patrimonio disponibile dell'ente, sicché la controversia riguardante la restituzione del bene rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, avendo a oggetto un rapporto privatistico di carattere paritetico, riconducibile a quello locatizio.

1.3. Immissioni

[orientamento consolidato] Chiamata a decidere su una domanda avente ad oggetto la cessazione di immissioni di onde elettromagnetiche, Cass. civ., Sez. VI – 2, 23 luglio 2019, n. 19946 si è pronunciata nel senso che la tutela giudiziaria preventiva del diritto alla salute è da ritenersi presuntivamente preclusa ove siano rispettati i parametri posti dalla disciplina di settore (l. 36/2001).

1.4. Distanze tra costruzioni

[orientamento prevalente] Cass. civ., Sez. II, 28 maggio 2020, 10069 chiarisce che il giudice chiamato a decidere su una domanda di demolizione di una costruzione per violazione delle norme in

materia di distanze legali può pronunciarsi sulla legittimità dell'opera non solo avendo riguardo alle distanze tra costruzioni o dal confine, ma anche a quelle stabilite dalla normativa c.d. antisismica di cui alla legge 25 novembre 1962, n. 1684.

[orientamento consolidato] Per il caso in cui il regolamento locale consenta di porre le costruzioni aventi una specifica destinazione a una distanza inferiore rispetto a quella prescritta per le altre, Cass. civ., Sez. II, 18 giugno 2020, n. 11845 precisa che il successivo mutamento della destinazione, anche se non accompagnato da modifiche strutturali o aumenti di volumetrie, impone di verficare la perdurante legittimità dell'opera.

[orientamento consolidato] In materia di controversie relative alla violazione delle distanze legali tra costruzioni, secondo Cass. civ., Sez. II, 4 settembre 2020, n. 18499 il permesso di costruire in deroga ex art. 14 d.P.R. 380/2001 deve precedere la realizzazione dell'intervento edilizio e non in ogni caso comportare la sanatoria dell'eventuale illecito, tenuto conto, da un lato, del carattere eccezionale del potere derogatorio (che, in quanto tale, deve essere inteso in termini restrittivi) e, dall'altro

lato, della necessità di proteggere l'affidamento del privato. Peraltro, ove sorga questione circa la legittimità di una concessione rilasciata in deroga alla disciplina dettata dallo strumento urbanistico, il giudice ordinario dovrà esercitare un sindacato incidentale sull'atto amministrativo, al solo fine della sua eventuale disapplicazione.

1.5. Luci e vedute

[orientamento consolidato] Cass. civ., Sez. VI - 2, 23 ottobre 2020, n. 23184 l'eliminazione delle vedute abusive può essere realizzata non soltanto mediante la demolizione delle porzioni immobiliare per mezzo delle quali si realizza la violazione, ma anche attraverso la predisposizione di idonei accorgimenti che impediscano di esercitare la veduta sul fondo altrui o attraverso l'arretramento della costruzione. Questi accorgimenti possono essere disposti dal giudice in alternativa alla demolizione, senza che ciò comporti un vizio di ultrapetizione.

1.6. Indennità ex art. 843 c.c.

[orientamento consolidato] In tema di limitazioni legali del diritto di proprietà, per Cass. civ., Sez. I, 15 luglio 2020, n. 15040 il diritto all'indennità che l'art. 843 c.c. riconosce al proprietario del fondo sul quale venga eseguito l'accesso e il passaggio per costruire o riparare opere del vicino o opere comuni delinea un'ipotesi di responsabilità da atto lecito che, sebbene prescinda dall'accertamento della colpa, esige che il transito o l'accesso abbiano determinato un concreto pregiudizio al fondo interessato, fermo l'obbligo di ripristinare la situazione dei luoghi.

1.7. Acquisto del diritto di proprietà

[orientamento consolidato] Cass. civ., Sez. VI – 2, 30 luglio 2020, n. 16331 conferma l'orientamento secondo cui l'istituto dell'accessione invertita - che, ai sensi dell'art. 938 c.c., in mancanza di tempestiva opposizione del proprietario di tale terreno, consente al giudice di attribuire al proprietario della costruzione eseguita su una parte dell'altrui fondo attiguo la proprietà del terreno occupato - si riferisce esclusivamente alle ipotesi di sconfinamento, ovvero di costruzione giacente in parte sul terreno del costruttore e in parte sul terreno altrui, non trovando applicazione nelle ipotesi di costruzione interamente eseguita sul fondo altrui.

1.8. Azioni petitorie

[orientamento prevalente] Con riguardo all'azione di regolamento di confini tra due fondi limitrofi, costituenti lotti separati di un appezzamento originariamente unico, Cass. civ., Sez. VI - 2, 23 giugno 2020, n. 12322 osserva che deve essere attribuita rilevanza ai tipi di frazionamento allegati ai singoli atti di acquisto e, nel caso in cui i dati così ricavati siano discordanti e gli acquisti siano stati effettuati in tempi diversi, al confine indicato nel tipo di frazionamento allegato al titolo di acquisto formatosi e trascritto in epoca più risalente.

2. Superficie

2.1. Nozione di costruzione ai fini dell'esercizio del ius edificandi

[orientamento consolidato] Al fine di determinare se vi sia stato esercizio del diritto di superficie ai sensi dell'art. 952 c.c., comma 1 e dell'art. 954, u.c., c.c., da parte del suo titolare - con conseguente interruzione del termine utile per il verificarsi della prescrizione per non uso del relativo diritto – Cass. civ., Sez. II, 13 novembre 2020, n. 25786 ha richiamato la nozione di costruzione espressa dalle Sezioni Unite con sentenza n. 8434 del 2020. Secondo detta pronuncia deve intendersi come costruzione un qualsiasi manufatto non completamente interrato

che abbia i caratteri della solidità, stabilità ed immobilizzazione al suolo, anche mediante appoggio, incorporazione o collegamento fisso ad un corpo di fabbrica preesistente o contestualmente realizzato, indipendentemente dal materiale impiegato per la sua realizzazione.

3. Uso

3.1. Natura giuridica del diritto di uso esclusivo

[orientamento Sezioni Unite] Cass. civ., Sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972 chiamata a decidere sulla natura giuridica dell'uso esclusivo su beni immobili costituito contrattualmente e, in particolare, sulla possibilità di configurare tale diritto come un diritto reale atipico, ha affermato il principio secondo cui la pattuizione avente ad oggetto la creazione del c.d. "diritto reale di uso esclusivo" su una porzione di cortile condominiale, costituente come tale parte comune dell'edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, tale da incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall'art. 1102 c.c., è preclusa dal principio, insito nel

sistema codicistico, del *numerus* clausus dei diritti reali e della tipicità di essi.

Le Sezioni Unite hanno allo scopo riaffermato l'esistenza del numero chiuso e del principio di tipicità dei diritti reali nel nostro sistema giuridico, sostenendo che un'espressa disposizione normativa in tal senso sarebbe superflua in un sistema che minuziosamente tipizza e regola gli iura in re aliena, ponendo al centro della disciplina del contratto l'art. 1372 c.c. e, quindi, la regola che limita gli effetti del contratto alle parti, con la precisazione che solo la Legge può contemplare la produzione di effetti rispetto ai terzi. Il principio troverebbe poi conferma nel quadro costituzionale e, in particolare, nell'art. 42 Cost., laddove esso pone una riserva di legge in ordine al modo di acquisto e di godimento della proprietà, nonché in numerose norme del codice civile.

Esclusa la validità della costituzione di un diritto reale di uso esclusivo di una parte comune dell'edificio, in ambito condominiale, sorge il problema della sorte del titolo negoziale che, invece, tale costituzione abbia contemplato. E così, le Sezioni Unite si affidano alla interpretazione del singolo contratto, essendo possibile, tra l'altro, che nel caso concreto le parti abbiano voluto trasferire il

diritto di proprietà sulla cosa, giacché nel caso dell'impiego della formula "diritto di uso esclusivo" essa depone senz'altro contro l'interpretazione dell'atto come diretto al trasferimento della proprietà, ma è anche vero che il dato letterale, pur di fondamentale rilievo, non è mai, da solo, decisivo, atteso che il significato delle dichiarazioni negoziali può ritenersi acquisito esclusivamente al termine del processo interpretativo che deve considerare tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratestuali, indicati dal legislatore, anche quando le espressioni appaiano di per sé non bisognose di approfondimenti interpretativi, dal momento che un'espressione prima facie chiara può non apparire più tale se collegata alle altre contenute nella stessa dichiarazione o posta in relazione al comportamento complessivo delle parti.

Infine le Sezioni Unite non escludono che il diritto di uso esclusivo, sussistendone i presupposti normativamente previsti, possa altresì ricondursi nel diritto reale d'uso di cui all'art. 1021 c.c., se del caso attraverso l'applicazione dell'art. 1419 c.c., comma 1, c.c., nonché che possa, previo controllo della sussistenza dei presupposti, verificarsi la conversione del contratto volto alla creazione del diritto reale di uso esclusivo, in applicazione art. 1424 c.c., in contratto

avente ad oggetto la concessione di un uso esclusivo e perpetuo (perpetuo *inter partes*, ovviamente) di natura obbligatoria.

4. Servitù

4.1. Servitù di passaggio

[orientamento prevalente] Cass. civ, Sez. II, 16 ottobre 2020, n. 22579 afferma che, essendo la servitù di passaggio, per sua natura, discontinua, qualora essa sia stata costituita in virtù di titolo idoneo ai fini della prescrizione del diritto per non uso non assumono rilievo, ove la situazione dei luoghi lo permetta, né la mancanza del requisito dell'apparenza, né il carattere sporadico dell'esercizio. In applicazione del principio, nel caso di specie, è stato accolto il ricorso avverso alla decisione con la quale la corte di merito aveva considerato estinta per prescrizione una servitù di passaggio sulla base della mancata visibilità sul viottolo in terra battuta di segni di calpestio e di passaggio di veicoli destinati a compattare il terreno (in senso conforme Cass. civ., Sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 26636).

4.2. Servitù prediali e frazionamento catastale

[orientamento consolidato] Sostiene Cass. civ., Sez. II, 27 agosto 2020, n. 17940 che, in tema di servitù prediali, il principio della cosiddetta indivisibilità di cui all'art. 1071 c.c. - secondo il quale, in caso di frazionamento del fondo dominante, la servitù permane su ogni porzione del medesimo, salve le ipotesi di aggravamento della condizione del fondo servente non trova applicazione allorché il fondo dominante non sia stato attribuito a diversi proprietari, ma fatto unicamente oggetto di un frazionamento catastale, di per sé consistente nella mera redazione di un documento tecnico indicante in planimetria le particelle catastali al fine della voltura in catasto.

4.3. Servitù di veduta

[orientamento consolidato] Cass. civ., Sez. II, 10 aprile 2020, n. 7783 ribadisce che l'acquisto della servitù per destinazione del padre di famiglia si perfeziona quando, al momento della separazione dei due fondi, esistano opere visibili e permanenti che manifestano in modo inequivoco il peso gravante sull'uno a favore dell'altro, quand'anche tali opere non siano in tutto rifinite e per questo lo stato di servizio non sia ancora in atto. Deve pertanto riconoscersi la possibilità della costituzione ai sensi dell'art. 1062 c.c. di una servitù di veduta da una terrazza sebbene l'opera, al momento della separazione, sia in tale stato da non potersi utilizzare.

4.4. Servitù e contratto a favore del terzo

consolidato] Tri-[orientamento bunale Vasto, 23 ottobre 2020. Il titolo costitutivo di una servitù può essere anche un contratto a favore di terzo in cui il terzo non abbia in alcun modo partecipato, così come sostenuto anche da Cass. civ., Sez. II, 27 giugno 2011, n. 14180. Nel caso di specie, il convenuto dell'azione di regolamento di confini con la sottoscrizione di un accordo conciliativo con gli altri vicini di terreno, aveva provveduto alla costituzione della servitù anche in favore degli attori poiché l'aveva costituita sui terreni che si trovavano a valle del suo. Gli attori, poi, avevano dichiarato nell'atto di citazione di volersene avvalere. Il giudice, quindi, ha accertato l'esistanza di una servitù di passaggio.

5. Cessione di cubatura

Natura giuridica della cessione di cubatura

Cass. civ., Sez. VI, 15 settembre 2020, n. 19152 ha rimesso alle Sezioni Unite la questione della natura giuridica della cessione di cubatura, ai fini della individuazione della corretta tassazione dell'atto di cessione. L'applicazione della corretta aliquota dipende, infatti, dalla circostanza se la cubatura possa considerarsi un diritto reale e, quindi, la sua cessione riconducibile all'ipotesi normativa descritta dall'art. 1 Tariffa Parte prima, D.p.r 16 aprile 1986, n. 131.

6. Possesso

6.1. Possesso ad usucapionem e patrimonio dello Stato

[orientamento prevalente] Qualora lo Stato o altro ente pubblico intervenga nel settore della proprietà al fine assicurare il soddisfacimento di un interesse pubblico primario, secondo Cass. civ., Sez. II, 2 ottobre 2020, n. 21137 il bene immobile interessato rimane nel patrimonio indisponibile dell'ente e, dunque, non è usucapibile dal privato sino all'intervenuto completamento dei diversi procedimenti amministrativi finalizzati realizzazione dell'interesse pubblico perseguito. Nel caso in cui l'intervento progettato non sia stato realizzato, ovvero il bene sia stato abbandonato dall'ente pubblico per un periodo di tempo incompatibile con l'utilizzazione in concreto a fini di pubblica utilità, invece, può configurarsi una reviviscenza dell'interesse individuale rispetto a quello generale.

7. Diritti d'autore

7.1. Tutelabilità di un'opera letteraria destinata ad un uso tecnico e professionale

orientamento prevalente Riguardo alla tutelabilità di un'opera letteraria destinata ad un uso tecnico e professionale, secondo Cass. civ., Sez. I, 29 maggio 2020, n. 10300, anche un testo giuridico ad uso meramente tecnico può assumere carattere creativo. Nella pronuncia, la Suprema Corte rigetta un ricorso in cui si invoca la tutela del diritto d'autore per la redazione di un'opera dal contenuto tecnico (nella specie, Regolamento disciplinante un servizio di anticontraffazione). L'accertamento se l'opera dall'ingegno abbia carattere originale o, comunque, creativo, tale da meritare la protezione della legge nei confronti di altra, che si assume plagiaria, è rimesso all'incensurabile accertamento dal giudice di merito, quando sia sorretto da congrua motivazione esente da errori logici a giuridici. La Corte chiarisce anzitutto che il concetto giuridico di creatività postula che l'opera dell'ingegno sia frutto di «personale e individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie elencate in via esemplificativa nell'art. 1 della legge». Sicché, tale concetto consiste non già nell'idea

che è alla base della realizzazione potendo desumersi «dalla forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività o, come di nuovo da ultimo ribadito in ambito eurounitario, «che rifletta la personalità del suo autore, manifestando le scelte libere e creative di quest'ultimo». Cfr., in tal senso Corte Giust. UE 12 settembre 2019, C-683/17. La Corte, poi, ricorda il principio alla stregua del quale «la consistenza in concreto di tale autonomo apporto forma oggetto di una valutazione destinata a risolversi in un giudizio di fatto, come tale sindacabile in sede di legittimità soltanto per eventuali vizi di motivazione».

[orientamento conforme] Cass. civ., Sez. I, 13 giugno 2014, n. 13524. Nella fattispecie in esame, la Corte distrettuale ha inteso motivare il proprio sfavorevole apprezzamento riguardo alla tutelabilità del Regolamento di che trattasi non già limitandosi a rilevare che esso costituisce un "testo prettamente funzionale e finalizzato all'organizzazione di un determinato servizio", in tal modo legittimando la convinzione, peraltro frutto di una riproduzione solo parziale del decisum, che il decidente abbia colpevolmente concentrato la propria attenzione sul contenuto del documento piuttosto che sull'espressività di esso. Il giudi-

zio che la Corte ha voluto manifestare al riguardo è di ampio respiro e intende confermare l'iniziale affermazione con l'osservazione, assai più significativa sul piano decisorio, che «tali considerazioni valgono soprattutto con riferimento alla "elaborazione delle nozioni giuridiche e delle prassi del settore e delle esperienze del professionista (...) per come sono state contestualizzate ed organizzate e combinate fra loro", non emergendo dalla lettura del Regolamento alcuna peculiare e "creativa" elaborazione di nozioni giuridiche, prassi del settore, esperienze del professionista, ma solo indicazioni pratiche e funzionali».

7.2. Protezione del layout

[orientamento consolidato] Cass. civ., Sez. I, 20 aprile 2020, n. 8433 ritiene tutelabile ai sensi della Legge sul diritto d'autore l'organizzazione dello spazio risultante dalla precisa combinazione d'insieme di elementi che, pur comuni ove singolarmente esaminati, risulti nell'insieme originale, in quanto dotata del quel minimo di apporto creativo idoneo alla sua promozione per l'accesso alla tutela autorale e in quanto frutto non di scelte di carattere funzionale e banali (secondo l'accertamento dei giudici di merito, l'ingresso open space, con ai lati due grandi grafiche retroilluminate, all'interno, espositori laterali consistenti in strutture continue ed inclinate lungo le pareti, isole a bordo curvilineo posizionate al centro del negozio, presenza di numerosi schermi TV incassati negli espositori inclinati, utilizzazione di combinazioni di medesimi colori, bianco, nero, rosa/viola, e punti di illuminazione che diffondono luci "fredde").

7.3. Tardivo recepimento di norme europee e sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza in vista dell'emanazione di un decreto-legge

[orientamento prevalente] Corte costituzionale, sentenza 13 luglio 2020, n. 149. Nel decidere sul tardivo recepimento di norme europee e sulla sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza in vista dell'emanazione di un decreto legge, la Corte Costituzionale - pronunciandosi in via incidentale - con la sentenza n. 149/2020 ha rigettato una questione di legittimità costituzionale fondata sul disposto dell'art. 19 del decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148 (Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili. Modifica alla disciplina dell'estinzione del reato per condotte riparatorie), convertito, con modificazioni, in legge 4 dicembre 2017, n. 172. Secondo il

giudice rimettente, tale disposizione si sarebbe posta in contrasto con l'art. 77 Cost., con particolare riguardo all'insussistenza dei presupposti di necessità e urgenza richiesti per l'adozione di un decreto-legge. La disposizione censurata modifica gli artt. 15-bis e 180 della legge 22 aprile 1941, n. 633, estendendo l'attività d'intermediazione del diritto d'autore, in precedenza riservata alla Società italiana autori ed editori (SIAE), anche agli altri organismi di gestione collettiva (OGC), come definiti dall'art. 2, comma 1, del decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35. Il giudice rimettente lamentava una violazione dell'art. 77 Cost. Da un lato, infatti, in considerazione della natura di riforma ordinamentale della modifica sistema d'intermediazione, risulterebbero insussistenti i presupposti di necessità e urgenza richiesti per il ricorso alla decretazione d'urgenza. Per di più, tale riforma, rinviando a ulteriori misure attuative, non sarebbe neppure immediatamente applicabile. Dall'altro lato, se è vero che il d.l. n. 147/2018 risponde a una ratio non univoca ma pur sempre riconducibile a esigenze indifferibili in ambito finanziaria, il censurato art. 19 risulterebbe chiaramente disomogeneo in termini contenutistici. Il giudice delle leggi ricor-

da che il d.lgs. n. 35/2017, che ha riformato la disciplina dell'intermediazione del diritto d'autore, recepiva a sua volta la direttiva 2014/26/UE (c.d. Direttiva Barnier). Tale direttiva, pur non affrontando direttamente il tema del monopolio legale degli OGC nei rispettivi paesi di origine, ha tuttavia posto le basi per la sua graduale erosione. In Italia, però, il d.lgs. n. 35/2017 ha inizialmente fatto salva la riserva alla SIAE per l'attività d'intermediazione nella gestione dei diritti d'autore. Il d.lgs. n. 35/2017 è stato emanato in ritardo rispetto al termine fissato per il recepimento della direttiva Barnier: nel corso dei contatti con le istituzioni italiane, prodromici all'apertura di una procedura d'infrazione, gli interlocutori europei hanno formulato perplessità riguardo alla scelta di mantenere il monopolio legale. In un primo momento, la normativa di recepimento è entrata in vigore senza variazioni; nel frattempo, veniva archiviata la procedura d'infrazione già avviata. L'art. 19 del d.l. n. 148/2017 è intervenuto per aprire l'attività d'intermediazione dei diritti d'autore a OGC diversi dalla SIAE. Alla luce di questa ricostruzione, la Corte ritiene che il decreto-legge che ha posto le basi del superamento del monopolio legale della SIAE non

sia manifestamente privo dei presupposti di necessità e urgenza di cui all'art. 77 Cost. La Corte aveva già affermato che "la necessità di introdurre nell'ordinamento interno misure regolatrici, volte a dare attuazione agli obblighi comunitari" – per di più a seguito di "una lunga trattativa" – "rende non manifestamente implausibile la valutazione governativa (...) in ordine al ricorso alla decretazione d'urgenza" (sentenza n. 272/2005; v. anche la sentenza n. 398/1998). Nel caso della direttiva Barnier, l'archiviazione della procedura d'infrazione già avviata si può spiegare in virtù della rapida modifica del d.lgs. n. 35/2017, effettuata con d.l. n. 148/2017. L'esigenza di superare e prevenire procedure d'infrazione per mancata attuazione di norme europee, che in una precedente pronuncia portava la Corte a concludere nel senso della coerenza interna di un decreto-legge sottoposto al suo scrutinio, in questo caso la induce a escludere la carenza evidente dei presupposti di necessità e urgenza. Esaminando gli altri argomenti addotti dal giudice rimettente, la Corte ricorda che la necessità di provvedere con urgenza non postula inderogabilmente un'immediata applicazione delle disposizioni contenute nel decreto-legge. Con riguardo all'omogeneità del d.l. n. 148/2017, infine, questo è un tipico caso di "decreto fiscale", che contiene interventi indifferibili discussi dal Parlamento parallelamente alla legge di bilancio: tale è dunque la ratio unitaria di questo provvedimento governativo "ab origine a contenuto plurimo".

8. Usi civici

8.1. Opere e impianti su suolo assoggettato a vincolo demaniale civico

[orientamento consolidato] Cass. civ., Sez. II, 21 maggio 2020, n. 9373. (Nella fattispecie, la S.C. ha cassato la sentenza gravata nella parte in cui aveva dichiarato la natura demaniale civica di alcuni terreni e non anche delle opere idroelettriche abusivamente realizzate sui terreni medesimi). In applicazione delle regole civilistiche in tema di accessione e di quelle della normativa di uso civico, le opere e gli impianti realizzati senza titolo su di un suolo assoggettato a vincolo demaniale civico ne seguono la sorte, essendo prive di una propria titolarità giuridica diversa dal suolo sul quale insistono e di cui acquisiscono la natura.

Rassegna sul diritto delle obbligazioni e dei contratti

(aprile 2020 – dicembre 2020)

a cura di Gilberto Marra e Simona Milantoni

Sommario: 1. Cessione in blocco di rapporti giuridici. – 2. Transazione parziale. – 3. Conclusione del contratto a formazione progressiva. – 4. Condizioni generali di contratto. – 4.1. Presupposto dell'applicabilità dell'art. 1341 c.c. – 4.2. Approvazione *per relationem.* – 5. Contratto preliminare. – 5.1. Rapporti con il contratto definitivo – 5.2. Scioglimento del contratto preliminare di compravendita nell'ambito del concordato preventivo – 6. Interpretazione del contratto – 7. COVID-19 e contratti di locazione e affitto. – 7.1. Fideiussione. – 7.2. Contratto autonomo di garanzia. – 7.3. Segnalazione in sofferenza e *periculum in mora.* – 7.4. Convalida di sfratto. – 7.5. Sospensione del pagamento del canone. – 7.6. Impossibilità temporanea parziale della prestazione e riduzione temporanea del canone dovuto.

Cessione in blocco di rapporti giuridici

[orientamento consolidato] In tema di cessione del credito, Cass. civ., Sez. VI, 29 settembre 2020, n. 20495 precisa che la disciplina di cui all'art. 58, comma 2, del d.l-gs. 385/1993 agevola la realizzazione della cessione in blocco di rapporti giuridici, prevedendo, quale presupposto di efficacia della stessa nei confronti dei debitori ceduti, la pubblicazione di un avviso nella Gazzetta Ufficiale e dispensando così la banca cessionaria dall'onere di provvedere alla notifica della cessione alle sin-

gole controparti dei rapporti acquisiti. La Suprema Corte precisa altresì che tale adempimento non incide sulla circolazione del credito né sul perfezionamento della fattispecie traslativa, potendo la suddetta pubblicazione essere surrogata dagli altri adempimenti prescritti dall'art. 1264 c.c., come la notificazione della cessione, la quale non è subordinata a particolari requisiti di forma e, quindi, può aver luogo anche mediante l'atto di citazione con cui il cessionario intima il pagamento al debitore ceduto (ex plurimis, Cass. civ., Sez. III, 30 luglio 2004, n. 14610).

2. Transazione parziale

[orientamento consolidato] Cass. civ., Sez. II, 10 luglio 2020, n. **14711** conferma che l'art. 1304, comma 1, c.c. – nel consentire, in deroga al principio secondo cui il contratto produce effetti solo tra le parti, che il condebitore in solido, pur non avendo partecipato alla stipulazione della transazione tra creditore e uno dei debitori solidali, se ne possa avvalere – si riferisce esclusivamente all'atto di transazione che abbia ad oggetto l'intero debito, "mentre non include la transazione parziale che, in quanto tesa a determinare lo scioglimento della solidarietà passiva, riguarda unicamente il debitore che vi aderisce e non può coinvolgere gli altri condebitori, che non hanno alcun titolo per profittarne" (nello stesso senso, si v. anche Cass. civ., Sez. III, 30 settembre 2015, n. 19541; Cass. civ., Sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174). La pronuncia conferma Cass. civ., Sez. III, 6 luglio 2020, n. 13877, la quale ha precisato che se la transazione tra il creditore ed uno dei condebitori solidali ha avuto ad oggetto esclusivamente la quota del condebitore che l'ha conclusa, occorre distinguere due distinte ipotesi. Qualora il condebitore che ha transatto abbia corrisposto una somma pari o superiore alla sua quota ideale di debito, il residuo debito gravante sugli altri debitori in solido si riduce in misura corrispondente all'importo pagato. Diversamente, qualora il condebitore che ha transatto abbia corrisposto una somma inferiore alla sua quota ideale di debito, il debito residuo degli altri coobbligati deve essere ridotto in misura pari alla quota di chi ha transatto.

3. Conclusione del contratto a formazione progressiva

[orientamento consolidato] In tema di contratti a formazione progressiva, Cass. civ., Sez. VI, 2 luglio **2020, n. 13610** conferma che il momento perfezionativo coincide con quello in cui sia raggiunto l'accordo sugli elementi costitutivi, sia principali che secondari, "salvo che le parti abbiano inteso considerare il contratto già definitivamente formato per l'ininfluenza dei punti ancora da definire". In tal ultima ipotesi, la puntuazione assurge a prova del contratto perfezionato, qualora essa contenga l'indicazione degli elementi essenziali del contratto e risulti che le parti abbiano voluto vincolarsi definitivamente, anche tenuto conto del loro comportamento successivo, inteso a dare esecuzione all'accordo risultante dalla puntuazione (si v. anche Cass. civ., Sez. II, 17 ottobre 1992, n. 11429; Cass. civ., Sez. II, 8 aprile 1983, n. 2500).

4. Condizioni di generali di contratto

4.1. Presupposto dell'applicabilità dell'art. 1341 c.c.

[orientamento consolidato] In tema di condizioni generali di contratto, Cass. civ., Sez. VI, 28 settembre 2020, n. 20461, nel solco della pronuncia Cass. civ., Sez. VI, 10 luglio 2013, n. 17073, conferma che, perché sussista l'obbligo della specifica approvazione di cui all'art. 1341, comma 2, c.c., è necessario che lo schema del contratto sia stato predisposto da uno dei contraenti per servire ad una serie indefinita di rapporti, "sia dal punto di vista sostanziale, perché confezionate da un contraente che esplichi attività contrattuale all'indirizzo di una pluralità indifferenziata di soggetti, sia dal punto di vista formale, in quanto predeterminate nel contenuto a mezzo di moduli o formulari utilizzabili in serie". Ne discende, pertanto, che non necessitano di una specifica approvazione scritta le clausole contrattuali elaborate da uno dei contraenti in previsione e con riferimento ad un singolo negozio, cui l'altro contraente possa richiedere di apportare le necessarie modifiche dopo averne liberamente apprezzato il contenuto.

4.2. Approvazione per relationem

[orientamento consolidato] Cass. civ., Sez. VI, 23 ottobre 2020, n. 23194 conferma che quando i contraenti, al fine dell'integrazione regolamentazione della negoziale, fanno riferimento in una clausola del contratto alla disciplina fissata in un distinto documento, le previsioni di quella disciplina si intendono conosciute e approvate per relationem, assumendo pertanto il valore di clausole concordate senza necessità di una specifica approvazione per iscritto ai sensi dell'art. 1341 c.c. (ex plurimis, Cass. civ., Sez. VI, 19 giugni 2019, n. 16439; Cass. civ., Sez. I, 19 ottobre 2012, n. 18041; Cass. civ., Sez. I, 4 mag**gio 2000, n. 5578**). Allo stesso modo, Cass. civ., Sez. VI, 16 luglio 2020, n. 15253 conferma che "Le clausole inserite in un contratto stipulato per atto pubblico, ancorché si conformino alle condizioni poste da uno dei contraenti, non possono considerarsi come predisposte dal contraente medesimo ai sensi dell'art. 1341 c.c. e, pertanto, pur se vessatorie, non necessitano di specifica approvazione; è efficace, pertanto, la clausola di deroga alla competenza territoriale che, pur se contenuta in un documento separato ed unilateralmente predisposto, sia stata oggetto di un esplicito richiamo in contratto e sottoscritta dall'altro contraente, che abbia dichiarato di averne preso visione e di approvarne il contenuto, avendo, in tal caso, il valore, per effetto di una 'relatio perfecta', delle clausole concordate' (si v. anche Cass. civ., Sez. II, 20 giugno 2017, n. 15237).

5. Contratto preliminare

5.1. Rapporti con il contratto definitivo

[orientamento consolidato] Cass. civ., Sez. II, 7 ottobre 2020, n. 21529 conferma che il contratto preliminare, determinando soltanto l'obbligo reciproco delle parti alla stipulazione di nuovo contratto, è superato dal contratto definitivo, la cui disciplina può anche non conformarsi a quella del preliminare, salvo che le parti non abbiano espressamente previsto che essa sopravviva anche dopo la stipulazione del contratto definitivo (v. anche Cass. civ., Sez. II, 14 marzo 2018, n. 6223).

5.2. Scioglimento del contratto preliminare di compravendita nell'ambito del concordato preventivo

[orientamento innovativo] Cass. civ., Sez. I, 23 novembre 2020, n. 26568, in tema di richiesta di scioglimento di un contratto preliminare di compravendita a séguito di accoglimento della domanda di

concordato preventivo, ha affermato che occorrerà "verificare che il debitore, nel formulare un piano che contempli l'autorizzazione allo scioglimento dal contratto pendente, a norma della L. Fall., art. 169-bis, abbia agito conformemente ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, in modo da evitare che ne derivi un ingiusto pregiudizio a carico dell'altro contraente, con conseguente abuso dello strumento concordatario", in coerenza con i principi di recente affermati dalla direttiva Ue 2019/1023 in tema di ristrutturazione preventiva, che dovrà essere recepita in Italia entro il mese di luglio 2021. In particolare, nel solco dei principi da ultimo già enunciati da Cass. civ., Sez. I, 15 giugno 2020, n. 11524, la pronuncia ha confermato che se uno dei contraenti abbia adempiuto la propria prestazione, non può trovare applicazione l'articolo 169-bis L. fall., ai sensi del quale il debitore nel ricorso di cui all'art. 161 L. fall. può chiedere che il Tribunale (o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato) lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso; diversamente, l'articolo 169bis L. fall. trova applicazione qualora, al momento della presentazione della domanda di concordato, il contratto preliminare non ha ancora avuto compiuta esecuzione riguardo alle prestazioni principali.

6. Interpretazione del contratto

[orientamento consolidato] In tema di interpretazione del contratto, Cass. civ., Sez. I, 2 luglio 2020, n. 13595 conferma che il carattere prioritario dell'elemento letterale non deve essere inteso in senso assoluto; il richiamo alla comune intenzione delle parti, di cui all'art. 1362 c.c., impone infatti di estendere l'indagine a quei criteri logici, teleologici e sistematici, anche laddove il testo dell'accordo sia chiaro ma, tuttavia, incoerente con indici esterni rivelatori di una diversa volontà dei contraenti: pertanto, assume valore rilevante anche il criterio logico-sistematico di cui all'art. 1363 c.c., che impone di desumere la volontà dei contraenti da un esame complessivo delle diverse clausole aventi attinenza alla materia in contesa, tenendosi, altresì, conto del comportamento, anche successivo, delle parti (si v. anche Cass. civ., Sez. III, 26 luglio 2019, n. 20294; Cass. civ., Sez. I, 28 giugno 2017, n. 16181).

7. COVID-19 e contratti di locazione e affitto

7.1. Fideiussione

[orientamento innovativo] Trib. Venezia, Sez. I, ord. 14 aprile 2020, in tema di risoluzione del

contratto di locazione commerciale domandata dal conduttore sul presupposto della impossibilità della prestazione per causa non imputabile ex art. 1256 c.c. e della sussistenza di un'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione ex art. 1467 c.c., dipendenti dalla diffusione della pandemia da COVID-19 (e prima ancora, nella città lagunare dal fenomeno dell'acqua alta verificatosi nel 2019), in sede di provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. emesso inaudita altera parte, ha ordinato alla banca fideiussore di non pagare quanto richiesto dal locatore a garanzia dell'obbligazione e di non rivalersi comunque sul conduttore, riservando di disporre le modalità di prosieguo della trattazione in conformità dell'evoluzione della normativa dell'emergenza.

7.2. Contratto autonomo di garanzia

[orientamento innovativo] Trib. Milano, Sez. VI, ord. 24 luglio 2020, precisando che la normativa emergenziale non spiega alcun peso sulla distinzione intercorrente tra contratto autonomo di garanzia e contratto di fideiussione, ha escluso la ricorrenza dell'exceptio doli generalis in caso di escussione della garanzia, posto che nonostante il tenore delle misure

di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza sanitaria, dalle stesse non risulta con certezza ed incontestabilità l'estinzione dell'obbligazione di pagamento del canone di locazione. Alcun profilo di abusività sarebbe inoltre rinvenibile nel diniego di rinegoziazione in esecuzione dell'obbligo di buona fede *ex* art. 1375 c.c.

7.3. Segnalazione in sofferenza e periculum in mora

[orientamento innovativo] Trib. Milano, Sez. VI, ord. 10 giugno 2020, in tema di locazione commerciale assistita da garanzia bancaria in favore del locatore, ha rigettato l'istanza inibitoria dell'escussione della garanzia. La pronuncia ha precisato che il rischio di segnalazione in sofferenza da parte della banca che stia per pagare quanto dovuto al locatore, con conseguente possibilità di esercitare azione di regresso nei confronti del conduttore, non configura un pregiudizio imminente ed irreparabile. Infatti, la segnalazione in sofferenza non è conseguenza immediata del pagamento della garanzia, ma dell'azione di regresso, e presuppone comunque l'accertamento di una definitiva incapacità solutoria del debitore. In senso contrario si è pronunciato Trib. Genova, Sez.

III, ord. 1º giugno 2020, il quale, ritenute sussistenti le ragioni giustificative dell'emissione di un provvedimento inaudita altera parte, ha ordinato al locatore di astenersi dalla presentazione all'incasso dei titoli cambiari in suo possesso emessi a garanzia del pagamento dei canoni di locazione d'azienda e del canone di affitto dei locali, nonché di astenersi dall'effettuare girate a favore di terzi, in considerazione degli effetti pregiudizievoli che l'affittuario potrebbe subire ove i titoli dati in garanzia vengano posti all'incasso e non vengano successivamente pagati per difetto di provvista, quale in particolare la levata del protesto e la segnalazione alla Centrale Rischi (conferma Trib. Bologna, n. **4976 del 12 maggio 2020** che ha inibito al locatore di mettere all'incasso gli assegni bancari emessi a garanzia del pagamento dei canoni locatizi, per la morosità riferita ai mesi di aprile-luglio 2020).

7.4. Convalida di sfratto

[orientamento innovativo] Trib. Avellino, Sez. I, ord. 9 novembre 2020, in tema di locazione commerciale, argomentando dall'art. 3, comma 6-bis, del d.l. 6/2020, il quale prevede che "Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato

ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti", non ha convalidato lo sfratto intimato né emesso l'ordinanza di rilascio provvisorio, in considerazione dell'attinenza della morosità alle corrispondenti mensilità mergenza sanitaria. La pronuncia conferma Trib. Napoli, Sez. IX, ord. 15 luglio 2020 la quale ha rigettato l'istanza di rilascio dell'immobile locato, anche in considerazione della delicata situazione di crisi economico-sociale dovuta alla pandemia da COVID-19.

7.5. Sospensione del pagamento del canone

[orientamento innovativo] Trib. Pisa, Sez. I, ord. 30 giugno 2020, il quale, precisando che il soggetto che invoca l'applicazione dell'art. 1467 c.c. deve dimostrare la sussistenza dei presupposti ivi considerati, ha escluso che la legislazione dell'emergenza contenga una norma dalla quale desumere il diritto del conduttore-affittuario all'automatica sospensione del canone dovuto. Nello stesso senso, Trib. Pordenone, ord. 8 luglio 2020, che in sede di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., ha

rigettato la richiesta di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo, motivando dalla inesistenza di una norma, nell'ambito della legislazione dell'emergenza, che permetta al debitore di sospendere o rifiutare il pagamento del canone in ipotesi di attività interdetta nel periodo della pandemia.

7.6. Impossibilità temporanea parziale della prestazione e riduzione temporanea del canone dovuto

[orientamento innovativo] Trib. Bari, ord. 9 giugno 2020, all'esito dell'istanza, formulata da parte dell'utilizzatore di un immobile pignorato, di riduzione del corrispettivo del contratto di precario utilizzo per i mesi marzo-luglio 2020 (in concomitanza con l'emergenza sanitaria) ha autorizzato la riduzione, sulla scorta dei poteri attribuiti al G.E. da parte dell'art. 484 c.p.c. Allo stesso modo, pronunciandosi sull'istanza di risoluzione del contratto di affitto di ramo d'azienda, Trib. Roma, Sez. V, ord. 25 luglio 2020, dopo aver precisato che la richiesta di esonero dall'obbligo di eseguire la prestazione non è inquadrabile nella fattispecie dell'art. 1467 c.c., ma in quella di cui all'art. 1256 c.c., ha rigettato la domanda, qualificando l'impossibilità della prestazione quale parziale e temporanea, tramite il combinato disposto degli artt. 1256 c.c. e 1464 c.c. Secondo la pronuncia, il canone dovuto deve essere ridotto fino a che il debitore non sia in grado di adempiere compiutamente l'intera prestazione, dunque a far data dalla materiale disponibilità del ramo d'azienda da utilizzare secondo la regolamentazione contrattuale. Sulla stessa scia si pone **Trib.** Roma, Sez. VI, ord. 27 agosto 2020 (già preceduta, nel medesimo senso, da Trib. Roma, Sez. **V, ord. 29 maggio 2020**), il quale, ritenendo sussistenti le esigenze cautelari, ha accolto la domanda di riduzione dei canoni locatizi, disponendo la sospensione par-

ziale della garanzia fideiussoria. Considerata la pandemia alla stregua di una sopravvenienza fattuale e giuridica, tale da giustificare l'applicazione della disciplina della rinegoziazione anche al di fuori delle ipotesi dell'art. 1467, comma 3, c.c., in considerazione del canone integrativo della buona fede e della ritenuta inadeguatezza della disciplina della risoluzione ex art. 1256 c.c., la pronuncia ha disposto la riduzione del canone dovuto ex art. 1464 c.c., destinata a cessare al momento della cessazione della impossibilità parziale temporanea della prestazione. Nel medesimo senso si segnala, inoltre, Trib. Venezia, Sez. I, ord. 28 luglio 2020.

Rassegna sulla responsabilità civile

(giugno 2020 - dicembre 2020)

a cura di Marco Campagna, Alfonso Gallo Carrabba, Eleonora Jacovitti, Flavio Petrocelli e Rita Tuccillo

Sommario: 1. Responsabilità ambientale. – 1.1. Criterio di determinazione della sanzione. – 2. Responsabilità professionale. – 2.1. Responsabilità professionale del mediatore immobiliare per omissione di informazioni relative alle condizioni di capacità patrimoniale del promittente venditore. – 2.2. Responsabilità del potenziale datore di lavoro in ipotesi di dichiarazioni discriminatorie fondate sull'orientamento sessuale. – 2.3. Responsabilità professionale dell'avvocato: il dies a quo del termine di prescrizione dell'azione di responsabilità — 3. Responsabilità del medico e delle strutture sanitarie. – 3.1. Danno. – 4. Responsabilità civile della P.A. – 4.1. Limiti di operatività del principio di vicinanza della prova e accertamento del nesso causale.

1. Responsabilità ambientale

1.1. Criterio di determinazione della sanzione

[orientamento prevalente] Cass. civ., Sez. II, 30 ottobre 2020, n. 24126, ha affermato che al fine di determinare l'entità della sanzione è necessario assumere quale parametro di riferimento «il profitto derivante dalla trasgressione» determinato, nel caso in esame, dalla differenza di valore del fondo, sito in zona classificata «a preminente vocazione forestale», sul quale era stato realizzato un manufatto abusivo.

In applicazione di tale principio, il Collegio ha ritenuto corretta l'interpretazione fornita dalla Corte d'Appello, secondo la quale il profitto doveva essere determinato con riferimento all'utilità economica che il trasgressore avrebbe potuto trarre dalla vendita del bene o dall'incremento di valore conseguito dal bene medesimo a seguito della realizzazione della condotta vietata. Pertanto, è conforme alla normativa di settore il calcolo del profitto basato sulle caratteristiche concrete assunte dal fondo per effetto della trasformazione conseguente alla

specifica struttura abusiva realizzata.

2. Responsabilità professionale

2.1. Responsabilità professionale del mediatore immobiliare per omissione di informazioni relative alle condizioni di capacità patrimoniale del promittente venditore

[orientamento inedito] Cass. civ., Sez. II, 29 settembre 2020, n. 20512, ha affermato che, ai sensi dell'art. 1759 c.c., il mediatore immobiliare è tenuto a informare le parti di tutte le circostanze, a lui note, influenti sulla sicurezza dell'affare ivi comprese quelle relative alla capacità patrimoniale del promittente venditore. Nell'ipotesi in cui alla stipulazione del contratto preliminare acceda la dazione di una somma di denaro a titolo di anticipo sul prezzo o di caparra confirmatoria, il promissario acquirente deve potere confidare sulla possibilità di recuperare la somma anticipata in caso di inadempienza della controparte agli obblighi assunti con il predetto negozio sicchè il mediatore che abbia omesso di informare il promissario acquirente della insolvibilità del promittente venditore è tenuto al risarcimento dei danni conseguenti alla violazione dei propri obblighi di diligenza professionale.

Nel caso di specie la Suprema Corte ha cassato la decisione impugnata che aveva escluso l'applicabilità dell'art. 1759 c.c. alle condizioni personali e patrimoniali del promittente venditore e per avere erroneamente invertito le regole di ripartizione dell'onere della prova nella parte in cui aveva rigettato la domanda risarcitoria promossa dal promittente acquirente sul rilievo che, una volta conosciuta l'insolvenza del promittente venditore, lo stesso avrebbe dovuto dimostrare che non avrebbe contrattato o avrebbe stipulato il contratto preliminare a condizioni diverse.

