

PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2022 – Numero 1

ISSN 2239-8570

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione: Giuseppe Vettori

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

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

Segreteria di redazione: Daniele Imbruglia e Mario Mauro

Redazione: Francesca Bertelli; Marco Francesco Campagna; Federico Della Negra; Marco Farina; Antonio Gorgoni; Daniele Imbruglia; Antonello Iuliani; Mario Mauro; Tommaso Pellegrini; Federico Pistelli; Chiara Sartoris; Shaira Thobani; Emanuele Tuccari..

E-mail: info@personaemercato.it **Web:** www.personaemercato.it

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

ISSN 2239-8570

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

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

Saggi

Il pensiero di Mario Nuzzo nell'unità plurale di una Grande Scuola, di Giuseppe Vettori	p. 5
I robot medici, di Giovanni Di Rosa	p. 12
Consumerismo ed effetti della neolingua nel settore immobiliare, di Manolita Francesca	p. 20
<i>Commons, Commoning and Community</i> . I patti di collaborazione, di Lucio Casalini	p. 34
Contratos y efectividad de los derechos. Una lectura crítica a la luz de la obra de Giuseppe Vettori, di Freddy Andres Hung Gil	p. 47

Note e commenti

Danno da prodotto difettoso e responsabilità delle piattaforme di <i>e-commerce</i> : uno sguardo oltreoceano, di Rosario Petruso	p. 59
Il «contratto» figurato ex articolo 23 TUF, di Alberto Gallarati	p. 79
Diritto delle successioni e contratto: stato dell'arte e prospettive future, di Daniele Giglio	p. 97
Sindrome da alienazione parentale e configurazione giuridica di illecito endofamiliare: nota a margine di cass., sez. i civile, ord. 17 maggio 2021, n. 13217, di Carla Failla	p. 137

Osservatorio

Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell'OGID*	p. 159
---	--------

Saggi

IL PENSIERO DI MARIO NUZZO NELL'UNITÀ PLURALE DI UNA GRANDE SCUOLA*

Di Giuseppe Vettori

| 5

SOMMARIO: 1. *La scienza giuridica nell'ordine del tempo.* 2. *Dal codice alla Costituzione.* 3. *La difesa dello Stato di diritto in Europa.* 4. *Scienza giuridica e responsabilità dell'interprete.*

ABSTRACT. *Si tratta di un'introduzione al volume che contiene una serie di pubblicazioni raccolte dagli allievi, secondo una precisa indicazione del Maestro scomparso. Mario Nuzzo lascia un messaggio di piena adesione al cambiamento radicale imposto dall'attuale sistema delle fonti che non ha più il suo perno nella legge, ma nell'interpretazione, guidata da un pluralismo incompatibile con la gerarchia verticale del passato.*

This is an introduction to the book that contains a series of essays collected by the students, according to a precise line drawn by the deceased Teacher. Mario Nuzzo gives a message of full adhesion to the radical change imposed by the current system of sources which no longer has its pivot in the law, but in interpretation, guided by a pluralism incompatible with the past vertical hierarchy.



1. Autonomia privata e sussidiarietà orizzontale.

6 Mario Nuzzo ha saputo coniugare sapere e sapore. Il rigore trasmesso da Francesco Santoro Passarelli e da Giuseppe Benedetti ha plasmato tutti gli allievi, ma più di ogni altro Mario ha reso agevole quel metodo, con alcuni tratti in particolare¹. L'equilibrio e la serenità. L'equilibrio è una dote speciale. Richiede un animo docile, pronto all'ascolto e perciò capace di fare giustizia. Mario nell'Università, nella Professione e nelle Istituzioni, ha sempre saputo pensare ed agire con saggezza. La serenità è una dote dei Giusti che sanno illuminare la nostra vita. Il sorriso di Mario e la sua gioia di vivere ci hanno accompagnato sino agli ultimi giorni. Lasciando una visione alta dell'autonomia dei privati, sorretta dai principi di sussidiarietà, effettività e adeguatezza.

Gli scritti pubblicati seguono, per espressa volontà dell'Autore, una sequenza scandita dalla volontà di fissare il reparto di funzioni e competenze nel diritto dei privati. L'utilità sociale e la sussidiarietà orizzontale nel controllo dei poteri privati; l'autonomia e la legge nel giudizio di validità degli atti; il Parlamento e i giudici nell'attuazione di regole e principi. Tutto ciò in un itinerario che copre quasi cinquanta anni, a cavallo di due secoli.

Un tratto significativo nel pensiero del nostro Autore emerge, all'inizio del nuovo secolo, riflettendo sulla modifica del Titolo Quinto della Costituzione, ove si parla del principio di sussidiarietà che apre nuove prospettive nel rapporto fra diritto pubblico e diritto privato. Le pagine consolidano una visione maturata nel tempo e affidata ad una ricerca imponente, riassunta in poche essenziali parole che aprono questo volume come sintesi dei valori e di una visione precisa del Diritto².

Anzitutto la consapevolezza di una giuridicità espressa oggi da soggetti diversi (legislatore, giudice, autorità indipendenti, dottrina, privati) frutto dell'evoluzione di un "contesto culturale, istituzionale ed economico" che esige "strumenti di regolazione dei rapporti più duttili, e perciò più adatti alla disciplina di fenomeni complessi, favorendo un graduale ampliamento degli spazi di autoregolazio-

ne in aree precedentemente sottratte all'autonomia privata"³.

Da qui l'idea di approfondire "la ripartizione di competenze tra autonomia privata e autorità pubbliche" per effetto di diverse fonti primarie.

Da un lato l'art. 118 c. 4, secondo il quale i Poteri pubblici devono favorire "l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà", richiamato da alcune sentenze della Corte costituzionale (n. 300 e 301 del 2003), che hanno riconosciuto alle organizzazioni promotrici delle libertà sociali "una competenza originaria e primaria" nelle "materie in cui vengano in rilievo interessi privati seppure a rilievo generale", come "la ricerca scientifica, la sanità, l'assistenza e beneficenza".

Dall'altro gli articoli 1322 c.c., 2, 3 e 41 della Costituzione che riconoscono il potere dei privati di regolare i loro rapporti patrimoniali con forza di legge ed effetti solo fra le parti⁴.

La ricerca collettiva analizza questo fenomeno confrontando figure diverse della libertà dei privati che vanno tenute distinte. L'una espressione di un'autonomia privata tra le parti, che non produce effetto per i terzi (1372 c.c.), l'altra fonte di "un potere di autoregolazione" (118 c. 4 Cost.) che può gestire "rapporti in cui entrano in gioco interessi di carattere generale", sicché le regole "sono private nella fonte, ma nella sostanza, sono integrative del sistema complessivo dell'ordinamento e dunque idonee a produrre effetti anche nei confronti di terzi"⁵.

L'elenco di queste ipotesi è amplissimo: strumenti contrattuali interni a procedimenti amministrativi, giurisdizionali o di volontaria giurisdizione, accordi di ristrutturazione del debito e negozi nell'ambito della crisi d'impresa, enti *profit* e *non profit*, accordi fra coniugi relativi ai figli o alla crisi familiare, atti di limitazione della responsabilità patrimoniale, patrimoni destinati a tutela di fragilità della persona, codici di autodisciplina.

In quest'area vasta si va alla ricerca del ruolo del principio di sussidiarietà orizzontale nel sistema del diritto dei privati e nei singoli istituti del diritto civile, sia sul piano interpretativo e applicativo, sia nella prospettiva di un "graduato ampliamento degli spazi di regolamentazione conquistati dai "poteri privati"⁶.

* Si tratta dall'introduzione al volume di scritti di Mario Nuzzo edito da Giappichelli nel 2022.

¹ Nella Prolusione del 18 dicembre 1987 a Teramo (*Momenti di dottrina e scelte giurisprudenziali*, Napoli, 1987, inserita come appendice del volume) Mario Nuzzo si propone di dar conto della "conclusione di un ciclo di vita" e dell'"inizio di un ciclo successivo" in continuità con il pensiero dei propri Maestri e della propria Scuola.

² M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014.

³ M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, cit., p. XV.

⁴ M. NUZZO, *op.cit.*, p. XVI.

⁵ M. NUZZO, *op. cit.*, XVII.

⁶ M. NUZZO, *op. loc. ult. cit.*

I due volumi del 2014 scrutano la realtà e pongono le basi per ricerche che guardano al futuro con attenzione e curiosità.

2. Utilità sociale e principi costituzionali.

La monografia del 1975 ha anticipato i tempi e segnalato temi su cui ancora oggi si divide il pensiero giuridico⁷.

Nell'introduzione si parla di una nuova complessità scandita da precisi fatti: il ridursi della distinzione tra pubblico e privato, l'affermarsi "nella realtà sociale e normativa di istanze egualitarie e solidaristiche", il prevalere di una "concezione costituzionale" del diritto privato e dei suoi istituti, scossi da una funzionalizzazione a fini sociali. Appare con chiarezza lo scopo della ricerca che si propone di "ripensare la ripartizione fondamentale delle competenze fra autonomia privata e ordine giuridico" alla luce dei principi costituzionali che superano l'antitesi individuo-Stato e "pongono su nuove basi il rapporto fra singoli e comunità". Dall'art. 41 della Costituzione si trae un compito fondamentale dell'interprete: individuare gli interessi che emergono sul piano formale e le situazioni del soggetto che agisce, per fissare un corretto equilibrio e far ordine "in una serie indeterminata di combinazioni che difficilmente possono essere fissate in uno strumento rigido qual è la legge"⁸.

L'alternativa è posta con grande chiarezza. Occorre graduare i principi fondamentali della Costituzione in relazione ai singoli rapporti economici e individuare il diverso modo di attuazione del criterio dell'utilità sociale. In primo luogo il compito della Corte costituzionale e del giudice ordinario: la prima tenuta a valutare le congruenze fra le norme sottoposte al suo esame e l'interesse costituzionalmente tutelato, il secondo chiamato a valutare il contrasto fra "concreta funzione di quel negozio e l'interesse sociale prevalente", tramite la funzione del tipo, la causa in concreto e la meritevolezza della tutela⁹.

Tutto ciò quarantacinque anni fa. Con la capacità rara di anticipare ciò che accade oggi. Solo qualche cenno.

Dalla fine degli anni sessanta si era affermato un dominio netto delle ideologie: nel mondo del lavoro, nel rapporto fra le generazioni, fra i sessi e in tutte le sfere della vita privata. Nel giro di pochi anni mutarono i rapporti fra potere e scienza giuridica, sino a negare l'autonomia dell'interprete e

l'oggettività dei risultati ermeneutici¹⁰. Nel 1972 si tenne a Catania il convegno sull'uso alternativo del diritto che esaltò "una società politica alla ricerca della sua forma giuridica"¹¹. Negli anni successivi si sperimentò la formula dei governi di solidarietà nazionale, alla ricerca di un compromesso tramontato tragicamente con l'uccisione di Aldo Moro e poco dopo iniziò la stagione tragica del terrorismo sino al ritorno al privato, negli anni ottanta e oltre.

Mario Nuzzo ha tenuto ferma la barra del suo pensiero in un ambiente ostile o impreparato al compito che egli suggeriva.

La giurisprudenza non era all'epoca pronta a raccogliere la sfida dell'attuazione dei principi costituzionali e del superamento di un metodo ispirato al più rigido positivismo¹². Basta pensare che il tema dei principi divide tutt'ora, che la nozione di causa in concreto è "scoperta" dalla Corte di Cassazione solo nel 2005, che l'interesse meritevole è ripensato in funzione rimediale in modo originale solo negli ultimi anni¹³.

Ma proprio volgendo lo sguardo al passato si comprende come il libro sull'Utilità sociale sia oggi riletto, citato e utilizzato. Si capisce perché, oltre quaranta anni dopo la prima monografia, l'Autore avverta la necessità di un manuale per l'insegnamento costruito sulla base di un programma chiaro e intelligente¹⁴. Un'opera sistematica capace di cogliere, con un'attenta cernita e di esprimere in una sintesi felice, le linee essenziali della dottrina del proprio tempo, con attenzione ad una pluralità di aspetti. I nuovi assetti istituzionali di derivazione europea e l'attività della Corte costituzionale, la profonda trasformazione del tessuto socio economico da regolare, la contaminazione con altri ordinamenti e l'attenzione all'attività delle Corti. Con un metodo attento alla concreta attuazione della norma, alla peculiarità del caso concreto, all'orientamento del precedente e alla prevedibilità della decisione, come attestano gli studi fondamentali sulla nullità e l'illiceità del contratto, sulla causa, e sulla meritevolezza della tutela.

¹⁰ L. NIVARRA, *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

¹¹ P. BARCELLONA, *L'uso alternativo del diritto, I Scienza giuridica e analisi marxista II, Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari, 1973.

¹² R. NICCOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 240 ss.; ID., *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, p. 904 ss. avverte il ritardo culturale nell'applicazione dei valori costituzionali e considera la giurisprudenza non all'altezza, allora, di questo compito.

¹³ V. ora la bella voce di F. PIRAINO, *Meritevolezza degli interessi*, in *Enc. dir.*, I tematici, *Contratto*, Giuffrè, Milano, 2021 p.667.

¹⁴ M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche. Norme-soggetti-Attività*, Torino, 2005.

⁷ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975.

⁸ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 81 ss.

⁹ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, p. 83.

3. Potere dei privati e legge nel contratto europeo.

Il reparto di competenze fra autonomia e legge nel determinare i requisiti di validità è affrontato con grande rigore e capacità critica in una serie di casi.

Anzitutto nell'analisi della forma convenzionale volta alla tutela di un interesse privato di una parte e perciò non soggetta al rilievo di ufficio della nullità¹⁵. Poi nella esegesi dei criteri di vessatorietà delle clausole nei contratti fra professionisti e consumatori¹⁶. Infine nella disamina della nullità di protezione il cui statuto esige un raccordo con la normativa della prova, da articolare (tramite la regola dell'art. 2729 c.c.) in relazione ai diversi modelli di nullità oggi esistenti nel nostro ordinamento, e alla natura degli interessi sottesi a ciascuno di essi¹⁷.

A questa specialità si contrappone la disciplina generale del negozio illecito¹⁸ ove l'Autore con una raffinata analisi prende posizione sulla diversità fra illegalità e illiceità e sui parametri di valutazione del contratto (norme imperative, ordine pubblico e buon costume) ricostruiti aggirando il "peso che ancora esercita sugli studi il dogma della fattispecie".

Da un lato, infatti, l'evocazione di quel concetto "induce al tentativo di risolvere il problema riportando l'illiceità all'interno dei singoli schemi negoziali utilizzati; dall'altro appare difficile, in assenza di sicuri indici di rilevanza normativa, assumere a fattispecie l'intera operazione economica per esprimere rispetto ad essa, e non ai singoli negozi che la compongono, il giudizio di liceità. Da ciò la tendenza ad usare formule descrittive che, pur ampliando

significativamente la prospettiva dell'indagine non forniscono sicuri strumenti per la individuazione dei meccanismi tecnici attraverso i quali si svolge quel giudizio".

Il nostro Autore supera queste difficoltà abbandonando la rigidità di "un dogmatismo di scuola" e aprendosi all'operazione "che sul piano del naturale atteggiarsi dell'autoregolamento trascende l'assetto di interessi corrispondente a singoli tipi negoziali, per esprimere una più ampia funzione che caratterizza l'affare nella sua realtà complessiva".

Si suggerisce così uno schema interpretativo volto a "ridurre fortemente il rilievo del dato strutturale per accentrare l'attenzione sul momento funzionale del negozio, individuando il problema della illiceità in quello del divieto di un risultato, quale che sia lo schema formale usato per la sua realizzazione, proponendo così, in prospettiva particolare, il problema delle norme c.d. «ad applicazione necessaria» caratterizzate dal fatto che, pur essendo dettate con riferimento a tipi contrattuali aventi disciplina particolare, esse devono ritenersi operanti, anche al di là del tipo al quale immediatamente si riferiscono, essendo la portata del divieto costruita in relazione al risultato pratico perseguito dalle parti più che in relazione agli elementi strutturali da queste utilizzate"¹⁹.

Il che porta a chiarire il senso e significato della causa in presenza delle diverse opinioni in Italia ed in Europa²⁰. Il discorso è anche qui critico e costruttivo. Per una pluralità di motivi espressi chiaramente dall'Autore.

"Il dibattito rende evidente la necessità di abbandonare le formule meramente declamatorie, per considerare invece i problemi pratici che sono sottesi alle nozioni di causa, oggetto e contenuto, i quali debbono essere risolti tenendo presente che la giurisprudenza, non solo domestica, continua ad utilizzare la nozione di causa per risolvere i problemi di carattere pratico che si collegano alla qualificazione del contratto e alla valutazione di liceità dello stesso". "Non vi è dubbio, infatti, che il diritto privato europeo non si preoccupa solo dell'efficienza del mercato ma anche della sua dimensione etica; in una concezione moderna, che tiene conto dell'esperienza compiuta sia sui mercati interni che su quelli internazionali nei tempi più recenti; l'efficienza del mercato è infatti il risultato della combinazione tra l'efficienza dello scambio e l'insieme dei principi etici e di correttezza che costituiscono il

¹⁵ M. NUZZO, *Sulla rilevanza dell'ufficio del difetto di forma convenzionale*, in *Giust. civ.*, 1980, pp. 2236-2243.

¹⁶ ID., *Capo XIV bis c.c.: Dei contratti del consumatore, sub Art. 1469-ter. Accertamento della vessatorietà delle clausole. Comma 1° 2° 4°*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 1141 ss.

¹⁷ ID., *Art. 38, in Codice del consumo*, a cura di G. Alpa-L. Rossi Carleo, ESI, Napoli, 2005, p. 255-274. Si distingue infatti tra il caso "della nullità assoluta, cui il divieto di prova con mezzi diversi dal documento si applica con tutto il suo rigore, e il caso della nullità relativa in relazione alla quale va invece distinta: a) la regola da applicare nel caso in cui la parte cui è attribuita la scelta tra nullità ed esecuzione del contratto scelga la nullità, con la conseguenza che troverà applicazione la regola del divieto di prova del contratto o della clausola carenti di forma dai quali nessuno potrà trarre vantaggio o danno, stante la sua assoluta inidoneità alla produzione di effetti giuridici; b) la regola da applicare nel caso in cui il contraente protetto chieda l'esecuzione del contratto o della clausola nella quale invece, essendo il contratto produttivo dei suoi effetti, dovrà ritenersi che ciascuna delle parti sia ammessa alla prova in relazione al proprio interesse sostanziale".

¹⁸ ID., *Negozio giuridico, IV) Negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, XX, Roma, p.1-10.

¹⁹ Il tema è ripreso e sviluppato in ID., *Momenti di dottrina e scelte giurisprudenziali*, Edizioni Jovene, Napoli, 1987, pp. 1-25.

²⁰ ID., *La causa*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 195-201.

fondamento delle *regole giuridiche del mercato*. Ciò ripropone il problema che si è voluto risolvere con l'eliminazione della causa dagli elementi necessari del contratto di "diritto europeo"; inducendo a ritenere che, nel contesto che si è appena segnalato, il riferimento alla "*natura ed allo scopo del contratto*" vincoli l'interprete a risolvere i problemi inerenti alla qualificazione del contratto, alla sua interpretazione, al controllo di liceità, alla rilevanza delle sopravvenienze, alla stregua di un criterio che tenga conto, oltre che della funzione mercantilistica dello scambio, anche dell'efficienza del mercato quale risulta dalla combinazione tra le diverse componenti sopra indicate".

Insomma il dibattito sulla nozione di causa nel diritto europeo dei contratti diviene l'occasione per valutare la relazione tra "contratto e mercato", nella quale sembrano riemergere necessariamente dati esterni alla pura operazione di scambio che coglie solo alcuni degli elementi rilevanti ai fini dei controlli necessari per la tutela della complessa serie di interessi di cui sono portatori coloro che, a vario titolo, operano sul mercato. Se così è, l'illusione di risolvere questi problemi sul piano definitorio sembra esaurirsi in un fatto nominalistico che rende la scelta prigioniera del concettualismo cui voleva ribellarsi. Da un lato infatti i problemi pratici che nella nostra tradizione vengono risolti con la nozione di causa continuano ad essere risolti nello stesso modo sostituendo a quel nome quello di "natura" o "scopo" del contratto; dall'altro il tentativo di escludere dall'orizzonte valutativo dell'interprete ogni elemento non riconducibile esclusivamente alla logica dello scambio sembra scontrarsi con l'esigenza di tener conto dell'efficienza del mercato su cui si realizza lo scambio, la quale è a sua volta il risultato della combinazione tra *l'insieme dei principi etici e di correttezza* che fondano le *regole giuridiche del mercato*.

Il discorso ricomincia così da dove sembrava finire, ma con un'importante indicazione: il cambiamento della prospettiva da cui si guarda il fenomeno non modifica la sua essenza ed i problemi pratici ad esso sottesi. Con la conseguenza che il lavoro dell'interprete non può avere semplificazioni o scorciatoie, ma deve confrontarsi con i dati reali, rivedendo a quella stregua i concetti ricevuti dalla tradizione per adattarli alle nuove realtà, con una riflessione che non parte dai concetti, ma dai problemi e dai loro rimedi per individuare gli strumenti tecnici necessari per la ricostruzione del sistema e per il controllo di "ragionevolezza" delle soluzioni proposte. "In questo senso la ricerca, anche per quanto riguarda il complesso dei problemi sottesi alla nozione di causa del contratto, è solo all'inizio; quanto si è fatto finora e la discussione che ne è se-

guita ha tuttavia l'importanza fondamentale di aver contribuito a farci vedere *dov'è l'inizio*, costituendo così la premessa indispensabile dei successivi sviluppi su cui ora dovremo cominciare a lavorare"²¹.

4. Il reparto di competenze fra legislazione e giurisdizione.

L'ultimo periodo di studio va ancora alla ricerca di una dimensione innovativa fondamentale nel rapporto fra legislazione e giurisdizione. L'una volta a fissare la giuridicità e la meritevolezza di fatti, atti e rapporti, l'altra a bilanciare gli interessi e a "selezionare nell'intero strumentario concettuale del diritto sostanziale, il rimedio più efficiente" per l'effettiva attuazione dell'interesse protetto.

Tutto ciò senza fughe in avanti, fonte di incertezza, ma in base a precise disposizioni che rafforzano il vincolo del precedente (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e d.l. 22 giugno 2012 n. 83 conv. in L. 7 agosto 2012 n. 134) e aprono all'impiego "dei principi di razionalità e proporzionalità come parametri di controllo della correttezza della decisione".

Questi ultimi saggi meritano un'attenta riflessione.

I fenomeni della globalizzazione, *l'acquis communautaire* e le Corti italiane ed europee hanno prodotto "sostanziali modificazioni nel tessuto complessivo del nostro ordinamento" che si allontana dalla sua tradizione per la tendenziale sostituzione della sequenza 'fattispecie, regola e tutela', con una normativa in chiave funzionale, che individua l'interesse protetto e il fine di protezione che in relazione ad esso si deve realizzare, lasciando spesso indeterminato il rimedio che deve o può essere utilizzato a quel fine"²².

Basta pensare al ruolo integrativo e modificativo della buona fede affermato da una giurisprudenza consolidata²³, all'abuso e al diritto ad un rimedio effettivo che emerge dalle norme (artt. 54 e 47 della Carta dei diritti fondamentali) e dalla giurisprudenza interna²⁴ e comunitaria²⁵, autorizzata "a decidere se un diritto, che pur trova la sua fonte in una norma venga esercitato abusivamente".

Tutto ciò determina un "nuovo modo di intendere il tradizionale riparto di competenze" tra legge e giudice affidando alla prima "la selezione degli in-

²¹ ID., *La causa*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, ult. cit.

²² M. NUZZO, *Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti*, in *NDC*, 2016, 1, p. 52.

²³ A partire da Cass. 20 aprile 1994, n. 3775.

²⁴ V. per tutte Cass. Sez. un. 15 novembre 2007, n. 23726.

²⁵ Corte giust. CE, 12 maggio 1998, C-367/96; Corte giust. CE, 23 marzo 2000, C-373/97.

10

teressi rilevanti”²⁶ e al secondo la valutazione comparativa e il loro bilanciamento, al fine di stabilire la prevalenza e la misura della tutela. Superando la fattispecie legale per valutare l'intera operazione negoziale grazie al rilievo del collegamento e del nesso fra le prestazioni²⁷.

Il che per essere credibile, secondo Mario Nuzzo, “deve trovare al suo interno meccanismi capaci di ristabilire, seppure con mezzi diversi, accettabili gradi di certezza” affidati ad un controllo basato su tre criteri: l'idoneità come “necessaria coerenza tra i mezzi impiegati e il fine che si vuole perseguire”; la necessità intesa come scelta della soluzione che comporti “il minimo sacrificio degli interessi incisi”; l'adeguatezza nel commisurare la tutela secondo i principi di proporzionalità e ragionevolezza capaci di realizzare un equilibrio “dinamico e non prefissato in anticipo”, ma controllabile da un vincolo non più della fattispecie ma del precedente²⁸ che emerge da una serie di criteri consolidati e da una serie di disposizioni normative.

In primo luogo la distinzione fra *ratio decidendi* vincolante in casi identici e *obiter dicta* con valore solo persuasivo. In secondo luogo la conformità alla giurisprudenza della Corte di Cassazione quando i motivi del ricorso non offrano “elementi per confermare o mutare l'orientamento” consolidato (art. 360 *bis* c.p.c.) e poi l'inammissibilità dell'appello quando non vi sia una ragionevole probabilità di essere accolto (348 *bis* c.p.c.) e ancora l'obbligo per le sezioni semplici della Cassazione di rimettere alle sezioni unite, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso quando non si ritiene di condividere “il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite” (art. 374, comma 3, c.p.c.).

Questo insieme di regole rafforza “il vincolo verticale del precedente” e “sembra in concreto idoneo ad assicurare, da un lato, una maggiore flessibilità del sistema”, “dall'altro, un'efficiente e rassicurante risposta in termine di prevedibilità e controllabilità delle decisioni”²⁹.

Si può discutere se il compito del legislatore si limiti ad indicare la rilevanza giuridica di un fatto o di un interesse e se alla giurisprudenza resti il compito di individuare, in quel contesto amplissimo, la regola di decisione e la tutela più adeguata. In tal modo si affida un potere molto ampio al giudice nella sua opera “inventiva” e si pone il problema di

come i principi possano essere usati in modo corretto e funzionale allo scopo.

Ma sottesa alle parole dell'Autore c'è la necessità “di un argomentazione attendibile e convincente”³⁰ che vada oltre l'analisi letterale del testo, con un procedere rigoroso che si ponga il problema di convincere e persuadere³¹. Sicché la decisione o l'opinione non può che essere tratta “dal sistema del diritto positivo” e i principi vanno dogmatizzati ossia “messi fuori discussione, stabilizzandoli dopo che su di essi si è formata, attraverso la prassi un accordo intersoggettivo che ne assicuri la razionalità mediante una corretta concettualizzazione e la coerenza con la razionalità complessiva del sistema giuridico”³².

Questa esigenza è alla base di tutti saggi ove il pensiero segue una evoluzione segnata da grandi Maestri.

Francesco Santoro-Passarelli dopo aver seguito un rigoroso metodo positivo ed aver scritto con le *Dottrine generali del diritto civile* un vero breviario del sistema privatistico, utilizzato per decenni dagli operatori e dagli studenti, nel 1981, in un saggio di chiusura di un Convegno messinese, risponde alla domanda posta nel titolo: *Quid juris?*. E le parole sono sorprendenti: il fatto più il consenso generale si fa diritto³³. Con un colpo netto si ripensa il sistema delle fonti e si esclude una gerarchia con al vertice solo il legislatore.

Giuseppe Benedetti dopo aver scritto pagine di raffinata analisi dogmatica, da rileggere ancora come modello di procedimento logico-deduttivo di un ordine dato, negli ultimi decenni della sua lunga attività, rivaluta la interpretazione-attuazione del diritto, esaltando l'ermeneutica non come “approdo” del diritto, ma come vocazione originaria di esso e come dimora del giurista perché “la parola giuridica è già sempre parola ermeneutica. Non si tratta di un rapporto esterno e occasionale ma di assoluta intrinsechezza”³⁴.

³⁰ G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, p. 94, e S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033 ss.

³¹ È questa l'ultima grande lezione di G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, cit., p. 160 ss.

³² L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano 1996, p. VII e il richiamo in G. VETTORI, *Effettività fra Legge e Diritto*, cit., p. 291 ss.

³³ F. SANTORO-PASSARELLI, *Quid juris?*, in ID., *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Padova, 1988, p. 25.

³⁴ Così G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, cit., p. 167. Mi permetto di richiamare anche G. VETTORI, *Dalla dogmatica all'ermeneutica critica. Il percorso di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019.

²⁶ Ciò a partire dalla classica sentenza della Cass. Sez. un. 22 luglio 1999, n. 500.

²⁷ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, pp. 62-64.

²⁸ M. NUZZO, *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, p. 141 ss.

²⁹ M. NUZZO, *op. cit.*, p. 148.

Mario Nuzzo, insomma, non si riconosce in “*un estremismo di centro*”³⁵, ma lascia un messaggio di piena adesione al cambiamento radicale imposto dalla “contemporaneità”³⁶, che non ha più il suo perno nella legge, ma nell’interpretazione, per effetto di un pluralismo e una de-tipizzazione delle fonti che hanno abbandonato una gerarchia verticale del sistema, descritto nell’art. 1 delle Preleggi al codice civile³⁷.

Questa unità nella differenza con lo stile e il pensiero dei suoi Maestri, è un messaggio forte di Mario rivolto a tutto coloro che lo hanno avuto vicino e hanno appreso da Lui una Grande Lezione.

³⁵ Che è considerato il peggior estremismo da J.M. BERGOGLIO, *Evangelizzazione della cultura e inculturazione del vangelo*, Relazione ad un convegno del settembre, 2015, pubblicata in *Civiltà cattolica*, nel novembre 2015.

³⁶ *La contemporaneità del civilista* è il titolo del primo saggio del volume di G. BENEDETTI, *Oltre l’incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, cit., p. 19 ss.

³⁷ V. ora P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, pp. 3 ss., 37 ss., 99 ss.



I ROBOT MEDICI*

Di Giovanni Di Rosa

| 12

SOMMARIO: *1. I sistemi di intelligenza artificiale in medicina. – 2. La robotica medica. Declinazioni tipologiche e ordini di problemi. – 3. La centralità della persona nella relazione di cura e i limiti (etico-giuridici) di utilizzo dell'intelligenza artificiale.*

ABSTRACT. La sempre maggiore diffusione dei sistemi di intelligenza artificiale anche in area medica pone, a fronte degli indubbi vantaggi, ordini di problemi a diversi livelli. La plurima e differente articolazione delle varie tipologie di assistenti robotizzati, soprattutto rispetto al relativo processo di autonomizzazione dal controllo decisionale umano, impone una seria riflessione quanto alla avvertita necessità di assicurare la permanente centralità del paziente nel rapporto con il personale sanitario.

The diffusion of artificial intelligence systems also in the medical area implicates, compared to the undoubted advantages, orders of problems at different levels. The multiple and different articulation of the various types of robotic assistants, especially with respect to the relative process of autonomy from human decision-making control, requires serious reflection as to the perceived need to ensure the permanent centrality of the patient in the relationship with the healthcare staff.



1. I sistemi di intelligenza artificiale in medicina.

La cosiddetta intelligenza artificiale in medicina può essere definita attraverso la declinazione dei comportamenti intelligenti che caratterizzano (o, comunque, possono caratterizzare) l'attività sanitaria, in una progressiva transizione da applicazioni basate su un significativo numero di moli di conoscenza ad applicazioni basate su un significativo numero di moli di dati¹. Essa rappresenta il modello più avanzato (articolato e complesso) dei sistemi (genericamente qualificati come) robotici² e pone interrogativi a diversi livelli, in ragione delle correlate problematiche dal punto di vista etico, giuridico e scientifico³. Sullo sfondo si staglia il tema (più generale) dei rapporti tra diritto e tecnica⁴, rispetto a

cui, con specifico riferimento al problema (probabilmente) più avvertito in ordine alla correlativa concreta incidenza, la questione della decisione robotica assume tratti di estrema complessità, quale «arduo e grave tema, che il giurista affronta con timore o sospetto, quasi che sia in giuoco, al di là del proprio lavoro e dei propri studi, l'integrale rapporto tra l'uomo e la tecnica»⁵.

Rilevata «l'assenza di una definizione univoca di robot sul versante tecnologico»⁶, è altrettanto indubbio che i sistemi robotici, pur nella loro molteplice articolazione, traducono comunque l'artificialità, ossia sono manifestazioni, a livelli differenti, della cosiddetta intelligenza artificiale, in contrapposizione all'umana naturalità⁷. Del resto la stessa ormai ben nota e affermata locuzione «intelligenza artificiale» risulta essere un evidente ossimoro, nella misura in cui, come appropriatamente rilevato, «attribuisce all'"artificiale" qualcosa che è essenzialmente "naturale" in quanto è la prerogativa più gelosa della natura umana: l'intelligenza. E l'ossimoro è piuttosto provocatorio, poiché c'è chi molto seriamente si domanda se la macchina possa essere davvero "intelligente", nel senso in cui questo termine è attribuito alla mente dell'uomo»⁸. In altri termini, la non appropriatezza della terminologia deriva dalla circostanza che «per ora, almeno, alle macchine manca, in senso assoluto, il cervello e, tra le molteplici sue declinazioni, la capacità di discernere, la sensibilità, la morale, il giudizio,

* Lo scritto riproduce, con l'aggiunta delle note, la relazione tenuta al Convegno «SMART. La persona e l'infosfera», Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania, 30.9.2021/1-2.10.2021. Esso costituisce un prodotto del Programma di ricerca di Ateneo UNICT 2020-2022, linea 2, «Nuovi beni, innovazione tecnologica e tecniche di tutela».

¹ Diffusamente C. COMBI-E. KERAVALOU-PAPAILIOU-Y. SHAHAR, *Temporal Information Systems in Medicine*, New York-Dordrecht-Heidelberg-London, 2010.

² Occorre al riguardo ricordare, quantunque parzialmente riferibile al discorso che si sta svolgendo, il Reg. UE 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5.4.2017, relativo ai dispositivi medici, che modifica la dir. 2001/83/CE, il Reg. CE 2002/178 e il Reg. CE 2009/1223 e che abroga le dir. 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio. Il richiamato testo normativo, infatti, pienamente in vigore dal 26.5.2021, nel generale quadro diretto ad assicurare un elevato livello di protezione della salute dei pazienti e degli utilizzatori attraverso la fissazione di standard elevati di qualità e sicurezza, definisce come «"dispositivo medico": qualunque strumento, apparecchio, apparecchiatura, software, impianto, (...) destinato dal fabbricante a essere impiegato sull'uomo, da solo o in combinazione, per una o più delle seguenti destinazioni d'uso mediche specifiche (...) e che non esercita nel o sul corpo umano l'azione principale cui è destinato mediante mezzi farmacologici, immunologici o metabolici, ma la cui funzione può essere coadiuvata da tali mezzi» (art. 2, n. 1). In questo contesto, ove per dispositivo attivo si intende «qualsiasi dispositivo il cui funzionamento dipende da una fonte di energia diversa da quella generata dal corpo umano» anche «il software è considerato un dispositivo attivo» (art. 2, n. 4).

³ Sottolinea, di recente, le diverse implicazioni (scientifiche, economiche e sociali) della robotica E. PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1816 ss. Per specifici approfondimenti sul versante (prevalentemente) giuridico sia consentito il rinvio a G. DI ROSA, *Robot e responsabilità per danni*, in *L'algoritmo pensante. Dalla libertà dell'uomo all'autonomia delle intelligenze artificiali*, a cura di C. Barone, Trapani, 2020, 85 ss.; Id., *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 823 ss.; può altresì farsi riferimento, da ultimo, al volume collettaneo *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2020.

⁴ Per una aggiornata disamina delle questioni di rilievo può consultarsi A. SANTOSUOSSO-M. TOMASI, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, 3ª ed., Milano, 2021.

⁵ N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1180 s.

⁶ E. PALMERINI, *op. cit.*, 1825.

⁷ Sul rapporto (sotto il profilo ontologico) tra naturale, artificiale e tecnologico, A.G. BIUSO, *Artificiale*, in *Dizionario di bioetica*, a cura di G. Vittone, Catania, 2012, 43 s.; pone l'accento sull'ambivalente rapporto dell'uomo contemporaneo con la tecnica F. D'AGOSTINO, *Tecnomorfismo*, in Id., *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Torino, 2011, 207 ss., proprio muovendo dal significato etimologico della parola *techne*, che in greco per l'appunto indica l'artificio. Le indagini sulle relazioni (per contrapposizione o per corrispondenza) tra l'uomo e le macchine (più o meno) «intelligenti» sono al centro delle risalenti riflessioni di G. TADDEI ELMI, *I diritti dell'«intelligenza artificiale» tra soggettività e valore: fantadiritto o ius condendum?*, in *Il meritevole di tutela. Studi per una ricerca coordinata da Luigi Lombardi Vallauri*, Milano, 1990, 685 ss.; più di recente, in maniera sostanzialmente corrispondente al pregresso contributo, Id., *Introduzione alle lezioni su Roboetica. Dall'algoritmo all'umanoide*, in *Atti e memorie dell'Accademia Toscana di Scienze e Lettere "La Colombaria"*, LXXXII (2017), Firenze, 2018, 323 ss.

⁸ P. MELLO, *Intelligenza artificiale*, in *Dizionario interdisciplinare di Scienza e Fede*, 1, a cura di G. Tanzella-Nitti e A. Strumia, Roma, 2002, 767; sottolinea, da ultimo, il carattere condizionante dell'utilizzo del termine «intelligenza» G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2020, 724, rilevando che «già utilizzare questo termine induce a sviluppare la narrazione in termini antropomorfi».

l'equità, la discrezionalità»⁹. Proprio la tradotta diversità rispetto all'umano viene espressa, nella rappresentazione consegnata al mondo tecnologico attuale, sottolineando che i robot «sono rimasti agenti artificiali che svolgono alcuni compiti al posto nostro e lo fanno in maniera autonoma»¹⁰.

14 Al di là della non generalizzata condivisione, dal punto di vista descrittivo, della individuazione dell'agire robotico quale sostitutivo dell'agire umano¹¹, si tratta comunque di una prospettiva ricostruttiva che mette in risalto la peculiarità dei robot (nella versione tecnologicamente più avanzata) e la corrispondente differenza dagli altri congegni meccanici (genericamente) automatizzati. In particolare, poi, per quanto attiene alle relative applicazioni in campo medico si sottolinea, di pari passo alle riflessioni etiche e regolative, un progressivo sviluppo del mercato rispetto all'attività di produzione e alla corrispondente messa in circolazione di sistemi (più o meno sviluppati) basati sull'intelligenza artificiale; parallelamente, tuttavia, si segnala il rischio che gli stessi possano talora generare aspettative illusorie e fuorvianti, sia per gli operatori sanitari sia per i pazienti. Quanto a quest'ultimo rilievo il riferimento è, in particolare, ai recenti *software* per la diagnosi "automatica" di Covid-19 con la tomografia computerizzata (TC) del torace, che si sono rivelati, alla prova dei fatti, utili strumenti di supporto alla diagnosi, ma di certo non sostitutivi dei tamponi molecolari, come pure ipotizzato all'inizio¹². Così come pure la sempre più crescente diffusione dei sistemi di robotica medica nella quotidiana prestazione di servizi nelle strutture sanitarie (pubbliche e private) pone, come a breve si proverà a evidenzia-

⁹ S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 2018, 1787.

¹⁰ P. DUMUSCHEL-L. DAMIANO, *Vivere con i robot. Saggio sull'empatia artificiale*, Milano, 2019, 11, richiamando la trasposizione della parola da un dramma teatrale del 1920 che designa uno scenario fantascientifico; riferisce il carattere originario del termine e la successiva accezione moderna C. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 1236, nt. 1; altresì A. SANTOSUOSSO-C. BOSCARATO-F. CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 494 ss. e spec. 497 ss.

¹¹ Si tratta del rilievo critico di A. SANTOSUOSSO-C. BOSCARATO-F. CAROLEO, *op. ult. cit.*, 498, in ragione della esistenza di robot che hanno abilità anche superiori a quelle dell'uomo (come nel caso dei droni).

¹² In termini A. LAGHI, *Caution about radiologic diagnosis of COVID-19 infection driven by artificial intelligence*, in *Lancet Digit Health*, 2020, May, 2 (5): e225; da M. ROBERTS-D. DRIGGS-M. THORPE e altri, *Common pitfalls and recommendations for using Machine Learning to detect and prognosticate for COVID-19 using chest radiographs and CT scans*, in *Nature Machine Intelligence*, 3, 2021, 199 ss., si rappresenta al riguardo la necessità di una particolare attenzione, dovendosi procedere in modo molto rigoroso prima di adottare tali sistemi nella pratica clinica.

re, gli ordinari (ma allo stesso tempo nuovi) problemi in ordine ai connessi profili di responsabilità (ossia rispetto ai danni al paziente), sia retrospettiva (per quanto cioè già accaduto) sia prospettiva (per quanto cioè può nel futuro accadere)¹³.

2. La robotica medica. Declinazioni tipologiche e ordini di problemi.

All'interno del quadro (assolutamente) generale ora tracciato si inserisce quella che potrebbe definirsi la declinazione tipologica, ossia una rappresentazione descrittiva dei diversi modelli robotici alla quale corrisponde una distinta articolazione sia in termini di configurazione giuridica sia in termini di correlativa organizzazione dei differenti tipi di problemi che la stessa pone all'interprete. In buona sostanza le questioni sollevate dall'introduzione dei sistemi robotici vanno rapportate alla relativa tipologia e alle corrispondenti differenziazioni strutturali e funzionali.

Il discorso può allora svilupparsi su due piani, l'uno rispetto a una possibile distinzione di carattere generale, l'altro rispetto a una possibile distinzione di carattere specifico o, se si preferisce, interna all'ambito medico, ossia applicata a questo specifico settore di utilizzo. Può dunque anzitutto recepirsi quella distinzione, prospettata in occasione di una recente analisi, tra robot tele-operati, robot autonomi e robot cognitivi¹⁴. I primi, infatti, sono sostanzialmente semplici strumenti nelle mani di un operatore che dunque li controlla dal punto di vista delle azioni da intraprendere e intraprese; i secondi, invece, sono in grado di svolgere il compito affidato e programmato in assenza di intervento umano durante la fase attuativa ed esecutiva, con una (differenziabile) autonomia (di comprensione e di azione) che consente loro di rapportarsi con l'ambiente in cui operano, sia pure con qualche distinguo tra capacità di limitata reazione e capacità di integrale percezione; i terzi, infine, sono ritenuti capaci di comportamenti cosiddetti intelligenti, nella misura in cui è ravvisabile una maggiore autonomia, agguinandosi alla rappresentazione interna del conte-

¹³ Si richiama in merito da E. DATTERI, *Danni senza anomalie: questioni di responsabilità nella robotica medica*, in *Inf. dir.*, 2010, vol. 36, 60, «il caso di un paziente che, nel 2005, ha fatto causa a un ospedale americano e alla ditta costruttrice del sistema robotico chirurgico Da Vinci per un danno fisiologico che, a suo avviso, era stato causato da un malfunzionamento del robot», pur facendosi presente che, nel caso esaminato, non si rilevano particolari problemi, ossia nuovi o differenti da quelli sollevati dai danni arrecati da qualsiasi dispositivo elettrico o elettromeccanico.

¹⁴ Il riferimento è ad A. SANTOSUOSSO-C. BOSCARATO-F. CAROLEO, *op. cit.*, 498 s.

sto esterno il possibile adattamento alla mutevolezza dell'ambiente medesimo.

A questa differenziazione, per così dire, dai tratti generali, può affiancarsi una distinzione applicativa nel settore qui di interesse, articolata a sua volta in ragione della destinazione funzionale del sistema robotico. Si distingue pertanto tra una robotica clinica, una robotica riabilitativa e una robotica assistenziale¹⁵. Le così indicate (diverse) tipologie robotiche possono anche tradurre una differente graduazione qualitativa, segnando (o potendo segnare) il passaggio dal sistema (meramente) meccanico al sistema (compiutamente) intelligente¹⁶. Al riguardo, infatti, l'instaurabile rapporto tra la dimensione fattuale (di che tipo di sistema robotico si sta discutendo), la corrispondente qualificazione giuridica (come il diritto si pone in termini categorizzanti rispetto alle differenti tipologie robotiche) e la conseguenziale attribuzione dei profili di responsabilità (chi risponde per che cosa) costituisce un appropriato modo di procedere dal punto di vista del metodo di indagine.

Con riferimento alla robotica clinica possono segnalarsi sia sistemi clinico-medici sia sistemi clinico-chirurgici, in ragione della loro destinazione, rispettivamente, alla osservazione e allo studio diretto del paziente e al corrispondente trattamento terapeutico non chirurgico (per l'appunto medico), oppure al trattamento terapeutico chirurgico (dunque interventistico). Al primo gruppo e alla correlativa tipologia appartiene, ad esempio, il sistema robotico *Cyberknife*, utilizzato nel settore della radioterapia cosiddetta chirurgica (o radiochirurgia), la cui denominazione (apparentemente in contrasto con la distinzione in precedenza prospettata) si deve non tanto alla realizzazione di un intervento chirurgico effettivo (il che non è) quanto piuttosto perché si rende possibile un risultato simile (quanto a precisione) a una procedura chirurgica reale (caratterizzata dall'incisione chirurgica) attraverso una o (normalmente) più sessioni di trattamento radioterapico. Si tratta dunque di uno strumento di avanzata tecnologia in ambito oncologico, che si affianca alle già consolidate pratiche chirurgiche, farmacologiche e radioterapiche, deputato a inviare una dose elevata di radiazioni ionizzanti di elevata poten-

za, centrati in modo assai preciso sul tumore, sulle lesioni o sulle altre aree da trattare con un (eventuale) minimo effetto (di gran lunga inferiore rispetto alla radioterapia tradizionale) sui tessuti sani circostanti.

Al secondo gruppo e alla correlativa tipologia appartiene, invece, il robot medico *Da Vinci Surgical System*, l'apparato più avanzato nel campo della chirurgia mini-invasiva¹⁷. Si tratta di un robot che opera attraverso comandi a distanza da parte di un chirurgo il quale siede alla *console*, ossia utilizza uno strumento di controllo per gestire da remoto i movimenti del sistema robotico, azionandone così i relativi bracci meccanici su cui sono montati gli strumenti operatori. All'elevatissimo costo, non solo in termini di acquisto ma anche di manutenzione e, altresì, di formazione del personale sanitario, corrispondono diversi vantaggi, in particolare quelli derivanti dalla ridotta invasività e dalla maggiore precisione.

Con riferimento alla robotica riabilitativa può richiamarsi, tra gli altri, il sistema *Lokomat*, un esoscheletro robotizzato destinato ad assicurare il recupero della funzionalità degli arti inferiori. Esso consente al paziente, attraverso un sistema di imbracature che lo tengono eretto, movimenti delle gambe su un *tapis roulant* attraverso gli arti robotici a cui vengono fissati gli arti inferiori, sulla base di schemi motori corrispondenti a quelli della ordinaria e naturale locomozione¹⁸.

Con riferimento, infine, alla robotica assistenziale può aversi riguardo a tutti quegli strumenti automatizzati, sempre più numerosi, destinati a svolgere le attività infermieristiche comuni (con una significativa riduzione dei carichi di lavoro per il relativo personale) ma anche diretti, più in generale, ad assicurare adeguati servizi alla persona. Proprio rispetto a quest'ultimo settore e a quest'ultimo tipo di attività può richiamarsi il robot umanoide *Pepper* (traduzione di pepe, peperoncino, facendo riferimento, per traslato, al brio e alla vitalità), che presenta tratti di significativa interattività; esso è infatti in grado di muoversi nell'ambiente circostante (spostandosi sulle rotelle), riconoscere un viso umano e percepire (tramite appositi sensori) le emozioni delle persone con cui entra in relazione. In particolare, in alcune strutture sanitarie tale robot è stato destinato, all'interno dei reparti pediatrici, a supporto delle fi-

¹⁵ Si mutua qui la rappresentazione fornita, da ultimo, da C. IAGNEMMA, *I 'robot medici': profili problematici in tema di alleanza terapeutica e di responsabilità penale*, in *Corti supreme e salute*, 2020, n. 2, 1 ss.

¹⁶ Si tratta di una prospettiva che, in termini generali, viene tradotta nel distinguo in ragione del modo attraverso cui, sulla base del tipo di macchina utilizzata (più o meno "intelligente"), si ottiene il risultato decisionale rispetto ai tipi di problemi affidati alla soluzione robotica; per indicazioni in tal senso S. AMATO, *Biodiritto 4.0. Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Torino, 2020, 87.

¹⁷ Indicazioni, e specifica bibliografia di riferimento, in E. DATTERI, *op. cit.*, 71 ss.; altresì C. IAGNEMMA, *op. cit.*, 4 s.

¹⁸ In merito E. DATTERI, *op. ult. cit.*, 62 ss., rilevando la possibile diversità degli esercizi motori attivi (anche in opposizione e contrasto ai movimenti del paziente); nonché C. IAGNEMMA, *op. ult. cit.*, 5 ss., che richiama, accanto alla robotica riabilitativa (con riferimenti ai robot deputati ad affiancare e sostenere soggetti con disturbi mentali o studenti con bisogni educativi speciali), anche quella protesica.

16 In questo complessivo quadro riepilogativo (certo non esaustivo quanto alle possibili catalogazioni) si inseriscono ordini di problemi distinti, anche in ragione della differente tipologia dei sistemi robotici medicali sopra menzionati. Possono infatti evidenziarsi problematiche relative ora al diverso grado di incidenza della macchina nel rapporto con il paziente (e tra il sanitario e il paziente medesimo); ora alla maggiore o minore efficacia del ricorso a tali strumenti rispetto all'attività dell'uomo; ora, infine, alle questioni in tema di responsabilità derivanti dal relativo utilizzo (più o meno pericoloso). In buona sostanza, se si volesse operare una massima semplificazione (che, in quanto tale, può risultare eccessiva ma, probabilmente, di una qualche efficacia espositiva), si potrebbe distinguere tra ordini di problemi che afferiscono al tema (prevalentemente, ma non esclusivamente, etico) dell'interazione umana con i sistemi robotici (e, dunque, dei rapporti così instaurati tra la macchina e il paziente) e ordini di problemi, strettamente correlati ai primi quantunque distinti, che attengono al tema delle possibili conseguenze dannose derivanti dall'utilizzo della robotica (sia normalmente, ossia in via di ordinario funzionamento, sia inusualmente, ossia in presenza di anomalie degli strumenti adoperati).

Del resto, lo stesso passaggio (in una sempre più peculiare articolazione) dal carattere meramente strumentale del mezzo robotico al ben diverso tratto sostanzialmente decisionale del sistema automatizzato "intelligente" determina una diversa considerazione e valutazione delle summenzionate problematiche. È sufficiente al riguardo richiamare l'attenzione sulla evidente differenza che intercorre, ad esempio, tra un'attività automatizzata diretta alla acquisizione e conservazione di dati sanitari e quella rivolta al successivo utilizzo degli stessi con funzioni decisionali terapeutiche, in un percorso che dunque si snoda pur sempre (ma certo con indubbie diversità) attraverso sistemi robotici¹⁹. Così come,

¹⁹ Le questioni correlate alle (sempre più sofisticate) tecniche di acquisizione e raccolta di dati, con particolare riferimento (certo non esclusivo) all'area medico-sanitaria, sono ormai oggetto di attenta analisi all'interno del complesso fenomeno dei cosiddetti *Big Data*. Per taluni recenti approfondimenti, di carattere generale, A.C. DI LANDRO, *Big Data. Rischi e tutele nel trattamento dei dati personali*, Napoli, 2020; specificamente, per quel che in questa sede rileva, A. MARCHESE, *Profili civilistici dell'information technology in ambito sanitario*, Napoli, 2021; da ultimo, altresì, I. RAPISARDA, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali. Verso il superamento del paradigma*

allo stesso modo, la diversa tipologia robotica implica, rispetto al relativo inquadramento giuridico ai fini della corrispondente responsabilità, differenti gradi di rischio (certamente maggiore per i dispositivi invasivi a uso chirurgico o in contatto con il sistema nervoso centrale).

Dunque, da un lato, questioni di efficienza, non soltanto in termini quantitativi ma, altresì, qualitativi, con chiare ricadute in termini etici quanto alla relativa incidenza sul rapporto con il paziente; dall'altro, questioni di responsabilità, in un contesto oggi caratterizzato, proprio su questo specifico versante, dalla Proposta di regolamento della Commissione europea del 21 aprile 2021, sull'approccio europeo all'intelligenza artificiale, espressione del primo quadro giuridico europeo in quest'ambito²⁰. In disparte, allora, gli ordini di problemi in tema di responsabilità, la cui disamina esula da questo contributo, si farà qui di seguito riferimento, sia pure in maniera sommaria, agli aspetti etici sopra menzionati, connessi all'utilizzo dei sistemi robotici destinati alla medicina.

3. La centralità della persona nella relazione di cura e i limiti (etico-giuridici) di utilizzo dell'intelligenza artificiale.

Proprio sul richiamato rapporto uomo-macchina sono possibili alcune ulteriori riflessioni in ragione della peculiarità, già evidenziata, del contesto (per l'appunto sanitario) nel quale lo stesso si inserisce. Al riguardo, infatti, la da più parti segnalata rifles-

privatistico?, in *Europa dir. priv.*, 2021, 301 ss. e V. CAREDDA, «Solo il divino è totale nel sorso e nella briciola». *Spunti sistematici in tema di materiali e campioni biologici*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, 25 ss.

²⁰ Commissione europea, *Proposal for a Regulation of the european Parliament and of the Council. Laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts*, 21 aprile 2021, COM (2021) 206 final; la normativa dovrà essere approvata dagli Stati membri e dal Parlamento europeo e la relativa entrata in vigore non sarà prima del 2023. Si tratta di un percorso il cui completamento è stato preceduto, in particolare per quel che in questa sede rileva, dalla Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, *Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità*, 19 febbraio 2020, COM (2020) 64 final e dal documento elaborato dalla Commissione europea, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, 19 febbraio 2020, COM (2020) 65 final, su cui, per le soluzioni ivi prospettate e sui correlativi ordini di problemi, U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità. La strategia della Commissione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1246 ss. e spec. 1274 ss.; altresì Ar. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 1344 ss. e spec. 1353 ss.

sione etica si coniuga con i profili tecnologici che qui vengono in considerazione in ordine ai pericoli dell'interazione umana con i sistemi robotici²¹. Il riferimento è, in particolare e per quel che in questa sede merita attenzione, non tanto ai possibili pregiudizi a seguito di comportamenti dannosi rispetto al funzionamento della macchina quanto piuttosto alle conseguenze del relativo utilizzo sul (tradizionale) rapporto tra medico e paziente. Si tratta, in buona sostanza, di affrontare un ordine di problemi che non attiene alla sicurezza (pur non di secondaria importanza) rispetto all'impiego e alla fruizione del sistema robotico ma che verte sulla necessità di continuare a preservare la centralità della persona nella relazione di cura, nel quadro di un rapporto affidato a un sempre più complesso e articolato modello organizzativo di gestione. Occorre, dunque, seriamente interrogarsi sul possibile rischio, incrementato dalla sempre più diffusa cedevolezza a prospettive di massima efficienza, di assegnare ai sistemi automatizzati (proprio perché qualificati o ritenuti "intelligenti"), nel contesto della prestazione delle cure, compiti propri ed esclusivi del personale medico in ragione di specifiche abilità correlate alla dimensione umana della relazione con il paziente²².

Deve in merito preliminarmente avvertirsi che il nostro legislatore, di recente, ha compiuto una precisa scelta di campo, che non può risultare indifferente rispetto alle questioni oggetto in questa sede di analisi. Il riferimento è alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, rispetto alla quale è diffuso il convincimento che alla stessa debba certamente riconoscersi il merito di avere contribuito a rafforzare, nei rapporti tra vita e diritto, la centralità della persona²³.

²¹ Il problema etico correlato agli sviluppi delle tecnologie robotiche è presente, ad esempio, in E. DATTERI, *op. cit.*, 61, quantunque principalmente riferito ai danni da funzionamento (appropriato o meno).

²² Alla dimensione umanistica del sapere medico si richiama C. IAGNEMMA, *op. cit.*, 14, riprendendo le sollecitazioni di dottrina specialistica.

²³ L'approdo normativo chiude l'annoso e acceso dibattito su cui la disciplina di legge è intervenuta, temendosi sino all'ultimo (ossia dopo l'approvazione alla Camera dei Deputati il 20 aprile 2017 e in relazione al successivo passaggio al Senato della Repubblica), come evidenziato, all'interno di un compiuto percorso ricostruttivo del difficile iter parlamentare, da P. ZATTI, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 3 ss., che riprendesse «la via crucis: l'incerto e temibile passaggio al Senato; le diverse proporzioni politiche, le aspre reazioni che non lasciano prevedere un clima migliore, ma semmai una battaglia più insistente» (p. 23). Per una prima disamina del testo approvato in via definitiva si rinvia, tra diversi, ad A. NICOLUSSI, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: il problema e le risposte della legge*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2018, 57 ss.; M. AZZALINI, *Legge n.*

Si è dunque così pervenuti, per quel che qui può rilevare, a una disciplina normativa della relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente²⁴, per come espressamente menzionata nell'art. 1, 2° co., l. n. 219/2017; tale previsione, infatti, riveste un evidente carattere programmatico rispetto allo stesso significato che la suddetta relazione presenta nel più generale contesto normativo di riferimento²⁵. Occorre dunque tenere nella debita considerazione la specifica attenzione di cui risulta destinatario il rapporto tra medico e paziente, quale espressione e realizzazione di quella (insostituibile) dimensione relazionale, caratterizzata dai tratti contenutistici della cura e della fiducia e che il legislatore assume il compito di promuovere e valorizzare.

Un qualche chiarimento può, anzitutto, essere dedicato alla terminologia utilizzata, laddove, rispetto alla cura, può mutarsi quanto espressamente richiamato di recente dai giudici amministrativi (a proposito della vicenda di Eluana Englaro) a cui avviso «La "cura" non è più (...) un principio autoritativo, (...) ma si declina e si struttura secondo un fondamentale *principium individuationis* che è espressione del valore personalistico tutelato dalla Costituzione, in base ai bisogni, alle richieste, alle

219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative, in *Resp. civ. prev.*, 2108, 8 ss.; M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *BioLaw Journal – Rivista di Bioritto*, n. 1/2018, 121 ss. e spec. 135 ss.; G. FERRANDO, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 47 ss.; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 247 ss.; M. BIANCA, *La legge 22 dicembre 2017 n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Famila*, 2018, 219 ss.; R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium iuris*, 2018, 689 ss.; nonché al contributo collettaneo, in termini di articolato commento della disciplina di legge, *Le nuove disposizioni in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (l. 22 dicembre 2017, n. 219)*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2019, 3 ss.

²⁴ Per la cui (sia pur breve) disamina sia consentito il rinvio a G. DI ROSA, *La relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2019, 27 ss.

²⁵ La centralità della relazione di cura e di fiducia è evidenziata anche da M. PICCINNI, *op. ult. cit.*, 137. Sull'autonomia della relazione di cura, il cui obiettivo è quello di aiutare la persona malata a definire e realizzare il miglior progetto di vita per se stessa, attraverso un percorso di decisioni condivise, può leggersi il documento elaborato dalla Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI), *Disposizioni anticipate di trattamento, consenso informato e pianificazione condivisa delle cure*, in *Bioetica*, 2017, 404 ss.; in termini, altresì, il testo elaborato dalla Fondazione Cortile dei Gentili, *Linee propositive per un diritto della relazione di cura e delle decisioni di fine vita*, *ivi*, 2017, 393 ss., specificandosi che la relazione di cura deve perseguire la salute del paziente, intesa come il migliore stato di benessere fisico, psichico, relazionale conseguibile dalla persona curata nelle condizioni date.

aspettative, alla concezione stessa che della vita ha il paziente»²⁶; mentre, rispetto alla fiducia, la relativa radice etimologica (ossia l'originaria *fides*) indica un affidamento che, nello specifico contesto relazionale (ordinariamente e, forse, naturalmente) asimmetrico²⁷, trova proprio grazie alla fiducia una composizione non gerarchica (tra medico e paziente) perché quest'ultima «contribuisce a *escludere qualsiasi riduzionismo tecnico* del termine "cura"»²⁸.

Si tratta pertanto di un approccio o, forse meglio, di un approdo da parte del legislatore che prende in seria considerazione, facendone per l'appunto oggetto di una disciplina regolativa (a partire dalla relativa presa d'atto), un tipo di rapporto ove assume rilevanza centrale l'aspetto comunicativo. In tal senso, infatti, depone la previsione contenuta nell'art. 1, 8° co., l. n. 219/2017 secondo cui «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura», ove l'instaurata corrispondenza traduce in maniera ineludibile la intrinseca valenza della relazione comunicativa rispetto alla funzionalizzazione curativa²⁹.

Ora, muovendo dal dato che comunicare significa, propriamente, mettere qualcuno a parte di qualcosa e, più specificamente per quanto qui rileva, essere in rapporto scambievole con qualcuno³⁰, non può disconoscersi la necessaria connotazione etica di questo peculiare tipo di comunicazione; ciò importa, per un verso (e in positivo), l'adesione al corrispondente carattere interpersonale di tale processo (che impone di riconoscere l'altro come persona) e, per altro verso (e in negativo), l'impossibilità di limitare la comunicazione a una mera informazione

(il che tradirebbe la stessa valenza etimologica della terminologia utilizzata)³¹.

Il tratto essenziale di una comunicazione significante, in grado cioè di non rendere estraneo (e, dunque, non appropriato) il processo comunicativo, viene individuato in uno svolgimento caratterizzato, attraverso l'utilizzo di un linguaggio adeguato, da un doppio binario (traducendo alcune delle coordinate fondamentali della comunicazione tra medico e paziente), quello cioè del comprendere (in sintonia, per il tramite dell'ascolto, con l'interlocutore) e quello dello spiegare (sia per far capire sia per indurre un cambiamento nell'interlocutore)³². Solo un'adeguata attenzione a una delle esigenze fondamentali dell'essere umano, per l'appunto il comunicare, può dunque consentire a tale processo appropriata efficacia e potere curativo (rappresentando ciò, propriamente, l'obiettivo legislativo, pur indicato in termini descrittivi), in quanto diretto ad assicurare la necessaria piena umanità della relazione terapeutica³³, nella quale, come consapevolmente avvertito, «la personalizzazione della cura implica l'incontro tra il sapere su di sé del paziente e il sapere professionale del medico»³⁴.

In tal senso, allora, non può non condividersi il rilievo di chi, in ordine alla specifica questione della comunicazione, evidenzia la non necessaria corrispondenza tra una comunicazione diseguale (ossia all'interno di un rapporto autorità-subordinazione) e una comunicazione disomogenea (ossia in ragione della competenza, presente in colui che parla e assente in colui che ascolta), atteso che «la disomogeneità della comunicazione indotta dal suo tessuto tecnico non genera alcuna subordinazione»³⁵, dovendosi dunque evitare posizioni di dominanza potestativa (da parte del medico) e di contestualizzata soggezione (da parte del paziente). È dunque possibile assicurare il riconoscimento della competenza medica senza per questo annichilire la posizione del paziente, rappresentando la dignità dell'essere uma-

²⁶ Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 74, pur comunque evidenziando l'insostituibile ruolo del medico nella selezione e corrispondente attuazione delle opzioni curative appropriate rispetto al caso di specie; per il relativo commento v. R. FERRARA, *Il caso Englaro innanzi al Consiglio di Stato*, *ivi*, 2015, II, 11 ss.

²⁷ La necessaria asimmetria dell'alleanza terapeutica è rilevata da S. STEFANELLI, *Status di paziente e disciplina del fine vita*, in *Diritto e processo*, 2017, 114, in ragione della professionalità di una delle parti coinvolte nel rapporto, richiamando sul punto F. D'AGOSTINO, *Un magistero per i giuristi. Riflessioni sugli insegnamenti di Benedetto XVI*, Cinisello Balsamo, 2011, 108 ss.

(28) P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge*, cit., 248.

²⁹ Sulle diverse prospettive, anche in ordine ai rapporti tra tratti e modalità della comunicazione e profili della cura, che formano oggetto di analitica rappresentazione in ambito bioetico, diffusamente, L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, Torino, 2017, 9 ss.

³⁰ In tal senso I. CARRASCO DE PAULA, *La comunicazione medico-paziente: elementi per una fondazione etica*, in *Medicina e Morale*, 2002, 609.

³¹ Il rischio dell'impoverimento del processo comunicativo (come se fosse solo una tecnica quantunque appaia tecnicificabile) è segnalato, già, da I. CARRASCO DE PAULA, *op. ult. cit.*, 610 ss., il quale indica un radicale mutamento di prospettiva rispetto alla medicina classica, in cui predominava il medico.

³² Indicazioni in tal senso in V. CAGLI, *La comunicazione tra medico e paziente*, in *L'arco di Giano*, 2004, n. 41, 69 ss.

³³ È l'auspicio di P. ZATTI, «Parole tra di noi così diverse». *Per una ecologia del rapporto terapeutico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 150, al termine di una disamina in punto di metodo quanto al tema del consenso al trattamento medico; di parallela evoluzione di una relazione umana e comunicativa discute A. VALLINI, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del "fine vita"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1150 ss.

³⁴ A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quad. cost.*, 2010, 276.

³⁵ P. ZATTI, «Parole tra di noi così diverse», cit., 144.

no il tratto caratterizzante la relazione di cura e, prima ancora, ogni relazione sociale³⁶.

In un contesto di tal fatta e all'interno di un panorama caratterizzato, come si è tentato (sia pure brevemente) di riassumere, dall'accento sempre più marcato sulla significativa rilevanza della relazione interpersonale, si comprendono appieno le riserve in ordine alla possibilità di affidare a un sistema robotico, per quanto sofisticato e "intelligente", la gestione del rapporto con il paziente. In altri termini, solo la fisicità, ossia il medico in carne e ossa, sembra potere assicurare in termini di assoluta necessità (non solo concettuale ma concretamente operativa) quel bisogno di umanità la cui soddisfazione costituisce piena attuazione della relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente. Da un lato, infatti, la irripetibile individualità del paziente, dall'altro, la insostituibile presenza professionale (e, prima ancora, personale) del medico, traducono le coordinate fondamentali di una relazione (che è, deve essere) pienamente di senso, profondamente intrisa di quei tratti che possono essere propri solo dell'essere umano che, pur con tutti i suoi limiti, risulta ancora di assoluta insostituibilità in una dimensione che non sia meramente seriale e tecnicamente (o tecnologicamente) reiterativa (ben possibile, invece, a livello dell'automazione, pur con caratteri di assoluta autonomia).

In questa direzione, appropriatamente, la recente posizione assunta dal gruppo misto costituito dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) e dal Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita, proprio con specifico riferimento all'impatto dell'intelligenza artificiale (IA) nella relazione paziente-medico, rappresenta, per un verso, l'utilità del ricorso ai sistemi di intelligenza artificiale ma, per altro verso, ne significa il ruolo ancillare, rilevando in particolare che «la macchina non potrà sostituire l'umano in una relazione che si costruisce sull'incontro di ambiti complementari di autonomia, competenza e responsabilità. (...) Se la relazione di cura va configurata come relazione di fiducia, oltre che di cura (legge

219/2017), va preservato un ruolo sostanziale del "medico umano" in quanto unico a possedere le capacità di empatia e di vera comprensione, che non possono essere espresse dall'IA e che sole possono rendere reale un tale rapporto»³⁷.

³⁶ Lo ricorda F. CEMBRANI, *La dignità umana come 'misura' della relazione di cura (e ... sulla necessità di dare ad essa uno statuto post-metafisico ... sostanzialmente umano)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 11 ss.; diffusamente, al riguardo, Id., *Quando la medicina diventa misericordia. Ridare senso alla relazione di cura*, Genova, 2015, recensito da E. GRECO, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 884 ss.; rispetto e tutela della persona umana sono indicati da F. ALCARO, *La relazione di cura come rapporto giuridico. I dilemmi di fine vita*, ivi, 2016, 1194, quali regole generali della complessa attività al cui interno rientra la prestazione medica; già, in precedenza, P. ZATTI, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 377 ss., rinvenendo nella dignità dell'uomo l'unico valore veramente non negoziabile.

³⁷ Parere *Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici*, 29.5.2020, 10, in www.bioetica.governo.it.

CONSUMERISMO ED EFFETTI DELLA NEOLINGUA NEL SETTORE IMMOBILIARE

| 20 Di Manolita Francesca

SOMMARIO: 1. *Mediazione contrattuale vs. storia e contro-storia dell'intermediazione immobiliare: la lente della giurisprudenza (Cass., 18 settembre 2020, n. 19565).* – 2. *Consumerismo, evoluzione della neolingua e superfetazione della giurisprudenza.* – 3. *Ritorno alla funzione del rischio nel contratto di mediazione.* – 4. *Assunzione del rischio dell'intermediario e provvigione.* – 5. *Mediazione e mandato: termini di qualificazione.* – 6. *Abusi terminologici e dimensione funzionale del contratto nella intermediazione immobiliare.*

ABSTRACT. *La sentenza Cass., 18 settembre 2020, n. 19565 fa da contrappunto a una narrazione delle vicende attuali dell'intermediazione immobiliare, questa minacciata dalla terminologia e dai rimedi del mercato dei beni di consumo. Il contributo ripercorre gli elementi fondanti il contratto di mediazione, nella sua dimensione codicistica, e le prassi invalse nella pratica del mercato immobiliare per aprire a soluzioni qualificatorie più aderenti alle esigenze di tutti i protagonisti del peculiare sistema.*

The Court of Cassation judgment, 18 September 2020, n. 19565 offers an opportunity for a story of the current events of real estate brokerage, threatened by the terminology and remedies of the consumer goods market. The contribution traces the elements of the brokerage business, in Civil Code, and the practices established in the real estate market to open to solutions closer to the needs of all the protagonists of the particular system.



1. Mediazione contrattuale vs. storia e contro-storia dell'intermediazione immobiliare: la lente della giurisprudenza (Cass., 18 settembre 2020, n. 19565).

La sentenza della Cassazione n. 19565 del 2020¹, in materia di mediazione contrattuale, racconta la più classica storia dell'intermediazione immobiliare, una come tante², nella quale viene collegato il pagamento della provvigione all'esercizio del diritto di recesso da parte del soggetto intermediato. La Corte di Cassazione, nella specie, conclude che:

«la clausola contrattuale, che riconosce il diritto al compenso in via automatica, se svincolata dall'effettivo svolgimento dell'attività di ricerca dei terzi interessati all'affare e delle attività ad esse propedeutiche, conduce al risultato di costituire, a favore dell'agente immobiliare una rendita di posizione, andando ad incidere negativamente sull'equilibrio contrattuale nel rapporto tra professionista e consumatore espressamente previsto dall'art. 33 del Codice del Consumo».

La Corte ancora aggiunge:

«la valutazione in concreto dell'attività svolta impedisce che il diritto alla provvigione da parte del mediatore possa essere svincolato dallo svolgimento di qualsiasi controprestazione, determinando inevitabilmente non tanto uno squilibrio nelle prestazioni ma addirittura l'assenza della prestazione».

In conclusione, è centrale, secondo la Corte, il sindacato sull'equilibrio contrattuale «che costituisce uno dei cardini dell'operazione ermeneutica in materia di contratto concluso con il consumatore».

È sufficiente iniziare da quest'ultima affermazione per scorgere gli effetti della neolingua fondata sul sintagma professionista/consumatore e la sua capacità di erosione dei concetti. La Corte, infatti, assume come centrale il sindacato in ordine all'equilibrio delle prestazioni, reputato doveroso in materia di regolamenti consumeristici, e compie un salto logico: non ha memoria che nel contratto di mediazione la nascita del diritto alla provvigione è conseguente soltanto alla conclusione del contratto intermediato e che l'attività mediatrice è di per sé discrezionale.

È certamente incontestabile che, nel caso oggetto della controversia, la clausola contrattuale stabilisca

che il diritto di ciascuna parte di recedere anticipatamente dall'accordo sia legata alla «corresponsione, in favore dell'altra, di un corrispettivo pari all'1% del prezzo di vendita dell'immobile, stimato in complessivi Euro 410.000,00».

Tuttavia, la formulazione adottata rende evidente che si tratta di pagamento di una provvigione, rapportata com'è al valore commerciale dell'immobile anziché al corrispettivo dell'attività esercitata. La distanza tra provvigione e corrispettivo e la relativa ricaduta sulle discipline di interposizione soggettiva rende non centrata la notazione della suprema Corte, a proposito del disequilibrio tra prestazioni e ai conseguenti principi di diritto:

Secondo la Corte:

«La clausola che attribuisca 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. È compito del giudice di merito valutare se una qualche attività sia stata svolta dal mediatore attraverso le attività propedeutiche e necessarie per la ricerca di soggetti interessati all'acquisto del bene. Si presume 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».

La sensazione è quella di una forzatura del linguaggio, che elimina le distinzioni cognitive, omologa le parole ed esclude ogni articolazione delle discipline sottostanti, sino a conformare anche il riferimento oggettivo. Le parole sono ridotte all'osso e così ciò che esse disegnano nella funzione normativa e nelle ricadute economico-sociali: una sorta di *reverse discrimination* per operatori professionali³.

2. Consumerismo, evoluzione della neolingua e superfetazione della giurisprudenza.

³ V. le considerazioni di G. VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 73 ss. dove è richiamata la necessità di una integrazione fra legge, dogmatica e sentenze richiede uno sforzo congiunto: «La legge deve costruire forme flessibili senza rincorrere i fatti con improbabili tipizzazioni. La scienza giuridica deve costruire concetti rigorosi e adatti ai tempi, le sentenze devono tendere alla ricerca del diritto 'qual è non quale si vorrebbe che fosse' e del rimedio effettivo per ogni situazione lesa. È inutile avanzare primazie e teorizzare metodi astratti. Occorre solo una maggiore responsabilità comune di fronte ad un delicato momento della nostra vita democratica».

¹ Cass., 18 settembre 2020, n. 19565, in *DeJure* online. Tra i primi commenti v. S. GRILLO, *Accertamento della vessatorietà della clausola nei contratti del consumatore: verso un sindacato esteso anche all'equilibrio economico?*, in *Contratti*, 2021, 417 ss., A. PURPURA, *La vessatorietà della provvigione del mediatore in caso di recesso del venditore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 317 ss.

² V. *infra* n. 14.

La Corte – si diceva – incarta l'intera vicenda nella disciplina consumeristica e così annacqua la distinzione tra tipologie di bisogni e relativi presidi nei singoli comparti di mercato.

È necessario un passo indietro. Già la letteratura economica e sociologica ha stigmatizzato l'involuzione del fenomeno economico-sociale consumeristico ben prima del recepimento giuridico⁴. È stata storicamente quasi immediata la constatazione circa il progressivo allontanamento dal miglioramento della qualità della vita, attraverso la raggiungibilità di beni quotidiani di benessere⁵. È noto che la prospettiva egualitaria delle politiche di accesso diffuso ai beni di consumo abbia mostrato ben presto la corda per trasformarsi in riproduzione sociale

⁴ V., tra gli altri, H. ARENDT, *Vita Activa. La condizione umana*, (1964), trad. it. di S. Finzi, Milano, 1988, p. 73 ss. sull'incidenza della statistica sul decisore politico; J. BAUDRILLARD, *La società dei consumi*, Bologna 1976, p. 55 ss.

⁵ Si tratta della costruzione economica alla base della grande standardizzazione dei processi produttivi, rappresentata dalla Ford T nera e che aprì alla via del consumo di massa, sul punto v. V. VALLI, *Ascesa e declino dell'economia americana*, in *Istituto Lombardo - Accademia di Scienze e Lettere - Rendiconti di Lettere*, 2018, p. 303 ss. v. anche ID., *The American Economy from Roosevelt to Trump*, London, 2018: «L'idea di Ford era di adottare i metodi tayloristici di produzione approntando in un nuovo gigantesco stabilimento un sistema di produzione in serie, con catene di montaggio, una grande divisione e parcellizzazione del lavoro, rigido controllo dei tempi e dei ritmi, etc. Il risultato sarebbe stato una straordinaria crescita della produttività del lavoro, che avrebbe consentito una forte riduzione dei costi unitari di produzione e dei prezzi di vendita delle automobili, allargando di molto la platea dei consumatori, e quindi la domanda di automobili. L'auto poteva quindi diventare un bene di consumo di massa, non riservato a pochi ricchi, come succedeva per i lussuosi modelli di auto precedenti, costruiti in maniera semi-artigianale, ma molto costosi». L'Autore aggiunge che si trattava del tempo di «inizio della società dei consumi opulenti, con tutte le sue distorsioni». Si parla in proposito di «modello fordista di sviluppo economico» capace di superare i confini nazionali e avere un impatto macroeconomico. Cfr. anche D. ACEMOGLU e J. ROBINSON, *Why Nations fail. The origins of power, prosperity and poverty*, New York, 2012, *passim*. Il termine fordismo si deve a A. GRAMSCI, *Americanismo e fordismo*, Torino, 1978 che ne analizzò gli effetti sulla alienazione dei lavoratori e sullo stato della qualità del lavoro. Cfr. sul punto le illuminanti notazioni di G. BARATTA, «Americanismo e Fordismo» *L'egemonia americana nel secolo ventesimo*, in F. FROSINI e G. LIGUORI (a cura di), *Le parole di Gramsci. Per un lessico dei Quaderni del Carcere*, Roma, 2004, p. 17 ss.

Eppure quel modello trova il suo precursore nel famoso Cartello *Phoebus*, noto per avere fissato la standardizzazione nella realizzazione delle lampadine, per omologarne la produzione ed evitare quella perfezione tecnica che aveva condotto alla sopravvivenza di una lampadina per 113 anni, esattamente come quella prodotta precedentemente al Cartello e ininterrottamente accesa nella caserma di Pompieri di Livermore (in Nordamerica). Il creatore della Ford T nera aveva avuto il suo primo impiego nella società di elettricità di Thomas Edison. Sugli effetti della normalizzazione degli interessi nell'epoca del consumerismo, sia consentito il rinvio a M. FRANCESCA, *Dalle ADR offline alle procedure di Online Dispute Resolution: statuti normativi e suggestioni di sistema*, in *Corti Salernitane*, 2015, p. 7 ss.

di simboli riconosciuti⁶. Lo scambio di valori codificati rilevanti per il loro valore simbolico ha lasciato sullo sfondo l'interesse primario di acquisto di un capo d'abbigliamento per ripararsi dal freddo o quello di un cellulare per esigenze mere di comunicazione. Siamo di fronte a disfunzioni simboliche di beni che producono nuove gerarchie sociali⁷.

Già nel 1976 si affermava che «L'ordine della produzione si accorda per non far sorgere e per non soddisfare che i bisogni ad esso adeguati. Nell'ordine della crescita secondo questa logica, non ci sono, non ci possono essere, dei bisogni au-

⁶ V. le considerazioni di F. PILUSO, *Forma e segno in Jean Baudrillard. Deriva di una prospettiva semiotica*, in E. DE CONCILIIIS, E. SCHIRÒ e D. ANGELUCCI (a cura di), *Reinventare il reale. Jean Baudrillard (2007-2017). Lo Sguardo - rivista di filosofia*, 1, 2017, p. 55 ss.

⁷ Il c.d. «scambio simbolico» consente di allargare la classica dicotomia marxiana tra valore di scambio e valore d'uso, cui si aggiunge il nuovo concetto di valore-segno: J. BAUDRILLARD, *Lo scambio simbolico e la morte*, Milano, 1984, *passim*; T. MARCI, *Della teoria in Jean Baudrillard*, in E. DE CONCILIIIS, E. SCHIRÒ e D. ANGELUCCI (a cura di), *Reinventare il reale*, cit., p. 29 ss. V. anche F. CARMAGNOLA, *Baudrillard e il simbolico*, in E. DE CONCILIIIS (a cura di), *Jean Baudrillard, o la dissimulazione del reale*, Milano-Udine, 2009, p. 97 ss., e M. COSTA, *Baudrillard e l'annichilimento della cosa*, ivi, p. 115 ss.

A proposito del rapporto tra valore d'uso e di scambio nel passaggio tra il Diciannovesimo e il Ventesimo secolo e della sua incidenza sul controllo degli atti di autonomia privata v. R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 33 s.

Le evoluzioni del sistema consumeristico sono ben articolate nell'interessante costruzione di S. BUDELLI, *La nuova disuguaglianza nel mercato consumeristico*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA e S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, p. 215 ss.

Le disquisizioni intorno alla necessità di tutelare un consumatore disarmato di fronte alla grande produzione sono state segnate dapprima dalle teorie economiche sulle asimmetrie informative e ancora da quelle neo-istituzionali: v. F. RISCHKOWSKY e T. DÖRING, *Consumer Policy in a Market Economy: Considerations from the Perspective of the Economics of Information, the New Institutional Economics as well as Behavioural Economics*, in *Journal of Consumer Policy*, 31 (2008), p. 285 ss.; più recente è invece l'economia comportamentale, oggi nota come *Behavioral Law and Economics* e sulla quale si rinvia a J. TIROLE, *Rational irrationality: some economics of self-management*, in *European Economic Review*, (2002) 46, p. 633 ss.; G. LOEWENSTEIN, *Emotions in economic theory and economic behavior*, in *American Economic Review. Papers & Proceedings*, (2000) 90, p. 426 ss.; A. GIFFORD JR, *Emotion and self-control*, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, (2002) 49, p. 113 ss. V. anche l'analisi di A. ZOPPINI, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, p. 11 ss.

Più recente è invece il nuovo punto di osservazione che muove dalla sostenibilità del mercato per graduare e discutere gli attuali sistemi di protezione del consumatore: cfr. D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 495 ss.

tonomi, non ci sono che i bisogni della crescita [...] poiché il sistema non produce che per i propri bisogni, si trincerava sempre più sistematicamente dietro l'alibi dei bisogni individuali»⁸.

Diversa è la situazione nel mercato immobiliare⁹. Il concetto del valore segno, proprio della nuova società dei consumi, resta, qui, sullo sfondo. Resta invece prevalente il valore d'uso teso alla soddisfazione di esigenze innanzitutto primarie degli individui e della famiglia¹⁰: l'interesse speculativo o di

riconoscibilità propria dell'appartenenza a gruppi è, in termini numerici, ancora ininfluente sul piano del funzionamento.

La medesima produzione degli uni e degli altri beni ha caratteristiche profondamente diverse: mentre un settore economico è caratterizzato dalla produzione di beni ripetibili, che poggiano sulle economie di scala della grande produzione e spesso nulla aggiungono in termini di fattore-lavoro, l'altro si avvale di competenze trasversali, di ampie fasce di lavoratori (tra le altre, costruzioni e progettazione).

La storia recente della bolla economica immobiliare ad apertura del secondo millennio ha fornito una chiara rappresentazione della sovrapposizione tra politiche di mercato governate da altrettante razionalità¹¹: quando cioè i presidi propri di un merca-

⁸ J. BAUDRILLARD, *La società dei consumi*, Bologna, 1976, p. 55. Analogamente e sempre nel 1976, Sidney Lumet, con l'opera cinematografica *Quinto potere*, offriva una mirabile denuncia satirica della nuova persuasione prodotta dalla televisione e ne anteedeva la caratterizzazione più incisiva: la creazione di una realtà parallela, capace di incidere sui modelli comportamentali sociali ed economici.

⁹ U. MATTEI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il risparmio immobiliare privato. Bene comune certezza*, Roma, 2013, p. 9 ss.; spec. p. 10, qui si rileva che «L'analisi dei dati evidenzia, infatti, una netta propensione della famiglie italiane nei confronti delle attività reali a discapito di quelle finanziarie, come dimostrano anche i numeri relativi alle passività finanziarie, dove il 41% è costituito da mutui per l'acquisto di un'abitazione. Evidentemente, l'investimento immobiliare veicola un'idea di stabilità economica, resiste alla crisi economica e rappresenta una realtà particolarmente solida, da tutelare per promuovere la ripresa e costruire stabilità finanziaria».

¹⁰ V. U. MATTEI, *op. ult. cit.*, p. 12 ss., spec. pp. 16 e 17, il quale offre una ricognizione illuminata dei dati relativi al risparmio immobiliare negli anni successivi alla bolla economica e osserva che «circa seicentomila persone in Italia nel 2009 erano in cerca di un'abitazione e nello stesso tempo i prezzi degli alloggi e i canoni di locazione sono diventati particolarmente insostenibili. Nel 2010, la situazione è certamente migliorata, ma molte famiglie italiane hanno dichiarato di non riuscire a risparmiare, senza dimenticare che, tra queste, diverse presentano risparmi negativi». Il medesimo A. soggiunge che «I dati del Bollettino della Banca d'Italia pubblicato il 13 dicembre 2012 consentono un aggiornamento del quadro economico di riferimento; nel primo semestre del 2012, la ricchezza netta delle famiglie italiane è ulteriormente diminuita, con una flessione negativa in termini reali, anche considerato l'andamento dei prezzi. La distribuzione della ricchezza rivela una concentrazione in poche famiglie, mentre la gran parte detiene un livello modesto o nullo di ricchezza; in questa cornice, alla fine del 2011, la ricchezza in abitazione era pari, in media, a circa 200.000 euro per famiglia, con una diminuzione rispetto all'anno precedente pari all'1,4% e una contrazione, per il primo semestre del 2012, pari allo 0,7%, con una diminuzione del prezzo degli immobili stimata attorno all'1%».

Dati rilevanti arrivano dal Sondaggio congiunturale sul mercato delle abitazioni in Italia – ottobre 2016, n. 60, in Supplementi al Bollettino Statistico - Indagini campionarie. Qui si rileva che «La quota di agenzie che ha venduto almeno un'abitazione è lievemente aumentata rispetto alla rilevazione precedente (al 72,9 per cento dal 71,3). Il saldo tra la quota di agenzie che riportano un aumento del numero dei potenziali acquirenti e quella delle agenzie che segnalano una diminuzione è salito a 4,6 punti percentuali, da 1,7 nell'indagine precedente, avvicinandosi ai valori di un anno prima (6,1 punti)». Quanto agli incarichi a vendere, secondo la stima di Banca d'Italia, definita attraverso le agenzie immobiliari, «Il saldo tra le risposte di aumento e di diminuzione delle giacenze di incarichi a vendere è rimasto sui livelli della precedente rilevazione (a 0,7 da 1,4

punti percentuali); quello delle risposte relative ai nuovi mandati è invece diminuito, scendendo su valori lievemente negativi (-1,3 da 5,7 punti percentuali), a fronte del 61,9 per cento dei giudizi di stabilità. Le principali cause di cessazione dell'incarico rimangono legate al divario tra prezzi offerti e domandati, anche se la quota di chi segnala proposte di acquisto a prezzi ritenuti troppo bassi per il venditore si è ridotta al 55,3 per cento (dal 68,8 della precedente indagine); la percentuale di chi segnala che i prezzi richiesti sono ritenuti eccessivamente elevati dai potenziali acquirenti è rimasta pressoché stabile (al 52,7 per cento). Anche la quota di agenzie che riconducono la decadenza dell'incarico alla difficoltà degli acquirenti di ottenere un mutuo è risultata sostanzialmente stazionaria rispetto al trimestre precedente, su valori storicamente bassi (21,7 per cento; 27,8 un anno prima)».

Meno interessanti, ai fini della presente ricerca sono i dati raccolti nel 2020 dal medesimo Bollettino di Banca d'Italia, i quali, in piena pandemia, insistono sulla qualità della ricerca immobiliare (abitazioni prevalentemente indipendenti e di maggiore quadratura). Si aggiunge, tuttavia, che «Le cause prevalenti di cessazione dell'incarico restano le offerte di acquisto ritenute troppo basse dal venditore (57,8 per cento da 51,9) e la mancanza di proposte di acquisto, a causa di prezzi giudicati troppo elevati dai compratori (53,3 per cento degli operatori da 47,7 della scorsa rilevazione). Rimane contenuta la quota di coloro che segnalano difficoltà nel reperimento del mutuo (26,2 per cento)» (Sondaggio congiunturale sul mercato delle abitazioni in Italia, 20 ottobre 2020).

¹¹ V. M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 329, spec. p. 342, secondo il quale «proprio a partire da questa focalizzazione dell'ordine economico sullo scambio e dall'antropologia che ad essa è sottesa che si colgono i limiti della strategia ordoliberal. Innanzitutto, la focalizzazione dell'ordine economico sullo scambio e sulle condizioni soggettive dei suoi protagonisti oscura il quadro macroeconomico, che alimenta il mercato e nel quale operano i suoi dispositivi. Questa focalizzazione, infatti, giunge a vedere il mercato delle merci e i 'professionisti' e 'consumatori' che in esso si confrontano. Ma non riesce a distinguere le merci per quel che di specifico possono avere e le condizioni macroeconomiche del loro mercato».

Sul punto già P. PERLINGIERI, *La tutela del "contraente debole" nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 746 ss. e in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Na-

to vengono estesi a colmare bisogni di altra natura. Ha dimostrato inoltre quanto era evidente ai meno sprovveduti: scelte di intervento errate sul mercato immobiliare determinano una contrazione della domanda e un effetto di stagnazione generale¹², influenzano la capacità di reddito del fattore lavoro e colpiscono, infine, anche l'acquisto di beni non essenziali.

Se il mercato immobiliare resta una forma di ricchezza centrale nei sistemi economici, la disciplina mediatrice ne costituisce da sempre un tassello significativo, là dove già la sola quantificazione del prezzo del bene si presenta come un elemento tecnico, la cui individuazione necessita di una serie di informazioni di carattere professionale e gestorio¹³.

poli, 2003, p. 319 ss., il quale in occasione della novella al codice relativa alla trascrizione del contratto preliminare (art. 2645 bis, c.c.) esortava a una riflessione circa una «presunzione di debolezza in ragione dei ruoli, rispettivamente, di venditore e di acquirente: entrambi sono parimenti esposti alla maggiore forza economica o, più semplicemente, alla maggiore scaltrezza dell'altro contraente». V. anche la brillante analisi di A. QUARTA, *Il sistema di governo del risparmio immobiliare italiano*, in U. MATTEI, (a cura di), *Il risparmio immobiliare*, cit., p. 19 ss.

Sul governo della razionalità nei rapporti economici e sulla critica dell'asimmetria informativa come strumento di precomprensione normativa v. F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, cit., p. 77 ss.; contra V. ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, cit., p. 25 ss., spec. p. 37 ss.

Su razionalità e regolazione, sia consentito infine il rinvio a M. FRANCESCA, «Uno studio in rosso». *Sicurezza, sistemi e alterità artificiali*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, p. 54 ss.