2.2. Responsabilità del potenziale datore di lavoro in ipotesi di dichiarazioni discriminatorie fondate sull'orientamento sessuale

[orientamento innovativo] Cass. civ., Sez. I, ord. 15 dicembre 2020, n. 28646, ha affermato che, ai sensi dell'art. 5 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, le associazioni esponenziali degli interessi lesi da dichiarazioni discriminatorie rilevanti in ambito lavorativo fondate sull'orientamento sessuale del lavoratore sono legittimate ad agire in giudizio per il risarcimento del danno nei confronti dell'autore dell'illecito discriminatorio

a condizione che i predetti enti siano muniti di adeguata rappresentatività degli interessi collettivi tutelati. Il legislatore italiano, in attuazione dell'art. 8 Direttiva 2000/78/CE, ha previsto una tutela più incisiva di diritto nazionale rispetto agli atti discriminatori riconoscendo alle predette associazioni l'indicata legittimazione attiva nel caso in cui si verifichino fatti idonei a costituire una discriminazione nei confronti di una categoria di persone, anche se non sia identificabile una singola persona lesa e sebbene le stesse dichiarazioni discriminatorie siano adottate al di fuori di una attuale procedura di selezione di lavoratori.

Nel caso di specie la Suprema Corte ha respinto il ricorso proposto da un noto avvocato, condannato al risarcimento del danno in favore di una associazione costituita per la tutela dei diritti L.G.B.T.I., a causa delle dichiarazioni discriminatorie rese nel corso di una trasmissione radiofonica nei confronti degli avvocati aventi un determinato orientamento sessuale ancorchè le stesse non fossero destinate a soggetti determinati e in assenza di un'attuale procedura di assunzione.

2.3. Responsabilità professionale dell'avvocato: il dies a quo del ter-

mine di prescrizione dell'azione di responsabilità

[orientamento inedito] Cass. civ., Sez. III, ord. 3 novembre 2020, n. 24270, ha affermato che il dies a quo del termine prescrizionale dell'azione di responsabilità dell'avvocato per inesatto adempimento dell'incarico professionale coincide con il momento nel quale si ha certezza del danno che ne consegue. L'effetto dannoso dell'inadempimento non discende esclusivamente dall'inadempimento stesso, ma dall'esito definitivo del processo poiché prima del passaggio in giudicato della sentenza conclusiva del giudizio le conseguenze dannose dell'inadempimento sono soltanto potenziali e, in quanto tali, inidonee a far decorrere il termine prescrizionale.

Nel caso di specie la Suprema Corte ha respinto il ricorso con il quale un avvocato aveva prospettato la violazione dell'art. 2935 c.c. sul rilievo che la Corte territoriale avrebbe dovuto far decorrere il termine prescrizionale dell'azione di responsabilità non già dal passaggio in giudicato della sentenza sfavorevole, ma da quello della oggettiva percepibilità del credito risarcitorio da parte del cliente, coincidente con il deposito della sentenza di primo grado dall'esito negativo.

3. Responsabilità del medico e delle strutture sanitarie

3.1. Danno

orientamento innovativo condo quanto stabilito da Cass. civ., Sez. III, ord. 26 giugno 2020, n. 12906, il giudice nella valutazione della cd. perdita di chance deve tenere distinta la dimensione della causalità da quella dell'evento di danno e deve altresì valutare il grado di incertezza dell'una e dell'altra. A tal fine, si deve muovere dalla previa e necessaria indagine sul nesso causale tra la condotta e l'evento, secondo il criterio del "più probabile che non", e procedere, poi, all'identificazione dell'evento di danno. La Cassazione ha, quindi, chiarito che la riconducibilità dell'evento di danno al concetto di chance postula una incertezza del risultato sperato, e non il mancato risultato stesso. In tale ultima ipotesi non è, infatti, lecito discorrere di una chance perduta, ma di un altro e diverso danno. Da ciò consegue che, provato il nesso causale rispetto ad un evento di danno accertato nella sua esistenza e nelle sue conseguenze dannose risarcibili, il risarcimento di quel danno sarà dovuto integralmente.

4. Responsabilità civile della P.A.

4.1. Limiti di operatività del principio di vicinanza della prova e accertamento del nesso causale

[orientamento inedito] Cass. civ., Sez. lav., 24 giugno 2020, n. 12490 ha affermato che il criterio di vicinanza della prova, quale mezzo di definizione della regola finale di giudizio di cui all'art. 2697 c.c., non può operare qualora l'interessato abbia la possibilità, secondo le regole di cui al diritto di accesso agli atti della P.A. o eventualmente sulla base degli strumenti processuali a tal fine predisposti dall'ordinamento, di acquisire la documentazione necessaria a suffragare le proprie ragioni; il criterio in esame neppure può essere richiamato qualora il fatto rimasto ignoto e destinato ad integrare uno degli elementi costitutivi del diritto azionato - quale è, in ambito di responsabilità contrattuale, il nesso causale tra inadempimento e danno – risulti integrato da più possibili evenienze concrete che risultino, anche solo per taluna di esse, estranee alla sfera di conoscenza della parte di cui si prospetta la prossimità rispetto alle circostanze rilevanti.

Con riguardo all'accertamento del nesso causale, la Corte ha poi affermato che non possono operare a favore della parte inadempiente, dal punto di vista probatorio, evenienze che scaturiscono dal suo stesso inadempimento, dovendosi apprezzare tale nesso, secondo un giudizio prognostico *ex ante*, sulla base di quanto sarebbe accaduto e della complessiva situazione dedotta in giudizio, ove l'inadempimento non vi fosse stato.

Rassegna sulla tutela dei diritti

(gennaio 2020– dicembre 2020) a cura di Edoardo Messineo

Sommario: 1. Trascrizione. – 1.1. Rinnovazione della trascrizione della domanda giudiziale. – 1.2. Sistema tavolare e pubblicità della divisione. – 2. Le prove. – 2.1. Prova presuntiva. – 2.2. Atto pubblico – 3. Della responsabilità patrimoniale. – 3.1. Pegno– 3.2. Ipoteca – 3.3. Azione surrogatoria. – 3.4. Azione revocatoria. – 3.5. Sequestro conservativo. – 4. Della tutela giurisdizionale dei diritti. – 4.1. Esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto. –5. Prescrizione e decadenza. – 5.1.1. Del diritto al risarcimento del danno. – 5.1.2. Della servitù. – 5.1.3. Della rendita vitalizia. – 5.1.4. Della mediazione. – 5.5. Effetti sospensivi e interruttivi. – 5.6. Prescrizione presuntiva. – 5.7. Decadenza. – 5.7.1. Della garanzia per gravi difetti nell'appalto. – 5.7.2. Della assicurazione della responsabilità civile.

1. Trascrizione

 Rinnovazione della trascrizione della domanda giudiziale

[orientamento innovativo] Il giudice di legittimità, in Cass. civ. Sez. II, 22 dicembre 2020, n. 29248, è stato chiamato a pronunciarsi in merito alla corretta interpretazione della norma di cui all'art. 2668-bis, u.c., c.c., in forza della quale la rinnovazione della trascrizione della domanda giudiziale deve essere fatta, se al tempo della rinnovazione risultano dai registri delle trascrizioni passati agli eredi o agli aventi causa, anche nei confronti di questi ultimi.

Il Supremo Collegio ha avuto modo di affermare che la detta rinnovazione debba essere eseguita esclusivamente nei confronti dell'attuale titolare del bene, a condizione che dalla nota di trascrizione si evinca la volontà di rinnovare l'originaria trascrizione.

In questo senso la tutela dei terzi che discende dal regime pubblicitario, relativa alla conoscibilità della presenza del vincolo di cui alla trascrizione della domanda, è assicurata solo nei confronti di chi può ulteriormente trasmettere la titolarità del bene, rimanendo superflua una trascrizione contro i titolari intermedi.

1.2. Sistema tavolare e pubblicità della divisione

[orientamento consolidato] Il giudice di legittimità in Cass. civ. Sez. II, 24 novembre 2020, n. 26692, ha affrontato la questione relativa al regime di pubblicità previsto nel sistema tavolare per la divisione o la domanda di divisione giudiziale.

Il Supremo Collegio ha avuto modo di affermare che i detti atti non sono sopposti al regime di pubblicità proprio degli atti traslativi.

Di fatto, quanto alla divisione e alla domanda di divisione giudiziale, le regole di pubblicità anche nel sistema tavolare sono previste con lo scopo di assicurare il principio di continuità e per gli effetti previsti dall'art. 1113 c.c.

Dalle dette premesse discende logicamente che l'avente causa o il creditore di uno dei comproprietari, qualora abbia trascritto il proprio titolo prima della trascrizione della divisione, acquisisce la possibilità di impugnare la divisione già eseguita, qualora non sia stato chiamato a parteciparvi ovvero di disconoscerne immediatamente l'efficacia, qualora l'omissione sia avvenuta in danno dei soggetti previsti dall'art. 1113, comma 3, c.c.

2. Le prove

2.1. Prova presuntiva

[orientamento consolidato] Il giudice di legittimità, in Cass. civ. sez. trib, 29 ottobre 2020, n. 23860, è stato chiamato a pronunciarsi in merito alla vigenza nell'ordinamento del divieto di c.d. doppia presunzione.

Il Supremo collegio ha avuto modo di affermare che, nel sistema processuale vigente, non possa ricavarsi, dal combinato disposto degli artt. 2729 e 2697, un divieto di presunzione c.d. di secondo grado.

Da ciò discende che, stante la possibilità che da un fatto accertato in via presuntiva se ne possa indurre un altro, rimane ferma la esigenza di valutare in concreto l'attendibilità logica del risultato raggiunto in base ai criteri di gravità precisione e concordanza.

Segue la medesima linea argomentativa in tema di divieto di c.d. doppia presunzione Cass. civ. Sez. trib, 7 dicembre 2020, n. 27982.

[orientamento consolidato] Cass. civ. Sez. IV, 30 ottobre 2020, n. 24160, risolvendo una controversia in tema di accertamento di società di fatto, si pronuncia in merito alla ricostruzione del procedimento relativo alla prova

presuntiva. Il Supremo Collegio suddivide il detto procedimento in due fasi.

In un primo momento il giudice valuta quegli elementi che presentano una reale o potenziale efficacia probatoria, provvedendo a eliminare quelli intrinsecamente privi di rilevanza.

In un secondo momento il giudice invece provvede a una valutazione non più atomistica ma unitaria di tutti gli elementi di prova con lo scopo di accertare se essi siano concordati e se la loro valutazione congiunta possa fornire una valida prova presuntiva.

[orientamento consolidato] Cass. civ. Sez. IV, 9 novembre 2020, n. 25088, è stata chiamata a pronunciarsi in merito ad una controversia relativa alla impugnazione di un testamento.

La Corte interviene relativamente ad una vicenda in cui i giudici di merito avevano negato a una donna la sussistenza dell'interesse a impugnare il testamento poiché non aveva dato la prova della non esistenza di altri successibili appartenenti alle categorie chiamate per legge alla successione.

Gli Ermellini ritengono che la prova del fatto negativo possa anche essere data per presunzioni, le quali non devono essere valutate in termini di certezza, ma di evidente probabilità di inesistenza di altri successibili.

2.2. Atto pubblico

[orientamento controverso] Cass civ. Sez. I, 10 febbraio 2020, n. 3089, rimette alle Sezioni Unite la questione relativa alla funzione da attribuire al controllo notarile in forza della disciplina di cui all'art. 19, comma 4 del decreto legge 31 maggio 2010 n. 78.

Invero secondo un primo orientamento, seguito dal giudice del merito, l'atto di trasferimento di un diritto, nell'ambio della regolazione dei rapporti fra i coniugi in caso di crisi coniugale, deve essere redatto dal notaio il cui controllo sulla validità e sulla legalità dello stesso risulta imprescindibile e insostituibile.

La Corte tuttavia sembra sposare l'opzione interpretativa opposta per cui si dovrebbe ritenere esclusa la necessità dell'atto pubblico notarile.

3. Della responsabilità patrimoniale

3.1. Pegno

[orientamento consolidato] Cass. civ. Sez. III, 13 maggio 2020, n. 8881, è stata chiamata a pro-

nunciarsi in merito alla applicabilità alla vendita al pubblico incanto della cosa ricevuta in pegno della disciplina di cui all'art. 2922 prevista in materia di vendita forzata, in forza della quale al compratore è negata la possibilità di giovarsi della garanzia per vizi della cosa venduta, giacché il creditore garantito non ha la libera negoziabilità delle cose oggetto di pegno.

Gli Ermellini configurano la vendita di cui all'art. 2797 c.c. quale forma di autotutela esecutiva con caratteristiche differenti dall'espropriazione forzata: ne discende che la norma prevista dall'art. 2922 c.c. non è da ritenersi applicabile.

Dal detto ragionamento discende tuttavia la liceità, in forza del principio di cui all'art. 1322 c.c., di una clausola che escluda il diritto dell'acquirente di rilevare i vizi redibitori, nei limiti dell'aliud pro alio.

[orientamento consolidato] Il giudice di legittimità in Cass. civ. Sez. VI, 28 febbraio 2020, n. 5475, ha affrontato la questione relativa alla natura della opposizione alla vendita della cosa data in pegno di cui all'art. 2797, comma 2, c.c.

Gli Ermellini hanno chiarito che la detta opposizione abbia la

natura di opposizione alla esecuzione di cui all'art. 615 c.p.c.

Da ciò discende logicamente che essa sia sottoposta alle regole processuali proprie dell'opposizione all'esecuzione, anche per quanto attiene alla sospensione dei termini processuali durante il periodo feriale.

La detta disciplina deve ritenersi applicabile anche al giudizio di cassazione, quanto al rilievo d'ufficio della inammissibilità del ricorso.

3.2. Ipoteca

[orientamento Sezioni Unite] Il giudice di legittimità in Cass. civ. Sez. Un., 14 dicembre 2020, n. 28387, è intervenuto a dirimere un contrasto giurisprudenziale relativa agli effetti del decreto di trasferimento, nel procedimento di espropriazione e vendita forzata immobiliare, sui vincoli e pesi inerenti al bene esecutato.

Secondo un primo orientamento, fondato sulla disciplina di cui all'art. 2878 c.c., il decreto di trasferimento del diritto determina con immediatezza la estinzione dei vincoli e presi presenti sul bene, alla cui cancellazione è tenuto il Conservatore dei registri immobiliari, senza la necessità di attendere lo spirare dei termini previsti per le opposizioni esecutive di cui all'art. 617 c.p.c.

Un secondo orientamento ritiene invece, sulla base della disposizione di cui all'art. 2884 c.c., che per la cancellazione dei vincoli e pesi sia necessario che il decreto non sia più impugnabile.

Il Supremo Collegio nella sua più alta assise ritiene di dover condividere la prima delle due opzioni interpretative: questo sulla base di alcune dirimenti argomentazioni.

In primis con riferimento agli scopi e ai principi proprio del processo esecutivo che in sostanza sono volti a realizzare la primaria tutela della parte creditrice.

In secundis quanto alla esigenza di garantire la preminenza del principio di certezza e di affidamento proprio del processo esecutivo, da cui discende logicamente la necessità di far in modo che le condizioni del procedimento di vendita siano sostanzialmente non modificabili. In ultimo proprio quanto alla particolare struttura del processo esecutivo che è volto alla pronuncia di atti dell'organo giudicante che anno l'esclusivo scopo di addivenire alla liquidazione dei beni coinvolti nella procedura espropriativa.

Ne discende la immediatezza del trasferimento del diritto libero da pesi e vincoli, la cui cancellazione deve essere eseguita dal Conservatore.

3.3. Azione surrogatoria

[orientamento consolidato] Il giudice di legittimità in Cass. civ. Sez. VI, 31 agosto 2020, n.18051, si è espresso sulla possibilità di esercitare per la prima volta l'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 c.c. mediante ricorso per Cassazione. Gli Ermellini escludono la proponibilità omisso medio della detta azione.

Tanto sulla base delle caratteristiche strutturali dell'azione surrogatoria la quale si connota non tanto in termini meramente rappresentativi, ma quale esercizio di un potere la cui valutazione processuale spetta al giudice di merito.

Una valutazione che si esplica in una indagine fattuale che pertanto rimane esclusa dal giudizio di legittimità, nel quale non si può realizzare una ulteriore valutazione del merito della causa ma esclusivamente un giudizio di conformità alla legge degli apprezzamenti svolti dal giudice del merito.

3.4. Azione revocatoria

[orientamento inedito] Il giudice di legittimità in Cass. civ. Sez. III, 16 novembre 2020, n. 25862, ha avuto modo di esprimersi in merito ad una vicenda relativa alla sussistenza dell'interesse ad agire in revocatoria qualora il bene torni nel patrimonio del debitore.

Gli Ermellini hanno escluso che alla retrocessione del bene nel patrimonio del debitore consegua automaticamente il venir meno dell'interesse del creditore ad agire in revocatoria.

Questo sulla base di una articolata argomentazione.

In primis con riferimento alla possibilità di abusi che un tale automatismo potrebbe comportare. Con una serie di alienazioni e retrocessioni, il debitore potrebbe rendere infatti più onerosa la soddisfazione del creditore.

In secundis quanto alla mancanza di effetto retroattivo proprio della retrocessione, la quale potrebbe esporre il creditore alla eventualità di subire iscrizioni e trascrizioni che potrebbero pregiudicare le sue ragioni creditorie. Il giudice di legittimità rietine dunque che la retrocessione del bene di per sé non comporti il venir meno dell'interesse ad agire.

Di fatto l'accoglimento della azione revocatoria risulta utile, nel ragionamento seguito dal Supremo Collegio, in forza della efficacia prenotativa propria della trascrizione della domanda giudiziale ai sensi e per gli effetti della disciplina di cui all'art. 2652, n. 5), c.c., che tutela l'interesse creditorio, mettendo a riparo il revocante da eventuali iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli intercorse sino alla pronuncia della sentenza.

[orientamento innovativo] Il giudice di legittimità in Cass. civ Sez. III, 22 giungo 2020, n.12120, si è espresso sulla possibilità di esperire l'azione revocatoria nei confronti di una compravendita immobiliare, stipulata a valle di un contratto preliminare e preceduta dalla trascrizione di un pignoramento.

Un orientamento risalente riteneva non esperibile l'azione revocatoria nei confronti dei contratti conclusi in esecuzione di un contratto preliminare: questo ai sensi dell'art. 2901, comma 3 c.c. che esclude la proponibilità dell'actio pauliana nei confronti dei c.d. atti dovuti.

Con un'argomentazione innovativa gli Ermellini invece hanno affermano la compatibilità della detta azione con un contratto definitivo frutto di contrattazione preliminare.

Il ragionamento si fonda sulla verifica della consapevolezza della trascrizione del pignoramento da parte del terzo, quale presupposto dell'azione revocatoria, in questo senso la verifica della scientia damni "deve essere diretta ad evidenziare se la colpa dello stesso, nel non aver consultato i registri immobi-

liari, possa assumere i connotati della lievità, idonea a giustificare la tutela del suo affidamento".

3.5. Sequestro conservativo

[orientamento consolidato] Cass. civ. Sez. VI, 1º luglio 2020, n. 13275, è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla legittimità del sequestro conservativo in caso di illegittima costituzione del fondo patrimoniale.

In una controversia che vedeva parti processuali l'Amministrazione finanziaria da una parte e due coniugi che avevano costituito un fondo patrimoniale dall'altra, il Giudice di legittimità ha avuto modo di affermare la legittimità del sequestro conservati del fondo patrimoniale concesso alla Agenzia delle Entrate prima dell'esercizio della azione revocatoria.

Ciò in quanto sussiste comunque l'interesse ad agire dell'Amministrazione con lo scopo di rendere a sé inopponibili gli atti di conferimento in fondo patrimoniale dei due contribuenti.

4. Della tutela giurisdizionale dei diritti

4.1. Esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto

[orientamento consolidato] Cass. civ. Sez. II, 26 giugno 2020, n.

12642 ha avuto modo di ribadire la natura dell'azione diretta alla coattiva esecuzione in forma specifica dell'obbligo di stipulare una vendita.

In questo senso gli Ermellini hanno ribadito la natura personale della detta azione in quanto volta al conseguimento del trasferimento di un bene del promittente alienante per mezzo di una pronuncia che sostituisce l'adempimento del vincolo obbligatorio nascente dal contratto.

Ne discende logicamente la possibilità di esperire l'azione di esecuzione in forma specifica esclusivamente nei confronti di colui che ha assunto la obbligazione, la quale si sostanzia in un facere costituito dal trasferimento di diritti o beni, che sarebbero stati trasferiti in virtù del contratto non concluso.

5. Prescrizione e decadenza

5.1.1. Del diritto al risarcimento del danno

[orientamento consolidato] Cass. civ. Sez. III, 17 novembre 2020, n. 26189, ha deciso in merito al termine di prescrizione dell'azione di risarcimento per i danni da trasfusione di sangue infetto.

Il Supremo Collegio ha chiarito che la detta responsabilità ha natura extracontrattuale e dunque il diritto al risarcimento è sottoposto al termine prescrizionale di cinque anni, quand'anche esercitato dai congiunti *iure hereditatis*, qualora l'avente diritto muoia.

Viceversa gli Ermellini ritengono che il termine prescrizionale per il diritto al risarcimento esercitato dai congiunti *iure proprio* debba essere sottoposto al termine ordinario decennale, poiché il decesso del congiunto integra la fattispecie di omicidio colposo.

5.1.2. Della servitù

[orientamento consolidato] Cass. civ. Sez.VI16 ottobre 2020, n. 22579 ha risolto una controversia relativa alla estinzione per prescrizione di una servitù di passaggio in relazione alla mancanza di visibilità di segni di calpestio sul terreno.

La Suprema Corte ha affermato che ai fini del termine di prescrizione della servitù di passaggio, che è per sua natura discontinua, "non assumono rilievo la visibilità delle opere nei confronti del fondo servente ed il carattere sporadico e non apparente dell'esercizio se la situazione dei luoghi lo consente".

5.1.3. Della rendita vitalizia

[orientamento consolidato] Cass.

civ. Sez. VI, 3 dicembre 2020, n. 27683 si è espressa in merito al termine di prescrizione relativo alla rendita per omessi contribuiti di cui all'art. 13, l. 12 agosto 1962, n. 1338.

In questo senso gli Ermellini hanno affermato che il diritto alla costituzione della detta rendita "è soggetto all'ordinaria prescrizione decennale, che decorre dalla maturazione del termine di prescrizione, anch'esso decennale, del diritto al recupero dei contributi da parte dell'Inps per l'accantonamento necessario alla costituzione della riserva matematica del relativo fondo di destinazione".

5.1.4. Della mediazione

[orientamento consolidato] Cass. civ. Sez. II, 29 settembre 2020, n. 20537, si è espressa con riguardo alla mediazione, quanto alla decorrenza del termine di prescrizione per l'ottenimento della somma dovuta a titolo di Iva, affermando che essa decorre dal momento di emissione della fattura.

5.5. Effetti sospensivi e interruttivi

[orientamento consolidato] Cass. civ. Sez. VI, 3 settembre 2020, n. 18305, si è espressa in merito all'efficacia sospensiva e interruttiva dell'iscrizione d'ipoteca ex art. 77 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602.

Gli Ermellini hanno ritenuto che la detta istanza qualora sia dotata degli elementi idonei alla messa in mora, produce effetti esclusivamente interruttivi e non sospensivi.

Questo in quanto "l'effetto sia interruttivo che sospensivo è da ricollegare, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2945, comma 2, e 2943, comma 1, c.c. al compimento di atti tipici e specificamente enumerati".

[orientamento consolidato] Il giudice di legittimità in Cass. civ. Sez. III, 9 luglio 2020, n. 14602, si è pronunciato in merito all'efficacia interruttiva e sospensiva della prescrizione del ricorso per intervento, recante istanza di partecipazione alla distribuzione della somma ricavata.

Gli Ermellini hanno chiarito che la detta istanza, in quanto equiparabile alla domanda proposta nel corso del giudizio, sia idonea ad interrompere il termine del ricorso a far data dalla data di deposito del ricorso e a sospenderne la decorrenza fino all'approvazione del progetto di distribuzione della somma ricavata dalla vendita.

5.6. Prescrizione presuntiva

[orientamento consolidato] Il giudice di legittimità in Cass. civ. Sez.VI, 28 agosto 2020, n.

17980, ha affrontato la questione relativa alla impossibilità di giovarsi della prescrizione presuntiva per il credito che ammetta di non aver pagato.

Gli Ermellini hanno ribadito che la prescrizione presuntiva si fonda esclusivamente sulla presunzione che il pagamento sia avvenuto, avuto riguardo alla natura dell'obbligazione e degli usi, e non sull'inerzia del creditore e sul decorso del tempo come quella ordinaria.

Da ciò discende che l'ammissione del mancato pagamento da parte del debitore contrasta con i presupposti della relativa presunzione, che al contrario suppone l'avvenuto pagamento.

5.7. Decadenza

5.7.1. Della garanzia per gravi difetti nell'appalto

[orientamento consolidato] Cass. civ. Sez.II, 16 gennaio 2020, n. 777 si è espressa con riferimento alla decorrenza del termine per la denuncia del pericolo di rovina e di gravi difetti dell'immobile, previsto dall'art. 1669 c.c.

Il Supremo Collegio ha affermato che il termine di un anno decorre "dal giorno in cui il committente consegua un apprezzabile grado di conoscenza oggettiva dei difetti e della loro derivazione causale dell'imperfetta esecuzione dell'opera, non essendo sufficienti, viceversa, manifestazioni di scarsa rilevanza e semplici sospetti".

5.7.2. Della assicurazione della responsabilità civile

[orientamento consolidato] Cass. civ. Sez. III, 13 maggio 2020,

n.8894 si espressa in merito alla clausola che pone a carico dell'assicurato un termine di decadenza per denunciare l'evento la cui decorrenza non dipenda dalla sua volontà.

Gli Ermellini ne hanno affermato la nullità per contrasto con gli art. 1342 e 2965 c.c.

Rassegna su Impresa e mercato

(gennaio 2020 – dicembre 2020)

a cura di Michele Belli, Fabiana D'Avino, Vittoria Scattone

Sommario: 1. Fallimento ed altre procedure concorsuali. – **1.1.** L'interpretazione dell'art. 3, par. 1, primo e quarto comma, Reg. n. 848/2015/UE in ordine alla determinazione della competenza internazionale ai fini dell'apertura di una procedura d'insolvenza. – 1.2. Fallimento della società scissa in caso di scissione totalitaria. – 1.3. Dichiarazione dello stato di insolvenza degli enti creditizi sottoposti a risoluzione ex art. 32 d.lgs. n. 180/2015. – 1.4. Trasformazione c.d. regressiva della società a responsabilità limitata in società semplice e applicazione dell'art. 10 l.fall. – 2. Azione revocatoria ordinaria e fallimentare. - 2.1. Natura e oggetto della domanda di revocatoria ordinaria e fallimentare. - 3. Società di persone. - 3.1. Congruità dei poteri dei legali rappresentanti di una società di persone. -3.2. Società di persone e beneficio di escussione. - 4. Società di capitali. - 4.1. Legittimazione ad agire per il socio di società estinta. - 4.2. Società di capitali ed azione di responsabilità dei soci verso gli amministratori. – 4.3. Estinzione della società e responsabilità del liquidatore. − 5. Diritto della concorrenza. – 5.1. Responsabilità solidale della società capogruppo per illeciti concorrenziali delle controllate. – 6. Proprietà industriale ed intellettuale. – 6.1. Marchio patronimico. – 6.2. Competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale. – 7. Diritto dei consumatori. – 7.1. Ingannevolezza della condotta omissiva ai sensi degli artt. 20, 21, lettera b) e 23, lettera n), d.lgs. n. 206/2005. – 7.2. Clausole vessatorie nel contratto di mediazione. -7.3. Competenza in materia di contratti conclusi da consumatori. Prevedibilità del regime di tutela.

1. Fallimento ed altre procedure concorsuali

1.1. L'interpretazione dell'art. 3, par. 1, primo e quarto comma, Reg. n. 848/2015/UE in ordine alla determinazione della competenza internazionale ai fini dell'apertura di una procedura d'insolvenza [orientamento inedito] Corte Giust. UE, Sez. IX, 16 luglio 2020 n. 253, causa C-253/19, ha affermato che l'articolo 3, paragrafo 1, primo e quarto comma, del regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle

procedure di insolvenza, deve essere interpretato nel senso che la presunzione da esso prevista per determinare la competenza internazionale ai fini dell'apertura di una procedura di insolvenza, secondo la quale il centro degli interessi principali di una persona fisica che non esercita un'attività imprenditoriale professionale indipendente la sua residenza abituale, non è confutata per il solo fatto che l'unico bene immobile di tale persona sia situato al di fuori dello Stato membro in cui egli risiede abitualmente.

1.2. Fallimento della società scissa in caso di scissione totalitaria

[orientamento inedito] Cass. civ., Sez. I, 19 giugno 2020, n. 11984, afferma che in tema di dichiarazione di fallimento in presenza di una scissione di società totalitaria, verificandosi un fenomeno di tipo successorio tra soggetti distinti e dunque l'estinzione della società scissa, trova applicazione la regola di cui all'art. 10 l.fall., per cui il fallimento di quest'ultima potrà essere pronunciato soltanto entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese.

1.3. Dichiarazione dello stato di insolvenza degli enti creditizi sottoposti a

risoluzione ex art. 32 d.lgs. n. 180 del 2015

[orientamento inedito] Cass. civ., Sez. I, 11 giugno 2020, n. 11267, stabilisce che, ai fini della dichiarazione d'insolvenza degli enti creditizi sottoposti a risoluzione ai sensi dell'art. 32 del d.lgs. n. 180/2015, non assumono rilievo gli infruttuosi tentativi di intervento del Fondo interbancario per la tutela dei depositi, tenuto conto che l'art. 36 del d.lgs. cit. si limita a precisare che l'accertamento dello stato d'insolvenza deve essere effettuato avendo riguardo alla situazione esistente al momento dell'adozione del provvedimento di avvio della risoluzione, senza prevedere che, a differenza di quanto avviene per ogni altro imprenditore commerciale, si debba compiere anche una valutazione controfattuale sulle cause che hanno condotto a tale stato.

1.4. Trasformazione c.d. regressiva della società a responsabilità limitata in società semplice e applicazione dell'art. 10 l. fall

[orientamento inedito] Cass. civ., Sez. I, ord. 29 maggio 2020, n. 10302, ha affermato che, in ipotesi di trasformazione c.d. regressiva di una società a responsabilità limitata in una società semplice, con conseguente cancellazione

della società trasformata dalla sezione ordinaria del registro delle imprese ed iscrizione di quella derivata dalla trasformazione nell'apposito registro speciale, la decorrenza del termine annuale di cui all'art. 10 l.fall. va sempre calcolato dalla data della cancellazione dalla sezione ordinaria del registro. La Corte ha, tuttavia, precisato che ove la società derivante dalla trasformazione c.d. regressiva prosegua, in realtà, nell'attività di impresa, essa assume, ai fini in discorso, le vesti della società irregolare, con applicazione del principio che impone l'applicazione del termine menzionato solo con decorrenza dal palesarsi del momento di effettiva, e non fittizia, cessazione dell'attività d'impresa.

2. Azione revocatoria ordinaria e fallimentare

2.1. Natura e oggetto della domanda di revocatoria ordinaria e fallimentare

[orientamento conforme] Cass. civ., Sez. un., 24 giugno 2020, n. 12476, chiamata a pronunciarsi dalla prima Sezione sui medesimi punti già decisi dalla precedente pronuncia a Sezioni unite del 23 novembre 2018, n. 30416, di cui la prima Sezione ha sollecitato un ripensamento alla luce di alcune posizioni di segno contrario

emerse in dottrina, confermando i precedenti principi già espressi dalle menzionate Sezioni unite, ha statuito che: i) oggetto della domanda di revocatoria (ordinaria o fallimentare) non è il bene in sé, ma la reintegrazione della generica garanzia patrimoniale dei creditori mediante l'assoggettabilità del bene a esecuzione; ii) il bene dismesso con l'atto revocando viene in considerazione, rispetto all'interesse dei creditori dell'alienante, soltanto per il suo valore; iii) ove l'azione costitutiva non sia stata introdotta dai creditori dell'alienante prima del fallimento dell'acquirente del bene che ne costituisce oggetto, essa, stante l'intangibilità dell'asse fallimentare in base a titoli formati dopo il fallimento (cd. cristallizzazione), non può essere esperita con la finalità di recuperare il bene alienato alla propria esclusiva garanzia patrimoniale, poiché si tratta di un'azione costitutiva che modifica ex post una situazione giuridica preesistente; iv) in questo caso i creditori dell'alienante (e per essi il curatore fallimentare ove l'alienante sia fallito) restano tutelati nella garanzia patrimoniale generica dalle regole del concorso, nel senso che possono insinuarsi al passivo del fallimento dell'acquirente per il valore del bene oggetto dell'atto di disposizione astrattamente revocabile, demandando al giudice delegato di quel fallimento anche la delibazione della pregiudiziale costitutiva.

3. Società di persone

3.1. Congruità dei poteri dei legali rappresentanti di una società di persone

inedito] [orientamento Cass. civ., Sez. III, 08 luglio 2020, n. 14254. Al fine di verificare se il compimento di un atto da parte dell'amministratore di una società di persone (nello specifico di una società in accomandita semplice) rientri o meno tra quelli consentiti dall'art. 2298 c.c., secondo la pronuncia in esame, è sufficiente accertare che l'atto compiuto rientri tra quelli indicati nell'oggetto sociale, non essendo, invece, necessario procedere ad un accertamento fattuale e concreto della effettiva strumentalità di questo atto rispetto al raggiungimento del medesimo oggetto sociale.

Infatti, nel bilanciamento tra la tutela degli interessi della società e quella dell'affidamento dei terzi, una indagine caso per caso, oltre a presentarsi estremamente difficoltosa per il terzo, introdurrebbe elementi di persistente incertezza circa l'efficacia dei singoli atti. Ove, dunque, vi sia una espressa previsione statutaria che attribu-

isca al legale rappresentate il potere di compiere un determinato atto, non grava sul terzo il peso di dimostrare l'effettiva pertinenza dell'atto rispetto all'oggetto sociale, ma, all'opposto, sarà onere della società provare che l'atto compiuto è estraneo all'oggetto sociale.

3.2. Società di persone e beneficio di escussione

[orientamento conforme] Cass. civ., Sez. III, 16 ottobre 2020, n. 22629. La Suprema Corte, chiamata ad affrontare il tema dell'ambito applicativo della disciplina del beneficio di escussione di cui all'art. 2304 c.c., ha affermato che allo stesso deve essere ricondotta una efficacia limitata alla fase esecutiva, "nel senso che il creditore sociale non può procedere coattivamente a carico del socio se non dopo avere agito infruttuosamente sui beni della società, ma non impedisce allo stesso creditore d'agire in sede di cognizione per munirsi di uno specifico titolo esecutivo nei confronti del socio, sia per poter iscrivere ipoteca giudiziale sugli immobili di quest'ultimo, sia per poter agire in via esecutiva contro il medesimo", allorquando il patrimonio sociale risulti incapiente o insufficiente al soddisfacimento del suo credito. La Corte, nel ribadire il principio più volte espresso, per via incidentale conferma anche il suo convincimento secondo cui il creditore può far valere la responsabilità illimitata e solidale propria del socio accomandatario per tutte le obbligazioni contrattualmente assunte in nome della società, anche se la medesima obbligazione sia stata assunta da un soggetto diverso dal socio verso cui intende agire.

4. Società di capitali

4.1. Legittimazione ad agire per il socio di società estinta

[orientamento conforme] Cass. civ., Sez. trib., 21 settembre 2020, n. 19641. La Corte, anche in conformità con quanto sostenuto dalle Sezioni Unite (12 marzo 2013, n. 6070 e n. 6072), ha ribadito che rispetto agli ex qualora successivamente soci, alla estinzione di una società, sia essa di persone ovvero di capitali, conseguente alla cancellazione dal competente Registro delle Imprese, non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla medesima società estinta, si determina un fenomeno di tipo successorio.

Se, da un lato, l'obbligazione della società non si estingue ma si trasferisce in capo ai soci; dall'altro, i diritti e i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta si trasferiscono ai soci, in regime di comunione ordinaria.

Muovendo da questo assunto, affrontando l'annosa questione circa la legittimazione degli ex soci di una società estinta ad agire in relazione a questioni ancora pendenti dopo la cancellazione dell'ente, viene affermato che: nel caso di crediti non ancora riscossi, «il fatto che sia mancata la liquidazione di quei beni o di quei diritti, il cui valore economico sarebbe stato altrimenti ripartito tra i soci, comporta soltanto che, estinta la società, si instauri trai soci medesimi, ai quali quei diritti o quei beni pertengono, un regime di contitolarità o di comunione indivisa, onde anche la relativa gestione seguirà il regime proprio della contitolarità o della comunione».

Ne discende che un socio di società estinta potrà legittimamente agire per ottenere l'intero credito della suddetta società, e non solo in misura pari alla propria quota di partecipazione societaria.

4.2. Società di capitali ed azione di responsabilità dei soci verso gli amministratori

[orientamento conforme] Cass. civ., Sez. I, 28 maggio 2020, n. 10096. Nell'affrontare il tema circa le fattispecie che legittimano un'azione di responsabilità dei soci nei confronti degli ammini-

stratori di una società di capitali, la Suprema Corte ha escluso che la mancata rivalutazione, in sede di redazione di bilancio, delle partecipazioni in imprese controllate o collegate, pure consentita dall'art. 2426, comma 1, n. 4, c.c., possa configurare gli elementi di una condotta illecita da parte dell'organo gestorio. Si tratta, infatti, pur sempre di una scelta discrezionale rimessa al medesimo organo amministrativo, che ha la facoltà, e non un vero e proprio obbligo, di valutare le menzionate immobilizzazioni finanziarie con il metodo del patrimonio netto, seguendo le modalità indicate dalla norma, invece di iscriverle al costo di acquisto.

L'art. 2426 c.c., comma 1, n. 4, consente, infatti, di valutare le immobilizzazioni consistenti in partecipazioni nelle società controllate o collegate per un importo pari alla corrispondente frazione del patrimonio netto, imponendo tuttavia, la costituzione di una apposita riserva non distribuibile, lasciando così emergere la c.d. sostanza economica del bene in quanto la riserva viene iscritta nel bilancio dall'organo amministrativo che opti per tale criterio. Ma tale riserva è, per legge, non distribuibile, evitando così il rischio che si proceda ad una distribuzione di utili solo sperati e, di fatto, una restituzione di patrimonio ai soci, con conseguente lesione dell'integrità del capitale sociale.

La Corte afferma infatti che «la regola è dettata per evitare il rischio di indebite uscite di ricchezza dal patrimonio della società, ed, in particolare, che si distribuisca ricchezza tra i soci, impoverendo il patrimonio dell'ente e ponendo a repentaglio le ragioni dei creditori, i quali hanno diritto ad essere soddisfatti con priorità». Il valore della plusvalenza deve perciò essere accantonato in una riserva non distribuibile, sino a quando il maggior valore emerso per effetto della deroga non abbia trovato effettiva realizzazione. Tuttavia tale scelta non può che dipendere dalla discrezionalità dell'organo amministrativo non potendosi mai configurare una responsabilità dei medesimi nei confronti dei soci.

4.3. Estinzione della società e responsabilità del liquidatore

[orientamento conforme] Cass. civ., Sez. VI, 14 settembre 2020, n. 19008. Nell'esaminare i profili di responsabilità dei liquidatori di società di capitali nei confronti dei creditori sociali, la Suprema Corte sostiene che questa avrebbe natura aquiliana e, pertanto, chi agisce deve allegare prove a sostegno della circostanza secondo cui la fase di pagamento dei debiti sociali non si è svolta nel

rispetto del principio della par condicio creditorum. Si legge infatti: «il medesimo creditore, qualora faccia valere la responsabilità "illimitata" del liquidatore, affermando di essere stato pretermesso nella detta fase a vantaggio di altri creditori, deve dedurre il mancato soddisfacimento di un diritto di credito, provato come esistente, liquido ed esigibile al tempo dell'apertura della fase di liquidazione, e il conseguente danno determinato dall'inadempimento del liquidatore alle sue obbligazioni, astrattamente idoneo a provocarne la lesione, con riferimento alla natura del credito e al suo grado di priorità rispetto ad altri andati soddisfatti».

5. Diritto della concorrenza

5.1. Responsabilità solidale della società capogruppo per illeciti concorrenziali delle controllate

[orientamento conforme] Corte Giust. UE, Sez. VII, 28 ottobre 2020, n. 611/18 è stata adita nel giudizio avente ad oggetto l'annullamento di una decisione della Commissione europea che ha inflitto un'ammenda alla ricorrente principale, in qualità di società madre, per essersi resa responsabile dell'infrazione unica e continuata all'art. 101 TFUE e all'art. 53 dell'Accordo SEE.

La Commissione ha argomentato dalla «presunzione dell'esercizio

effettivo di un'influenza determinante» per imputare la responsabilità dell'illecito anticoncorrenziale alla società capogruppo. Questa ha impugnato provvedimento dinnanzi al Tribunale dell'Unione. che tuttavia ha confermato decisione di cui si controverte.

Anche la Corte ha statuito conformemente, negando la censurata violazione del principio della responsabilità personale delle controllate, laddove ha asserito che il diritto dell'Unione in materia di concorrenza riguarda le attività delle imprese e che la nozione di «impresa» sottesa all'art. 101 TFUE deve essere intesa come designante un'unità economica, quand'anche tale unità economica sia costituita più persone fisiche giuridiche, e che un'entità economica siffatta, qualora violi le norme in materia di concorrenza, è tenuta, in base al principio della responsabilità personale, a rispondere di tale infrazione.

La Corte ha altresì aggiunto che un'infrazione alle regole di concorrenza commessa da una controllata può essere imputata alla società madre quando tale controllata, pur avendo personalità giuridica distinta, non determini in modo autonomo la propria

condotta sul mercato. In questo caso, si intendono come un'unica impresa e non è necessario dimostrare il coinvolgimento personale della capogruppo nell'infrazione.

6. Proprietà industriale ed intellettuale

6.1. Marchio patronimico

[orientamento uniforme] Cass. civ., Sez. I, 29 maggio 2020, n. 10298 decide sulla questione se possa giudicarsi conforme ai principi della correttezza professionale il contegno dell'imprenditore che, già titolare di un marchio imperniato sul proprio nome, ne ceda i diritti ad un terzo e di seguito utilizzi il proprio patronimico, inserendolo nel contesto di una sequenza linguistica, per denominare prodotti riconducibili al medesimo brand commerciale del cessionario.

La Corte, muovendo dalla funzione identificativa del patronimico, ammette che l'imprenditore che abbia ceduto a terzi un marchio patronimico, incentrato sul proprio nome anagrafico, possa procedere alla registrazione di altro marchio che rechi lo stesso nome, ma nel rispetto dei principi di correttezza professionale. A tale fine, il giudice di merito deve considerare insieme all'indebito

beneficio che l'imprenditore trae dallo sfruttamento del patronimico contenuto nel marchio ceduto, anche il pregiudizio che in tal modo viene arrecato al nuovo titolare dello stesso.

6.2. Competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale

[orientamento conforme] Cass. civ., Sez. VI-1, ord. 5 novembre 2020, n. 24674 ha deciso sul regolamento di competenza avverso l'ordinanza monocratica del Tribunale di Torino che ha declinato la propria competenza per territorio in favore dei Tribunali di Asti o di Trento, sul presupposto che la causa non rientrasse tra le controversie attribuite per materia alla sezione specializzata delle imprese e fosse quindi suscettibile di essere definita secondo l'ordinario riparto orizzontale della competenza di cui agli artt. 18 e ss. c.p.c. Il Giudice di legittimità, diversamente da quello di prime cure, ha statuito la competenza della sezione specializzata del Tribunale adito.

In base al d.lgs. n. 30 del 2005, art. 134, comma 1, lett. a), muovendo dalla prospettazione dei fatti di parte attrice, ha ribadito che rientrano nella competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale

e intellettuale le domande di repressione di atti di concorrenza
sleale o di risarcimento dei danni
"che si fondano su comportamenti che
interferiscono con un diritto di esclusiva
(concorrenza sleale c.d. "interferente")".
Di converso, esulano dalla competenza delle sezioni specializzate
le domande fondate su atti di concorrenza sleale c.d. "pura", in cui
la lesione dei diritti di esclusiva,
secondo la postulazione, "non sia
elemento costitutivo dell'illecito concorrenziale".

7. Diritto dei consumatori

7.1. Ingannevolezza della condotta omissiva ai sensi degli artt. 20, 21, lettera b) e 23, lettera n) del D.lgs. n. 206/2005

[orientamento conforme] Cons. Stato, Sez. VI, 12 marzo 2020, n. 1751 ha ritenuto legittimo il provvedimento impugnato, con il quale l'AGCM ha sanzionato una pratica commerciale scorretta, ai sensi degli artt. 20, 21, lettera b), e 23, lettera n), del d.lgs. n. 206 del 2005 (Codice del Consumo). Nel fare ciò, ha ribadito che il carattere ingannevole di una pratica commerciale dipende dalla circostanza che essa non sia veritiera in quanto contenente informazioni false o che, in linea di principio, inganni o possa ingannare il consumatore medio. Segnatamente, ha confermato l'ingannevolezza della pratica contestata dall'Autorità sul presupposto che la società responsabile ha posto in essere una condotta omissiva, laddove nell'"invito all'acquisto" di cui alla campagna promozionale ha sottaciuto i limiti oggettivi di funzionamento del prodotto reclamizzato, incorrendo nella violazione della diligenza professionale prescritta dalla disciplina e, pertanto, veicolando informazioni fuorvianti idonee ad indurre in errore i consumatori circa la concreta idoneità allo scopo che gli stessi potevano attendersi dall'impiego del prodotto reclamizzato.

7.2. Clausole vessatorie nel contratto di mediazione

[orientamento inedito] Cass. civ., Sez. II, 18 settembre 2020, n. 19565 ha ritenuto che la clausola che attribuisce al mediatore il diritto alla provvigione anche in caso di recesso da parte del venditore, può presumersi vessatoria quando il compenso non trova giustificazione nella prestazione svolta dal mediatore. Inoltre, può presumersi vessatoria la clausola che consente al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere.

7.3. Competenza in materia di contratti conclusi da consumatori. Prevedibilità del regime di tutela

[orientamento complesso] Corte Giust. UE, Sez. VI, 10 dicembre 2020, n. 774/19 ha deciso sulla questione sollevata dal Giudice di rinvio sloveno in ordine all'interpretazione dell'art. 15, paragrafo 1, del Regolamento n. 44/2001, che applica ai contratti stipulati dal consumatore, per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale, il criterio della competenza del giudice del luogo in cui è domiciliato.

In particolare, la Corte ha valutato la possibilità di qualificare il soggetto interessato quale consumatore, al fine di beneficiare del regime preposto a tutela della sua posizione "debole". Ha ribadito che la nozione di "consumatore" possiede carattere oggettivo e dipende dalla circostanza che il contratto da lui concluso abbia come obiettivo quello di soddisfare le proprie esigenze personali.

In questo senso, ha negato che il guadagno di somme ingenti legato ad un contratto di servizi costituisca un elemento determinante per perdere la qualificazione ai sensi del Regolamento n. 44/2001, dato che il regolamento stesso non prevede una soglia al di sopra della quale l'importo sia considerato ingente.

In conclusione, elementi quali l'importo delle vincite ottenute con le partite di poker, le conoscenze o la perizia eventuali nonché la regolarità dell'attività di giocatore di poker della persona interessata non fanno perdere, in quanto tali, al soggetto la sua qualità di "consumatore" di cui all'art. 15, paragrafo 1, del Regolamento n. 44/2001.

OSSERVATORIO SUL DIRITTO COMPARATO E STRANIERO

MARIA CRISTINA GAETA

(Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli)

IL PROBLEMA DELLA TUTELA GIURIDICA DELLA NATURA: UN'ANALISI COMPARATA TRA ITALIA E STATI DELL'AMERICA LATINA*

Sommario: 1. La tutela dell'ambiente in tutte le sue manifestazioni come una delle principali sfide per i giuristi del XXI secolo. – 2. Qualificazione giuridica della natura: una premessa sistematica. – 3. La natura, riconosciuta bene giuridico dall'Italia al Brasile. – 4. Una nuova frontiera della soggettività nella Costituzione dell'Ecuador e in quella della Colombia. – 5. (segue) La Foresta Amazzonica quale soggetto di diritto alla luce della sentenza della Corte Suprema di Giustizia della Colombia n. 4360/2018. – 6. Non la soggettivizzazione della natura a tutela l'ambiente, ma leggi efficaci per uno sviluppo ecosostenibile.

1. La tutela dell'ambiente in tutte le sue manifestazioni come una delle principali sfide per i giuristi del XXI secolo

Agli albori del XXI secolo, la tutela ambientale ricopre sempre più un ruolo di primaria importanza e si presenta ormai come questione centrale nelle agende dei governi mondiali. Appare necessario, dunque, tutelare l'ambiente in tutte le sue manifestazioni (dagli ecosistemi naturali a quelli artificiali) soprattutto considerando che attualmente viviamo in un clima di profonda crisi ambientale, che sul lungo perio-

^{*} Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due referee.

do potrebbe addirittura mettere a rischio la continuazione della specie umana per come la conosciamo oggi. Il pianeta si presenterà in futuro privo di molte delle risorse e delle opportunità di sviluppo delle quali hanno goduto le generazioni precedenti per conquistare il loro benessere e occorre, quindi, porre rimedio allo sfruttamento incessante e poco controllato delle stesse.

Le sfide che la tutela ambientale pone in essere richiedono una rivalutazione del ruolo del giurista come parte attiva nel processo di evoluzione e implementazione della tutela ambientale¹. Al giorno d'oggi, il giurista non può non prendere atto che il futuro dell'ambiente dipende da una efficace regolamentazione che tenga conto anche dell'evoluzione delle nuove tecnologie e delle nuove fonti di energia, facendo in modo che il diritto sia al passo con il progresso della scienza.

Nel contesto dinanzi delineato, particolare rilievo assume l'affaire Amazzonia – di cui si dirà meglio in seguito – tornato di grande attualità con la sentenza della Corte Suprema della Repubblica Colombiana n. 4360/2018, la quale ipotizza la tutela dell'Amazzonia quale soggetto di diritto, nonché con l'inizio della nuova presidenza in Brasile, inauguratasi il 1° gennaio 2019, che pare muoversi da un'opposta prospettiva, considerando l'Amazzonia un'opportunità di sviluppo ma non certo un patrimonio dell'umanità da tutelare. Entrambe le vicende, su fronti diversi, hanno contribuito a portare ancora una volta all'attenzione del mondo la tematica della tutela della natura, rendendo indispensabile un intervento dei giuristi².

¹ Nel 2015 la voce di Papa Francesco, con l'enciclica "Laudato si", esortava i legislatori ad occuparsi del problema della tutela ambientale, considerata non quale mera cornice della vita umana ma come elemento indispensabile: «Si rende indispensabile creare un sistema normativo che includa limiti inviolabili e assicuri la protezione degli ecosistemi, prima che le nuove forme di potere derivate dal paradigma tecno-economico finiscano per distruggere non solo la politica ma anche la libertà e la giustizia». Così Papa Francesco, *Laudato si*", in *wnw.vatican.va*, p. 50.

² L'attenzione dell'opinione pubblica sul punto è stata sollevata dai più autorevoli quotidiani internazionali. Cfr. M. SANDY, *The Amazon is completely lawless: the Rainforest after Bolsonaro's first year*, in *The New York Times*, 5 dicembre 2019, accessibile all'indirizzo https://www.nytimes.com/2019/12/05/world/americas/amazon-fires-bolsonaro-photos.html, in cui viene posto proprio il problema dell'effettività del diritto, in assenza del quale l'Amazzonia rischia di divenire un territorio privo di tutela legislativa. In effetti, nell'articolo si legge appunto come, in Amazzonia, «Law enforcement has reached its minimum effectiveness in a decade».

Se l'an non è in discussione, almeno per chi abbia a cuore le sorti del pianeta, il *quomodo* sta facendo molto discutere i giuristi, specialmente in America Latina³, mentre nel continente europeo la tematica della tutela della natura, con riferimento al caso specifico dell'Amazzonia, risulta ancora non sufficientemente esplorata⁴.

Prima di addentrarsi nell'indagine comparatistica, si rende opportuno inquadrare dal punto di vista sistematico il tema oggetto di indagine. Occorre anzitutto precisare che, all'interno del concetto di tutela dell'ambiente in senso ampio, possono distinguersi tanto il diritto ambientale quanto i diritti della natura, i quali hanno due accezioni in parte differenti seppure l'una strumentale all'altra. Il diritto ambientale, secondo l'impostazione oggi prevalente si sviluppa a partire dalla disciplina positivistica della responsabilità civile: si incentra, infatti, sulla categoria giuridica del danno ambientale, che presenta una funzione deterrente⁵ e mira a proteggere la natura in nome degli esseri uma-

³ Si vedano, tra gli innumerevoli contributi, quello a cura di L. ESTUPIÑÁN ACHURY, C. STORINI, R. MARTÍNEZ DALMAU, F.A. DE CARVALHO DANTAS, La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático, Bogotà, 2019; L.F. Macías, ¿Qué significa que la Amazonia sea un sujeto de derecho?, in Revista Colombia Amazónica, 2018, XI, pp. 103 ss.; C.C. ALVAREZ RONDON E M.L. CALVO CARO, Ecosistemas como sujeto de derechos en Colombia: estudio de caso Amazonia, Río Atrato y Páramo de Pisha, in Políticas ambientales de la Escuela Superior de Administración Pública, 2018. Come si vede, molti dei contributi traggono spunto dalla concezione della natura come soggetto di diritto, introdotta in Ecuador e in Colombia, per individuare la via per la tutela ambientale della regione amazzonica.

⁴ Più risalenti i contributi della dottrina italiana. Cfr., in particolare, S. D. Oliva, La gestione sostenibile delle risorse naturali nell'Amazzonia sud occidentale di Perù, Brasile e Bolivia: la necessità di una politica integrata verso un "diritto amazzonico", in Riv. giur. ambiente, 2004, pp. 975 ss., in cui opportunamente si suggeriva la necessità di una legislazione, se non comune, almeno coordinata tra i Paesi della regione amazzonica, dunque un "diritto amazzonico" volto a garantire una migliore tutela del polmone verde del pianeta. Inutile sottolineare che l'ipotesi, pur suggestiva, appare sempre meno percorribile a causa delle sempre più accentuate divergenze di carattere politico tra i gli Stati. In merito alla normativa sulla responsabilità ambientale nel Brasile pre-Bolsonaro, cfr. S. SANDRI, La responsabilità ambientale in Brasile, in Riv. giur. ambiente, 2004, pp. 189 ss.

⁵ La funzione deterrente del danno ambientale, in realtà presenta delle difficoltà connesse alla funzione compensativa e non punitiva del risarcimento del danno in Italia. Tuttavia, negli ultimi anni, è ravvisabile un'apertura della giurisprudenza italiana verso la previsione della funzione anche punitiva del risarcimento del danno, recependo un'impostazione tipica dell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti d'America. La questione dell'ammissibilità in Italia dei c.d. *punitive damages* si è recentemente risve-

ni⁶. Oltre al danno ambientale, poi, il diritto dell'ambiente si occupa

gliata a seguito della pronuncia della Corte di Cassazione a Sezione unite del 2017 sul giudizio di delibazione di una sentenza statunitense che prevedeva un risarcimento punitivo, dichiarato non ontologicamente incompatibile con l'ordinamento giuridico italiano purché previsto nel rispetto del principio di legalità (Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, conforme a Cass., Sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100). Per un commento alla sentenza si veda R. CARLEO, Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana, in Contr. impr., 2018, I, pp. 259 ss.; F. Benatti, I danni punitivi nel panorama attuale, in Giust. civ., 2017, pp. 1 ss.; N. Brutti, Oltre i danni punitivi: rilievi su una funzione "espressiva" del rimedio, in Contr. impr., 2017, III, pp. 840 ss.; C. DE MENECH, Verso il riconoscimento dei danni punitivi?, in Jus Civile, 2017, I, pp. 608 ss.; C. Scognamiglio, I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile, in Corriere giur., 2016, VII, pp. 912 ss.; P.G. MONATERI, I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite, in Foro it., 2017, I, cc. 2648 ss.; M. Schirripa, I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?, in Comp. e dir. civ., 2017, pp. 1 ss. Invece, per un'esaustiva analisi dei danni punitivi prima della sentenza delle Sezioni Unite: P.G. Monateri, G. Ponzanelli, La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite, in Danno e resp., 2016, pp. 827 ss.; C. Granelli, In tema di «danni punitivi», in Resp. civ. prev., 2014, VI, p. 1760; G. PONZANELLI, I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte suprema americana, in Foro it., 2008, IV, cc. 179 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, Il problema della pena privata nell'ordinamento giuridico italiano: un approccio comparatistico ai danni punitivi di common law, in Giur. it., 1985, IV, pp. 12 ss.; G. Ponzanelli, I danni punitivi nell'esperienza nordamericana, in Riv. dir. civ., 1983, I, pp. 435 ss. Oltre a tale indiretta introduzione della funzione sanzionatoria della responsabilità civile, risulta altrettanto rilevante il Work Programme della Commissione europea dell'11 aprile 2018, "A new Deal for Consumers', (consultabile sul sito www.ec.europa.eu), ove si dichiara che i principali obiettivi da raggiungere per contrastare i c.d. illeciti di massa- tra i quali si possono annoverare anche quelli per danno ambientale – consistono nella predisposizione di concreti strumenti di deterrenza tramite la previsione di sanzioni più gravose e l'introduzione in tutta l'Unione europea di un'azione collettiva di classe (c.d. class action), per rafforzare la tutela dei soggetti deboli (primi tra tutti i consumatori). Il rafforzamento degli strumenti privati, unitamente e sinergicamente alla fortificazione anche degli strumenti di diritto pubblico, appare un metodo pienamente condivisibile in quanto efficace per la tutela dell'ambiente.

⁶ Sul danno ambientale nell'ordinamento giuridico italiano si rinvia alla normativa speciale nazionale ed europea di riferimento. Il primo intervento normativo risale al 1986 e ha ad oggetto l'istituzione del Ministero dell'ambiente e l'introduzione della prima normativa sul risarcimento del danno ambientale (legge 8 luglio 1986, n. 349). Vanno poi sicuramente presi in considerazione il Testo Unico in materia ambientale (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) e la dir. n. 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale nel contesto della politica unitaria. Si rinvia altresì alla normativa italiana sull'attuazione degli obblighi comunitari e, poi, europei: legge 20 novembre 2009, n. 166, di conversione del d.l. 25 settembre 2009, n.

di incentivi, controlli, certificazioni⁷, conservazioni e protezioni della

135 e legge 6 agosto 2013, n. 97, con la quale la normativa nazionale viene conformata a quella europea prevedendo anche l'ipotesi della responsabilità civile extracontrattuale di tipo oggettivo, accanto a quella già prevista di tipo soggettivo. In ambito giurisprudenziale meritano un cenno Cass., Sez. un., 21 febbraio 2002, n. 2515, sul danno morale conseguente al disastro di Seveso, quale danno morale soggettivo a seguito di disastro colposo (art. 449 c.p.), risarcibile autonomamente anche in mancanza di una lesione all'integrità psico-fisica (danno biologico) o di altro evento produttivo di danno patrimoniale, dato che si tratta di reato plurioffensivo che comporta, oltre all'offesa all'ambiente ed alla pubblica incolumità, anche l'offesa ai singoli. Successivamente, poi, Cass. pen., Sez. III, 22 novembre 2010, n. 41015, ha previsto il risarcimento non solo del danno ambientale generico di natura pubblica (in favore dello Stato in persona del Ministro dell'ambiente) ai sensi dell'art. 311, d.lgs n. 152/2006, ma anche la lesione ulteriore e diversa che abbia provocato un danno patrimoniale ai singoli o agli associati (ivi compresi gli enti territoriali e le regioni) risarcibile ex art. 2043 c.c. Infine, occorre ricordare il Caso Ilva di Taranto, nel quale la Corte di Strasburgo ha condannato lo Stato italiano per la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Cedu) e del diritto a un ricorso effettivo (art. 13 Cedu) (C. eur. dir. uomo, Sez. I, 24 gennaio 2019, Cordella e altri c. Italia), nonché il caso del Gruppo Volkswagen, condannato dalla Enviromental Protection Agency Americana per danno ambientale (United States Environmental Protection Agency, Notice of Violation, 18 settembre 2015, in www.epa.gov).

⁷ Al riguardo si ricordano i sistemi di gestione ambientale (SGA) cioè quell'insieme di processi, strumenti e modelli che le organizzazioni pubbliche e private possono decidere di adottare su base volontaria per analizzare e migliorare le performance ambientali delle attività e dei servizi che offrono. Per l'implementazione di SGA le aziende devono conformarsi allo standard (norma tecnica) UNI EN ISO 14001, che definisce l'iter da seguire per costituire SGA in continuo miglioramento, nonché il Reg. n. 2009/1221/CE (Eco Management and Audit Scheme – EMAS II) e successiva modifica dei suoi allegati ad opera del reg. n. 2017/1505/UE. Tali SGA si sono sviluppati a partire dagli anni novanta in seguito al mutamento della politica ambientale europea che ha aperto la strada a nuove forme di tutela dell'ambiente da affiancare ai sistemi tradizionali di c.d. comando e controllo, i quali prevedono standard ambientali da rispettare obbligatoriamente e controlli sulla loro applicazione. Sempre su base volontaria le organizzazioni pubbliche e private possono decidere di ottenere il c.d. marchio ecologico o ecolabel, cioè un sistema volontario di etichettatura per prodotti e servizi, sottoposti a certificazione esterna, che garantisce che gli stessi siano progettati per limitare al minimo il proprio impatto ambientale in tutto il loro ciclo di vita o l'impatto ambientale su un aspetto specifico del ciclo di vita. I marchi ecologici sono regolamentati dalle norme tecniche UNI EN ISO 14024, per marchi ecologici di tipo I, UNI EN ISO 14021, per marchi ecologici di tipo II, e UNI EN ISO 14025, per marchi ecologici di tipo III. Quanto alla regolamentazione giuridica i marchi ecologici sono previsti, a livello europeo, dal Reg. n. 2010/66/UE (Ecolabe UE) e, a livello nazionale, dal d.m. 21 marzo 2018, n. 56 (Made Green in Italy).

natura, sempre intesa come oggetto degli interessi degli esseri umani⁸. È questa l'accezione di diritto dell'ambiente in cui emergono i c.d. diritti della natura. Discorrere di diritti della natura, infatti, presuppone valutazioni preliminari di compatibilità con le diverse forme di Stato e di governo: ciò al fine di delineare la tutela maggiormente efficace per la natura, considerate le specifiche caratteristiche di quel particolare sistema giuridico. In questo senso, come emergerà anche dalla successiva analisi di tipo comparatistico, che necessariamente dovrà tenere conto delle categorie sia di diritto privato che di diritto pubblico⁹, le forme di tutela della natura si orientano principalmente verso forme di tutela *ex ante*. Per tale motivo, quando si tratta di diritti della natura, è consuetudine fare riferimento al diritto all'ambiente (salubre), come avviene tra l'altro nel sistema italiano¹⁰.

Nel presente contributo, dunque, ci si soffermerà sui diritti della natura, con particolare riguardo alla differente qualificazione giuridica della natura in Italia e in alcuni Stati dell'America Latina (primi tra tutti la Colombia, l'Ecuador e il Brasile), per individuare un possibile intervento normativo in un'ottica ecosostenibile¹¹.

⁸ In questo senso, Carducci intende la natura come aspettativa normativa dell'uomo. M. Carducci, *Natura (diritti della)*, in *Dig. civ.*, Milano, 2017, pp. 496 ss.

⁹ Sulla cooperazione tra diritto pubblico e privato si veda la relazione di I.A. Caggiano, *Dismissione dei beni pubblici. Esperienze e prospettive*, relazione al convegno *Il Sabato delle idee*, organizzato dalla *Fondazione Salvatore*, Napoli, 25 gennaio 2020. Ancora sull'opportunità di comparare il diritto privato e il diritto pubblico, cfr. T.E. Frosini, *Il metodo*, in *Diritto pubblico comparato*, a cura di T.E. Frosini, Bologna, 2019, p. 15, secondo cui « [...] si compara il diritto privato e il diritto pubblico. Un tempo distinti e distanti nella comparazione, oggi vivono una tendenziale unità. Perché si è affermato il diritto comparato, privo di declinazioni settoriali. Temi e problemi come le famiglie giuridiche, le fonti del diritto e soprattutto i diritti fondamentali vengono affrontati e studiati nella prospettiva del comparatista, a prescindere dalla sua formazione privatistica o pubblicistica».

¹⁰ M. CARDUCCI, *op. ult. cit.*, p. 488.

¹¹ L'individuazione di un'ipotesi normativa di tutela della natura avverrà, dunque, all'esito di un'indagine che non a caso si intende di stampo comparatistico. Infatti, come si è opportunamente sottolineato, «[...]il diritto comparato serve a contribuire all'evoluzione e al progresso di un ordinamento giuridico, attraverso le esperienze giuridiche che si sono prodotte in terre straniere» (così T.E. Frosini, *op. ult. cit.*, pp. 13-14).

Qualificazione giuridica della natura: una premessa sistematica

Al fine di poter meglio analizzare i diritti della natura, occorre partire da una premessa sistematica, ovvero dalla qualificazione giuridica della natura. Ci si può chiedere, dunque, se la natura possa continuare ad essere annoverata tra i beni oggetto del diritto oppure – con l'ausilio di una più o meno spiccata operazione ermeneutica – possa rientrare nella categoria giuridica dei soggetti di diritto.

Occorre brevemente ricordare come, nell'esperienza giuridica di stampo civilistico, si definiscano generalmente, quale oggetto del diritto, tutti i fenomeni sui quali agisce la qualificazione propria del diritto. In senso stretto, invece, l'oggetto del diritto rappresenta «l'oggetto specifico di una tutela attribuita al soggetto»¹² ed è questo il significato rilevante nel presente contributo. Sulla base di tale definizione, la prima caratteristica dell'oggetto del diritto è la sua correlazione logico-pratica con il soggetto del diritto e, precisamente, con il suo interesse. Ciò che costituisce l'*utilitas* del soggetto e, in quanto tale, costituisce un suo interesse, si pone come oggetto del diritto ¹³. Di conseguenza, un fenomeno del mondo esterno si pone come oggetto del diritto quando delinea una situazione utile per l'uomo che lo stesso ha interesse a tutelare.

Venendo ora alla differenza tra il concetto di oggetto del diritto, per come sopra si è ricostruito, e quello di bene giuridico, è necessario effettuare alcune precisazioni al fine di delineare una differenza che altrimenti rischierebbe di essere alquanto sfumata. Infatti, da un'analisi più approfondita, è possibile verificare che ciò che muta è il criterio di individuazione, in quanto l'oggetto del diritto consiste nella tutela di un interesse al fine di ottenere il godimento di un bene giuridico. Il bene, quindi, è il bene giuridico tutelato o – come sanci-

¹² Così D. Messinetti, Oggetto dei diritti, in Enc. dir., XXIX, Milano, 1979, pp. 808 ss. Secondo l'Autore, infatti, l'oggetto del diritto in senso stretto differisce dagli altri fenomeni giuridici in quanto costituisce il correlato logico e pratico del soggetto. Infatti, come sostiene chiaramente P. Grossi, I beni: itinerari tra «moderno» e «post-moderno», in Riv. trim. dir. proc. civ., 2012, pp. 1060 ss., il bene è sempre un'entità in relazione ad un soggetto.

¹³ D. MESSINETTI, *op. ult. loc. cit.*, afferma che: «Soggetto-interesse-oggetto sono momenti o aspetti particolari e correlativi di un unitario fenomeno».

sce il codice civile (art. 810) – è la cosa immobile 14 o mobile che può essere oggetto di diritti.

Recentemente è stato autorevolmente ribadito che l'art. 810 c.c. è una norma di valenza fondante del sistema giuridico italiano e, in generale, la definizione di bene giuridico ha un ruolo centrale in tutti i sistemi giuridici occidentali¹⁵. Infatti, essendo tutti gli ordinamenti occidentali basati sulla dicotomia soggetto-oggetto del diritto, nel quale non c'è spazio per un terzo genere, la definizione di ciò che viene definito oggetto comporta, *a contrario*, l'identificazione di ciò che non lo è e che, quindi, viene definito soggetto¹⁶.

Fatta questa premessa sull'oggetto del diritto e sul bene giuridico, giungiamo al concetto di natura. Essa è un insieme di fenomeni, reazioni e relazioni tra esseri viventi. Tali esseri viventi sono sia soggetti che oggetti del diritto. È fuori dubbio che gli esseri umani rientrino nella categoria dei soggetti di diritto¹⁷. Allo stesso tempo, appare certa la qualificazione della flora – e in particolare delle singole specie ve-

¹⁴ Ai sensi dell'art. 812 c.c., sono beni naturali immobili, il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi e tutto ciò che è naturalmente incorporato al suolo.

¹⁵ L. GATT, Codex – Libro I: antropocentrismo giuridico tra natura e tecnologia, intervento al Convegno CODEX – Ideologie e tecniche della (ri)codificazione del diritto privato (in corso di pubblicazione).

¹⁶ L. GATT, op. ult. cit.

¹⁷ S. COTTA, Soggetto di diritto, in Enc. dir., XLII, Milano, 1990, p. 1214, evidenzia come l'uomo, tanto come individuo («io-soggetto») che come essere umano è un soggetto di diritto. Precisa, però, che il termine lessicale soggetto, applicato all'uomo, abbia un duplice significato: "soggetto a" e "soggetto di". Nel primo caso ("soggetto a") si riferisce all'uomo somme soggetto passivo, assoggettato a fatti o eventi (subiectus o subditus), e in questa accezione l'uomo sarebbe visto sotto il profilo della passività al pari degli animali e delle cose. Nella seconda ipotesi ("soggetto di"), invece, propria del linguaggio giuridico, il termine soggetto corrisponde a autore o attore di atti, fatti e pretese, qualificando l'uomo come soggetto attivo. L'Autore conclude affermando che «[...] l'individuo umano è l'"oggetto" del diritto, l'unica "cosa" di cui esso si occupa, ma non per questo è "assoggettato" al diritto bensì presupposto». La categoria giuridica di soggetto di diritto, poi, oltre che essere certa per l'essere umano, è ormai riconosciuta anche per l'embrione umano (seppure con delle limitazioni). In tal senso L. Gatt, Il problema dei minori senza identità genetica nei (vecchi e) nuovi modelli di famiglia: il conflitto tra ordine pubblico interno e c.d. ordine pubblico internazionale, in Familia, 2017, II, p. 272. Ancora sull'evoluzione delle categorie giuridiche alla luce delle nuove tecnologie e sulla necessità di una «(ri)codificazione» delle stesse al servizio dell'uomo, si veda EAD., Codex – Libro I: antropocentrismo giuridico tra natura e tecnologia, cit.

getali – tra i beni giuridici (immobili e mobili). Meno chiara è invece la classificazione della fauna: secondo autorevole dottrina, alcune specie animali sarebbero meglio ricollocabili nella categoria dei soggetti di diritto¹⁸; secondo altri, invece, si tratterebbe di oggetti del diritto¹⁹, seppure senzienti²⁰.

¹⁹ S. COTTA, *Soggetto di diritto*, cit., p. 1215, definisce gli animali, i beni naturali e gli eventi naturalistici in generale (es. *insula in flumine nata*) come oggetti del diritto in quanto non sono autori. Allo stesso modo, l'Autore ritiene che i diritti degli animali siano quelli che l'uomo attribuisce loro in quanto oggetti di diritto e non soggetti attivi titolari di diritti.

20 L'Unione Europea ha esplicitamente riconosciuto gli animali quali «esseri senzienti» all'articolo 13 del Trattato di Lisbona del 2007. Il Trattato impone agli Stati Membri di garantire agli animali una condizione di benessere che va oltre le loro esigenze fisiologiche ed etologiche, comprendendo anche una dimensione morale, in quanto gli animali sono dotati di sensibilità e sono in grado di provare sofferenza e dolore. Sugli stessi principi si basa anche la Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, firmata a Strasburgo il 13 novembre 1987 e ratificata dall'Italia con la Legge del 4 novembre 2010, n. 210. A tale Convenzione ha fatto seguito l'Accordo del 6 febbraio 2003, il quale definisce alcuni principi fondamentali per una maggiore e più corretta relazione tra l'uomo e gli animali da compagnia, siglato in sede di Conferenza Stato Regioni, tra il Ministero della Salute, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano e recepito con d.P.C.M. 28 febbraio 2003. Va almeno menzionata, infine, la legge quadro in materia di tutela degli animali d'affezione e lotta

¹⁸ La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale, proclamata il 15 ottobre 1978 nella sede dell'Unesco a Parigi, è il primo provvedimento internazionale che educa al rispetto di ogni forma di vita. Anche se il Documento non ha un effettivo valore sul piano giuridico, non essendo stato poi recepito a livello legislativo da alcuno dei contraenti, rappresenta una dichiarazione di intenti e un'assunzione di responsabilità ineludibile da parte dell'uomo nei confronti degli animali. Sulla necessità di ripensare alla categoria giuridica degli animali si veda il volume a cura di S. CASTIGLIONE, L. LOMBARDI VALAURI, La questione animale, in Trattato di Biodiritto, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, I, Milano, 2012, pp. 281 ss. La tesi, inoltre, era già stata sostenuta da L. GATT, Codex – Libro I: antropocentrismo giuridico tra natura e tecnologia, cit., sottolineando la necessità di elaborare delle nuove norme del libro I del nostro codice civile che oggi rileva una profonda inadeguatezza sia nei confronti dell'essere umano che delle altre entità viventi. Ci sono delle lacune troppo ampie che non possono più essere trascurate al fine di dare risposte ai quesiti del XXI secolo. Con riferimento agli animali, l'autrice richiama gli artt. 842 e 923 c.c. che rappresenterebbero l'ancóra evidente tendenza di reificazione dell'essere animale, il che non gli garantirebbe delle adeguate tutele giuridiche. Nello stesso senso Francesca Rescigno, la quale spinge per un miglioramento dello status giuridico degli animali anche se la reificazione degli stessi è ancora forte. Cfr. tra l'altro F. RESCIGNO, Gli esseri animali quali "res senzienti", in Biolaw Journal, 2019, II, pp. 679 ss.; EAD., I diritti degli animali. Da res a soggetti, Milano, 2014.

Giungendo così ad una breve ricognizione della categoria di soggetto di diritto – al fine di verificare se in via ermeneutica si possa ricollocare la natura all'interno di tale categoria – è il caso di ricordare che si definisce soggetto di diritto il titolare di situazioni giuridiche soggettive attive e passive. Dunque, la nozione di soggetto è il fondamento dell'intera costruzione giuridica, la quale non sarebbe neanche concepibile se non ci fosse un'entità alla quale imputare le situazioni giuridiche soggettive²¹. Tuttavia, la categoria generale della soggettività non può dirsi unitaria, ricomprendendo al suo interno diverse tipologie di entità che vanno dal singolo individuo (persona fisica) alle aggregazioni sociali, formatesi grazie agli interessi comuni dei consociati (enti riconosciuti e non riconosciuti, i primi definiti c.d. persone giuridiche)²².

Nonostante l'eterogeneità di codesta categoria giuridica, ciò che accomuna tutti i soggetti di diritto è la capacità di essere titolari di situazioni giuridiche soggettive (c.d. capacità giuridica, ex art. 1 c.c.), alla quale si aggiunge la capacità di compiere validamente atti giuridici che incidano sulla propria sfera personale e patrimoniale (c.d. capacità d'agire, ex art. 2 c.c.)²³.

al randagismo del 14 agosto 1991, n. 281, che favorire la corretta convivenza tra uomo e animale a tutelare la salute pubblica e l'ambiente.

²¹ P. Gallo, Soggetto di diritto, in Dig. civ., Torino, 2011, p. 839.

²² L. GATT, Codex – Libro I: antropocentrismo giuridico tra natura e tecnologia, cit., trattando del libro I del codice civile, rileva la forte espansione delle categorie giuridiche di soggetto e oggetto di diritto in senso opposto, caratterizzate da confini sempre meno definiti.

²³ Nell'era digitale, assistiamo a numerosi casi di dilatazione della soggettività giuridica e un esempio significativo è rappresentato dalla robotica. Infatti, l'intelligenza artificiale, i cui possono essere dotati i robot di ultima generazione, si sviluppa sempre più rapidamente, sollevando la spinosa questione relativa alla possibilità di riconoscere ai robot uno status giuridico, eventualmente considerandoli soggetti di diritto e, in particolare, persone elettroniche. Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, principio n. 59 lett f). In tal senso, M.C. GAETA, Liability rules and self-driving cars: The evolution of tort law in the light of new technologies, Napoli, 2019, p. 59; R. Míguez Núñez, La natura e i suoi diritti: prime notazioni in ambito civilistico, in Diritti Comparati, 2017, p. 3. L. GATT, Codex – Libro I: antropocentrismo giuridico tra natura e tecnologia, cit., critica fortemente l'espansione della categoria giuridica di soggetto di diritto ai robot sostenendo, invece, l'esigenza di un miglioramento dello status giuridico degli animali – in quanto esseri senzienti – e dell'embrione umano – in quanto prima forma di vita dell'essere umano - che potrebbero essere più opportunamente tutelati quali soggetti di diritto.

La capacità è ciò che fa maggiormente dubitare della possibilità di considerare la natura come soggetto di diritto, essendo difficile immaginare la concreta capacità giuridica e, ancor di più, quella di agire della stessa. Ciò non perché la natura non sia degna di essere protetta ma perché tale protezione sembrerebbe attuabile soltanto tramite leggi efficaci che tutelino detto bene giuridico di primaria importanza, come si cercherà di verificare nel presente lavoro. Dunque, seppure resti aperta la possibilità di estendere la soggettività giuridica agli animali, non si rileva la necessità di farlo anche per la natura.

Prima di passare all'analisi comparata della tutela della natura nelle esperienze italiana e di alcuni Paesi del Sudamerica, il breve *excursus* finora svolto sulle categorie giuridiche dell'oggetto e del soggetto del diritto consente di effettuare già delle prime osservazioni.

Infatti, nell'ambito dei diritti della natura, parrebbe non solo possibile ma anche opportuno classificare la la stessa quale bene giuridico tutelabile. Dunque, la tutela della natura costituirebbe l'oggetto del diritto, senza necessità di scomodare la categoria della soggettività giuridica. Secondo questa ricostruzione, come già sostenuto, sembrerebbe più coerente parlare di diritti *per* la natura e non di diritti *della* natura, considerandoli quindi come diritti soggettivi dell'uomo (e non della natura) per la tutela della natura²⁴.

Ciò chiarito in termini più generali, è necessario porre ora l'accento sulla circostanza che l'ambiente possa essere considerato bene fruibile in varie forme, così come essere oggetto di regolamentazione tanto da parte del diritto pubblico quanto del diritto privato per la tutela delle sue singole componenti. Tale circostanza, infatti, non fa venir meno la sostanzialità di bene unitario, nei termini precisati dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 641/1987²⁵.

Al fine di garantire una maggior tutela dei beni ambientali e, in senso ampio, della natura, qualcuno ne ha teorizzato l'inserimento in una nuova categoria di beni, definita dei «beni comuni»²⁶: una categoria

²⁴ Ivi, p. 489.

²⁵ Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 641.

²⁶ Sulla categoria dei beni comuni, cfr. S. RODOTÀ, Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni, Bologna, 2013; U. MATTEL, Beni Comuni, Bari, 2011; P. MADDALENA, I beni comuni nel Codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana, in Giur. cost., 2011, pp. 2613 ss.; M.R. MARELLA (a cura di), Oltre il pubblico e il privato: per un diritto dei beni comuni, Verona, 2012; C. SALVI, Beni comuni e proprietà privata, in Riv. dir. civ., 2013,

trasversale che può ricomprendere tanto beni pubblici²⁷ quanto beni privati. Ciò che caratterizza i beni comuni è il loro intrinseco collegamento con gli interessi collettivi, superando l'aspetto della titolarità del bene e focalizzandosi, invece, sull'elemento dell'utilità del bene per la collettività²⁸.

L'elaborazione dottrinale, riassunta in questi termini, si sarebbe poi dovuta concretizzare in un recepimento a livello legislativo, che non è mai formalmente avvenuto, relegando così la neonata categoria soltanto all'attività ermeneutica. È però significativo ricordare che, nel 2007, i lavori della Commissione Rodotà²⁹ per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici culminarono nell'elaborazione di un disegno di legge, che collocava nel novero dei beni comuni, tra gli altri, «i fiumi i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutela-

pp. 10209 ss. Ancora F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del diritto*, Sansepolcro, 2017, pp. 14, illustrano una possibile struttura giuridica per i beni comuni, secondo un «ordine giuridico coerente con i principi ecologici che sostengono la vita sul nostro pianeta».

²⁷ Sulla categoria dei beni pubblici cfr. V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, pp. 1 ss.; V. Cerulli Irelli, *Beni pubblici*, in *Dig. pubbl.*, II, Torino, 1987, pp. 273 ss.; A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, pp. 277 ss.

²⁸ Cfr. L. CAROTA, *Dei beni pubblici e dei beni comuni*, in *Contr. impr.*, 2016, pp. 105 ss., che sottolinea come si voglia «in questo modo veicolare l'idea che determinati beni appartengono originariamente alla collettività o sono il prodotto di una creazione inevitabilmente collettiva, e che dalla collettività essi sono stati conservati e custoditi di generazione in generazione e sono costantemente riprodotti attraverso forme di cooperazione sociale». Cfr. anche U. MATTEI, *op. ult. cit.*, p. 35, secondo cui «anche etimologicamente, proprietà "privata" significa "tolta", "sottratta" non più disponibile per chi un tempo ne poteva godere», sottolineando così la differenza intrinseca tra il concetto di proprietà privata e quello di bene comune. Nello stesso senso, cfr. S. RODOTÀ, *op.ult. cit.*, pp. 14 ss.

²⁹ Commissione sui Beni Pubblici, presieduta da Stefano Rodotà e istituita presso il Ministero della Giustizia, con d.m. 21 giugno 2007. In particolare, la Commissione ha ritenuto che i beni comuni non costituirebbero una sottocategoria dei beni pubblici in senso stretto, in quanto possono appartenere tanto a enti pubblici quanto a privati, cfr.: <a href="https://nww.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?contentId=SPS47617#:~:tex-t=La%20Commissione%20sui%20Beni%20Pubblici,in%20materia%20di%20beni%20pubblici. Sulla qualificazione della natura come bene comune, si veda anche A. Iuliani, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, in Europa e dir. priv., 2012, II, pp. 617 ss.

te». Da questa prospettiva, i lavori della Commissione Rodotà paiono aver colto nel segno e, pur non essendosi ancora concretizzati in una normativa *ad hoc*, conservano elementi di attualità, che meritano ancora oggi di essere tenuti nella giusta considerazione, soprattutto nella prospettiva della tutela della natura³⁰.

Da ultimo, non è secondario sottolineare che, tra i beni naturali, ve ne sono alcuni definiti quali beni «essenziali»³¹, anche a prescindere dalla qualificazione come beni comuni. I beni «essenziali» possono essere sia beni naturali, come il gas e l'acqua, che beni non naturali, come l'energia elettrica, creata, appunto, artificialmente dall'uomo. I beni essenziali sono così qualificati proprio per porre l'accento sulla scarsità ed essenzialità degli stessi – oltre che per la loro utilità per la collettività – considerando che nel caso dell'acqua e del gas si tratta di risorse naturali limitate, mentre in quello dell'energia elettrica, la limitatezza discende dalle caratteristiche del processo produttivo dell'energia³².

In definitiva, a prescindere dall'inserimento della natura nell'una o nell'altra categoria, il minimo comun denominatore è indubbiamente costituito dalla connotazione come bene giuridico. Ciò considerato, appare evidente la prevalenza della teoria più tradizionalista dell'oggettivizzazione della natura e della sua regolamentazione in quanto tale, al fine di proteggerla e renderla fruibile alla collettività sia delle generazioni presenti che di quelle future, senza arrivare a superare la concezione della natura quale oggetto di diritto come invece taluni studiosi avevano tentato di fare³³.

³⁰ Cfr. P. Maddalena, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *Federalismi.it*, 2011, pp. 1 ss., il quale, nel sottolineare l'opera meritoria della Commissione Rodotà nell'individuazione della nuova categoria dei beni comuni, ha messo in evidenza come debbano senz'altro costituire beni comuni non soltanto l'ambiente considerato nel suo complesso ma anche le sue singole componenti, nonché, in senso più ampio, la natura.

³¹ Per una completa disamina dei beni essenziali si rinvia ad A. Gambino, *Beni essenziali*, in *Enc. Treccani Terzo millennio*, Roma, 2008. L'Autore precisa, tra l'altro, che «l'indagine del civilista, tuttavia, non si è per lungo tempo concentrata su quelle 'cose' per loro natura idonee a soddisfare bisogni umani, connotati di una particolare coloritura: l'essenzialità [...] La scarsa attività speculativa della civilistica si lega strettamente a ragioni storico-sistematiche: nel secolo appena trascorso, proprio rispetto a questi beni, il legislatore ha privilegiato un regime vincolato di diritto pubblico».

³² Cfr. A. GAMBINO, op. ult. cit.

³³ Nell'ordinamento italiano, in senso favorevole all'inserimento della natura tra

3. La natura, riconosciuta bene giuridico dall'Italia al Brasile

Nell'ordinamento giuridico italiano, come già si è avuto modo di chiarire, la natura viene qualificata come bene giuridico. Pur non essendo espressamente contemplata dai costituenti quale oggetto di tutela giuridica, la natura – ben lungi dall'essere soggettivizzata – godrebbe comunque di una protezione costituzionale e sarebbe tutelata in base all'interpretazione sistematica dei già citati articoli che garantiscono all'uomo il proprio diritto alla salute e alla vita³⁴ nonché dall'art. 9 Cost., che prevede la tutela del paesaggio.

Come è noto, l'art. 9 Cost. tutela il paesaggio della Nazione³⁵. La dottrina e la giurisprudenza hanno inizialmente avallato una nozione restrittiva della locuzione «paesaggio», ricomprendendovi le sole «bellezze naturali» che erano espressamente tutelate dalla legge 29 giugno 1939, n. 1497³⁶. Attualmente, però, prevale un'interpretazione più ampia della nozione, ormai considerata pacifica in dottrina e secondo cui la nozione di paesaggio dipenda dalla «valenza culturale che si attribuisce al rapporto uomo-ambiente»³⁷. Tale interpretazione evolutiva

i beni comuni ma contrario alla sua concezione come oggetto di diritto, cfr. A. IU-LIANI, op. ult. cit., pp. 617 ss., secondo cui «L'oggettivazione della natura, che viene assicurata mediante la sussunzione dei processi naturali entro il punto di vista del controllo, è infatti falsa liberazione, perché ottenuta al prezzo della subordinazione dell'uomo all'astrattezza degli schemi del dominio in un processo di autoggettivazione e di riduzione complessiva del proprio essere. E infatti il bene comune non andrebbe concepito come mero oggetto, non andrebbe inquadrato in una relazione di tipo coercitivo, secondo la logica riduzionista e materialista della razionalità illuministica quanto piuttosto in una relazione di tipo mimetico-qualitativa».

³⁴ Ciò essenzialmente perché la Costituzione italiana è basata su un approccio antropocentrico e la natura, quindi, sarebbe tutelata in via indiretta, attraverso i diritti fondamentali dell'uomo a vivere in un ambiente salubre. Cfr. S. PATTI, *Ambiente (tutela dell') nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, I, 1987, pp. 284 ss.; L. PERRA, *La natura: sujeto de derechos?*, in *Jus civile*, 2017, p. 630.

³⁵ Per un commento approfondito alla disposizione costituzionale, cfr. M. Cecchetti, *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, Torino, 2006, pp. 217 ss.

³⁶ In questo senso, A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Rin. giur. edilizia*, 1967, pp. 71 ss., la cui tesi è recepita da Corte Cost. 24 luglio 1972, n. 141 e non smentita dal legislatore almeno fino al d.l. 14 dicembre 1974, n. 657, convertito in legge 29 gennaio 1975, n. 5.

³⁷ F. Merusi, Art. 9, in Comm. Cost. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 445, che ripren-

della nozione di paesaggio, di cui all'art. 9, è stata avallata anche dalla legislazione ordinaria³⁸.