¹² Il Bollettino del 2016 di Banca d'Italia, a proposito della modalità di finanziamento degli acquisti, riferisce che «La quota di acquisti finanziati con mutuo ipotecario è salita a 80,2 per cento (da 77,1 dell'indagine precedente), con andamenti analoghi nelle principali macroaree eccetto che nel Mezzogiorno, dove si è stabilizzata al 71,9 per cento (67,9 nelle aree non urbane). Anche il rapporto tra prestito e valore dell'immobile è aumentato (al 74,7 per cento, dal 73,1), il livello più elevato dall'inizio della serie nel 2009» (Sondaggio congiunturale sul mercato delle abitazioni in Italia – ottobre 2016, n. 60, in Supplementi al Bollettino Statistico – Indagini campionarie). L'aumento consistente del finanziamento dimostra a contrario l'assenza di un risparmio rilevante in termini di liquidità delle famiglie, che subisce come unica forma di stabilizzazione l'acquisto di un immobile. Il dato consente anche di concludere che è ormai pressoché inesistente la possibilità di recuperare le somme necessarie all'acquisto di un immobile attraverso operazioni di disinvestimento per ricchezze immobiliari analoghe o attraverso il risparmio personale.

¹³ Ne è dimostrazione la metodologia seguita da Banca d'Italia a proposito dei Sondaggi congiunturali sul mercato delle abitazioni in Italia, Supplementi al Bollettino Statistico – Indagini campionarie, là dove l'analisi si avvale del supporto delle agenzie di intermediazione immobiliare per tracciare lo stato della ricchezza immobiliare in Italia.

È allora quanto meno necessario provare a riaprire i cassetti della memoria e ritrovare i caratteri fondanti la disciplina mediatrice.

3. Ritorno alla funzione del rischio nel contratto di mediazione.

Nei termini sopra indicati, l'immagine ormai sfocata della funzione del contratto di mediazione merita senz'altro una ricostruzione nei suoi termini essenziali¹⁴.

¹⁴ M. FRANCESCA, *Rischio e funzione della mediazione*, Napoli, 2005, p. 143 ss. La vicenda mediatrice presenta una articolata e tradizionale trattazione che trova sintesi nelle tesi sulla natura legale o negoziale del vincolo e rispetto alle quali si rinvia di séguito ai maggiori esponenti: sulla natura legale della mediazione cfr., L. CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1960, p. 7 ss.; A. CATAUDELLA, *Note sulla natura giuridica della mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, 1, p. 379 ss.; ID., *Mediazione*, in *Enc. giur.* Treccani, XIX, Roma, 1990, p. 3 ss.; A. CATRICALÀ, *La mediazione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 12, Torino, 1985, p. 409 ss.; A. LUMINOSO, *La mediazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1993, p. 43 ss.; ID., *La mediazione*, in *Tratt. dir. comm.* Buonocore, Torino, 2005, p. 42 ss., ma già in questo senso E. FINZI, *Le disposizioni preliminari del codice di commercio nel progetto della commissione reale*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, 1, p. 407 ss. Propendono, invece, per la natura negoziale della fattispecie: G. MINERVINI, *Mandato, commissione, spedizione, agenzia, mediazione (Rassegna di giurisprudenza)*, in *Riv. trim.*, 1948, p. 668; F. FERRARA JR., *Gli imprenditori e le società*, 4ª ed., Milano, 1962, p. 136 s.; M. STOLFI, *Della mediazione*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 15 ss.; G. DI CHIO, *La mediazione*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* Galgano, Padova, 1991, p. 558 ss.; ID., *Mediazione e mediatori*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., Torino, 1993, p. 383 s.; A. MARINI, *La mediazione*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, Milano, 1992, p. 28 ss. La tesi della contrattualità della mediazione ha radici storiche lontane: in proposito v. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Torino, 1902, p. 230; L. BOLAFFIO, *Disposizioni generali degli atti di commercio. Dei commercianti. Dei libri di commercio*, in *Cod. comm. commentato Bolaffio e Vivante*, Torino, 1922, p. 367.

La questione di collocazione binaria del contratto di mediazione (legale vs. negoziale) è stata ripercorsa da E. GIACOBBE, *Il contratto di mediazione e la giurisprudenza, tra spunti ricostruttivi e dubbi applicativi (nota a: Cass., 2 aprile 2002, n. 4635)*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 419 ss. e in *Dejure* online. La giurisprudenza ha superato la questione con l'adozione della categoria della c.d. mediazione atipica, che spesso sfocia nella qualificazione del mandato, prevalentemente argomentando sulla ricorrenza o meno dell'imparzialità del mediatore cfr. R.P. PUCE, *La mediazione è attività giuridica in senso stretto. Tutto il resto è mandato. Approdo discutibile e controverso (nota a Cass., sez. III, 14 luglio 2009, n. 16382)*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 210, cui si rinvia anche per l'ampia bibliografia. V. altresì F. CERRI, *Mediazione immobiliare e buona fede: lo strano caso del diritto alla provvigione anche se la vendita non si conclude*, nota a Cass. civ., Sez. VI-2, ord. 18 settembre 2017, n. 21575, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1520 ss.; M. BARELA, *Mediazione, mediazione "atipica" unilaterale e mandato*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1831 ss.; V. BRECCIAROLI, *Diritto alla provvigione del mediatore immobiliare*, in *Imm. propr.*, 2017, p. 296 ss.; F. BOCCHINI, *La c.d.*

Da un lato le parti, avvalendosi dell'attività intermediatrice, trasferiscono sull'intermediario il rischio del cattivo esito della fase delle trattative. Rischio che assume, invece, il mediatore e che emerge dal legame conclusione dell'affare-provvigione, come stabilito dall'art. 1755 c.c.¹⁵.

Dall'altro, il mediatore è estraneo al rapporto intermedio: il suo interesse ha riguardo alla sola provvigione e soltanto in funzione di questa alla conclusione dell'affare. Il medesimo, nell'offrire la propria prestazione, assume su se stesso il rischio della mancata conclusione dell'affare e, dunque, del mancato maturarsi della provvigione.

La finalità per le parti è chiara: esternalizzare la prima parte del procedimento formativo e non sopportare i c.dd. costi di transazione¹⁶, necessari alla fase di contatto. In un sistema autosufficiente, dove le parti provocano esse stesse l'incontro, esse sono tenute altresì a colmare vuoti informativi¹⁷, in funzione della valutazione in senso ampio dell'affare che intendono concludere¹⁸.

mediazione atipica nel mercato immobiliare, in *Contr. impr.*, 2021, 400 ss.

Sulla mediazione atipica si è espressa, in funzione dell'applicazione della disciplina stabilita dapprima dalla l. n. 39 del 1989 e, in tempi più recenti, da quella ricavabile dal d.lg., n. 59 del 2010 (c.d. decreto Bersani bis), Cass., Sez. un., 2 agosto 2017, n. 19161, in *Dejure* online.

¹⁵ F. CARNELUTTI, *La prestazione del rischio nella mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 1, p. 19 ss., spec. p. 24 s.; si rinvia ampiamente a M. FRANCESCA, *Rischio*, cit., p. 87 ss. e ivi ampia bibliografia. Sul punto anche E. GIACOBBE, *Il contratto*, cit., p. 419 ss.

¹⁶ R.H. COASE, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 4, 1937, p. 386 ss.; O.E. WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Milano, 1987, p. 563 ss.; R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI e T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, I. Fondamenti*, Bologna, 2006, p. 151 ss.

¹⁷ Vuoto informativo o anche razionalità limitata, nozione quest'ultima che «riconosce i limiti della facoltà conoscitiva» (O.E. WILLIAMSON, *op. ult. cit.*, p. 125 ss.).

¹⁸ V. O.E. WILLIAMSON, *op. ult. cit.*, p. 93 s., a proposito della distinzione tra costi di transazione *ex ante* e quelli *ex post*. Così tra i primi rientrano, appunto, i «costi da sostenere per delineare, contrattare e salvaguardare un accordo».

Sul punto v. da ultimo Cass., 12 marzo 2021, n.7029 in *Dejure* online, che raccoglie la posizione consolidata della giurisprudenza di merito e secondo la quale: «Il diritto del mediatore alla provvigione sorge, in definitiva, tutte le volte in cui la conclusione dell'affare sia in rapporto causale con l'attività intermediatrice, non occorrendo un nesso eziologico diretto ed esclusivo tra l'attività del mediatore e la conclusione dell'affare, poiché è sufficiente che il mediatore – pur in assenza di un suo intervento in tutte le fasi della trattativa ed anche in presenza di un processo di formazione della volontà delle parti complesso ed articolato nel tempo – abbia messo in relazione le stesse, così da realizzare l'antecedente indispensabile per pervenire alla conclusione del contratto, secondo i principi della causalità adeguata (Cass. n. 869 del 2018; conf. Cass. n. 25851 del 2014)».

Le variabili proprie dei costi da contatto sono distinguibili in due aree.

a) Costi materiali di contatto, che rientrano nell'obbligo di rimborso spese stabilito dall'art. 1756 c.c., che consente al mediatore il recupero di una quota dei costi complessivi preliminari relativi alla transazione;

b) rendimento negativo provocato dalla mancata conclusione dell'affare.

Proprio quest'ultimo è centrale nella dinamica interpositoria e saggiabile nel trasferimento del rischio connesso a quella parte dei costi transattivi costituita dalla c.d. rendita negativa¹⁹. La relativa perdita accompagna il cattivo esito dell'affare ed è esclusa soltanto dalla conclusione dell'affare e dalla connessa maturazione del diritto alla provvigione.

4. Assunzione del rischio dell'intermediario e provvigione.

La scelta del termine provvigione nella lettera dell'art. 1755 c.c. marca la distanza tra attività parimenti interpositive e denota il profilo di rischio proprio dell'attività mediatoria.

Il termine provvigione etimologicamente indica l'antiveggenza ovvero la prescienza, intesa quest'ultima come facoltà di conoscere ciò che accadrà. In questo senso, esso esprime la probabilità dell'evento cui è collegata e che si assume appunto come incerto²⁰. Il parametro oggettivo della sua quantificazione è infatti il valore complessivo dell'operazione economica conclusa²¹, in luogo della prestazione soggettiva.

¹⁹ Termine quest'ultimo con il quale si quantifica il mancato guadagno relativo ad una più vantaggiosa destinazione alternativa dello sforzo profuso. La citata teoria è stata sviluppata con riferimento alla c.d., rendita fondiaria e risale a D. RICARDO, *Principles of Political Economy and Taxation*, 1817, passim successivamente essa è stata estesa a tutti i fattori di produzione e definita più ampiamente con la locuzione 'rendita economica'.

²⁰ Il diritto romano è intriso della riferita distinzione, sul punto v. M. BRUTTI, *Mediazione (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 22 a proposito della procedura di *aestimatio* dei magistrati romani che appunto avevano il compito di definire il *licitum honorarium proxenetae modus*. Sul punto v. anche V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1965, p. 102 ss., J.H. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, p. 168 ss.

²¹ La nozione di 'affare' alla conclusione del quale è legata la provvigione è stata dapprima intesa come operazione economica complessa. Per tutti, in dottrina, v. l'articolata ricostruzione offerta da A. MARINI, *La mediazione*, cit., p. 93 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 20 ottobre 2004, n. 20549, in *Dir. giust.*, 2005, p. 69 ss.; Cass., 16 dicembre 1987, n. 9348, in *Arch. civ.*, 1988, p. 413 ss. Più attuale è la prospettiva che guarda all'affare in relazione all'idoneità a costituire un vincolo economico-giuridico, che consenta a ciascuna parte di agire ex art. 2932 c.c. ovvero per il risarcimento del danno. Ciò è escluso allor-



Altre regole di computo sono invece presenti per l'attività del mandatario. Il parametro, in questo caso, è tutt'altro che oggettivo e assume come riferimento l'utilità percepita dal creditore e quella ceduta dall'intermediario. Il corrispettivo, cioè, rappresenta l'espressione in termini di valore dell'attribuzione del mandatario, tenuto conto, altresì, dell'interesse creditorio all'esecuzione della prestazione.

Al fondo vi è il catalogo degli interessi rilevanti e che segnano la funzione contrattuale.

Nel mandato, la determinazione del corrispettivo dipende da una valutazione degli interessi delle singole parti contrattuali e resi cooperativi già dalla regolamentazione, in vista di un risultato reciprocamente vantaggioso. Pertanto, la sua valutazione in concreto non può non tener conto del vantaggio percepito dal creditore e del valore economico della prestazione eseguita e dovuta da contratto.

L'attività del mediatore in sé non è invece in via immediata oggetto di valutazione in termini economici. Il suo rilievo non è, cioè, autonomo, ma dipende dalla stima positiva dell'affare e dalla scelta in ordine alla sua conclusione. Così, anche il vantaggio per l'intermediario non trova realizzazione immediata nello svolgimento dell'attività interpositiva, ma, ancora una volta, soltanto in quello della valutazione positiva dell'affare e della sua conclusione.

È necessario un ritorno alle regole, alla memoria del codice civile e trascurata nel linguaggio della sentenza. L'art. 1755, comma 1, dispone che la provvigione è dovuta al mediatore «se l'affare è concluso per effetto del suo intervento». L'art. 1758 c.c. sancisce, poi, che là dove «l'affare sia concluso per l'intervento di più mediatori, ciascuno di essi ha diritto a una quota della provvigione».

Il legislatore lega il diritto alla provvigione allo svolgimento di una concreta attività di interposizione e alla conclusione del negozio e non alla conclusione in sé del contratto di mediazione²².

quando il vincolo sia esclusivamente funzionale a regolare le successive articolazioni del procedimento formativo. Sul punto v. Trib. Milano, 15 aprile 2021, n. 3065, in *Dejure* online; Cass., 11 marzo 2021, n. 6815, in *Dejure* online.

²² V., tra le più recenti, Cass., 12 marzo 2021, n. 7029, in *Dejure* online, secondo la quale, ai fini della configurabilità del rapporto di mediazione, «non è necessaria l'esistenza di un preventivo conferimento di incarico per la ricerca di un acquirente o di un venditore, ma è sufficiente che la parte abbia accettato l'attività del mediatore avvantaggiandosene (Cass. n. 11656 del 2018; Cass. n. 25851 del 2014). Il rapporto di mediazione, inteso come interposizione neutrale tra due o più persone per agevolare la conclusione di un determinato affare, non postula, infatti, necessariamente un preventivo accordo delle parti sulla persona del mediatore, ma è configurabile pure in relazione ad una materiale attività intermediatrice che i contraenti accettano anche soltanto tacitamente, utilizzandone i risultati ai fini della stipula

La questione è di fondo e trova misura nella discrezionalità del mediatore nell'esecuzione della prestazione. Tanto che le richiamate disposizioni stabiliscono che là dove vi sia attività di intermediazione segue altresì la nascita del diritto alla provvigione, sempre nell'ipotesi di esito positivo dell'operazione proposta alle parti.

Il contenuto dell'attività mediatizia si colloca nell'area strumentale alla conclusione dell'atto e definita con il termine «trattative»: la cura del futuro affare intermediato si sostanzia nella individuazione delle parti che abbiano un interesse speculare, nella composizione dei possibili elementi di conflitto e, ancora, nella raccolta di informazioni utili alla valutazione dell'affare. La cooperazione in ragione dello scambio di utilità è, in fin dei conti, spostata nella fase conclusiva del segmento dell'intero procedimento relativo all'operazione economica.

Queste ragioni spiegano altresì la circostanza che la remunerazione della prestazione del mediatore sia legata al contratto intermediato e quindi alle vicende di un rapporto esterno, seppure collegato, al negozio di mediazione in senso stretto²³.

Il *pendant* economico, riecheggiato dalle citate norme del codice civile, è l'azzardo morale²⁴: quando cioè una delle parti entra in possesso di determinate informazioni a séguito dell'esecuzione del contratto. I produttori dell'atto possiedono inizialmente le stesse informazioni, ma, in sede esecutiva, una delle due non può controllare direttamente o in modo pieno l'azione dell'agente, se non per il tramite del risultato. Il *pay-off*, in questi casi, dipende appunto da valori esterni più o meno favorevoli, come il risultato dell'azione. Da qui la necessità di parametrare il valore dell'azione a quello dell'affare, in luogo dell'attività eseguita, e la dipendenza del compenso dalla valutazione positiva dell'evento

del contratto: sicché, ove il rapporto di mediazione sia sorto per incarico di una delle parti, ma abbia avuto poi l'acquiescenza dell'altra, quest'ultima resta del pari vincolata verso il mediatore (Cass. n. 21737 del 2010).

²³ V., E. GIACOBBE, *Il contratto*, cit., p. 419 ss. che discorre della posizione del mediatore, rispetto a quella dei soggetti intermediati, «tipicamente «squilibrata», nel senso che le sue pretese di carattere patrimoniale nei confronti di detti soggetti non dipendono dal corretto adempimento della propria prestazione, né a questa si commisurano nell'*an* e nel *quantum*: ai sensi dell'art. 1755 c.c. il mediatore ha diritto alla provvigione da ciascuna delle parti se l'affare è concluso per effetto del suo intervento».

²⁴ L'accezione qui adottata è con riferimento al rapporto principale-agente, v. P.K. DUTTA e R. RADNER, *Moral hazard*, in R.J. AUMANN e S. HART (a cura di), *Handbook of Game Theory with Economic Applications*, 2, North Holland, 1994 p. 869 ss., spec. p. 871; una delle applicazioni più rilevanti spiega la struttura del capitale nell'impresa M. JENSEN e W.H. MECKLING, *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976, 3, p. 4.

esterno (nel caso della mediazione, dall'affare proposto).

5. Mediazione e mandato: termini di qualificazione.

Nella prassi si è assistito al proliferare di contratti nei quali l'autonomia della provvigione dalla conclusione del contratto intermediato risulta disattesa²⁵. La compressione del potere di valutazione delle parti intermedie, con riferimento all'affare proposto, non è, in genere, bilanciato dall'introduzione di misure di controllo, tese a garantire la correttezza del rapporto attività interpositiva-interesse dell'intermediato.

L'esclusione del rischio dalla posizione mediatoria, connessa ad una valutazione degli interessi emergenti dalla regolamentazione del caso concreto, consiglierebbe l'applicazione della disciplina prevista per il negozio di mandato; dove la diversa modulazione di diritti ed obblighi delle parti consente di meglio temperare gli interessi riferibili a ciascuna posizione. Si pensi, in questo senso, alla disciplina della revoca e ai limiti posti allo stesso potere nei casi di emersione di un interesse rilevante all'adempimento del mandatario (art. 1723 c.c., comma 2; art. 1725 c.c.). Si pensi, ancora, al potere di controllo garantito al mandante in ragione della titolarità dell'interesse gerito e dell'assunzione del rischio connesso all'operazione affidata alla cura altrui (artt. 1712 e 1713 c.c.).

Le richiamate prassi spostano l'asse dalla disciplina della mediazione ispirata a maggiore libertà: in quest'ultima all'intermediato non è riconosciuto né un potere di esazione né un potere di controllo in sede esecutiva della prestazione e gli è riconosciuta invece una libera valutazione conclusiva dell'affare proposto²⁶. Ancora, in ragione dell'assunzione del rischio l'intermediario mantiene la piena libertà in ordine alla esecuzione dell'attività di mediazione. Per questi motivi la disciplina definisce minime regole di condotta dell'intermediario in relazione all'esecuzione del rapporto e risulta con ciò perfettamente equilibrata (obblighi informativi e responsabilità del mediatore ex art. 1759 c.c.²⁷ e obblighi

del mediatore professionale ex art. 1760 c.c.). Essa conserva i tratti essenziali dello svolgimento di un'attività di gestione nell'interesse altrui e dell'assunzione integrale del rischio relativo al risultato della medesima attività.

Alla lettura codicistica, si affiancano le ipotesi contemplate nella prassi, tra le quali la ricorrente 'proposta' contrattuale vincolante fatta sottoscrivere dal mediatore alle parti intermedie e l'autonomia della provvigione dalla conclusione dell'affare.

È di immediata evidenza, che in entrambe le ipotesi siamo all'esterno del confine della mediazione²⁸. Discutibile si presenta innanzitutto la qualificazione dei suddetti atti quali proposte, attesa l'indeterminatezza del destinatario della dichiarazione, escluso che si possa trattare della fattispecie prevista dall'art. 1762 c.c. a proposito di contraente non nominato. In quest'ultimo caso, infatti, il mediatore risponderebbe dell'esecuzione del contratto. Oltre, comunque, le perplessità destate da una simile prospettiva, sul piano funzionale una qualificazione in termini di atto formativo esprimerebbe lo sconfinamento dell'attività del mediatore dalla fase preparatoria a quella formativa in senso stretto²⁹. Il che se da un lato corrisponde senz'altro all'intenzione del mediatore che così riduce il proprio rischio, dall'altro sacrifica l'interesse delle parti a una libera valutazione dell'affare. Se, dunque, la qualificazione di tali atti avvenisse nelle forme di proposta e accettazione, essi concluderebbero la fattispecie decisamente al di fuori dei confini propri della mediazione, imponendo, con ciò, una complessiva rideterminazione e, diremmo, un deciso riequilibrio, di diritti ed obblighi delle parti³⁰.

247 ss.; F. TOSCHI VESPASIANI, *La responsabilità del mediatore immobiliare: gli incerti confini dell'obbligo di informazione*, in *Contratti*, 2004, p. 1160 ss. spec. p. 1162, là dove avverte che «dal punto di vista pratico, può benissimo verificarsi un danno perché l'affare non è andato in porto si pensi ad esempio ad altre occasioni perdute dai contraenti, od alle maggiori spese affrontate per la prosecuzione inutile delle trattative. Per concludere, quindi, l'obbligo di comunicazione riguarda le circostanze in riferimento alle quali le parti si determinano a concludere l'affare, a concluderlo a determinate condizioni o con determinate clausole, oppure a non concluderlo affatto». Sul punto v. altresì V. SANGIOVANNI, *La responsabilità del mediatore immobiliare*, in *Imm. propr.*, 2021, p. 425 ss.

²⁸ Esprime perplessità sul punto anche E. GIACOBBE, *Il contratto*, cit., p. 419 ss. secondo la quale l'orientamento possibilista «sembra non aver sufficientemente ponderato il peso che, nell'ambito dell'individuazione del tipo di mediazione, il legame tra provvigione e conclusione dell'affare riveste».

²⁹ Sul punto, tra gli altri, v. A. LUMINOSO, *La mediazione*, cit., p. 147 s.,

³⁰ In questo senso si discorre di responsabilità da "contatto sociale", v. Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, sez. con nota di A. SESTI, *Responsabilità aquiliana del mediatore-mandatario nei confronti del soggetto promissario acquirente del bene*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 2286 ss.

²⁵ V. retro nota 14

²⁶ Da ultimo vedi la ricostruzione di A. MATTACE GIULIANO, *La mediazione atipica: il punto dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*, in *giustiziacivile.com*, 2019, per le ricostruzioni precedenti si rinvia a M. FRANCESCA, *Rischio*, cit., p. 65 ss.

²⁷ A proposito dell'obbligo di informazione del mediatore stabilito dall'art. 1759 c.c. v. A. MORA, *Obblighi e responsabilità del mediatore: in particolare la responsabilità per violazione dell'art. 1759 c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 373 s.; E. GUERINONI, *Mediazione e obbligo di corretta informazione*, nota a Cass. 26 maggio 1999, n. 5107, in *Contratti*, 2000, p.



Quanto all'autonomia della provvigione, la sua rilevanza è evidente nella sentenza richiamata in apice. Dalle notazioni sopra esposte, è già escludibile che il contratto analizzato dalla Cassazione dia corso a una mediazione in senso proprio. È chiaro che il mediatore abbia voluto, in questo caso, tutelare la propria posizione attraverso la garanzia del pagamento della provvigione, anche in caso di recesso non motivato del contraente intermediato. È altrettanto chiaro, dalla ricostruzione della Corte, che le parti abbiano agito sul mercato promuovendo l'attività interpositiva in più direzioni, al fine di spuntare il miglior prezzo di mercato³¹.

Escluso dunque che il corrispettivo, in caso di c.d. recesso, possa essere qualificato come provvigione e tanto meno come clausola penale³² che vincoli la libertà delle parti nella determinazione dell'affare, non resta che inquadrare il fenomeno oltre le parole: un mandato a titolo oneroso³³ allo svolgimento dell'attività interpositiva, dove è evidente l'interesse dell'intermediario a che il corrispettivo sia legato alla prestazione eseguita in luogo della conclusione dell'affare. In questo caso, più che di recesso³⁴, si tratta di revoca. Essa è dunque ammissibile nella limitata circostanza della giusta causa, atteso che nella conclusione del contratto le parti si sono vincolate, l'una esprimendo l'interesse allo svolgimento dell'attività di intermediazione e l'altra allo svolgimento di un'attività per conto altrui.

³¹ Cass. 18 settembre 2020, n. 19565, cit., dove tra i «Fatti di causa» si rileva che con «comunicazione del 15.02.2011, R.S. e C.M. recedevano dal contratto, ritenendo che la stima del prezzo di vendita fosse incongruo ed inferiore di circa Euro 30.000.00 rispetto a quello effettuato da altre due agenzie immobiliari». Secondo la ricostruzione della Corte, il contratto non è stato concluso fuori dai locali commerciali e resta, dunque, fuori dall'operatività del diritto di recesso previsto dall'art. 64, d.lg. n. 206 del 2005. Ciò nondimeno, le parti hanno successivamente contattato altre agenzie immobiliari al fine di valutare la stima già accettata nella conclusione del primo contratto di mediazione e, con buona probabilità, al fine di procedere alla conclusione dell'affare per il tramite di altri mediatori.

³² Sul punto v. anche l'interessante ricostruzione di M.N. BUGETTI, *Il giudizio di vessatorietà della multa penitenziale prevista per il recesso del consumatore dal contratto di mediazione atipica*, in *Contr. impr.*, 2021 p. 422 ss.

³³ In questo senso Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, cit. Nel senso dell'applicazione della disciplina della vessatorietà alla clausola penale Cass., 3 novembre 2010, n. 22357, in *Dejure online*; Trib. Torino, 28 maggio 2007, con nota di M.C. DI PROFIO, *Previsione di clausola penale tra tutela dell'autonomia contrattuale e protezione del contraente debole*, in *Giur. merito*, 2008, p. 1872 ss.

³⁴ Dubita dell'operatività del recesso nel rapporto mediatizio E. GIACOBBE, *Il contratto*, cit., p. 419 ss.

6. Abusi terminologici e dimensione funzionale del contratto nella intermediazione immobiliare.

Tutt'altra conclusione è rintracciabile nelle linee dell'attività d'impresa e, nella specie, della commissione. L'art. 1734 c.c. stabilisce che «Il committente può revocare l'ordine di concludere l'affare fino a che il commissionario non l'abbia concluso. In tal caso spetta al commissionario una parte della provvigione, che si determina tenendo conto delle spese sostenute e dell'opera prestata». È una subspecie di mandato in ragione della specificità del suo oggetto e vede, analogamente alla mediazione, la presenza della provvigione (art. 1733 c.c.), misurata secondo gli usi propri dell'affare. Siamo in presenza di strumenti dell'attività di impresa, tanto che il commissionario è parte diretta del procedimento formativo rispetto ai terzi: il suo intervento è dunque collocabile a metà strada tra quello proprio del mandato e quello della mediazione.

Questo spiegherebbe la svolta determinata dall'inserimento della categoria dei c.dd. «agenti muniti di mandato a titolo oneroso», ad opera dell'art. 2 della l. n. 39 del 1989 (attualmente regolata dal d.lg. n. 59 del 2010, n. 5, (c.d. decreto Bersani *bis*). Un tentativo di spostare, in un'ottica di mercato, una disciplina contrattuale legata fino ad allora all'occasionalità e alla non necessaria professionalità degli intermediari³⁵. L'ultima evoluzione

³⁵ Sul punto v. Cass., Sez. un., 2 agosto 2017, n. 19161, cit. che ritorna sulla separazione tra «mediazione tipica» e «mediazione atipica» (v. *retro* nota 12) e ne analizza le ripercussioni in funzione della categoria dei mediatori professionali (come introdotta dall'art. 2 della l. n. 39/89 e attualmente regolata dal d.lg. n. 59 del 2010, n. 5, c.d. decreto Bersani *bis*). In questo senso, la Suprema Corte rileva come «che le suddette opzioni ermenautiche non sono facilmente risolvibili in termini di scelta tra l'una e l'altra in quanto tendono a soddisfare finalità diverse, parimenti apprezzabili: il più risalente indirizzo appare sostanzialmente diretto a preservare la stretta interpretazione del dato normativo, al non dichiarato ma evidente fine di non lasciar senza compenso un'attività che pur sempre è stata svolta, quanto meno a beneficio del preponente; il più recente approdo interpretativo tende invece ad attrarre nell'orbita della mediazione tipica anche figure ad essa eccentriche, per combattere la piaga dell'abusivismo, soprattutto da parte di persone moralmente e professionalmente inidonee (vedi segnatamente Cass. n. 13184 del 2007)». La Corte, dopo avere specificato che la nuova previsione normativa lascia in piedi la previsione contenuta nella l. n. 39 del 1989, conclude che, tra le teorie sul tavolo, il Collegio ritiene di privilegiare la soluzione secondo cui «le medesime ragioni che sottostanno alla previsione dell'obbligo di iscrizione del mediatore e alla configurazione di detta iscrizione quale condizione del diritto alla provvigione, debbano trovare applicazione anche nelle ipotesi di mediazione atipica, e quindi anche in quella del procacciatore d'affari, valorizzando il nucleo essenziale delle prestazioni svolte da mediatore e procacciatore d'affari, che consiste nello svolgimento dell'attività di mediazione. Si evidenzia, in questa prospettiva, il fatto che il codice qualifica come mediatore anche colui che ha

verso un modello di mercato che già scorgeva l'essenzialità di una figura promotrice degli scambi in un mercato divenuto più complesso per confini territoriali e per rinnovate esigenze degli attori³⁶. Un mercato, insomma, che non era oramai prevalentemente legato a esigenze abitative primarie.

Sebbene la dottrina dell'epoca abbia adottato un'interpretazione atecnica della disposizione, al fine di contemperare i suoi effetti con il requisito strutturale dell'indipendenza del mediatore, il risultato di quella operazione è oggi chiaramente visibile. Lo scenario del mercato immobiliare era già mutato e se ne scorgevano i primi effetti con le agenzie immobiliari. Il linguaggio di persuasione del diritto nel varo alla nuova economia invitava a una maggiore sicurezza delle negoziazioni, assicurando l'onerosità del mandato a prescindere dalla conclusione dell'operazione economica e così producendo l'effetto ambientale di ripetizione e strutturazione di categorie di mediatori professionali.

Farebbe a questo punto *pendant* il richiamo alla vessatorietà della clausola che consente il pagamento della provvigione anche in caso di mancata conclusione dell'affare³⁷. Tuttavia, la riferita clausola

ricevuto l'incarico di promuovere la conclusione dell'affare da una sola delle due parti (art. 1756 c.c.) ovvero colui che ha avuto l'incarico da una delle due parti di rappresentarla negli atti relativi all'esecuzione del contratto concluso con il suo intervento (art. 1761 c.c.). Il conferimento di un mandato – che si presume oneroso – non colloca l'attività svolta dall'incaricato al di fuori del perimetro della mediazione, sempre che, ovviamente, l'incarico abbia ad oggetto la ricerca di un acquirente di un bene che il preponente intende alienare (Cass., n. 16147 del 2010; Cass., n. 19066 del 1996).

³⁶ Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, cit., interviene anche sulla diligenza attesa dal mediatore, il quale deve possedere le cognizioni tecniche necessarie attese dal professionista che opera all'interno di uno specifico mercato.

³⁷ Con riferimento alla applicazione della disciplina delle clausole vessatorie ai contratti di mediazione v. Cass., 3 novembre 2010, n. 22357, cit., nella quale si affrontano più stadi di argomentazione:

1) «Se, dunque, il conferente l'incarico rifiuti (anche se ingiustificatamente) di concludere l'affare col terzo indicato dal mediatore e che abbia fatto un'offerta coincidente con le aspettative del conferente, la previsione dell'obbligo di corrispondere comunque un compenso all'intermediario può avere causa nella remunerazione dell'attività da quello posta in essere nella ricerca di un interessato. Ma se il compenso sia previsto in misura identica (o vicina) a quella stabilita per l'ipotesi di conclusione dell'affare, si pone il problema di stabilire se, in relazione al caso di mancata conclusione dell'affare per scelta di chi ha conferito l'incarico, vi sia squilibrio fra i diritti e gli obblighi delle parti (art. 1469 *bis* c.c., comma 1; ora art. 33, comma 1, del codice del consumo), giacché solo con la conclusione dell'affare il preponente realizza il suo interesse e poiché il rifiuto da parte sua di concluderlo non integra comunque un inadempimento.

Il giudice dovrà dunque stabilire se la clausola sia vessatoria, considerando che l'art. 1469 *ter* c.c., comma 3, (ora, art. 34, comma 3, del citato codice del consumo) esclude bensì che la valutazione della vessatorietà possa concernere l'oggetto del contratto e l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi,

racconta male una contro-storia composta dall'utilizzo di uno schema contrattuale consueto e riconoscibile e dall'interesse dell'intermediario a trattenere un compenso capace di coprire i costi di una gestione d'impresa della mediazione immobiliare³⁸.

purché tuttavia “tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile”: nel patto intercorso tra preponente e mediatore deve dunque essere chiarito che, in caso di mancata conclusione dell'affare per oggettivamente ingiustificato rifiuto del preponente, il compenso al mediatore sarà dovuto per l'attività sino a quel momento esplicata. Se tanto non sia chiaro, l'adeguatezza del corrispettivo per l'ipotesi di mancata conclusione dell'affare dovrà essere apprezzata dal giudice, che potrà concludere nel senso del significativo squilibrio delle prestazioni e dunque per l'inefficacia della clausola *ex* art. 1469 *quinq*ues c.c., comma 1, (o per la sua nullità *ex* art. 36, comma 1, del codice del consumo), segnatamente se il diritto al compenso per il caso di mancata conclusione dell'affare sia fissato in misura indipendente dal tempo per il quale l'attività del mediatore s'è protratta prima del rifiuto del preponente».

2) «Va soggiunto che se, invece, il rifiuto di concludere il contratto da parte di chi abbia conferito l'incarico tragga origine dalla sussistenza, originaria o sopravvenuta, di circostanze ostative alla conclusione stessa, di cui la stessa parte abbia omesso di informare il mediatore al momento del patto o cui abbia dato causa successivamente, sarebbe allora configurabile una sua responsabilità per violazione dei doveri di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. In casi siffatti, la previsione dell'obbligo di pagare comunque la provvigione o somma equivalente integrerebbe una clausola penale e sarebbe dunque soggetta al diverso apprezzamento di cui all'art. 1469 *bis* c.c., comma 2, n. 6, (ora art. 33, comma 2, lett. *f*, del codice del consumo), concernente la presunzione di vessatorietà delle clausole che, in caso di inadempimento, prevedano il pagamento di una somma manifestamente eccessiva».

In senso contrario, tra le altre, v. Trib. Bari, 22 settembre 2008, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 1011, con nota di G. Schiavone.

³⁸ V. ad esempio Il Servizio “Venduto Garantito” (di séguito Servizio) è offerto da Homepal RE srl, dove all'art. 2 è stabilito che «Il Servizio consiste in: - Pubblicazione dell'annuncio di vendita nella Piattaforma Homepal per un anno; - Servizio Fotografico professionale; - Redazione o revisione del testo dell'annuncio in ottica Search Engine Optimization; - Ottimizzazione della visibilità dell'annuncio attraverso: Web Push, che permetterà all'annuncio di comparire in testa e più frequentemente rispetto agli altri annunci; Ripubblicazione presso altri siti dell'annuncio stesso (a titolo esemplificativo Immobiliare.it, Bakeca, Casa.it, etc); Invio delle informazioni dell'immobile ad investitori immobiliari (a titolo esemplificativo: società immobiliari, investitori privati, etc.); Assistenza continuativa e dedicata nella gestione degli appuntamenti e delle eventuali offerte o Assistenza nella predisposizione della documentazione contrattualistica per la formalizzazione degli accordi vincolanti.

Decorsi 45 giorni dalla pubblicazione dell'annuncio o dalla sua revisione (nel caso in cui fosse già stato già pubblicato in precedenza nella Piattaforma Homepal), il Cliente potrà richiedere in qualsiasi momento la restituzione del costo previsto nell'articolo 3, a condizione che l'immobile non sia stato venduto, secondo le modalità previste nell'articolo 4.

Nel caso in cui il cliente dovesse vendere il proprio immobile prima dello scadere dei 45 giorni, per proprio conto o tramite soggetti terzi (sempre che il potenziale acquirente non abbia richiesto appuntamento tramite la Piattaforma Homepal), il cliente potrà ugualmente chiedere il rimborso della cifra, al net-



Se tanto è, allora la clausola sposta la qualificazione del contratto verso il mandato a titolo oneroso e, nella nuova qualificazione, consente un riequilibrio delle prestazioni in relazione all'interesse rappresentato contrattualmente dalle parti. Così, nel caso di c.d. recesso anticipato dell'intermediato (*recitius*: revoca senza giusta causa), l'importo dovuto dovrebbe tenere conto del rimborso delle spese, del compenso, nonché del risarcimento del danno che deve essere commisurato alla lesione dell'interesse del mandatario alla conservazione del rapporto (1723 e 1223 c.c.).

L'introduzione della qualificazione di vessatorietà, con relativa nullità della clausola, produce invece un ridimensionamento del funzionamento del mercato, con un eccessivo spostamento di tutela tra attori di un mercato decisamente peculiare. Ciò con buona pace dell'esigenza di certezza di un'attività che ormai assume i chiari contorni dell'attività di impresa organizzata in modo professionale.

La proporzione tra diritti e obblighi delle parti che la Corte persegue ha all'attivo una pluralità di modelli di intervento, ma non tutti intercambiabili nel funzionamento dello stesso mercato³⁹.

La differenza tra la tutela apprestata dal codice civile e modellata sugli interessi che conformano ciascuna disciplina e quella consumeristica è sostanziale⁴⁰: la seconda offre un rimedio fisso con prospettive deterrenti, potenzialmente produttive di un fermo di sistema, almeno per il lato professionale. Il non detto del linguaggio normativo consumeristico è la sicurezza delle contrattazioni, nella declinazione di produzione di fiducia⁴¹ nell'accesso a un

to dell'importo di € 345 che sarà trattenuto a titolo di rimborso per l'attività svolta da Homepal RE nel periodo».

³⁹ Tra le soluzioni prospettabili che la Corte non valuta, vi è la riconduzione a proporzione della clausola penale ex art. 1384 c.c., v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 443 ss., spec. p. 450 ss.

⁴⁰ Sul punto v., *ex multis*, E. CAPOBIANCO, *Globalizzazione, mercato, contratto*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 11 ss.; ID., *La tutela del contrattante consumidor en el derecho italo-europeo*, ivi, p. 49 ss., che già avvertiva come «L'esigenza di regolamentare il contratto e il mercato, apparentemente ostativa della libertà degli operatori, serve, in tal modo, a favorire una libertà di contratto nella quale non vi siano abusi e prevaricazioni. Per questo, nel momento in cui il mercato racchiude ambiti qualitativamente diversi, assumono altresì rilievo ai fini dell'equilibrio contrattuale le clausole generali di equità, correttezza, buona fede che finiscono inevitabilmente per recuperare all'interno del contratto quella funzione di "riequilibrio" non solo delle posizioni dei contraenti fra di loro, ma anche di queste, unitariamente intese, rispetto alle modalità di funzionamento del settore economico entro il quale il contratto si colloca».

⁴¹ N. LUHMANN, *La fiducia* (trad. it. di L. Burgazzoli), Bologna, 2002, *passim*; R. DE GIORGI, *Evoluzione della fiducia e periferie dell'accadere*, in ID., *Temi di filosofia del diritto*, Lecce,

determinato mercato. Le discipline relative al diritto di recesso, alla garanzia dei beni di consumo e alle clausole vessatorie rispondono a una logica promozionale del medesimo mercato⁴², attraverso la garanzia apprestata ai contraenti circa la rivedibilità delle scelte di consumo e l'eliminazione della clausola produttiva di una sperequazione di diritti e obblighi. Il numero complessivo dei contratti conclusi per beni di consumo consente la sopravvivenza di un'attività imprenditoriale. Anzi, in questo caso, il costo di transazione rappresenta una leva al moltiplicarsi degli affari: più l'utente si sente sicuro, maggiore è la fiducia nel mercato e maggiore è il numero di scambi prodotti, capace di sopportare anche i costi di instabilità contrattuale introdotti dalle discipline consumeristiche.

Dalla sicurezza, nel suo sostituto funzionale (fiducia)⁴³ si ritorna, nel sistema immobiliare, alla tradizionale certezza delle contrattazioni. Il sistema disegnato dal codice, infatti, meglio risponde alle esigenze di funzionamento di un comparto più

2006, p. 26 ss.; M. FRANCESCA, *«Uno studio in rosso»*, cit., p. 56 ss.

⁴² «La teoria moderna del contratto è in larghissima parte incentrata sulla tutela di un contraente economicamente debole, rispetto ad un contraente economicamente forte [...], sicché null'altro, in definitiva, si direbbe possa trasparire da una visione riduzionistica dell'autonomia privata»: così C. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2014, p. 227 ss., il quale coglie in questa visione il rischio «di tagliare fuori, metodicamente, l'interesse meritevole a partecipare in condizioni di eguaglianza al sistema economico di soddisfazione dei bisogni nel quadro della piena e libera realizzazione di sé e del proprio progetto di vita». Rendono plasticamente il concetto le pagine di M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo*, cit., spec. p. 339 e p. 342 ss.: «[a]l di là dell'apparenza, dunque, il segno di questo nuovo interventismo europeo è tale che gli si può riconoscere il senso reale di aver ripristinato la sovranità del mercato», ciò innanzitutto «sul piano della ri-economicizzazione di quanto il *Welfare State* aveva de-economicizzato» (ossia sottratto al mercato) attraverso la creazione di rapporti che, «per i soggetti (servizi, ecc.) o per la provvista (imprese in mano pubblica, ecc.), fuoriuscivano dalla logica economica». Quest'emancipazione dell'economia «si dà, per l'appunto, attraverso la "purificazione" del diritto dalle interferenze con cui la "misura" politica aveva insidiato la sua autoreferenzialità nell'epoca del *Welfare State*». La dinamica «che presiede a queste "soluzioni interne" dell'accresciuta complessità dei sistemi sociali vale anche a farne comprendere i limiti»: su tutti, il limite derivante dal fatto di «vedere il mercato delle merci e i "professionisti" e "consumatori" che in esso si confrontano» senza però riuscire a «distinguere le merci per quel che di specifico possono avere».

⁴³ V. le riflessioni in M. FRANCESCA, *«Uno studio in rosso»*, cit., p. 54 ss.; EAD., *Dalle ADR offline*, cit., p. 7 ss. V. anche le digressioni di S. POLIDORI, *Situazioni esistenziali, beni e diritti: dal negozio a contenuto non patrimoniale al mercato dei segni distintivi della personalità*, in *Annali SISDiC*, 2020, p. 227 ss., a proposito del ruolo della fiducia nel mercato, quand'anche ad oggetto siano situazioni esistenziali, in particolare a proposito del rapporto tra messaggio pubblicitario e clausola morale.

complesso e, nell'economia del quale, ciascuna parte contrattuale necessita di certezze. La non sostituibilità dei beni, accompagnata dall'investimento professionale del mediatore immobiliare, in un mercato tutt'altro che seriale, richiede soluzioni adeguate al caso concreto, capace di tutelare tutte le parti in gioco.

L'opera di astrazione perseguita invece dalla Corte è talmente forte da tralasciare l'analisi del caso concreto, dei suoi contenuti formali e sostanziali e la possibile opera ermeneutica del giurista, l'unica idonea a scongiurare l'effetto di sistema di un presunto disequilibrio⁴⁴. Il postulato bisogno di protezione del consumatore, anche quando rinuncia arbitrariamente a un servizio richiesto e contrattualmente voluto⁴⁵, è chiaramente una scelta che riecheggia normative di favore per soggetti reputati deboli e che apre a un *laissez-faire* consumeristico, poco adeguato al contesto di riferimento. Quando cioè i costi di transazione non rappresentano una leva finanziaria, ma un mero costo da coprire in vista della messa in circolazione di una ricchezza con peculiarità tali da non avere la forza numerica della ripetibilità. Non è sicuramente un caso che, in momenti

di crisi economica, il primo mercato colpito da stagnazione sia quello immobiliare, tanto da rendere necessarie politiche di sostegno all'acquisto sia contrattuali sia finanziarie⁴⁶.

È chiaro che il passaggio dal rischio del mediatore agli agenti muniti di mandato è il frutto di una trasposizione dall'atto di commercio occasionale a una gestione d'impresa dell'attività di intermediazione immobiliare, tuttavia la risposta non può prescindere dalla qualificazione dell'attività interpositiva e dall'applicazione delle connesse discipline in materia di compensi e provvigioni. Soltanto attraverso la qualificazione dell'attività⁴⁷ è possibile leggere la vicenda nel corretto segno: la carenza dell'assunzione del rischio dell'intermediario sul piano funzionale sposta la qualificazione della fattispecie concreta verso il mandato a titolo oneroso. In questo caso, alla revoca senza giusta causa consegue un risarcimento del danno nei termini dell'art. 1725 c.c., senza perseguire articolate costruzioni e decostruzioni di tipo nominalistico e senza soggiacere all'effetto manipolativo delle parole⁴⁸.

⁴⁴ V. R. PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1994, V., c. 149, il quale ammoniva anzitempo dal rischio di una analisi contestualizzata delle clausole e ricordava che «ciò che è abusivo ad un prezzo può essere perfettamente equo a un altro»; v. anche G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28, l. 16 febbraio 1913*, n. 89, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 804 ss., spec. p. 858, secondo il quale «una clausola gravosa per il consumatore può perdere la sua vessatorietà qualora risulti 'compensata' da un particolare vantaggio, normativo od economico, offertogli».

⁴⁵ Sul punto v. F. LONGOBUCCO, *Circolazione dei diritti e frode negoziale ai terzi*, in G. PERLINGIERI e E. CAPOBIANCO (a cura di), *Atti del Convegno ADP, Circolazione e teoria dei beni, Lecce, 21 e 22 marzo 2019*, in corso di pubblicazione, per il quale si iscrive nella categoria del contratto in frode al terzo, anche «l'ipotesi della c.d. frode al mediatore, ossia quel comportamento o quell'insieme di iniziative poste in essere dai clienti del mediatore con il proposito malizioso di negargli il compenso, cioè di eludere la corresponsione della provvigione, anche quando l'affare sia stato validamente concluso per effetto dell'opera dell'intermediario. Non è raro che le parti, infatti, messe in relazione dal mediatore, revochino l'incarico allo stesso, simulando l'abbandono dell'affare che, successivamente, concludono tra di loro, oppure proseguendo da sole le trattative. L'ipotesi di frode più frequente si realizza quando, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di recesso, viene negata e posta in discussione, nei suoi elementi soggettivi e oggettivi, la conclusione dell'affare. Opportunamente, in tali evenienze, la giurisprudenza attribuisce egualmente il diritto alla provvigione del mediatore, riconoscendosi che lo stesso, in quanto terzo rispetto al contratto concluso per effetto del suo intervento, è ammesso a provare con testimoni l'esistenza del contratto, come fatto storico, al solo fine di domandare la corresponsione della provvigione, ancorché si verta in tema di negozio soggetto alla forma scritta *ad substantiam*». In proposito, cfr. Cass., 16 giugno 1992, n. 7400, in *Rep. Foro it.*, 1992, *Mediazione*, n. 15.

⁴⁶ V. le considerazioni di D. POLETTI, *L'acquisto "progressivo" della proprietà abitativa tra autonomia privata, tecnica legislativa e controllo giudiziale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, II, Torino, 2017, p. 109 ss.

⁴⁷ Si rinvia alle questioni relative all'interpretazione del contratto e al rilievo della causa concreta, v., *ex multis*, la recente ricostruzione proposta da C. SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 588 ss. e ivi ampia bibliografia.

⁴⁸ Un esempio nella prospettiva indicata è offerto proprio da Cass., 18 settembre 2020, n. 19565, cit., lì dove si assume che «l'accertamento sulla vessatorietà della clausola costituisce, invece, un dovere officioso del giudice, tenuto a rilevare, anche d'ufficio la nullità di una clausola che, nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista, determina, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto», sebbene ammetta che l'equilibrio economico delle prestazioni sia vietato dall'art. 34 comma 2 del Codice del Consumo.

Sulla medesima linea Cass., 3 novembre 2010, cit., che nel richiamare testualmente l'orientamento già presente in Cass. n. 7067 del 2002, a proposito della collegabilità del compenso del mediatore a un fatto ulteriore, quale l'attività di organizzazione necessaria per la messa in relazione, soggiunge che «Il giudice dovrà dunque stabilire se la clausola sia vessatoria, considerando che l'art. 1469 *ter* c.c., comma 3, (ora, art. 34, comma 3, del citato codice del consumo) esclude bensì che la valutazione della vessatorietà possa concernere l'oggetto del contratto e l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tuttavia «tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile»: nel patto intercorso tra preponente e mediatore deve dunque essere chiarito che, in caso di mancata conclusione dell'affare per oggettivamente ingiustificato rifiuto del preponente, il compenso al mediatore sarà dovuto per l'attività sino a quel momento esplicata. Se tanto non sia chiaro, l'adeguatezza del corrispettivo per l'ipotesi di mancata conclusione dell'affare dovrà essere apprezzata dal giudice, che potrà concludere nel senso del significativo squilibrio delle prestazioni e dunque per



Aniché procedere per assimilazioni e per richiami di istituti non conferenti, è necessario tornare alla qualificazione dei rapporti economici⁴⁹. Ciò consente sia di non escludere la disciplina propria delle clausole vessatorie, per la quota dei significativi squilibri che coinvolgono il contratto tra professionista e consumatore nell'ordine dell'equilibrio normativo del contratto, sia di lasciare alle parti la pesatura economica delle prestazioni reciproche e l'azionabilità delle relative tutele contrattuali⁵⁰. Il

l'inefficacia della clausola *ex art. 1469 quinques c.c.*, comma 1, (o per la sua nullità *ex art. 36*, comma 1, del codice del consumo), segnatamente se il diritto al compenso per il caso di mancata conclusione dell'affare sia fissato in misura indipendente dal tempo per il quale l'attività del mediatore s'è protratta prima del rifiuto del preponente». La mescolanza è evidente: si ammette il pagamento della provvigione legata all'attività espletata, senza rinunciare alla qualificazione del contratto come mediazione. È evidente altrettanto che l'effetto sia quello di introdurre una misura di proporzione tra prestazione e compenso in un contratto che ne è ontologicamente privo.

⁴⁹ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi nel diritto civile*, Napoli, 2015, spec. p. 117 ss.; ID., *Il «giusto rimedio» nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 3 ss.; S. POLIDORI, *Ragionevolezza, proporzionalità, «giusto rimedio»: le tendenze evolutive e un'occasione mancata (dalla Cassazione)*, in G. PERLINGIERI e A. FACHECHI (a cura di), *L'operatività dei principi di ragionevolezza e proporzionalità in dottrina e giurisprudenza*, Napoli, 2017, p. 907 ss., spec. p. 913, che rammenta: «non tutto ciò che è proporzionato risulta altresì ragionevole».

⁵⁰ Si tratta al fondo di perseguire la medesima logica equilibratrice dei rapporti perseguita con le nullità selettive nell'area dell'intermediazione finanziaria. L'intervento di Cass., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, n. 28314, in *Contratti*, 2020, p. 11, precisa che la nullità del contratto quadro non può dirsi incondizionata e «deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede [...] 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». Sul punto v. le notazioni di G. VETTORI, *Nullità selettive e «riequilibrio effettivo»*. *L'evoluzione della buona fede*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 21 ss., spec. p. 24 s., secondo il quale «Dalla sentenza emerge con chiarezza che è sempre possibile un rimedio risarcitorio (ai sensi dell'art. 1337 c.c.) quando «il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto». Con ciò si vuol ribadire due aspetti fondamentali. La «risarcibilità del danno da scorrettezza» in «funzione correttiva dell'equilibrio economico risultante dal contratto» è «compatibile con il principio di certezza e stabilità dei fatti giuridici», perché validità e responsabilità «operano su piani diversi e non possono entrare in contraddizione». Le prime regole concernono la struttura e dunque gli «effetti del titolo rilevante per l'ordinamento e per i terzi»; stabiliscono, insomma, la validità e l'efficacia immediata e prevalente di un acquisto compiuto nel rispetto della legge di circolazione. Le seconde, ai soli fini risarcitori, valutano un comportamento in mala fede dell'acquirente. Tale giudizio non incide sul controllo strutturale dell'atto di autonomia o sulla conformazione della proprietà ed è coerente con il sistema e il diritto vivente affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione». V., *ex multis*, T. FEBBRAJO, *Uso selettivo della nullità di protezione tra buona fede e principi rimediali di effettività, proporzionalità e dissuasività*, in

tutto senza richiami a una postulata azionabilità *ad nutum* del diritto di recesso nel contratto di mediazione, che chiaramente sconta una sovrapposizione di piani:

a) il richiamo alla disciplina consumeristica, senza averne tuttavia le medesime caratteristiche temporali, che garantiscono la stabilità del vincolo successiva alla decorrenza del termine;

b) la qualificazione del rapporto di mediazione come contratto di durata.

La soluzione *sub a)* dipende dal modello formativo del contratto (a distanza, fuori dai locali commerciali ecc.), che può investire il contratto di mediazione se concluso a distanza, come qualsiasi altro contratto di prestazione di servizi. La soluzione *sub b)* non valuta, invece, che aggiungere un esercizio libero del diritto di recesso al contratto di mediazione, del quale è già effetto proprio la libertà dell'intermediario di non accettare la conclusione dell'affare, provoca un chiaro squilibrio del rapporto normato.

È un dato acquisito che i tempi moderni del diritto siano segnati dal progressivo ingombro della materia consumeristica e dalla altrettanto progressiva riscrittura dei nuovi soggetti e predicati del sistema economico⁵¹. Provoca tuttavia disagio rilevare che lo strumentario consumeristico, originariamente regolatorio del mercato, abbia assunto i connotati di una neolingua, capace di omologare vicende contrattuali sotto l'egida della sua disciplina⁵². Il risul-

Pers. merc., 2021, p. 345 ss.; S. PAGLIANTINI, *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, ivi, 2021, p. 31 ss. Tuttavia rileva gli effetti delle misure protettive sul funzionamento degli istituti, C. ROBUSTELLA, *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Torino, 2020, p. 173 ss., spec. p. 176 e s., per la quale «Non si può, in conclusione, non tenere in debito conto che l'attribuzione esclusiva a una delle parti della facoltà di far valere la nullità del contratto non può incidere in alcun modo anche sulla fonte dell'obbligazione restitutiva di quanto ricevuto sine causa, poiché quest'ultima opera su un piano distinto dal precedente, potendo, a buon diritto, considerarsi espressione di un principio di ordine pubblico, appunto perché fondato su un principio di ragionevolezza e equità che non può, ad avviso di chi scrive, dissolversi per ragioni «protettive» di uno dei contraenti, ancorché ritenuto parte debole del rapporto».

⁵¹ V. le considerazioni di G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 86 ss., spec. p. 88, il quale rammenta che «la complessità attribuisce all'interprete poteri e responsabilità nuovi. Si tratta solo di non smarrirsi nel dubbio e di non rifugiarsi nell'astrazione per impegnarsi nella definizione di nuove tecniche di attuazione e concretizzazione dei principi». V. anche ID., *Il contratto senza numeri e senza aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1190 ss.

⁵² Diversamente, una prospettiva di valore prospettico è rintracciabile in una isolata posizione della giurisprudenza di legittimità, v. Cass., 8 luglio 2020, n. 14257, in *Dejure* online, estensore M. Gorgoni, che in materia di contratti turistici richiama l'orientamento più recente teso «ad individuare una misura di ragionevolezza cui devono attenersi le misure consumeristiche,

tato rischia di essere il *caos* cui è contrapponibile soltanto un processo di de-estinzione del linguaggio e un ritorno alla funzione correttiva del sistema normativo, tenuto conto che ogni evento perturbativo non può essere eliminato o ridotto e impone di «riguardare piuttosto lo stato in cui il sistema viene portato [...] che non quello inconfondibile in cui si trovava prima di essere perturbato»⁵³.

onde non sbilanciare la tutela del consumatore, favorendone gli abusi, (cfr., ad esempio, Corte di Giustizia, causa C-412/06, causa C-489/07, causa C-511/08)». In particolare, nel caso di specie, si lamentava «un pregiudizio informativo solo nominale e che, non potendo addurre una parzialità informativa che avesse davvero inciso sul suo consenso, non risultava affatto realmente pregiudicato». Infine la Corte ritorna sulla necessità di non «anteporre formalisticamente il c.d. dogma consumeristico che vuole il consumatore in una situazione di presunzione assoluta di debolezza, sempre e comunque meritevole di protezione» e privilegia la «soluzione ispirata evidentemente al principio di autoreponsabilità del consumatore, correggendo le conseguenze che sarebbero derivate dall'applicazione dello *strictum ius*».

⁵³ E. MAJORANA, *Il valore delle leggi statistiche nella Fisica e nelle Scienze sociali*, in *arxiv.org*. Nella prefazione della versione editata da Erasmo Recami si narra che «Il presente articolo fu scritto da Ettore Majorana, in maniera parzialmente didascalica, per una rivista di sociologia; rinunciando poi a pubblicarlo (ed, anzi, cestinandolo). Esso ha visto la luce postumo, per interessamento di Giovanni Gentile jr., (inventore delle “parastatistiche” e grande amico di Ettore, sulla rivista *Scientia*, vol. 36, fascicolo del Febbraio-Marzo del 1942, pp. 58-66. Dopo di allora, non è stato più ripubblicato in lingua italiana fino agli inizi del 2006, quando ne abbiamo reso note varie riduzioni su differenti quotidiani italiani e sulla rivista “Fisica in Medicina”. Non si sa quando fu scritto: forse nel 1930, dato che si fa riferimento alla meccanica quantistica *standard*, senza accenni alle critiche sorte negli anni trenta. Però il tema centrale di questo scritto era ancora vivo nell'animo del Nostro nel 1934: infatti, il 27.07.34 (su carta listata a lutto, dato che quell'anno era mancato suo padre), il Majorana scriverà a Giovannino Gentile di attendersi che presto sarà generalmente compreso che la scienza ha cessato di essere una giustificazione per il volgare materialismo».



COMMONS, COMMONING AND COMMUNITY. I PATTI DI COLLABORAZIONE

| 34 Di Lucio Casalini

SOMMARIO: 1. Città e comunità sostenibili nell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite: ritorno al futuro. – 2. La rigenerazione urbana. – 2.1. Dai beni comuni ai beni comuni urbani. – 3. Strumenti privatistici di gestione sostenibile: focus sui cd. patti di collaborazione. – 3.1. Il nodo della qualificazione giuridica. – 4. Prime conclusioni e prospettive di analisi de iure condendo.

ABSTRACT. Lo strumentario privatistico per le finalità connesse alla rigenerazione urbana e alla gestione condivisa dei beni comuni che emerge dalla prassi applicativa contempla, a pieno titolo, i cd. patti di collaborazione. Questi rappresentano uno strumento virtuoso ed efficace nella concreta realizzazione di una società sostenibile, ma che, sul piano normativo, disvela diversi profili di criticità, dovuti sovente alla sovrapposizione di piani, pubblicistico e privatistico. Nel tentativo di scongiurare tale sovrapposizione, la presente analisi muove da una ricostruzione teorica dei beni che elettivamente formano oggetto dei patti di collaborazione, per giungere ad indagarne, ante omnia, le possibili forme di qualificazione giuridica.

Private law tools for urban regeneration and management of commons certainly include the so-called collaboration agreements, well-known in practice. This kind of agreements represent a virtuous and effective tool in the concrete realization of a sustainable society. However, at the regulatory level, they show several critical profiles, often due to the overlapping of public and private plans. To avoid this overlap, this analysis starts from a theoretical reconstruction of the assets that are electively the subject of the collaboration agreements, to get to investigate, first of all, the possible forms of legal qualification.



1. Città e comunità sostenibili nell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite: ritorno al futuro.

La progressione espressa nel titolo della presente riflessione – *commons, commoning and community* – necessita di un chiarimento preliminare. Essa prende le mosse dallo straordinario lavoro condotto da Elinor Ostrom, che le è valso il Premio Nobel per l'economia nel 2009, in cui l'insigne economista americana sottolinea l'importanza della gestione (*commoning*) dei beni comuni urbani (*commons*) affinché si innesti quella circolarità virtuosa di cui i cittadini e la comunità (*community*) sono i primi beneficiari¹.

Una circolarità dove entrano in relazione tutti e tre i vertici del triangolo sociale: gli enti pubblici (Stato, Regioni, Comuni), le imprese (*business community*) e la società civile (associazione, fondazioni, cooperative, cittadini attivi).

Un simile paradigma è rinvenibile in seno agli obiettivi dettati dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite (cd. *sustainable goals*), che in questa riflessione assurgerà ad orizzonte giuridico-programmatico di riferimento. Tra i diciassette obiettivi, infatti, vi è l'obiettivo undici, intitolato «*Sustainable cities and communities*», dove la rigenerazione urbana trova una sua puntuale collocazione sistematica².

¹ Cfr. E. OSTROM, *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, 280.

² Il nuovo quadro globale della materia è, infatti, oggetto dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, adottata il 25 settembre 2015 in occasione della 70^a Assemblea generale delle Nazioni Unite (Risoluzione NU A/RES/70/1); quanto agli impegni dell'UE in tema di sostenibilità, si veda la comunicazione COM (2016) 739, «Il futuro sostenibile dell'Europa: prossime tappe. L'azione europea a favore della sostenibilità». La politica commerciale dell'UE, illustrata nella comunicazione COM (2015) 497, «Commercio per tutti. Verso una politica commerciale e di investimento più responsabile», appoggia lo sviluppo sostenibile in tutto il mondo, puntando in particolare sul nesso tra commercio, sviluppo, diritti umani e buona *governance*, nella consapevolezza che il commercio «non è fine a se stesso, è uno strumento a vantaggio delle persone» (v. in particolare pag. 30). Il punto sull'attuazione in Italia della vasta gamma di obiettivi economici, sociali, ambientali e istituzionali contenuti nell'Agenda 2030 è fatto dall'Alleanza italiana per lo Sviluppo Sostenibile (ASviS), L'Italia e gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (disponibile in www.asvis.it). Cfr. V. BARRAL, *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, in *The European Journal of International Law*, XXIII, 2, 2012, 377; M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2020, 4 ss, ove l'Autore, muovendo dall'analisi "ecologica" della nozione pluridimensionale di "sostenibilità" nella prospettiva del diritto civile e costituzionale, pone le basi per un

Interessante è notare, in particolare, come vengano giustapposti i due concetti di *città* e di *comunità*, come a voler formare un uno inscindibile, sotto l'egida della sostenibilità. Sicché, la concezione di sostenibilità che emerge ancora una volta dalle agende internazionali pone sempre di più l'accento sulla correlazione fra sostenibilità ambientale, economica ed equità sociale: questi rappresentano indubitabilmente obiettivi tra loro integrati³.

Nel nostro ordinamento, punto di partenza ineludibile è rappresentato dall'art. 118, ult.co., Cost., ove trova consacrazione il principio di sussidiarietà orizzontale, ai sensi del quale «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»⁴.

nuovo approccio giuridico al rapporto dialettico tra "sviluppo" e "ambiente", che possa mediare anche tra la concezione antropologica e la concezione ecocentrica; in questo senso qui si parla di diritto dello "sviluppo umano ed ecologico".

³ Già l'Agenda Urbana UE del 2016 ha affrontato i problemi delle città, creando partenariati tra la Commissione, le organizzazioni dell'UE, i governi nazionali, le autorità locali e le parti interessate, come ad esempio le organizzazioni non governative. Insieme, essi sviluppano piani d'azione per: «*adottare leggi più efficaci; migliorare i programmi di finanziamento; condividere le conoscenze (dati, studi, best practices)*». Invero, ci si avvede subito come la questione non sia di poco momento, se sol si pone attenzione ad alcuni dati. La popolazione urbana nel mondo oggi ammonta a 4,2 miliardi; numero destinato a lievitare fino a 5 miliardi nel 2030 (nostro anno di riferimento, orizzonte temporale). In Europa circa il 75% della popolazione oggi vive nelle città; in altri termini, 3 persone su 4 vivono in aree urbane (Europa seconda solo all'America Latina, secondo Paese per livello di urbanizzazione). Un simile fenomeno si comprende osservando le cause che sono alla base: nelle città si trovano migliori opportunità di lavoro, di studio e, in generale, di vita. Allargando la lente dell'indagine e muovendo su larga scala, invece, il problema è ancora più complesso e innesca flussi migratori che muovono grandi masse di persone alla ricerca (talvolta disperata) di migliori condizioni di vita, quando non addirittura ragioni di sopravvivenza. Tra le cause più note: conflitti armati, carestie, grandi crisi, oggi e ancor più in futuro i cambiamenti climatici (ad es., altro fenomeno che si lega a doppio filo con il tema in esame è quello del *landgrabbing*, cui non è possibile soffermarsi in questa sede).

⁴ *Ex multis*, cfr. M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I-II, Torino, 2014; F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016; B. AGOSTINELLI, *L'autonomia iniziativa dei privati nell'economia solidale. Nuove prospettive della sussidiarietà*, Napoli, 2018; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'articolo 118 ultimo comma della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, 603 ss.; A. D'ATENA, *La declinazione verticale e la declinazione orizzontale del principio di sussidiarietà*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012; E. BLASI, *Il principio*

Tale modello definisce il concetto di «amministrazione condivisa» dei beni comuni che consente all'amministrazione (in particolare i Comuni) e ai cittadini «attivi» di porre in essere attività condivise riguardanti la cura, la rigenerazione e la gestione dei beni comuni su un piano paritetico⁵.

La PA, in tal caso, non agisce in via autoritativa e imperativa, secondo lo schema classico potere–funzione–procedimento, ma utilizza logiche di condivisione e parità nelle modalità previste dall'art. 1, co. 1bis, L. 241/90, orbitando piuttosto nell'ambito dell'autonomia tra privati. Inoltre, secondo la dottrina più avveduta, il principio in questione non deve considerarsi isolato nella trama normativa costituzionale, bensì, rappresenta un

di sussidiarietà orizzontale nelle culture giuridiche tedesca e italiana dopo la riforma del Titolo V, in www.labsus.org; D. BOLOGNINO, R. CAMELI, F. GIGLIONI, *La sussidiarietà nella giurisprudenza italiana e comunitaria*, in www.labsus.org; N. POLITO, *Strumenti per la sussidiarietà orizzontale: un'ipotesi per l'applicazione dell'art. 118, quarto comma, della Costituzione*, in www.labsus.org; S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2011, 593 ss. Nella letteratura più recente, v. anche G. MACDONALD, *Sussidiarietà orizzontale. Cittadini attivi nella cura dei beni comuni*, Prefazione di E. BATTELLI, Canterano, 2018.

⁵ In questo senso la dottrina ha specificato che il modello di amministrazione condivisa è «fondato sulla collaborazione fra amministrazione e cittadini, che potrebbe consentire una soluzione dei problemi di interesse generale migliore dei modelli attualmente operanti, basati sulla separazione più o meno netta fra amministrazione e amministrati», G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 29 ss. Il saggio sviluppava poi questa ipotesi affermando, fra l'altro, che «[...] si può impostare in modo nuovo il rapporto fra amministrazione e cittadini [...] realizzando una sintonia ancora maggiore tra l'amministrazione e alcune caratteristiche positive della società italiana. Fra queste vi è senza dubbio quella di essere una società piena di risorse, vivace, attiva, intraprendente, capace di affrontare ogni genere di ostacoli». Rispecchiare questo aspetto della nostra società, essere in sintonia con essa «significa che l'amministrazione deve saper diventare uno dei "luoghi" in cui la varietà, le capacità, in una parola le risorse della società italiana possono manifestarsi, contribuendo alla soluzione dei problemi di interesse generale. Finora, queste risorse sono state ignorate: i soggetti destinatari degli interventi pubblici sono stati normalmente considerati come soggetti passivi dell'azione amministrativa [...] non certo persone portatrici di risorse proprie sotto forma di capacità, esperienze, competenze, idee, tempo, etc.; né si è pensato che grazie a queste risorse costoro possono diventare alleati dell'amministrazione nella soluzione di problemi sia individuali sia collettivi». In sostanza, si teorizzava la possibilità che i «cittadini, singoli, associati e soggetti economici, possano diventare protagonisti nella soluzione di problemi di interesse generale ed al tempo stesso nella soddisfazione delle proprie esigenze, instaurando con l'amministrazione un rapporto paritario in cui ciascuno mette in comune le proprie risorse e capacità, in vista di un obiettivo comune». Cfr., altresì, Id., *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 49, in particolare nt. 5.

contenitore di richiami e rimandi ad altre norme costituzionali che hanno il compito di contemperarlo e integrarlo proprio nelle dinamiche di quei rapporti nascenti tra Amministrazione e cittadini. Il principio di sussidiarietà così diventa lo strumento attraverso il quale si creano nuove forme di relazione tra amministratori e amministrati, creando una tensione tra nuovi e vecchi paradigmi. Al riguardo, la dottrina ha affermato che «il principio di sussidiarietà orizzontale svolge una funzione di emancipazione delle esperienze sociali, attribuendo a esse un valore giuridico che altrimenti stenterebbe a essere riconosciuto se non in termini di mera espressione di autonomia privata del tutto disancorata dagli interessi generali»⁶.

In questa prospettiva, il privato, da mero soggetto amministrato, passa a rivestire un ruolo attivo fondamentale in una logica di «condivisione» con la PA, contribuendo alla definizione dei mezzi con cui realizzare l'interesse generale attraverso l'esercizio della propria libertà e autonomia⁷. Invero, per molti anni il principio di sussidiarietà è rimasto inattuato, a causa dell'assenza di leggi o regolamenti applicativi dei principi costituzionali. Per una concreta realizzazione della sussidiarietà sono, infatti, necessari ulteriori strumenti attuativi di collaborazione tra le parti, come i cd. patti di collaborazione, che formeranno oggetto di approfondimento nel seguito di questa riflessione (§3 e §3.1). Prima, però, pare opportuno un breve inquadramento civilistico della categoria dei beni comuni, in particolare nella loro variante urbana (§2 e §2.1), per concludere, infine, con alcune riflessioni sulle questioni ancora aperte e sulle prospettive *de iure condendo* (§4).

2. La rigenerazione urbana

Il fenomeno della rigenerazione urbana involge problemi molto complessi di carattere urbanistico, adottando strategie multidimensionali e integrate,

⁶ Cfr. F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2, 2016, 286.

⁷ Pare qui opportuno richiamare il pensiero espresso da Feliciano Benvenuti con riferimento al concetto di *demarchia*, «fondato sulla libertà attiva, significa estensione del centro di produzione del diritto a tutela della società»; e aggiunge, «il nuovo sistema demarchico del diritto pubblico non può che derivare dal modo in cui i privati, cioè i cittadini, esercitano la loro libertà attiva», cfr., diffusamente, F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, 124. L'Autore analizza il passaggio da una forma di libertà passiva, intesa come difesa dei privati nei confronti dell'autorità, ad una dimensione attiva della stessa libertà, evidenziandone le implicazioni riguardanti il concetto di persona, di Stato ed in particolare quello di amministrazione.

che mirano ad un miglioramento delle condizioni fisiche, ambientali, economiche e sociali di specifiche aree caratterizzate da un alto grado di urbanizzazione. In questa prospettiva, costituisce uno dei primi e più importanti rimedi al degrado urbano⁸. Invero, si tratta di un fenomeno relativamente moderno, che nasce sovente dall'esigenza di un miglioramento delle condizioni di vita in crescente peggioramento, a causa della industrializzazione delle città. Talvolta tale rigenerazione viene realizzata in concomitanza di eventi di grande importanza sociale ed economica, come ad esempio manifestazioni sportive (Olimpiadi) o economiche (EXPO)⁹.

Nel tentativo di dare una definizione del fenomeno, la rigenerazione urbana si potrebbe definire come un insieme di azioni volte al recupero e alla riqualificazione di uno spazio urbano.

Il processo di rigenerazione avviene tramite interventi di recupero a livello di infrastrutture e servizi, limitando il consumo di territorio a tutela della *sostenibilità* ambientale. Inoltre, rigenerare permette alla comunità di riappropriarsi e di rivivere nuovamente spazi rigenerati, con evidenti miglioramenti nella qualità della vita e nella sfera sociale, economica e ambientale¹⁰.

Nel nostro ordinamento, la rigenerazione urbana sta trovando significativi spazi, sia a livello di legislazione nazionale che regionale. A livello centrale, il recente D.L. 18 aprile 2019, n. 32, meglio noto come decreto "Sblocca cantieri",

recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici", ha posto come obiettivo del Governo una riduzione del consumo di suolo a favore della rigenerazione del patrimonio edilizio esistente incentivandone la razionalizzazione, promuovendo e agevolando la riqualificazione di aree urbane degradate.

In tempi ancora più recenti, con la Legge di Bilancio 2020 è stata prevista, per gli anni dal 2021 al 2034, l'assegnazione ai comuni di 8,5 miliardi di euro destinati a progetti di rigenerazione urbana volti alla riduzione di fenomeni di marginalizzazione e degrado sociale, nonché al miglioramento della qualità del decoro urbano e del tessuto sociale ed ambientale.

Da ultimo, è stato presentato il 30 aprile 2021 il ben noto "Piano Nazionale di Ripartenza e Resilienza" (cd. PNRR), in cui è possibile rinvenire nella missione "Inclusione e coesione", la rigenerazione urbana per i Comuni con più di 15.000 abitanti e piani urbani integrati per le periferie delle città metropolitane, anche in co-progettazione con il terzo settore, cui sono stati destinati 19,1 miliardi di euro¹¹.

2.1. Dai beni comuni ai beni comuni urbani

Prima di immergersi nella prassi applicativa, pare opportuno analizzare la teoria dei beni comuni, in particolare nella loro variante urbana quale specifico oggetto di approfondimento. A tal fine, occorre prendere le mosse dall'istituto tradizionalmente cardine del diritto privato e sottoporlo a critica: il diritto di proprietà¹².

⁸ Cfr. F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la funzione di gestione del territorio*, in F. DI LASCIO e F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Bologna, 2017, 222; A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018, 158.

⁹ Storicamente, la bellezza di alcune città è data dalla lungimiranza e sensibilità di alcuni sovrani particolarmente illuminati, come Napoleone III che verso la metà del XIX sec. diede incarico ai più famosi architetti del tempo per sottoporre Parigi ad una rigenerazione estetica, che ebbe un enorme impatto nella storia della città e nella sua urbanistica, consegnando così alle generazioni future la splendida città che ancora oggi è possibile ammirare. Un progetto simile, per ambizione e portata, è stato lanciato recentemente dall'Unione Europea, il cd. *Bauhaus Europeo*, allo scopo di «costruire insieme spazi di vita più belli, sostenibili e inclusivi» (cfr. https://europa.eu/new-european-bauhaus/index_it). Cfr. G. ARENA, *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un patto per l'Italia fra cittadini e le istituzioni*, Trento, 2020.

¹⁰ Di rigenerazione urbana come nuova funzione amministrativa parla A. SOLA, *I privati nella gestione delle emergenze ambientali: i patti di collaborazione*, in *ambienteditto.it*, 1, 2019, 13 ss. L'autore riporta anche alcune esperienze pratiche di utilizzo dei patti di collaborazione a tutela dell'ambiente, come ad esempio i casi del Parco Fluviale San Salvatore, nel comune di Bucine (Arezzo), e il caso del Parco Urbano di Valledolmo, in Sicilia.

¹¹ Di sicuro interesse con riferimento a questo fenomeno della rigenerazione urbana coniugata ai *commons* sono gli studi condotti da Foster e Iaione, tra i quali si rinvia almeno a S.R. FOSTER, C. IAIONE, *The City as a Commons*, in *Yale Law & Policy Review*, 3, 2016, 281, per i quali «[c]ity space is highly contested space. As rapid urbanization takes hold around much of the world, contestations over city space - how that space is used and for whose benefit - are at the heart of many urban movements and policy debates. Among the most prominent sites of this contestation include efforts to claim vacant or abandoned urban land and structures for affordable housing and community gardening/urban farming in many American cities the occupation and reclamation of formally public and private cultural institutions as part of the movement for *beni comuni* ("common goods") in Italy and the rise of informal housing settlements on the periphery of many cities around the world» (cor.agg.). Cfr., altresì, C. IAIONE, *Beni comuni e innovazione sociale*, in *Il Mulino - Rivisteweb*, 1, 2015, 60.

¹² Qui alcune delle tappe fondamentali: 1804, il Code Napoléon consacra la proprietà come categoria ordinante dell'intero sistema liberalottocentesco; 1848, lo Statuto Albertino definisce

Gli studiosi di analisi economica del diritto di proprietà sono stati tra i primi ad averne messo in luce alcune criticità. Prima fra tutte, la sua sostanziale antitetività rispetto alle esigenze attuali del mercato, che richiede modelli più duttili – si pensi ad esempio ai modelli già emersi o emergenti di *sharing economy* – e la sua conseguente scomposizione in un fascio di facoltà in *property rights*, *entitlements* ecc. Necessità di un affrancamento, dunque, dal paradigma dominicale, nella convinzione che il rapporto tra proprietà pubblica e privata non possa esaurire la complessità del rapporto tra persona e beni (*tertium non datur*), donde individuare una terza via opposta alla proprietà.

Proprio i beni comuni, intesi come categoria concettuale, consentono di rompere dal suo interno il blocco monolitico della proprietà tradizionalmente inteso. Si potrebbe, addirittura, sostenere che se ai beni in generale è stata dedicata scarsa attenzione, considerati quasi come «realtà senza qualità», al contrario i beni comuni hanno rappresentato il grimaldello teorico che ha consentito di aprire una riflessione seria e approfondita sul paradigma della proprietà privata, assente per molti anni, secondo una nuova rilettura della funzione sociale e del diritto di accesso, posti sotto una luce nuova dalla stessa Costituzione¹³.

Ripercorrendo brevemente la linea evolutiva della teoria dei beni comuni, occorre partire dal 1968, quando il biologo statunitense Garrett Hardin paventa la tragedia dei beni comuni, in un suo famoso articolo dall'omonimo titolo pubblicato su

la proprietà come «diritto inviolabile»; 1865, il Codice Pisanelli tutela e garantisce la proprietà «nella maniera più assoluta»; il Codice Civile del 1942 cambia la prospettiva e pone l'accento sul soggetto, attribuendo una dimensione dinamica all'istituto; infine, la Carta fondamentale del 1948 che colloca la relativa disciplina agli artt. 41-42-43, significativamente nella cd. «costituzione economica».

¹³ Lo storico del diritto Paolo Grossi evidenzia come l'approvazione della Costituzione abbia segnato il passaggio da un'accezione individualistica della proprietà di stampo ottocentesco, quale oggetto di dominio del titolare pressoché assoluto, ad una visione positiva e aperta, quale importante fattore di produzione di ricchezza e veicolo di solidarietà sociale. Nel pensiero di Grossi, la categoria dei beni comuni costituisce l'approdo ultimo di tale evoluzione. Cfr. P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977; ID., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII, 1988; ID., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Editoriale Scientifica, Napoli 2006; ID., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2007; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007; ID., *I beni: itinerari fra «moderno» e «pos-moderno»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2012, 1059; ID., *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, 2019.

*Science*¹⁴. Tuttavia, tale ricostruzione è calibrata sui pascoli intensivi ed infatti, la Ostrom ribalta questa prospettiva e porta ad un superamento della discussione sulla titolarità dei beni, ponendo l'accento sulla comunità locale (*community*) di riferimento da cui far partire l'indagine sulla *governance* (che definisce *commoning*) dei beni comuni¹⁵.

Il 2011 segna sicuramente una tappa fondamentale in questa ideale *timeline*¹⁶. Non solo per il referendum sull'acqua come bene comune, con esito favorevole quasi plebiscitario, ma anche perché si ha la prima, ormai celebre, pronuncia sulle Valli da pesca della Laguna Veneta della Suprema Corte di Cassazione che, a sezioni unite, accoglie, formalmente, la nozione di «beni comuni», così come elaborata dalla Commissione Rodotà. In essa, i giudici di Piazza Cavour, facendo leva in particolare sugli artt. 2, 9 e 42 della Cost., pongono una pietra miliare nel dibattito in corso: sebbene in un *obiter dictum*, essi affermano l'esistenza di una terza categoria di beni che, per le loro «intrinseche valenze», ovvero utilità funzionali all'esercizio di diritti fondamentali e al libero sviluppo della persona, da preservare anche a vantaggio delle generazioni future, non possono essere assoggettati né al regime proprio dei beni privati, né a quello dei beni pubblici demaniali¹⁷.

¹⁴ Cfr. G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968.

¹⁵ Cfr. E. OSTROM, *Governing the commons*, cit. (anche nella traduzione italiana: *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2006). In questa prospettiva, è suggestiva la ricostruzione che l'economista italiano Stefano Zamagni offre della categoria dei beni comuni. Egli sostiene che un modo semplice ma efficace di afferrare il significato proprio di *bene comune* è quello di porlo al confronto con il concetto di *bene totale*: mentre quest'ultimo può essere metaforicamente reso con una sommatoria, i cui addendi rappresentano i beni individuali, i beni comuni sono piuttosto paragonabili ad una produttoria, i cui fattori sono i beni dei singoli o gruppi. Immediato è il senso della metafora: in una sommatoria, se anche alcuni degli addendi si annullano, la somma totale resta comunque positiva. Non è così, invece, con una produttoria, perché l'annullamento anche di un solo fattore azzerava l'intero prodotto. Viceversa, l'accrescimento di un solo fattore ha un effetto moltiplicatore su tutti gli altri. Cfr. S. ZAMAGNI, *L'economia del bene comune*, Roma 2007; S. ZAMAGNI, L. BRUNI, *L'economia civile*, Bologna, 2015.

¹⁶ Altre due tappe fondamentali sono rappresentate dalla adozione del Primo Regolamento Comunale sulla gestione dei Beni Comuni da parte della città di Bologna e il Convegno simbolicamente tenutosi all'Accademia dei Lincei, nel novembre del 2018 (a poca distanza di tempo dalla scomparsa del compianto Stefano Rodotà nel 2017), al fine di ridare nuovo impulso al dibattito, invero mai del tutto sopito.

¹⁷ Beni, dunque, che per le loro intrinseche valenze e a prescindere dalla titolarità risultano strumentalmente collegati alla realizzazione di interessi collettivi. Cfr. Cass, sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665.

A latere degli avanzamenti giurisprudenziali, si consolidano alcune teorie in seno alla dottrina, che, invero, non è ancora pervenuta ad una definizione univoca della categoria dei beni comuni. Tutti gli approcci, tuttavia, hanno in comune la caratteristica di far emergere un alto grado di interrelazione tra dimensione teorica ed empirica e l'inadeguatezza delle categorie tradizionali rispetto al contesto di riferimento.

Lasciando sullo sfondo per esigenze di economia espositiva le teorie facenti capo alla dottrina sociale della Chiesa e quella storico-filosofica, due risultano particolarmente interessanti ai fini dell'analisi, quella giuridica e quella economica.

La definizione giuridica attinge dall'esito dei lavori della Commissione Rodotà, istituita nel 2007 al fine di novellare il Libro III del Codice civile, nella parte relativa ai beni (artt. 810 ss. c.c.), purtroppo non tradottosi nell'auspicata riforma. Superata previamente la dicotomia beni pubblici/beni privati, la Commissione propone l'introduzione di una terza categoria, fino ad allora ignorata, ma sempre esistita nella realtà giuridica, la categoria dei beni comuni.

La definizione che viene offerta di beni comuni è quella di «beni che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona». Beni, quindi, che per le loro intrinseche caratteristiche, sono funzionali ai bisogni e agli interessi della collettività. Beni «di tutti e di nessuno», come definiti dallo stesso Rodotà. L'attualità del dibattito sui beni comuni nasce proprio dall'esigenza di sottrarre determinate categorie di beni, funzionali al soddisfacimento di interessi fondamentali e necessari allo sviluppo della persona, alla logica dell'appropriazione e ai circuiti della circolazione propri del mercato.

La categoria in questione aspira quindi a porsi quale *tertium genus*, alternativo tanto alla categoria dei beni privati tanto a quella dei beni pubblici, superando la dicotomia cristallizzata nell'art. 42 Cost, tra proprietà pubblica e privata a cui vengono ricondotte tutte le possibili forme di appartenenza¹⁸.

Resta il nodo relativo alla necessità di una definizione chiara e precisa, avvertita anche dagli

stessi componenti della Commissione¹⁹. Su questa necessità si è sempre espresso lo stesso Rodotà, secondo il quale «se la categoria dei beni comuni rimane nebulosa, e in essa si include tutto e il contrario di tutto, se ad essa viene affidata una sorta di palingenesi sociale, allora può ben accadere che perda la capacità di individuare proprio le situazioni nelle quali la qualità "comune" di un bene può sprigionare tutta la sua forza»²⁰.

Una configurazione tendenzialmente ideologica, ma che poggia su queste stesse solide basi giuridiche, è poi rappresentata da quella linea di pensiero che del superamento della logica proprietaria ha fatto il fondamento culturale di un nuovo paradigma, in grado di rifondare l'intera società, secondo un nuovo ordine eco-giuridico. Secondo questa impostazione, il bene non si possiede in quanto tutti siamo parte integrante dell'ecosistema, concepito in maniera olistica.

Un approccio portato fino alle estreme conseguenze, che si fonda sull'azione popolare anche attraverso l'esercizio del diritto di resistenza e di occupazione dei beni abbandonati o in disuso (*res derelictae*)²¹.

La definizione economica, invece, si deve ancora una volta agli studi della Ostrom, da cui emerge che i *commons* sono risorse materiali o immateriali condivise, ovvero risorse che tendono a essere non esclusive e non rivali, e che quindi sono fruite (o prodotte) tendenzialmente da comunità più o meno ampie²². È proprio grazie alle sue

¹⁹ Per cui si rinvia alla Relazione di accompagnamento al disegno di legge della Commissione Rodotà, cfr. https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=3_1&facetNode_3=0_10_21&facetNode_2=0_10&previouPage=mg_1_12&contentId=SPS47617#.

²⁰ Cfr., *ex multis*, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015, 114. Per scongiurare questo rischio, sono stati fatti diversi tentativi di tassonomia dei beni comuni, uno dei quali è stato realizzato da Marella, la quale individuava quattro precise categorie, tra cui appunto quella dei beni comuni urbani; cfr. M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2011, 103; Id., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012. V. anche il fondamentale contributo di L. NIVARRA, *Quattro usi di "beni comuni" per una buona discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 41.

²¹ Per tutti, cfr. U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; Id., *Contro riforme*, Torino, 2013; F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, Politica, beni comuni*, Torino, 2017; S. BAILEY, U. MATTEI, *Social movements as constituent power: the italian struggle for the commons*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, XX, 2, 2013, 965.

²² L'economista statunitense, riflettendo criticamente sulle conclusioni cui giunge Garrett Hardin in *The tragedy of the commons*, offre una diversa definizione e classificazione dei commons nel *Chapter 1* intitolato "Reflections on the commons" e, in particolare, nella parte dedicata a "The metaphorical use of models" del suo *Governing the commons*. Cfr. E. OSTROM, *op. cit.*, 7 ss.

¹⁸ Tuttavia, tra le voci contrarie di cui dar conto, per le quali i beni comuni possono farsi rientrare nel tradizionale binomio pubblico/privato, cfr. *ex multis* O. T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano 1982; Id., *Dei beni (Artt. 810-821)*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano 1999; A. CIERVO, *I beni comuni*, Roma 2013; Id., *Il diritto all'acqua, la Costituzione e i beni comuni*, in *Il Mulino - Rivisteweb*, 2, 2014; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015; ma già prima F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933.

fondamentali riflessioni che si è compresa l'irrelevanza dell'appartenenza/titolarità del bene, spostando l'asse dell'indagine sulla gestione, che dev'essere volta a garantire l'accesso (*rectius* il diritto di accesso e di uso) e a stimolare la partecipazione attiva delle comunità e dei cittadini. In questa prospettiva, è stata in grado di portare alla luce l'intima connessione dei tre fattori della triade – *commons*, *commoning*, *community* –, nel segno di una *governance* efficiente e sostenibile dei beni comuni urbani. A livello empirico, l'attualità e la straordinarietà delle conclusioni cui è giunta la Ostrom è testimoniata dall'emersione e dalla diffusione capillare in molti Paesi, compresa l'Italia, di questo tipo di approccio, che parte dal basso (*bottom-up*) e che si concretizza nei modelli di amministrazione condivisa²³.

Da qui il proliferare, a partire dal 2014, dei cd. Regolamenti dei Beni Comuni, adottati ormai da quasi 200 Comuni italiani che hanno utilizzato come modello di riferimento il Regolamento del Comune di Bologna e che contengono alcune importanti definizioni, come quella di cittadine e cittadini attivi, definiti come «tutti i soggetti, singoli, associati o comunque riuniti in formazioni sociali, anche informali che si attivano per la cura, la gestione condivisa o la rigenerazione dei beni comuni urbani [...]» (cfr. art. 2, Regolamento di Firenze), ai quali è riconosciuta l'autonomia iniziativa per la cura di interessi non solo individuali, ma altresì generali.

Regolamenti, quindi, che offrono le coordinate per la gestione collettiva e sostenibile dei beni comuni da parte dei cittadini attivi. La disciplina in essi contenuta può variare a seconda dell'oggetto d'intervento da compiersi attraverso i patti: da una parte, vi sono i patti che riguardano gli interventi più semplici, come ad esempio la cura di spazi pubblici, del verde e del decoro urbano, il cui contenuto può essere predefinito in modo standard²⁴; dall'altra, invece, vi sono quelli che

consistono in una gestione o in una realizzazione di interventi di più alta complessità, dove l'infungibilità delle esperienze suggerisce l'opportunità di più approfondite negoziazioni, come possono essere ad esempio gli interventi di recupero di beni immobili in disuso o abbandonati²⁵.

3. Strumenti privatistici di gestione sostenibile: focus sui cd. patti di collaborazione.

Gli strumenti contemplati dal nostro ordinamento per dare concreta attuazione alla rigenerazione urbana sono molteplici, anche in ambito civilistico. *A latere* di bandi, piani urbanistici generali e di dettaglio, progetti europei e tutto ciò che può farsi rientrare nell'azione amministrativa in senso stretto²⁶, infatti, si collocano interessanti strumenti privatistici, come ad esempio le fondazioni, le società benefit e gli

interessati, sia di consapevole attenzione alle nuove acquisizioni scientifiche in materia. Da un lato, la dimensione urbana e, dall'altro, l'evidenziazione di nuovi canoni e approcci al tema (multifunzionalità, servizi ecosistemici, gestione attiva, ecc.) possono fornire rinnovate chiavi di lettura e offrire sollecitazioni nella duplice direzione della sistematizzazione e del rafforzamento della normativa di riferimento.