Più in particolare, l'art. 9 Cost., nel tutelare il paesaggio, tutelerebbe essenzialmente l'ambiente³⁹ e, proprio per questa ragione, offrirebbe tutela ad un valore di rango «primario»⁴⁰ e «assoluto»⁴¹: di questo è ben consapevole la Corte Costituzionale, che ha chiarito come al concetto di paesaggio siano ricollegati più interessi pubblici, incluso quello concernente la conservazione ambientale⁴². Dall' art. 32 Cost. deriva, invece, il diritto all'ambiente salubre⁴³. In estrema sintesi, questa è stata la posizione della Corte costituzionale⁴⁴ a partire dall'anno 1987⁴⁵, poi

de la tesi già di A. PREDIERI, Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio, in Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente, II, Firenze, 1969, pp. 381 ss. ed ID., Paesaggio, in Enc. dir., XXXI, Milano, 1981, pp. 505 ss., secondo cui «l'attività di tutela del paesaggio è funzionalmente connessa a quella di tutela dell'ambiente».

³⁸ A tal proposito è il caso di ricordare che l'espressione «beni ambientali» ha ricevuto una espressa qualificazione da parte del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, che la pone in diretta derivazione dalla nozione costituzionale di paesaggio, e che la stessa espressione di «beni ambientali» è stata via via sostituita dalla nozione di «beni paesaggistici», che tendenzialmente la ricomprende, così come avvenuto anche nel nuovo Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. In effetti, il Codice, all'art. 131, ha qualificato il paesaggio come «il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni», dimostrando così quanto sia ampia la nozione di paesaggio che risale all'art. 9 Cost.

³⁹ Corte Cost., n. 641/1987 cit.

⁴⁰ Corte Cost., 27 giugno 1986, n. 151.

⁴¹ Corte Cost., n. 641/1987 cit.

⁴² Corte Cost., 7 novembre 2007, n. 367.

⁴³ Corte Cost., 9 aprile 2013, n. 85.

⁴⁴ Sulla giurisprudenza costituzionale in materia ambientale cfr., su tutti, P. MAD-DALENA, La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di tutela ambientale (relazione al Convegno "Energie rinnovabili e compatibilità ambientale", Gubbio, 10-11 ottobre 2008), in Riv. giur. edilizia, 2008, pp. 113 ss.

⁴⁵ Con una prima pronuncia, Corte Cost., 15 maggio 1987, n. 167, nella cui scia si è posta anche la sentenza Corte Cost., n. 210/1987, di poco successiva, la Corte ha chiarito che «il patrimonio paesaggistico e ambientale costituisce eminente valore cui la Costituzione ha conferito spiccato rilievo (art. 9, comma 2), imponendo alla Repubblica – a livello di tutti i soggetti che vi operano e nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali – di perseguirne il fine precipuo di tutela». Ancor più significativa, poi, si è rivelata la sentenza Corte Cost., n. 641/1987, avente ad oggetto la legittimità costituzionale dell'art. 18 della l. 349/86. In tale pronuncia, la Corte ha significativamente affermato che «l'ambiente costituisce un bene immateriale unitario, sebbene a varie componenti ciascuna delle quali può anche costituire isolatamente e

sempre confermata dalle successive pronunce. Dunque, come spesso accade, l'attività degli interpreti e, più in particolare, della giurisprudenza costituzionale ha anticipato il recepimento espresso da parte del legislatore costituzionale. Così, a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, intervenuta con legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3⁴⁶, l'art. 117, comma 2, lett. s), prevede ora che sia affidata allo Stato – nell'ambito del riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni – la potestà legislativa esclusiva in materia di «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali».

Indubbiamente, quindi, così come ricordato anche dalla Corte, il valore trasversale della tutela ambientale, già ricavabile dagli artt. 9 e 32 Cost., trova ora una espressa conferma nella previsione contenuta nella lettera s) del secondo comma dell'art. 117 Cost., che affida allo Stato il compito di garantire la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema⁴⁷.

Tuttavia, se è vero che la tutela ambientale gode ora di autonoma considerazione all'interno della Carta, la collocazione del suo riconoscimento unicamente nell'ambito del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni non appare comunque essere sufficientemente significativa, in considerazione del crescente valore che la tutela dell'ambiente ricopre nella sensibilità contemporanea. Ci si preoccupa, in so-

separatamente oggetto di cura e tutela, ma tutte nell'insieme riconducibili ad unità». Ma soprattutto, la Corte, richiamando due disposizioni costituzionali, vale a dire l'art. 9 (sulla tutela del paesaggio) e l'art. 32 (sulla tutela della salute), ha chiarito che «l'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita», aggiungendo altresì che «la sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti». In definitiva, ad avviso della Corte, la tutela dell'ambiente è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), prima ancora che da disposizioni di rango legislativo, per cui esso assurge a valore primario ed assoluto. Nello stesso senso, più di recente, cfr. anche Corte Cost., n. 367/2007.

⁴⁶ Con l'occasione della riforma del Titolo V, l'Italia ha così recepito l'indirizzo europeo che già faceva espresso riferimento alla tutela dell'ambiente nell'Atto Unico europeo del 1987, che costituisce la prima base giuridica per una politica ambientale comune volta alla salvaguardia della qualità e della salubrità ambientale. Più di recente questa impostazione è stata sviluppata anche dal TFUE (agli artt. 11 e da 191 a 193). Cfr., sul punto, Relazione di accompagnamento al d.d.l. 2 aprile 2019, n. 1203.

⁴⁷ Corte Cost., 20 dicembre 2002, n. 536, ove la Corte ha anche considerato la tutela della natura come valore trasversale, che non esclude quindi in radice l'intervento anche della Regioni (cfr. anche Corte Cost., 24 giugno 2003, n. 222).

.

stanza, di chiarire la spettanza della competenza in materia di tutela ambientale, senza che siffatto valore, indubbiamente «primario», così come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale, riceva un esplicito riconoscimento tra i principi fondamentali e, più in generale, nella prima parte della Costituzione.

Anche per questo motivo, in Parlamento si discute di una possibile costituzionalizzazione, in termini ancor più precisi, del principio di tutela ambientale, mediante una modifica in senso migliorativo del testo dello stesso art. 9: una soluzione avallata da parte della dottrina⁴⁸.

In questo senso, si pone il disegno di legge costituzionale n. 1203, presentato il 2 aprile 2019⁴⁹, inteso a modificare proprio l'art. 9 Cost. aggiungendo così un terzo comma del seguente tenore «La Repubblica tutela l'ambiente e l'ecosistema, protegge le biodiversità e gli animali, promuove lo sviluppo sostenibile, anche nell'interesse delle future generazioni». La scelta di modificare l'art. 9 avrebbe un duplice motivo: da un lato aggiungere un comma specifico per la tutela dell'ambiente in un articolo che già prevede la tutela del paesaggio e del patrimonio e, dall'altro, introdurre un espresso riferimento alla tutela ambientale nella prima parte della Costituzione, che disciplina i principi fondamentali, con una valenza anche simbolica, quindi ben diversa da quella attuale all'interno del Titolo V. Alla base del d.d.l. vi è, altresì, l'auspicio verso la promozione di una nuova cultura della sostenibilità. Lo sviluppo sostenibile costituisce un valore fondamentale che sembrerebbe da

⁴⁸ Cfr. D. Porena, Sull'opportunità di un'espressa costituzionalizzazione dell'Ambiente e dei principi che ne guidano la protezione. Osservazioni intorno alle proposte di modifica dell'articolo 9 della Carta presentate nel corso della XVIII legislatura, in Federalismi.it, 2020, pp. 312 ss., con una rassegna dei disegni di legge costituzionale finora presentati, secondo cui «la generale ipotesi di una revisione costituzionale finalizzata ad integrare la "questione ambientale" nell'ambito della Carta appare, in conclusione, persuasiva e coerente con i più recenti sviluppi maturati nel contesto internazionale, nelle costituzioni di gran parte degli Stati stranieri, nel diritto dell'Unione europea e nelle preoccupazioni più avvertite dal legislatore ordinario. L'auspicio sotteso alla breve ricognizione che precede è tuttavia quello che l'intervento del legislatore costituzionale sia capace non solo di tracciare un "bilancio" della giurisprudenza costituzionale degli ultimi decenni ma anche di segnare ulteriori punti di approdo cui la Corte, nel pur meritorio sforzo sino ad oggi realizzato, non ha potuto – per la natura stessa delle attribuzioni che le sono proprie – né perseguire né raggiungere».

⁴⁹ Secondo l'ultimo aggiornamento del 4 novembre 2020, il d.d.l. è in corso di esame al Senato in Commissione Affari Costituzionali.

troppo tempo erroneamente considerato come un limite al progresso scientifico ed economico e invece costituisce un elemento essenziale per lo sviluppo delle persone nel rispetto del pianeta⁵⁰.

Passando ad un'analisi di tipo comparatistico e volgendo lo sguardo alla regione amazzonica, va rilevato come anche in Brasile - così come nella maggior parte dell'America Latina – la Carta costituzionale si limiti a un approccio antropocentrico, qualificando la tutela della natura quale oggetto del diritto della società. Per garantire la sopravvivenza dell'ecosistema, la Costituzione brasiliana sancisce il generale dovere di protezione dell'ambiente, con le sue foreste, le ricchezze del sottosuolo, la biodiversità e le risorse idriche della terra⁵¹. Tuttavia, mentre in Italia vi è una crescente consapevolezza della necessità di implementare la tutela della natura e dell'ambiente – innalzandola a principio fondamentale della Costituzione – il Brasile, sembrerebbe dirigersi in senso opposto. Durante la quarantesima Assemblea generale delle Nazioni Unite, il Presidente brasiliano, in particolare, ha ribadito il diritto sovrano a gestire la questione Amazzonia come meglio crede, in quanto, a suo avviso, l'Amazzonia non sarebbe patrimonio dell'umanità ma del Brasile. Senza entrare nel merito delle affermazioni rese, da un punto di vista oggettivo appare evidente che la qualificazione giuridica della natura come oggetto di diritto anche in Brasile continui ad essere ferma, seppure basata su principi piuttosto discutibili che rischiano di renderla oggetto di sfruttamento economico più che di tutela.

4. Una nuova frontiera della soggettività nella Costituzione dell'Ecuador e in quella della Colombia

La transizione verso la concezione di natura come soggetto di diritto, vista sempre più (e forse non a ragion veduta) come la panacea di tutti i mali dell'Amazzonia, ha trovato la sua spinta propulsiva in Ecuador.

La Costituzione dell'Ecuador, infatti, più ancora di quelle dei Paesi limitrofi, è espressamente passata da una visione di tipo antropocen-

⁵⁰ Relazione di accompagnamento al d.d.l. 2 aprile 2019, n. 1203.

⁵¹ A.C. Wolkmer A.C., M. de Fátima, S. Wolkme, D. Ferrazzo, Derechos de la Naturaleza: para un paradigma político y constitucional desde la América Latina, in La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático, cit., p. 84.

trico a una nuova visione che potremmo definire "ecocentrica" e che pone totalmente al centro la natura⁵².

Ebbene, può l'esigenza della tutela della natura giungere fino al paradosso di incentrare un'intera Costituzione attorno a quel paradigma oppure è più opportuno tutelare la natura ma sempre in una visione antropocentrica, quale presupposto per l'esercizio del proprio diritto alla salute e, in definitiva, alla propria stessa esistenza?

Per provare a rispondere a questa domanda, appare opportuno, a questo punto, andare a verificare più concretamente in cosa sia consistita la positivizzazione di cui si discute e in che modo la Costituzione ecuadoriana sia divenuta ecocentrica.

La Costituzione dell'Ecuador del 2008 abbandona, in effetti, la concezione individualistica tipica della maggioranza delle altre esperienze costituzionali concentrandosi su una dimensione collettiva, in cui il benessere dell'insieme dei cittadini dipende, in ultima istanza, dalla tutela della natura.

L'anima ecocentrica della Costituzione dell'Ecuador attraversa l'intero testo ed è ravvisabile in più punti, a partire dal preambolo in cui, pomposamente, si celebra la natura, di cui tutti siamo parte e che è la base della nostra esistenza.

La qualificazione della natura come soggetto di diritto è esplicitata all'art. 10, comma 2⁵³, Cost., la quale quindi costituisce in questa sede la disposizione di maggiore interesse, unitamente alle disposizioni del Capitolo VII sulla natura, che specificano quali siano i diritti riconosciuti in capo alla natura quale soggetto di diritto.

Obiettivo dichiarato dello Stato dell'Ecuador, esplicitato all'art.

⁵² Cfr., sul punto, R. Viciano Pastor, La problemática constitucional del reconocimento de la Naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución del Ecuador, in La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático, a cura di L. Estupiñán Achury, C. Storini, R. Martínez Dalmau, F.A. de Carvalho Dantas, cit., pp. 137 ss.; R.L. Fernández, De la Pachamama a los derechos de la Natualeza en la Constitución plurinacional del Ecuador, in La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático, a cura di L. Estupiñán Achury, C. Storini, R. Martínez Dalmau, F.A. de Carvalho Dantas, cit., p. 269 ss.; F. Simon, La Naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución ecuatoriana: la construccion de una categoría de interculturalidad, in La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático, a cura di L. Estupiñán Achury, C. Storini, R. Martínez Dalmau, F.A. de Carvalho Dantas, cit., pp. 299 ss.

⁵³ Cfr. art. 10, Constitución ecuatoriana: «La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución».

3, è anche quello di proteggere il patrimonio naturale del Paese, per consentire alla collettività di raggiungere il cosiddetto *buen vivir* (vivere bene). Si tratta di un principio di derivazione indigena, cui è dedicato un intero titolo del testo costituzionale, ricollegato al concetto di benessere della vita, concetto molto esplorato in America Latina, noto in Ecuador anche come *sumak kansay*⁵⁴.

Tale obiettivo dello Stato ecuadoriano è ulteriormente specificato all'art. 57, il quale, tra l'altro, enuncia il diritto collettivo consistente nella pretesa che lo Stato promuova la biodiversità e l'ambiente naturale, istituendo programmi, con la partecipazione della comunità, per garantire la conservazione e l'uso sostenibile della biodiversità.

Ancor più chiaramente, l'art. 66 enuncia il diritto a vivere in un ambiente salubre, ecologicamente equilibrato, libero da contaminazioni e in armonia con la natura.

Particolarmente significative, nell'ottica della tutela ambientale, appaiono le disposizioni contenute nel Capitolo VII della stessa Costituzione, interamente dedicate ai diritti della natura.

Il Capitolo dedicato alla natura, definita anche con l'epiteto tradizionale di *Pachamama* (Madre Terra), è inaugurato dall'art. 71. Vi si chiarisce che la natura, luogo ove la vita nasce, si riproduce e si realizza, ha essa stessa – in quanto soggetto di diritto, ai sensi dell'art. 10 – il diritto di vedere rispettata pienamente la sua esistenza, il suo mantenimento nonché la rigenerazione dei suoi cicli vitali, struttura, funzioni e processi evolutivi.

Il rispetto dei diritti della natura, non potendo essere evidentemente richiesto dalla natura stessa, potrà, invece, essere ricercato da qualsiasi persona o comunità: lo Stato, infatti, incoraggia le persone fisiche e giuridiche e i gruppi a proteggere la natura e promuoverà il rispetto di tutti gli elementi che formano un ecosistema.

L'art. 72 chiarisce poi come la natura abbia diritto al suo ripristino

⁵⁴ Sulla teoria del buen vivir e de los derechos de la naturaleza in Bolivia e in Ecuador si rinvia a C.G. Barlé, Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza, in Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos, 2014, II, p. 12. In Bolivia sono stati introdotti una serie di principi quali suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena) e ivi maraei (tierra sin mal), mentre in Ecuador sono stati teorizzati i concetti del buen vivir (sumak kawsay) e los derechos de la Madre Tierra (Pachamama).

(«restauración»), in caso di danneggiamento⁵⁵: il metodo utilizzato dal costituente è quindi non tanto e non solo quello del risarcimento per equivalente ma quello consistente nella necessità di ricostruire lo status quo ante (risarcimento del danno in forma specifica). Soltanto in questo modo, infatti, la natura potrà vedere davvero tutelati i propri diritti, che prescindono dagli interessi umani e di carattere economico. L'altro strumento di tutela prediletto dalla Costituzione, enucleato dall'art. 73, è quello delle misure di carattere preventivo. In sostanza, l'obiettivo è quello di evitare alla natura, quale soggetto di diritti, di subire danneggiamenti e, nell'ipotesi in cui ciò accada, di consentire nel modo più efficace il ripristino della situazione di fatto antecedente alla perdita procurata.

L'art. 74 ricollega il diritto della collettività a beneficiare di un ambiente salubre e delle risorse naturali al già citato principio del *buen vivir*, mentre l'art. 83 attribuisce ai cittadini ecuadoriani la responsabilità di rispettare i diritti della natura, di preservare un ambiente salubre e di utilizzare le risorse naturali in modo razionale e sostenibile. Viene anteposto, così, l'interesse della collettività a quello particolare (e individualista), sempre in conformità al principio del *buen vivir*.

Particolarmente interessante, infine, è l'art. 385 che ricollega l'utilizzo delle moderne tecnologie e delle scoperte scientifiche alla teoria del buen vivir, con la finalità principale di tutelare la natura: un incontro tra antico e moderno nel nome della tutela ambientale che, invece, sembrerebbe mancare nella Costituzione italiana e che potrebbe rappresentare un grande punto di forza per lo sviluppo di un Paese sempre più ecosostenibile.

In definitiva, dalla lettura della Costituzione dell'Ecuador si trae il metodo di tutela ambientale basato sul binomio prevenzione-ripristino. Non si può non notare che tale metodo di tutela manterrebbe la

⁵⁵ La dottrina ha criticato l'incompletezza della formulazione della norma, che non si preoccupa di precisare in capo a chi si imponga il diritto al "restauro", chi sia onerato dunque del ripristino dello *status quo ante* e chi sia legittimato a richiederlo, in luogo della natura soggetto di diritto. Un'indicazione potrebbe trarsi dall'art. 71 della Costituzione: ai soggetti colpiti direttamente dall'attacco ambientale spetterebbe la legittimazione a richiedere il ripristino. Cfr., sul punto, R. VICIANO PASTOR, *op. ult. cit.*, p. 149, il quale mette in evidenza come si possa raggiungere un'efficace tutela della natura anche senza addivenire alla finzione legale della soggettivizzazione ma utilizzando strumenti giuridici più classici, come l'azione criminale popolare in materia ambientale prevista dal diritto spagnolo.

sua validità anche nel caso in cui si fosse qualificata la natura quale bene giuridico, considerando la tutela della stessa strumentale ai bisogni dell'umanità. Impostazione, quest'ultima, che peraltro si intravede nello stesso art. 74 Cost. ove, forse in modo un po' contraddittorio, la tutela ambientale si ricollega proprio al *buen vivir* degli esseri umani ed è quindi funzionalizzata al raggiungimento del loro benessere.

Ad ogni buon conto, l'espressa costituzionalizzazione espressa della natura come soggetto di diritto non ha paragoni nelle esperienze costituzionali degli altri Paesi della regione amazzonica.

Il caso della Colombia, infatti, è quello più esemplificativo di un cambiamento attuato senza un'espressa revisione costituzionale ma per via giurisprudenziale, attraverso uno straordinario esercizio ermeneutico sulle norme costituzionali preesistenti.

La Corte costituzionale colombiana, già nel 1991, aveva considerato la Costituzione colombiana come una costituzione ecologica, pur in assenza di un'espressa definizione in tal senso al suo interno. Infatti, secondo una ricostruzione ermeneutica di alcune norme della Costituzione della Colombia (artt. 79 e 80), si rileva una diiretta tutela delll'ambiente come diritto fondamentale direttamente tutelato.

Una vera e propria svolta, però, è arrivata nel 2018 allorché la Corte Suprema della Colombia ha inquadrato la natura – e con essa la Foresta Amazzonica – come «soggetto di diritti»⁵⁶. Sui contenuti di tale svolta ci si soffermerà nel prosieguo; per il momento basti osservare che la dottrina sudamericana resta critica sull'idea della natura come soggetto di diritto perché sostanzialmente non si dà più la giusta rilevanza all'individuo ma si soggettivizza un tradizionale bene giuridico⁵⁷.

⁵⁶ Sul punto si rinvia a L. ESTUPIÑÁN ACHURY, Neoconstitucionalismo ambiental y derechos de la naturaleza en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. El caso de Colombia, in La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático, a cura di L. ESTUPIÑÁN ACHURY, C. STORINI, R. MARTÍNEZ DALMAU, F.A. DE CARVALHO DANTAS, cit., pp. 365 ss.; L.F. MACÍAS, ¿Qué significa que la Amazonia sea un sujeto de derecho?, in Revista Colombia Amazónica, 2018, p. 103 ss.; C.C. ALVAREZ RONDON e M.L. CALVO CARO, op. ult. cit.

⁵⁷ Difatti, anche se fortunatamente si percepisce un antropocentrismo di fondo, non mancano diverse ipotesi in cui si assiste ancora ad una reificazione dell'essere umano, il quale viene messo da parte in favore di altri interessi ritenuti superiori. Cft. L. Gatt, Codex – Libro I: antropocentrismo giuridico tra natura e tecnologia, cit.

5. (segue) La Foresta Amazzonica quale soggetto di diritto alla luce della sentenza della Corte Suprema di Giustizia della Colombia n. 4360/2018.

La foresta pluviale amazzonica è il luogo con la maggiore biodiversità sul nostro pianeta ed è generalmente definito come polmone della Terra in quanto è un'area ricca di flora e fauna che si trova all'interno dei confini di otto Paesi⁵⁸. Ognuno di questi Paesi ha un proprio ordinamento giuridico che regola l'impatto umano sulla regione amazzonica. Tali sistemi giuridici costituiscono il quadro comune di riferimento all'interno del quale governi, ONG, comunità e singoli individui possono muoversi per preservare gli ecosistemi dell'Amazzonia.

Come già anticipato, l'Amazzonia è stata oggetto di una recente sentenza della Corte Suprema della Colombia n. 4360/2018⁵⁹. La pronuncia in parola ha riconosciuto alla Foresta Amazzonica la soggettività giuridica e, in quanto tale, le ha attribuito il generale diritto alla protezione e manutenzione che incombe sui governi del bacino amazzonico, ordinando loro di intervenire con urgenza al fine di arginare la deforestazione.

In particolare, i ricorrenti avevano presentato ricorso alla Corte Suprema di Giustizia della Repubblica di Colombia per proteggere il loro diritto di vivere in un ambiente sano («gozar de un ambiente sano») – diritto ulteriore rispetto al più generale diritto alla vita e alla salute – contro l'incapacità dei governi del bacino amazzonico di fermarne la distruzione, che mette a repentaglio il loro futuro e viola i loro diritti costituzionali e quelli delle future generazioni. Sul punto, la Corte Suprema ha precisato che – in applicazione del principio di solidarietà – lo Stato colombiano ha la responsabilità di proteggere la Foresta Amazzonica e deve urgentemente intervenire in tal senso. La Corte, inoltre, considera la tutela dell'ambiente uno dei capisaldi dello Stato sociale di diritto, da proteggere contro eventuali turbative o limitazioni.

Per tali motivi, la Corte Suprema colombiana ha riconosciuto la Fo-

⁵⁸ Le nazioni nelle quali si sviluppa la Foresta Amazzonica sono: Colombia, Brasile, Venezuela, Ecuador, Perù, Bolivia, Guyana e Suriname.

⁵⁹ Per un'analisi della sentenza della Corte Suprema della Colombia del 5 aprile 2018, n. 4360, mi sia consentito rinviare a M.C. Gaeta, *Principio di solidarietà e tutela di nuovi "soggetti" deboli. La Foresta Amazzonica quale soggetto di diritto (sentenza n. 4360/2018 della Corte Suprema di Giustizia della Colombia)*, in *Familia*, 2019.

resta Amazzonica come entità, «soggetto di diritti»⁶⁰, il che significa che la foresta pluviale è stata annoverata tra i soggetti di diritto e le sono stati concessi gli stessi diritti di una persona fisica, tra cui proprio quello alla vita.

Sono molteplici le fonti del diritto sia di rango internazionale che nazionale richiamate dalla Corte Suprema che tutelano la Foresta Amazzonica includendola nella categoria dei soggetti del diritto⁶¹ ma, in particolare, la pronuncia della Corte Suprema si sofferma sull'analisi della Costituzione colombiana dalla prospettiva della tutela dell'ambiente, considerandola come una Costituzione ecologica e elevando il concetto di tutela ambientale a diritto fondamentale dell'uomo. La Corte Suprema, come già accennato, sottolinea espressamente che l'ambiente costituisce un diritto di rango costituzionale, contenuto nel capitolo III della Carta costituzionale colombiana, rubricato «diritti collettivi e dell'ambiente» (artt. 79 e 80, Cost. colombiana).

Inoltre, la necessità di tutela della Foresta Amazzonica, è evidente anche in uno studio condotto dal Ministero dell'Ambiente e dello Sviluppo Sostenibile, poi recepito dall'IDEAM⁶² – al quale si rifà la stessa Corte – che segnala come tra il 2015 e il 2016 la deforestazione è incrementata del 44%.

Pertanto, la Corte colombiana – revocando la sentenza della Sala

⁶⁰ Corte Suprema della Repubblica di Colombia, sentenza 5 aprile 2018, n. 4360, punto 14: «Por tanto, en aras de proteger ese ecosistema vital para el devenir global, tal como la Corte Constitucional declaró al rio Atrato, se reconoce a la Amazonia Colombiana como entidad, "sujeto de derechos", titular de protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integran».

⁶¹ Accordo di Parigi, approvato in Colombia con la legge n. 1884 del 2017; legge n. 1753 del 2015; legge n. 472 del 1998; Patto Internazionale di Diritti economici, Sociali e Culturali del 1966; Convenzione sul divieto di utilizzare tecniche di modifica ambientale per fini militari e altri fini ostili del 1967; Dichiarazione di Stoccolma del 1972; Conferenza Nazionale sull'ambiente e lo sviluppo di Rio de Janeiro del 1992; Convenzione quadro sul cambiamento Climatico di Parigi del 2015; Costituzione Colombiana del 199; Trattato di Cooperazione Amazonica (TCA) approvato con la legge n. 74 del 1979.

⁶² Lo studio condotto dal Ministero dell'Ambiente e dello Sviluppo Sostenibile, intitolato Estrategia de Control a la Deforestación y Gestión de los Bosques, è stato recepito nel Report Núcleos Activos por Deforestación del Sistema de Monitoreo de Bosques y Carbono para Colombia (SMBYC), Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM), 2017, accessibile tramite questo link: http://documentacion.ideam.gov.co/openbiblio/bvirtual/023708/boletinDEF.pdf.

Civile del Tribunale Superiore del Distretto Giudiziale di Bogotá del 12 febbraio 2018 – ha sottolineato che i danni causati dalla deforestazione sono irreversibili e occorre un intervento drastico per contrastarli.

La Corte ha invitato il Governo dell'Amazzonia Colombiana ad adottare i mezzi di tutela della foresta pluviale per prevenire la deforestazione, elaborando un piano d'azione di corto, medio e lungo termine, entro quattro mesi decorrenti dalla notifica della sentenza. Allo stesso tempo, poi, essa ha ordinato al Governo di stipulare un "Pacto intergeneracional por la vida del amazonas colombiano" (PIVAC), con la partecipazione attiva di tutte le parti interessate (comunità e popolazione interessate, organizzazioni scientifiche e gruppi di ricerca ambientale), il quale preveda mezzi atti ad impedire la deforestazione e l'emissione di gas serra, da sottoscrivere entro il termine di cinque mesi dalla notifica della sentenza⁶³. Inoltre, il Tribunale Supremo ha imposto agli enti locali di attuare e implementare "Planes de Ordenamiento Territorial" contro la deforestazione, entro lo stesso termine di cinque mesi⁶⁴. Infine, la Corte ha sancito che le diverse cooperazioni per la tutela dell'ambiente dell'Amazzonia, sempre nel termine di cinque mesi, debbano adottare misure politiche, giudiziarie o amministrative per risolvere il problema della deforestazione.

⁶³ Considerando che il PIVAC è un nuovo strumento normativo, il Ministero dell'agricoltura e dello sviluppo rurale della Colombia sta attualmente lavorando per la sua stipulazione. Il PIVAC dovrà essere il risultato del lavoro congiunto del governo con le comunità interessate e il pubblico in generale, il gruppo di lavoro del Ministero dell'agricoltura e dello sviluppo rurale ha creato una piattaforma virtuale per ricevere i contributi degli interessati, relativi alla costruzione di un Patto per contrastare la deforestazione dell'Amazzonia, accessibile tramite il seguente *link*: https://www.minagricultura.gov.co/sitepages/pivac.aspx.

⁶⁴ Nel quadro della conformità della STC, nel 2018 si sono tenuti una serie di seminari regionali a Caquetá, Putumayo, Guaviare, Meta e Bogotá al fine di avvicinare i cittadini alla discussione sulla protezione della Foresta Amazzonica e conoscere la loro percezione del fenomeno della deforestazione, nonché ricevere eventuali proposte delle parti interessate, con l'obiettivo di costruire e sviluppare sia il piano d'azione che il patto intergenerazionale. Con i risultati dei seminari, il governo ha inquadrato il percorso da seguire per la predisposizione del piano d'azione, e il piano d'azione è stato presentato alla Corte suprema di giustizia lo scorso agosto 2018. Per approfondire si veda il link alla pagina dedicata al PIVAC sul sito internet del Ministero dell'agricoltura e dello sviluppo rurale https://www.minagricultura.gov.co/PIVAC/Paginas/Inicio.aspx.

6. Non la soggettivizzazione della natura a tutela l'ambiente, ma leggi efficaci per uno sviluppo ecosostenibile

Viviamo ora nell'«età dei diritti»⁶⁵, tanto da poterli quasi dividere in generazioni. La prima generazione è delineata dai diritti di libertà (introdotti nelle Carte del '700), per poi passare ai diritti politico-sociali, i diritti di seconda generazione. Con il trascorrere del tempo, hanno visto la luce i diritti allo sviluppo, alla pace internazionale e alla libertà di informazione, caratterizzanti la terza generazione e, già nel XX secolo, siamo giunti ai diritti strettamente connessi allo sviluppo delle nuove scoperte scientifiche e delle nuove tecnologie (diritti di quarta generazione).

Nella società contemporanea, dunque, i diritti aumentano ed evolvono, spesso portando con sé nuovi rischi. Ciò comporta conseguenze opposte: da un lato, il progresso della società e dei suoi consociati ma, dall'altro, possibili danni causati dal sorgere di pericoli non regolamentati da un'opportuna disciplina normativa, preventiva ma anche rimediale. Concretizzando il discorso con riferimento alla natura, lo sviluppo della società e, in primo luogo del settore industriale e tecnologico, comporta il sorgere di potenziali vantaggi – come le nuove fonti di energia – ma anche di svantaggi per il pianeta, derivanti dall'incessante sfruttamento dei beni ambientali.

L'età in cui viviamo è caratterizzata dal proliferare di norme che si susseguono l'un l'altra, minando le basi della certezza del diritto⁶⁶.

⁶⁵ N. Bobbio, L'età dei diritti, Torino, 1997, p. 45.

⁶⁶ F. Capra e U. Mattei, op. ult. cit., pp. 12 ss., evidenziano la necessità di trasformare il diritto per creare un «ordine giuridico ecologico» e in particolare di «dissociare il diritto dal potere e dalla violenza; rendere la comunità sovrana; rendere la proprietà generativa». P. Perlingieri, Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 16, il quale definisce la legislazione come «affannosa» e «alluvionale» criticandola, inoltre, per essere sempre più frequentemente caratterizzata da tecniche legislative che non mirano ad una visione globale della fattispecie giuridica e che tenga conto anche del quadro costituzionale e sovranazionale. In tal senso anche C. Caccavale, Per un diritto sostenibile, in Crisi della legge e produzione privata del diritto, a cura di G. Conte, M. Palazzo, 2018, II, pp. 241 ss. che espone chiaramente, criticandola, l'eccessiva produzione di norme giuridiche. Sulla mancanza di una effettiva cogenza delle norme giuridiche si veda M. Orlandi, Norme deboli, in Liber amicorum. Pietro Rescigno. In occasione del novantesimo compleanno, II, Napoli, 2018, pp. 1451 ss.; Id., Diritto mite, in Il problema delle leggi imperfette, Etica della partecipazione all'attività legislativa in democrazia, a cura di L. Eusebi, Brescia, 2017, pp. 107 ss.

In effetti, non sembra necessaria la moltiplicazione di norme settoriali in relazione al mutamento di determinate categorie giuridiche, quanto piuttosto leggi efficaci che garantiscano uno sviluppo ecosostenibile. Nel caso dei diritti della natura, infatti, categorie giuridiche ben precise già esistono: il bene giuridico "natura" e la tutela della stessa quale oggetto dei diritti per la natura. Ciò che sembra mancare, almeno in parte, sono nuove leggi efficaci⁶⁷, anche nell'ottica di una fortificazione della tutela *ex ante*.

Il concetto di sviluppo sostenibile sembra risalire al 1987 quando la Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo (WCED) utilizzò il termine nel Rapporto Brundtland, intitolato «Our Common Future»⁶⁸. Secondo la Commissione, per «sostenibilità» deve intendersi il soddisfacimento delle esigenze delle generazioni presenti senza danneggiare quelle delle generazioni del domani.

Tale concetto ruota attorno a due punti fondamentali: l'equità intra-generazionale, ovvero la necessità di soddisfare le esigenze del mondo povero, migliorandone le condizioni, e quello di equità inter-generazionale, che si traduce nell'opportunità di limitarsi nello sfruttamento dell'ambiente per evitare di danneggiare le generazioni future. Inoltre, l'importanza di tutelare l'ambiente affinché ne possano godere anche le generazioni future è stata esplicitata anche nella «Dichiarazione sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future» dell'UNESCO, firmata a Parigi dieci anni dopo (12 novembre 1997)⁶⁹.

La Dichiarazione dell'UNESCO, sottolinea la responsabilità delle generazioni presenti di trasmettere a quelle future una Terra non irrimediabilmente danneggiata a causa dell'attività umana, usufruendo delle risorse naturali in maniera ragionevole (art. 4). Allo stesso tempo, nella Dichiarazione si invitano le generazioni presenti ad impegnarsi

⁶⁷ Per un approfondimento del concetto di efficacia si rinvia a I.A. CAGGIANO, A Quest for Efficacy in Data Protection: a Legal and Behavioural Analysis, in Universidad de Barcelona Jean Monnet Chair Working Papers 10/2017, pp. 6 ss., in cui l'Autrice analizza l'efficacia degli strumenti normativi con particolare riguardo al reg. 2016/679/UE (c.d. GDPR) sulla protezione dei dati personali.

⁶⁸ Report of the World Commission on Environment and Development (WCED), Our Common Future, 1987.

⁶⁹ Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura (UNESCO), "Dichiarazione sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future", Parigi, 12 novembre 1997.

per uno «sviluppo durevole» e a preservare le condizioni della vita e in particolare la qualità e l'integrità dell'ambiente, affinché le generazioni future non siano esposte a inquinamenti, e in generale a danni ambientali, tali da mettere in pericolo la loro salute o addirittura la loro vita (art. 5). La Dichiarazione, per di più, invita a preservare per le prossime generazioni le risorse naturali necessarie al mantenimento della vita e al suo sviluppo, nonché a prendere in considerazione le possibili conseguenze delle proprie azioni per le generazioni future (art. 5).

Così definita, la sostenibilità può anche essere intesa come un processo socio-ecologico caratterizzato dal desiderio di perseguire un ideale comune: la tutela dell'ambiente, appunto, nell'interesse della collettività presente e futura. In quest'ottica, un atteggiamento perseverante e dinamico da parte di tutta la comunità dei consociati potrebbe portare al maggiore sviluppo di un sistema sostenibile. Tuttavia, viene da sé che un movimento che parta dal basso – dal popolo o da enti privati – non goda della cogenza necessaria per essere realmente efficace. Allora quali potrebbero essere i presupposti per nuove leggi efficaci? Sicuramente la risposta risiede tanto nella tipologia di intervento normativo quanto nel suo contenuto.

In merito alla tipologia di intervento normativo, sicuramente lo stesso dovrebbe partire dagli Stati, i quali hanno gli strumenti per prevedere una effettiva tutela preventiva e rimediale del bene giuridico "natura" di cui l'uomo ha il diritto di godere, senza scomodare la categoria giuridica della soggettività.

Quanto al contenuto, infine, quello ecologico rientra sicuramente tra gli approcci che consentirebbero di ridurre l'impatto negativo dell'uomo sull'ambiente in favore di un sistema ecosostenibile. Il percorso verso il raggiungimento della sostenibilità rappresenta una sfida giuridico-sociale che coinvolge il diritto a livello non solo nazionale, ma mondiale, e l'ecologia sarebbe un importante strumento per il perseguimento di tale obiettivo planetario. Per vivere in modo più sostenibile si può ricorrere a determinate strategie, come la riorganizzazione delle condizioni di vita nelle città – progettando, ad esempio, città ecologiche – l'evoluzione dei settori economici, come il c.d. green building e l'agricoltura sostenibile, oppure delle prassi lavorative e ricreative, nonché l'utilizzo delle scienze per lo sviluppo di nuove tecnologie green (dalla tecnologia verde alle energie rinnovabili).

In questo senso l'ecologia ha da tempo intrapreso un dialogo con le scienze umanistiche – tra le quali il diritto riveste un ruolo fondamentale – che hanno la forza di disciplinare l'ecologia e la sostenibilità in generale, implementandole⁷⁰. Tale orientamento del diritto verso l'ecologia è testimoniato anche da recenti interventi normativi, primo tra tutti il Settimo Programma di Azione per l'Ambiente (PAA) dell'Unione Europea 2013-2020⁷¹, intitolato «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta» ed è impernato sulla recente teoria ecologica dei c.d. *planetary boundaries*, cioè dei limiti planetari che perturbano gli ecosistemi terrestri⁷². Nel 2020, inoltre, l'evento annuale del *World Economic Forum* si è aperto proprio con una sezione su come salvare il nostro pianeta partendo dall'assunto che, anche qualora la Terra fosse basata su un sistema totalmente sostenibile, comunque sarebbe necessario riparare i danni che sono astati arrecati dall'uomo⁷³.

A livello nazionale, invece, un'ulteriore ed evidente apertura dello Stato italiano verso la dimensione ecologica si era avuta già nel 2015 con le disposizioni sull'ambiente per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali⁷⁴.

⁷⁰ Alcuni giuristi prefigurano la costruzione di un nuovo diritto fondato sulla integrazione dei sistemi socio-ecologici, ripensando l'idea chiave di *rule of law*, che dovrebbe evolversi in «*rule of ecological law*» o «*rule of law for nature*». Cfr. M. MONTEDURO, *Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le «aree naturali protette»*, in *Giustamm.it*, 2014, VI, p. 21.

⁷¹ 7º Programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020, «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta», approvato con la decisione n. 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013.

Ta teoria ecologica dei planetary boundaries è stata per la prima volta illustrata in due consecutive pubblicazioni: J. ROCKSTROM et al., A Safe Operating Space for Humanity, in 461 Nature 2009, p. 472 ss.; J. ROCKSTROM et Al., Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity, in 14 Ecology and Society 2009, pp. 32 ss. Per un maggiore approfondimento sulla teoria dei planetary boundaries si rinvia a M. Monteduro, Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica, in Rivista ACI, 2018, II, p. 20. Nell'enucleazione di tale teoria, sono state identificate, per la prima volta, soglie (threshold levels) di tipo quantitativo legate a nove macro-processi (large-scale Earth-system processes) che perturbano i sistemi ecologici fondamentali di sostegno della vita sulla Terra: (i) cambiamento climatico; (ii) perdita di biodiversità (terrestre e marina); (iii) interferenza con il ciclo biogeochimico dell'azoto e del fosforo; (iv) riduzione della fascia di ozono nella stratosfera; (v) acidificazione degli oceani; (vi) uso delle acque; (vii) uso del suolo; (viii) inquinamento chimico; (ix) diffusione di aerosol nell'atmosfera.

⁷³ Tutte le informazioni sul *World Economic Forum Annual Meeting* del 21-24 gennaio 2020 sono disponibili al seguente *link*: https://www.weforum.org/events/world-economic-forum-annual-meeting-2020/about.

⁷⁴ Legge 28 dicembre 2015, n. 221, Disposizioni in materia ambientale per pro-

Appare evidente che si tratta di presupposti per il concreto sviluppo di un diritto orientato verso l'ecologia e che debba mirare alla qualità dei beni e non alla quantità⁷⁵, tenendo conto del progresso tecnologico che, se ben impiegato, può essere posto al servizio dell'uomo e dei suoi interessi.

In conclusione, il diritto ha un ruolo centrale nel tentare di porre rimedio all'emergenza ambientale del XXI secolo: in tal senso, ciò che occorre è la previsione di leggi realmente efficaci, ⁷⁶ improntate all'eco-sostenibilità, senza che sia necessario avallare tesi di soggettivizzazione di beni giuridici, come la natura, che possono essere adeguatamente tutelati in quanto tali⁷⁷.

Nel XXI secolo, la tutela dell'ambiente ricopre più che mai un ruolo di primaria importanza e si presenta come questione centrale nelle agende dei governi di tutto il mondo. Tuttavia, se la necessità di tutelare la natura appare evidente, soprattutto nel periodo di profonda crisi ambientale che stiamo vivendo, ciò che è ancora in discussione è come intervenire per ottenere una tutela realmente efficace.

Il presente contributo parte da un'analisi comparata della differente qualificazione giuridica della natura in Italia e in alcuni Stati dell'America Latina, analiz-

muovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali.

⁷⁵ In tal senso F. Capra, H. Henderson, *Crescita qualitativa*, Sansepolcro, rist. 2016. Nell'opera gli Autori si soffermano sulla possibilità di cambiare il sistema facendo in modo che siano le qualità delle merci e dei consumi ad emergere, e non le quantità, per un reale progresso dell'umanità.

⁷⁶ Lo stesso Papa Francesco, nella già citata enciclica "Laudato si", si mostra consapevole che, oltre alla corretta formulazione delle norme, è necessario garantire l'effettività delle stesse. In un passaggio che pare riferirsi proprio alla questione "amazzonica", pur non espressamente citata, le preoccupazioni del Pontefice riguardano proprio il rischio che delle leggi, pur astrattamente ben scritte, rimangano lettera morta: «Le leggi possono essere redatte in forma corretta, ma spesso rimangono come lettera morta. Si può dunque sperare che la legislazione e le normative relative all'ambiente siano realmente efficaci? Sappiamo, per esempio, che Paesi dotati di una legislazione chiara per la protezione delle foreste, continuano a rimanere testimoni muti della sua frequente violazione» (cfr. Papa Francesco, *op. ult. cit.*, p. 132).

⁷⁷ L. Gatt, *Codex – Libro I: antropocentrismo giuridico tra natura e tecnologia*, cit., ritiene che, se gli Stati fossero più responsabili nell'emanare norme efficaci a tutela della natura e nel dichiarare determinati beni naturali come beni protetti, non sarebbe necessario teorizzare la soggettivizzazione giuridica della natura.

zando le due tesi di senso opposto che vedono, l'una, la natura quale bene giuridico e, l'altra, la necessità di soggettivizzarla. Al termine dell'analisi critica del binomio soggetto-oggetto di diritto, si tenterà di individuare un efficace intervento normativo per la tutela della natura in un'ottica ecosostenibile.

In the 21st century, the protection of the environment plays a role of primary importance more than ever and presents itself as a central issue on the agenda of governments all over the world. However, if the need to protect nature appears clear, especially in this period of deep environmental crisis, what is still under discussion is how to intervene to obtain truly effective protection.

This contribution starts from a comparative analysis of the different juridical legal qualification of nature in Italy and in some States of Latin America, analysing the two opposite theses: the first one considers nature as a legal good and the second one that poses the accent over the need to subjectivize it. At the end of the critical analysis of the two categories of subject and object of the law, an attempt will be made to identify an effective regulatory intervention for the protection of nature in an eco-sustainable perspective.

ANTOLOGIE

CHIARA PRUSSIANI

(Assegnista di ricerca nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano)

LE CONVIVENZE DI FATTO ALLA LUCE DELLA PRIMA ESPERIENZA APPLICATIVA DOPO LA LEGGE N. 76 DEL 2016 (PRIMA PARTE)*

Sommario: 1. La nozione di «convivenza di fatto» nel prisma della legge n. 76 del 2016: destrutturazione di una categoria. – 2. La definizione legale di «conviventi di fatto» apprestata dal comma 36 dell'art. 1 della legge n. 76/2016. Il contributo della giurisprudenza: il dato della coabitazione come indice presuntivo della convivenza di fatto. – 3. Il ruolo della dichiarazione anagrafica prevista ai sensi del comma 37 dell'art. 1 della legge n. 76/2016 in funzione dell'accertamento della stabile convivenza.