²³ Cfr. G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 53, dove l'Autore, richiamando il pensiero di Feliciano Benvenuti, compie un percorso argomentativo che parte dal principio di sussidiarietà espresso dall'art. 118, ult. co., Cost., in combinato disposto con altri principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, fino ad arrivare ai nuovi strumenti di amministrazione condivisa tra cittadini attivi e pubbliche amministrazioni, ossia i patti di collaborazione.

²⁴ *Inter alia*, si pensi alla cd. concessione agevolata, ovvero quel particolare tipo di concessione in uso e locazione di beni immobili appartenenti allo Stato introdotta dal d.p.r., 13 settembre 2005, n. 296, e su cui, recentemente, si è avuta un'importante pronuncia del TAR Veneto, sez. I, 8.3.2018, n. 273. Detta pronuncia è intervenuta nella nota vicenda dell'isola veneziana di Poveglia, in cui l'associazione "Poveglia per tutti" ha impugnato il diniego di concessione a canone agevolato dell'Agenzia del Demanio. In particolare, il TAR ha individuato un difetto di motivazione del provvedimento nella misura in cui l'Agenzia non ha spiegato le ragioni che hanno impedito un affidamento temporaneo del bene all'associazione "Poveglia per tutti" nelle more dell'esperimento di una procedura per la concessione o l'alienazione del bene. Il Giudice amministrativo ha valorizzato "le finalità di indubbia rilevanza sociale e collettiva" perseguite dall'associazione, nonché l'intenzione della stessa a "rendere accessibile e fruibile alla collettività" l'isola lagunare per esprimere un *favor* verso un certo modo di uso del bene. Per un commento v. A. QUARTA, *Beni comuni, uso collettivo e interessi generali. Un percorso giurisprudenziale*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 2019, 933-951.

²³ Egregiamente portato avanti in Italia da Gregorio Arena, attraverso l'associazione Labsus (www.labsus.org) e da una moltitudine di cittadini attivi, di cui l'Amministrazione favorisce l'impegno civico, sulla base dell'art. 118, ult. co., Cost, in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale ivi sancito. Tra i suoi scritti, v. in particolare G. ARENA, *Cittadini attivi. Federalismo e nuove forme di democrazia*, in *Dialoghi*, XI, 4, 2011; ID., *Interesse generale e bene comune*, in *Labsus*, 2011; ID., *Oltre le grandi dicotomie, tertium datur!*, in *Labsus*, 2012; ID., *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un patto per l'Italia fra cittadini e le istituzioni*, cit.

²⁴ Cfr. M. BROCCA, *Note in tema di verde urbano*, in *ambientediritto.it*, 1, 2021, 534 ss., dove per l'Autore il tema del verde si connota, sul piano giuridico, in termini di pluriquilificazione della categoria, prospettiva che tuttavia risente ancora di un difetto sia di coordinamento tra gli ambiti

altri ETS²⁷, oltre a meccanismi di segregazione patrimoniale, come il *trust* e il *community trust land*²⁸ e, infine, i cd. patti di collaborazione²⁹. Come si vedrà meglio in seguito, questi ultimi rappresentano strumenti tra i più duttili e utili a «riempire il vuoto fra società e istituzioni, facendo circolare nuova linfa nei circuiti in parte sclerotizzati della democrazia *tout court*, senza aggettivi»³⁰.

Prendendo le mosse dal dato normativo, i regolamenti comunali cui si è fatto cenno offrono alcune definizioni di notevole interesse di «patto di collaborazione». Il regolamento di Bologna, all'art. 1 lett. e), lo definisce come quel «patto attraverso il quale Comune e cittadini attivi definiscono l'ambito degli interventi di cura o rigenerazione dei beni comuni urbani». Similmente, l'art. 1 lett. e) del regolamento della città di Firenze lo definisce come quel «patto attraverso il quale Comune e cittadine e cittadini attivi definiscono l'ambito degli interventi di cura, gestione condivisa o rigenerazione dei beni comuni urbani». Nel più recente regolamento di

Torino, a ben vedere, si intravede una elaborazione teorica ancor più profonda dello strumento negoziale in questione, laddove lo definisce come «negoziato civico attraverso cui la Città e i soggetti civici costituiscono una forma di governo condiviso per rigenerare, curare e gestire insieme uno o più beni comuni». Come è agevole notare, *fil rouge* delle tre definizioni è l'attenzione rivolta ai beni comuni³¹.

Posto che, come emerge dalle definizioni richiamate, i regolamenti individuano un nuovo strumento giuridico per realizzare la collaborazione tra amministrazioni comunali e cittadini attivi nel governo condiviso dei beni comuni urbani, è appena il caso di analizzare alcune delle loro caratteristiche salienti.

Anzitutto, è di tutta evidenza come il *focus* delle definizioni sia sempre posto sulla natura pattizia dello strumento, ovvero sull'attività di negoziazione tra il privato e l'amministrazione. In altre parole, lo strumento è definito richiamando il modulo comportamentale e procedimentale che conduce alla sua adozione: il patto di collaborazione è uno strumento giuridico che si traduce in un accordo, a cui le parti pervengono mediante una negoziazione.

Secondo elemento centrale nella definizione del patto di collaborazione riguarda l'obiettivo, ovvero la funzione a cui tende questo strumento: il «governo condiviso dei beni comuni urbani». In questa prospettiva, il patto di collaborazione serve a definire esattamente il perimetro delle attività concordate tra amministrazione e cittadini per gestire e amministrare i beni comuni urbani. In particolare, tale governo condiviso si sostanzia in azioni, singole o continuative, realizzate con il concorso dei cittadini attivi e dell'amministrazione comunale in un'ottica collaborativa. Le azioni, talvolta, possono essere compiute anche dai soli cittadini o dalla sola amministrazione, ma il quadro entro cui vengono realizzate è sempre frutto della collaborazione di entrambi. I regolamenti prendono in considerazione le azioni per il governo condiviso dei beni comuni fornendone un potenziale catalogo, una sorta di elencazione esemplificativa. Invero, sono delineati ambiti di intervento piuttosto ampi, all'interno dei quali trovano spazio attività anche molto diverse tra loro, frutto della libera iniziativa dei cittadini attivi.

²⁷ Cfr. G. CAPALDO, *Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile*, in *Persona e mercato*, 4, 2020, 334; ma anche G. CAPALDO, M. BIANCA, *Gli strumenti di articolazione del patrimonio*, Milano, 2010.

²⁸ Quest'ultimo strumento di origini statunitensi, congegnato per garantire il diritto all'abitazione per gli indigenti e che progressivamente si sta diffondendo anche in Italia. Sul punto cfr. A. VERCELLONE, *Il Community Land Trust. Autonomia privata, conformazione della proprietà, distribuzione della rendita urbana*, Milano, 2020.

²⁹ Cfr. F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingeri, Napoli, 2019, 272 ss. In generale, qui gli Autori offrono una lettura del fenomeno degli accordi delle pubbliche amministrazioni, nella convinzione che necessariamente l'oggetto di studio richieda, per essere ben compreso, un dialogo tra il diritto privato e il diritto amministrativo. Emerge così, sul piano teorico, l'esistenza di uno spazio in cui il regime privatistico e quello pubblicistico possono convivere ampiamente, senza gli accordi si debbano ridurre in chiavi di lettura che prevedano la netta prevalenza dell'uno sull'altro. Nel contempo, essi provano a dare anche una dimostrazione concreta di quanto sia ricco il quadro normativo che prevede l'utilizzo di questo strumento ibrido e offrono una panoramica molto ampia e assai inedita. Tuttavia, al fondo resta una certa prudenza delle pubbliche amministrazioni a utilizzare questi strumenti, la cui spiegazione potrebbe essere attribuita proprio alle incertezze sistematico-ricostruttive, che pure vengono affrontate in questo studio.

³⁰ Cfr. G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, cit., 45; F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, cit., 292; M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2016, ove sono raccolti i risultati del lavoro svolto a Trento dall'Unità di ricerca del progetto PRIN 2010-2011 «Istituzioni democratiche e amministrazioni d'Europa: coesione e innovazione al tempo della crisi economica».

³¹ È interessante rilevare alcuni dati di contesto: come sottolineato, i patti di collaborazione riguardano, in particolare, la cura dei beni comuni, ma in questo non si esauriscono; infatti, essi possono riguardare nel 20% dei casi il contrasto al vandalismo e al degrado urbano e gli aspetti legati all'inclusione sociale; oltre ad attività, *lato sensu*, culturali e ambientali (dati in continuo aggiornamento sono rinvenibili su www.labsus.org).

Tra queste attività, in primo luogo vi è la «rigenerazione» dei beni comuni, con ciò intendendo le azioni volte a rinnovare la funzione dei beni in un'ottica migliorativa per la vita delle comunità. La nozione di rigenerazione comprende non solo gli interventi materiali sull'immobile (un edificio o parti di esso, piuttosto che uno spazio aperto), ma anche i nuovi usi o ri-usi del bene che conseguono all'attività stessa di rinnovamento. Si tratta di interventi finalizzati a mutare l'identità del bene rispetto al passato, consentendo nuovi positivi utilizzi dello stesso a favore della collettività, come ad esempio l'organizzazione di attività sociali o ricreative in uno spazio precedentemente inutilizzato o abbandonato³².

Altra attività sovente indicata tra quelle oggetto della collaborazione è la «cura» dei beni comuni urbani, che comprende tutti gli interventi e le azioni di mantenimento e protezione dell'esistente. Nella pratica, la cura si sostanzia nella manutenzione ordinaria e straordinaria, o nell'abbellimento del bene comune: spesso si tratta di interventi sul patrimonio pubblico che consentono di far fronte agli scarsi investimenti delle amministrazioni a causa dei tagli sempre più consistenti di risorse agli enti locali³³.

Da ultimo, la «valorizzazione» dei beni può invece intendersi come la promozione di forme d'uso migliorative della vita della comunità e tendenti ad ampliare il più possibile l'accesso ai beni stessi. Alcuni regolamenti contengono anche il riferimento alla «gestione condivisa» di beni, definita come il «programma di fruizione collettiva dei beni comuni urbani, con caratteri di inclusività e integrazione» dall'art. 2, lett. g), del Regolamento

di Torino. L'accento, in questo caso, è posto sugli usi continuativi del bene più che sugli interventi materiali realizzabili sullo stesso. In altre parole, la gestione condivisa si realizza con l'organizzazione di nuovi usi positivi, che può anche non comportare un intervento materiale sul bene comune³⁴.

3.1. Il nodo della qualificazione giuridica.

La vera questione ancora aperta attiene alla qualificazione della natura giuridica dei patti. Le definizioni *supra* esaminate, pur facendo espresso riferimento a un particolare modo di atteggiarsi del rapporto tra le parti – ora la negoziazione, ora l'accordo –, lasciano irrisolto il problema dell'inquadramento della natura giuridica di questo strumento.

Sicché, l'ampiezza della definizione data dai regolamenti, unita all'assenza di una disciplina legislativa di fonte primaria, hanno spinto l'esigua dottrina che si occupa del tema a cercare di ricondurre il patto di collaborazione ad altre fattispecie previste dall'ordinamento. Ciò non costituisce un problema meramente teorico o di stile, atteso che l'inquadramento entro la cornice di una fattispecie giuridica piuttosto che un'altra consente di individuare, con un certo margine di certezza, le regole applicabili al rapporto, valide tanto per disciplinare i suoi aspetti fisiologici, quanto per risolvere eventuali situazioni patologiche. Proprio a quest'ultimo riguardo, la qualificazione giuridica del patto incide sulla giurisdizione indicando a quale autorità giudiziaria rivolgersi (civile o amministrativa) in caso di

³² Alcuni studiosi del diritto amministrativo hanno inteso in senso più lato la rigenerazione dei beni comuni urbani, come una *nuova funzione amministrativa*, che unisce elementi tradizionali – come la funzione di governo del territorio affidata agli enti locali – con altri più innovativi, come la partecipazione del cittadino alla vita della comunità locale nella piena attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, fissato dall'art. 118, co. 4, della Costituzione. Cfr. E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, a cura di F. Di Lascio e F. Giglioni, cit., 15 ss.

³³ Con specifico riferimento al rapporto tra patrimonio culturale ed enti locali, v. E. FIDELBO, *Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini*, in *Aedon*, 3, 2018, ove si evidenzia, in primo luogo, l'omogeneità, seppur in una prospettiva puramente economica, tra patrimonio culturale e beni comuni; successivamente, si fornisce una descrizione del quadro normativo relativo a questo peculiare tipo di accordi, sottolineando come essi possano realizzare un nuovo paradigma del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione; infine, la terza e ultima parte mira ad approfondire la natura giuridica – privata o pubblica – dei patti.

³⁴ Cfr., diffusamente, R.A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, *Manuale di diritto dei beni comuni urbani*, Torino, 2020, 91 ss.; R.A. ALBANESE, *Nel prisma dei beni comuni. Contratto e governo del territorio*, Torino, 2020, 247 ss., ove l'Autore si sofferma sulla natura giuridica dei patti di collaborazione per la cura, gestione e rigenerazione dei beni comuni urbani, collocandoli, a monte, in quella che può definirsi come «urbanistica negoziale», ossia il complesso di interventi di rilevanza urbanistica caratterizzati da un fondamento consensuale, negoziato, contrattuale. Sul punto vengono richiamati P. URBANI, *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011; M.A. QUAGLIA, *L'urbanistica consensuale*, in F.G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, I, Torino, 2018, 627-702; G. MARI, *Il piano di lottizzazione e le convenzioni urbanistiche di lottizzazione*, in S. Bellomia, G. Pagliari, M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato dei diritti reali* diretto da A. Gambaro e U. Morello, IV, *Proprietà e pianificazione del territorio*, Milano, 2012, 517-599. Sul principio generale di consensualità degli interessi generali, v. S.A. FREGO LUPPI, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e giurisprudenza più recenti*, in *Dir. Amm.*, 3, 2008, 691-716; M. DE DONNO, *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, Bologna, 2015, 3-17.

conflitto tra le parti o tra queste e i terzi. Questa operazione ermeneutica è necessaria, in quanto la disciplina contenuta nei regolamenti, come visto, è sintetica e non esaustiva. Difatti, il patto di collaborazione presenta affinità con diverse figure tipiche, sia di diritto privato che di diritto pubblico. Purtuttavia, una perfetta coincidenza di disciplina, o quantomeno degli elementi minimi essenziali, non sembra potersi rintracciare rispetto ad alcuna di esse.

Preliminarmente, occorre verificare la riconducibilità del patto di collaborazione al diritto privato o al diritto pubblico. Il discorso sulla natura giuridica viene infatti sviluppato a partire dalle attività svolte su beni comuni di proprietà pubblica che, nelle prime applicazioni dei regolamenti, costituiscono l'area di intervento più diffusa, mentre è ancora ridotto l'uso di questi testi per la rigenerazione e la cura di beni comuni di proprietà di privati³⁵.

Va precisato, poi, che un regolamento comunale è fonte secondaria del diritto, pertanto non può introdurre nell'ordinamento nuove fattispecie. Come è noto, infatti, se sul versante privatistico il contratto può essere anche atipico (*ex art. 1322 cod. civ.*), sul versante pubblicistico, invece, tanto gli atti unilaterali (*cd. provvedimenti*), quanto gli accordi e le convenzioni sono tipici, ovvero previsti e disciplinati dalla legge.

In altri termini, una fonte di rango inferiore, come quella regolamentare, non può introdurre di nuovi, ma solo prevedere provvedimenti, accordi o convenzioni già contemplati dalla fonte legale sovraordinata. Ne consegue che i regolamenti comunali, quando descrivono la fattispecie del patto di collaborazione, possono individuare alternativamente: o un contratto atipico di diritto privato o un provvedimento, un accordo o una convenzione di matrice pubblicistica, già previsti dalla legge – tipici appunto – che hanno come caratteristica essenziale quella di perseguire una finalità di pubblico interesse. In questi casi, l'amministrazione è parte necessaria del patto di collaborazione e può agire non solo mediante atti

amministrativi, ma anche con atti di diritto privato, o *iure privatorum*, ai sensi dell'art. 1-bis, L. 241/1990.

Tuttavia, è bene ricordare che gli atti amministrativi sono per lo più unilaterali e autoritativi. La consensualità, invece, è normalmente propria degli atti bilaterali, tipici dei rapporti tra privati, che riguardano vicende a carattere patrimoniale (art. 1321 c.c.). Entrambe queste regole hanno però eccezioni rilevanti: per esempio, la disciplina degli accordi sostitutivi di provvedimento, di cui all'art. 11, co. 2°, della l. n. 241/1990, prevede un procedimento negoziato e consensuale. E d'altra parte, esistono in diritto privato gli atti unilaterali a contenuto patrimoniale (art. 1324 c.c.).

Sulla base di queste considerazioni, si potrebbe procedere a diversi tentativi di inquadramento della fattispecie. Anzitutto, si potrebbe ipotizzare che il patto di collaborazione abbia natura di provvedimento amministrativo e, in questo caso, la figura entro cui è di solito ricondotto è la concessione amministrativa. Viceversa, si potrebbe inquadrare il patto di collaborazione come contratto atipico tra i cittadini attivi e l'amministrazione. Ancora, il patto di collaborazione potrebbe rientrare nell'attività contrattata o concordata della pubblica amministrazione, che trova la sua figura generale nell'accordo *ex art. 11 della l. n. 241/1990*³⁶. La fattispecie in esame è stata, altresì, accostata alle figure del c.d. partenariato sociale, oggi inserite nel

³⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 3 dicembre 2015, n. 5501, secondo cui la legge 7 agosto 1990, n. 241 disciplina all'art. 11 gli accordi tra privati e pubblica amministrazione. Sotto la comune dizione di accordi sono richiamati (e succintamente disciplinati) sia moduli più propriamente procedurali - cioè attinenti alla definizione dell'oggetto dell'esercizio della potestà, sia accordi con contenuto più propriamente contrattuale - veri e propri contratti ad oggetto pubblico in quanto disciplinanti aspetti patrimoniali connessi all'esercizio di potestà (in senso conforme, Cons. Stato n. 5492/2015); Tar Pescara, 12 marzo 2015, n. 107, secondo cui non è vero in senso assoluto che la pubblica amministrazione non può concludere accordi con la parte privata per esercitare il potere in modo consensuale, anzi tale modalità appare quella preferita dal legislatore ai sensi del combinato disposto degli artt. 1, comma 1-bis e 11 della legge n. 241 del 1990; in precedenza, già Cons. di Stato, Sez. VI, sent. n. 2636 del 15 maggio 2002 aveva evidenziato come nel testo dell'art. 11 provvedimento e contratto siano posti sullo stesso piano quali esiti del procedimento partecipato e come l'atto autoritativo non sia più il solo strumento della cura di interessi pubblici - in quanto essenziale è il fine pubblico, mentre gli strumenti attraverso cui perseguirlo sono fungibili (per cui il fine pubblico può essere perseguito anche attraverso il modulo convenzionale o pattizio dell'agire amministrativo). Per la giurisprudenza richiamata cfr. A. SOLA, *I privati nella gestione delle emergenze ambientali: i patti di collaborazione*, cit., 8; G. CALDERONI, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in *Aedon*, 2, 2016.

³⁵ Cfr. M. PIERACCINI, *Sustainability and the English Commons: A Legal Pluralist Analysis*, in *Env. L. Rev.*, 12, 2010, 94-114; V. ULFBECK, O. HANSEN, *Sustainability Clauses in an unsustainable Contract Law?*, in *ERCL*, 16, 2020, 186-205; F. LONGOBUCCO, *La contrattazione ecologicamente conformata nell'ottica del diritto civile: brevi note*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 3, 2019, 1, secondo il quale «[i]l civilista possiede un occhio privilegiato sul diritto dell'ambiente, perché portatore di vecchi strumenti che devono essere piegati a realizzare nuove funzioni in prospettiva evolutiva. In altri termini, il diritto dell'ambiente si alimenta sulla base di una necessaria ed opportuna eterogeneità dei fini delle norme contenute nel codice civile».

Codice dei contratti pubblici (artt. 189, 190 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)³⁷.

Tra queste possibili ricostruzioni, particolarmente interessante pare essere quella secondo cui il patto di collaborazione potrebbe essere considerato un negozio di diritto privato, ovvero un contratto. Una simile ricostruzione appare più coerente con la teorica elaborata intorno ai beni comuni urbani fino ad oggi e potrebbe costituire un viatico per svincolare la partecipazione dei cittadini al governo dei beni comuni dalle logiche del diritto pubblico come modello tendenzialmente verticale, che fa dunque applicazione in modo autoritativo di regole non sempre coerenti con la teorica dei beni comuni, come precipitato storico e intellettuale delle tappe *supra* delineate³⁸.

D'altro canto, come noto, la pubblica amministrazione ben può agire mediante atti di diritto privato, in quanto dotata della generale capacità prevista dall'art. 11 del codice civile e può farlo secondo due modelli differenti. Da una parte, vi è l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, in cui l'amministrazione agisce come qualunque altro soggetto dell'ordinamento nel compimento di attività che sono meramente strumentali ai fini pubblici perseguiti. Dall'altra, vi è l'attività amministrativa di diritto privato in cui l'amministrazione persegue un fine pubblico mediante atti negoziali, unilaterali o bilaterali. Va detto, inoltre, che anche quando utilizza atti di diritto privato, la pubblica amministrazione non può essere equiparata in tutto e per tutto a un qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento. *In primis* perché essa persegue sempre un fine pubblico o di interesse generale che è predeterminato dal legislatore; inoltre, è assoggettata ai principi costituzionali che disciplinano l'attività amministrativa (principio di legalità, buon andamento e imparzialità, art. 97 Cost.) e agli altri principi enunciati dall'art. 1 della l. n. 241/1990 (trasparenza, economicità ed efficacia).

Attesa la necessità di conformarsi a questi principi, si può dire, quindi, che la pubblica amministrazione ha una autonomia negoziale limitata, che segna una differenza dagli altri soggetti dell'ordinamento³⁹.

Secondo questa interpretazione, i patti di collaborazione sarebbero *contratti con causa solidale*, ossia negozi destinati a realizzare un interesse generale, accanto a quello particolare che è proprio dell'autonomia negoziale delle parti. In altri termini, i cittadini attivi, oltre a perseguire un loro proprio interesse a realizzare forme di governo condiviso dei beni comuni, con il patto di collaborazione si impegnano a svolgere un'attività che favorisce la collettività intera e, quindi, in questo senso volta alla realizzazione di un interesse generale⁴⁰. Così, il patto di collaborazione determina il sorgere di obbligazioni a carico delle parti, soprattutto del privato – di rigenerazione, cura e manutenzione – a cui sono applicabili le norme sulle obbligazioni in generale, in particolare quelle sull'inadempimento e le sue conseguenze (art. 1218 c.c.) e quelle sulla diligenza nell'adempimento (art. 1176, 1371 c.c.). Dai patti di collaborazione scaturirebbero quindi obbligazioni sia per i privati che per le amministrazioni, di norma azionabili secondo i modelli civilistici⁴¹.

Tuttavia, non si possono sottacere le criticità della tesi che riconduce il patto di collaborazione al contratto. Al netto delle considerazioni attorno all'oggetto del patto, che consiste pur sempre nella fruizione collettiva di beni comuni urbani, e dunque nel perseguimento di fini pubblici, si rileva come i patti di collaborazione siano stipulati all'esito di un vero e proprio procedimento amministrativo che, beninteso, può essere avviato a seguito tramite formale istanza su iniziativa dei privati, oppure dalla stessa amministrazione, che individua *a priori* gli interventi necessari di cura e rigenerazione dei beni comuni urbani.

Un procedimento, dunque, caratterizzato da una *formazione progressiva* della volontà comune volta al perfezionamento del vincolo contrattuale, che sottende un rapporto non solo formalmente, ma anche sostanzialmente paritario tra cittadini e amministrazione. Sicché, se da una parte risulta essere contenuta la fisiologica asimmetria tra questi due soggetti, dall'altra si perviene alla conclusione del patto pur sempre in esito ad un procedimento ben strutturato lungo binari già legislativamente tracciati. Questa impostazione si attaglierebbe,

inglese e gallese, in *Archivio Scialoja Bolla: Annali di studio sulla proprietà collettiva*, 1, 2019, 137-147.

⁴⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, XII, 5, ove sottolinea come gli interessi generali non siano solo quelli definiti come tali dal legislatore, ma possano anche essere il risultato di processi storici e sociali. Anche secondo F. GIGLIONI, *op. cit.*, 294, i patti di collaborazione «sono espressione del principio generale di consensualità degli interessi generali».

⁴¹ Cfr. M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2010, 270.

³⁷ Cfr. G. CALDERONI, *ult. op. cit.*

³⁸ Cfr. R.A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, A. QUARTA, *Gestire i beni comuni urbani. Modelli e prospettive*, Torino, 2020; C. CREA, «Spigolando» tra *biens communaux*, *usi civici* e *beni comuni urbani*, in *Politica del diritto*, 3, 2020, 449-464.

³⁹ Cfr. R.A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, *Manuale di diritto dei beni comuni urbani*, cit., 115; M. PIERACCINI, *Plural legalities on common land: rethinking property rights and environmental governance*, in *Il diritto dell'agricoltura*, 1, 2008, 83; EAD., *Pluralismo giuridico e sostenibilità: il caso della common land*

peraltro, particolarmente bene ai beni comuni urbani rappresentati da immobili privati, in disuso o abbandonati, ma mal si concilia con il principio di autonomia negoziale di stampo squisitamente civilistico.

4. Prime conclusioni e prospettive di analisi *de iure condendo*.

In conclusione, dall'analisi condotta può dirsi ancora aperto il nodo sulla qualificazione giuridica dei patti di collaborazione. Un tale esito appare forse scontato, alla luce del fatto che manca una cornice legislativa di fonte primaria entro cui collocare le attività di collaborazione per la cura dei beni comuni. E, sebbene i regolamenti comunali siano germogliati numerosi nella prassi amministrativa di varie città, restano in piedi numerosi profili di criticità o, almeno, margini di miglioramento, che potrebbero essere affrontati e risolti (i primi), ovvero implementati (i secondi), dallo stesso legislatore. D'altro canto, un simile fenomeno di proliferazione dei regolamenti sul tutto il territorio nazionale ha preso avvio solo a partire dal 2014, sicché si versa ancora in una fase di prima applicazione in molti centri urbani⁴².

Tuttavia, possono formularsi alcune osservazioni conclusive. Come emerso dall'analisi, il patto di collaborazione costituisce una fattispecie ampia e complessa, che può ricomprendere al suo interno ipotesi concrete di collaborazione molto diverse tra loro. Si potrebbe, quindi, ipotizzare che le varie tesi sulla natura giuridica dei patti emerse finora non si pongano necessariamente in rapporto di alternatività tra loro, ma anzi di complementarità. In questa direzione, pare si possa ritenere che, a seconda del bene e del procedimento individuato dall'amministrazione e della regolamentazione del rapporto in concreto, il patto possa presentare caratteristiche di una figura o di un'altra, potendosi così modulare in base alle singole fattispecie concrete. A questo proposito, in dottrina, vi è chi ha parlato di un «assetto a geometria variabile», ossia di una individuazione della natura giuridica dello strumento da effettuarsi caso per caso sulla base,

appunto, del suo concreto atteggiarsi, coniugato con le esigenze del caso concreto⁴³.

Un patto, dunque, qualificato dall'oggetto, ossia dal bene che mira a curare, gestire e valorizzare. Aderendo ad una prospettiva di analisi economica, si potrà privilegiare la scelta più efficiente, ossia quella in grado di garantire il maggior numero possibile di vantaggi a ciascun soggetto coinvolto. Aderendo, invece, ad una prospettiva di analisi «ecologica»⁴⁴, si privilegerà la scelta più sostenibile, ossia quella in grado di garantire un «uso dei beni che non ingeneri oneri superiori ai benefici e non determini conseguenze negative sugli equilibri ambientali e sociali e in generale nell'analisi costi-benefici»⁴⁵.

In conclusione, è di tutta evidenza come la cura dei beni comuni urbani sia in grado di innescare un meccanismo non solo di cooperazione, ma anche di competitività virtuoso tra Comuni e tra cittadini (da qui il proliferare di regolamenti e patti), che si sviluppa in una dimensione diacronica, in cui è costante l'attenzione alle generazioni future. La collaborazione civica diventa, così, momento centrale e sfidante per innescare processi sostenibili e virtuosi.

Cionondimeno, resta il problema che attiene ai possibili modi per ampliare la platea dei cittadini attivi *motu proprio*. Una possibile soluzione può essere rappresentata dal cd. *open government*, volto a garantire la massima apertura e trasparenza verso i cittadini attivi. Ne consegue l'importanza della condivisione trasparente di dati e informazioni, per cui diventa fondamentale e necessario l'ausilio della componente digitale, al servizio di comunità e cittadini, soprattutto in ottica di implementazione delle *Smart Cities* in ambiente *IoT*⁴⁶.

⁴³ Così P. MICHARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, 2, 2016.

⁴⁴ Cfr. M. PENNASILICO, *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Napoli, 2016; ID., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 1, 2017, 4. L'Autore considera «contratto ecologico» l'espressione sintomatica di un autentico «mutamento di paradigma» in materia contrattuale, «tale da mettere in discussione, sotto la spinta del modello globale dello "sviluppo sostenibile", l'adequatezza della nozione stessa di contratto, come formulata dal codice del 1942, e da imporre una conformazione "ecologica" dell'autonomia negoziale».

⁴⁵ Si rinvia alla definizione di «sostenibilità» in seno ai singoli Regolamenti, i quali presentano come denominatore comune un costante riferimento alla valutazione costi/benefici.

⁴⁶ Di cui però non si possono sottacere i limiti e, persino, le controindicazioni. Difatti, il problema del *digital divide* è ancora ben lungi dall'essere risolto ed è prepotentemente tornato di grande attualità anche nel dibattito pubblico. In Italia, tra i primi e più attivi a denunciarlo, connettendolo ai concetti di accesso e di cittadinanza, cfr. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La*

⁴² Cfr. A. SOLA, *op. cit.*, 17, secondo cui «[p]ur in rapida e costante crescita e diffusione, i patti di collaborazione sono ancora in una fase genetica che non li rende un'esperienza radicata nel nostro ordinamento ed ampiamente diffusa. [...] Si rilevano, inoltre, alcune ipotesi tipiche di applicazione non virtuosa dei patti di collaborazione da tenere in considerazione per evitare la degenerazione dell'istituto: l'utilizzo dei patti di collaborazione per eludere i vincoli della disciplina del codice dei contratti pubblici ovvero l'eccessiva burocratizzazione delle pratiche informali dalla scarsa durata (attività di un sol giorno) ovvero occasionali (attività *una tantum*)».



È evidente come le riflessioni fin qui svolte si collochino alla frontiera di un nuovo modello di società e di mercato, reso necessario da un mutamento di paradigma che il giurista, nel suo fondamentale ruolo sociale⁴⁷, è chiamato a interpretare e guidare, muovendosi lungo l'intreccio tra beni comuni e sostenibilità⁴⁸.

| 46

democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione, Roma-Bari, 2004. Cfr. anche. L. FLORIDI, *Il verde e il blu. Idee ingenue per migliorare la politica*, Milano, 2020, 77-78, il quale, a proposito di questa dimensione, efficacemente compendiata con l'espressione *OnLife*, sostiene che «quando nell'infosfera i confini tra la vita "online" e quella "offline" vengono meno, e siamo continuamente connessi gli uni agli altri, circondati da oggetti intelligenti in grado di interagire con noi e da costanti flussi di dati, allora possiamo dire di essere integrati nel mondo "onlife"».

⁴⁷ Nelle parole dell'insigne studioso Giuseppe Benedetti, il giurista «[...] impegnato ad accompagnare col suo sapere la cultura dell'Unione Europea», in *Dialogo con Giuseppe Benedetti su ermeneutica e diritto europeo. A cura di Giuseppe Vettori*, in *Persona e Mercato*, 2011, 85. Con riferimento, invece, al mutamento di paradigma si rinvia a colui che ha coniato l'espressione, Thomas Kuhn, nella sua fondamentale opera *The structure of scientific revolutions*, per descrivere un cambiamento nelle assunzioni basilari all'interno di una teoria scientifica dominante. L'opera rappresenta una vera e propria pietra miliare nel dibattito epistemologico moderno e alla sua influenza si deve l'introduzione nel gergo scientifico e filosofico del termine *paradigma*. Cfr. T.S. KUHN, *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1962.

⁴⁸ Cfr. G. VETTORI, *Verso una società sostenibile*, in *Persona e mercato*, 3, 2021, 463, ove la riflessione dell'Autore si sofferma anche sulla categoria dei beni comuni, che il tema della sostenibilità inevitabilmente intercetta. In una prospettiva di teoria generale, invece, v. H. ARENDT, *Vita Activa*, Chicago, 1958; Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, (1999), trad. di G. Bettini, Feltrinelli, Milano, 2000; F. CASSANO, *Homo civicus. La ragionevole follia dei beni comuni*, Bari, 2004; S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, 2012; A. SCHIAVONE, *Eguaglianza*, Torino, 2019; S. ZAMAGNI, L. BRUNI, *L'economia civile*, Bologna, 2015. Inoltre, v. U. MATTEI, *L'innesto della giustizia ecologica nel codice civile. Eguaglianza e beni comuni fra legge e diritto*, in *Questione giustizia*, 1, 2020, 53, in cui l'Autore, offrendo un'interessante rilettura dell'opera di Schiavone (*Eguaglianza*, cit.) individua i beni comuni come «struttura dell'eguaglianza quale campo dell'impersonale umano in grado di unificare il genere sulla base della parità di accesso, della diffusione del potere e dell'illimitata inclusione di tutti. Di qui l'urgenza dell'introduzione dei beni comuni nel codice civile, slegando la loro tutela dalla titolarità, pubblica o privata, quale via maestra di ingresso dell'impersonale nel diritto».



CONTRATOS Y EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS. UNA LECTURA CRÍTICA A LA LUZ DE LA OBRA DE GIUSEPPE VETTORI

Di Freddy Andres Hung Gil

| 47

SOMMARIO: 1. *Efectividad y justicia. De la vocación del Derecho por la efectividad.* - 2. *Efectividad de la norma y derecho a una tutela efectiva.* - 3. *Lenguaje y efectividad en el pensamiento filosófico jurídico.* - 4. *Hermenéutica contractual y efectividad de los derechos. Glosas al pensamiento de G. Vettori.*

ABSTRACT. *Traendo spunto dagli scritti di Giuseppe Vettori, il presente contributo illustra i caratteri ed i contorni del principio di effettività delle tutele, vero e proprio antidoto all'astrazione delle situazioni giuridiche soggettive e dei sistemi rimediali in un mondo caratterizzato dalla continua trasformazione delle relazioni sociali ed economiche e che vede l'emersione di nuove aree di protezione legale. Aspetti che inducono ad una rivisitazione delle conoscenze consolidate sul rapporto tra lingua e diritto e che reclamano un ruolo di centralità per l'interpretazione giuridica.*

Drawing inspiration from the writings of Giuseppe Vettori, this contribution illustrates the characteristics and outlines of the principle of effectiveness of safeguards, a real antidote to the abstraction of subjective legal situations and remedial systems in a world characterized by the continuous transformation of social and economic relations and which sees the emersion of new areas of legal protection. Aspects that lead to a review of consolidated knowledge on the relationship between language and law and that claim a central role in legal interpretation.



1. Efectividad y justicia. De la vocación del Derecho por la efectividad.

| 48

El fenómeno jurídico, puede afirmarse sin temor a dudas, hunde sus raíces en una vocación de tutela concreta y efectiva de los intereses dignos de protección y, de forma particular, de la persona, razón en la que se fundamenta la existencia misma del Derecho¹. Aunque el fenómeno jurídico puede ser apreciado como reflexión y como modo de ordenar la realidad – aspectos que indudablemente forman parte de su esencia – desde su concepción originaria en Occidente es un grito en busca de la tutela efectiva frente a la ruptura del orden. Así, Hesíodo invoca a la justicia para intentar reparar el quebrantamiento (*hybris*) de una decisión judicial inicua en el caso de su herencia paterna² y Sófocles pone en labios de Antígona la severa admonición por la que se cuestiona la legitimidad de una norma sancionada desde el poder pero que desconoce la justicia³. El genio romano, de este modo, concibe a la justicia como *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*⁴.

Lo jurídico, visto desde la perspectiva de los juristas romanos, dista mucho de ser una reflexión, en la que teoría y praxis a veces se encuentran en posiciones irreconciliables. Es, para los juristas romanos, la concreción efectiva de un ideal de justicia aplicado al caso en estudio y urgido de solución. Dice al respecto Savigny: “Cuando tienen que considerar un caso de derecho parten de la viva intuición de este, y ante nosotros se desarrolla poco a poco y plenamente, como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo deba deducirse. De este modo, no hay para ellos una distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación y la práctica se ve siempre elevada a la altura del proceso científico”⁵.

La noción de efectividad – si se siguen de cerca las consideraciones de Giuseppe Vettori – se refiere a una palabra “densa” en cuanto hace alusión a hechos que pueden hacer surgir ciertas posiciones jurídicas subjetivas⁶. El principio de efectividad – sigue diciendo este autor – contenido en una pluralidad de normas, contribuye a la conversión del hecho en derecho, con una función peculiar. El mismo tiene la función específica de hacer coincidir la forma con el fondo en la garantía de los derechos y en la realización de los deberes, para dar respuestas adecuadas a las lesiones de los intereses, tanto patrimoniales como no patrimoniales⁷.

El principio de efectividad, de modo general, tiende a la plena aplicación de las normas jurídicas y a la realización del Derecho. Como se tendrá ocasión de estudiar, más allá de sus fundamentos iusfilosóficos, encuentra ámbitos privilegiados de aplicación en la interpretación de las normas jurídicas y en la jurisprudencia de los tribunales. Puede afirmarse que es uno de los principios sobre los que descansa la atribución misma a una realidad política de la condición de Estado constitucional de Derecho⁸ y la interrelación del principio estudiado y la justicia es evidente⁹.

El mundo de hoy, caracterizado no solo por la transformación continua de las relaciones sociales y económicas, la aceleración del ritmo vital, la eclosión de nuevos derechos – y la extraña limitación de otros, piénsese en la *privacy*, por solo citar un ejemplo – amenazan con arrastrar al Derecho por el mismo camino que transita lo que Bauman denominara con acierto modernidad líquida¹⁰. En una realidad en la cual no se logra encontrar en muchos casos moldes y soluciones preestablecidos en el Derecho histórico y en la que valores como los de certeza y previsibilidad del orden jurídico pueden encontrarse en entredicho, el nexo entre efectividad y justicia se revela en su forma más evidente. Se trata no de una noción

¹ D.1, 5, 2: “Hominum causa omne ius constitutum est”.

² HESÍODO, *Los Trabajos y los días*: “Oh Perses! retén esto en tu espíritu: acoge el espíritu de justicia y rechaza la violencia, pues el Croniónha impuesto esta ley a los hombres. Ha permitido a los peces, a los animales feroces y a las aver de rapiña devorarse entre sí porque carecen de justicia; pero ha dado a los hombres la justicia, que es la mejor de las cosas”.

³ SÓFOCLES, *Antígona*: “No era Zeus quien me la había decretado, ni Diké, compañera de los dioses subterráneos, perfiló nunca entre los hombres leyes de este tipo. Y no creía yo que tus decretos tuvieran tanta fuerza como para permitir que solo un hombre pueda saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables, de los dioses: su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que aparecieron”.

⁴ D. 1, 1, 10.

⁵ Cfr. F.C. SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la Ciencia del Derecho*, Madrid, 2015 (reimprimir), p. 44. V.M. ERRÁZURIZ EGUIGUREN, *Manual de Derecho Romano*, I, *Historia Externa de Roma. Del acto*

jurídico. De las personas, Santiago, 1989, p. 59 ss. Al respecto comenta C. DE CASTRO CAMERO, en *Persona y derecho*, 2016, I (74), p. 128: “El juristaromano captaba lo justo de la realidad, lo que dotaba al derecho de carácter casuístico y lo conectaba con la auténtica naturaleza de las cosas. De esa manera, adquiría concreción no sólo por tener en cuenta las circunstancias del supuesto que había generado la cuestión, sino porque se alejaba de la tentación de limitarse a ser una mera reflexión abstracta sobre lo justo o lo injusto”.

⁶ G. VETTORI, *Effettività*, en *Le parole del Diritto. Scritti in Onore di Carlo Castronovo*, II, Napoli, 2018, p. 639.

⁷ G. VETTORI, *La efectividad de los derechos y de su protección en la Constitución cubana* (traducción de Freddy Hung Gil), en *Revista Cubana de Derecho*, no. 56, 2020, IV Época, p. 243.

⁸ G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 66.

⁹ *Ibid.*, p. 17-23.

¹⁰ Z. BAUMAN, *Modernidad Líquida*, Buenos Aires, 2004; V. FRANCESCHELLI, *Diritto*, Milano, 2019, p. 68-74.





abstracta sin efectiva concreción en las relaciones sociales, ni de las elucubraciones de algún teórico, más o menos cercanas a la realidad. Es un cruce de caminos desde la hermenéutica de las normas y hasta la realización plena del Derecho entre las nociones de *nomos*, *logos* y justicia¹¹.

2. Efectividad de la norma y derecho a una tutela efectiva

El análisis de las instituciones jurídicas y de las normas que las disciplinan desde la perspectiva del principio de efectividad se revela como una forma holística de comprender el fenómeno jurídico¹². El discurso sobre la efectividad, si bien encuentra ámbitos privilegiados de atención en las reflexiones sobre el estado constitucional de derecho, la soberanía popular, la hermenéutica de las normas y la producción jurisprudencial, tiene un desarrollo particular en lo que la doctrina denomina efectividad de las formas de tutela¹³.

A través de una producción conceptual creciente que se ha manifestado en el ámbito procesal y en las sentencias de los tribunales, hasta obtener un reflejo normativo en instrumentos internacionales y en diversas constituciones nacionales, se ha generado un conjunto de nociones que tributan directamente al concepto de efectividad. Así, las nociones de debido proceso y tutela judicial efectiva remarcen la interconexión entre la actuación judicial y la tutela de los derechos inviolables de la persona¹⁴.

¹¹ G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., p. 150 ss.

¹² Cfr. C.M. BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, Milano, 2002.

¹³ G. VETTORI, voz “*Effettività delle tutele*”, en *Enc. dir., Annali*, X, 2017, Milano, p. 381 ss.

¹⁴ *Ibid.*, p. 382. Sobre la noción de debido proceso comentan los autores en materia procesal en F.A. HUNG GIL, J PEREIRA PÉREZ (coordinadores), *Glosario de términos esenciales del Derecho Civil*, La Habana, 2021: “...el debido proceso se instituye como garantía y derecho fundamental de todos los justiciables, en tanto les permite, una vez incoado el proceso, defender sus derechos e intereses legítimos durante la tramitación de un proceso que cuente, al menos, con los estándares mínimos que permitan la eficacia del resultado procesal, que en definitiva no es otro que alcanzar la justicia.” De igual forma, refieren dichos autores sobre el concepto de tutela judicial efectiva: “La tutela judicial efectiva constituye un concepto jurídico indeterminado, no solo por su carácter de derecho fundamental y garantía jurisdiccional de los derechos, sino por la extensa relación categorías que lo integran. La tutela judicial efectiva se manifiesta desde la etapa previa al proceso, a través de mecanismos efectivos que posibiliten el acceso a la justicia de las personas, de ahí que comenzaremos esta parte del análisis por la delimitación conceptual del acceso a la justicia y sus posteriores consecuencias, siendo este el primero de los elementos conformadores del supra concepto que analizamos. Un segundo elemento, y quizás el más trascendente al concepto de tutela judicial efectiva, lo constituye – precisamente – el

Aunque por razones de espacio no es posible abordar en el presente estudio a profundidad la acogida del principio de efectividad en los instrumentos internacionales y las constituciones nacionales, se hará referencia a los hitos más significativos. Así, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, reconoce el derecho de toda persona “a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”¹⁵. El Convenio europeo de Derechos humanos en su artículo 13 establece el derecho a un recurso efectivo y extiende la tutela a los casos en que “la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”¹⁶ y la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea en su artículo 47 consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, a un juez imparcial y la garantía de la efectividad del acceso a la justicia¹⁷.

La Constitución italiana, que ha sido precursora de la noción de efectividad, establece en su artículo 24: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari*”. La Constitución cubana de 2019, superando en precisión y técnica legislativa al texto constitucional precedente, establece en su artículo 13 inciso d) como uno de los fines del Estado “garantizar la igualdad efectiva en el disfrute y ejercicio de los derechos”, consagra el derecho a la justicia ex artículo 46 y establece en su artículo 92 que “el Estado garantiza, de conformidad con la ley, que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos”¹⁸.

La acogida del principio de efectividad en las sentencias de los tribunales se presenta como un afán sistematizador que supera ampliamente los

debido proceso, o el derecho a un proceso con todas las garantías, como prefiera llamarse. Por último, la tutela judicial solo puede apellidarse como efectiva si se llega a cumplir el mandato jurisdiccional, para lo cual se ha de contar con efectivos mecanismos de ejecución”.

¹⁵

https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf.

¹⁶ https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

¹⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=DE>.

¹⁸ V., E. TORRES-CUEVAS, R. SUÁREZ, *El libro de las Constituciones*, I-III, La Habana, 2018.

modestos objetivos del presente estudio. A pesar de ello, serán analizadas brevemente algunas sentencias referidas al principio aplicado a las figuras contractuales y al ámbito del consumo (vid. IV).

Puede afirmarse, concluyendo la exposición de las ideas anteriormente analizadas, que la efectividad –como acertadamente expresa el maestro florentino – contribuye a establecer la juridicidad de un interés en consonancia con la misma función que tiene la relevancia jurídica. Expresa una evaluación, no de la existencia del hecho material o de sus consecuencias, sino de la esencia jurídica del hecho, es decir, su relevancia para el derecho, la cual debe distinguirse de la eficacia. Esta esencia jurídica – sigue diciendo el autor – orienta y delimita la protección sustantiva de la situación subjetiva y el principio de efectividad puede servir para dar relieve a intereses no comprendidos literalmente en la figura en cuestión, pero compatibles con su *ratio*, expresada por la confrontación entre normas y principios¹⁹.

Estas nociones reconducen, por último, a la de *nomofilaquia* o *nomofilaxis*, entendida como protección de la norma jurídica o como “*garanzia dell’uniforme interpretazione della legge e dell’unità del diritto oggettivo nazionale; è in particolare il termine con cui viene indicata la funzione attribuita dalla legge alla Corte di cassazione*”²⁰. Podría decirse, entonces, que la efectividad tributa, por tanto, a una función nomofiláctica a través de lo que el profesor Vettori siguiendo a Reich, ha denominado “test de efectividad”, pues el principio es un antídoto a la abstracción del sistema de tutelas y de las situaciones subjetivas, enriquece su contenido y amplía las obligaciones positivas de los estados, así como favorece la actuación jurisprudencial a fin de dotar de una protección efectiva a los intereses jurídicamente tutelados²¹, sin que ello suponga el olvido de la certeza y la previsibilidad como valores esenciales del discurso jurídico²².

3. Lenguaje y efectividad en el pensamiento filosófico jurídico

¹⁹ G. VETTORI, *La efectividad de los derechos y de su protección en la Constitución cubana*, cit., p. 244.

²⁰ “*Nomofilachia*”, en *Vocabolario online Treccani*, <https://www.treccani.it/vocabolario/nomofilachia/>.

²¹ G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., p. 83.

²² *Ibid.*, p. 86. Véase, además, L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 2, p. 715-736; EAD., *Algoritmi ed effettività delle tutele*, en *Pers. merc.*, 2019, 1, p. 24 ss. Per omnia D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela: una casistica*, en *Pers. merc.*, 2016, 3, p. 62 ss.

La relación que existe entre lenguaje y Derecho es un tópico clásico²³. Así, la existencia de una lengua en que debía inexorablemente expresarse el Derecho – como el Latín en el mundo romano – de fórmulas rituales fijas y peestablecidas para la validez de un acto o el ejercicio de una acción, la técnica legislativa para la redacción de una norma y la teoría de la interpretación, son aspectos clásicos que se deben asumir desde las ciencias básicas (Historia y Teoría) del Derecho; pero que irradian sus efectos a la aplicación misma de este desde una perspectiva dinámica. Pese a ello, situaciones de signo diverso aconsejan hoy revisitar nuestros conocimientos sobre la relación entre lenguaje y Derecho, pues se trata de problemas nuevos que no pueden ser resueltos a través de las soluciones ancestralmente admitidas como válidas. Es un problema que existe en el pensamiento filosófico²⁴ y en la reflexión jurídica desde hace siglos pero que se enriquece de forma exponencial en la realidad actual.

La lengua del Derecho, superada la etapa en que para la tradición europea continental – e incluso anglosajona – el Latín fungía como *lingua franca* de las leyes y, sobre todo, de la doctrina contenida en tratados, puede ser vista como aquella acogida por cada una de las manifestaciones nacionales al interno de una tradición jurídica. Pero ello, lejos de tender a la comprensión universal, conduce a un fraccionamiento que eventualmente puede ser superado a través de la adopción de una nueva lengua franca o vehicular, y resulta válido preguntarse: ¿lo será a caso el *business english*?

El lenguaje jurídico no es, ni por asomo, un asunto marginal. El Legislador, por ejemplo, al asumir categorías y eventualmente desechar otras, marca los derroteros de la exégesis normativa y de la aplicación de la misma. Así, al adoptar el Legislador del Código Civil cubano las nociones de “propiedad personal” y “herederos especialmente protegidos”, por ejemplo, rompe con la tradición legislativa precedente y, en un ejercicio arduo de comparación jurídica, el investigador foráneo deberá resolver la interrogante sobre si

²³ A. GUARNIERI, *Lineamenti di Diritto Comparato*, Padova, 2012, p. 43-73, introduce la temática con un ya sugestivo título: *La lingua e il diritto, ovvero le insidie del linguaggio giuridico*. Vid. F.A. HUNG GIL, *Lenguaje y Derecho. Ideas para un debate*, en *Revista CubaLex*, no. 39, 2019, III Época, p. 268 ss.

²⁴ “...y habiendo a la simonía manifiesta puesto el nombre de «mediación» y a la gula el de «manutención», como si Dios, no ya el significado de los vocablos, sino la intención de los pésimos ánimos no conociese y a guisa de los hombres se dejase engañar por el nombre de las cosas” (G. BOCCACCIO, *Decamerón. Novela segunda: Conversión del judío Abrahán*).





efectivamente en el Derecho civil codificado en Cuba son regulados la propiedad privada y los legitimarios, o bien se trata de figuras autóctonas con escaso paralelismo con otras existentes en ordenamientos extranjeros. Otro ejemplo podría ser la actual reticencia de algunos ordenamientos hacia el término patria potestad. Como se sabe, el contenido actual de tal institución difiere notablemente de la *patria potestas* romana, pese a ello la tendencia es a su sustitución por otros términos que giran en torno a la noción de responsabilidad paterna y materna. Ello abre el cuestionamiento sobre si se trata de la sustitución de una denominación por otra, dejando intacto el contenido de la institución o si, por el contrario, desde una formulación jurídica diversa, se intenta condicionar la transformación del instituto.

Otra de las características del lenguaje – de los lenguajes jurídicos – es su tendencia a cierta permanencia de las formas tradicionales, evidente en la persistencia de expresiones y estilos, por otra parte no siempre justificados; y en general al anquilosamiento. Así, la pervivencia en la oratoria forense y en la redacción de sentencias de expresiones e incluso tiempos verbales en desuso en el español hablado, de tautologías en la doctrina, contribuyen al oscurecimiento del lenguaje y abren paso a la necesaria interpretación del discurso en aras de su efectiva comprensión.

A la relación entre lenguaje y Derecho podría aplicársele, congruentemente, el aserto que sobre el nuevo quehacer del Derecho Civil expusieran Díez Picazo y Gullón: “El Derecho Civil no puede ser ya el Derecho de las antiguas formas de vida y de las instituciones tradicionales. Tiene que ser el Derecho de las formas de vida de la persona del tiempo presente”²⁵. En el sentido anteriormente acotado, los últimos decenios del pasado siglo y lo que va del presente, han asistido a la dilatación del entorno de lo jurídico a partir de ámbitos completamente nuevos, v. gr., las ciencias biomédicas y su impacto sobre el inicio y el fin de la vida del hombre, las tecnologías de la información, las redes sociales, la protección cada vez más específica de los derechos de los consumidores, por solo citar algunas manifestaciones de un vasto elenco en crecimiento continuo. Esta realidad justifica el término Derecho en expansión, para significar un fenómeno que, aunque conserva en buena medida el núcleo duro tradicional, tiende inexorablemente a diversificarse y expandir su radio de acción hacia otras realidades emergentes urgidas de tutela.

El surgimiento de nuevos ámbitos de protección jurídica – e incluso de disciplinas como el Bioderecho, el Derecho Informático, el Derecho de Consumidores, entre otros, genera una aparente entropía en el lenguaje jurídico, a partir del recurso a las categorías tradicionales, la expansión semántica de las mismas para dar cobertura a nuevos supuestos, la adopción de términos provenientes de otras lenguas – en ocasiones traducidos y en otras en su forma original – la recepción de neologismos e incluso la transformación misma del discurso jurídico a partir de concepciones nuevas como las que derivan de la tutela de las personas con discapacidad y del lenguaje inclusivo y de género²⁶.

A la interrelación entre lenguaje y efectividad en el pensamiento filosófico jurídico dedica el profesor Vettori no pocas páginas²⁷. Dice este autor: “*Dalla casistica esaminata si trae la necessità di un dialogo fra legislazione e giurisdizione, entrambe consapevoli dell’esigenza di un nuovo ordine fondato su norme, concetti e argomenti. L’ermeneutica e la dogmatica hanno un ruolo preciso nel «cogliere il momento in cui il pensiero giuridico organizza il suo mondo» e nella comprensione dei nessi impliciti ed espliciti capaci di esprimere la «cultura di un’epoca»*”²⁸.

De este modo, recorriendo el pensamiento filosófico-jurídico de los últimos dos siglos, el maestro florentino concluye afirmando que el principio estudiado conduce a frenar la subordinación del Derecho a la política, a partir de la apreciación de la realidad desde una visión de sistema que debe animar al ordenamiento jurídico en su totalidad. Pues la efectividad implica un orden según el cual el principio sería aplicado en la complejidad del ordenamiento jurídico²⁹.

²⁶ La aparición y desarrollo de las nuevas tecnologías – biomédicas y de la información, por ejemplo – suponen la entrada al entorno jurídico de términos que, tras ser acuñados o recepcionados por las distintas legislaciones nacionales, la jurisprudencia o la doctrina, adquieren carta de ciudadanía como conceptos jurídicos. Así, las nociones sobre la transexualidad, las técnicas de reproducción humana asistida, la maternidad subrogada, los delitos informáticos, el derecho al olvido, dejan expuesto un ámbito nuevo al que el jurista deberá adecuar sus conocimientos y su praxis misma, so pena de quedar atrapado en un Derecho inoperante basado en las formas estrictamente tradicionales.

²⁷ G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, en *Riv. dir. civ.*, 2017, 3, p. 666 ss.; *Id.*, voz “*Effettività delle tutele*”, cit., p. 401 ss.

²⁸ *Op. ult. cit.*, p. 401.

²⁹ *Ibid.*, p. 402.

²⁵ Cfr. L. DÍEZ PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, *Introducción, Derecho de la persona, Autonomía Privada, Persona Jurídica*, Madrid, 2016, p. 41.

4. Hermenéutica contractual y efectividad de los derechos. Glosas al pensamiento de Giuseppe Vettori.

| 52

La interpretación jurídica, como afirma sin dejar espacio a la duda Llamas Pombo, es absolutamente necesaria, pues la ciencia del Derecho es interpretativa y la función del jurista consiste, esencialmente, en interpretar, una ley, un contrato, un testamento, una sentencia, un principio jurídico, un concepto indeterminado...³⁰. La interpretación de la ley, desde finales del siglo XIX, ha ocupado una parte importante de los debates doctrinales. Es clásico el elenco de teorías que enunciaba De Castro Y Bravo en su Derecho Civil de España³¹. Pero la interpretación jurídica no se agota en la exégesis de la norma, se extiende a todo el Derecho e incluso es válido el cuestionamiento sobre si resulta siempre necesario interpretar.

A esta última pregunta parece responder negativamente y de forma categórica el brocardo *In claris non fit interpretatio*. Este axioma, aparentemente, excluye la interpretación cuando de la lectura del texto se desprenda su claridad. Del mismo – dicen Perlingieri y Femia – se podría concluir, en primer lugar, que si el texto es claro, no debe ser interpretado. En segundo lugar, se podría colegir que si el resultado de la interpretación literal del texto produce una norma no absurda, no es necesario llevar adelante la interpretación. La primera conclusión, dicen esos autores, es falsa, la segunda, inaceptable. No existe posibilidad alguna de aplicar una norma sin interpretar el texto que la contiene. La claridad, por otra parte, es el resultado de la interpretación y no una premisa de la misma³².

La interpretación del contrato, si bien no han faltado voces autorizadas que la equiparen con la de las normas jurídicas e incluso propugnen una teoría general de la interpretación, posee caracteres que permiten distinguirla de aquella³³. En la

interpretación del contrato el punto de partida ha de ser la exégesis gramatical del mismo, con lo cual queda al descubierto la estrecha relación entre lenguaje y actividad hermenéutica. Afirman al respecto Caumont y Mariño López: “...toda tarea de interpretación de un contrato no debe disociarse del campo rigurosamente lingüístico, en el cual se erige su pilar fundamental, desde que la manifestación intencional de voluntad que configura la esencia del consentimiento, se construye con actos expresados oralmente o por escrito mediante palabras que constituyen, tanto una expresión signica, como, al mismo tiempo, una expresión discursiva”³⁴.

Es doctrina consolidada, en materia de interpretación del contrato, la distinción entre interpretación subjetiva y objetiva. La primera apunta hacia la búsqueda de la intención o voluntad común de los contratantes, la segunda, en cambio, se enfoca en un criterio objetivo, a partir de la eliminación de dudas o ambigüedades de la declaración contractual³⁵. De igual forma, se acepta mayoritariamente por la doctrina que exista una jerarquía entre estos tipos de interpretación – que Franceschelli denomina relación de subordinación lógica – pues el exégeta solo podrá recurrir a las reglas de interpretación objetiva cuando no pueda determinarse sin espacio a la duda, la común intención de las partes³⁶.

La labor interpretativa del contrato parte del análisis de la común intención de los contrayentes y su comprensión deriva, *prima facie*, de la exégesis del contrato, de su letra. El punto de partida es pues la interpretación literal del texto. La posible claridad

³⁰ Cfr., E. LLAMAS POMBO, *Una riflessione retrospettiva e presente sull'interpretazione giuridica*, en *Scritti in onore di Vito Rizzo*, I, *Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Napoli, 2017, p. 1063 ss. Enfatiza este autor: “Etimologicamente, interpretare evoca un compito di mediazione che implica adottare una posizione tra il testo e la realtà, tra il linguaggio e la norma”. P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, p. 111 afirman en un sentido similar: “La comprensione dei testi giuridici è un processo che mira a giungere ad una forma di conoscenza: senza tale processo conoscitivo (interpretazione) non v'è diritto”.

³¹ F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, p. 496 ss.

³² Cfr. P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 115-116.

³³ Dice la respecto L. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, I, *Introducción. Teoría del Contrato*, Madrid,

1996, p. 394-395: “...es posible y a caso útil una teoría general de la interpretación. Debe propugnarse una aproximación de la interpretación del contrato a la interpretación de la ley. Pero no puede llegarse a una absoluta equiparación. El contrato y la ley son reglas jurídicas, pero mientras la ley es una regla abstracta y general, el contrato, es un precepto concreto; y mientras la ley es un precepto heterónomo, el contrato es un precepto de autonomía privada. En tema de interpretación, ello lleva a la conclusión de que mientras la interpretación de la ley debe estar orientada en orden a su *ratio* general, la interpretación de la regla contractual debe hacerse en una conexión mayor con el propósito de sus autores, entre quienes va a surtir su efecto obligatorio”. Véase además, *per omnia*, V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1996.

³⁴ Cfr. A. CAUMONT, A. MARIÑO LÓPEZ, *La interpretación del contrato en los principios latinoamericanos de derecho de los contratos (PLDC)*, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, no. 15, 2018, p. 124-125. F.A. HUNG GIL, *Lenguaje e interpretación de los contratos. Ideas para un debate*, en L.B. PÉREZ GALLARDO (coordinator), *Interpretación, calificación e integración contractual*, Santiago de Chile, 2020.

³⁵ Cfr., L. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, cit., p. 395.

³⁶ V. V. FRANCESCHELLI, *Diritto privato*, Milano, 2018, p. 446 ss.



del mismo es el resultado de su interpretación por parte de uno o varios de los sujetos de tal actividad (las partes conjuntamente, el juez, un tercero) de modo que resulte innecesario el recurso a ulteriores cánones hermenéuticos³⁷. La exégesis, en este sentido, puede privilegiar la literalidad del texto pero, en todo caso, la interpretación histórica o subjetiva busca reconstruir la voluntad negocial de las partes al momento de la formación del contrato³⁸ de modo que no se agota aquella, necesariamente, con la comprensión gramatical y lógica del mismo³⁹. Pero la búsqueda del sentido literal del texto – como afirma acertadamente Vettori – no se contrapone necesariamente a la indagación sobre la común intención de las partes, ambas se dirigen a datos objetivos, tales como las palabras empleadas, los comportamientos de los contrayentes y sus fines⁴⁰.

La interpretación sistemática del contrato es otro de los pilares sobre los que se levanta tal construcción dogmática. No es posible centrarse en el sentido de las palabras, frase o cláusulas individualmente vistas o, en un mismo esquema negocial, atribuir significados diversos a estas. El contrato funciona como un todo y no como la sumatoria aislada de sus cláusulas. Esta organicidad del contrato, el carácter sistemático de su interpretación, es predicable no solo de los contratos singularmente vistos sino, como asevera Díez Picazo, se aplica también a los diversos contratos que forman parte de una unidad negocial compleja, con una finalidad económica y social unitaria⁴¹.

La interpretación contractual se ve impactada de forma particular por la aplicación del principio de

buena fe⁴². Más allá de su aplicación al entero ámbito de las relaciones jurídicas civiles, en materia de hermenéutica contractual, se debe presumir que las partes, al redactar el contrato, lo hicieron según las normas sociales imperantes en un momento histórico concreto, de acuerdo a estándares conductuales que tiendan a la evitación de palabras o expresiones tendencialmente oscuras, ambiguas o que puedan generar conflictos interpretativos. Una de las manifestaciones de la buena fe en materia de hermenéutica contractual es la llamada *interpretatio contra stipulatorem*⁴³, según la cual no podrá beneficiarse en la interpretación de un contrato la parte que ha causado la oscuridad o ambigüedad de una cláusula.

Como se ha expresado *supra*, el recurso a las reglas de interpretación objetiva del contrato depende del hecho que de la exégesis no pueda desprenderse, sin la sombra de la duda, la común intención de las partes contratantes. Se está en una situación en que la duda interpretativa es el denominador común⁴⁴ de las normas que disciplinan la materia e intentan despojar al texto de la oscuridad o ambigüedad presentes, mediante reglas objetivas. Tales dudas interpretativas, en cuanto a la relación entre lenguaje y hermenéutica contractual, giran en torno a: cláusulas que admiten diversos sentidos⁴⁵, palabras con distintas acepciones⁴⁶, e incluso la omisión de cláusulas que comúnmente se incorporan en un tipo contractual determinado⁴⁷. De

³⁷ Cfr. Artículo 1281, primer párrafo del Código Civil español, que establece que: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas”.

³⁸ Cfr., V. FRANCESCHELLI, *Diritto privato*, cit., p. 446.

³⁹ Establece el artículo 1. 362 del *Codice Civile* italiano que: “Nell’interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto”.

⁴⁰ Cfr., G. VETTORI, *Contratto e Rimedi*, Milano, 2017, p. 220. Véase, además, del Código Civil español sus artículos 1282: “Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”; y 1283: “Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar”.

⁴¹ Cfr. L. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, cit., p. 400. Establece el artículo 1. 363 del *Codice Civile* italiano que: “Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell’atto”.

⁴² Artículo 1366 del *Codice Civile* italiano: “Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede”. Vid per omnia, F. PIRAINO, *Buona Fede, Ragionevolezza e efficacia immediata dei principi*, Napoli, 2017.

⁴³ Cfr., artículo 1288 del Código Civil español, según el cual: “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad”. Véase, además, el artículo 1. 370 del *Codice Civile* italiano.

⁴⁴ Cfr., V. FRANCESCHELLI, *Diritto*, cit., p. 447.

⁴⁵ V. Artículo Art. 1.284 del Código Civil español, según el cual: “Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”. Véase, además, el artículo 1368 del *Codice Civile* italiano, que preceptúa: “Le clausole ambigue s’interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso. Nei contratti in cui una delle parti è un imprenditore (2082), le clausole ambigue s’interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell’impresa”.

⁴⁶ V. Artículo Art. 1.286 del Código Civil español, que establece: “Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato”. Así como artículo 1369 del *Codice* italiano: “Le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all’oggetto del contratto”.

⁴⁷ Cfr., Art. 1.287 del Código Civil español: “El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse”.



este modo, la aplicación de los principios de búsqueda de la intención común de las partes, buena fe y conservación del contrato deben presidir la interpretación contractual, fijando sus derroteros. Si pese a los esfuerzos del intérprete y la aplicación de las normas de interpretación objetiva, resultaren aún dudosas u oscuras las cláusulas, las soluciones admitida por la doctrina mayoritaria y por algunas legislaciones toman como criterio a seguir el principio de conservación del contrato y, en última instancia, su ineficacia⁴⁸.

Un tópico de medular importancia al que no siempre los estudios en materia de interpretación han prestado la necesaria atención gira en torno a la exégesis de las llamadas cláusulas generales. Se trata, en palabras de Perlingieri y de Femia, de fragmentos de disposiciones normativas caracterizadas por un especial tipo de vaguedad de la cual se debe recabar un significado aplicable, que se refieren a nociones como las de buenas costumbres, orden público, buena fe⁴⁹. Una parte de la doctrina, al tratar este tópico, asocia esta noción a las de principios, conceptos jurídicos indeterminados, *legal standards*, fórmulas elásticas o normas en blanco. Como acertadamente afirma Patti, siguiendo a la doctrina germana, se trata de normas que carecen de un núcleo conceptual pero que realizan un reenvío a conceptos no jurídicos, fundamentalmente de naturaleza moral⁵⁰. La interpretación de las cláusulas generales, presentes en la normativa de Derecho de Contratos y en la letra de los contratos singularmente vistos, por sí sola ameritaría un análisis que no es posible realizar en los estrechos marcos de la presente investigación. Su exégesis es un ejercicio arduo pero necesario y ha de advertirse que el abuso de las mismas – como sentenciara Franz Wieacker – entraña una injustificada transferencia de

responsabilidad del legislador hacia el intérprete, fundamentalmente el juzgador⁵¹.

La interpretación del contrato, tal y como ha sido analizada anteriormente, se enfoca en la construcción tradicional de este negocio jurídico, visto como acuerdo de voluntades entre sujetos que se hallan en un plano de igualdad. Pero esa construcción – y obviamente el canon hermenéutico de la figura – sufre los embates de las fuerzas que tienden a la evolución a un ritmo exponencial de la disciplina contractual mediante la admisión de contratos por adhesión, de acuerdos celebrados en el marco de relaciones de consumo, *smart contracts*, fundamentalmente. Cada una de estas figuras revela la existencia de numerosos cuestionamientos a resolver por la ciencia jurídica – a caso parangonable con mundos paralelos – que en todo caso serán brevemente esbozados a continuación, pues su análisis exhaustivo supera con creces los objetivos de una investigación como la presente.

Se seguimos el enunciado del artículo 1 de la Ley española número 7/1998, de 13 de abril, se entiende por condiciones generales de la contratación, “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”⁵². Su ámbito de acción por excelencia es el de los contratos en masa o por adhesión en los que la libertad contractual de una de las partes se limita a aceptar las condiciones impuestas por la otra (adherirse) o eventualmente rechazarlas. En materia de interpretación de las condiciones generales de la contratación⁵³, la doctrina reciente⁵⁴, previa elaboración jurisprudencial, ha desarrollado cuatro reglas hermenéuticas aplicables a las mismas, a saber: regla de la prevalencia⁵⁵, regla *contra proferentem*, regla de la condición más importante y regla de la condición más beneficiosa⁵⁶. La

⁴⁸ V. Artículo 1. 289 del Código Civil español, según el cual: “Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo”. Y artículo 1. 371 del Codice italiano: “Qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo (1362 e seguenti), il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo temperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso.

⁴⁹ Cfr. P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 19.

⁵⁰ V. S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2016, p. 66-67.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Cfr., Legislación española Consolidada sobre condiciones generales de la contratación, actualizada el 16 de marzo de 2019.

⁵³ Cfr., Per omnia, V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983.

⁵⁴ Cfr. L. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, cit., p. 411-414.

⁵⁵ El artículo 6.1 de la Legislación española Consolidada sobre condiciones generales de la contratación establece al respecto: “1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares”.

⁵⁶ *Ibid.*



formulación doctrinal de la regla *contra proferentem*⁵⁷ se acerca notablemente a las consideraciones expuestas anteriormente sobre la *interpretatio contra stipulatorem*, aunque se abandone la formulación negativa, en aras de significar el canon hermenéutico aplicado a favor del adherente. Las condiciones generales de la contratación, por su parte, están sometidas a un régimen diverso cuando el adherente ostente la condición de consumidor⁵⁸.

La interpretación de las condiciones generales de la contratación en los casos en que el adherente ostente la condición de consumidor, presenta algunos caracteres propios que la separan, en principio, de la hermenéutica contractual clásica. Probablemente la aportación más significativa sea la configuración doctrinal y normativa de las llamadas cláusulas abusivas⁵⁹. Pero a ello se suma, sin ánimo de exhaustividad, otros caracteres tales como la pérdida de centralidad del texto⁶⁰ frente a la valoración de circunstancias externas al momento de concertación del contrato como las asimetrías informativas⁶¹ y la aplicación, en clave exegética, del principio de *favor consummatoris*.

El derecho de contratos, apreciado desde la óptica del principio de efectividad, ha sido largamente tratado en la obra del profesor Vettori. Así, el maestro florentino dedica una parte importante de su producción científica de los últimos años al estudio de la jurisprudencia como fuente del derecho privado⁶², al control judicial del contrato, al equilibrio de esta figura, a la nulidad del mismo y la efectividad como obstáculo para las interpretaciones formalistas, la responsabilidad civil

y los daños, la carga de la prueba en la disciplina de la competencia, los derechos sociales y el contrato de trabajo, por solo citar los tópicos más importantes⁶³. En su obra, además, existen numerosas referencias a lo que el autor denomina actuación del principio de efectividad, que podría traducirse como la aplicación concreta y efectiva del principio a un sinnúmero de materias – expuestas fundamentalmente a partir de las soluciones jurisprudenciales – que en la totalidad de los casos se refieren a instrumentos jurídicos con un impacto notable en la doctrina que estudia la efectividad y su huella en el fenómeno jurídico⁶⁴.

Quizás uno de los aportes más significativos del maestro Giuseppe Vettori en la materia en estudio, a juicio del autor de esta breve reseña, sea la apreciación de la efectividad como principio valorativo, integrativo y correctivo. Dejemos que sea el propio autor, como colofón de este análisis, quien nos lo explique: “*Le finalità e le potenzialità sono insomma chiare. Eliminare le restrizioni nella protezione dei diritti, potenziare la funzione ermeneutica e individuare i rimedi più adeguati alla lesione. Tutto ciò nella pluralità di ordinamenti che esigono tutele diversificate per fatti conoscibili attraverso la decostruzione delle regole (giustizia) e la verità giuridica del fatto (effettività). Attività proprie del giudice, ma non solo. L'ermeneutica deve coniugarsi con la dogmatica e ciò esige un altro tipo di riflessione*”⁶⁵.

⁵⁷ Artículo 6.2 de la citada legislación Española que establece: “*Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales*”.

⁵⁸ Para el Derecho comunitario europeo la noción de consumidor se refiere a una persona física que actúa alejada de su actividad profesional o de empresa. *Vid.*, Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a). Cfr., VELA TORRES, Pedro José, “Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial”, en *Revista de estudios jurídicos* n° 18/2018 (Segunda Época), Universidad de Jaén (España), Versión electrónica: rej.ujen.es.

⁵⁹ Dice al respecto A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017, p. 241: “un intervento...che va al cuore del diritto dei contratti toccando per la prima volta la teoria generale del contratto in quanto tale e introducendo un controllo giudiziario di merito di carattere generale sulle clausole convenzionali”.

⁶⁰ Cfr., G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 230-233.

⁶¹ V. Artículo 34 del *Codice di consumo* italiano.

⁶² G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, p. 869 ss.

⁶³ G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., *passim*.

⁶⁴ Véase, entre otros, L. BREGGIA, *Algoritmi ed effettività delle tutele*, cit.; S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale, riconcettualizzazione del contratto e principio di effettività*, en *Pers. merc.*, 2015, 3; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela: una casistica*, cit.

⁶⁵ G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, cit., p. 896.



Note e commenti

DANNO DA PRODOTTO DIFETTOSO E RESPONSABILITÀ DELLE PIATTAFORME DI E-COMMERCE: UNO SGUARDO OLTREOCEANO.

Di Rosario Petruso

| 59

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. - 2. L'evoluzione giurisprudenziale del danno da prodotto difettoso nel diritto californiano e le sue premesse teorico-culturali: dal caso *Greenman v. Yuba Power Products, Inc* al caso *Vandermark v. Ford Motor Co.* - 3. La responsabilità oggettiva oltre la filiera produttiva-distributiva diretta: lo *stream of commerce approach* e il *dominant purpose approach*. - 4. Amazon e la trasformazione della filiera distributiva: dalla segmentazione del mercato tipica della civiltà industriale alla “re-intermediazione” della civiltà digitale. - 5. La sentenza resa dalla California Court of Appeal nel caso *Bolger v. Amazon.com* il 13 agosto 2020: la responsabilità di Amazon per i prodotti venduti da terzi e spediti dalla piattaforma. - 6. La sentenza resa dalla California Court of Appeal nel caso *Loomis v. Amazon.com LLC* il 26 aprile 2021: la responsabilità di Amazon per i prodotti venduti e spediti dai venditori terzi. - 7. Osservazioni conclusive.

ABSTRACT. L'articolo prende in esame due recenti decisioni della Court of Appeal della California circa la responsabilità delle piattaforme di e-commerce per prodotti difettosi alienati da venditori terzi. Dopo aver ricostruito il case law californiano in materia di danno da prodotto ed il ruolo della tradizionale filiera distributiva nel migliorare la sicurezza dei prodotti, l'Autore passa all'esame delle pronunce della Court of Appeal rese nei casi *Bolger v. Amazon.com* del 2020 e *Loomis v. Amazon.com* del 2021. Secondo la Corte di secondo grado, le piattaforme di e-commerce sono destinatarie del regime di responsabilità oggettiva nel caso in cui abbiano assunto un ruolo attivo nella distribuzione del prodotto difettoso. Al fine di apprezzare la portata del principio enunciato, il saggio si sofferma sulle premesse teorico-culturali sottostanti all'adozione del regime di responsabilità oggettiva, consistenti nel migliorare la sicurezza dei prodotti, nell'assicurare la protezione più elevata del danneggiato, nel ripartire il costo del danno tra gli agenti della catena di produzione e distribuzione del prodotto.

The essay takes into consideration two recent judgments of the California Court of Appeal addressing the issue of whether online marketplaces should be held liable for defective products listed by third-party sellers. After reconstructing the development which took place in the common law dealing with products liability cases and the impact of the conventional supply chain in enhancing product safety, the Author concentrates on the decisions handed down by the California Court of Appeal in 2020 and in 2021 (i.e. *Bolger v. Amazon.com* e *Loomis v. Amazon.com*). According to the Court of Appeal, platforms should not be shielded from strict products liability if the companies are playing more than passive roles in the sales made by third-party sellers on their website. In order to appreciate the extent of the principle set forth, the essay focuses on the policy considerations underlying the doctrine of strict liability, namely: enhancing product safety, maximizing protection to the injured plaintiff and apportioning costs among the defendants in the distribution chain.



1. Osservazioni introduttive.

60

Relativamente alle responsabilità connesse alle nuove tecnologie informatiche e di telecomunicazione, sia la riflessione teorica e giurisprudenziale sia l'attenzione del regolatore (tanto nel contesto statunitense quanto in quello unitario europeo) si sono concentrate sino a tempi recenti sul fatto che esse permettono a chiunque di partecipare alla diffusione ed alla produzione delle informazioni. Non a caso, si dice che con l'avvento delle piattaforme digitali (si pensi, ad esempio, a Facebook e Twitter) si è assistito ad un processo di "democratizzazione" dei meccanismi di produzione dell'informazione: ed invero, chiunque può condividere in tempo reale, per mezzo di siti e piattaforme web, messaggi, contributi *wiki*, *podcast* e altri tipi di file audio, immagini e video. A venir meno - come fattore essenziale nella diffusione delle informazioni - sono stati, dunque, i tradizionali canali distributivi (quotidiani, riviste, telegiornali). Inevitabilmente, nella logica della produzione delle informazioni aperta agli apporti di tutti, non ogni contenuto è di qualità e gli spazi digitali sono sempre più saturi di disinformazione, di punti di vista di minor spessore ed anche dei più allarmanti¹.

L'innovazione digitale ha prodotto un fenomeno corrispondente anche nell'accesso ai beni di consumo. Le tecnologie informatiche e di telecomunicazione permettono, infatti, a chiunque, in tempo reale e senza limiti di frontiere, di partecipare alla filiera distributiva dei beni destinati al consumatore: grandi piattaforme di *e-commerce* (si pensi, ad esempio, ad Amazon, Alibaba, Aliexpress, Ozon o Flipkart) hanno, infatti, creato degli enormi mercati digitali, aperti agli apporti di una miriade di venditori.

Le possibilità di scelta del consumatore si sono, dunque, ampliate a dismisura; al contempo, però, sono aumentate le possibilità di verifica di

danni occasionati dalla difettosità dei prodotti rinvenibili sugli spazi digitali. La modificazione della filiera distributiva ha, infatti, accresciuto esponenzialmente il numero dei rischi cui è esposto il consumatore, a causa della sempre più frequente e rapida distribuzione sul mercato di prodotti difettosi o potenzialmente tali.

Come nel caso della produzione delle informazioni, anche nel mercato dei beni di consumo ad essere ridimensionato è stato, infatti, il ruolo della tradizionale catena distributiva, che faceva da argine all'ingresso indiscriminato, nei mercati regolamentati europeo e statunitense, di merci contraffatte e di imitazioni di bassa qualità. Alla consolidata filiera se ne è affiancata una, incentrata su enormi piattaforme digitali, aperte a venditori terzi, difficili da controllare².

L'emergenza pandemica da Covid-19 e le correlate difficoltà logistiche nell'approvvigionamento dei generi alimentari di largo consumo e di prodotti di prima necessità hanno accelerato questo processo, muovendo definitivamente il consumatore dai mercati tradizionali a quelli digitali³: i siti di *e-commerce* sono diventati così il punto di riferimento del singolo per orientare e per effettuare le scelte di consumo⁴.

Il mutamento della struttura del mercato si è di recente svelato al livello giurisprudenziale nell'esperienza giuridica statunitense. Il risveglio, come spesso accaduto in passato con riguardo agli avanzamenti tecnologici e alla complessità dei fenomeni che da essi traggono origine, è stato brusco e la casistica appare già ampia: essa annovera, infatti, lesioni tra le più gravi alla persona del consumatore ed ai suoi beni, cagionate dalla difettosità dei prodotti messi in circolazione in questi luoghi virtuali⁵.

¹ Ci si è chiesti, dunque, quale sia il ruolo (e, correlativamente, quali le responsabilità) delle piattaforme digitali nel contrastare tali degenerazioni. Nel contesto statunitense il dibattito sulla riforma della sezione 230 del *Communications Decency Act* del 1996 (47 U.S.C. § 230) - che assicura una esenzione da responsabilità a tutti gli operatori dei servizi elettronici per i contenuti riferibili a terzi - è più acceso che mai (sui termini del dibattito, cfr., di recente, K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in 131 *Harv. L. Rev.*, 2018, 1598 ss.; A. HOCOTT, *The Partisan Samaritan: The Communications Decency Act and the Modern Internet*, in 19 *Ave Maria L. Rev.* 2021, 238 ss.; M. G. LEARY, *The Indecency and Injustice of Section 230 of the Communications Decency Act*, in 41 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, 2018, 553 ss.); nel diritto dell'Unione europea il dibattito ruota oggi intorno alla proposta di regolamento relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali), che modifica la direttiva 2000/31/CE (*Digital services act - DSA*: proposta di regolamento COM(2020) 825).

² Il problema è stato sollevato dai media in entrambe le sponde dell'Atlantico. A titolo esemplificativo, cfr. J. EMONT, *Amazon's Heavy Recruitment of Chinese Sellers Puts Consumers at Risk*, *Wall Street Journal*, 11 novembre 2019 e M. GABANELLI, *Il mercato del falso online vale 1.700 miliardi l'anno: che impatto ha su ognuno di noi?*, *Corriere della Sera*, 22 gennaio 2018.

³ Come riportato sulle colonne del New York Times da K. WEISE e da M. CORKERY il 17 agosto 2021 con un editoriale dal titolo *People Now Spend More at Amazon Than at Walmart*, Amazon ha spodestato finanche Walmart, la multinazionale statunitense, proprietaria dell'omonima catena di negozi al dettaglio.

⁴ Secondo *Digital Commerce 360* - che ha analizzato i dati del *Department of Commerce* degli Stati Uniti nei primi sei mesi del 2020 - la spesa dei consumatori online è aumentata del 30,1% rispetto allo stesso periodo del 2019. Cfr. <https://www.digitalcommerce360.com/2020/08/25/ecommerce-during-coronavirus-pandemic-in-charts/>

⁵ Sul punto, cfr. G. SMORTO, *Danno da prodotto e mercati digitali. Verso la responsabilità delle piattaforme di e-commerce*, in *Foro It.*, V, 119, ove si osserva che a scorrere la casistica «ci si trova dinanzi ad ogni sorta di accidenti: monopattini elettrici

Ci si è chiesti, dunque, quale sia il ruolo e, correlativamente quali siano le responsabilità, delle piattaforme di *e-commerce* che - facendo venir meno la collaudata filiera di produzione e commercializzazione dell'economia industriale che si snoda in modo lineare dal fabbricante al consumatore, passando per diverse figure intermedie⁶ - permettono che il mercato sia raggiunto, in proporzioni massive, da prodotti difettosi⁷.

Si è posto, cioè, al formante giurisprudenziale statunitense il problema di dare forma giuridica ad una relazione, quella tra piattaforma di *e-commerce* e consumatore, nell'ipotesi in cui la prima non sia parte del contratto stipulato da quest'ultimo con un venditore terzo.

Nella segmentazione del mercato tipica delle piattaforme digitali, infatti, può accadere che la piattaforma assuma alternativamente le vesti del venditore⁸ o - secondo una tendenza che è data in crescita - del mero intermediario che si limita a facilitare l'incontro di domanda ed offerta⁹.

È venuta, dunque, emergendo nell'ultimo quinquennio nella giurisprudenza statunitense la questione se colui che pur non avendo acquistato il

prodotto dannoso direttamente da chi lo abbia presentato all'interno dei propri spazi digitali, ma da un terzo venditore, sia da riconoscere titolare di una situazione giuridicamente rilevante nei confronti dell'operatore digitale. Nell'ambito di questo quesito, si pone l'ulteriore interrogativo circa la possibilità di rendere la piattaforma digitale responsabile del danno, non secondo le regole generali della responsabilità per colpa, ma a titolo di responsabilità oggettiva per danno da prodotto difettoso¹⁰.

La casistica statunitense è sempre più ricca¹¹ e ad essa, dunque, si presterà attenzione¹². Più in particolare, la prospettiva di indagine sarà quella del diritto californiano: come è noto, infatti, la responsabilità da danno da prodotto difettoso non è oggetto negli Stati Uniti di disciplina federale¹³.

¹⁰ Il problema è ora oggetto di un numero crescente di studi in dottrina. Cfr., con diversità di posizioni e di spunti ricostruttivi, S. M. BENDER, *op. cit.*, 95 ss.; A. Martin, *A Gatekeeper Approach to Product Liability for Amazon*, in 89 *GEO. Wash. L. Rev.*, 2021, 768 ss.; G. ZOE, *Amazon Marketplace and Third-Party Sellers: The Battle over Strict Product Liability*, in 54 *Suffolk U. L. Rev.*, 2021, 87 ss.; T. J. MONESTIER, *Amazon as a seller of marketplace goods under article 2*, in corso di pubblicazione in 107 *Cornell L. Rev.* e già consultabile in <https://ssrn.com/abstract=3796241>; C. M. SHARKEY, *Holding Amazon Liable As a Seller of Defective Goods: A Convergence of Cultural and Economic Perspectives*, 2020, New York University School of Law - Law And Economic Research Paper Series Working Paper No. 20-51, ora disponibile in <https://ssrn.com/abstract=3713149>; S. KREICZER-LEVY, *The Duties of Online Marketplaces*, in <https://ssrn.com/abstract=3851881>; E. J. JANGER, A. D. TWERSKI, *Warranty, product liability and transaction structure: the problem of amazon*, in *Brooklyn Law School Legal Studies Research Papers, Research Paper No. 677*, 2021, disponibile in <http://ssrn.com/abstract=3878240>. Con riguardo al diritto dell'Unione europea, cfr., invece, C. BUSCH, *Rethinking Product Liability Rules for Online Marketplaces: A Comparative Perspective*, in <https://ssrn.com/abstract=3784466>; A. SARDINI, *La «product liability» e il commercio elettronico*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2021, 8 ss.

¹¹ Relativamente al solo quinquennio 2015 - 2020, S. M. BENDER, *op. ult. cit.*, 115, annovera centouno fattispecie di responsabilità da prodotto difettoso portate all'attenzione delle Corti statunitensi riguardanti beni venduti sulla piattaforma Amazon.

¹² Da una prospettiva di diritto comparato, l'angolo di osservazione prescelto appare molto interessante, in quanto, ora come nel secolo scorso, il formante giurisprudenziale d'Oltreoceano si candida ad essere precursore, nella materia che qui si affronta, di futuri orientamenti giurisprudenziali europei. Nell'Europa continentale, osserva C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 665, il problema del danno da prodotto è emerso con un ritardo di quasi mezzo secolo e la giurisprudenza statunitense è stata antesignana con la celebre sentenza del caso *Mac Pherson v Buick Motor Co.* del 1916. Sul punto, cfr., inoltre, A. QUERCI, *Responsabilità da prodotto negli USA e in Europa. Le ragioni di un revirement globale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 115 ss., specialmente 134.

¹³ La disciplina della *tortious liability* spetta, infatti, istituzionalmente alla competenza dei singoli Stati. Non sono, però, mancati tentativi - soprattutto con riguardo alla *products liability* - diretti a legiferare a livello centrale. Sul punto, cfr. G.

che si incendiano e distruggono case, collari retrattili per cani che si staccano e accecano i padroni, batterie per computer portatili che esplodono ferendo il malcapitato, fino alla morte causata da un caffè solubile».

⁶ Sul punto, cfr. B. EDELMAN, A. STEMLER, *From the Digital to the Physical: Federal Limitations on Regulating Online Marketplaces*, in 56 *Harv. J. On Legis.*, 2019, 141 ss., specialmente 143, ove si legge: «Historically, most businesses followed a linear business model, focused primarily on creating goods and services to sell to distributors or customers». Sul punto, cfr. S. M. BENDER, *Product Liability's Amazon Problem*, in 4 *J.L. & Tech. Tex.*, 2021, 98 ss.

⁷ Le proporzioni del problema sono aumentate dal fatto che la nuova struttura di distribuzione dell'era digitale amplifica ulteriormente un aspetto tipico del danno da prodotto delle società complesse a capitalismo maturo, ben segnalato in dottrina da R. D'ARRIGO, *La responsabilità del produttore*, Milano, 2006, 8, ove si osserva che «non è più il singolo prodotto, dotato di proprie caratteristiche individuali e destinato ad un particolare acquirente, a dominare il mercato bensì la serie, cioè una molteplicità infinita di prodotti aventi caratteristiche uniformi e destinati a soddisfare bisogni tipizzati di altrettanti acquirenti anonimi». La diffusione capillare di prodotti fabbricati in serie accresce «le dimensioni della potenzialità dannosa inerente ai prodotti difettosi, per cui ciò che prima rappresentava, di regola, un difetto isolato del singolo prodotto, si può trasformare, ora, in pericolo di danno che accompagna ognuno dei prodotti fabbricati da un imprenditore».

⁸ Si pensi, ad esempio, alla piattaforma di *e-commerce* Amazon che, agli esordi, nel 1995, aveva assunto, limitatamente al mercato dei libri, il ruolo di rivenditore al dettaglio: il modello di impresa adottato inizialmente della piattaforma consisteva, infatti, nell'acquistare libri all'ingrosso per poi rivenderli, attraverso il proprio sito web, a prezzi al dettaglio.

⁹ Sul mutamento del modello di impresa adottato da Amazon, cfr. A. E. SHEHAN, *Amazon's Invincibility: The Effect of Defective Third-Party Vendors' Products on Amazon*, in 53 *Ga. L. Rev.*, 2019, 1218.



E se con riferimento alla regola basilare, relativa alla responsabilità diretta del fabbricante nei confronti dell'utente-consumatore, esistono tra i singoli Stati solo differenze normative marginali (sia, tale disciplina, di origine statutaria o di *common law*), così non è per la responsabilità degli altri attori della filiera distributiva¹⁴.

Il diritto californiano, per quanto qui rileva, estende la regola della responsabilità oggettiva a tutti gli attori che insistono nel sistema produttivo-distributivo che porta il prodotto difettoso sino al consumatore danneggiato¹⁵.

Occorre ancora premettere che l'angolo di osservazione adottato appare particolarmente promettente, in quanto in California la responsabilità da prodotto difettoso non ha trovato consacrazione sul piano legislativo, ma è lasciata all'evoluzione del *common law*¹⁶: come a breve si vedrà, dunque, la giurisprudenza ha potuto incentrare la risposta da dare all'interrogativo di cui sopra non sulle tecniche di un dato legislativo formale, ma sulle generali premesse teorico-culturali sottostanti all'adozione del regime di responsabilità oggettiva (e, quindi, *strict*) presenti al momento in cui il regime in parola fece la sua comparsa negli anni '60 del secolo scorso.

PONZANELLI, *La responsabilità del produttore negli Stati Uniti d'America. Premessa ad Owen*, in *Danno resp.*, 1999, 1065 ss.; K. YOUNG, *Federal Product Liability Proposal: Effect of Adoption on California Plaintiffs*, in 7 *Whittier L. Rev.*, 1985, 1033; T. LUNDMARK, *The Restatement of Torts (Third) and the European Product Liability Directive*, in 5 *J. Int'l L. & Prac.*, 1996, 239 e, specialmente, 258.