La nozione di «convivenza di fatto» nel prisma della legge n. 76 del 2016: destrutturazione di una categoria

Sul terreno delle convivenze si è innestata da qualche tempo la legge 20 maggio 2016, n. 76, recante la "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" (c.d. legge Cirinnà)¹.

^{*} Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due referee.

¹ Per una panoramica sulla disciplina delle convivenze di fatto approvata con legge n. 76 del 2016, e un approfondimento dei connessi problemi interpretativi, possono essere presi a riferimento i commenti alle singole disposizioni contenuti in C.M. BIANCA (a cura di), Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d. lgs. n. 5/2017, d. lgs. n. 6/2017, d. lgs. n. 7/2017, Torino, 2017; G. Bonilini (a cura di), Trattato di diritto di famiglia, V, Unione civile e convivenza di fatto, Milano, 2017; M. SESTA (a cura di), Il Codice delle unioni civili e delle convivenze, Milano, 2017; G. Di Rosa (a cura di), Della famiglia. Leggi complementari, in Comm. cod. civ. Gabrielli, 2ª ed., 2018. Si vedano inoltre di R. Calvigioni, L. Palmieri, T. Piola, La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze. Gli adempimenti di stato civile e anagrafe, Santarcangelo di Romagna, 2016; B. De Filippis, Unioni civili e contratti di convivenza, Milano, 2016; G. Dosi, La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze, Milano, 2016; M. Gorgoni (a cura di), Unioni civili e convivenze di

L'applicazione della recente riforma si appunta sulla definizione di conviventi di fatto apprestata dal comma 36 dell'art. 1, a tenore del quale sono tali "due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile". Si tratta di una definizione, che pur non mancando di ambiguità, lascia intendere che, anche dopo l'entrata in vigore della nuova legge, le convivenze sono apprezzabili in quanto comportamenti conformi a determinati requisiti: individuano cioè una dimensione fattuale, i cui tratti identificativi si manifestano come un dato di realtà a prescindere da qualsivoglia formalismo e profilo di doverosità. Tale caratterizzazione si evince da una lettura aderente al testo di legge, dove il riferimento ai conviventi è di regola accompagnato dalla locuzione "di fatto", e trae conferma altresì dalla circostanza che, nella fase genetica del rapporto, non è previsto il compimento di alcun atto perché la convivenza venga ad esistenza né, come si dirà meglio, a tale funzione sembra preordinata la dichiarazione anagrafica di cui al comma 37 dell'art. 1.

I conviventi ove riflettano i connotati positivamente previsti assurgono per ciò solo al livello di rilevanza per la legge, senza l'onere di reclamare il proprio *status* mediante un'apposita manifestazione d'intenti. I diritti e gli obblighi stabiliti dalla novella sono così riconosciuti automaticamente, a prescindere dalla volontà delle parti coinvolte: ciò è tanto vero che si considerano assoggettate alla normativa anche le

fatto: L. 20 maggio 2016, n. 76, Bologna, 2016; M. Blasi, R. Campione, A. Figone, F. MECENATE, G. OBERTO, La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76, Torino, 2016; G. Buffone, M. Gattuso, M.M. Winkler, Unione civile e convivenza, Milano, 2017; A. Albanese (a cura di), Le nuove famiglie. Unioni civili, convivenze, famiglie ricostituite, Pisa, 2019; tra gli altri contributi, si segnalano C. Bona, La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016 n. 76, in Foro it., 2016, I, cc. 2093 ss.; F. GAZZONI, La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge, in www.personaedanno. it, 2016, pp. 1 ss.; L. LENTI, La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura, in www.juscivile.it, 2016, pp. 92 ss. e ID., Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri, in Fam. e dir., 2016, pp. 931 ss.; M. MAZZUCA, Qualche riflessione su alcuni profili della legge n. 76 del 2016, in Ordines, 2016, pp. 126 ss.; R. Pacia, Unioni civili e convivenze, in www. juscivile.it, 2016, pp. 195 ss.; I. Prisco, Sulla disciplina delle unioni civili e delle convivenze, in Rass. dir. civ., 2016, pp. 1081 ss.; C. Romano, Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo, in Notariato, 2016, pp. 333 ss.; P. Schlesinger, La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze, in Fam. e dir., 2016, pp. 845 ss.; F. Azzarri, Unioni civili e convivenze, in Enc. dir., Annali, X, Milano, 2017, pp. 997 ss.

ANTOLOGIE 347

relazioni instaurate prima della sua entrata in vigore, ma non ancora esaurite a quella data, quando non si poteva prevedere che taluni comportamenti sarebbero stati qualificati in un certo modo dall'ordinamento. D'altro canto, ai soggetti interessati non è consentito nemmeno di rifiutare la qualificazione in termini di conviventi di fatto e sottrarsi alle implicazioni giuridiche che ne discendono².

Proprio questo atteggiarsi delle convivenze fa comprendere come, per accertare la sussistenza di una fattispecie rilevante agli effetti della legge n. 76 del 2016, sia imprescindibile un attento vaglio dei presupposti in concreto, e ad un tempo giustifica l'indagine che si intende condurre con il presente lavoro, il quale mira a ricomporre il quadro della disciplina sul tema, riguardandolo alla luce della riforma e del contributo interpretativo offerto dalla casistica più recente³.

Il compito che ci si propone è precisamente quello di fare luce sulla fisionomia attuale dei rapporti di convivenza: le novità normative sono già state illustrate dai commentatori all'indomani della riforma, ma le indicazioni interpretative che si vanno addensando sulla norma del comma 36, letta in abbinamento a quella del successivo comma 37, sembrano sufficienti per impostare nuove riflessioni, pur non valendo a colmare le lacune emerse in sede di prima lettura. Con la dovuta precisazione che soltanto una parte delle decisioni che si prenderanno in esame ha fatto diretta applicazione della disciplina sulle convivenze recata dalla legge n. 76 del 2016, mentre molte delle statuizioni ad essa riferibili si rinvengono nell'ambito di pronunce concernenti vicende pregresse.

In questo modo si ricaverà, di risulta, il vasto ed eterogeneo arcipelago di rapporti che, pur non rientrando nel perimetro applicativo

² Altro e diverso è il problema di valutare se la disciplina sulle convivenze portata dalla legge 20 maggio 2016, n. 76, abbia carattere dispositivo: per uno spunto di riflessione in tal senso A. Albanese e G. Musolino, *Il contratto di convivenza (e i rapporti patrimoniali tra conviventi)*, in *Le nuove famiglie. Unioni civili, convivenze, famiglie ricostituite*, a cura di A. Albanese, cit., pp. 646 ss. e A. Calabrese, *Gli alimenti*, in *Le nuove famiglie. Unioni civili, convivenze, famiglie ricostituite*, cit., pp. 712 ss.

³ Si fa presente che l'incertezza riguardo ai confini della fattispecie legale della convivenza dipende, per certi versi, anche dall'uso di clausole generali e concetti giuridici indeterminati, tra cui *in primis* quello di *stabilità* della relazione: su questo aspetto, in particolare, A. Albanese, *Il "nuovo diritto" delle famiglie. Struttura dell'opera*, in *Le nuove famiglie*, cit., pp. 59 ss.

della novella, sono stati precedentemente ritenuti meritevoli di usufruire di una qualche tutela giuridica alla stregua di convivenze *more uxorio*, e ora sollevano il problema di coordinarsi con le fattispecie regolamentate.

La partizione tra le relazioni sussumibili al di sotto della definizione legale e il restante coacervo che ne rimane estraneo è la prima linea di discrimen che segna il solco nella vasta area delle convivenze, e tuttavia non è l'unica: essa innesca un effetto disgregativo, che, come si dirà appresso, insidia la categoria delle convivenze non solo dall'esterno, guardando a ciò che resta fuori dalla legge, ma anche dal suo interno. Afferma il legislatore, parafrasando il disposto del comma 36, di voler eleggere le relazioni che si declinano secondo il paradigma ivi tratteggiato a referente del nuovo plesso di regole; e però addentrandosi nella trama normativa si scopre che il discorso è più complicato. Certamente è vero che il modello disegnato costituisce il presupposto fondativo della disciplina speciale raggruppata ai commi da 37 a 67 dell'art. 1 della legge n. 76/2016, di cui individua il sostrato comune e, per così dire, stabile; tuttavia questo modello si rivela a tratti insufficiente, abbisognando di configurarsi in maniera più articolata per potersi sussumere sotto alcune delle disposizioni dettate.

La sensazione è che ad essere stato introdotto sia non già un modello legale di convivenza, ma un insieme di modelli, che, pur avendo quale comune denominatore il nucleo condensato nel comma 36, si declinano secondo schemi più dettagliati, richiedendo di volta in volta la sussistenza di una o più variabili che valgano a distinguerli. Con il risultato che alla moltiplicazione delle fattispecie fa da corollario un'accentuazione delle differenze correlate agli statuti di ciascuna di esse. Ne discende una stratificazione interna alla cornice della legge di settore: se in generale il complesso di regole di cui ai commi 37 e seguenti aspira a rivolgersi a qualunque convivenza integrante gli elementi individuati dal comma 36, senza richiedere ulteriori specificazioni, ciò non sembra trovare conferma per alcune norme, o gruppi di norme, che postulano l'esistenza di requisiti ulteriori.

È questo un aspetto che la dottrina ha già colto, ma su cui si ritiene importante tornare a meditare poiché, alla luce delle prime esperienze applicative, l'incisività del giudice nel tratteggiare i presupposti delle norme di settore sembra fare emergere ancora più vistosamente

ANTOLOGIE 349

l'esistenza di una pluralità di fattispecie sottese alla legge n. 76 del 2016⁴.

L'elemento maggiormente discusso è la coabitazione dei conviventi, soprattutto nella misura in cui la circostanza sia attestata dalle risultanze anagrafiche ai sensi del comma 37, tanto che proprio questo profilo individua *il fil rouge* attorno al quale si snoda il dibattito odierno. Quantunque la coabitazione e la registrazione anagrafica della convivenza possano non valere a identificare un requisito essenziale della fattispecie, come si dirà meglio in seguito, si fa notare che potrebbe avere un senso distinguere le convivenze registrate da quelle non registrate, poiché mentre le prime soggiacciono senza molti dubbi all'apparato normativo della legge n. 76 del 2016, per le altre si pone il problema di dimostrare la loro conformità alla descrizione legale: da qui il profilarsi di una prima macro-distinzione inerente alle convivenze di fatto⁵.

Di là di questa prima notazione che lascia residuare qualche perplessità, la coabitazione e la registrazione all'anagrafe sembrano giocare un

⁴ In letteratura A. Gorassini, Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio topologico di settore, in Riv. dir. civ., 2017, pp. 854 ss., spec. p. 866, al quale nel quadro della legge n. 76 del 2016 sembra plausibile discernere tre tipologie di convivenze di fatto, e rispettivamente: "a. due persone maggiorenni libere da vincoli giuridici unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale senza stabile residenza comune (struttura minima); b. stessa tipologia di persone che però abbiano una stabile convivenza da accertare ai sensi dell'art. 37 in quanto fondata con atto programmatico (divenendo come coppia una famiglia anagrafica), cui sembra aggiungersi una disciplina peculiare rispetto a quella minimale (i commi 42, 43, 44, 45); c. una convivenza di fatto con stabile convivenza e con contratto di convivenza, atto programmatico maggiore rispetto alla semplice dichiarazione anagrafica (che potrebbe anche essere unilaterale) cui si applicano anche i commi dal 50 al 64 e che sembra aprire il varco verso altri settori (verso la fenomenologia dei contratti con causa familiare o sociale non tipizzata e struttura anche plurilaterale meritevoli di tutela)". L'idea che il genus convivenze sia sottoposto a un processo di parcellizzazione riecheggia anche in A. MARCHESE, Requisiti e modalità di costituzione delle convivenze di fatto, in A. Albanese (a cura di), Le nuove famiglie. Unioni civili, convivenze, famiglie ricostituite, cit., pp. 538 ss., il quale distingue tra le "convivenze di fatto propriamente dette", ovvero le convivenze regolate dalla legge n. 76/2016, per cui l'autore ritiene altresì imprescindibile la dichiarazione anagrafica ai sensi del comma 37; le "convivenze rafforzate", ossia le convivenze nelle quali sul modello base si innestano ulteriori pattuizioni, formalizzate nel contratto di convivenza (commi 50-64 dell'art. 1); infine, le "convivenze c.d. libere o non regolamentate", ossia i rapporti personali di mero fatto che, per varie ragioni, non assurgono al livello della normativa dettata dalla legge.

⁵ Tra i primi si veda M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in Fam. e dir., 2016, pp. 866 ss.

ruolo efficiente nella disciplina del contratto di convivenza, divisata ai commi da 50 a 64 dell'art. 1 della legge n. 76/2016, con particolare riferimento all'effetto della sua opponibilità ai terzi; la coabitazione sembra altresì figurare, pure a prescindere dalla dichiarazione ai sensi del comma 37, quale requisito ai fini dell'attribuzione delle prerogative in ordine alla casa di comune residenza, enucleate ai commi da 42 a 44 dell'art. 1 della medesima legge.

Il discorso non si esaurisce tuttavia attorno ai profili considerati. Si osserva ad esempio che anche la regola di cui al comma 65 dell'art. 1 della legge n. 76/2016, per come è interpretata, sembra sottintendere la sussistenza di un fattore additivo a quelli indicati dal comma 36: qui si fa presa su di un aspetto diverso del rapporto, poiché ad essere presupposta è l'esistenza di una disparità economica grave all'interno della coppia già in fase di convivenza o *in limine* alla sua cessazione.

Il risultato che si ottiene si avvicina all'immagine di un mosaico nel quale alla varietà delle *species* di relazioni tratteggiate corrisponde una graduazione delle tutele azionabili tra i conviventi: situazione che se da un lato consente di tenere in conto le sfaccettature e gli interessi che, a seconda dei casi, vengono ad emersione, dall'altro lato conferma che il processo di declinazione pluralistica avente ad oggetto la categoria delle convivenze, già iniziato per mano del legislatore, si invera ora nella prassi, esasperando la difficoltà di riunire il tutto entro un quadro ordinato e assicurarne lo sviluppo nel modo più coerente possibile.

2. La definizione legale di «conviventi di fatto» apprestata dal comma 36 dell'art. 1 della legge n. 76/2016. Il contributo della giurisprudenza: il dato della coabitazione come indice presuntivo della convivenza di fatto

L'identificazione delle fattispecie regolamentate non può che muovere dalla definizione recepita dal comma 36 dell'art. 1 della legge n. 76/2016, dove il nucleo centrale che dà sostanza alla convivenza di fatto si declina a guisa di una relazione di *affectio* che si caratterizza in forza di due connotati fondamentali: la *dualità* e la *stabilità*⁶.

⁶ Così R. Siclari, *Dichiarazione anagrafica di convivenza ed accesso del concepito all'accertamento preventivo della paternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1477, nel commento in nota a Trib. Milano, ord., 31 maggio 2016. Per una riflessione sulla definizione legale di convi-

antologie 351

In primo luogo si richiede che sia presente un rapporto di coppia involgente la reciproca assistenza tra i conviventi su di un piano sia spirituale sia materiale. La comunione di vita, in uno con la tendenziale vocazione alla sessualità improntata alla monogamia, rende la convivenza di fatto una relazione assimilabile a quella coniugale, con la differenza che qui la solidarietà non costituisce oggetto di specifici obblighi scaturenti dal compimento di un atto formale bensì un contegno spontaneo⁷. Va chiarito che le coppie interessate sono indifferentemente etero e omosessuali. Soltanto in un primo momento si era affacciato il sospetto che, trovando la relativa disciplina allocazione nel contesto della legge recante la regolamentazione delle unioni civili, la volontà del legislatore potesse essere quella di circoscrivere la portata della novella alle coppie formate da persone dello stesso sesso⁸. Ma tale dubbio è stato fugato di recente anche dai giudici di legittimità che, pur pronunciandosi tramite un obiter dictum, hanno confermato che il raggio d'azione della legge n. 76 del 2016 è omnicomprensivo⁹.

venza di fatto, L. Balestra, La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione, in Fam. e dir., 2016, pp. 919 ss. e, successivamente, ID., I profili civilistici delle convivenze, ∫ 5, Commento ai commi 36-37 della l. 20 maggio 20016 n. 76, in Il Codice delle unioni civili e delle convivenze, cit., p. 1219; F.P. Luiso, La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016, in www.judicium. it, 2016, pp. 1 ss.; L. MARTINEZ, La rilevanza del "fatto" convivenza, in Nuova giur. civ. comm., 2016, pp. 1731 ss.; M. Trimarchi, Unioni civili e convivenze, cit., pp. 859 ss.; C.M. Bianca, Premessa al comma 36 e seguenti. Note introduttive, in Le unioni civili e le convivenze, cit., pp. 469 ss. e M. Paradiso, Sub co. 36-37, in Le unioni civili e le convivenze, op. ult. cit., pp. 475 ss.; G.A. Parini, Presupposti e contenuto del diritto agli alimenti a favore del convivente di fatto, in Nuova giur. civ. comm., 2018, pp. 1522 ss.; S. POLIDORI, Le convivenze di fatto e i loro presupposti di rilevanza, in Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017 – Corte d'Appello di Lecce), a cura di F. Dell'Anna Misurale e F.G. Viterbo, Napoli, 2018, pp. 125 ss. e Id., Convivenze registrate, di fatto e non registrabili, in Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità, Atti del 13° Convegno Nazionale SISDiC, Napoli, 2019, pp. 187 ss., oltre a N. CIPRIANI, Le convivenze dopo la legge n. 76 del 2016, in Le Corti Fiorentine, 2019, pp. 3 ss. Si veda anche lo Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 196-2017/C "Comunione legale, contratto di convivenza e circolazione dei beni dopo la legge «Cirinnà»", approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 24 gennaio 2018.

⁷ L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., p. 933, il quale sottolinea che il sintagma "*legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale*" di cui al comma 36, a dispetto degli artt. 143 e 144 c.c., ha valore soltanto *descrittivo*, e non anche *prescrittivo*.

⁸ Sospetto avanzato, ma allo stesso tempo fugato, da A. Gorassini, *Convivenze di fatto* e c.d. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio topologico di settore, cit., pp. 859 ss.

⁹ Cass. pen., Sez. III, 17 dicembre 2018, n. 56673, in Dir. e giust., 2018, pp. 10 ss.,

Il legislatore ha poi avuto cura di precisare che la relazione deve intercorrere tra persone che abbiano compiuto entrambe la maggiore età, senza la possibilità di includervi, secondo l'interpretazione più rigorosa, i minori ultrasedicenni che pure abbiano conseguito l'autorizzazione del Tribunale, con un evidente scarto rispetto alla disciplina del matrimonio.

In secondo luogo occorre che la convivenza si proietti come un legame stabile e continuativo, seppure la legge abbia omesso di fissare un requisito minimo per quel che concerne la condivisione di spazio e tempo tra i conviventi¹⁰. Al successivo comma 37 il legislatore ha disposto che "per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223": di questa disposizione, che ha sollevato non pochi dubbi in dottrina, ci occuperemo più avanti.

Accanto agli indici appena passati in rassegna, i quali valgono a identificare positivamente le convivenze di fatto rilevanti agli effetti della legge n. 76 del 2016, sono stati apposti anche alcuni limiti che potremmo definire ostativi all'insorgere di rapporti conformi al paradigma legale.

Il primo impedimento consiste nella preesistenza di legami di parentela o affinità tra i conviventi e, per come è rappresentato, sembrerebbe idoneo a precludere il configurarsi della convivenza di fatto fino ai gradi divisati dalla normativa generale di cui agli articoli 77 e 78 c.c., senza facoltà di dispensa. Sotto tale profilo si denuncia una significativa disparità di trattamento rispetto al regime del matrimonio e altresì dell'unione civile, per i quali i predetti vincoli assumono una rilevanza più circoscritta, entro i termini indicati dall'art. 87 c.c. e dal comma 4, lett. c), dell'art. 1 della legge n. 76/2016¹¹. Non si nasconde che sarebbe

con nota di A. IEVOLELLA, Un mese di convivenza per la coppia di fatto: compagno violento condannato per maltrattamenti in famiglia; Trib. Bologna, 6 luglio 2018, in DeJure.

¹⁰ M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 866, il quale ipotizza il rinvio al criterio della durata minima triennale quale indice di un rapporto significativo di coppia. Più ampiamente sul punto A. MARCHESE, Requisiti e modalità di costituzione delle convivenze di fatto, in *Le nuove famiglie. Unioni civili, convivenze, famiglie ricostituite*, cit., pp. 539 ss.

¹¹ La lacuna consistente nell'omessa indicazione dei limiti di rilevanza dei rapporti di parentela e affinità in ordine alle convivenze di fatto era stata denunciata già dal

ANTOLOGIE 353

quindi auspicabile un intervento legislativo volto a contenere, anche per le convivenze, la riferita incompatibilità entro i limiti disegnati dalla disposizione codicistica. Nel frattempo *de iure condendo* molti assecondano un'estensione in via interpretativa del disposto dell'art. 87 c.c. alle relazioni di fatto¹² o, sotto altro aspetto, incoraggiano una riduzione teleologica del comma 36, così da promuovere un'applicazione costituzionalmente conforme della norma.

Passando a considerare il secondo limite negativo è richiesto che i partner non risultino legati da precedente matrimonio o unione civile. Per opinione diffusa il requisito della libertà di stato civile varrebbe tanto nei rapporti interni alla coppia quanto nei rapporti con persone terze, con conseguente esclusione dallo status di convivente di coloro che, provenendo da pregresse esperienze matrimoniali, conservino ancora lo status di coniuge separato: questa è, in effetti, l'unica lettura coerente con il disposto del comma 59 dell'art. 1 della legge n. 76/2016, che, nel disciplinare le cause di risoluzione del contratto di convivenza, specifica inter alia che il contratto medesimo si scioglie per matrimonio o unione civile sia tra i conviventi, sia tra uno di loro e una persona terza.

Sennonché, forzando il dato letterale del comma 36, non è mancato chi ha osato riferire la libertà di stato soltanto alla relazione *inter partes*, senza pretesa di estenderla alla sfera dei rapporti con il resto dei consociati¹³. Quella appena indicata è una posizione che, come si vedrà, mira ad andare incontro alle esigenze di un'ampia platea, ma si presenta tuttora minoritaria considerato che la prassi degli enti territoriali mostra di aderire al primo degli orientamenti esposti, prevedendo nella modulistica di registrazione delle convivenze il divieto di iscrizione

Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati con parere del 12 aprile 2016, pubblicato sul sito http://documenti.camera.it.

¹² Ex multis G. Rizzi, La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza, in Notaria-to, 2017, p. 13, il quale suggerisce il ricorso al meccanismo dell'analogia al fine di evitare che l'impedimento in questione scavalchi il limite della ragionevolezza. Tale opzione però convince poco laddove si traduce in un'interpretazione creativa, che pare entrare in conflitto con il carattere eccezionale della norma in questione: così G. Oberto, La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza, in Fam. dir., 2016, p. 943.

¹³ A. Simeone, *La burocrazia ucciderà la "Cirinnà"?*, in www.ilfamiliarista.it, 12 ottobre 2016.

all'anagrafe delle coppie i cui componenti siano vincolati da precedente matrimonio o unione civile anche con persone terze¹⁴.

Così tratteggiata la definizione legale di convivenza di fatto, vengono in evidenza le opacità che la affliggono, e ancora oggi sollecitano un intervento chiarificatore del giudice. Più di tutti l'attenzione è stata attratta dall'elemento della coabitazione, che il citato comma 36 omette di menzionare mentre il successivo comma 37 sembra valorizzare, assumendolo, come si vedrà in seguito, a presupposto materiale dell'iscrizione anagrafica ivi prevista.

Intanto vale osservare che il termine convivenza, etimologicamente, evoca l'idea del vivere insieme. Quando si pensa alla convivenza viene perciò spontaneo associare ad essa l'elemento della coabitazione, se non addirittura della residenza comune, così da concepire i conviventi come due persone che condividono il medesimo alloggio, e ancora di più assumono tale luogo come dimora abituale, in ciò cogliendosi il *quid pluris* sotteso al disposto dell'art. 43 c.c.¹⁵. Tale requisito figura anche nei moduli di registrazione predisposti dalle amministrazioni comunali più sopra menzionati, ove i conviventi sono avvertiti che al cessare della coabitazione è prevista la cancellazione d'ufficio della convivenza registrata¹⁶.

Sennonché la definizione legale di cui al comma 36 è avulsa da un riferimento espresso alla coabitazione, e tanto dovrebbe bastare a far comprendere che essa non è richiesta per completare la nozione di convivenza ivi apprestata¹⁷. Coerente con questa prospettazione sembra anche il tenore del comma 53 dell'art. 1 della legge n. 76/2016, il quale attribuisce ai conviventi la facoltà di indicare la residenza, intesa come residenza comune, alla stregua di un contenuto facoltativo del

¹⁴ Su tutti si veda il modulo di "Dichiarazione di costituzione di convivenza di fatto" predisposto dal Comune di Milano pubblicato sul sito https://www.comune.milano. it/documents.

¹⁵ I concetti di coabitazione e residenza richiamati nel testo sono, entrambi, di natura fattuale. Altro e ulteriore è il tassello della comune residenza anagrafica, che varrebbe a suggellare formalmente la scelta di vivere insieme nella medesima abitazione.

¹⁶ Vale sempre il rinvio al modulo di "Dichiarazione di costituzione di convivenza di fatto" predisposto dal Comune di Milano pubblicato sul sito *https://www.comune.milano.it/documents*.

¹⁷ C. IRTI, I diritti sulla "casa di comune residenza" nelle convivenze di fatto disciplinate dalla l. 76 del 20 maggio 2016, in Nuova giur. civ. comm., I, 2018, p. 1666.

antologie 355

contratto di convivenza, previsione che perderebbe di senso se lo stesso dato risultasse di necessità dai registri dell'anagrafe.

Piuttosto la coabitazione si presta ad essere apprezzata come modalità di emersione del requisito, questo sì costitutivo della fattispecie strutturale tratteggiata dal comma 36, della *stabile* convivenza: sembra addirittura potersi affermare che la coabitazione sia la circostanza che meglio interpreta il concetto di stabile convivenza. Non di meno nella cornice della legge n. 76 del 2016 pare lecito concepire la componente della *stabile* convivenza come suscettibile di manifestarsi anche nella compresenza di elementi diversi e ulteriori dalla coabitazione.

Una tale ricostruzione ha trovato un importante avallo da parte della Corte di cassazione nella decisione 13 aprile 2018, n. 9178, la quale, pronunciandosi in ordine alla richiesta di risarcimento del danno proposta dal convivente superstite per morte prematura del partner, ha compiuto un'ampia e significativa digressione sul concetto di convivenza. E, aspetto decisivo, intervenendo in un giudizio relativo a una vicenda precedente all'entrata in vigore della riforma, nell'esplicitare il proprio argomentare ha fatto riferimento anche alla legge n. 76 del 2016. Secondo l'opinione dei giudici di legittimità il concetto di convivenza dovrebbe essere svincolato da quello di coabitazione, il quale riflette un assetto organizzativo della vita familiare, che, quantunque tradizionale, non può oggi considerarsi né unico né esclusivo. Il valore da attribuire alla coabitazione sarebbe piuttosto quello di un indizio presuntivo circa la sussistenza di una stabile convivenza, nulla di più; letteralmente, "Il dato della coabitazione all'interno dell'elemento oggettivo della convivenza è [...] attualmente un dato recessivo. Esso deve essere inteso come semplice indizio o elemento presuntivo della esistenza di una convivenza di fatto, da considerare unitariamente agli altri elementi allegati e provati e non come elemento essenziale di essa [...]"18.

¹⁸ Cass. civ., Sez. III, ord. 13 aprile 2018, n. 9178, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 1242 ss., con nota di R. MAZZARIOL, *Coabitazione e registrazione anagrafica: due requisiti non essenziali per la configurabilità di una "convivenza di fatto"*, il quale ammette che la coabitazione possa mancare anche per scelta consensuale dei due conviventi senza che abbia per ciò solo a mettersi in dubbio la sussistenza di un legame affettivo stabile; in *Resp. civ. e prev.*, 2018, pp. 841 ss., con nota di G. FACCI, *La coabitazione e la tutela risarcitoria della famiglia non coniugale*, il quale osserva che il fattore della coabitazione conserverebbe invece un proprio peso in ordine alla determinazione e altresì alla quantificazione del risarcimento del danno, citando per fare un esempio i valori fissati dalle Tabelle del

Un approccio siffatto ben si comprende ove si contestualizzi il fenomeno delle convivenze alla luce dei recenti cambiamenti sociali, nell'ambito dei quali si registra con una certa frequenza l'instaurarsi di rapporti affettivi che, ancorché stabili, si svolgono a distanza sia per ragioni di lavoro sia per interessi personali o patrimoniali, e difettano pertanto della presenza di una casa comune deputata ad accogliere lo svolgimento della vita di relazione¹⁹.

Sotto altro aspetto si fa notare che questo stesso approccio è accolto perlopiù nell'ambito della casistica relativa alle richieste di ristoro formulate a seguito di decesso di uno dei *partner* per fatto illecito del terzo, e ciò in funzione di un allargamento della sfera di soggetti a cui riconoscere il diritto al risarcimento del danno patito in conseguenza della morte della persona a cui erano affettivamente legate: pretesa che, oggi, trova un saldo ancoraggio al comma 49 dell'art. 1 della legge n. 76/2016. Esistono però situazioni, di cui occorre tenere conto, rispetto alle quali un ampliamento indiscriminato della nozione di convivenza

Tribunale di Milano; in *Dir. e giust.*, 16 aprile 2018, pp. 13 ss., con nota di S. MENDICINO, L'accertamento della configurabilità della convivenza more uxorio rilevante ai fini della risarcibilità del danno da decesso; in numridare.it, 17 settembre 2018, con nota di R. Russo, Risarcibile il danno per la morte del partner anche in assenza di coabitazione; in numrilfamiliarista.it, 3 settembre 2018, con nota di D. Gustavo, Danno da perdita del convivente risarcibile anche senza coabitazione; in Giur. it., 2019, pp. 1054 ss., con nota di B. Tott, La coabitazione tra i partners: discrimen tra relazione affettiva e famiglia di fatto. Di recente, nella giurisprudenza di merito si veda Trib. Trani, 23 aprile 2020, in *Leggi d'Italia*.

¹⁹ Un tale approccio si pone in linea di continuità con il pensiero che era venuto a farsi strada già prima della legge n. 76 del 2016, secondo cui la coabitazione continuativa rappresenterebbe un indice ricorrente dell'esistenza di un rapporto di convivenza, e tuttavia non integrerebbe un requisito la cui mancanza possa inficiarne la configurabilità: Cass. pen., Sez. IV, 10 novembre 2014, n. 46351, in Resp. civ. e prev., 2015, pp. 636 ss.; prima, Cass. civ., Sez. III, 21 marzo 2013 n. 7128, in Dir. e giust., 22 marzo 2013, pp. 522 ss., con nota di R. Savoia, La convivenza non è determinante per il risarcimento del danno non patrimoniale del congiunto, secondo cui "la convivenza non ha da intendersi necessariamente come coabitazione, quanto piuttosto come stabile legame tra due persone, connotato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti". Tale indirizzo, ove esclude l'essenzialità dell'elemento della coabitazione, è da molti accostato a quello invalso nella giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo ai fini del riconoscimento del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU: cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 7 novembre 2013, ric. n. 29381/2009 e n. 32684/2009, Vallianatos e altri c. Grecia e Corte eur. dir. uomo, 21 luglio 2015, ric. 18766/2011 e 36030/2011, Oliari e altri v. Italia, in Nuova giur. civ. comm., I, 2015, pp. 918 ss., con nota di L. LENTI, Prime note in margine al caso «Oliari c. Italia».

antologie 357

potrebbe volgersi in pregiudizio dei conventi medesimi, che si troverebbero perciò a perdere alcune delle tutele riconosciute dall'ordinamento senza più possibilità di riacquistarle, come accade, e lo si dirà meglio dopo, in relazione al diritto all'assegno di mantenimento per separazione e a quello di divorzio.

Più in generale non si nasconde che la deriva a cui conduce l'attuale indirizzo interpretativo, che pure cerca di intercettare i mutamenti che attraversano il tessuto sociale, desta preoccupazione ed è da molti avversata in dottrina²⁰. È vero infatti che la coabitazione in sé considerata non è sufficiente a dare vita a una convivenza, potendo sussistere anche per esigenze contingenti, come ad esempio l'opportunità di dividere i costi dell'alloggio tra coinquilini, e richiede pertanto di essere valutata insieme ad altre circostanze complementari rivelatrici di un progetto di vita comune.

È vero anche però che essa costituisce il substrato, e ad un tempo il tratto distintivo, di ciò che nell'immaginario collettivo si intende per convivenza, e in particolare per convivenza di fatto ai sensi della legge n. 76 del 2016, sicché neppure secondo la più moderna sensibilità pare possa scolorirsi in un elemento occasionale, fino a risultare assente. In altre parole se, come si è detto, la coabitazione sta a indicare meglio di altre condizioni il fatto nel quale si materializza una *stabile* convivenza tra due persone, svilirla rischia di oscurare, per non dire annullare, il confine tra le convivenze di fatto e tutti quei legami di *affectio* che, seppure caratterizzati da una certa serietà, difettano di una base più solida²¹.

²⁰ Si segnala che il Consiglio Nazionale del Notariato con lo Studio n. 196-2017/C "Comunione legale, contratto di convivenza e circolazione dei beni dopo la legge «Cirinnà»", cit., p. 5 si è schierato a sostegno della tesi secondo cui "la convivenza registrata di cui alle legge 76/2016 postula la coabitazione come requisito indispensabile, differenziandosi anche in questo dalla comune convivenza more uxorio, che tale requisito non richiede", richiamandosi a R. Calvigioni, L. Palmieri, T. Piola, La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze. Gli adempimenti di stato civile e anagrafe, cit., p. 117. Si veda anche M. Paradiso, Sub co. 36-37, in Le unioni civili e le convivenze, cit., pp. 482 ss.

²¹ Critica questo orientamento interpretativo B. TOTI, La coabitazione tra i partners: discrimen tra relazione affettiva e famiglia di fatto, cit., pp. 1058 ss., spec. 1061, ivi inclusa la bibliografia in nota, che propone di mantenere fermo il concetto di coabitazione perlomeno in chiave di abitualità ancorché non di stretta quotidianità, come "reciproca tensione dei partners a incontrarsi regolarmente nell'abitazione da loro prescelta e reciprocamente riconosciuta come residenza familiare e in cui è organizzata stabilmente la vita comune [...]", tanto

3. Il ruolo della dichiarazione anagrafica prevista ai sensi del comma 37 dell'art. 1 della legge n. 76/2016 in funzione dell'accertamento della stabile convivenza

Il "vivere insieme sotto lo stesso tetto", come si è detto poc'anzi, è elemento indicativo dell'esistenza di una convivenza di fatto e, tra i profili costitutivi di quest'ultima, rappresenta un indice rivelatore della sua stabilità, pur non potendo alla luce degli approdi più recenti considerarsi imprescindibile.

Nei termini in cui la coabitazione si lega al concetto di stabile convivenza l'analisi incrocia il dettato del comma 37 dell'art. 1 della legge n. 76/2016, a mente del quale "Ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223".

Ai sensi della citata norma, è previsto che la registrazione anagrafica delle relazioni di fatto sia da effettuarsi secondo gli artt. 4 e 13, comma 1, lett. b), del d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, e costituisca lo strumento finalizzato all'accertamento della *stabile* convivenza.

Da qui emerge all'evidenza anche il nesso che lega la coabitazione alla registrazione anagrafica: nesso che appare ben esplicitato dal disposto delle norme dell'ordinamento anagrafico richiamate dal legislatore, le quali si occupano di disciplinare la costituzione o variazione della c.d. famiglia anagrafica, intesa come insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi "coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune". Nei termini prospettati si evince infatti che la coabitazione tra i conviventi, insieme alla dimora abituale nello stesso comune, costituisce il prodromo fattuale della registrazione anagrafica; e si conferma altresì la già affermata connessione tra la coabitazione e la stabile convivenza, che la registrazione stessa è finalizzata ad accertare.

Ora, il disposto del comma 37 ha da subito suscitato gravi incertezze tra gli autori: si discute se la dichiarazione anagrafica a cui rimanda abbia una valenza meramente ricognitiva di una fattispecie già esistente

da "sostanziare, sebbene in un necessario bilanciamento delle giustificate esigenze individuali dei partners di carattere professionale o personale, una indefettibile e stabile continuità di vita in comune".

antologie 359

e perfezionata ai sensi del comma 36, come sembrerebbe desumersi dal riferimento alla funzione di *accertamento* della stabile convivenza, oppure concorra a integrare la sua struttura rivestendo un carattere obbligatorio e non meramente opzionale, sicché solo una volta compiuta potrebbe considerarsi insorta la convivenza²². Ove si ponga mente che la dichiarazione anagrafica della convivenza fa leva sulla coabitazione, la quale identifica a sua volta una circostanza che in molti ritengono non essenziale ai fini della configurabilità del rapporto, i non pochi dubbi sulla sua portata appaiono ancora più seri.

Stando al tenore letterale della norma è maturato in dottrina il convincimento che alle risultanze anagrafiche di cui al comma 37 sia da attribuire una valenza meramente probatoria²³: la registrazione, ove presente, varrebbe ad attestare l'esistenza di una famiglia anagrafica, offrendo la dimostrazione di una stabile convivenza. La propensione verso questa ipotesi ricostruttiva si spiega in quanto è quella che meglio collima con l'idea accolta dai giudici di legittimità, e più sopra esposta, secondo cui la coabitazione non sarebbe condizione indefettibile ai fini del perfezionamento della convivenza di fatto.

Sennonché non in pochi si sono mostrati inclini a una lettura più restrittiva del testo di legge, ricavando dal comma 37 l'obbligo di manifestare la scelta di dare origine a una convivenza di fatto. Da questo angolo visuale la dichiarazione anagrafica verrebbe ad acquistare un'efficacia costitutiva del rapporto, e con essa anche la coabitazione sarebbe destinata a svolgere un ruolo efficiente per il completamento della fattispecie: precisamente, la dichiarazione anagrafica diverrebbe l'atto formale che dà vita alla convivenza, risultando conoscibile anche dall'esterno²⁴; ciò sebbene consista in un atto privo di natura negozia-

²² Diffusamente in argomento M. PARADISO, *Sub co. 36-37*, in *Le unioni civili e le convivenze*, cit., pp. 488 ss.

²³ Tra i tanti G. Amadio, *La crisi della convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 1769 ss.; C. Romano, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, *cit.*, 342; E. Russo, *La convivenza giuridica di fatto*, in *Vita not.*, 2016, pp. 554 e 558 e G. Rizzi, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., pp. 14 ss.

²⁴ Di questo avviso, ex multis, F.P. Luiso, La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016, cit., 2 s., inclusi i rimandi bibliografici alla nt. 4; M. CANONICO, Gli aspetti patrimoniali delle unioni civili e delle convivenze di fatto, in Dir. fam. pers., 2016, p. 1111; R. CALVIGIONI, L. PALMIERI, T. PIOLA, La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze. Gli adempimenti di stato civile e anagrafe, cit., pp. 129 ss.; F. MECENATE, Unioni civili e convivenze. Successioni, forma e pubblicità, diritto internazionale privato, in La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze, cit.,

le e per giunta, stando al tenore letterale degli artt. 6 e 15 del d.P.R. n. 223/1989, suscettibile di essere compiuto unilateralmente da uno soltanto degli interessati ²⁵, anche a insaputa dell'altro o contro la sua volontà²⁶.

Lo spirito che anima questa impostazione è chiaro e, astrattamente, condivisibile: si mira ad agganciare l'applicazione della disciplina portata dalla legge n. 76 del 2016 alla registrazione anagrafica di cui al comma 37, così da lasciare nelle mani dei conviventi la libertà di decidere se farsi riconoscere o meno dall'ordinamento come coppia convivente, e dunque favorire l'autodeterminazione in ambiente familiare. Non di meno percorrendo questa via si giunge all'esito di imbrigliare la convivenza dentro a una sovrastruttura formale in contrasto con la lettera e la *ratio* della novella che, come si è riferito, valorizza la convivenza alla stregua di un dato fattuale.

Innanzi a tale incertezza ben si comprende il motivo per cui fin dopo l'emanazione della legge i giudici si sono posti il problema di raccordare la definizione di convivenza contenuta nel comma 36 con la previsione di cui al successivo comma 37. Nel tentativo di fare chiarezza su questo aspetto, e dunque intendere se l'iscrizione anagrafica realizzi una funzione prettamente accertativa oppure abbia una valenza costitutiva, la giurisprudenza di merito si è orientata nel senso di prediligere la prima delle opzioni illustrate.

La conferma, seppure timida, si è avuta a poca distanza dall'approvazione della riforma (e ancora prima della sua entrata in vigore) dal Tribunale di Milano che, adito in sede cautelare su ricorso di una donna in stato di gravidanza per il rilascio dell'autorizzazione all'esperimento di esami emato-genetici sul materiale biologico del convivente dece-

pp. 148 ss. e F. Tassinari, Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76, in Nuova giur. civ. comm., 2016, p. 1738.

²⁵ Afferma la necessaria bilateralità della dichiarazione anagrafica di cui al comma 37 F. MECENATE, Unioni civili e convivenze. Successioni, forma e pubblicità, diritto internazionale privato, in La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze, cit., pp. 148 ss.; si veda anche F. GAZZONI, La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge, cit., il quale, riconoscendo alla dichiarazione anagrafica di cui al comma 37 il valore di coelemento costitutivo della fattispecie, argomenta che la stessa deve essere compiuta in via congiunta.

²⁶ La registrazione della famiglia anagrafica potrebbe finanche avvenire d'ufficio, ai sensi dell'art. 15 del d.P.R. n. 223/1989.

antologie 361

duto, in vista della proposizione dell'azione di accertamento giudiziale della paternità del nascituro, si è soffermato a considerare il rapporto di coppia esistente nei fatti di causa e, con l'occasione, ha chiarito la nozione di convivenza introdotta dalla legge.

La norma del comma 36, secondo il Tribunale, varrebbe a definire la convivenza come "una formazione sociale non esternata dai partners a mezzo di un vincolo civile formale" e dunque "scevra da ogni riferimento ad adempimenti formali", così che il convivere sarebbe assunto come "un «fatto» giuridicamente rilevante da cui discendono effetti giuridici ora oggetto di regolamentazione normativa"²⁷. Proprio la natura fattuale della convivenza spiegherebbe il motivo per cui la dichiarazione anagrafica menzionata al comma 37 sia da intendersi quale "strumento privilegiato di prova" della stabile convivenza, "e non anche elemento costitutivo" del rapporto.

Facendo applicazione del criterio enunciato, il Tribunale ha così ritenuto raggiunta la prova in ordine all'esistenza della convivenza di fatto nella vicenda di causa sulla scorta, *inter alia*, del certificato anagrafico prodotto in atti dalla ricorrente attestante lo stato di famiglia al momento della morte dell'altro convivente.

Nella medesima direzione si colloca anche il parere reso dal Ministero dell'Interno con circolare del 6 febbraio 2017, in merito al rifiuto opposto dal Comune di Milano in ordine alla richiesta di costituzione di una convivenza di fatto tra due cittadini italiani residenti all'estero, nel quale si è precisato che la norma del comma 37, salva la previsione dei presupposti enucleati dal comma 36, "finalizza espressamente gli istituti propri dell'ordinamento anagrafico all'accertamento della stabile convivenza e non già alla costituzione della convivenza di fatto", ed esaurisce perciò i suoi effetti sul piano probatorio.