¹⁴ Per una panoramica di sintesi delle posizioni adottate dai Singoli Stati, cfr. E. J. JANGER, A. D. TWERSKI, *The Heavy Hand of Amazon: A Seller Not a Neutral Platform*, in 14 *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 2020, 259, nonché S. M. BENDER, *op. cit.*, 109 ss.

¹⁵ Sull'evoluzione statunitense della responsabilità da prodotto da una ristretta branca della responsabilità civile ad una disciplina sempre più indipendente e assai estesa, cfr. G. PONZANELLI, *op. cit.*, 1066.

¹⁶ Il punto relativo alla derivazione giurisprudenziale del nostro istituto non è da sottovalutare, soprattutto nella regolamentazione dei mercati digitali dove è alto il rischio che l'intervento legislativo sia frutto della "cattura" del regolatore da parte delle pressioni e dell'influenza di gruppi ristretti, portatori di interessi specifici. Infatti, come notato da G. PRIEST, *La controrivoluzione nel diritto della responsabilità da prodotti negli Stati Uniti d'America*, in *Foro It.*, 1999, IV, 119 ss., negli Usa i «provvedimenti legislativi sembrano sempre particolarmente sospetti in quanto possono nascere sotto l'influenza di particolari interessi politici». Nei mercati digitali, il processo legislativo può essere oggetto di attività di *lobbying* da parte dei soggetti da regolare. Ed a soffrire le conseguenze negative di una normazione che non promuova l'interesse generale sono i consumatori. Più in generale sulle forme di condizionamento dei legislatori da parte di chi nel mercato (tradizionale o digitale) riveste posizioni consolidate o dominanti, cfr. A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Milano, 2020, 75 ss. e 230 ss.

Nel lavoro che segue si concentrerà, dunque, l'attenzione su due sentenze della Court of Appeal della California (la pronuncia resa il 13 agosto 2020 nel caso *Bolger v. Amazon.com*¹⁷ e la più recente decisione resa il 26 aprile 2021 nel caso *Loomis v. Amazon.com LLC*¹⁸) che sembrano accorciare lo iato tra progresso tecnico e sociale e realtà giuridica nella nuova filiera distributiva delle vendite a distanza dominate da piattaforme di *e-commerce*. Preliminarmente all'analisi delle due sentenze, si cercherà di ricostruire nei paragrafi 2 e 3 il quadro normativo di riferimento che ha trovato compiuto svolgimento nel diritto di derivazione giurisprudenziale e nel paragrafo 4 le modifiche che il modello di impresa incentrato sulle piattaforme digitali ha apportato alla filiera distributiva.

2. L'evoluzione giurisprudenziale del danno da prodotto difettoso nel diritto californiano e le sue premesse teorico-culturali: dal caso *Greenman v. Yuba Power Products, Inc* al caso *Vandermark v. Ford Motor Co.*

Per verificare l'entità delle modifiche avveratesi nel diritto californiano con le due sentenze oggetto di questo studio, è necessario fare un passo indietro verso le regole che governavano fino ad allora il tema della responsabilità da prodotti difettosi. Nell'operare questa ricognizione, conviene risalire alla creazione di un corpo di regole giurisprudenziali riconducibile all'inizio degli anni '60 del secolo scorso¹⁹: in quegli anni, infatti, negli Stati Uniti l'affermazione della responsabilità diretta del fabbricante nei confronti dell'acquirente di un prodotto difettoso vive una seconda importante stagione, contrassegnata – a differenza della prima, volta all'erosione del mito della *privity of contract*²⁰ – dall'adozione di un regime di *strict liability*.

¹⁷ *Bolger v. Amazon.com* 53 Cal.App.5th 431 (2020). Si tratta della prima sentenza statunitense emessa in grado di appello che ha affermato la responsabilità oggettiva di Amazon nei confronti del consumatore finale. Giova ancora segnalare che il ricorso della piattaforma alla Supreme Court of California è stato negato dalla stessa Suprema Corte il 18 novembre del 2020 (cfr. 2020 Cal. LEXIS 7993).

¹⁸ *Loomis v. Amazon.com LLC*, 63 Cal. App. 5th 466.

¹⁹ Per il periodo precedente, si rinvia al seminale studio di W. L. PROSSER, *The assault upon the citadel (strict liability to the consumer)*, in 69 *Yale Law Journal*, 1960, 1099 ss.

²⁰ Più di 100 anni fa, la New York Court of Appeal nel caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916) ha inaugurato una nuova stagione della *civil liability*. Nell'*opinion* del giudice Cardozo è stato, infatti, superato il requisito della *privity of contract*, ristabilendo in via aquiliana un legame giuridico che non poteva più affermarsi in via contrattuale. Sul requisito della *privity of contract* – come fattore osta-



Ed è il diritto californiano, che da sempre ha ispirato e guidato l'espansione delle regole della *tortious liability* negli altri Stati dell'Unione, a fare il primo passo²¹. Il precedente della Corte Suprema della California cui occorre risalire, per vedere affermato in maniera inequivoca il principio della responsabilità oggettiva del produttore non venditore sotto forma di prescrizione generale²², è il caso *Greenman v. Yuba Power Products, Inc* deciso nel 1963²³.

Nell'ambito di una controversia riguardante la difettosità di un tornio elettrico per legno che aveva arrecato gravi lesioni all'integrità fisica dell'utilizzatore è stato, infatti, stabilito il principio generale per cui «il produttore è oggettivamente responsabile se avvia al mercato un prodotto, che egli sa essere insuscettibile di ispezione o controllo prima del consumo, che si dimostri essere affetto da un difetto che causi danno al singolo²⁴».

L'originaria premessa teorica di quel regime, si legge nell'*opinion* del giudice Traynor, risiede nell'opportunità di traslare il costo del danno dall'utilizzatore finale al fabbricante, assecondando i bisogni di tutela emergenti in funzione dei cam-

tivo alla affermazione di una responsabilità diretta del produttore nei confronti del consumatore finale che abbia stipulato un contratto con il venditore di prossimità – cfr. W. L. PROSSER, *Strict Liability to the Consumer in California*, in 18 *Hastings L.J.*, 1966, 9 ss. Il principio nella sua secca formulazione deriva da un precedente inglese: il caso *Winterbottom v. Wright* del 1842, su cui si vedano le riflessioni di M. SERIO, *La responsabilità complessa. Verso uno statuto unitario della civil liability*, Palermo, 1988, 100 ss. e di C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 662 ss. Sull'originaria *ratio* giustificatrice del principio in parola cfr. P. PARDOLESI, *Riflessioni sulla responsabilità da prodotto difettoso in chiave di analisi economica del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, II, 89 ss., ove si nota come con essa ci si prefiggeva «il fondamentale obiettivo di tutelare la nascente grande impresa dalla "gravosità" della *cost litigation*».

²¹ Primato riconosciuto su entrambi i versanti dell'Atlantico: G. PRIEST, *La controrivoluzione nel diritto della responsabilità da prodotti negli Stati Uniti d'America*, *Foro it.*, 1999, IV, 1989, 119 s.; T. LUNDMARK, *The Restatement of Torts (Third) and the European Product Liability Directive*, in 5 *J. Int'l L. & Prac.*, 1996, 239 ss., specialmente 259.

²² Il dibattito sulla scelta del binario fondante la responsabilità - fatto illecito/contratto - fu risolto, incanalandolo definitivamente verso il *law of torts*, per prima dal diritto inglese (la pronuncia di riferimento è il caso *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562); il diritto statunitense, come osservato in dottrina (cfr. M. SERIO, *Metodo comparatistico e responsabilità del produttore in diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 477, ora in ID, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007) rimase più a lungo «ammaliato dalla sirena contrattuale».

²³ *Greenman v. Yuba Power Products, Inc* (1963) 59 Cal.2d 57. La responsabilità oggettiva del produttore nei confronti del consumatore era stata già evocata dal giudice Traynor nella sua opinione concorrente resa nel caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, 24 Cal. 2d 453, 461, 150 P.2d 436, 440 (1944). In quell'occasione, il caso fu deciso in *negligence* sulla base della regola "*res ipsa loquitur*".

²⁴ *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, 62.

bamenti della struttura del mercato e dell'organizzazione produttiva²⁵.

La traiettoria intrapresa dal diritto statunitense negli anni '60 si caratterizza, però, per un ulteriore cambiamento epocale nelle regole di responsabilità civile relative alla circolazione dei beni di consumo. Il regime di responsabilità oggettiva originariamente previsto solo per chi ha creato e messo inizialmente in circolazione il prodotto dannoso è stato, infatti, subito esteso dalla Corte Suprema della California anche ai rivenditori nel caso *Vandermark v. Ford Motor Co*²⁶. La responsabilità del produttore non venditore diventa tosto una più generale responsabilità da prodotti difettosi, una responsabilità, dunque, che vede - quanto alla individuazione dei soggetti responsabili - il coinvolgimento di soggetti altri rispetto al fabbricante del prodotto difettoso.

Ed infatti, appena un anno dopo il *leading case* reso in *Greenman v. Yuba Power Products, Inc*, la Corte Suprema della California ha individuato ulteriori sfere soggettive comparativamente più idonee a sopportare il danno rispetto a quella del consumatore finale o di chiunque possa verosimilmente aver subito un pregiudizio a causa della difettosità di un determinato prodotto con il quale fosse venuto, in qualche maniera a contatto²⁷.

²⁵ ID. 63. «*The purpose of such liability is to insure that the costs of injuries resulting from defective products are borne by the manufacturers that put such products on the market rather than by the injured persons who are powerless to protect themselves. Sales warranties serve this purpose fitfully at best.*»

²⁶ *Vandermark v. Ford Motor Co.* (1964) 61 Cal.2d 256. I precedenti del 1963 e del 1964 furono consolidati nella formulazione del *Restatement (Second) of Torts* del 1965, la cui sezione 402a prevede che «(1) *One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property, is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.*». Un'altra importantissima sentenza resa dalla Suprema Corte californiana in quel torno di anni è la decisione resa nel caso *Elmore v. American Motors Co.*, 70 Cal. 2d 578, 451 P.2d 84, 75 Cal. Rpt. 652 (1969), in cui la Corte Suprema ha ampliato ulteriormente i confini della responsabilità oggettiva da prodotto difettoso per consentire a terzi spettatori innocenti - e non solo, pertanto, al consumatore - di citare in giudizio produttori e rivenditori. L'esigenza di tutela di chi accidentalmente si era visto danneggiare da un prodotto nella disponibilità di un terzo apparve alla Corte maggiormente meritevole di tutela: a differenza del consumatore, infatti, il mero *bystander* non avrebbe avuto possibilità alcuna di prevedere il danno.

²⁷ Non tutte le giurisdizioni hanno seguito l'esempio della Corte Suprema della California e del *Restatement (Second) of Torts* nel ritenere i venditori non produttori responsabili oggettivamente alla stessa stregua del fabbricante. Così, ad esempio, in *Sam Shainberg Co. v. Barlow*, 258 So. 2d 242 (Miss. 1972), la Corte Suprema del Mississippi ha annullato la decisione resa nel grado precedente che aveva ritenuto il venditore responsabile per la rovinosa caduta del consumatore dovuta alla rottura di

Nel precedente del 1964 si legge, invero, che «i rivenditori finali, al pari dei produttori, sono impegnati nel business della distribuzione dei beni al pubblico. Essi pertanto costituiscono parte integrante del sistema di produzione e commercializzazione, che dovrebbe sopportare i costi dei danni derivanti da prodotti difettosi».

Le motivazioni della sentenza a giustificazione dell'estensione così operata si spostano, pertanto, sull'aspro terreno della individuazione delle ragioni politiche che rendessero più plausibile la scelta tra le esigenze della produzione e la difesa dei diritti dei danneggiati.

Nel ragionamento della Corte di vertice, l'allargamento ai rivenditori della legittimazione passiva ad un'azione per danni a titolo di *strict liability* si giustificerebbe in relazione al fatto che, in talune ipotesi, il rivenditore potrebbe essere l'unico anello della catena di commercializzazione il cui patrimonio sia effettivamente aggredibile dal consumatore danneggiato: ed invero, il produttore potrebbe essere irraggiungibile, non identificabile o economicamente non in grado di risarcire il danno.

Il vantaggio per il danneggiato è, dunque, evidente: l'insolvenza di uno dei legittimati passivi all'azione o la sua mancata individuazione non si risolveranno a danno del consumatore, che comunque potrà agire nei confronti di altri attori della filiera distributiva del bene; inoltre, se il produttore risponde a regole e giurisdizioni straniere, il danneggiato potrà rivolgersi al rivenditore domestico per il risarcimento dell'intero danno.

Nel ragionamento della Suprema Corte californiana, l'ampliamento del novero dei soggetti cui è possibile rivolgersi per ottenere il ristoro dei danni cagionati da un prodotto difettoso non risponde, però, alla sola esigenza satisfattiva-compensativa del danno sofferto dalla vittima del fatto illecito.

L'estensione operata deriva, piuttosto, dalla promozione degli interessi di tutti i consumatori. Identificare il rivenditore come centro di imputazione della responsabilità (con le necessarie conseguenze risarcitorie) si risolve, invero, non solo in un incremento di tutela per la vittima dell'illecito (che, come detto, può aggredire un altro patrimonio), ma anche in un incentivo all'adozione di misure di sicurezza aggiuntive da parte di ciascuno degli attori coinvolti nella segmentazione tipica della civiltà industriale nell'avviamento di un prodotto al mercato.

L'obiettivo dichiarato è, dunque, quello di innalzare, tramite le regole risarcitorie (adoperate, questa volta, in funzione preventiva), la sicurezza dei beni

di consumo²⁸. Ed infatti, a legittimare l'estensione operata, la Corte Suprema della California ha osservato come il rivenditore possa svolgere un ruolo fondamentale nell'assicurare che il prodotto sia sicuro, esercitando pressione sul produttore a tal fine. La responsabilità oggettiva del rivenditore serve quindi - è la conclusione della Supreme Court - «da ulteriore incentivo a migliorare la sicurezza del prodotto». Da questo punto di vista, il regime di responsabilità oggettiva avrebbe creato inevitabilmente gli incentivi idonei a ridurre l'immissione in circolazione di prodotti difettosi.

Il principio così fissato risponde, inoltre, ad un'ulteriore ragione di *policy*: approntare rimedi adeguati a far fronte alle emergenti domande di giustizia riconducibili al sempre più frequente verificarsi di fattispecie dannose legate al massiccio progresso tecnico industriale, rifuggendo, però, dal rischio di imbrigliarne l'evoluzione futura e dar luogo a preoccupanti fenomeni di arresto della attività economiche del paese.

L'orizzonte è, dunque, proletticamente spostato verso il problema della distribuzione dei costi della responsabilità civile²⁹: ed infatti, nella pronuncia del 1964 la Corte Suprema della California nota come la tutela risarcitoria così congegnata - aumentando la platea dei legittimati passivi all'azione - per un verso offra la protezione più estesa al consumatore danneggiato e per l'altro «non faccia ingiustizia ai convenuti»: tali soggetti, infatti, in quanto attori del sistema di produzione e di commercializzazione, nell'ambito di «una continua relazione d'affari», hanno la possibilità di distribuire ed aggiustare tra loro i maggiori costi discendenti dall'adozione di misure di sicurezza e di assorbirli in maniera effi-

²⁸ L'estensione della responsabilità oggettiva agli attori della filiera distributiva è stata criticata in dottrina, per gli effetti indesiderati che essa ha avuto sul mercato assicurativo. Sul punto, cfr. J. GEORGE, *In the Stream of Commerce: The Liability of Non-Manufacturers in Product Liability Actions*, in 13 *Cap. U. L. Rev.*, 1984, 405, ove si rileva come la responsabilità di tali soggetti andrebbe distinta da quella del produttore, almeno nei casi in cui quest'ultimo possa essere effettivamente citato in giudizio. Secondo questa prospettiva, infatti, a differenza del produttore, rivenditori e grossisti dovrebbero rispondere del danno arrecato al consumatore a titolo di *negligence*.

²⁹ L'evoluzione del *law of torts* - come «allocatore dei costi» - sembra contrassegnata da uno spostamento da una prima strategia di distribuzione delle perdite attuata mediante una semplice operazione di *loss shifting* (di «spostamento, cioè, del costo del tort dal soggetto direttamente destinatario di esso ad altro che, per le sue maggiori risorse economiche, fosse apparso idoneo a farvi effettivamente fronte»), ad una strategia di *loss spreading*, «diretta a diffondere orizzontalmente, e, quindi, in forma impersonale ed indeterminata, sull'intera collettività, le perdite economiche connesse alla commissione di torts». In questi termini, cfr. M. SERIO, *La responsabilità complessa. Verso uno statuto unitario della civil liability*, Palermo, 1988, 21 ss.

un tacco di un paio di calzature appena acquistate. Il difetto, per la Corte, non era prontamente rilevabile dal rivenditore convenuto, che non era destinatario di un obbligo di «ispezione dei prodotti per vizi occulti».

ciente³⁰. Dopo che il danneggiato sia stato risarcito, non sussistono, infatti, ostacoli a che la responsabilità resti o risalga su uno di essi soltanto e, dunque, che gli attori della filiera distributiva agiscano in regresso nei confronti del fabbricante. L'unico limite potrebbe essere quello derivante dalla circostanza che, nella pluralità di anelli di cui si compone la catena manifatturiera-commerciale, il fabbricante non sia individuabile. La difficoltà pratica di individuare il produttore nei cui confronti il rivenditore finale che ha risarcito il danno può esercitare il regresso non appare però ragione sufficiente per allocare il costo del danno sul consumatore finale del tutto alieno alle dinamiche del mercato e alle tecniche di produzione di massa. L'estensione della legittimazione passiva è stata stabilita, infatti, a vantaggio del danneggiato: in questa logica, ogni anello della catena di produzione e di distribuzione, responsabile in solido nei confronti del consumatore danneggiato, può aggiustare nei rapporti interni il costo del danno.

3. La responsabilità oggettiva oltre la filiera produttiva-distributiva diretta: lo *stream of commerce approach* e il *dominant purpose approach*.

Le ampie premesse generali su cui si muove la Suprema Corte nel decidere il caso *Vandermark v. Ford Motor Co.* pongono inevitabilmente le basi per i futuri svolgimenti giurisprudenziali, orientando le Corti californiane verso il coinvolgimento di ogni segmento della catena diretta di distribuzione del bene di consumo rivelatosi difettoso. Provando a formulare una sintesi di questi risultati può dirsi, in via di prima approssimazione, che, applicando queste coordinate, il *case law* ha esteso la responsabilità oggettiva da prodotto difettoso a depositari e locatori³¹ ed a grossisti e distributori³².

Il ragionamento sottostante all'ampliamento, dal punto di vista del legittimato passivo all'azione di risarcimento del danno nei casi appena citati, è stato incentrato, infatti, sulle *policy considerations* enunciate nei *leading cases* dei primissimi anni '60, consistenti nello spostare il costo del *tort* dal soggetto direttamente destinatario di esso ad altro che, per le sue maggiori risorse economiche, fosse apparso idoneo a farvi effettivamente fronte, nel contribuire a migliorare la sicurezza del prodotto e nel provvedere ad una corretta ed efficiente distribuzione del

costo del danno tra i diversi attori della filiera produttiva-distributiva³³.

Una conferma delle ragioni di *policy* che hanno portato all'ampliamento delle fasce dei soggetti su cui far ricadere i costi del danno si rinviene in quei precedenti di segno negativo, in cui le Corti californiane hanno rigettato la richiesta del danneggiato di estendere la responsabilità oggettiva ai proprietari di hotel³⁴, ai venditori di prodotti usati³⁵ ed alle case d'asta³⁶.

In queste fattispecie, infatti, il rapporto tra tali ultimi soggetti ed il fabbricante del bene difettoso è stato giudicato pressoché inconsistente e, comunque, troppo occasionale per poter concretamente influire sul processo di produzione del bene: anche se tecnicamente proprietari di hotel, venditori di prodotti di seconda mano e case d'asta potrebbero essere visti come un anello della catena che avvia il prodotto al mercato dei consumatori, al pari di questi ultimi, tali soggetti non avrebbero avuto alcuna possibilità di influire sulla sicurezza del prodotto, così venendo meno almeno uno degli obiettivi di *policy* prima passati in rassegna.

Vi è ancora almeno un altro passaggio fondamentale cui occorre prestare attenzione nel descrivere l'evoluzione della responsabilità da danno da prodotto difettoso con riguardo all'estensione del novero dei soggetti convenibili in giudizio per il ristoro del danno a titolo di responsabilità oggettiva.

Quanto finora esposto potrebbe, infatti, far pensare che la responsabilità da prodotto difettoso si sia comunque arrestata, nella sua evoluzione giurisprudenziale, agli attori della filiera diretta di distribuzione del bene di consumo.

Basandosi sulle stesse giustificazioni di *policy* prima riportate, le Corti californiane hanno, invece, ben presto riconosciuto la responsabilità di altri soggetti che, pur collocandosi al di fuori della catena verticale di distribuzione di un prodotto, abbiano svolto un ruolo complementare e strumentale all'immissione in circolazione di un prodotto insicuro e ne abbiano tratto un profitto.

³³ La necessità dell'accertamento, nelle singole fattispecie, della ricorrenza congiunta di queste *policy considerations* è costantemente riaffermata nel *case law* successivo. Cfr., ad esempio, *Bay Summit Community Assn. v. Shell Oil Co.*, (1996) 51 Cal. App. 4th 762; *Arriaga v. CitiCapital Commercial Corp.* (2008) 167 Cal.App.4th 1527, 1535.

³⁴ Cfr. *Peterson v. Superior Court* (1995) 10 Cal.4th 1185.

³⁵ Cfr. *Wilkinson v. Hicks* (1981) 126 Cal.App.3d 515. Per un approfondimento dottrinario sul punto, cfr. I. RAMON, *Torts - Products Liability - Strict Liability Is Imposed on the Seller of a Defective Used Product*, in 8 St. Mary's L.J., 1976, 196.

³⁶ Cfr. *Tauber-Arons Auctioneers Co. v. Superior Court* (1980) 101 Cal.App.3d 268.

³⁰ *Vandermark v. Ford Motor Co.*, cit., 262 e 263.

³¹ Cfr. *Price v. Shell Oil Co.* (1970) 2 Cal.3d 245, 248.

³² Cfr. *Barth v. B. F. Goodrich Tire Co.* (1968) 265 Cal.App.2d 228, 252-253; *Canifax v. Hercules Powder Co.* (1965) 237 Cal.App.2d 44, 52.



Il *leading case* è la sentenza resa in *Kasel v. Remington Arms Co*³⁷, in cui è stato ritenuto responsabile a titolo di *strict liability* non solo il produttore di munizioni per fucili da caccia che, a causa di una eccessiva concentrazione di polvere da sparo all'interno di un bossolo, aveva provocato l'esplosione di un fucile nelle mani del cacciatore, ma anche l'impresa che aveva autorizzato il produttore, dietro concessione dei diritti di brevetto, a produrre quelle munizioni, fornendo alla prima personale qualificato e *know-how* per la relativa fabbricazione e riservandosi il diritto di effettuare controlli a campione sulle munizioni: da tali ultimi elementi, la Court of Appeal della California ne ha tratto l'impressione di un coinvolgimento significativo nel processo produttivo-distributivo tale da meritare l'estensione delle regole della responsabilità senza colpa.

I principi abbozzati nel 1972 in *Kasel v. Remington Arms Co* hanno, poi, trovato consacrazione in tempi più recenti nella sentenza resa dalla Court of Appeal della California nel caso *Bay Summit Community Assn. v. Shell Oil Co.*³⁸, in cui sono stati enunciati tre criteri fondamentali la cui ricorrenza deve essere accertata congiuntamente per determinare se tale rapporto o collegamento con il produttore sussista, oltre che per quelle attività commerciali che svolgono, ai diversi livelli del processo di distribuzione, la commercializzazione di quel bene (e per le quali è, per così dire, presunta l'applicabilità delle regole di responsabilità oggettiva), anche nei casi in cui il convenuto ricada al di fuori della catena verticale di distribuzione del prodotto.

In *Bay Summit Community Assn. v. Shell Oil Co.*, la Court of Appeal ha, infatti, elaborato un test (definito come *stream of commerce approach*) in base al quale il danneggiato che conviene in giudizio a titolo di *strict liability* un soggetto che si colloca al di fuori della catena verticale di distribuzione del prodotto difettoso è tenuto a dimostrare che il convenuto: 1) abbia ricevuto un beneficio economico diretto dalla vendita del prodotto; 2) abbia svolto un ruolo centrale nel portare il prodotto al cliente-consumatore; 3) abbia avuto la possibilità di influenzare la produzione o la distribuzione del prodotto in questione.

Attraverso lo *stream of commerce approach*³⁹, l'attenzione nel valutare la meritevolezza della estensione della legittimazione passiva all'azione

per responsabilità oggettiva è, pertanto, tutta rivolta all'accertamento dell'effettivo collegamento sussistente tra le attività poste in essere dal convenuto nella catena di commercializzazione ed il prodotto difettoso. Viene meno ogni metodo argomentativo di tipo formalistico, incentrato su dati nominalistici ("distributore", "grossista", "rivenditore") e la riflessione si appunta sul ruolo concretamente assunto nella messa in circolazione del bene insicuro.

In questa logica, in *Bay Summit Community Assn. v. Shell Oil Co.*, la Court of Appeal ha affermato che il semplice fatto che un soggetto "promuova", "approvi" o "pubblicizzi" un prodotto non lo rende per ciò solo strettamente responsabile per un difetto del prodotto: sarebbe improbabile che tale convenuto possa influire in modo significativo sulla sicurezza del prodotto o che possa effettivamente distribuire i costi in maniera efficiente. Le cose sono destinate, però, a cambiare, allorché il convenuto - come nella fattispecie esaminata, relativa alla responsabilità di un produttore di resina (immune da difetti), adoperata come materia prima per la fabbricazione da parte di terzi di una particolare tipologia di tubature idrauliche (difettose) - abbia agevolato in maniera capillare la penetrazione di quel prodotto nel mercato, assistendo i relativi produttori ad elaborare strategie di marketing, presentando informazioni a enti governativi (come le competenti autorità per l'edilizia abitativa), contattando associazioni di costruttori edili, organizzando seminari di formazione per ispettori idraulici, etc.

Alla stregua di queste premesse, la responsabilità oggettiva può sorgere anche se il convenuto non sia mai entrato in possesso del prodotto difettoso o se questi non abbia mai potuto effettuare alcun controllo sul modo in cui il prodotto è stato progettato o fabbricato.

L'estensione della responsabilità per danno da prodotti non è, tuttavia, illimitata.

Per quanto direttamente rileva ai nostri fini, merita di essere ricordata quella giurisprudenza che ha preso in considerazione la possibilità di estendere la responsabilità da prodotto difettoso anche a coloro la cui attività abbia ad oggetto la mera fornitura di un servizio.

Sul punto, sembra valere una *exclusionary rule*⁴⁰. Così ad esempio, in *Pierson v. Sharp Memorial Hospital, Inc.*⁴¹ il regime di responsabilità oggettiva

³⁷ *Kasel v. Remington Arms Co.* (1972) 24 Cal. App. 3d 711, 724.

³⁸ *Bay Summit Community Assn. v. Shell Oil Co.*, (1996) 51 Cal. App. 4th 762, cit.

³⁹ J. GEORGE, *In the Stream of Commerce: The Liability of Non-Manufacturers in Product Liability Actions*, in 13 *Cap. U. L. Rev.*, 1984, 405 e specialmente 411.

⁴⁰ La casistica è ampia. Cfr., a titolo meramente esemplificativo, *Hector v. Cedars-Sinai Medical Center* (1986) 180 Cal. App. 3d 493; *Shepard v. Alexian Brothers Hosp* (1973), 33 Cal. App. 3d 606; *Silverhart v. Mount Zion Hospital* (1971), 20 Cal. App. 3d 1022; *Carmichael v. Reitz* (1971), 17 Cal. App. 3d 958.

⁴¹ *Pierson v. Sharp Memorial Hospital, Inc.*, 216 Cal.App.3d 340, 344 (1989), in cui si legge che «our conclusion Sharp may not be held strictly liable in tort is consistent with case law

da danno da prodotto difettoso è stato ritenuto inapplicabile ad un ospedale, in quanto fornitore di servizi medici professionali, per le lesioni fisiche subite dalla moglie di un paziente a causa della caduta provocata da un difetto della moquette posata nella stanza di degenza del marito⁴².

Sebbene sia generalmente riconosciuto che la responsabilità oggettiva da danno da prodotto sia inapplicabile ai prestatori di servizi, dubbi interpretativi sono sorti in alcune situazioni “intermedie” o “ibride”, in quelle evenienze, cioè, in cui il convenuto abbia svolto un’attività che non è descrivibile entro la secca divisione tra fornitura di un prodotto e somministrazione di un servizio⁴³. In queste ipotesi, la giurisprudenza, per procedere alla qualificazione dell’attività svolta, ha elaborato un test incentrato sull’accertamento della funzione prevalente dell’impresa (*dominant purpose approach*).

Al riguardo, ad esempio, la Corte Suprema della California in *Murphy v. E.R. Squibb & Sons*⁴⁴ è stata chiamata a decidere se il ruolo svolto dal farmacista, con riferimento alla vendita di medicine da somministrarsi dietro prescrizione medica, fosse maggiormente prossimo a quello di un rivenditore o a quello di un fornitore di servizi. Nel rispondere all’interrogativo, la Corte di vertice ha posto in luce come il farmacista sia chiaramente impegnato in una “attività ibrida”, che combina la vendita di medicinali soggetti a prescrizione medica con la prestazione di un servizio professionale. La differenza fondamentale tra un farmacista e un normale rivenditore risiederebbe, però, nella circostanza che solo il primo e non qualsiasi rivenditore è autorizzato per legge a dispensare farmaci soggetti a prescrizione medica⁴⁵: solo il farmacista, cioè, presta un servizio sanitario dinamico orientato al paziente che applica un corpo scientifico di conoscenze per migliorare e promuovere la salute del paziente mediante un uso appropriato dei medicinali e una terapia ad essi correlata⁴⁶. Sulla base di questo argomentare, la transazione tra il farmacista e il danneggiato è stata considerata un servizio, impedendo che il professionista potesse rispondere oggettivamente per i difetti del

farmaco causativi di danno all’integrità fisica del secondo.

Successivamente, le Corti sono state chiamate ad applicare il *dominant purpose approach* in contesti più complicati, riguardanti attività “miste”, in cui la parte relativa alla prestazione del servizio non era resa - a differenza che in *Murphy v. E.R. Squibb & Sons* - da professionisti abilitati.

Così, ad esempio, in *Garcia v. Halsett*⁴⁷ il proprietario di una lavanderia a gettoni self-service è stato ritenuto oggettivamente responsabile per le lesioni all’integrità fisica causate al cliente-utilizzatore di una lavatrice difettosa. Sebbene il convenuto non fosse parte della catena di distribuzione delle lavatrici, la Court of Appeal ha ritenuto decisiva la circostanza che, analogamente ad un produttore o ad un rivenditore, il prestatore del servizio avesse reso la lavatrice immediatamente disponibile all’uso dei consumatori. Il fatto di aver messo a disposizione dei consumatori la lavatrice difettosa, apparve alla Corte come il fattore predominante nella prestazione del servizio. La conclusione è, infatti, che il convenuto aveva svolto «un ruolo tutt’affatto che marginale o secondario nella complessiva attività di commercializzazione del prodotto in questione⁴⁸».

In un caso successivo - *Ferrari v. Grand Canyon Dories*⁴⁹ - sulla base del criterio della prevalenza, la Court of Appeal pervenne, invece, a conclusioni opposte: l’attore era stato ferito, mentre partecipava ad un’escursione in rafting sul fiume Colorado, a causa della difettosità del gommone utilizzato da una associazione sportiva. Convenuta in giudizio a titolo di responsabilità oggettiva, l’associazione sportiva è stata ritenuta esente da responsabilità, in quanto non aveva agito da semplice locatrice del gommone, ma da prestatore di un servizio complesso, consistente nell’organizzare l’escursione, nel fornire l’attrezzatura necessaria, nel predisporre la formazione volta ad assicurare la sicurezza nell’affrontare la discesa tra le rapide del fiume. Il precedente non va inteso come un segno di discontinuità rispetto al passato: nel distinguere la fattispecie analizzata dal caso *Garcia v. Halsett*, la Corte ha, infatti, giudicato che il convenuto fosse qualificabile come il fornitore di un servizio in cui l’uso della zattera rappresentava solo una prestazione accessoria rispetto ai più ampi servizi forniti al consumatore⁵⁰.

characterizing hospitals as providers of professional medical services rather than producers or marketers of products».

⁴² Il tema della inapplicabilità della responsabilità oggettiva da prodotto difettoso ai fornitori di servizi sanitari è approfondito in letteratura da D. P. O’HARA, *Strict Liability - The Medical Service Immunity and Blood Transfusions in California*, in 7 *U.C.D. L. Rev.*, 1974, 196 ss.

⁴³ Sul tema, cfr. J. ROPER, *Strict Liability in Hybrid Cases*, in 32 *Stan. L. Rev.*, 1980, 391 ss.

⁴⁴ *Murphy v. E.R. Squibb & Sons*, 40 Cal.3d 672 (1985).

⁴⁵ Id. 678.

⁴⁶ Id. 679, ove si argomenta nel senso che il farmacista «fornisce un servizio al medico e agisce come un’estensione del medico nello stesso senso di un tecnico che esegue una radiografia o analizza un campione di sangue su ordine del medico».

⁴⁷ *Garcia v. Halsett*, 3 Cal.App.3d 319 (1970).

⁴⁸ Id. 326.

⁴⁹ *Ferrari v. Grand Canyon Dories*, 32 Cal.App.4th 248 (1995).

⁵⁰ Id. 259.



Più di recente, in *Ontiveros v. 24 Hour Fitness USA, Inc.*⁵¹, la Court of Appeal, applicando gli stessi principi, ha estromesso dal processo, con sentenza sommaria, il centro fitness convenuto a titolo di *strict liability* per le lesioni subite da un cliente durante gli allenamenti effettuati con un attrezzo rivelatosi difettoso. La Corte, nel disattendere la pretesa dell'attore, ha ritenuto che il fine principale del contratto tra il danneggiato e la palestra fosse la fornitura, non di un prodotto (l'attrezzatura per gli allenamenti), ma di servizi diversificati nel settore delle pratiche ginniche: accedendo alla palestra, infatti, l'attore aveva a disposizione un ventaglio di attività guidate molto ampio, era autorizzato all'uso delle attrezzature per le discipline motorie più varie, si poteva avvalere di personale preposto all'educazione fisica, poteva monitorare il proprio benessere psico-fisico, servendosi di appositi servizi.

Se si prova, adesso, a tirare un consuntivo dell'opera giurisprudenziale fin qui presa in considerazione, è agevole trarre l'impressione che le Corti californiane abbiano saputo abilmente governare il tema della responsabilità da prodotto difettoso, quale sintesi di una sequenza di eventi, determinativi di danno nei confronti dell'utente-consumatore, svolgentisi nel corso di una catena produttiva-distributiva dalle maglie sempre più larghe. La *strict liability*, chiamata a governare la materia del danno da prodotto difettoso a partire dalla seconda metà del secolo scorso, è stata, infatti, applicata accollando il complessivo onere economico su tutti gli attori della catena produttiva-distributiva, in via solidale ed a prescindere da etichette formali, quali "produttore", "distributore", "rivenditore". Resta, dunque, da considerare nei prossimi paragrafi, quale sia l'atteggiamento odierno del *case law* al cospetto dell'economia di piattaforma.

4. Amazon e la trasformazione della filiera distributiva: dalla segmentazione del mercato tipica della civiltà industriale alla "re-intermediazione" della civiltà digitale.

La rivoluzione digitale è stata accompagnata dall'illusione della "disintermediazione"⁵². Questa

idea si è manifestata nei settori più disparati. Nel campo della circolazione delle informazioni, ad esempio: invece di fare affidamento sui tradizionali "guardiani" dei contenuti (come gli editori televisivi o della carta stampata), la narrazione più frequente è che la rete ci permette di avere informazioni di prima mano o di produrle in autonomia. Una novità che è stata spesso presentata come un processo di "democratizzazione" dei meccanismi di produzione dell'informazione, in cui ognuno è incluso e a tutti sono concessi spazi per esprimersi⁵³. La disintermediazione si può avere, poi, nell'ambito della distribuzione dei beni di consumo. Nella narrazione corrente, infatti, Internet consente di commercializzare prodotti e servizi attraverso canali diretti: dai produttori (o fornitori di servizi) ai consumatori, senza che si frappongano, tra i due lati del mercato, agenti intermedi. Grazie alle nuove tecnologie digitali, infatti, i produttori possono raggiungere immediatamente il consumatore, attraverso la realizzazione di un proprio negozio elettronico o l'ausilio di piattaforme digitali che dovrebbero agire da operatori tecnici e, dunque, come soggetti neutrali e passivi rispetto ai beni avviati al mercato.

La trasformazione che così abbiamo sommariamente illustrata è stata definita, in ambienti economici e tecnologici, come "capitalismo senza frizioni" ("*friction-free capitalism*"⁵⁴). In questa nuova dinamica del mercato, oltre al produttore ne guadagnerebbe anche il consumatore: un capitalismo "disintermediato" consentirebbe, invero, un abbassamento dei prezzi (all'aumentare del numero dei soggetti coinvolti, di norma, aumentano i costi di acquisto); la possibilità, poi, di raggiungere per via elettronica anche il produttore più remoto permetterebbe al consumatore un vantaggio ulteriore in termini di maggiore scelta nelle decisioni di consumo.

Ad osservare le cose con più attenzione, ci si rende conto, però, che ciò che in realtà è accaduto,

Jones, Sage, 2002, 150 ss.; R. GELLMAN, *Disintermediation and the Internet*, in 13 *Government Information Quarterly*, 1996, 1 ss.; A.M. CHIRCU, R.J. KAUFFMAN, *Strategies for Internet Middlemen in the Intermediation/Disintermediation/Reintermediation Cycle*, Electronic Markets, 1999, 109 ss. Più di recente, cfr. P. FABIANO, S. GORGONI, *Disintermediazione e nuovi media. Come cambia la comunicazione*, Roma, 2017, 1 ss.

⁵³ Cfr. M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008, 4, nonché N. NEGROPONTE, *Being digital*, New York, 1995, *Essere digitali*, trad. it. di F. FILIPPAZZI e G. FILIPPAZZI, Milano, 1995, 239.

⁵⁴ A. L. SHAPIRO, *Digital Middlemen and the Architecture of Electronic Commerce*, in 24 *Ohio N.U. L. Rev.*, 1998, 795, specialmente 795 e 800; D. E. BAMBAUER, *Middlemen*, in 64 *Fla. L. Rev. Forum*, 2012, 64, specialmente nota 4; B. GATES, *The Road Ahead*, New York, Viking Press, 1996, 180.

⁵¹ *Ontiveros v. 24 Hour Fitness USA, Inc.*, 169 Cal.App.4th 424 (2008).

⁵² Sul punto, cfr. J. LITMAN, *Sharing and Stealing*, in 27 *Harv. Comm. & Ent. L.J.*, 2004, 7; J. M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in 127 *Harv. Law. Rev.*, 2014, 2304. Più in generale sui processi di "disintermediazione" raggiunti tramite Internet, cfr. G. SMORTO, *I contratti della sharing economy*, in *Foro it.*, 2015, V, 221 ss.; R.A. LIND, *Disintermediation*, in *Encyclopedia of New Media: An Essential Reference to Communication and Technology*, a cura di S.



nella circolazione delle informazioni⁵⁵ ed in quella dei beni di consumo⁵⁶, è stata una ben più modesta sostituzione di una infrastruttura ad un'altra: non a caso, nella letteratura giuridica, già da tempo, si parla non più di “disintermediazione”, ma di “reintermediazione”⁵⁷.

Alla segmentazione tipica dei mercati tradizionali si è, invece, affiancato un inedito modello distributivo, proprio dell'era digitale. Ben poco, infatti, l'utente della rete (professionista o consumatore che sia) può fare senza avvalersi dei servizi di intermediazione forniti a qualsiasi livello della struttura tecnica della rete. Tutte le comunicazioni in rete - incluse quelle volte ad avviare un qualsiasi bene al mercato - sono, infatti, facilitate da uno o più operatori delle tecnologie informatiche e di telecomunicazione che presiedono al funzionamento dei mercati digitali: fornitori di accesso alla rete, motori di ricerca, siti di *e-commerce*, sistemi di pagamento, etc.

Nell'appurare quali debbano essere le responsabilità dei colossi dell'*e-commerce* nel contesto del danno da prodotto difettoso occorre, pertanto, preliminarmente interrogarsi sul valore aggiunto apportato al mercato rispettivamente dalla filiera distributiva tradizionale e da quella dell'economia di piattaforma, che ha scompaginato gli equilibri tipici della prima⁵⁸.

⁵⁵ È sintomatico il fatto che gli intermediari della rete siano stati definiti nel 2017 dalla Commissione europea come «guardiani dei contenuti», controllori, cioè, delle informazioni che meritano di circolare sulle reti digitali e di quelle che, invece, vanno da esse escluse. In questi termini, cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – *Lotta ai contenuti illeciti online – Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, 28 settembre 2017, COM (2017) 555 final, specialmente 21. Si è, dunque, venuta a determinare la singolare situazione per cui gli stessi soggetti che si sono trovati a gestire gli strumenti tecnologici che rendono possibile la più ampia partecipazione all'accesso ed alla diffusione dell'informazione sugli spazi digitali sono allo stesso tempo coloro i quali sovrintendono al flusso dei contenuti che possono transitare sulla rete, in quanto presiedono alla loro rimozione, selezione ed organizzazione.

⁵⁶ Il punto è ora messo in rilievo da D. E. BAMBAUER, *op. cit.*, 64.

⁵⁷ Cfr. A. L. SHAPIRO, *op. cit.*, 798; J. D. LIPTON, *Law of the Intermediated Information Exchange*, in 64 *Fla. L. Rev.*, 2012, 1337, ove si afferma che «*Nothing happens online that does not involve one or more intermediaries - the service providers who facilitate all digital commerce and communication by providing the hardware and software through which all interactions take place*».

⁵⁸ L'economia di piattaforma è, infatti, spesso definita “destrutturante” (“*disruptive*”). Cfr., ad esempio, in dottrina, K.A. BAMBERGER, O. LOBEL, *Platform Market Power*, in 32 *Berkeley Tech. L.J.*, 2017, 1051, specialmente 1053; L. M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, in 119 *Colum. L. Rev.*, 2019, 973, R. CALO, A. ROSENBLAT, *The Taking Economy: Ub-*

Conviene, dunque, incentrare le riflessioni che seguono sui servizi dal valore aggiunto resi dalla catena di distribuzione tradizionale (detta anche canale di distribuzione lungo), incentrata sul distributore (che estende la penetrazione commerciale di un dato prodotto e ne gestisce la logistica), sul grossista (che vende il prodotto in stock, ma a prezzi più ridotti) e sul rivenditore al dettaglio (che vende il prodotto in quantità più piccole al consumatore finale).

L'apporto essenziale dato dalla filiera distributiva nei mercati tradizionali è quello di interconnettere in maniera efficiente produttori e consumatori⁵⁹. Nei mercati tradizionali il canale di distribuzione facilita il coordinamento di domanda ed offerta agendo su più fronti: riducendo, ad esempio, i costi transattivi (si pensi all'abbattimento dei costi di ricerca⁶⁰ o alla riduzione delle asimmetrie informative⁶¹), immettendo liquidità nel sistema⁶², assicurando la continuità e la regolarità degli approvvigionamenti⁶³, spingendo i produttori ad investire in

er, Information, and Power, in 117 *Colum. L. Rev.*, 2017, 1623, specialmente 1625.

⁵⁹ A. RUBINSTEIN, A. WOLINSKY, *Middlemen*, in 102 *Quarterly Journal of Economics*, 1987, 581 ss.; CHUNG-YI TSE, *The Spatial origin of commerce*, in 52 *International Economic Review*, 2011, 349 ss. Giova porre in luce come sottili analisi economiche abbiano dimostrato l'esistenza di una significativa probabilità di insuccesso degli scambi quando sono possibili solo scambi diretti: cfr. M. R. BAYE, T. F. COSIMANO, *Choosing sides in matching games: Nash equilibria and comparative statics*, in 57 *Economica*, 1990, 283 ss.

⁶⁰ Il rivenditore – a differenza del fabbricante di un dato bene – ha la possibilità, grazie all'integrazione con altre offerte, di offrire al consumatore la possibilità di ridurre l'arco di tempo necessario a rifornirsi di beni di consumo: il rivenditore di prossimità consentirà, infatti, al consumatore l'accesso ad un'ampia gamma di prodotti complementari e a grandi assortimenti.

⁶¹ Le caratteristiche peculiari e la qualità dei singoli prodotti immessi in mercato sono spesso difficili da osservare per i singoli consumatori. Al contrario, gli intermediari che fanno scorta dei prodotti hanno maggiori possibilità di distinguere i beni di qualità superiore da quelli di qualità inferiore. Sul punto, cfr. D. F. SPULBER, *Market Microstructure and Intermediation*, in 10 *Journal of Economic Perspectives*, 1996, 135 ss., specialmente 147. Acquirenti e produttori posseggono informazioni asimmetriche. I produttori non conoscono le caratteristiche del cliente e gli acquirenti sono incerti sulle caratteristiche del prodotto. Gli intermediari possono contribuire, dunque, a colmare queste lacune, raccogliendo e fornendo informazioni ai due versanti del mercato: i rivenditori descrivono le caratteristiche del prodotto ai propri clienti; i grossisti riferiscono ai loro fornitori circa la domanda del mercato e le richieste dei clienti. Le transazioni che si realizzano per mezzo degli intermediari possono produrre rendimenti di scala dalla produzione e dalla distribuzione di queste informazioni, consentendo la conclusione di nuovi contratti che altrimenti andrebbero persi a causa della sussistenza di asimmetrie informative.