Nei termini prospettati pare dunque di ricavarsi che la registrazione anagrafica, pur costituendo strumento privilegiato di prova, non muta la natura della fattispecie di convivenza ai sensi della legge n. 76 del

²⁷ Trib. Milano, ord., 31 maggio 2016, in Fam. dir., 2017, pp. 891 ss., con nota di S. PELLEGATTA, Convivenza di fatto e dichiarazione anagrafica: natura costitutiva o probatoria?; in Nuova giur. civ. comm., 2016, pp. 1473 ss., con nota di R. Siclari, Dichiarazione anagrafica di convivenza ed accesso del concepito all'accertamento preventivo della paternità, il quale, criticando la tesi accolta nell'ordinanza, propone di qualificare la dichiarazione anagrafica ai sensi del comma 37 in guisa di un atto programmatico, ossia di "dichiarazione ad hoc [...] diretta a manifestare l'impegno solidaristico dei partner di dar vita ad un nucleo di tipo familiare, fondato su ragioni affettive e rispondente ai caratteri di cui al comma 36°".

2016, divenendone un requisito necessario a consacrarne la costituzione; al contrario, la registrazione può anche mancare senza che venga a essere compromessa l'applicazione del sistema di tutele ivi apprestato purché siano soddisfatti tutti i requisiti minimi stabiliti dal comma 36²⁸.

Non di meno qualora si verifichi l'evenienza da ultimo ipotizzata, e dunque nel concreto difettino la coabitazione e la registrazione anagrafica ma pur sempre ricorra una convivenza meritevole di essere regolata ai sensi della legge, si pone il problema di capire come offrirne la prova. Questa eventualità schiude un più ampio interrogativo riguardo a quale sia l'oggetto e la forza probatoria delle risultanze anagrafiche ai sensi del comma 37, così da chiarire se esse costituiscano l'unico mezzo di prova a disposizione, ovvero ammettano il concorso di altri strumenti al fine di dare evidenza del rapporto.

Partendo da un'indagine su ciò che costituisce oggetto di prova, non è chiaro se la registrazione anagrafica sia volta a fornire dimostrazione della convivenza nel suo complesso oppure di un suo specifico profilo, e precisamente di quello vertente sulla *stabile* relazione affettiva: ciò in quanto mentre il comma 37 fa esclusivo riferimento alla stabile convivenza, la nozione di famiglia anagrafica ai sensi dell'art. 4 del d.P.R. n. 223/1989 sembra preordinata ad attestare anche la presenza di legami affettivi tra i suoi componenti. In ogni caso è pacifico che essa possa essere impiegata per la prova della coabitazione tra i conviventi, figurando questa circostanza tra i suoi presupposti fattuali²⁹.

Qualunque cosa si intenda provare sembra comunque ragionevole assegnare alla registrazione anagrafica della convivenza di fatto la valenza di mero indizio, ossia di presunzione circa la corrispondenza alla realtà effettiva. Vieppiù ove si consideri che le dichiarazioni anagrafiche

²⁸ Più stringente, e infondata, appare la pretesa che venga esibita l'iscrizione anagrafica del contratto di convivenza, che a sua volta non costituisce un tassello della fattispecie genetica della convivenza di fatto ma soltanto uno strumento messo a disposizione dei conviventi per assicurare l'opponibilità ai terzi del contratto (eventualmente concluso) *inter partes*: cfr. Tar Toscana, 26 giugno 2018, n. 898, in *nmm. giustizia-amministrativa.it*.

²⁹ La prova della comune residenza dei conviventi può essere richiesta, ad esempio, agli effetti dei commi da 42 a 44 dell'art. 1 della legge n. 76/2016 e, più in generale, ogni volta che vi sia l'interesse a dimostrare l'esistenza di una convivenza qualificata rispetto a quella di cui al comma 36, composta da conviventi coabitanti e aventi dimora abituale nel medesimo comune.

antologie 363

sono ricognitive di una situazione che potrebbe rivelarsi fittizia, qualora nel tempo sopraggiungessero mutamenti rispetto a cui non si ha cura di aggiornare il registro dell'anagrafe: nella specie potrebbe cioè darsi il caso di una coabitazione molto breve, seppure certificata dalla registrazione anagrafica, la quale poco o nulla sarebbe in grado di dimostrare circa l'effettiva stabilità del rapporto.

Tale opinione riflette il prevalente orientamento dei giudici di legittimità, secondo cui le annotazioni risultanti dal registro dell'anagrafe varrebbero a sancire una presunzione in ordine ai fatti che attestano³⁰.

Si tratterebbe, per la precisione, di presunzioni *iuris tantum*: posto infatti che in sede di accertamento a interessare è la verità fattuale, si concede la possibilità di superare la forza presuntiva connessa alle singole dichiarazioni anagrafiche ogni volta che, mediante prova contraria, si riesca a dimostrare che la realtà vi si discosta³¹. In questo senso si è espressa di recente la Corte di cassazione con decisione 18 ottobre

³⁰ Cass. civ., Sez. III, 27 gennaio 1986, n. 524, in Foro it., 1986, I, cc. 1567 ss., a tenore della quale "È principio di diritto enunciato nella giurisprudenza di questa Suprema Corte che i certificati amministrativi anagrafici, se concernono annotazioni eseguite in pubblici registri sulla scorta di accertamenti compiuti ex officio ovvero di dichiarazioni rese alla pubblica amministrazione, hanno piena efficacia probatoria soltanto relativamente all'esistenza di dette annotazioni e non anche in merito alla corrispondenza delle stesse alla realtà oggettiva, al qual fine possono concorrere alla formazione del convincimento del giudice quali presunzioni semplici, superabili da prova contraria (sent. 28 maggio 1981 n. 3512, 18 gennaio 1973 n. 180, 26 luglio 1968 n. 2716, 21 marzo 1968 n. 895)"; Cass. civ., Sez. III, 28 marzo 1994, n. 2988, in Giur. it., 1995, pp. 1366 ss.; Cass. civ., Sez. III, 29 aprile 2005, n. 8976, in Foro it., 2006, 9, I, cc. 2448 ss.; nella giurisprudenza amministrativa, si veda anche Tar Lazio, Roma, 22 settembre 2010, n. 32383, in www.giustizia-amministrativa.it. Aggiunge L. LENTI, La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura, cit., p. 96, che la dichiarazione anagrafica di cui al comma 37 "fa presumere che la convivenza abbia inizio con la dichiarazione all'ufficiale dell'anagrafe, visto che è da quel momento che può dirsi accertata": questa, del resto, era la previsione iniziale contenuta nel disegno di legge n. 2081; non di meno, osserva l'autore, così ragionando si potrebbe giungere al paradosso di considerare stabile la convivenza anche se iniziata da un solo giorno. Peraltro la dichiarazione anagrafica di cui al comma 37 è destinata sotto il profilo in esame ad assumere una particolare rilevanza in relazione a quelle prerogative la cui determinazione dipende dalla durata della convivenza, come avviene ai sensi dei commi 42 e 65 dell'art. 1 della legge n. 76/2016: ciò perché il giudice, quando è chiamato a valutare l'arco di tempo in cui si è protratta la convivenza, è indotto a fare affidamento proprio sulla data a decorrere dalla quale la relazione risulta iscritta.

³¹ Vale precisare che la prova contraria delle risultanze anagrafiche di cui al comma 37 può essere fornita sia nel senso di dimostrare l'insussistenza della convivenza di fatto sia nel senso di dimostrare la sua sussistenza.

2018, n. 56673, la quale, con un'affermazione pronunciata in sede penale ma suscettibile di portata generale, ha statuito che "la funzione probatoria accordata dal legislatore alla registrazione anagrafica, così come esime da ulteriori accertamenti in ordine alla sussistenza di una convivenza di fatto, si traduce in una presunzione che inverte i poli dell'onere probatorio, spettando all'imputato che contesti la sussistenza del legame fattuale caratterizzato dalla stabilità e dalla mutua solidarietà e perciò tutelato dall'ordinamento fornire la prova contraria'32.

A questo punto, tornando alla domanda di partenza, resta da comprendere se ai fini della prova della convivenza di fatto la dichiarazione anagrafica prevista dal comma 37 sia da considerarsi esclusiva, o consenta il ricorso a strumenti equipollenti. Invero il quesito ha senso di porsi per il caso in cui la dichiarazione anagrafica sia assunta come prova della convivenza tout court; ove invece la si intenda finalizzata a offrire evidenza della stabile convivenza quale elemento di una fattispecie più complessa, pare implicito che essa debba essere valutata unitamente ad altre circostanze onde completare l'accertamento del rapporto: e tuttavia anche in questo secondo caso potrebbe discettarsi se, con stretto riferimento al requisito della stabilità, la dichiarazione anagrafica sia da concepirsi come l'unica prova ammessa.

Nella casistica che si annota si scorge il profilarsi di un divario tra due orientamenti opposti.

Da una parte, si sostiene che la prova della convivenza dopo l'entrata in vigore della legge sia da fornire esclusivamente mediante le risultanze anagrafiche di cui al citato comma 37, poiché così sembrerebbe deporre il tono perentorio della norma. Questo orientamento piuttosto severo è stato espresso in giurisprudenza ai fini della regolazione di effetti ulteriori rispetto a quelli divisati dalla legge n. 76 del 2016, qual era, nel caso di specie, il perfezionamento della notificazione civile di un atto giudiziario³³.

³² Cass. pen., Sez. III, 17 dicembre 2018, n. 56673, cit.

³³ Trib. Verona, 2 dicembre 2016, in *Quotidiano Giuridico*, 2016, secondo cui il tenore del comma 37 sarebbe chiaro nel "non ammettere equivalenti per la prova della stabile convivenza: occorre che questa risulti da una dichiarazione anagrafica, come tale conoscibile all'esterno, che si aggiunga al presupposto fattuale dell'unione fondata su legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale"; pertanto, il giudice ha deciso che ai fini del perfezionamento delle notificazioni civili "dopo l'entrata in vigore della L. n. 76/2016 (e quindi dopo il 5 giugno 2016), [...] non è sufficiente il riferimento da parte dell'Ufficiale Giudiziario al rapporto di convivenza, ma è necessario che la "stabile convivenza" risulti dalla dichiarazione anagrafica di cui al

antologie 365

Altrove le risultanze anagrafiche sono invece concepite come uno dei mezzi di prova a disposizione e tuttavia non l'unico, così che la sussistenza di una stabile convivenza potrebbe essere accertata anche *aliunde*, eventualmente contro le stesse risultanze anagrafiche. Questa è la tesi che riflette l'orientamento maggioritario della giurisprudenza prima della novella; nella medesima direzione, volta a valorizzare la registrazione anagrafica come mezzo probatorio della stabile convivenza pur senza concepirla come esclusiva, si è collocato anche il Tribunale di Milano nella vicenda di cui si è sopra riferito, il quale ha motivato la sussistenza di un rapporto di convivenza nei fatti richiamandosi, oltre che al certificato anagrafico versato in atti, anche ad un altro elemento, quale la circostanza che i conviventi avessero due figli, essendo questo, secondo le parole del giudice, il "sintomo di un habitat familiare formatosi al di fuori di un vincolo matrimoniale" 34.

Si mostra in qualche modo coerente con questa visione anche l'orientamento espresso dall'Agenzia delle Entrate con circolare n. 7 del

comma 37 dell'art. 1" (massima). Invero la citata sentenza del Tribunale di Verona offre lo spunto per una riflessione più ampia riguardo alla portata del comma 37: in linea di massima, sembra corretto opinare che la disposizione detti una regola per la prova della convivenza di fatto agli effetti della legge n. 76 del 2016; nulla esclude però che la dichiarazione anagrafica di cui si fa parola possa essere impiegata anche al di fuori del campo applicativo della stessa legge, onde offrire dimostrazione di una convivenza more uxorio e comunque di un legame affettivo stabile agli scopi regolati da altre norme di settore. Ove ciò avvenga, sembra preferibile che la registrazione anagrafica di cui al comma 37 sia richiamata non per condizionare o appesantire la prova di una relazione di fatto mediante un preteso vincolo ad avvalersi di risultanze documentali, come parrebbe aver fatto il Tribunale di Verona, bensì al solo fine di renderla più agevole: cfr. Tar Toscana, 26 giugno 2018, n. 898, cit., che ha valorizzato la dichiarazione attestante la costituzione di una famiglia anagrafica ai fini del raggiungimento della prova dei presupposti necessari per il rilascio e/o rinnovo del permesso di soggiorno ai sensi del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 recante il "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero".

³⁴ Trib. Milano, ord., 31 maggio 2016, cit. Più in generale che le risultanze anagrafiche non siano necessarie né dirimenti per la prova di un rapporto di convivenza è stato di recente affermato da Cass. civ., Sez. III, 13 aprile 2018, n. 9178, cit., dove si afferma che la prova può emergere anche da un insieme di indici esterni, e in particolare "i requisiti della gravità, della precisione e della concordanza degli elementi presuntivi, richiesti dalla legge, devono essere ricavati in relazione al complesso degli indizi (quali, a titolo meramente esemplificativo, un progetto di vita comune, l'esistenza di un conto corrente comune, la compartecipazione di ciascuno dei conviventi alle spese familiari, la prestazione di reciproca assistenza, la coabitazione), i quali devono essere valutati non atomisticamente ma nel loro insieme e l'uno per mezzo degli altri".

2018, la quale, in tema di detrazioni per interventi di ristrutturazione, ha stabilito che "Poiché ai fini dell'accertamento della "stabile convivenza", la legge n. 76 del 2016 richiama il concetto di famiglia anagrafica previsto dal regolamento anagrafico di cui al DPR n. 223 del 1989 (Risoluzione 28.07.2016 n. 64), tale status può risultare dai registri anagrafici o essere oggetto di autocertificazione resa ai sensi dell'art. 47 del DPR n. 445 del 2000": l'Agenzia ha qui posto il certificato anagrafico rilasciato dagli appositi uffici in alternativa all'autocertificazione resa dai privati ai sensi dell'art. 47 del DPR n. 445 del 2000, e in questo secondo caso, con un successivo chiarimento, ha precisato che l'autocertificazione può essere resa "sebbene la convivenza con il de cuius non risulti da alcun registro anagrafico e la convivente superstite non abbia la residenza anagrafica nella casa di proprietà del de cuius" 35.

L'indirizzo appena raffigurato, ancorché si avvii a consolidarsi in sede interpretativa, conta ancora molte divergenze. In particolare va sviluppandosi su binari diversi la prassi delle amministrazioni comunali, le quali danno segno di intendere la registrazione anagrafica di cui al comma 37 come un obbligo gravante su tutti coloro che intendano acquisire lo *status* di conviventi di fatto, richiedendo a costoro di compilare, sottoscrivere e registrare all'anagrafe il modulo all'uopo predisposto dagli uffici competenti³⁶. Neppure la produzione giurisprudenziale va esente da affermazioni esorbitanti e dal significato equivoco: ne è un esempio quella contenuta in una recente sentenza della Corte di cassazione, pronunciata in sede penale, ove, seppure incidentalmente, si è lasciato intendere che le convivenze di fatto rilevanti ai sensi della legge n. 76 del 2016 presupporrebbero la formalizzazione mediante dichiarazione anagrafica, in contrasto con l'orientamento prevalente sopra esposto³⁷.

³⁵ Questa precisazione è stata resa dall'Agenzia delle Entrate con Risposta 12 ottobre 2018, n. 37, sollecitata da un'istanza di interpello riguardante il diritto di abitazione ai sensi dell'art. 1, comma 42, legge n. 76/2016.

³⁶ Per riflessioni a margine della prassi amministrativa che qui si annota A. SIMEONE, La burocrazia ucciderà la "Cirinnà"?, cit.

³⁷ Cass. pen., Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 11476, in *Dir. giust.*, 15 marzo 2019, pp. 10 ss., con nota di A. UBALDI, *Ainta il fratello della convivente, evaso di prigione: 'congiunto' non punibile*; in *www.ilpenalista.it*, 13 maggio 2019, con nota di L. PIRAS, *Convivenza more uxorio e non punibilità ex art. 384 c.p.: precisazione della S.C. sull'applicabilità della norma.* Si veda anche Cass. pen., Sez. III, 17 dicembre 2018, n. 56673, cit., la quale, pur diffondendosi sull'efficacia probatoria della dichiarazione di cui al comma 37, afferma che "*Il meccanismo costitutivo della convivenza quale soggetto giuridicamente rilevante* [...] si fonda, secondo quanto

antologie 367

In ultimo preme osservare che in dottrina vi è chi si è interrogato sul ruolo della dichiarazione anagrafica ai sensi del comma 37 avendo riguardo anche ai rapporti tra la coppia di conviventi e i terzi. Da questa angolazione si suggerisce di attribuire alla registrazione anagrafica la funzione di pubblicità dichiarativa, e cioè di configurare a carico dei conviventi un onere di iscrizione ai sensi degli artt. 4 e 13, comma 1, lett. b), del d.P.R. n. 223/1989 ove gli stessi intendano rendere la propria convivenza, oltre che conoscibile, opponibile ai terzi controinteressati, sulla falsariga di quanto è previsto dal comma 52 per il contratto di convivenza³⁸.

Tuttavia non sembrano riscontrarsi ancora pronunce giurisprudenziali che si siano occupate precipuamente di questo profilo.

Con riferimento alla recente riforma portata dalla legge 20 maggio 2016, n. 76, recante la "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", la riflessione dell'Autore muove dal modello legale e, dopo avere esaminato alcune ipotesi di convivenza offerte dalla realtà, mira a ricomporre il quadro della disciplina sul tema, riguardandolo alla luce della riforma e del contributo interpretativo offerto dalle pronunce giurisprudenziali più recenti.

With reference to the recent reform introduced by law nr. 76 of 20th May 2016, which sets out the "Regulation of civil unions between persons of the same sex and discipline of cohabitation", the Author starts from the new legal model of civil union and, after careful examination of some hypotheses of coexistence in real life, aims to reconstruct the framework of the discipline on the subject, considering it in the light of the reform and the contribution of interpretation offered by the most recent jurisprudential rulings.

disposto dal comma 37, su una dichiarazione rimessa all'iniziativa degli stessi componenti della coppia e scevra da alcun controllo formale sulla sussistenza dei requisiti di cui al comma 36, rilasciata all'Anagrafe del Comune di residenza del soggetto presso il quale si è instaurata la convivenza, che trattandosi di una variazione presuppone la coabitazione tra i due dichiaranti, ancorché non prevista tra i presupposti costitutivi della fattispecie di cui al comma 36°.

³⁸ Su tutti M. Paradiso, *Sub co. 36-37*, in *Le unioni civili e le convivenze*, cit., pp. 494 ss., il quale argomenta soprattutto in relazione alla fruizione delle prerogative di cui all'art. 1, commi da 42 a 45, della legge n. 76/2016.

ANGOLO DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

Ugo Malvagna e Maddalena Rabitti*

(Ricercatore nell'Università di Trento; Professore ordinario nell'Università Roma Tre)

FILIERE PRODUTTIVE E COVID-19: TRA RINEGOZIAZIONE E CO-REGOLAZIONE**

Sommario. 1. Il Covid come sopravvenienza contrattuale: impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta. – 2. (Segue) I problemi della rinegoziazione. – 3. "Sopravvenienza Covid" e impresa. Emersione della prospettiva della filiera produttiva. – 4. Tra diritto dei contratti e diritto concorsuale: la permanenza di rilevanti spazi di tutela "scoperti" e l'esigenza di una gestione globale e coordinata delle dinamiche contrattuali di filiera. – 5. Salvaguardare le relazioni contrattuali delle imprese della filiera tra efficienza e solidarietà. – 6. Evitare i tribunali: un'ADR ad hoc presso l'AGCM? – 7. (Segue) Un organismo specializzato presso le Camere di Commercio? – 8. Per un ruolo proattivo dell'AGCM nella creazione di "buone pratiche" per una filiera sostenibile.

1. Il Covid come sopravvenienza contrattuale: impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta

1.1. A distanza di un anno dall'emersione del fatto pandemico, si può affermare, prendendosi un rischio tutto sommato modesto di cadere in quelle sovrasemplificazioni che spesso si accompagnano alle asserzioni di tratto generale, che il discorso sviluppato dalla civilistica in ordine alla "sopravvenienza Covid", o se si preferisce al "Covid come sopravvenienza", si organizza intorno a una triade rimediale, che

^{*} Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due referee.

^{**} Il lavoro è frutto di una comune riflessione dei due autori. Si attribuiscano i paragrafi da 1 a 4 a Ugo Malvagna e i paragrafi da 5 a 8 a Maddalena Rabitti.

si snoda tanto lungo i due istituti del diritto dei contratti tipicamente deputati alla relativa gestione (impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta), quanto – e in coerenza con una linea (prevalentemente) dottrinale che si può dire consolidata –, sul crinale della rinegoziazione secondo buona fede.

All'interno di questo perimetro, se si riscontrano alcuni postulati unanimemente condivisi almeno nelle proprie linee fondamentali, si manifestano pure talune divergenze, dalle quali viene nei fatti a dipendere il coefficiente di reale utilità dei rimedi in parola.

Così, è assunto non controverso quello inteso a escludere – almeno in termini tendenziali, e salve le diverse sorti da riferire ad alcuni specifici tipi contrattuali, su cui un dibattito *ad hoc* si è in effetti già venuto a formare¹ – che la "sopravvenienza pandemica" possa dar luogo *su larga scala* a vicende di impossibilità sopravvenuta della prestazione, tanto in relazione alle prestazioni caratterizzanti i differenti tipi quanto pure, e *a fortiori*, in relazione ai corrispettivi². La percezione della correttezza di questa affermazione è già raggiunta non appena si richiami l'insegnamento tradizionale, che costruisce l'impossibilità della prestazione in termini oggettivi, e cioè come alterazione delle circostanze materiali del contesto esecutivo di natura assolutamente insuperabile, ovvero superabile solo mediante condotte a cui l'obbligato non può reputarsi tenuto alla stregua del titolo (impossibilità oggettiva relativa).

In aggiunta a questi assunti, va pure osservato che, anche laddove si possa predicare come realizzatasi – per taluni limitati momenti del

¹ Così, in specie, per la locazione commerciale. V. sul punto, A.A. Dolmetta, Periodo di lockdown, locazione di esercizio commerciale, Garantievertrag, in Banca borsa tit. cred., 2020, II, p. 763 ss.; Id., Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per misure di contenimento pandemico, in Ilcaso.it; R. Natoli, L'impatto di Covid-19 sui contratti di locazione commerciale, in Sistema produttivo e finanziario post COVID-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia, a cura di U. Malvagna e A. Sciarrone Alibrandi, Pisa, 2020, p. 39; U. Salanitro, La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus, in Giustiziacivile.com, editoriale del 21 aprile 2020.

² Un utilizzo evolutivo della figura dell'impossibilità parziale è stato prospettato da più di un autore, soprattutto in relazione alla locazione (cfr. la bibliografia citata alla nota che precede). Una traiettoria propria, legata alla variazione quantitativa del rischio, segue invece il contratto di assicurazione (cfr. P. CORRIAS, L'incidenza della pandemia sui contratti assicurativi: problemi attuali e prospettive future, e S. LANDINI, Riduzione del rischio da circolazione di veicoli, riduzione del premio assicurativo e nuovi modelli di copertura, entrambi in Sistema produttivo e finanziario post Covid-19, cit., rispettivamente p. 15 e p. 35).

rapporto – una fattispecie di impossibilità temporanea, parziale o anche totale, non per questo si potrà concludere che l'istituto costituisca strumento agevole, dal punto di vista applicativo, per una gestione del conflitto ingeneratosi tra le parti. In questo senso, va osservato che il combinarsi degli artt. 1256 e 1464 c.c. delinea una dinamica rimediale che si snoda tra la necessità di valutare se il debitore possa "essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione" temporaneamente impossibile e quella di accertare il permanente interesse del creditore al conseguimento della prestazione in forma parziale e/o in via ritardata.

1.2. Se si accetta l'osservazione per cui la sopravvenienza in discorso colpisce, almeno in via tendenziale, i "costi di produzione" della prestazione caratteristica (lato del debitore), oppure la misura dei benefici conseguibili mediante l'utilizzo della stessa (lato del creditore), il ragionamento si trova allora naturalmente indirizzato verso la figura dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Più centrato il rimedio quanto a fattispecie, anch'esso esprime tuttavia alcune difficoltà applicative. Ci si può in questa sede limitare a richiamare le questioni già note, e ampiamente discusse nel dibattito corrente.

In primo luogo, il rimedio sconta una doppia anima, tra l'ablatorio e il manutentivo: se nel caso dei contratti unilaterali l'art. 1468 c.c. consente all'obbligato di "chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità", in relazione ai sinallagmatici l'art. 1467, co. 3, c.c. conferisce alla sola parte avvantaggiata una sorta di "opzione" di mantenimento del contratto ricondotto a equità. Di fronte al rilievo, difficilmente contestabile, per cui tale distinzione non può *ipso facto* riferirsi alla diversa struttura che separa i contratti unilaterali da quelli sinallagmatici (non vi sono cioè limiti o vincoli strutturali all'applicazione della regola di cui all'art. 1468 c.c. ai contratti sinallagmatici), sarebbe allora errato instaurare tra queste due disposizioni un qualche rapporto di generalità/specialità, se non addirittura di regola/eccezione. Non sembra perciò potersi desumere, sul piano generale, una preferenza "sistematica" per il rimedio ablatorio, con tutto ciò che ne consegue sul piano della costruzione dello statuto di altri rimedi, intesi a rimediare alle sopravvenienze non imputabili: primo fra tutti, quello della rinegoziazione ex fide bona (cfr. infra, n. 2).

In secondo luogo, per orientamento giurisprudenziale inscalfito, non si tratta di vizio deducibile per via di eccezione: col che, nei contratti di durata, tutto il periodo che intercorre tra la manifestazione della sopravvenienza e la proposizione della domanda giudiziale³ è destinato *in tesi* a restare scoperto, con grave incoerenza della struttura rispetto alla funzione: la quale richiederebbe allora di essere attenuata, per quanto possibile, in via interpretativa. Tenere ferme le prestazioni, pure a fronte della conclamata esistenza del presupposto che legittima la risoluzione, viene nei fatti a consolidare o, comunque, a promuovere un arricchimento ingiustificato in capo alla parte favorita dalla sopravvenienza.

Infine, il presupposto di rilevanza della sopravvenienza è dato dai caratteri di *straordinarietà* e *imprevedibilità* degli eventi che la integrano. Si tratta di predicati che – sicuramente riferibili al torno di tempo tra febbraio e marzo 2020 – si mostrano di applicazione incerta a fronte del verificarsi di c.d. "ondate" successive (per ora la seconda, magari la terza e oltre), e in definitiva di una situazione che potrebbe essere caratterizzata da dinamiche di "*stop and go*" in talune attività produttive. Insomma, c'è il rischio oggettivo che, nel contesto di una sorta di (auspicabilmente temporaneo) *new normal*, la nozione di cui all'art. 1467 c.c. venga intesa in termini per così dire "istologici", nel senso, da un lato, di concepire ogni ricaduta pandemica come evento a sé e, dall'altro, di ritenere tali ricadute prevedibili in ragione del mero fatto della loro *concepibilità*.

Al contrario, occorrerebbe ancorarsi a una lettura di tali requisiti che valorizzi la circostanza per cui, sino al *definitivo* superamento della pandemia, la navigazione è necessariamente a vista, sicché il *se* e il *come* di nuove *difficultates prestandi* si atteggiano per definizione come imprevedibili.

2. (Segue) I problemi della rinegoziazione

Le difficoltà ora indicate, in una con la notazione della sostanziale eccentricità (e quindi limitata servibilità, nel contesto di un discorso di respiro più generale) delle – poche – norme emergenziali adottate

³ Il che esclude di poter ritenere contrario alla buona fede oggettiva il comportamento della parte che avvii l'azione prima dell'esaurimento di eventuali trattative volte alla rinegoziazione (ciò, anche in ragione di quanto previsto dall'art. 1467, co. 3, c.c.).

in materia di contratto nel momento della fase acuta della pandemia⁴, hanno condotto la riflessione di questi mesi a centralizzarsi in via pressoché unanime – come pure rispondente a un'idea che si è fatta strada in letteratura ben prima della pandemia⁵ – verso il polo della rinegoziazione del contratto secondo buona fede (come *fonte* e come *vettore* dell'obbligo). Strumento in sé più flessibile, esso si presta sia all'adeguamento del contratto all'interesse programmatico originario, sia – nel caso – alla gestione di forme di uscita dal rapporto che scongiurino una ripartizione oltremodo squilibrata delle conseguenze economiche della sopravvenienza.

Se non si può controvertere sul fondamento normativo immedia-

⁴ La legislazione emergenziale adottata a far data dal mese di marzo 2020 ha affrontato il tema delle relazioni contrattuali (anche) d'impresa mediante la previsione di una norma di carattere generale (art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27, secondo cui "il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti"), insieme con alcune disposizioni di carattere settoriale (così, contratti di finanziamento, contratti di viaggio, turismo o spettacolo, impianti sportivi). Se le seconde appaiono prive di potenzialità espansiva, la prima disposizione introduce un potere valutativo del giudice, da esercitarsi alla luce delle circostanze del caso concreto, in ordine all'efficienza causale del "rispetto delle misure di contenimento" sull'inadempimento. Tale valutazione consente al giudice di escludere o modulare la misura della responsabilità per l'inadempimento imputabile. Secondo talune letture più avanzate (A.A. Dolmetta, «Misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione (prime note all'art. 91 comma 1 d.l. n. 18/2020), in Banca borsa tit. cred., 2020, I, p. 156), la norma prospetta un intervento manipolativo del giudice, più articolato della mera sospensione degli effetti dell'inadempimento. Ove non si dia prova di un sufficiente nesso di causalità tra "rispetto delle misure di contenimento" e inadempimento, la gestione degli squilibri contrattuali resta ovviamente affidata al sistema civilistico generale e al relativo sistema rimediale. Sul lato dei rapporti di consumo relativi a titoli di viaggio, spettacoli o pacchetti turistici, si registra il tentativo del legislatore di scongiurare la dissoluzione del rapporto – o quanto meno l'effetto restitutorio del prezzo corrisposto – mediante il meccanismo dei voucher (A. Dalmartello, Pacchetti turistici e voucher al tempo del Covid-19, in Sistema produttivo e finanziario post Covid-19, cit., p. 47).

⁵ Nei fatti è una prospettiva che risulta approfondita dagli anni novanta (cfr., in particolare, lo studio di F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996) e che ha trovato un proprio riconoscimento normativo "preliminare" nel disegno di legge delega sulla riforma del codice civile presentato il 19 marzo 2019 (DDL S. 1151).

to dell'obbligo di rinegoziazione, costituito, per l'appunto, dalla regola della buona fede oggettiva⁶, le difficoltà e le divisioni interne alla civilistica si appalesano lungo due direttive principali.

Il primo e centrale tema a venire in rilievo è quello che si interroga sul *senso* e sul *peso* da attribuire al principio solidaristico *ex* art. 2 Cost. che – secondo una linea di lettura ormai non contestata in dottrina, oltre che stabilmente assunta nelle massime della giurisprudenza – innerva la clausola generale dell'art. 1375 c.c.

Al riguardo, le varie opinioni espresse manifestano letture assai diversificate, se non proprio opposte: da chi – in linea con un sentire ancora oggi, forse, maggioritario – assegna al principio solidaristico un ruolo di correttivo concettualmente "esterno" alle logiche ordinanti il subsistema degli squilibri contrattuali e delle quali si conferma la centralità⁷, a chi evidenzia l'esigenza di impiegare l'opposta logica di "incorporazione" della buona fede, quale criterio *interno* alla costruzione di tutti gli istituti del diritto dei contratti⁸, a chi ne prospetta una nozione proattiva funzionale a un mutamento dello stesso modello capitalistico esistente⁹, a chi invece scongiura un approccio che le attribuisca un ruolo preminente, per gli effetti negativi che ciò produrrebbe sul piano economico generale¹⁰.

Per via secondaria e di riflesso, si pone il tema della meccanica di

⁶ L'opportunità di affidare la sorte dei contratti commerciali al principio generale della buona fede a seguito della sopravvenienza pandemica è stata evidenziata, da ultimo, dalla stessa Corte di Cassazione, la quale, attuando un significativo endorsement in favore della rinegoziazione quale soluzione ottimale per il riequilibrio dei rapporti commerciali, ha sancito l'esistenza di un dovere di rinegoziazione in capo alla parte avvantaggiata dallo squilibrio basato, invero, sul principio di buona fede oggettiva. Corte di Cassazione, Relazione n. 56/2020. Prima della Suprema Corte, tra i tanti, F. Macario, Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi, in Giust. cin., 2014, II, p. 825; V. Roppo, Il contratto, Milano, 2011, p. 1046; V.M. Cesaro, Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale, Napoli, 2000, pp. 165 ss.

⁷ F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus»*, in *Giustizia-civile.com*, editoriale del 17 marzo 2020; cfr. anche F. Di Marzio, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 12 marzo 2020.

⁸ A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustizia-civile.com*, editoriale del 4 giugno 2020.

⁹ U. MATTEI e A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà*. *Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 7 maggio 2020.

¹⁰ A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 4 giugno 2020.

operatività del rimedio, sia in punto di definizione dei concreti doveri delle parti (obbligo – *strumentale* – di negoziare ovvero obbligo – *finale* – di contrattare), sia rispetto all'individuazione dello strumento rimediale assegnato al giudice (risarcimento ovvero intervento direttamente costitutivo del contratto modificativo). È comunque evidente che al crescere dello spazio sistematico e applicativo assegnato all'esigenza di riequilibrio, che è in sé sottesa alla solidarietà, cresce anche la preferenza verso strumenti effettivamente serventi all'obiettivo. Da questo punto di vista, non si può pensare di attribuire un ruolo realmente utile alla buona fede se non concependo l'obbligo di rinegoziazione come inteso a indicare un *esito obiettivamente attingibile* e, correlativamente, dotando il giudice di uno strumento tecnico per attuarlo, da inscriversi concettualmente nell'alveo dell'art. 2932 c.c.¹¹.

3. "Sopravvenienza Covid" e impresa. Emersione della prospettiva della filiera produttiva

3.1. Tanto detto, occorre subito rilevare che, mantenendosi il discorso sulla linea del diritto generale dei contratti, non sembra che si possa muovere oltre le sponde problematiche già delineate¹².

Non può allora non notarsi che la domanda dei termini di rilevanza della sopravvenienza pandemica su un dato rapporto contrattuale, se nella prospettiva civilistica sopra sunteggiata appare unitaria almeno dal punto di vista concettuale, a una lettura che voglia invece aspirare a una comprensione "utile" – e non meramente didascalica – delle dinamiche economiche sottostanti al conflitto ingeneratosi tra due controparti (quale presupposto per improntare una risposta rimediale realmente adeguata al fenomeno osservato) si viene a scindere in più e distinte domande, tra loro molto diverse. E che, come tali, possono richiedere risposte a loro volta diversificate.

¹¹ А.А. DOLMETTA, *ор. ult. cit.*, р. 7.

¹² Sul piano strettamente operativo, occorre anche segnalare che, nel contesto attuale della giustizia civile italiana, i benefici di un *enforcement* giudiziale dell'obbligo di rinegoziazione si trovano quasi totalmente assorbiti – se non addirittura sovrastati – dai costi, dai tempi e dalle incertezze del relativo contenzioso: col che, si stempera anche la funzione deterrente di una simile norma da comportamenti di cieca chiusura alle istanze della controparte, se non anche propriamente opportunistici.

Messi da parte i rapporti creditizi pendenti per la intrinseca peculiarità loro propria, può dirsi che un forzante criterio di differenziazione tra fattispecie è dato dai connotati propri del conflitto oggetto di considerazione: se, cioè, relativo a rapporti tra privati ovvero aventi natura d'impresa. Se il piano dei rapporti civili tout court esprime una misura di rilevanza economica "sistemica" tutto sommato modesta, all'interno dei rapporti d'impresa occorre distinguere tra (a) rapporti sui mercati finali (siano le controparti dell'impresa consumatori o professionisti/ imprese), (b) rapporti relativi all'acquisizione di beni e servizi necessari allo svolgimento dell'attività e (c) rapporti relativi allo svolgimento di fasi del processo che dalle materie prime – materiali o immateriali – porta a un prodotto collocato sui mercati finali di consumo (c.d. catena del valore). Se l'ipotesi sub (a) propone per lo più ipotesi di contratti che non prospettano rilevanti questioni di sopravvenienze¹³, nei casi sub (b) e (c) il fulcro del problema sembra potersi indentificare nell'alterazione dell'economicità (di uno o più) dei rapporti contrattuali facenti capo all'impresa, in ragione degli aumentati costi della produzione e dei minori - ricavi dovuti a minori - consumi che discendono tanto dalle misure pubbliche adottate a scopo sanitario, quanto dallo stato di generale incertezza degli attori di mercato circa il quando e il come del superamento di questa fase.

3.2. Ma nemmeno all'interno dei rapporti *sub* (*b*) e (*c*) la "sopravvenienza Covid", se osservata nella prospettiva dell'impresa, dispiega un impatto omogeneo, e quindi è idonea a essere gestita con la medesima risposta o, per meglio dire, "strategia" rimediale. E infatti, altro sono le imprese che erogano *servizi* alla persona o connessi all'arte, al turismo o all'intrattenimento; altro sono le imprese *industriali* e le imprese che gravitano intorno a quell'attività produttiva, proiettandola sui mercati finali (distribuzione e commercio).

Con riferimento al primo gruppo, l'alterazione dell'economicità negoziale è nei fatti riconducibile a un unico o, al più, a pochissimi rap-

¹³ Poiché si tratta per lo più di contratti a esecuzione immediata o che non riguardano beni o servizi la cui fornitura che hanno subito interruzioni o difficoltà esecutive per effetto della pandemia. Fanno eccezione a ciò i contratti di trasporto e turistici, per i quali è intervenuto il legislatore con norme *ah hoc* limitatamente alla fase acuta della pandemia: cfr. A. Dalmartello, *op. ult. cit.*

porti: nell'ampia maggioranza dei casi, la voce di conto economico che viene a pregiudicare l'equilibrio della gestione è (oltre al costo del fattore lavoro e alle pendenze fiscali, che seguono logiche proprie) la locazione dei locali per l'esercizio dell'attività d'impresa: che è, nei fatti, il solo rapporto in relazione al quale si pone un tema di sopravvenienza¹⁴. In questi casi, la gestione della "sopravvenienza Covid" si identifica con il tentativo di adeguamento di quel rapporto, il fallimento del quale costituisce l'anticamera della crisi d'impresa e, quindi, del necessario ricorso ai relativi strumenti¹⁵.

¹⁴ Come dimostra il contenzioso cautelare di questi mesi: cfr., Trib. Roma, 29 maggio 2020 (RG 18779/2020); Trib. Genova, 1° giugno 2020 (RG4185/2020), reperibili su Dirittobancario.it. Una somiglianza meramente quantitativa (: una unica voce di costo da cui dipende l'economicità o meno della gestione d'esercizio) mostrano i contratti di concessione dalla pubblica amministrazione. È interessante notare che il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) contiene una norma destinata a regolare le sopravvenienze non imputabili (art. 165, co. 6), alla stregua della quale "il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. Al concessionario sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 176, comma 4, lett. a) e b) [cioè " a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario; b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse"], ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse". Sul tema, cfr. ora F. Cintioli, Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario, in Dir. econ., 2020, p. 13.

¹⁵ Se del caso opportunamente adattati, mediante interventi legislativi, al contesto attuale, soprattutto nel senso della semplificazione delle procedure esistenti e/o dell'istituzione di procedure più leggere, ispirate a una logica di "amministrazione vigilata": cfr. anche F. Benassi, *Brevi spunti per un'agile procedura di "sostegno" alle imprese in crisi da*

In relazione al secondo, la situazione si appalesa invece più complessa. Ciò dipende, segnatamente, dal fatto che quelle imprese sono quasi sempre inserite all'interno di una *filiera produttiva*, intesa come l'aggregato dei rapporti tra i diversi attori economici, legati tra loro da relazioni di lungo periodo e orientati alla realizzazione di una o più fasi produttive lungo la catena del valore: sicché sussiste una "catena di dipendenze" tra ciascun singolo rapporto (nel quale, per quanto qui rileva, venga a manifestarsi un conflitto tra le parti in relazione alla gestione della sopravvenienza) e tutti gli altri.

In un simile assetto reticolare di rapporti, la natura della "sopravvenienza Covid", che investe non già una società, un gruppo di imprese o un comparto produttivo determinati territorialmente o merceologicamente, bensì *il mercato* nel suo complesso per effetto di uno *shock* esogeno e simmetrico¹⁶, è tale per cui le medesime ragioni giustificatrici della rimodulazione di un dato rapporto, in senso favorevole alla parte svantaggiata dalla sopravvenienza, potrebbero riproporsi in termini uguali e contrari in relazione ad altri rapporti facenti capo alla medesima parte; viceversa, il riequilibrio "subìto" (in proprio danno) in un dato rapporto potrebbe giustificare, per la medesima ragione, un riequilibrio "imposto" (a proprio vantaggio) in un altro rapporto.

La congiunta notazione dei due profili ora evocati (da un lato, la dimensione di mercato della crisi pandemica; dall'altro, l'esistenza di una catena di dipendenze tra i rapporti di filiera) evidenzia, allora, la "circolarità" del problema relativo alla gestione della sopravvenienza nei singoli rapporti.

E infatti, se i vari rapporti di filiera sono legati tra loro – direttamente o per il tramite di altri rapporti – da una sorta di nesso funzionale (in quanto tutti concorrono a realizzare fasi di un processo produttivo-di-

Coronavirus; P.F. CENSONI, La gestione delle crisi sistemiche delle imprese da COVID-19 fra Legge fallimentare e Codice della crisi e dell'insolvenza: il ritorno dell'Amministrazione controllata?; G. LIMITONE, L'accompagnamento fuori della crisi con l'aiuto dell'OCC-Covid-19; G. CORNO e L. PANZANI, Proposta di legge per una moratoria straordinaria volta a gestire l'emergenza, tramite l'istituzione della procedura di "amministrazione vigilata", tutti reperibili su Ilcaso.it. Si orienta invece nel senso di uno strumento (di natura dilatoria o esdebitatoria) riferito a posizioni debitorie singolarmente considerate la proposta di A. GENTILI, op. ult. cit.

¹⁶ Al livello dell'*evento*; non già, ovviamente, sul piano degli *effetti*, ché ogni soggetto esprime una diversa capacità di assorbimento dei costi dell'evento avverso (cfr. infatti *infra*).

stributivo), allora l'intervento su ciascuno di essi (i singoli rapporti e, quindi, i singoli conflitti) comporta in automatico un effetto su tutti gli altri, sebbene non possano considerarsi parti contrattuali, per così dire, dirette¹⁷; viene a seguire, allora, che il giudizio su ciascun singolo conflitto ingeneratosi nella filiera non può formularsi se non a condizione che siano già note le modalità di soluzione di ciascuno degli altri conflitti (attuali o potenziali) relativi alla medesima filiera. In definitiva, per la singola impresa conta il risultato netto di tutte le possibili rinegoziazioni pretese o subìte, e, quindi, la complessiva misura di sopportazione del costo pandemico.

Emerge così l'esigenza di abbandonare l'approccio, per così dire, classico, in cui la valutazione della sopravvenienza si restringe all'impatto che essa provoca sul *singolo* rapporto controverso, così che il rimedio prospettato attiene alla *singola* fattispecie analizzata – e, in questo senso, è "monadico" –, e spostare il baricentro dell'analisi al di fuori o meglio *al di sopra* del singolo rapporto (e delle ragioni dell'una o dell'altra parte all'interno di quel conflitto), per favorirne uno che includa la prospettiva di una *razionale trasmissione* del costo della crisi all'interno della filiera. Il tema diventa allora quello dell'allocazione dei costi della crisi pandemica (non già a livello bilaterale, bensì) a livello dell'intera filiera considerata, vuoi attraverso i rimedi relativi a prestazioni già dovute o erogate, vuoi attraverso la gestione del "futuro" del rapporto 18, cioè del *se* e del *come* del suo proseguire.

In questo secondo caso, il conflitto si può ingenerare sia in relazione al rifiuto di addivenire a una rinegoziazione proposta dalla controparte, sia di fronte all'esercizio da parte di un contraente del diritto potestativo, a esso spettante *ex contractu*, di determinare o modificare l'oggetto del contratto – così, i volumi di fornitura, i prezzi, i termini

¹⁷ Nella teoria dei sistemi tale qualità viene designata in termini di "network sensitivity". Un primo tentativo di analizzare il momento regolatorio secondo logiche che incorporino la teoria dei sistemi è condotto da L. Enriques, A. Romano e T. Wetzer, Network-Sensitive Financial Regulation, in corso di pubblicazione su The Journal of Corporation Law, reperibile su https://ssrn.com/abstract=3387708.

¹⁸ Peraltro, va pure osservato che, nella prospettiva dei rapporti di filiera, il secondo profilo è ampiamente assorbito dal primo, rispetto all'impatto che esso ha sull'economicità della gestione; sicché, analizzando la trasmissione del costo della crisi pandemica lungo la filiera, anche la distinzione tra rimedi per prestazioni già eseguite e rimedi relativi alla proiezione futura dei rapporti di durata si viene fortemente a stemperare.

di pagamento, etc. –, se non anche di fare cessare il rapporto (come tipicamente accade nei rapporti di c.d. subfornitura).

3.3. Una volta spostato il *focus* dell'analisi sul livello cui pertiene la sopravvenienza, *i.e.* il mercato *sub specie* la filiera produttiva, ci si deve allora domandare quale possa e debba essere il parametro alla luce del quale sciogliere i singoli episodi di conflitto: giacché, nella prospettiva qui suggerita, essi non possono evidentemente trovare in sé il proprio criterio risolutivo.

Come già suggerisce il riferimento, formulato appena *supra* (n. 3.2), all'esigenza di una *razionale trasmissione* del costo pandemico lungo la filiera, ci pare corretto affermare che, a fronte di una sopravvenienza *di mercato*, il criterio da adottarsi per la soluzione dei conflitti così ingeneratisi debba essere quello inteso a realizzare un'allocazione del costo pandemico che conduca a un assetto dei rapporti complessivi di filiera che sia, rispetto alla situazione anteriore alla sopravvenienza, *parimenti idoneo* a realizzare l'interesse programmatico complessivamente riferibile a quei rapporti (il loro minimo comune denominatore): cioè, lo svolgimento del processo produttivo che si snoda lungo la catena del valore in cui la filiera è inserita.

In altri termini, così come la sopravvenienza che investe il singolo atto richiede un intervento manutentivo che riconduca l'assetto contrattuale alla realizzazione dell'interesse programmatico originario, perturbato dal mutamento delle circostanze di fatto, così nella sopravvenienza di mercato (e cioè, per quanto qui interessa, "di filiera") il vettore della gestione della sopravvenienza è quello inteso a (re) instaurare un assetto complessivo dei rapporti di filiera – in termini di ripartizione di rischi, costi e benefici – analogo a quello esistente originariamente. Trattandosi di rapporti relativi allo svolgimento di attività economica, il criterio della razionalità è agevolmente identificato in quello dell'efficienza del complessivo assetto di ripartizione dei rischi, costi e benefici tra gli attori della filiera rispetto alla capacità produttiva della filiera stessa.

A illustrazione dell'assunto, mette conto di osservare che, dal punto di vista economico, la pandemia da Covid-19 si è tradotta in una immediata e congiunta contrazione di domanda e offerta, i cui effetti principali si dovrebbero esprimere in un orizzonte di breve-medio periodo: una contrazione molto rilevante e repentina del PIL 2020, con una

prospettiva di parziale rimbalzo nel 2021, e di un progressivo recupero del residuo differenziale del PIL perduto negli anni seguenti¹⁹.

Tale dinamica macroeconomica, riflettendosi sui singoli rapporti di filiera, ingenera un conflitto fra i relativi attori: ciascuno persegue l'obbiettivo – incompatibile con quello degli altri – di minimizzare il proprio costo dello *shock* e, conseguentemente, trasferirlo agli altri, pretendendo di mutare le condizioni degli scambi in essere (in termini di mutamento del volume delle forniture richieste ovvero anche dei prezzi, dei termini di pagamento o di altre caratteristiche dei prodotti o servizi, etc.; o anche, più radicalmente, recedendo dai contratti) oppure, specularmente, rifiutando le istanze delle controparti direttamente svantaggiate dalla sopravvenienza pandemica volte alla "riconduzione a equità" delle condizioni contrattuali.

Questo atteggiamento, se risponde alla razionalità singola di ciascun attore, spesso non corrisponde alla razionalità "collettiva" della filiera. Esso non è cioè conforme al suindicato obiettivo – che è il portato dall'assunzione di una prospettiva di analisi centrata sul mercato e sulla sua funzionalità – di preservarne la resilienza. Ciò accade, in particolare, quando i soggetti dotati di maggiore centralità relativa all'interno della filiera, e quindi di maggiore forza contrattuale rispetto alle loro controparti, agiscono per minimizzare il costo pandemico subìto, così allocandolo sugli altri attori: i quali si troverebbero così a sopportare tanto le perdite subìte per effetto diretto della pandemia, quanto quelle "scaricate" su di loro da altre imprese (che abbiano, ovviamente, la concreta possibilità di agire in tal senso). In un simile scenario, non si realizza una socializzazione efficiente del costo dello shock interna alla filiera, strumentale, poi, a un'equa condivisione dei futuri benefici generati dal superamento dell'emergenza. Al contrario, ci si trova din-

¹⁹ Allo stato attuale, e fino a che una risposta sanitaria definitiva al virus non sarà realizzata, non possono escludersi nuovi periodi di *lockdown* (attuazione di "misure di contenimento"). In ogni caso, la dinamica introdotta dal Covid-19 è in sé idonea a ripetersi in relazione ad altre emergenze sanitarie pandemiche, cui la società globalizzata è strutturalmente esposta e che l'esperienza del Covid-19 ha evidenziato poter severamente colpire anche le nazioni più avanzate. Allargando lo spettro, effetti parzialmente sovrapponibili a quelli sopra descritti si potrebbero verificare di fronte ad altre categorie di eventi di "business interruption", in particolare quelli che sono espressione del rischio climatico (sia il c.d. physical risk che il c.d. transition risk). Sul rapporto tra resilienza delle filiere e sostenibilità, cfr. anche infra, n. 4.4., testo e note.

nanzi a un comportamento "predatorio", opportunistico, che amplifica gli effetti della crisi per taluni soggetti a beneficio di altri, rompendo il precedente equilibrio formatosi in una condizione di fisiologia.

Il rischio finale a cui conduce una simile prospettazione è rappresentato, in definitiva, da una ridotta elasticità del sistema produttivo, *i.e.* di una sua ridotta capacità di assorbire lo *shock* pandemico mantenendo integra la capacità produttiva lungo la linea dell'integrazione verticale come pure orizzontale (*resilienza* della filiera). In questo senso, può dirsi che la contrazione del coefficiente di resilienza di una data filiera, si accompagna all'allungamento del tempo necessario per recuperare il volume della produzione di ricchezza pre-Covid, con il rischio concreto di una riduzione di lungo termine della dimensione economica e della capacità produttiva del distretto. Lo scenario ultimo di riferimento è, dunque, quello della de-industrializzazione del Paese²⁰.

²⁰ Da quest'angolo visuale, è interessante notare che la teoria economica (cfr., per tutti, R. Coase, The Nature of the Firm: Influence, in Journal of Law, Economics, & Organization, 4 (1), p. 33) chiarisce che i sistemi economici in cui le imprese hanno – a livello medio – una dimensione maggiore esprimono, a parità di altre condizioni, una superiore resilienza. Ciò consegue al fatto che, là dove vi è un'unica impresa che svolge funzioni produttive altrimenti affidate all'interazione contrattuale tra organizzazioni diverse (e non soggette a controllo unitario), sussistono vantaggi strutturali impliciti, dati dall'esistenza di un potere direttivo in capo all'imprenditore che, mirando al benessere dell'impresa nel suo complesso, previene (o comunque può rimediare a) ogni opportunismo interno, ed anzi può perfino operare trasferimenti di risorse - sussidi orizzontali - tra divisioni produttive; quando invece una simile possibilità non si dà quando le diverse divisioni produttive corrispondano a diverse imprese in senso economico. Resta evidente che la superiore resilienza dei sistemi economici con imprese di maggiore dimensione media non comporta l'eliminazione del rischio di una distribuzione inefficiente del costo della crisi, ma lo diminuisce proporzionalmente al minor grado di integrazione produttiva tra le imprese e, conseguentemente, al maggior grado di "sostituibilità" delle relazioni contrattuale in cui venga a porsi un tema di opportunismo della controparte. Alla luce di questa notazione, emerge come la condizione strutturale del sistema produttivo italiano – il quale affida una parte assai rilevante della propria industria privata ai c.d. "distretti produttivi" (i.e. agglomerati di imprese in cui il processo produttivo è frammentato in più imprese legate da relazioni contrattuali di lungo periodo, la cui esecuzione richiede spesso rilevanti investimenti specifici), a propria volta integrati in catene di valore europee (a guida tedesca o francese) o globali - esponga l'economia italiana a un rischio particolarmente elevato di rapido deterioramento della capacità produttiva, con l'effetto dell'espansione del tempo necessario al recupero dei valori di PIL antecedenti al verificarsi dello shock pandemico, come pure della conseguente perdita di quote di mercato precedentemente occupate dalle filiere.

Da qui, l'esigenza che nella gestione delle sopravvenienze si dia rilievo al fatto che in tali rapporti di filiera la dimensione statico-distributiva è assorbita da quella dinamico-produttiva, giacché la ripartizione dei costi emergenti nella fase post-Covid non può concepirsi in modo retrospettivo, ma costituisce uno strumento per assicurare una maggiore resilienza della filiera. Se la flessione immediata del valore della produzione conseguente allo shock pandemico è un dato esogeno, ciò a cui si può aspirare è la (più) efficiente distribuzione relativa della perdita così ingenerata all'interno della filiera.

- 4. Tra diritto dei contratti e diritto concorsuale: la permanenza di rilevanti spazi di tutela "scoperti" e l'esigenza di una gestione globale e coordinata delle dinamiche contrattuali di filiera
- **4.1.** Evidenziando l'insufficienza, in relazione ai rapporti tra imprese avvinte da dinamiche contrattuali di filiera, di una prospettiva analitica tesa a esaurire la rilevanza della sopravvenienza all'interno del singolo rapporto contenzioso (inteso come a sé stante), i rilievi che precedono sollevano un interrogativo di fondo: se il diritto dei contratti possa esprimere una capacità adattativa a logiche che assumano a parametro della soluzione dei singoli episodi di conflitto la più ampia prospettiva della filiera, oppure se – in linea con la notazione per cui l'alterazione dell'economicità dei rapporti di filiera²¹, se non immediatamente rimediata al livello dei singoli rapporti, trascende subito in una alterazione strutturale dell'economicità dell'impresa in esercizio, e cioè in un rischio di insolvenza – occorra subito volgere lo sguardo verso la crisi d'impresa e i propri strumenti di regolazione, per verificare se – e, nel caso, come – la disciplina della crisi dell'impresa possa includere in sé, e soddisfare, l'esigenza regolativa della crisi (del mercato, e cioè) della filiera.
- **4.2.** Nella prospettiva ora delineata, si tratta anzitutto di domandarsi se nel sistema del diritto positivo possa rinvenirsi un *principio mutualistico*

²¹ O anche dell'unico rapporto di filiera nel caso di subfornitura in senso stretto, *i.e.* di c.d. monopsonio, ovvero la situazione in cui una impresa forma la totalità dei propri ricavi nei rapporti con una sola impresa.

di sopportazione della sopravvenienza (non imputabile) di mercato, improntato al suindicato canone di socializzazione efficiente del costo pandemico.

A nostro avviso è possibile fornire una risposta positiva alla domanda, a condizione che tale assunto venga limitato all'affermazione di un principio programmatico generalissimo di promozione e incentivo dell'allocazione efficiente delle risorse implicate nelle relazioni contrattuali di mercato, inscritto sul piano costituzionale nella nozione di solidarietà economica ex art. 2 Cost. e nel criterio di non contrarietà dell'attività d'impresa all'"utilità sociale" ex art. 41, co. 2, Cost.²². In questo senso, il riferimento all'efficienza allocativa richiede di essere inteso, alla stregua di quanto già osservato supra, nell'ottica della conservazione del mercato, sub specie della capacità produttiva dell'organizzazione economico-contrattuale di cui alla filiera, concepita quale "bene economico comune"²³.

Senonché, altro è affermare, sul piano programmatico, un principio di *preferenza* per assetti di distribuzione delle risorse che ne consentano il loro migliore impiego dal punto di vista del benessere collettivo, altro è derivare da tale principio dei precetti imperativi di dettaglio alla stregua dei quali poter risolvere le singole fattispecie di conflitto.

E infatti, per quanto non possa in sé escludersi la possibile valorizzazione di una logica "di filiera" mediante una lettura forte della buona fede oggettiva²⁴, oppure anche – secondo quanto pure è stato recentemente suggerito – mediante una lettura della disciplina in materia di

²² Sul punto, sia consentito di rimandare a U. MALVAGNA, Clausola di "riaddebito" e servizi di pagamento. Una ricerca sul rischio d'impresa, Milano, 2018, pp. 174 ss., testo e nt. da p. 147 a p. 150, dove i richiami agli insegnamenti di G. Oppo, Note sulla contrattazione d'impresa, in Riv. dir. civ., 1995, I, p. 629, e MAR. NUZZO, Utilità sociale e autonomia privata, Milano, 1975, passim.

²³ Così G. Oppo, *op. loc. ult. cit.*, ma con riferimento alla nozione di utilità sociale nell'ambito dell'art. 41 Cost.

²⁴ A.A. Dolmetta, *Misure di contenimento*, cit., p. 161: "occorre tenere in adeguato conto la complessiva posizione che connota le parti rispetto al titolo che, nel concreto, governa il rapporto (secondo quanto traspare, in fondo, pure dalla disciplina codicistica della risoluzione contrattuale). Né si potrebbe trascurare, più ampiamente ancora, l'eventuale inserimento dell'operazione, che viene in concreto rilievo, nel contesto di uno specifico mercato di riferimento; come pure gli eventuali riflessi che la decisione assunta dal giudice è in grado di spiegare sugli operatori della filiera produttiva o distributiva, che risultino connessi in modo diretto – o strutturale, si potrebbe fors'anche dire – con i soggetti del rapporto obbligatorio specificamente considerato".

subfornitura²⁵ che aspiri ad attribuirle la funzione di rimedio generale negli squilibri nelle relazioni tra imprenditori²⁶, è evidente che l'attuazione in sede giurisdizionale di una logica "di filiera" incontrerebbe –

²⁶ In particolare, concependola come espressiva di un principio regolativo generale alla stregua del quale nei rapporti di filiera il libero agire negoziale – sub specie di atti unilaterali come pure contratti: non solo quelli per così dire originari, di cui si occupa partitamente l'art. 9 della legge sulla subfornitura, bensì anche, per coerenza, ma anche i contratti di rinegoziazione per la gestione delle sopravvenienze – trova un proprio limite in quelle condotte in cui si realizza una allocazione delle risorse, dei rischi e dei benefici che sia irrazionale, in quanto avente l'effetto di dissipare gli investimenti specifici sostenuti da un'impresa per "inserirsi" nella filiera. Si tratta di condotte a cui l'impresa in posizione di dipendenza non può reagire (proprio in ragione dell'effetto di lock-in derivante dall'entità dei costi di transazione per la sostituzione del o dei partner contrattuali di filiera), senza che a ciò corrisponda alcun reale beneficio in termini di aumentata efficienza produttiva. Sicché nei fatti il comportamento in questione verrebbe a esprimere non altro se non una rendita di posizione (un comportamento oggettivamente opportunistico). In questa prospettiva, la nozione di abusività di cui all'art. 9 della legge sulla subfornitura trova un raccordo con il canone della buona fede oggettiva nell'individuare il "limite dell'apprezzabile sacrificio proprio", secondo la nota locuzione di sintesi, nel comportamento che, volendo scaricare interamente il costo della crisi sulle controparti, riduce la capacità complessiva della filiera di assorbimento del costo pandemico e, per l'effetto, la pregiudica pro futuro, con danno – nel medio periodo – anche per l'impresa della cui abusività del comportamento si discute. Così impostato il ragionamento, si supera anche l'opposizione tra solidarietà ed efficienza (sostenuta, nel caso, dall'opinione riferita supra, n. 3) nella prospettiva della promozione di una mutualizzazione del costo pandemico efficiente (siccome strumentale alla conservazione della promozione della resilienza delle filiere), e in vista di una futura mutualizzazione dei benefici connessi al mantenimento dell'integrità della capacità produttiva e di mercato.

²⁵ A. Benedetti e R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Dirittobancario.it*, Editoriali Marzo 2020, i quali prospettano un "abuso sopravvenuto di dipendenza economica", che prenderebbe là dove "l'impresa e il professionista si trovano costretti, anzitutto dalla speranza di poter riprendere (in un futuro auspicabilmente non troppo lontano) la propria normale attività, a mantenere in vita tutti quei contratti che ineriscono direttamente alla propria attività; ma, al contempo, possono trovarsi nell'impossibilità finanziaria di onorarli tutti, a causa dell'imprevedibile riduzione (se non azzeramento) dei ricavi attesi". In questi casi, si è "al cospetto di una situazione per definizione non imputabile alla parte economicamente indebolitasi e rispetto alla quale non si può neppure lontanamente richiamare il principio di autoresponsabilità, secondo cui chi fa investimenti sbagliati, perché ha sbagliato le previsioni, deve sopportarne le conseguenze"; come pure si è "al cospetto di una situazione in cui all'impresa mancano alternative di mercato soddisfacenti perché il mercato è stato sospeso per fatto dell'autorità".

per la detta esigenza di approntare una gestione *complessiva* dei rapporti, e che non li intenda come singoli episodi, concepiti atomisticamente – rilevantissime difficoltà operative: nelle fattispecie in discorso, in effetti, la curva dei costi transattivi punta decisamente verso l'alto.

4.3. Venendo al versante del diritto della crisi d'impresa, va anzitutto richiamata l'esistenza, nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza (d.l-gs. 12 gennaio 2019, n. 14, CCI) di prossima entrata in vigore (allo stato attuale, dal primo settembre 2021), di un istituto – a contenuto per così dire anticipatorio – inteso a rilevare l'esistenza di situazioni di crisi non già conclamate ma presumibili ("indizi di crisi", secondo il lessico dell'art. 12 del d.lgs. 14/2019) per porvi situazione mediante "procedure di composizione assistita", da svolgersi davanti ad appositi organismi (Organismo di composizione della crisi d'impresa, OCRI: artt. 2, co. 1, lett. u), e 12 CCI). In tali situazioni sembrerebbe in effetti poter ricadere, almeno in un certo numero di casi²⁷, l'ipotesi della crisi di mercato qui considerata, in relazione ai suoi effetti sui singoli attori economici.

Se non può dubitarsi dell'opportunità di una pronta attuazione di tale impianto normativo, va comunque rilevato che tanto l'istituto dell'allerta, quando pure le procedure di regolazione della crisi d'impresa "attuale" (accordi, concordati e, residualmente, liquidazioni), muovono dalla rilevazione dell'esistenza di una crisi di (una) impresa, da cui consegue un incremento del rischio di insolvenza in capo ai creditori; in funzione della soddisfazione dei quali creditori la procedura si organizza (tanto nelle sue varianti liquidatorie che in quelle intese alla ristrutturazione della posizione debitoria complessiva, mediante procedimenti concordatari).

Se però la crisi è del mercato (lo *shock* esogeno e simmetrico di cui al Covid), non si tratta più di gestire fenomeni di insolvenza essenzialmente scollegati, bensì di provare a mantenere (o, al più, ripristinare precocemente) le condizioni di fisiologico funzionamento del mercato – segnatamente, delle sue dinamiche produttive – e, per questa via, prevenire l'insorgere di insolvenze o crisi dei singoli attori.

²⁷ La sopravvenienza Covid-19 potrebbe infatti non avere già portato all'emersione di fondati indizi della crisi compiutamente riflessi negli indicatori della crisi *ex* art. 13 CCI. Cfr. infatti quanto si viene a osservare *infra*, 5.2.

Insomma, quanto precede indica la permanenza, anche nel presente ambito, di spazi di tutela scoperti rispetto all'appropriata gestione della "sopravvenienza Covid-19": ché il diritto concorsuale partecipa anch'esso di una logica "monadica", che dal piano del (singolo) atto trasla sul piano della (singola) impresa. E infatti, anche ad immaginare che tutte le imprese di un dato mercato si avvalgano degli strumenti concorsuali esistenti o di quelli di cui si paventa l'introduzione – ciò che, com'è evidente, porterebbe con sé costi (pubblici e privati) insopportabili –, comunque il problema sarebbe rimandato a un necessario coordinamento tra le varie procedure, ciascuna delle quali pone al centro la situazione debitoria di ogni singola impresa cui si riferisce e, in questo senso, fa storia a sé (al massimo, si può arrivare al livello del gruppo di imprese, ma non oltre).

In questa prospettiva, basti pensare al rischio di cortocircuito in cui incorrerebbe l'applicazione delle norme in materia di scioglimento o sospensione dei contratti pendenti *ex* artt. 169-*bis* o 72 ss. l.f. (nel CCI, senza modifiche del paradigma di fondo, artt. 97 e 172 ss.), ai rapporti contrattuali della filiera. Anche volendo trascurare che esse non attribuiscono poteri tecnicamente manipolativi, il punto è che, dal momento che ogni organo della procedura e ogni giudice assumono per definizione la prospettiva dell'impresa cui la procedura si riferisce, si manifesta un'alternativa tra due esiti comunque insoddisfacenti: la sistematica prevalenza dell'interesse della singola procedura (non necessariamente coincidente con quello della filiera), o l'instaurarsi di possibili conflitti tra le distinte decisioni delle diverse procedure concorsuali, in relazione al medesimo rapporto contrattuale²⁸.

4.4. In definitiva, se si accetta l'assunto secondo cui un'efficace gestione dei singoli episodi di conflittualità tra imprese deve guardare all'insieme delle relazioni interdipendenti di cooperazione nell'attività

²⁸ Potrebbe aggiungersi che l'efficienza della procedura concorsuale è superiore quando essa riguarda la c.d. capo-filiera, dal momento che essa è il fulcro su cui si costruire l'organizzazione industriale. Al contrario, se si assume la prospettiva di una impresa dotata di un livello di centralità inferiore, è maggiore il rischio di un trasferimento inefficiente del costo lungo la filiera: anche a immaginare che abbia corso un riequilibrio efficiente di rapporti a scapito della "capo-filiera", nulla impedisce che quest'ultima scarichi il relativo costo su altre imprese della filiera. Si verrebbe così a ripresentare il problema della trasmissione lungo la filiera del costo della crisi.

produttiva *e cioè alle filiere* (con l'esigenza, in questa prospettiva, di una loro previa mappatura e perimetrazione), ci si trova a dovere prendere atto dell'assenza – in un numero di situazioni tanto ampio quanto sistemicamente rilevante sul piano del complessivo tessuto economico nazionale – di una risposta realmente e compiutamente adeguata alla crisi di mercato generata dalla pandemia.

Di fronte a una simile *impasse*, ci è sembrato opportuno tentare di approntare, nelle pagine che seguono, una prima riflessione sugli strumenti che – introdotti mediante interventi normativi *ad hoc*, ovvero enucleati sulla base di alcuni spiragli che la legislazione vigente mostra – potrebbero consentire di coprire quell'esigenza regolativa che, come si è detto, tanto il diritto dei contratti quanto quello della crisi dell'impresa non soddisfano pienamente.

Nell'ambito di un discorso che – soprattutto ove collocato sul piano de iure condendo – appare in sé non delimitabile ex ante a uno specifico ambito di intervento, si è deciso di concentrare in questa sede l'attenzione sulla verifica della praticabilità di soluzioni istituzionali (e non già meramente precettive) atte a gestire gli squilibri economici generatisi all'interno della filiera, che siano in linea con il descritto obiettivo di una mutualizzazione efficiente del costo pandemico.

Più precisamente, la complessità dell'attuazione di tale obiettivo, sia sotto il profilo dell'enucleazione delle concrete regole di condotta, sia sotto quello del loro *enforcement* – complessità che discende, anzitutto, dalla necessità di contemperare numerose istanze confliggenti –, richiede, a nostro avviso, che il discorso si orienti non già verso formule di mero *rule-making* (che si esauriscano, cioè, nella sola enucleazione di prescrizioni indirizzate ai privati), bensì in favore della ricerca di *strumenti incentivanti*²⁹ affinché gli attori del mercato, coinvolti nella crisi generata

²⁹ Va peraltro richiamata qui l'interessante prospettiva, diversa da quella che viene presentata nelle pagine che seguono in quanto orientata a soluzioni istituzionali incardinate in strutture per così dire autoritative – segnatamente, il ricorso a soluzioni assimilabili agli strumenti di bail-in ora propri della gestione delle crisi bancarie, se del caso coadiuvato da apporti esterni di finanza pubblica – è quella coltivata da K. VAN ZWIETEN, H. EIDENMUELLER e O. SUSSMAN, Bail-outs and Bail-ins are better than Bankruptcy: A Comparative Assessment of Public Policy Responses to COVID-19 Distress, in ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 535/2020 November 2020, reperibile su https://ssrn.com/abstract=3669541. In effetti, l'unicità dell'autorità incaricata della risoluzione di tutti gli enti, insieme con l'attenzione che la normativa attribuisce al

dallo *shock* pandemico, giungano a soluzioni consensuali e condivise, almeno sul piano dei paradigmi generali di riferimento, realizzando una gestione *globale e coordinata* delle dinamiche della filiera³⁰ in una ottica di solidarietà, qui concretamente intesa sulla linea del mantenimento della resilienza della filiera.

Senonché, prima di avviare tale esplorazione resta solo da segnalare che, in tema di incentivi alle imprese, un importante vettore propulsivo di prassi improntate a logiche di rafforzamento della resilienza delle filiere è costituito – e ragionevolmente sempre di più lo sarà, nel futuro prossimo – dal processo di progressiva inclusione, nelle preferenze degli investitori sul mercato dei capitali³¹, nelle tassonomie e nelle metriche di valutazione diffuse sul mercato³², nonché nei contenuti e nelle forme della regolamentazione e Vigilanza da parte delle autorità del settore finanziario³³, dei temi della sostenibilità (cc.dd. fattori ESG).

rischio sistemico e quindi all'interconnessione tra i soggetti, costituiscono due profili fortemente significativi nella prospettiva qui considerata [al netto della circostanza per cui il bail-in presuppone l'attualità di una situazione in insolvenza (failing or likely to fail) dell'entel.

³⁰ Per l'idea di una cooperazione promossa dai membri del mercato, qualificata in termini di *responsive* (o *reflexive*) *regulation*, di cui al contributo di H. Collins, *Regulating Contracts*, Oxford, 1999, pp. 67 ss. Un'evoluzione di tale concetto si rinviene ora – con applicazioni salienti nell'ambito della regolamentazione finanziare – nella nozione di "metaregolazione", intesa come una strategia normativa che "stimulates modes of self-organisation within financial institutions so as to achieve certain public goals ... This means that rather than regulating prescriptively (by telling the regulated entities precisely what measures to take), public regulation provides an explicit framework for systems, procedures or controls that must be introduced within financial institutions": così O.O. Cherednychenko, *Public and private financial regulation in the EU: opposites or complements?*, in *Controlling Capital: Public and Private Regulation of Financial Markets*, a cura di N. Dorn, Londra, 2016, p. 147.

³¹ Cfr., per tutti, lo "Statement on the Purpose of a Corporation" a cura di Business Roundtable; nonché la lettera ai CEOs del presidente di Blackrock Larry Fink https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter.

³² Con riferimento ai temi ambientali e climatici, che costituiscono solo un momento di emersione dell'esigenza di un riorientamento delle attività economiche nella prospettiva della sostenibilità, cfr. il Regolamento (UE) 2020/852 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili, che rientra nel più ampio "Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile" della Commissione Europea, dell'8 marzo 2018.

³³ Cfr. in particolare l'attenzione data alle fonti e alle dinamiche di interconnessione dei soggetti affidati dalle banche con le proprie controparti industriali o commer-

Dove appare evidente il rapporto di coincidenza che, nel caso di specie, corre tra resilienza della filiera e *sua* sostenibilità³⁴.

5. Salvaguardare le relazioni contrattuali delle imprese della filiera tra efficienza e solidarietà

5.1. A rendere preferibile una soluzione istituzionale, intesa a superare ogni dicotomia tra "pubblico" e "privato"³⁵, nella prospettiva della predisposizione di strumenti efficaci rispetto al raggiungimento dell'obiettivo di *policy* delineato *supra*, vi è anche la consapevolezza che, se è vero che la solidarietà in ambito contrattuale non può spingersi al punto di far partecipare una parte ai rischi d'impresa dell'altra senza snaturare la logica del contratto di scambio e lo stesso principio di buona fede³⁶, ciò non esclude che la solidarietà nell'esercizio *dell'attività* di impresa, se ispirata al buon funzionamento del mercato, possa condurre ad individuare nuove modalità di gestione coordinata delle dinamiche di filiera che conformino poi, di riflesso, anche i contratti al principio di solidarietà.

Questo spostamento di piano, che comporta il duplice passaggio (a) dall'attività di impresa e (b) dall'attività di impresa al mercato, ri-

ciali con i quali vi siano rapporti di "dipendenza economica", e dei relativi rischi di "contagio", o "effetto domino", dagli Orientamenti EBA sui clienti connessi (EBA/GL/2017/15 23/02/2018).

-

³⁴ Ciò a cui è strumentale, tra l'altro, che non vi sia una sistematica traslazione del valore dal "nodo" della filiera (l'impresa o le imprese) dove esso è prodotto, in favore di soggetti della medesima filiera dotati di maggior potere di mercato.

³⁵ Letteratura molto vasta. Si richiama qui, tra gli altri, A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 515 ss. secondo il quale "diritto pubblico e il diritto privato appaiono non (più) in un rapporto di necessaria alternativa, quanto piuttosto configurano sistemi di regole tra loro "reciprocamente interscambiabili", che talora condividono la medesima missione sul piano regolatorio, ma espongono modalità operative e una dinamica effettuale rilevantemente diverse".

³⁶ Cfr. R. NATOLI, *L'impatto di Covid-19 sui contratti di locazione commerciale*, cit., p. 2: "non si tratta, dunque, di accreditare una condivisione di rischi e profitti tra due contraenti imprenditori, incompatibile con la logica del contratto di scambio sia pur conformato da un uso incisivo della buona fede, che, come è noto, implica sì l'obbligo di salvaguardare l'interesse della controparte, ma finché ciò non si traduca in un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio".

chiede tuttavia la predisposizione di condizioni e presupposti che consentano anche sul piano dell'*enforcement* di fare ricorso ad una combinazione di strumenti privatistici e pubblicistici. Si è in tal senso osservato in dottrina che "come è necessario orientare la capacità redistributiva della disciplina contrattuale verso obiettivi non di pura efficienza, ma di inclusione nel mercato; così è altresì necessario che diritto pubblico e diritto privato operino non solo in parallelo, ma in modo coordinato e razionale, dovendo il diritto pubblico intervenire proprio là dove il diritto privato non può giungere, se non snaturando la propria identità e le proprie funzioni"³⁷.

Alla luce di queste considerazioni, si tratta ora di cercare di tracciare un percorso che induca le parti a rinegoziare gli accordi potendo però fare affidamento sul supporto dato dalla presenza di soggetti istituzionali che possano coordinare le rinegoziazioni in atto³⁸ in un'ottica di salvaguardia dell'equilibrio nei rapporti tra le imprese del distretto.

La prospettiva, dunque, è quella relazionale, in cui lo scambio acquista valore solo all'interno di un contesto specifico entro cui è attuato e in considerazione dei rapporti che intercorrono tra coloro che vi operano.

Tra gli enti che sono deputati a svolgere funzioni di tutela degli interessi di imprese che operano in uno stesso territorio vi sono le Camere di Commercio che, nella logica del discorso che si va conducendo, meritano dunque particolare attenzione. Esse, infatti, sono il naturale terminale di informazioni rilevanti per valutare i rapporti di forza all'interno delle filiere e detengono dati aggregati che consentono analisi puntuali dell'economia reale nei territori; possono selezionare le migliori pratiche create dalle imprese del territorio utili a salvaguardare le relazioni tra le imprese nella filiera; possono essere attive nel definire un sistema di ADR mirato a gestire i conflitti legati alle sopravvenienze da Covid-19.

Le Camere di commercio sono infatti tenute per legge alla "costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle

³⁷ E. NAVARRETTA, Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema, in Nuova giur. civ. comm., 2020, suppl. III, p. 93.

³⁸ L'idea di attivare una cooperazione da parte dei membri del mercato nel rispetto delle regole può ricondursi alla concezione della *responsitive* (o *reflexive*) *regulation*, di cui al contributo di H. COLLINS, *op. ult. cit.*, pp. 67 ss.

controversie tra imprese e tra imprese e consumatori e utenti" (legge 29 dicembre 1993, n. 580 come modificata dal d.lgs. 15 febbraio 2010, n. 23) e hanno predisposto da tempo un procedimento di mediazione per agevolare la conciliazione, in conformità agli *standard* elaborati da Unioncamere³⁹.

Un ruolo da co-protagonista potrebbe essere affidato anche all'A-GCM, le cui traversali competenze orientate alla tutela della concorrenza e dei consumatori concorrono in vario modo, anche per il tramite degli istituti procedimentali come l'interpello o gli impegni⁴⁰, a definire buone pratiche di mercato⁴¹.

Inoltre, l'Autorità antitrust ha una competenza intersettoriale, che le permette di prescindere, in applicazione delle distinte competenze che detiene, dalla natura del soggetto che conclude il contratto.

Da questo angolo visuale, l'AGCM potrebbe, ad esempio, nell'ambito di indagini conoscitive, valutare in astratto tutti i contratti che si collocano su una filiera o un mercato, al fine di analizzarne le distor-

³⁹ Può osservarsi come alcune Camere di Commercio, al fine di favorire tali procedimenti alternativi di risoluzione delle controversie in occasione dell'emergenza Covid-19, abbiano azzerato i relativi costi (in particolare, Camera di Commercio di Firenze).

⁴⁰ Una forma di cooperazione (c.d. dialettica tra private and public enforcement) tra AGCM e singole imprese può essere ravvista già nel c.d. Decreto Bersani (attuativo del Reg. 1/2003), con cui è stato introdotto l'art. 14-ter, a tenore del quale, nelle istruttorie per intese restrittive o abusi di posizione dominante, l'AGCM può adottare decisioni d'accettazione degli impegni proposti dalle parti per risolvere i problemi concorrenziali sollevati dalla pratica contestata, chiudendo il procedimento senza accertare l'esistenza di un'infrazione; si parla, a tal proposito, di conclusione negoziata dei procedimenti antitrust. Sul punto, M. LIBERTINI, Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust, in Giornale dir. amm., 2006, p. 1288; M. SIRAGUSA, Le decisioni con impegni, in 20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Torino, 2010, pp. 385 ss.; G. Bruzzone e A. Saija, Misure cautelari e decisioni con impegni nell'applicazione delle regole antitrust: i presupposti e le garanzie, Contr. impr./Eur., 2007, p. 268.

⁴¹ Si pensi, al riguardo, alle competenze dell'AGCM in materia di "Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari", di cui all'art. 62 del decreto "Cresci Italia". Il plesso normativo difatti ricomprende espressamente nella definizione di "condotta commerciale sleale" anche il mancato rispetto dei principi di buone prassi e le pratiche sleali identificate dalla Commissione europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare a livello comunitario nell'ambito del Forum di Alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare (High level Forum for a better functioning of the food supply chain, approvate in data 29 novembre 2011).

sioni concorrenziali⁴²; oppure può svolgere un controllo di tipo amministrativo sulle clausole, per conformare il contenuto dei contratti alla tutela più efficiente del mercato⁴³. Peraltro, già in corso di Pandemia, sebbene con finalità diversa, l'AGCM è intervenuta per disciplinare, in ottica derogatoria, la gestione delle criticità concorrenziali connesse all'adozione di accordi tra imprese necessari e proporzionati all'agevolazione della produzione di beni o servizi, indispensabili a fronteggiare la crisi pandemica⁴⁴.

Individuati in questi soggetti coloro che possono essere chiamati a svolgere un'azione di indirizzo per il mercato, si possono definire due ambiti di intervento.

Un primo ambito riguarda la possibilità di adottare un sistema di ADR o di ODR dedicato alle sopravvenienze da Covid-19, nella prospettiva sopra indicata⁴⁵.

⁴² Un tale esercizio non rappresenterebbe, con i dovuti distinguo, una novità per l'AGCM. Si pensi al Provvedimento n. 25899 del 02 marzo 2016 di chiusura dell'indagine conoscitiva IC51-Indagine Conoscitiva sul settore lattiero-caseario. L'obiettivo dell'indagine risiedeva nella necessità di valutare la rilevanza, sia ai sensi della normativa antitrust sia ai sensi della normativa at utela della parte contrattuale debole (art. 62 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) di alcune specifiche problematiche di funzionamento della filiera del latte idonee ad incidere sui meccanismi di trasmissione dei prezzi lungo la filiera, alla luce della grave crisi economica che stava attraversando il settore negli anni scorsi.

⁴³ È proprio l'effetto conformativo indotto da qualsivoglia pronuncia o intervento delle Autorità a costituire espressione del potere normativo delle autorità indipendenti. In questo senso si veda G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, pp. 60 ss. Ha portata sostanzialmente normativa l'attività che si esplica attraverso istruzioni, suggerimenti, pareri, linee guida.

⁴⁴ AGCM, Com., 22 aprile 2020, la quale, se da un lato ha incoraggiato i progetti di cooperazione pro-competitiva, dall'altro ha ribadito la necessità che i prodotti considerati essenziali per la protezione della salute e per fronteggiare l'emergenza restino disponibili a prezzi concorrenziali. Per un commento, v. I. PICCIANO, *Profili concorrenziali negli accordi di cooperazione tra le imprese legati all'emergenza Covid-19: la comunicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato,* in *Corriere giur.*, 2020, pp. 429 ss.

⁴⁵ L'art. 3. co. 6-*ter*, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, conv. in legge 5 marzo 2020, n. 13, ha disposto che nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali che sorgono da inadempimenti contrattuali legati agli effetti patologici del Covid-19 costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale il preventivo esperimento del tentativo di mediazione. In altri termini, la legge ha imposto in questa materia il meccanismo della mediazione obbligatoria. Peraltro, la preferibilità, nella gestione dei conflitti com-

Un secondo ambito, al limite concorrente con la promozione di veri e propri accordi-quadro di filiera, può essere quello di definire Linee Guida o buone pratiche che orientino le imprese, consegnando loro principi utili a dare luogo a una rinegoziazione solidale e sostenibile anche nell'ottica dell'interesse della filiera. Quest'ultimo obiettivo presuppone una forma di co-regolazione de tra mercato e autorità indipendente, che si sostanzia, in qualche misura, nel caso concreto, in una sorta di co-determinazione del regolamento contrattuale nell'interesse comune alle imprese della filiera.

La co-regolazione è, infatti, un modello che prevede la convivenza del regolatore privato e pubblico nei meccanismi di determinazione di standard o di fissazione di clausole contrattuali, nel rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità.

5.2. Prendiamo, in primo luogo, in esame la possibilità di costituire *ex lege* un organismo *ad hoc* che aiuti le imprese a rinegoziare i contratti ed evitare il contenzioso e che, nel caso in cui non le parti non riescano a trovare un accordo modificativo (ispirato allo standard della mutua-

merciali, degli strumenti di ADR e, più in generale, del *settlement* rispetto alla *litigation*, è stata sostenuta già nel 1999 ad opera di H. Collins, *Regulating Contracts*, cit., pp. 349 ss. Si ricorda infine che, nel Rapporto *Doing Buisness* a cura della *World Bank*, l'efficienza di un sistema giudiziario, in termini di sviluppo dei metodi ADR, è stata valutata come indicatore della capacità di un paese di favorire lo sviluppo imprenditoriale

⁴⁶ Il termine "co-regolazione" è per sua natura ambiguo. L'espressione è spesso usata come termine generico per fare riferimento a forme di cooperazione tra mercato e autorità che sono strumentali al perseguimento di obiettivi di regolazione. Per coregolamentazione si intende generalmente una forma di regolamentazione delle parti interessate (stakeholder) che è promossa, orientata, guidata o controllata da una terza parte (sia essa un organismo ufficiale o un'autorità di regolamentazione indipendente) di norma dotata di poteri di esame, di controllo e, in alcuni casi, sanzionatori. Per approfondimenti sul tema, v. E. DEL PRATO, Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2012, p. 411; F. CAFAGGI, La regolazione privata nel diritto europeo dei contratti, in Contr. impr., 2008, pp. 104 ss.; Id., Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi, in Pol. dir., 2004, pp. 205 ss. Nel diritto dell'Unione Europea si fa spesso riferimento a questo concetto per definire ciò che anche nel testo si vuole evidenziare: gli operatori del mercato individuano le pratiche condivise e l'Autorità pubblica le fa proprie rendendole vincolanti anche per quei soggetti che non sono stati direttamente coinvolti nel processo di formazione della regola, nel momento in cui le adottano.

lizzazione efficiente del costo della crisi), definisca la controversia. La decisione assunta dall'Organismo non avrebbe di per sé carattere vincolante, ma potrebbe tuttavia vincolare le parti se accettata e se ad essa si accompagnassero meccanismi incentivanti⁴⁷.

Questo organismo potrebbe dunque in parte ispirarsi alle esperienze dell'Arbitro Bancario Finanziario e dell'Arbitro Consob, oltre che di organismi speciali come il Fondo Indennizzo Risparmiatori (FIR) o di organismi di composizione assistita della crisi (OCRI).

Le prime due esperienze, in particolare, hanno già alle spalle una storia di successo che merita di essere guardata con attenzione anche in queste circostanze eccezionali⁴⁸.

Si è da più parti sottolineato che il successo che accompagna queste forme di ADR si lega a diversi fattori concorrenti tra cui, non ultimo, oltre all'effetto decisorio o comunque quantomeno prognostico⁴⁹, anche la funzione di "educazione" del mercato che consente di creare una casistica specializzata; di dare così soluzioni che vanno al di là della soluzione del caso concreto e di indirizzare, di conseguenza, anche pro-futuro gli intermediari e la clientela.

Tutt'altra logica sottende il Fondo Indennizzo Risparmiatori, istituito con la legge 30 dicembre 2018, n. 145, non riconducibile a una forma di ADR quanto piuttosto a un procedimento amministrato, avendo il Governo costituito un Fondo di 1,5 miliardi di euro per andare incontro alle istanze di giustizia dei risparmiatori che siano stati "tradi-

⁴⁷ Per una prima idea, M. RABITTI, Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea "grezza", in www.dirittobancario.it, 23 aprile 2020; Id., L'organismo di negoziazione e risoluzione delle controversie post pandemia. Una proposta, in L'Italia ai tempi del Covid-19, t. 1, a cura di M. Paoloni, M. Tutino, Torino, 2020, pp. 301 ss. L'obiettivo ultimo sarebbe quello di far crescere e maturare gli attori sulla scena del conflitto commerciale e non di inabilitare e sostituire la loro volontà definendone anche i contenuti; v. P. Lucarelli e L. Ristori, I contratti commerciali di durata, Torino, 2017, pp. 163 ss.

⁴⁸ La letteratura sul tema è davvero ampia. Per un inquadramento recente del ruolo dell'ABF e dell'ACF si vedano, tra gli altri, R. Carleo, L'Arbitro bancario finanziario: anomalia felice o modello da replicare?, in Riv. arb., 2017, pp. 21-37; P. Sirena, Il ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario nella regolazione del mercato creditizio, in Oss. dir. civ., 2017, pp. 3-18; R. Di Raimo, L'Arbitro per le controversie finanziarie: primi orientamenti, in Trattato di diritto dell'arbitrato, XV, Le controversie bancarie finanziarie, dir. da D. Mantucci, Napoli, 2020, pp. 407 ss.

⁴⁹ C. Consolo e M. Stella, L'"arbitro bancario e finanziario" e la sua "giurisprudenza precognitrice", in Società, 2013, pp. 186 ss.

ti" dal comportamento scorretto di alcune Banche poi assoggettate a liquidazione coatta amministrativa⁵⁰. Qui si prevede un procedimento semplificato, gestito da una Commissione tecnica indipendente, volto a rimborsare coloro che si trovino in possesso dei requisiti previsti dalla legge speciale di istituzione del FIR, fino a esaurimento del fondo.

Di questo modello ciò che andrebbe recuperata è l'idea del "sostegno" pubblico, per vedere se possa essere previsto un aiuto economico per i soggetti che scelgano di negoziare i contratti o di gestire i conflitti all'interno di un meccanismo guidato di gestione e composizione della lite.

Va inoltre considerato il modello degli OCRI, previsto dal nuovo Codice della Crisi, che ha la finalità di assistere l'imprenditore nella composizione assistita della crisi attraverso Collegi istituiti presso le Camere di Commercio.

L'auspicio da più parti autorevolmente espresso è che questo strumento, reso indipendente dagli indici di allerta, possa entrare a breve in funzione, magari con alcune semplificazioni. Dal nostro angolo di visuale, questo istituto può essere rilevante per consentire al contraente-impresa che abbia stipulato contratti di durata rimasti inadempiuti di presentare all'Organismo piani di rinegoziazione utili soprattutto per garantire, oltre alla conservazione dei contratti, la continuità nei rapporti negoziali all'interno della "filiera". Inoltre, questo modello dimostra il ruolo attivo e potenzialmente in crescita che possono assumere le Camere di Commercio nella partita della rinegoziazione dei contratti.

La combinazione di questi tre diversi modelli potrebbe generare un meccanismo nuovo che, sia pure in termini di suggestione, si proverà ora a descrivere per valutarne i vantaggi e gli svantaggi.

L'Organismo, in via preliminare, avrebbe una funzione di scrematura, eliminando le situazioni estranee a COVID-19. Al momento di iniziare la controversia le parti dovrebbero dichiarare se chiedono: di essere assistiti in un percorso di rinegoziazione assistita che si concluda

⁵⁰ La legge del 30 dicembre 2018 n. 145, come novellata dalla legge 28 giugno 2019, n. 58 ed integrata dalla Legge di bilancio 2020 – legge 27 dicembre 2019, n. 160 – e dal Decreto legge del 17 marzo 2020, n. 18, ha istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze il Fondo Indennizzo Risparmiatori (FIR), chiamato ad indennizzare i risparmiatori che hanno subìto un pregiudizio ingiusto da parte di banche e controllate con sede legale in Italia, poste in liquidazione coatta amministrativa dopo il 16 novembre 2015 e prima del 1° gennaio 2018.

eventualmente con una decisione della controversia; oppure, se vogliano solo una decisione che comporti la risoluzione, non sussistendo più l'interesse alla conservazione del contratto. Nel primo caso la domanda sarebbe di negoziazione assistita ed eventuale ADR; nel secondo di ADR puro con decisione.

La decisione potrebbe non avere valore vincolante – come è peraltro previsto per le decisioni dell'ABF e dell'ACF – e la controversia sarebbe definita, perciò, con effetto di giudicato solo se adempiuta da entrambe le parti senza contestazioni; altrimenti avrebbe funzione di giudizio prognostico, secondo quanto da taluni sostenuto con riguardo al modello ABF e ACF⁵¹.

L'Organismo potrebbe anche valutare, come si diceva, la congruità dell'eventuale piano di rinegoziazione presentato dal contraente di un contratto di durata che, se equo, potrebbe essere approvato e vincolare le parti che abbiano trovato così un nuovo assetto di distribuzione dei rischi. Questa strada sarebbe utile, ad esempio, in materia di credito immobiliare; credito al consumo; contratti di somministrazione; locazioni.

Nella prospettiva di favorire un coordinamento tra gli attori delle varie filiere produttive, funzionale alla conservazione della loro capacità di creazione di valore nel breve e nel medio periodo, l'attività sopra descritta dovrebbe poi potersi giovare di meccanismi di governance diretti a coordinare l'attività dell'organismo avendo riguardo a fattispecie oggettivamente correlate tra loro: ad esempio, per appartenenza a un medesimo distretto o in ragione del ciclo produttivo.

Si potrebbe considerare poi l'opportunità di prevedere tecniche di gestione delle singole procedure di arbitrato/ADR ispirate a tali esigenze di coordinamento e/o delineare criteri e procedimenti di nomina dei membri degli organi tali da realizzare l'adeguato coinvolgimento dei portatori di interessi rilevanti. È questo certamente uno dei profili più delicati del meccanismo: occorre individuare soggetti che abbiano competenze professionali giuridiche e aziendali adeguate alla complessità del procedimento, e che rispettino anche il requisito dell'indipendenza.

Per quanto riguarda le modalità di svolgimento, i procedimenti potrebbero anche essere almeno parzialmente condotti online (utilizzo di

⁵¹ C. Consolo e M. Stella, op. ult. cit., pp. 185 ss.

piattaforme), con aggiunta di snellimento della produzione documentale. Il procedimento, in caso di *Online Dispute Resolution* (ODR) potrebbe cioè, in ipotesi di vicende negoziali "seriali" legate dall'appartenenza alla medesima filiera, essere anche basato su *format* predisposti in anticipo dal Collegio, in modo da guidare le parti verso sbocchi il più possibile standardizzati⁵².

Il profilo decisivo e connotante questo ipotetico nuovo modello di gestione delle crisi contrattuali pandemiche è, come si diceva, quello di prevedere un sistema di incentivi che premi chi conclude con successo la rinegoziazione.

L'idea è cioè che, se le imprese rinegoziano con successo il contratto coadiuvate dall'organismo, intervenga, ad esempio, un Fondo pubblico per indennizzare in parte il costo dell'operazione, in termini di percentuale di mancato guadagno e/o copertura delle spese di procedimento. Questo incentivo renderebbe possibile trovare un nuovo equilibrio alle parti con intervento diretto dello Stato nell'economia che, a certe condizioni, non è configurabile come aiuto di stato.

Più in generale, e al di là dell'esempio proposto, la concessione di vantaggi economici e benefici fiscali alle imprese, come incentivo per contrastare tendenze individualistiche, è essenziale per spingere le stesse ad assumere comportamenti responsabili sia nella rinegoziazione degli accordi sia nella risoluzione delle controversie.

Un'integrazione flessibile tra pubblico e privato potrebbe poi por-

⁵² Il ricorso a strumenti di ADR consentirebbe peraltro di respingere le critiche avanzate da coloro che ritengono inopportuna un'attività eterointegrativa dei contratti commerciali da parte di un terzo, sulla scorta delle considerazioni per cui si tratta di contratti relazionali, fondati sul principio di leale collaborazione che, in quanto tali, non ammettono l'ingerenza di un soggetto estraneo alle logiche del mercato. (Di questo avviso, da ultimo, l'Associazione Civilisti Italiani, secondo cui, segnatamente, nonostante sia "congrua l'idea di tradurre l'obbligo di rinegoziare secondo buona fede nel potere-dovere delle parti di formulare proposte e controproposte di adeguamento fondate su ragioni giustificate", "non sembra invece opportuno affidare al giudice il potere di determinare le nuove condizioni contrattuali"). Nell'ipotesi prospettata, invece, le questioni sarebbero rimesse a soggetti specializzati, in grado di valutare le scelte gestionali, finanziarie, strutturali, strategiche e valoriali che connotano abitualmente l'esercizio dell'attività d'impresa; in aggiunta, il ricorso a tali procedure ben si attaglierebbe al principio generale di leale collaborazione tra le parti, permettendo alle stesse di vagliare adeguatamente le esigenze di entrambe e le varie alternative disponibili, senza dover incorrere nella passiva accettazione di un provvedimento giudiziale.

tare ad immaginare anche incentivi o agevolazioni *tailor made*, tagliati cioè in modo mirato alle esigenze della filiera coinvolta, in una logica coerente con il principio di sussidiarietà e con quello di sostenibilità economica del distretto produttivo.

6. Evitare i tribunali: un'ADR ad hoc presso l'AGCM?

Per rendere operativo un Organismo di questo genere occorre tuttavia valutare – ed è certamente un profilo complesso – chi possa essere il soggetto di riferimento in grado di organizzare ed amministrare le procedure di composizione gestite dal collegio degli esperti.

Per assicurare all'Organismo l'enforcement pubblicistico si potrebbe ipotizzare di individuare l'AGCM come l'Autorità di riferimento, in quanto Authority a cui è attribuita, come si diceva, ex lege la competenza in materia di clausole vessatorie nei contratti, di abuso di dipendenza economica tra imprese, specie se sussiste un rapporto di subfornitura, e di relazioni scorrette nella filiera agroalimentare.

Affidare, dunque, all'AGCM il compito di istituire presso di sé – come già è accaduto rispettivamente per Banca d'Italia e Consob quando sono stati introdotti l'ABF e l'ACF – un Organismo per gestire queste controversie, per condurre una rinegoziazione in forma assistita e, se necessario, per la risoluzione delle controversie, potrebbe presentare il vantaggio di evitare la "frammentazione" della domanda di rinegoziazione o di giustizia tra figure diverse.

Occorre peraltro considerare, a conferma di quanto detto, che l'ipotesi di rimettere, ad esempio, all'ABF il potere di indirizzare la rinegoziazione o di risolvere la controversia insorta tra un intermediario e
un'impresa in conseguenza di inadempimenti determinati dall'impatto
del Covid-19, oltre a chiedere un ulteriore sforzo organizzativo a tale
organismo, avrebbe il limite di considerare il rapporto contrattuale su
cui si controverte in maniera *atomistica*, senza considerare né l'eventuale
operazione negoziale complessiva in cui quel contratto si inserisce né,
ove l'impresa appartenga a un distretto produttivo, quella catena di dipendenze contrattuali in cui si sostanzia in genere la filiera⁵³.

⁵³ Per dare efficienza al meccanismo risulterebbe, dunque, anche quantomeno necessaria la creazione di nuovi e specifici protocolli in modo da delineare con chiarezza le linee di azione di ciascuna ADR: occorrerebbe cioè coordinare l'attività svolta da

Infine, l'AGCM potrebbe, in linea teorica, destinare una parte delle entrate che derivano dalle sanzioni per pratiche commerciali scorrette e creare così il fondo per dare gli incentivi alla negoziazione.

A fronte di questi vantaggi, gli svantaggi tuttavia appaiono molti. La complessità dell'intervento regolatorio è evidente, dal momento che l'attribuzione normativa all'AGCM di una competenza di questo tipo presuppone un *iter legislativo* complesso che passi per una legge delega e richiede poi, come avvenuto per ABF e ACF, l'adozione di regole specifiche che ne garantiscano l'efficiente funzionamento, potendo tale processo di attribuzione di competenze anche incontrare non poche resistenze in considerazione dei poteri che sono oggi riconosciuti all'Autorità (e ancor più, di quelli che non ha)⁵⁴.

Queste considerazioni inducono, nel complesso, a ritenere poco praticabile in concreto e nell'immediato questa via.

Diversamente, essa potrebbe però essere presa in considerazione in una prospettiva di medio termine per definire un processo di *governance* delle sopravvenienze contrattuali che, anche indipendentemente dal Covid, pongano problemi di allocazione dei costi all'interno delle filiere a causa di fatti che determinano *Business Interruption* e che sono in grado di riverberarsi su altre imprese, specie quelle meno forti. Se, infatti, è vero che nessuna catena è più forte del suo anello più debole⁵⁵,

questo Organismo, di carattere orizzontale ed istituito presso l'AGCM, con quelle che già operano sulla disciplina verticale (come ABF e ACF).

_

⁵⁴ È facile prevedere peraltro che vi sarebbe una forte resistenza dell'AGCM nel vedersi attribuire ex lege questo ruolo, come peraltro è già accaduto in passato con riguardo alla vigilanza sui rapporti di subfornitura in generale (su cui v. M. LIBERTINI, La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie, in Contr. impr., 2013, p. 4) e più di recente in occasione dell'individuazione dell'organismo competente, a livello nazionale, dell'enforcement della Direttiva in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera alimentare, su cui vedi F. ARENA, Audizione dell'AGCM presso la Commissione Agricoltura e agroalimentare del Senato, 22 novembre 2018. Per un esame ulteriore della disciplina v. A. IANNARELLI, La direttiva sulle pratiche commerciali business to business nella filiera alimentare: considerazioni introduttive, in Liber Amicorum Guido Alpa, a cura di F. Capriglione, Milano, 2019, pp. 449 ss.

⁵⁵ Osserva R. Di Raimo, *Quando il bicchiere è completamente vuoto (durante e dopo la pandemia, tra rischi grandi e grandi opportunità)*, in *L'Italia ai tempi del Covid-19*, cit., p. 227, secondo il quale: "In presenza di una perdita tanto ingente quanto diffusa non è profilabile l'adozione di tecniche modificative della funzione retributiva dei contratti a carico di una parte soltanto. Se l'obiettivo è la solidità di un'intera rete di rapporti economici, è necessario assicurare la tenuta di tutti i nodi dai quali essa è costituita".

adottare processi e strumenti per salvaguardare gli equilibri nella filiera è una scelta di *economia solidale necessaria* che deve essere presa in considerazione a prescindere dal verificarsi di crisi come quelle determinate da *shock* esogeni.

7. (Segue) Un organismo specializzato presso le Camere di Commercio?

Una diversa soluzione di più rapida percorribilità vede, invece, protagoniste le Camere di commercio che, avendo il contatto costante con le imprese e i consumatori, godono della fiducia del mercato e hanno già, strutturalmente, le camere di mediazione e arbitrato.

Il vantaggio di praticare questa strada rispetto alla prima è che non vi sarebbe bisogno di "creare" nulla, ma solo di specializzare l'attività promossa dalle Camere di Commercio anche in questa materia. Soprattutto, questa soluzione non ha bisogno di alcun intervento normativo e ciò la rende più adatta a gestire l'emergenza. Come è stato osservato, le Camere di Commercio svolgono infatti un ruolo di promozione e di impulso che si attua non tanto attraverso un'opera di controllo, ma piuttosto attraverso un'opera di mediazione volta a far sì che le parti possano realizzare in maniera corretta ed efficace il potere di autoregolazione degli interessi⁵⁶.

Sin d'ora le Camere di Commercio potrebbero infatti promuovere, autonomamente, un organismo *ad hoc* deputato ad assistere le imprese nella ricerca di soluzioni stragiudiziali alle controversie insorte in conseguenza della pandemia. Andrebbero cioè costituiti collegi di mediatori specializzati e fortemente competenti, nominati secondo criteri di rappresentatività tra professionisti esperti e indipendenti, dovendosi assicurare la specificità della rinegoziazione *post* Covid-19 anche rispetto alle altre ipotesi di mediazione e conciliazione.

La promozione di una camera di mediazione straordinaria cui deferire la soluzione delle controversie originanti dalla fase di emergenza e impedire la loro degenerazione in contenzioso, potrebbe essere facilmente avviata e, soprattutto, potrebbe garantire una migliore gestione

⁵⁶ L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 497.

delle sopravvenienze contrattuali anche ragionando nell'ottica di guardare i distretti produttivi e rilasciare, all'esito della procedura "certificazioni" dell'equità dell'accordo raggiunto, che possano poi essere spese dalle imprese per accrescere la propria reputazione sul mercato.

Un aspetto di grande interesse è quello di poter costituire *data-set* aggregati utili sia a individuare misure e interventi mirati legati alle caratteristiche della filiera, sia per consentire in un prossimo futuro di utilizzare tecnologie quali *smart contracts* su *blockchain* per rendere più efficienti alcuni contratti⁵⁷. Infine, si potrebbe ipotizzare anche di stipulare un protocollo con gli intermediari per facilitare l'accesso al credito mettendo, ad esempio, le certificazioni rilasciate dalle camere di commercio tra i criteri utilizzati per la valutazione del merito creditizio.

A conferma di questa impostazione che vede protagoniste le Camere di Commercio e della direzione che va assumendo il mercato, vale la pena di richiamare l'esperienza recentemente avviata dall'Unioncamere dell'Emilia-Romagna, che ha promosso un progetto "i.re.ne", il

⁵⁷ Gli *smart contracts* si sostanziano in programmi informatici in grado di prevedere una serie innumerevole di variabili secondo l'algoritmo dell'if-then che, in quanto tali, ben si presterebbero ad essere utilizzati per modellare l'esecuzione dei contratti in base alle diverse esigenze sopravvenute. Il vantaggio connesso all'utilizzazione degli smart contracts sarebbe quindi rappresentato, anzitutto, dall'innumerevole quantità di variabili che un programma informatico può includere e, in secondo luogo, dalla capacità dell'automatismo proprio del meccanismo informatico dell'if-then di ridurre il contenzioso, tenuto conto dell'inevitabilità dell'effetto al verificarsi di una data condizione e dell'incontestabilità, da parte dei contraenti, del verificarsi della condizione stessa (posto che, solo in presenza di questa, il programma informatico riceve l'impulso da cui deriva l'effetto). Nell'ottica del principio di certezza del diritto, quindi, il ricorso agli smart contracts consentirebbe di circoscrivere inequivocabilmente le variabili rilevanti ai fini della rimodulazione del contenuto programmatico del contratto; d'altra parte, tuttavia, l'efficacia di tale strumento risulta inevitabilmente collegata alla c.d. razionalità limitata in cui versano le parti di un contratto commerciale che, di conseguenza, rende difficile (per non dire impossibile) prevedere quali elementi dell'operazione economica possano subire modificazioni influenzando in tal modo la convenienza dell'affare. Sul punto, D. Di Sabato, Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale, in Contr. impr., 2017, II, pp. 378 ss.; S. CERRATO, Appunti su smart contract e diritto dei contratti, in Banca borsa tit. cred., 2020, I, pp. 370 ss. In quest'ottica, dunque, i data-set consentirebbero di individuare sia le diverse circostanze che, per effetto della Pandemia, hanno determinato un significativo squilibrio del sinallagma (c.d. if), sia gli "esiti" della rinegoziazione da considerarsi equi alla luce delle "certificazioni" rilasciate dalla Camera di Commercio (c.d. then).

cui acronimo vuol dire Istituto per la Relazione e il Negoziato, con l'obiettivo di ripristinare, con una procedura a basso costo e veloce, le basi per una continuità nella relazione negoziale quando le parti di un rapporto contrattuale siano investite da criticità che non sono, in definitiva, imputabili a nessuna delle due parti. Ad assistere le parti nella rinegoziazione sono professionalità esterne alle Camere di Commercio di varia provenienza nazionale e di comprovata esperienza nel diritto contrattuale commerciale e finanziario, che aiutano le parti a ricalibrare i reciproci rapporti evitando di lasciarli degradare o interrompere traumaticamente, con il rischio di costosi, lunghi e incerti contenziosi.

Nel progetto i.re.ne, che è in fase di sperimentazione, tuttavia, si tratta di rinegoziazione tra due parti e non viene in rilievo, se non indirettamente, l'interesse alla sostenibilità della filiera; ma questo tentativo costituisce un interessante primo passo nella direzione da noi prospettata.

In prospettiva, un esame coordinato delle criticità del sistema produttivo del territorio volta all'individuazione degli strumenti e dei percorsi di ristrutturazione riconoscibili come meritevoli, consente anche di avere un quadro tendenzialmente omogeneo e, grazie a ciò, di raggiungere un traguardo importante sia sotto il profilo della prevedibilità delle decisioni giudiziarie⁵⁸, sia per quanto riguarda la possibilità di elaborare principi di correttezza e ragionevolezza, anche attraverso comportamenti e azioni preordinate al comune interesse delle parti.

8. Per un ruolo proattivo dell'AGCM nella creazione di "buone pratiche" per una filiera sostenibile

L'idea di promuovere presso le Camere di Commercio un sistema dedicato a gestire le sopravvenienze generate dall'impatto della Pandemia sui rapporti commerciali, favorendo per quanto possibile la via della rinegoziazione nella prospettiva più volte indicata di preservare l'interesse di tutta la filiera, presuppone un'architettura della regolazione dei mercati che spinga le imprese ad avvalersi di questa possibilità ritenendone di trarne beneficio.

⁵⁸ N. Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, p. 22, afferma che la fiducia nella legge è attesa di rigorosa applicazione, di stabilità nel tempo, di continuità interpretativa; per una ricostruzione sistematica v. Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

In altri termini, da un lato, la rinegoziazione di per sé non è necessariamente indice di correttezza nei rapporti contrattuali, dal momento essa non prescinde dai rapporti di forza tra imprese e non elimina la possibilità di condotte opportunistiche da parte del contraente più forte nei confronti di chi si trovi, ad esempio, in situazioni di dipendenza economica⁵⁹ o di squilibrio di altro genere⁶⁰; dall'altro lato, anche senza scomodare la correttezza nei rapporti contrattuali, non vi sono ragioni per sostenere che due imprese che intendano rinegoziare l'accordo debbano spingersi a valutare e considerare valori o interessi diversi dai propri nell'operare le scelte negoziali, se non ritenendo di trarre, dal passaggio di una logica di razionalità individuale a una razionalità collettiva, una qualche utilità.

Tuttavia, come si è detto, le crisi finanziarie che hanno colpito il Paese prima e la crisi dell'economia reale di oggi inducono a ritenere essenziale conformare il principio di correttezza a quello di solidarietà economica. Se la pandemia ha reso concreti i rischi di esclusione dal mercato di imprese, specie PMI, può essere lo stesso mercato, se ben orientato, ad essere inclusivo.

Viene così in rilievo il secondo ambito cui si è fatto cenno, che considera l'ipotesi di definire buone pratiche che favoriscano la rinegoziazione anche nell'interesse della filiera. Questo obiettivo rende

⁵⁹ L'impresa che subisce è nella quasi totalità dei casi perfettamente consapevole dell'abuso si produce ai suoi danni, ma non è in grado di opporsi adeguatamente, perché non ne ha la possibilità o, comunque, non ne ha la volontà, al fine di non pregiudicare un rapporto commerciale che potrebbe rivelarsi fondamentale per la sua sopravvivenza sul mercato. Peraltro, a differenza dei contratti asimmetrici B2C, che, che si inseriscono nella fase finale del rapporto economico, dando luogo ad un rapporto istantaneo, i contratti asimmetrici "b2b" possono presentare abusi in qualsiasi fase intermedia del processo distributivo-produttivo. A. CATRICALÀ e M.P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, pp. 112 ss.

⁶⁰ Nell'insegnamento di O.E. WILLIAMSON, Integrazione verticale della produzione: considerazioni sul fallimento del mercato, in O.E. WILLIAMSON, L'organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico, Bologna, 1991, p. 122, il costo transattivo delle scelte degli operatori economici dipende dal grado di specificità degli investimenti, se l'investimento non è convertibile rimani prigioniero del rapporto commerciale instaurato. Secondo Williamson, le caratteristiche connotative dei contratti commerciali, quali long terms contracts, andrebbero identificate, sinteticamente, nel rischio connaturato all'esercizio dell'attività d'impresa, nella c.d. razionalità limitata e, come anticipato, nella specificità degli investimenti (c.d. Teoria dei costi di transazione). Su questi temi, v. J. HEARN, Markets and Market Failure Teacher Resource Pack, Philip Allan Updates, 2000.

realmente opportuno un coinvolgimento dell'AGCM, quale Autorità amministrativa indipendente in grado di conformare il mercato, orientandone l'agire⁶¹.

L'AGCM ha peraltro, già nel sistema normativo vigente, strumenti di *enforcement* pubblicistico con cui può intervenire, negli ambiti in cui la legge le attribuisce competenze come, ad esempio, accade ai sensi dell'art. 62, comma 8, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27⁶², che disciplina le relazioni commerciali in materia di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari.

Anche l'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 sulla subfornitura, che sancisce il divieto di abuso di dipendenza economica⁶³, individua nell'AGCM l'*Authority* che tutela la concorrenza anche in caso di interruzione arbitraria di relazioni commerciali o di imposizioni di condizioni eccessivamente gravose nelle situazioni di dominio verticale, al fine di cercare di garantire il livello più efficiente di protezione dell'impresa dipendente⁶⁴. Peraltro, la giurisprudenza più recente ha affermato che il divieto di abuso di dipendenza economica costituisce peculiare applicazione di un principio generale che si vorrebbe caratterizzasse l'intero sistema dei rapporti di mercato; quantomeno in un ambito più ampio

⁶¹ A. CATRICALÀ, L'Antitrust tra regolazione e mercato, in 20 anni di Antitrust, Torino, 2010, t. 1, p. 28, afferma che: "L'obiettivo primario dell'Antitrust deve essere la modifica effettiva e rapida in senso virtuoso degli assetti del mercato e dei comportamenti delle imprese". Val la pena di richiamare anche il pensiero di M. LIBERTINI, La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni, in 20 anni di Antitrust, cit., p. 117, secondo il quale: "L'azione delle autorità antitrust diviene (...) una politica di "risultati", piuttosto che una politica repressiva di comportamenti devianti".

⁶² Ai sensi della citata disposizione, "l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato è incaricata della vigilanza sull'applicazione delle presenti disposizioni e all'irrogazione delle sanzioni ivi previste, ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689 {...}. Le attività di cui al presente comma sono svolte con le risorse umane, finanziarie e strumentali già disponibili a legislazione vigente".

⁶³ Art. 9, co 3-*bis*, "l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso {...}". Si rinvia in generale a M. MAUGERI, *Subfornitura*, (*diritto civile*), in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, pp. 775-795.

⁶⁴ M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 3.

di quello formato dalle parti del singolo contratto, per estendersi al rapporto commerciale più complesso in cui esso si inserisca, qualora proprio tramite un tale rapporto si realizzi l'abuso⁶⁵.

Sempre in tema di filiera, si pensi ancora alle competenze attribuite all'AGCM dalla legge n. 9, del 14 gennaio 2013, in materia di qualità e trasparenza della filiera degli oli di oliva vergini⁶⁶. Superfluo è, poi, richiamare la disciplina sulle intese, di cui all'art. 2 della legge 287/90⁶⁷.

Dall'insieme di queste competenze si può trarre conferma del fatto che l'AGCM possa garantire al meglio che siano osservate regole di correttezza nei rapporti contrattuali all'interno di un mercato di riferimento in presenza di una filiera commerciale. Il tema si inserisce del resto nel dibattito più generale (e acceso) su quale debba essere, nella fase attuale dei mercati che non risponde più alle classiche logiche cicliche, il bene protetto e promosso dall'AGCM, che tutela la concorrenza sotto forme più ampie di quelle, canoniche, che originano dal diritto

⁶⁵ Cass. civ., Sez. III, 23 luglio 2014, n. 16787, secondo cui tale circostanza sarebbe confermata dal richiamo dell'art. 9 all'art. 3 della legge 287/1990 per i casi in cui l'abuso di dipendenza economica assuma un rilievo che "va oltre gli interessi coinvolti nel singolo rapporto contrattuale, mettendo in questione in termini più ampi le esigenze di tutela della concorrenza". Dello stesso avviso, Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 739 la quale, in particolare, definisce l'istituto de quo una "fattispecie di applicazione generale". Sotto un profilo più generale, va rilevato che l'abuso di dipendenza economica, secondo l'orientamento prevalente, di portata indubbiamente estensiva, opera per qualsiasi relazione commerciale che realizzi la c.d. integrazione di filiera. In generale, sul tema, tra gli altri, R. NATOLI, L'abuso di dipendenza economica. Il Contratto e il mercato, Milano, 2004; Ph. FABBIO, Abuso di dipendenza economica, Milano, 2006. Per tutti, v. M. MAUGERI, Subfornitura, (Diritto civile), cit., p. 791.

⁶⁶ In particolare, la legge n. 9, del 14 gennaio 2013 prevede uno specifico intervento dell'Autorità con finalità di monitoraggio delle dinamiche dei prezzi alla produzione ed al consumo degli oli di oliva vergini non che di repressione di illeciti (abuso di posizione dominante o intese) incompatibili con un funzionamento concorrenziale del mercato. Al fine di garantire agli operatori idonee condizioni competitive e correggere le distorsioni che possono essere prodotte è prerogativa dell'Autorità il coordinamento degli indirizzi di regolazione degli scambi sulla base delle informazioni rese disponibili dall'Agenzia delle dogane riguardo alle anomalie del valore di transazione dichiarato al momento delle importazioni.

⁶⁷ Tra i tanti, L. Mansani, La disciplina delle intese restrittive della concorrenza tracciata dall'art. 2 della L. 287 del 1990, in Riv. dir. comm., 1995, I, pp. 55 ss.; R. Pardolesi, Intese restrittive della libertà di concorrenza, in Diritto antitrust italiano, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubertazzi, Bologna, 1993, pp. 145 ss.

dell'Unione⁶⁸. Ancora una volta, la soluzione migliore sembrerebbe essere quella di estendere in via normativa le competenze dell'Autorità in materia di rinegoziazione e filiere; ma le difficoltà che si sono sopra evidenziate inducono a preferire, anche in questo caso, una soluzione diversa, che sia in grado di raggiungere l'obiettivo senza richiedere l'intervento del legislatore, anche in considerazione della tempistica stretta che le circostanze economiche attuali impongono.

La soluzione alternativa, allora, potrebbe essere quella di prevedere, come si è detto, una forma di *vo-regolazione*⁶⁹, in cui le regole sono stabilite dal mercato e condivise dall'autorità, seguendo lo schema del "circolo regolatorio"⁷⁰. Si tratta cioè di un meccanismo *bottom up* che parte dalla spinta regolatoria del mercato e introduce nel sistema regole – o quantomeno Linee di Indirizzo immediatamente operative – che possono poi, eventualmente, se necessario, essere prese in considerazione dal legislatore e tradotte in precetti normativi.

Passando dal piano teorico a quello pratico, l'idea è che, in attuazione del principio di sussidiarietà⁷¹, sia il mercato a selezionare, con l'aiuto delle Camere di Commercio e delle Associazioni di Categoria, al suo interno *le migliori pratiche* – clausole negoziali conformi al principio di correttezza, buone prassi o pratiche commerciali leali – per condividerle con l'AGCM, che le trasforma poi in *benchmark*, mediante l'avvio e la pubblicazione di indagini conoscitive, ovvero tramite l'adozione di *Vademecum* o Linee Guida.

Le Linee Guida, così come i Vademecum e le indagini di mercato, sono peraltro già tra gli strumenti di cui si avvale l'AGCM nella sua attività e s'inseriscono nella scala classica che dalla *Soft Law* conduce

⁶⁸ Occorre cioè tutelare il mercato che versa in condizioni ormai stabili di crisi che richiedono forme propulsive di intervento. L'AGCM, anche rispetto ad altre autorità antitrust europee, ha strumenti ulteriori che le consentono di essere ancora più proattiva.

⁶⁹ Vedi supra nt. 48.

⁷⁰ F. Bassan, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, Soveria Mannelli, 2019, p. 197.

⁷¹ Sulla valenza del principio di sussidiarietà si rinvia a Mar. Nuzzo, *Prefazione*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di Mar. Nuzzo, vol. I, 2014, XV ss., secondo cui "i profondi mutamenti del contesto culturale, istituzionale ed economico che caratterizzano il nostro tempo hanno determinato l'esigenza di strumenti di regolazione dei rapporti più duttili, perciò più adatti alla disciplina di fenomeni complessi, favorendo un graduale ampliamento degli spazi di autoregolamentazione".

alla norma, nel momento in cui tali disposizioni vengano adottate dalle imprese e diventano, quindi, auto-vincolanti⁷².

Ancora, nell'ambito dei poteri di Advocacy, l'AGCM potrebbe poi svolgere attività di pareristica preventiva su singoli problemi sollevati dalle Camere di Commercio territoriali, oppure su specifiche clausole negoziali che le vengano sottoposte, per valutare l'impatto che esse potrebbero sulle dinamiche del mercato del distretto. Le stesse imprese potrebbero peraltro avvalersi dell'interpello e sottoporre le proprie clausole dubbie al vaglio preventivo dell'Autorità.

Questo complesso meccanismo, oltre a orientare il mercato, può determinare anche un nuovo *standard* di condotta, che può rivelarsi utile anche in caso di contenzioso davanti al giudice ordinario come parametro nel giudizio sulla responsabilità contrattuale per inadempimento.

Infine, come si diceva, la spinta alle imprese già provate dalla pandemia a preoccuparsi di altro che non sia la propria sopravvivenza anche a costo di "scaricare" i costi sulle imprese più deboli, deve trovare nell'idea dell'efficientamento del *network* un fattore incentivante.

Perché ciò inizi ad accadere, occorre immaginare anche un sistema di incentivi che inducano le imprese a adottare condotte anche sul piano negoziale che anticipino l'esigenza di sostenibilità nel lungo periodo del mercato. In una logica premiale che avvii questo processo, si potrebbe, ad esempio, attribuire un punteggio alle imprese che rinegoziano utilmente (nel senso dell'efficienza della filiera) l'accordo, secondo il meccanismo già sperimentato del *rating* di legalità, anch'esso di competenza dell'AGCM⁷³.

⁷² Per un'analisi recente del tema dei codici di condotta, si veda A. Scotti, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, Milano, 2019.

⁷³ Il rating di legalità è un indicatore sintetico del rispetto di elevati standard di legalità da parte delle imprese che ne abbiano fatto richiesta e, più in generale, del grado di attenzione riposto nella corretta gestione del proprio business (in concreto, il rating assume la veste di un punteggio compreso tra un minimo di una stelletta e un massimo di tre stellette). Il rating di legalità rappresenta, quindi, un sistema premiale fondato sull'accertamento di alcuni requisiti, sul rispetto delle norme e sull'adozione di processi organizzativi che pongano l'impresa in una posizione idonea a garantire il rispetto della legalità, almeno in termini astratti. Ottenere il rating non è mai obbligatorio per l'impresa, ma ha funzione solo premiale. Tale procedimento, introdotto con delibera n. 27165/2018, è stato modificato di recente al fine di garantire maggior efficacia del controllo e di promuovere ulteriormente l'aspetto premiale del rating (delibera n. 28361/2020, in vigore dal 20 ottobre 2020).

La normativa sul *rating* di legalità collega al conseguimento del *rating* alcuni benefici, quantomeno in due diversi ambiti: (i) la concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni; (ii) l'accesso al credito bancario (riduzione dei tempi/costi delle istruttorie per la concessione del credito; eventualmente, determinazione delle condizioni economiche di erogazione).

In conclusione, quel che si è fin qui detto ha l'obiettivo di portare all'attenzione il profilo, ad oggi poco considerato, dell'impatto *giuridico* del Covid-19 sui distretti produttivi e sulle dinamiche contrattuali all'interno delle filiere, per valutarne la resilienza e anche per proporre alcune idee sulle modalità di gestione delle sopravvenienze legate alla Pandemia in un'ottica, come si è più volte detto, di solidarietà e sostenibilità delle imprese nel *sistema nazionale*.

Non si è, quindi, in questa occasione, considerato l'ulteriore dato empirico rappresentato dal fatto che spesso le nostre filiere sono integrate in catene di valore europee o globali; il che può rendere opportuno, in prospettiva, anche considerare l'adattabilità al discorso che si è fin qui condotto di alcune clausole negoziali (come, ad esempio, quella di *hardship* disciplinata dall'Article 6.2.3: *effects of hardship*⁷⁴) che trovano un'applicazione uniforme nella prassi dei contratti internazionali e nella giurisprudenza arbitrale consolidata⁷⁵ e che potrebbero, anch'esse, assumere rilievo per concorrere a definire un sistema *di regole negoziali efficienti per la gestione coordinata e sostenibile dei contratti di filiera*.

Il contributo è dedicato al tema della gestione delle sopravvenienze conseguenti alla pandemia da Covid-19 in relazione ai contratti "di filiera".

L'esistenza di una catena di dipendenze, anche sul piano negoziale, tra appartenenti alla filiera rende necessario cercare soluzioni che ostacolino comportamenti opportunistici delle imprese più forti volti a trasferire su quelle meno forti le conseguenze economiche negative che derivano dalla Pandemia. Infatti, il rischio finale

⁷⁴ Sulla clausola di *hardship* si rinvia, per una sintesi, a D. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della* hardship clause *nel diritto positivo italiano*, in *Contr. impr.*, 2013, pp. 951 ss.

⁷⁵ Nel 2020, la Camera di Commercio Internazionale ha aggiornato le proprie clausole di forza maggiore e di *hardship* per aiutare le imprese nella redazione dei contratti e rispondere efficacemente a eventi imprevisti come l'epidemia in corso. Per un esame, si veda E. Del Prato, *CoViD-19, Act of God, Force Majeure, "Hardship Clauses*", *Performance and Nonperformance*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, suppl. III, pp. 64 ss.

di una distribuzione asimmetrica del costo della crisi internamente alle filiere è quello di una riduzione di lungo termine della dimensione economica e della capacità produttiva del distretto. L'idea è perciò quella di definire una modalità di gestione globale e coordinata delle dinamiche della filiera, attraverso il ricorso a strumenti giuridici che garantiscano la sostenibilità economica. Nel contributo si individuano due ambiti di intervento, che vedono protagoniste le Camere di Commercio e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Il primo ambito riguarda la possibilità di adottare un sistema di ADR dedicato alle sopravvenienze da Covid-19, che agevoli la rinegoziazione degli accordi tra imprese anche nell'interesse della filiera; il secondo ambito, strettamente connesso, propone la creazione di Linee Guida o buone pratiche che orientino il mercato in un'ottica di salvaguardia della filiera.

The paper deals with the management of contingencies resulting from the Covid-19 pandemic, with specific reference to contracts stipulated within the context of supply chains.

The issues presented by such contracts are deeply interconnected, calling for aggregate solutions oriented towards a rational distribution of the pandemic cost within the whole supply chain, regardless of the single contract.

In this framework, the existing private law tools are useless — either because their value is merely programmatic (art. 2, 41 Cost, 1375 c.c.), or because they are still oriented towards an atomistic approach with regard to the settlement procedures contained in the CCII. Adopting a de iure condendo perspective, the paper proposes the adoption of measures aimed at encouraging the aggregate settlement of the crisis, involving the Chambers of Commerce or the Competition and Market Authority as institutional subjects in charge of the crisis' coordination, in order to safeguard the supply chain.

The paper also highlights how similar bodies could be instituted, combining both assisted renegotiation and of ADR functions, thereby dealing specifically with the operational problem of the regulatory and economic costs that may be incurred for such bodies' institution, suggesting several available solutions also regarding soft law instruments.

REGOLAMENTO DI REFERAGGIO

Art. 1

Pubblicazione dei contributi

- 1. La Rivista *Nuovo Diritto Civile* pubblica i contributi che superino la procedura di referaggio descritta nei successivi articoli.
- 2. Possono essere pubblicati sulla Rivista esclusivamente contributi che non siano destinati ad altri periodici.
- 3. Ogni contributo deve essere corredato da un *abstract* di massimo 15-20 righe scritto direttamente dall'Autore, sia in italiano, sia in inglese.

Art. 2

Pre-esame

1. L'Autore di uno scritto destinato a questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Direzione del *Nuovo Diritto Civile (direzione@nuovo-dirittocivile.it*), la quale lo trasmetterà al referente di sezione competente per materia.

Saranno valutati:

- attualità del contributo e la rilevanza della bibliografia citata;
- corrispondenza del testo alle norme redazionali della Rivista (vedi punto 2);
 - connessione dell'argomento alle materie trattate dalla Rivista.
 - 2. L'esito del pre-esame può condurre alla:
- accettazione dello scritto per la sottoposizione alla procedura di referaggio;
 - non accettazione dello scritto.
- 3. In caso di accettazione dello scritto per la sottoposizione alla procedura di referaggio, la Direzione invia al Presidente del Comitato dei Referenti l'elaborato in forma anonima.

Art. 3

Referaggio

- 1. Per il referaggio viene adottato il sistema del *double-blind peer review*, ossia del doppio referaggio anonimo.
- 2. Lo scritto è inviato a due Referenti in forma anonima e all'Autore non viene rivelato il nome dei revisori designati, i quali sono vincolati a

tenere segreta la loro valutazione; i revisori sono di norma scelti fra gli illustri accademici, italiani e stranieri, che compongono il Comitato dei Referenti di questa Rivista.

- 3. La specificità dell'argomento trattato può giustificare la decisione di affidare il referaggio ad uno studioso esterno al Comitato.
- 4. In caso di omessa riconsegna del contributo referato da parte di ciascuno dei revisori, nonché al fine di preservare l'attualità del contributo, il Presidente del Comitato dei Referenti può avocare a sé il referaggio.
- 5. Nel caso di scritti provenienti da studiosi di chiara fama, la Direzione può assumere la responsabilità della pubblicazione, senza sottoporre il contributo al referaggio.

Art. 4 Criteri

I criteri seguiti dai revisori sono i seguenti:

- correttezza dell'impostazione metodologica;
- adeguatezza della bibliografia essenziale;
- chiarezza espositiva;
- contributo di novità apportato allo stato di avanzamento degli studi sull'argomento.

Art. 5 Esito

- 1. L'esito del referaggio può condurre alla:
- accettazione dello scritto per la pubblicazione, quando entrambi i referaggi sono positivi;
- accettazione subordinata a modifiche migliorative, indicate dai revisori;
- sottoposizione dello scritto al giudizio di un terzo revisore, qualora i primi due referaggi siano contrastanti;
- non accettazione dello scritto, quando entrambi i Referenti esprimono giudizio negativo.
- 2. In caso di accettazione subordinata a modifiche migliorative lo scritto è restituito all'Autore con l'indicazione delle modifiche da apportare; l'adeguatezza delle modifiche apportate alle richieste del revisore è valutata dalla Direzione.



.....

Rivista trimestrale per l'aggiornamento

Direttori

ROBERTO CARLEO, ALBERTO MARIA GAMBINO, MAURO ORLANDI

Una copia della presente scheda, compilata integralmente in modo leggibile e sottoscritta, va inviata all'indirizzo e-mail info@dikegiuridica.it insieme alla ricevuta di pagamento. Puoi abbonarti anche online sul nostro sito www.dikegiuridica.it

TUTTI I DATI RICHIESTI SONO OBBLIGATORI

NUOVO DIRITTO CIVILE

Nome/Ragione sociale			
Settore d'attività			
Via			
CAP	Città		 Prov
Telefono	E-ma	ail (o pec)	
Codice Fiscale		P. IVA	
Codice destinatario(qualora lo avesse)			
ndirizzo di spedizione (se diverso da quello sopraindicato)			
Data di decorrenza dell'abbor	namento	Firma	

Dichiaro di aver letto ed accettato le seguenti avvertenze:

Il prezzo dell'abbonamento èdi €120,00. La consegna della rivista avverrà per mezzo delle ordinarie modalità di esercizio del servizio postale all'indirizzo sopra indicato. L'editore si intende esonerato da ogni conseguenza in caso di mancato recapito o smarrimento. Se l'abbonato vuole avere certezza della consegna mediante modalità di recapito particolari (corriere, ecc.) ne deve fare espressa richiesta e pagare i relativi oneri, accordandosi con la segreteria. Lo scrivente autorizza il trattamento dei dati personali. A tal fine dà atto di aver letto la seguente informativa in materia di

Lo scrivente autorizza il trattamento dei dati personali. A tal fine dà atto di aver letto la seguente informativa in materia di privacy ai sensi die Regolamento UE 2016/679 (GDPR): il conferimento dei dati personali è necessario per l'acquisto dei prodotti e/o servizi. I dati saranno utilizzati solo in funzione dei servizi richiesti e conservati in modo da ridurre al minimo rischi di accessi o diffusioni non autorizzate; il titolare del trattamento è Dike Giuridica Editrice s.r.l., il responsabile ed incaricato del trattamento è il rappresentante legale p.t. della società; l'indirizzo al quale vanno inviate eventuali richieste rivolte a conoscere quali dati siano archiviati e per chiederne la modifica o la cancellazione è il seguente: Dike Giuridica Editrice s.r.l.- Via Raffaele Paolucci 59 - 00152 Roma.

Pagamento: il pagamento va effettuato a mezzo bonifico bancario sul conto corrente intestato a:

Dike Giuridica Editrice - IBAN IT10 M 0538 7032 0500 0001 627177

Causale: Abbonamento Nuovo Diritto Civile

N.B. Non saranno attivati abbonamenti prima della trasmissione a mezzo e-mail della ricevuta dell'avvenuto pagamento

DIKE GIURIDICA EDITRICE s.r.l.

Sede Legale: Via Lorenzo Magalotti, 15 - 00197 Roma - Sede operativa: Via Raffaele Paolucci, 59 - 00152 Roma
Tel. 06/58205960 - P. IVA 09247421002

www.dikegiuridica.it

Nuovo Diritto Civile

Avvertiamo l'esigenza di un luogo di confronto e scambio intorno alla ricostruzione critica e sistematica degli istituti e delle categorie, specie nella elaborazione della giurisprudenza.

La rivista vorrebbe costruire uno spazio del *pensiero lento*. Pensiero, che attraversa pazientemente i testi; esercita e promuove il rigore delle parole; svolge l'umile ricerca della coerenza sistematica.

1SBN 9788858212752

ISSN 2531-8950

€ 35,00