⁶² Sul punto, cfr. D. F. SPULBER, *op. cit.*, specialmente 143.

⁶³ Indipendentemente dagli intervalli di arresto della produzione. Sul punto, cfr. R. CLOWER, A. LEIJONHUFVUD, *The Coordination of Economic Activities: A Keynesian Perspective*, in 65 *American Economic Review*, 1975, 182 ss.

qualità ed a crearsi una reputazione commerciale elevata⁶⁴.

Quest'ultimo aspetto, ai nostri fini, appare meritevole di una riflessione più approfondita. Ed infatti, l'intermediario (sia esso distributore, grossista o rivenditore al dettaglio), al pari - e forse in misura maggiore - del produttore, ha interesse a curare la propria reputazione, sulla base di calcoli razionali.

Il secondo potrebbe, infatti, abbandonare il mercato. In questa prospettiva, tutti gli agenti economici disseminati lungo la filiera di distribuzione e commercializzazione, per restare nel mercato, si adopereranno per reperire altri fornitori. A tal fine, necessiteranno, però, in un processo circolare, di una buona reputazione⁶⁵. A propria volta, il godere di una buona reputazione presso gli altri attori del mercato (i consumatori e gli anelli immediatamente precedenti della catena distributiva) è un fattore imprescindibile per l'intermediario. Di norma, infatti, un venditore (al dettaglio o all'ingrosso) offre una gamma diversificata di prodotti, di guisa che i consumatori possono fare affidamento sulla fiducia che in esso ripongono, senza dover indagare circa la reputazione dei singoli beni avviati al mercato.

In questa logica, l'intermediario che vende un prodotto di bassa qualità va incontro ad un calo di reputazione, con il conseguente rischio di perdere a cascata la fiducia dei consumatori e dei propri partner commerciali relativamente all'intero catalogo dei beni distribuiti.

Da queste brevi riflessioni è agevole comprendere come la filiera lunga della distribuzione tradizionale inneschi, incentivata dai ritorni economici, un circolo virtuoso che sostiene la fiducia a vantaggio di tutti gli attori del mercato (ivi incluso il consumatore) all'interno di un circuito di operazioni ripetute⁶⁶.

Anche il successo degli intermediari digitali è da rapportare al valore aggiunto che essi sanno apportare alla distribuzione dei beni di consumo. Le piattaforme di *e-commerce*, ad esempio, creano nuovo valore in quanto, elaborando le preferenze dei pro-

pri utenti-consumatori ed i loro comportamenti online, abbattano i costi di ricerca, giacché conoscono meglio di qualunque altro attore del mercato le loro esigenze e sono in grado di suggerire le scelte più confacenti ai loro gusti.

Esse riescono, inoltre, ad alleviare i problemi legati all'assenza di fiducia tipici degli acquisti a distanza. Nell'economia di piattaforma, infatti, gli intermediari digitali creano degli strumenti di verifica preventiva della reputazione, in modo da stabilire la credibilità del singolo agente economico e contenerne i rischi di inadempimento: offrono, così, meccanismi di monitoraggio diffuso della soddisfazione dei clienti attraverso il coinvolgimento della comunità degli utenti-consumatori⁶⁷, arbitrano eventuali momenti di conflitto tra le parti della transazione, assicurano agevoli politiche di reso dei prodotti che non abbiano soddisfatto le aspettative degli acquirenti.

Tali soluzioni, però, spesso si rivelano insufficienti nel tutelare il consumatore: ed infatti, nonostante questi meccanismi diretti ad incentivare la fiducia e la fidelizzazione di quest'ultimo, con l'avvento delle grandi piattaforme di *e-commerce* - aperte a una massa indefinita di venditori - si è assistito ad una disseminazione massiva di contraffazioni, di imitazioni e, più in generale, di merci di bassissima qualità. Imitazioni e contraffazioni sono sempre esistite. La rivoluzione digitale e l'economia di piattaforma hanno, però, esasperato il problema. Ed invero, nei negozi fisici (dai grandi ai piccoli commercianti di prossimità) e più in generale nella filiera distributiva tradizionale un prodotto contraffatto o un'imitazione andrebbe incontro a maggiori difficoltà. Questi prodotti difficilmente comparirebbero negli scaffali di un'attività commerciale che tenga alla propria reputazione: è nell'interesse del rivenditore - ed a propria volta (risalendo indietro lungo la catena della distribuzione) del grossista e

⁶⁴ A. MASTERS, *Middlemen in Search Equilibrium*, in *International Economic Review*, 2007, 48. Sul punto, cfr. D. F. SPULBER, *op. cit.*, 137, il quale enfatizza il ruolo svolto dagli intermediari (venditori al dettaglio e grossisti) nel garantire la qualità dei beni intermediati.

⁶⁵ A. RUBINSTEIN, A. WOLINSKY, *op. cit.*, 583.

⁶⁶ Come osservato in dottrina (cfr. G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2016, 199 ss.), un circuito di operazioni ripetute lungo la filiera di distribuzione e commercializzazione sostiene la fiducia, dato che nei sistemi sociali in cui i partecipanti si incontrano ripetutamente venire meno agli accordi diventa più complicato: «la ripetizione comporta incentivi al rispetto degli impegni, favorendo la creazione di un quadro cognitivo comune entro il quale le parti agiscono - come si usa dire con espressione di successo - "all'ombra del futuro"».

⁶⁷ Si tratta di strumenti di peer reviewing o peer monitoring, basati sui giudizi degli utenti della piattaforma che abbiano condiviso la propria, personale, esperienza di consumo, attraverso una valutazione o una recensione di beni o servizi acquistati. Cfr. L. YOU, R. SIKORA, *Performance of Online Reputation Mechanisms under the Influence of Different Types of Biases*, in *12 Information Systems and e-Business Management*, 2014, 418, ove si osserva che «Online opinion and consumer-review sites have dramatically changed the way consumers shop, enhancing or even supplanting traditional sources of consumer information such as advertising». Sui limiti delle informazioni che attingono alla c.d. «saggezza della folla», cfr. N. BLICKSTEIN SHCHORY, *Information Asymmetries in E-Commerce: The Challenge of Credence Qualities*, in *20 J. High Tech. L.*, 2020, 1. Sul sovraccarico di informazioni di cui è destinatario il consumatore che si serva dell'esperienza dei propri «pari», cfr. D. VAN KNIPPENBERG, L. DAHLANDER, M. R. HAAS, G. GEORGE, *Information, Attention, and Decision Making*, in *58 Academy of Mgmt. J.*, 2015, 649 ss.



del distributore - controllare la bontà e la sicurezza dei beni proposti al consumo. Come prima detto, infatti, gli stretti legami all'interno della filiera di produzione e di commercializzazione e i dettami della razionalità economica favoriscono la creazione di un mercato in cui ciascun attore si può fidare dall'altro⁶⁸: comportarsi in modo corretto rappresenta, infatti, la strategia più conveniente, perché, almeno nel lungo periodo, la perdita di reputazione derivata dall'immissione nel mercato di un "bidone" provocherebbe danni maggiori rispetto ai vantaggi conseguiti; ed i danni si ripercuoterebbero lungo l'intera rete di produzione e commercializzazione.

Gli attori della filiera distributiva tradizionale agiscono, dunque, da "guardiani dei contenuti" e fungono da barriere all'ingresso di prodotti che non soddisfano le aspettative dei consumatori o la sicurezza che questi ultimi possono legittimamente attendersi.

Rispetto al passato, le cose sono mutate profondamente con il commercio elettronico e con le piattaforme digitali, in cui confluiscono quotidianamente migliaia di nuovi venditori che non sempre hanno interesse a rimanere nel mercato nel lungo (ed anche nel medio) periodo⁶⁹.

Si sono aperte, infatti, inedite e straordinarie possibilità per i venditori di "bidoni". Una massa indefinita di soggetti (che nell'economia di piattaforma - come si avrà modo di appurare a breve guardando alla casistica californiana - ha la possibilità di operare sotto pseudonimo) diffonde beni contraffatti, sfruttando come canale privilegiato di vendita i colossi dell'*e-commerce*, che - a propria volta - godono di un successo straordinario presso il pubblico dei consumatori e della loro fiducia⁷⁰: insinuandosi all'interno di enormi piazze virtuali, questi piccoli venditori hanno, dunque, accesso ad un ampliamento senza precedenti e senza limiti geografici

della base dei consumatori cui proporre il rispettivo inventario.

Una circostanza inconsueta, se confrontata con quanto accadeva prima della rivoluzione digitale, quando imitazioni e contraffazioni trovavano spazio per lo più nei vicoli più bui dei centri storici e nei mercatini delle pulci. La novità del problema, risiede, pertanto, nel fatto che *chiunque* può trovare spazio sulle grandi piattaforme di *e-commerce*, allestendo la propria vetrina.

Di questo complesso scenario, Amazon ci fornisce un esempio illuminante. Amazon, infatti, è un mercato digitale in cui la stessa piattaforma e soggetti terzi catalogano, per la vendita a distanza, i rispettivi prodotti.

La piattaforma digitale opera, dunque, alternativamente nelle vesti di venditore diretto di un dato bene o di intermediario che si frappone tra i due lati del mercato (alienante ed acquirente): nel primo caso, si identifica direttamente come venditore nella pagina web relativa alle specifiche del prodotto posto in vetrina; nel secondo caso, fornisce a soggetti terzi servizi elettronici per la vendita al consumatore.

Ed infatti, in quest'ultima evenienza, i venditori terzi stipulano con la piattaforma un contratto per la fornitura di un servizio alla cui stregua, dietro alla corresponsione di commissioni, Amazon offre una piazza virtuale ed una "vetrina online".

Il gigante dell'*e-commerce* fornisce servizi ulteriori, inscindibilmente legati alla prestazione del servizio principale: riscuote i pagamenti dai consumatori, gestisce le comunicazioni tra venditori e consumatori, arbitra eventuali conflitti (trattiene i pagamenti in caso di accertamento di eventuali controversie, reclami o resi da parte del consumatore).

Oltre ai servizi sopra elencati, Amazon propone ai venditori anche la possibilità di fruire di servizi aggiuntivi a contenuto materiale. Tra questi, i più richiesti sono i servizi di logistica, con cui si consente al venditore di esternalizzare il trasporto, lo stoccaggio, l'imballaggio e la spedizione al consumatore.

Si tratta di servizi dal valore aggiunto altissimo soprattutto per i venditori terzi che non abbiano una ramificazione territoriale.

In generale, l'attrattività dei servizi a contenuto materiale, per i venditori terzi, risiede nel fatto che la piattaforma dispone di una delle reti logistiche più avanzate al mondo, in grado di garantire tempi di consegna assai rapidi: un fattore fondamentale nelle strategie di marketing per raggiungere il consumatore.

Per i venditori più piccoli e per quelli estemporanei fruire dei servizi di stoccaggio e di distribu-

⁶⁸ Sul punto, cfr. G. SMORTO, *Reputazione*, cit., 199 ss. ove si osserva come nella rete di distribuzione che si è andata consolidando nel secolo scorso ogni agente economico abbia la necessità di fidarsi reciprocamente degli altri.

⁶⁹ In un mercato così veloce e fluido in cui il venditore non è chiamato a sopportare particolari investimenti (come quelli necessari per fa fronte ai tradizionali problemi logistici), spesso il venditore indipendente si improvvisa tale solo per gestire, entro un lasso di tempo limitatissimo, le opportunità di guadagno intercettate in un segmento particolare del mercato, prima che competitori più affidabili o più numerosi e attrezzati occupino quello spazio.

⁷⁰ Sul punto, cfr. G. SMORTO, *Danno da prodotto*, cit., 122, ove si osserva che «in molti casi la piattaforma appare all'acquirente come soggetto centrale dello scambio. Il fatto stesso che il prodotto sia venduto sulla piattaforma veicola un messaggio rivolto al consumatore che il bene è sicuro e commerciabile [...] con l'effetto in alcuni casi di ingenerare nel consumatore la percezione di acquistare direttamente dalla piattaforma o comunque di un suo ruolo di garanzia nello scambio».

zione a prezzi competitivi o in molti casi gratuiti⁷¹ ha un valore aggiunto ancora più grande: si tratta di un'opportunità irrinunciabile, che permette di azzerare la maggior parte dei problemi di magazzino (spazi inesistenti o insufficienti, mancanza di organizzazione della merce, errori nella relativa movimentazione, ritardi nelle spedizioni, etc.) e di abbattere i relativi costi.

Dalle modalità di funzionamento della piattaforma, ben si comprende, dunque, come chiunque in un mercato così veloce e fluido possa improvvisarsi venditore: è sufficiente, infatti, intercettare una nicchia di mercato con pochi competitori (vi sono siti-web dedicati, per prendere questo tipo di decisioni⁷²), i punti deboli della concorrenza nel segmento di mercato prescelto (verificare l'esistenza di una offerta di beni sulle piattaforme di e-commerce con cattive recensioni), approvvigionarsi all'ingrosso (magari da un gigante del commercio elettronico cinese, come Alibaba⁷³), acquistare un certo numero di recensioni positive nel tentativo di manipolare o alterare, anche solo per un periodo di tempo limitato⁷⁴, i sistemi reputazionali della piattaforma di e-commerce⁷⁵, inviare l'inventario ad uno dei magazzini di Amazon e affidarsi ai suoi servizi di logistica.

Si allestisce, così, un mercato di "bidoni", pericolosi per la salute del consumatore e per i suoi beni.

⁷¹ Cfr. la pagina web di Amazon dedicata ai nuovi partner di vendita: <https://sell.amazon.it/logistica-di-amazon/nuovo-programma-di-selezione>

⁷² Il sito web *Jungle Scout*, ad esempio, è spesso utilizzato per creare un'attività redditizia su Amazon: il sito aiuta a scoprire, attraverso la somministrazione di una serie di dati, quali prodotti sono maggiormente richiesti, quali parole chiave incrementano le loro vendite, come automatizzare l'inventario e le richieste di recensione, etc.

⁷³ Nel 2018, come riportato da M. GABANELLI sulle righe del *Corriere della Sera* del 22 gennaio 2018 (*Il mercato del falso online vale 1.700 miliardi l'anno: che impatto ha su ognuno di noi?*) Alibaba ha processato 832 milioni di ordini al giorno.

⁷⁴ Il venditore, infatti, potrebbe avere interesse, come riferito in una nota precedente, a stare sul mercato solo occasionalmente. Ecco allora che ha tutto l'interesse a manipolare l'informazione che passa sui canali digitali. Sulla manipolabilità dell'intermediario digitale, cfr. J. GRIMMELMANN, *The Virtues of Moderation*, in 17 *Yale Journal of Law & Technology*, 2015, 55; F. PASQUALE, *The Black Box Society, The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Londra, 2015, 60; J. URIST, *Who's Feeling Lucky? Skewed Incentives, Lack of Transparency, and Manipulation of Google Search Result Under the DMCA*, in 1 *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 2006, specialmente 220 ss.

⁷⁵ I social network sono pieni di gruppi in cui si realizza una vera e propria compravendita di recensioni. Sul punto, cfr. S. HE, B. HOLLENBECK, D. PROSERPIO, *The Market for Fake Reviews*, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3664992>

5. La sentenza resa dalla California Court of Appeal nel caso *Bolger v. Amazon.com* il 13 agosto 2020: la responsabilità di Amazon per i prodotti venduti da terzi e spediti dalla piattaforma.

Dalle considerazioni che precedono dovrebbe risultare chiaro come, dal punto di vista del diritto Californiano, non si pongano specifici problemi di tutela del danneggiato nel caso in cui la piattaforma agisca nelle vesti di venditore diretto. Su questo fronte, la disciplina californiana del danno da prodotto difettoso si applica senza problemi di sorta: ogni anello della catena di produzione e di distribuzione diretta è responsabile oggettivamente ed in solido nei confronti del consumatore danneggiato.

Amazon, però, può operare nel mercato secondo una logica diversa, che porta la piattaforma digitale ad allontanarsi dalle figure tradizionali della filiera distributiva per le quali la giurisprudenza, nella dinamica tipica del *case law*, ha affermato la soggezione all'obbligazione risarcitoria a favore del danneggiato: si tratta delle ipotesi, cioè, in cui la piattaforma di e-commerce metta a disposizione di venditori terzi servizi elettronici e servizi a contenuto materiale. È qui che si pone un bisogno di tutela emergente per il consumatore ed una analoga esigenza di ridefinizione delle regole.

Le due fattispecie prese in esame dalle Corti californiane in questo studio rispondono ad una fondamentale bipartizione, collegata al contenuto dei servizi prestati a beneficio del venditore terzo: nel caso *Bolger v. Amazon.com* la Court of Appeal ha preso in considerazione l'ipotesi in cui Amazon oltre a fornire al venditore servizi elettronici presta anche servizi di logistica; nel caso *Loomis v. Amazon.com LLC*, invece, la Court of Appeal affronta la questione della risarcibilità del danno da prodotto difettoso nell'ipotesi in cui i servizi prestati da Amazon non prevedono in nessuna fase il contatto di quest'ultima con lo specifico prodotto difettoso e vengono forniti esclusivamente per via elettronica (in assenza, quindi, di prestazioni accessorie a contenuto materiale).

È giunto il momento di esaminare, in questo e nel successivo paragrafo, le due pronunce della Court of Appeal.

Una dettagliata esposizione dei fatti di causa è di grande utilità per la comprensione dei conseguenti principi di diritto. In *Bolger v. Amazon* il consumatore aveva subito gravi ustioni a causa della esplosione della batteria sostitutiva del proprio computer portatile, acquistata pochi mesi prima sul sito di Amazon. La batteria era presentata sulla piattaforma come un oggetto venduto da "E-Life", un nome fittizio utilizzato su Amazon da un venditore tran-



sfrontaliero (Lenoge Technology). Al momento della transazione, Amazon ha addebitato il prezzo dell'acquisto al consumatore, ha prelevato la batteria direttamente da un proprio magazzino, l'ha confezionata con il proprio marchio e l'ha spedita al consumatore. Quest'ultimo citò in giudizio, a titolo di responsabilità oggettiva per le lesioni subite, tutti gli attori della filiera distributiva, tra cui il venditore Lenoge e la piattaforma digitale Amazon.

La piattaforma chiese di essere estromessa dal processo con *summary judgement*, sostenendo che la responsabilità oggettiva da prodotto difettoso non avrebbe potuto trovare applicazione nei confronti di un mero fornitore di servizi che non aveva distribuito, prodotto o venduto il bene in questione.

In primo grado⁷⁶ tali richieste trovarono accoglimento. Le motivazioni alla cui stregua la piattaforma digitale fu estromessa dal processo si incentrano su tre aspetti fondamentali: 1) la terzietà di Amazon rispetto alla vendita realizzata in autonomia da E-life; 2) la non indispensabilità della piattaforma nel creare un mercato al consumo per le batterie commercializzate da E-life; 3) l'assenza di controllo sul fabbricante e l'impossibilità, per Amazon, di influire sul processo di produzione delle batterie difettose.

Relativamente al primo punto, il giudice di primo grado ha ritenuto, sulla base della lettura del contratto di servizi intercorrente tra Amazon ed il venditore terzo, che E-life avesse determinato in completa autonomia cosa vendere, a che prezzo e come presentare il bene nella pagina dedicata della piattaforma. Sempre sulla scorta di questo approccio formalistico, la Corte ha osservato come i venditori terzi fossero contraenti indipendenti rispetto all'intermediario digitale e che il contratto di servizio intercorrente con quest'ultimo non creasse alcuna partnership o alcun rapporto di rappresentanza o distribuzione esclusiva tra intermediario e venditore. A tale stregua, Amazon non è stato considerato un distributore, ma solo un fornitore di servizi per la gestione di un mercato online.

A giudizio della Corte né il servizio di intermediazione né le prestazioni accessorie (quali quelle di immagazzinamento, di spedizione delle merci e di elaborazione dei pagamenti) avrebbero potuto dimostrare l'esistenza di una influenza decisiva dell'intermediario digitale sulla vendita della batterie per computer portatili.

Relativamente al secondo profilo, per il giudice di primo grado, Amazon non aveva creato una nuova offerta che non sarebbe esistita in assenza della

piattaforma: i consumatori, infatti, avrebbero potuto acquistare quelle stesse batterie indipendentemente dai servizi di intermediazione prestati dalla piattaforma, rivolgendosi ad altri rivenditori o distributori.

Con riferimento al terzo profilo, il giudice californiano ha chiarito come Amazon non avesse alcuna possibilità di incidere sulla produzione o sulle concrete modalità di distribuzione di *quel* bene a fini preventivi. Il controllo esercitato dalla piattaforma avrebbe potuto essere, infatti, solo reattivo e non proattivo: l'intermediario digitale, cioè, si sarebbe potuto limitare alla esclusione di un determinato prodotto dai propri spazi digitali solo per il futuro, nel caso in cui un danno si fosse già realizzato.

La conclusione è, dunque, che la piattaforma di *e-commerce* non è un *market player*, ma un mero intermediario di servizi che si pone all'esterno della rete di commercializzazione del prodotto difettoso e che, pertanto, non è chiamato a partecipare alla distribuzione delle responsabilità tra gli altri agenti del mercato.

Su ricorso del consumatore, la Court of Appeal della California ha ribaltato la pronuncia di prime cure ed ha ridefinito i ruoli e le responsabilità delle piattaforme di *e-commerce*, sostituendo all'approccio formalistico adottato dal primo giudice un taglio pragmatico-funzionale, volto a pervenire ad una comprensione globale e dettagliata del ruolo concretamente svolto dalla piattaforma nella transazione.

L'attenzione nella pronuncia della Court of Appeal è, infatti, tutta rivolta alle ragioni che in positivo avrebbero potuto militare per la piena equiparazione di Amazon agli altri agenti della filiera tipica dell'economia industriale⁷⁷.

L'argomentare della Corte si incentra, pertanto, su due elementi in grado di riattivare il circuito della responsabilità: il controllo che la piattaforma ha potuto esercitare con riferimento tanto al singolo bene venduto quanto alla transazione intercorrente tra venditore e consumatore e le ragioni di politica del diritto poste a giustificazione della *strict liability* per danno da prodotto difettoso.

Con riferimento al primo punto, la Corte ha imposto l'attenzione sulle scelte operate da Amazon sin dal momento della progettazione del suo sito e dei servizi di logistica concretamente offerti al venditore. In primo luogo, e decisamente, si mette in risalto come Amazon abbia agito da intermediario tra un fornitore a monte e il consumatore a valle esercitando un controllo "fisico" sul prodotto rivelatosi difettoso: Amazon ha evaso direttamente l'ordine del consumatore finale, è entrata in posses-

⁷⁶ Cfr. *Bolger v. Herocell Inc.*, Superior Court of San Diego County, No. 37-2017-00003009-CU-PL-CTL, deciso dal giudice R. Trapp il 7 febbraio 2019.

⁷⁷ *Bolger v. Amazon.com*, cit., 438.

so del bene difettoso, lo ha immagazzinato presso un proprio deposito, lo ha imballato e lo ha consegnato al consumatore⁷⁸. Già sulla base di queste prime considerazioni, per la Corte, la piattaforma ha assunto un ruolo fondamentale nella catena di distribuzione del prodotto.

Sono, poi, le circostanze peculiari della regolazione dei rapporti intercorrenti con il venditore del prodotto difettoso e con il consumatore finale che meritano, per la Corte, la massima considerazione per procedere all'espansione della cerchia dei soggetti responsabili in *tort* per il danno subito dal consumatore. Per la Court of Appeal, Amazon controlla, infatti, ogni aspetto della transazione dal versante sia del consumatore sia del venditore. Con riguardo al consumatore, la Corte osserva che «*Amazon 'owns' the customer*»: ed invero, la piattaforma attrae i consumatori sul proprio sito, proponendo offerte speciali e programmi in abbonamento («Amazon Prime») che permettono l'accesso a offerte esclusive e consegne celeri e gratuite; li vincola ad interagire direttamente con la piattaforma per effettuare l'ordine del prodotto e per pagare il prezzo di acquisto; ne gestisce le comunicazioni con il venditore sia nella fase che precede l'acquisto (nel caso in cui abbia una domanda da porre al venditore) sia in quella successiva (nel caso in cui sia sorto un problema).

Con riguardo al venditore, il ruolo di Amazon è ritenuto ancora più pervasivo. Il venditore che utilizza la logistica di Amazon - pone in rilievo la Corte - non ha un rapporto né diretto né indiretto con il consumatore: nella maggior parte dei casi, tra venditore e acquirente non intercorrono comunicazioni; il venditore apprende che una vendita è stata effettuata semplicemente da una notifica da parte della piattaforma; Amazon decide in autonomia se consentire o meno il completamento della transazione; le eventuali domande del consumatore rivolte al venditore sono anonimizzate e gestite attraverso un servizio di messaggistica approntato dalla piattaforma; è fatto divieto al venditore di comunicare altrimenti con il consumatore, di richiedere forme alternative di pagamento, di influenzare le decisioni di acquisto di quest'ultimo o di utilizzare le sue informazioni per scopi promozionali⁷⁹.

Un ulteriore dato si colloca come certamente fondamentale nel ragionamento della Corte⁸⁰: Amazon ha creato l'ambiente digitale (il sito web), integrando nella sua progettazione e nel suo sviluppo le funzionalità prima illustrate, che le permettono di controllare i due lati del mercato e la transazione in

ogni sua fase. Amazon, dunque, non è un semplice spettatore⁸¹ rispetto a ciò che accade all'interno del suo spazio digitale: se avesse preso decisioni diverse, diversi sarebbero stati i prodotti offerti nella piattaforma elettronica; se non fosse stato per le sue azioni e per le sue indicazioni concrete, il consumatore non sarebbe stato danneggiato⁸².

La Corte si è espressa, dunque, nel senso che, al di là del dato puramente nominalistico, «qualunque sia il termine da adoperare per descrivere il ruolo di Amazon - che si tratti di «rivenditore», «distributore» o semplicemente «facilitatore» - la piattaforma è stata fondamentale nel portare il prodotto al consumatore finale⁸³».

La constatazione appena fatta porta la Court of Appeal ad interrogarsi sulle ragioni di politica del diritto che giustificerebbero l'ulteriore espansione, dal punto di vista del legittimato passivo all'azione, dell'ambito della responsabilità da danno da prodotto.

L'approntamento di un rimedio adeguato passa, infatti, attraverso la verifica della sussistenza delle stesse premesse teorico-culturali che hanno determinato quella propensione giurisprudenziale, illustrata in apertura di questo studio, verso una crescita quantitativa e qualitativa dei legittimati passivi all'azione di risarcimento del danno.

Il ragionamento della Corte si focalizza, dunque, sul vaglio severo ed accurato delle ragioni di *policy* che potrebbero determinare la responsabilità della piattaforma nella fattispecie esaminata.

Innanzitutto, dunque, la necessità di prevenire che l'insolvenza di uno dei legittimati passivi all'azione o la sua mancata individuazione non si risolva a danno del consumatore. Problema, questo, particolarmente avvertito nelle vendite a distanza tramite piattaforme digitali, che consentono a produttori e rivenditori stranieri di penetrare il mercato statunitense. Da questo punto di vista, per la Corte, la fattispecie esaminata conferma l'importanza della estensione della responsabilità oggettiva alla piattaforma di *e-commerce*, che rappresentava l'unico convenuto domestico, il cui patrimonio fosse effettivamente aggredibile dal consumatore⁸⁴.

⁸¹ ID. 457, ove si legge testualmente che «*Amazon is no mere bystander to the vast digital and physical apparatus it designed and controls*».

⁸² ID. 457.

⁸³ ID. 438.

⁸⁴ ID. 453. I termini del problema sono così illustrati dalla Corte: «*First, Amazon, like conventional retailers, may be the only member of the distribution chain reasonably available to an injured plaintiff who purchases a product on its website. The Amazon website, and especially the FBA program, enables manufacturers and sellers who have little presence in the United States to sell products to customers here. In fact, the Amazon-designed features described above facilitate such a limited*

⁷⁸ ID. 452.

⁷⁹ ID. 442.

⁸⁰ ID. 452.

In secondo luogo, per la Court of Appeal, Amazon, «al pari dei convenzionali rivenditori, “può giocare un ruolo effettivo nell’assicurare che il prodotto sia sicuro o potrebbe, comunque, essere in grado di esercitare pressioni sul produttore a tale scopo». Ed a dimostrazione dell’assunto, la Corte evoca le azioni già intraprese, in autonomia, dalla piattaforma al fine di indurre produttori e venditori terzi a migliorare la sicurezza dei prodotti: Amazon ha “un processo solido e attivo” per monitorare, tracciare e registrare i reclami dei consumatori; ne esamina la fondatezza e decide se continuare a consentire la vendita di un prodotto sulla piattaforma; richiede ai venditori terzi di conformarsi alla normativa sulla sicurezza dei prodotti; ha la possibilità di chiedere prove documentali e certificazioni aggiuntive che attestino tale conformità. Amazon, inoltre, può, sospendere le vendite di determinati prodotti o impedire a un venditore terzo di operare sui propri canali.

Proprio come un rivenditore convenzionale - è la conclusione della Corte sul punto -, Amazon può agire, da argine all’ingresso nel mercato di prodotti insicuri (“gatekeeper”), così influenzando le scelte a monte nella produzione e distribuzione dei beni.

In terzo luogo, Amazon, come i rivenditori di prossimità, ha la capacità di adeguare il costo del risarcimento tra se stessa e i venditori terzi nel corso di un circuito di operazioni ripetute. Ancora una volta, la motivazione sul punto si fonda sulle azioni già intraprese da Amazon, come il trattenere i pagamenti da trasferire ai venditori nel caso di reclami dei consumatori, il richiedere ai venditori che realizzino determinate soglie di fatturato di stipulare una polizza assicurativa volta a tenere indenne da eventuali obblighi risarcitori la piattaforma stessa. Queste azioni, per la Court of Appeal, appaiono chiarificatrici della effettiva capacità di Amazon di redistribuire il costo degli incidenti tra se stessa e gli agenti economici a monte.

Accertato, dunque, il verificarsi cumulativo delle ragioni di politica del diritto alla base dell’evoluzione giurisprudenziale del danno da prodotto ed il controllo esercitato dalla piattaforma sugli aspetti principali della transazione, la Court of Appeal ha ritenuto che Amazon avesse agito da

«anello centrale della catena di distribuzione, fungendo da potente intermediario tra venditore terzo e consumatore⁸⁵».

presence. The dilemma for an injured plaintiff is illustrated by this litigation, where two defendants have been served and failed to appear, and a third defendant can only be served in China. Other plaintiffs have encountered similar obstacles».

⁸⁵ Id. 438. Per dovere di completezza, va detto che le motivazioni della sentenza si incentrano su un ulteriore profilo (cfr. 465 ss.): la sezione 230 del *Communications Decency Act* del

6. La sentenza resa dalla California Court of Appeal nel caso *Loomis v. Amazon.com LLC* il 26 aprile 2021: la responsabilità di Amazon per i prodotti venduti e spediti dai venditori terzi.

Un altro caso va menzionato, onde puntualizzare lo sviluppo, sul piano sostanziale, del diritto dei *torts* californiano in materia di responsabilità da danno da prodotto difettoso. Si tratta di *Loomis v. Amazon.com LLC*. La fattispecie concerneva un’azione per danni promossa da una consumatrice nei confronti di tutti gli attori della rete distributiva di un hoverboard prodotto in Cina e venduto da un terzo sulla piattaforma di *e-commerce* statunitense (TurnUpUp: un nome fittizio, adoperato su Amazon da una società cinese): collegato ad una presa elettrica, il monopattino prese fuoco, arrecando gravi ustioni alla consumatrice. A distinguere il caso adesso esaminato da quello considerato nel paragrafo precedente si pone la circostanza che Amazon non aveva preso parte alla distribuzione del prodotto difettoso e non era mai entrata in suo possesso. Il venditore terzo, infatti, non si era avvalso dei servizi di logistica della piattaforma.

1996 (47 U.S.C. § 230). La responsabilità di Amazon alla stregua del regime del danno da prodotto difettoso californiano potrebbe, infatti, essere preclusa dall’applicazione della normativa federale che pone un regime esonerativo da responsabilità per quei provider di servizi elettronici che abbiano agito da “speaker” o “publisher” di informazioni confezionate da terzi. E tuttavia, la Court of Appeal non ha accolto la difesa di Amazon incentrata sulla § 230. Nell’impianto motivazionale della sentenza, infatti, la responsabilità della piattaforma nei confronti del consumatore non deriverebbe dal ruolo assunto dalla prima nel mettere in circolazione le informazioni fornite dal terzo venditore. Essa dipenderebbe, invece, dalla sua partecipazione “attiva” alla vendita, attraverso azioni, quali l’elaborazione dei pagamenti, l’immagazzinamento, la spedizione. A titolo chiarificatore, la Court of Appeal ha precisato la differenza intercorrente tra il caso esaminato e la decisione resa in *Gentry v. eBay*, 121 Cal. Rptr. 2d 703 (Cal. Ct. App. 2002): in quella fattispecie era caduto sotto le lenti di osservazione del circuito giudiziale il sistema di valutazione del portale di aste eBay che aveva attribuito giudizi positivi a chi vendeva memorabilia sportive riportanti firme falsificate e certificati di autenticità contraffatti. Nel lontano 2002, la Court of Appeal, non condivise la tesi dell’acquirente deluso, secondo cui eBay fosse un fornitore di contenuti, quantomeno con riferimento ai sistemi di valutazione dell’affidabilità dei venditori. Per la Corte, infatti, i meccanismi di attribuzione dei feedback adottati dalla piattaforma erano incentrati esclusivamente sui giudizi forniti da terzi: gli utenti della piattaforma. Giocoforza la § 230 del *Communications Decency Act* avrebbe immunizzato la piattaforma da responsabilità.



Come nel caso *Bolger* anche nel caso *Loomis*, il primo giudice⁸⁶, a seguito di giudizio sommario, disattese la tesi della consumatrice circa la legittimazione passiva all'azione risarcitoria di Amazon, in virtù dell'assorbente rilievo che osterebbe all'affermazione della responsabilità oggettiva la circostanza che la piattaforma non avrebbe avuto alcuna possibilità di esercitare un controllo sulle dinamiche di mercato, tale da poter influire sulle scelte effettuate dal produttore. Sotto tale profilo, Amazon è, infatti, paragonata ad una casa d'aste o, più in generale, ad un rivenditore di beni usati: in entrambi i casi, mancherebbe quella relazione continuativa con la filiera di produzione che permetterebbe anche a tali attori del mercato di contribuire all'immissione in circolazione di prodotti sicuri. A tale stregua, secondo il giudice di prime cure, il ruolo di Amazon sarebbe stato del tutto occasionale e marginale nella distribuzione degli hoverboard.

A rendere ancora più plausibile questa prima conclusione, per il giudice di primo grado, vi è l'aspetto di originalità della fattispecie, consistente nel fatto che la piattaforma non era entrata in contatto con il bene, non lo aveva posseduto, non lo aveva imballato, né spedito.

Il giudice proseguì affermando che i servizi prestati da Amazon non erano stati determinanti nel portare il prodotto alienato da TurnUpUp sul mercato del consumatore: Amazon non aveva creato un segmento specifico della domanda di consumo, né con riferimento alla categoria del bene in questione, né con riguardo al singolo prodotto difettoso venduto sulla sua piattaforma da *quel* venditore.

Entrambi gli argomenti sostenuti dal giudice di primo grado sono stati disattesi dalla Court of Appeal.

Le motivazioni della sentenza seguono una duplice strada: la via maestra è quella di dimostrare come Amazon, anche in assenza della prestazione di servizi di logistica, sia un anello della catena diretta di commercializzazione del prodotto difettoso; in subordine, la Corte si preoccupa di dimostrare come, anche alla luce dello *stream of commerce approach*, la piattaforma non avrebbe potuto evitare di essere convenuta a titolo di responsabilità oggettiva.

Quanto alla percorribilità della prima strada, la Corte ha osservato che contrariamente alla tesi sostenuta dalla piattaforma, Amazon non avrebbe potuto essere considerata un centro commerciale virtuale, che si fosse limitato a fornire una vetrina elettronica a venditori terzi: le circostanze di addebitare una commissione per ogni articolo venduto; di fun-

gere da canale di pagamento per le transazioni realizzate e di gestire le comunicazioni tra compratori e venditori avrebbero allontanato la piattaforma dalla figura del centro commerciale. Al contrario, le azioni intraprese da Amazon (consistenti 1) nell'interagire con il cliente; 2) nel prendere l'ordine; 3) nell'elaborare l'ordine; 4) nel riscuotere il pagamento; 5) nel trattenere una percentuale del prezzo di vendita di ogni acquisto) sono, per la Court of Appeal, coerenti con le attività svolte da un rivenditore o da un distributore di beni di consumo.

Anche a voler ammettere, però, che la piattaforma di *e-commerce* non sia qualificabile, sul piano definitorio, come un'agente della filiera distributiva diretta, l'esito non cambierebbe. Ed infatti, si diceva prima che per la Court of Appeal sussiste una base alternativa per ritenere Amazon oggettivamente responsabile del danno occorso a causa della difettosità del prodotto avviato al consumo. Ed il fondamento risiede nello *stream of commerce approach*.

Si è visto al paragrafo 3 di questo studio come, attraverso lo *stream of commerce approach*, la giurisprudenza californiana abbia imposto la responsabilità a titolo oggettivo a prescindere dal sicuro inquadramento del convenuto all'interno di una delle figure tradizionali del canale di distribuzione diretta del prodotto difettoso, a patto che fossero integrati cumulativamente tre criteri chiave: 1) che avesse ricevuto un beneficio economico diretto dalla vendita del bene; 2) che avesse svolto un ruolo centrale nell'avviare quel bene al mercato; 3) che avesse avuto un controllo o una effettiva possibilità di influire sul relativo processo di produzione.

Dei tre criteri ora annoverati è solo il secondo a porre problemi interpretativi: il dubbio per la Corte è se il mercato da prendere in considerazione corrisponde con l'intero mercato degli hoverboard (così come sostenuto da Amazon) o con un'accezione più ristretta, coincidente con il mercato di *quella* specifica marca di hoverboard rivelatisi difettosi.

La Corte affrontò e risolse il problema in modo tecnicamente ineccepibile: mediante il richiamo ai precedenti. In particolare, il Collegio ritenne che costituisse un'autorità vincolante, relativamente alla questione circa l'individuazione del mercato rilevante ai fini dell'attribuzione della *strict liability*, il caso *Kasel v. Remington Arms Co*⁸⁷. Nella decisione del 4 aprile 1972 era stato ritenuto oggettivamente responsabile non solo il produttore di proiettili, ma anche il licenziatario dei diritti di brevetto che aveva contribuito alla creazione di un mercato per *quelle* munizioni poi dimostratesi difettose. Un altro precedente, questa volta di segno negativo, provvide ad un'affermazione del principio: il caso *Tauber-*

⁸⁶ Cfr. *Kisha Loomis v. Forrinx Technology(Usa) Inc.*, Superior Court of Los Angeles County, No. BC632830, deciso il 19 marzo 2019 dal giudice R. C. Hofer.

⁸⁷ *Kasel v. Remington Arms Co.* (1972) 24 Cal. App. 3d 711.



*Arons Auctioneers Co. v. Superior Court*⁸⁸. In quest'ultima fattispecie, relativa alla responsabilità di un venditore di macchinari industriali di seconda mano per il danno sofferto dall'attore a seguito dell'utilizzo di una piastrella difettosa, la Corte ha affermato testualmente che «ciò che rileva è [...] che il convenuto abbia un collegamento partecipativo con l'impresa che ha «creato la domanda e l'affidamento del consumatore» relativamente allo specifico «prodotto dannoso»⁸⁹».

Alla luce di tali principi - che espressamente ritenne la vincolassero - la Court of Appeal in *Loomis v. Amazon.com LLC* ha espresso l'opinione che il mercato rilevante in cui il convenuto è considerato un partecipante a fini risarcitori coincide con la distribuzione iniziale al pubblico dei consumatori del particolare prodotto difettoso di un determinato fabbricante⁹⁰.

Esigenze di completezza impongono di chiudere sulla sentenza avendo cura di dar, sia pur brevemente, conto dell'opinione concorrente del giudice Wiley, che fonda le proprie riflessioni relative all'imposizione di una responsabilità oggettiva in capo alla piattaforma digitale su un approccio giuridico-economico. Per il giudice concorrente, infatti, scegliere su chi debba ricadere il danno nella fattispecie esaminata è operazione semplice. La piattaforma è, infatti, il soggetto in grado di prevenire il prodursi dell'evento lesivo al minor costo: per la mole dei dati posseduti, relativamente sia ai prodotti immessi in circolazione sia ai propri consumatori, è il *best decision maker*, ossia colui che meglio è in grado di effettuare un'analisi dei costi e dei benefici.

In tale ottica, la piattaforma è anche il soggetto che ha la possibilità di fare la scelta migliore quanto alla prevenzione del danno e, ove questo non sia stato evitato, quanto alla sua internalizzazione. E la ragione risiede nel fatto che Amazon esercita una influenza determinante sul mercato che essa stessa ha creato e può adottare alcune misure a costi modesti e socialmente efficienti per ridurre al minimo il costo degli incidenti (come, ad esempio, una supervisione più attenta volta ad escludere quei prodotti non sufficientemente sicuri⁹¹). Sotto questo

profilo, e nel tentativo di dare concretezza al proprio assunto, il giudice concorrente cita una serie di precedenti, da cui si evince come la giurisprudenza abbia scelto su chi dovesse ricadere il danno in funzione di chi fosse in grado di evitare i costi dei sinistri nel modo più economico. Ai nostri fini, è sufficiente ricordare una coppia di precedenti tra quelli citati: così in *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*⁹², il giudice Traynor ha potuto affermare la responsabilità oggettiva della Coca-Cola per il fermento di un consumatore provocato dall'esplosione di una delle proprie bottiglie. Il produttore avrebbe potuto evitare il difetto attraverso misure di prevenzione degli incidenti efficaci ed economiche: avrebbe potuto pressurizzare le bottiglie - che ricadevano nella sua sfera diretta di controllo - con maggiore attenzione, acquistarne di più resistenti, testarle più a fondo, sostituirle con le lattine, etc⁹³. Di contro, nel caso *Wilkinson v. Hicks*⁹⁴ il rivenditore di una punzonatrice idraulica di seconda mano non è stato ritenuto responsabile del fermento dell'utilizzatore, dovuto ad un difetto di produzione. Ed invero, le misure adottabili per prevenire l'insorgenza del danno avrebbero avuto costi eccessivi, tali da snaturare la «desiderabile flessibilità» del mercato dei beni usati. Imporre una responsabilità oggettiva ai rivenditori di beni di seconda mano richiederebbe, infatti, che questi ultimi siano tenuti a «smontare regolarmente, ispezionare per difetti latenti e riparare o ricondizionare i prodotti»⁹⁵: misure troppo costose e spesso inefficaci per essere socialmente desiderabili⁹⁶.

7. Osservazioni conclusive.

Le decisioni esaminate in questo studio danno atto di una importante inversione di tendenza registratasi nel diritto californiano nell'ultimo biennio in materia di responsabilità da danno da prodotto. All'atteggiamento inizialmente negativo delle Corti di primo grado, forse spiazzate dalla novità del fenomeno, due diversi distretti della Court of Appeal hanno, infatti, sostituito un approccio arioso nella determinazione della responsabilità da danno da prodotto, più in linea con la storia giurisprudenziale dell'istituto in quel Paese e con le sue premesse teorico-culturali.

lem, thereby reducing accidental injuries. Amazon can cabin the danger by stopping sales. Amazon can alert past buyers who have yet to experience the lurking hazard: Amazon has information about its customers and their purchases. Other measures are possible».

⁹² *Escola v. Coca Cola Bottling Co.* (1944) 24 Cal.2d 453.

⁹³ Id. 461.

⁹⁴ *Wilkinson v. Hicks* (1981) 126 Cal.App.3d 515.

⁹⁵ Id. 521.

⁹⁶ Id. 520.

⁸⁸ *Tauber-Arons Auctioneers Co. v. Superior Court*, cit.

⁸⁹ *Tauber-Arons Auctioneers Co. v. Superior Court*, cit., 276.

⁹⁰ Così ad esempio, in *Kasel v. Remington Arms Co.* il mercato rilevante era quello della distribuzione dei proiettili "*Remington Express*"; in *Vandermark v. Ford Motor Co.* la commercializzazione delle automobili "*Ford*"; in *Barth v. B. F. Goodrich Tire Co.* (1968) 265 Cal.App.2d 228 il grossista svolgeva un'attività di distribuzione di pneumatici "*Goodrich*". Allo stesso modo, in *Price v. Shell Oil Co.* (1970) 2 Cal.3d 245, il mercato rilevante era costituito dalla locazione di un particolare modello di autocisterna della "*Shell Oil Company*".

⁹¹ La Corte aggiunge, infatti, che "*whatever it is, Amazon is situated swiftly to learn of and to contain the emerging prob-*



Le due sentenze esaminate dimostrano come all'incapacità di comprendere e gestire l'innovazione per mezzo di approcci formalistici, la giurisprudenza californiana abbia ora proposto delle soluzioni guardando alle specificità dell'economia di piattaforma ed alle esigenze di tutela del consumatore danneggiato, lì dove esso sia apparso maggiormente vulnerabile.

Di fronte alla novità del fenomeno, entra quindi in gioco un elemento spesso rimosso nei dibattiti sul commercio elettronico: la circolazione massiva di beni insicuri e privi dei certificati di conformità provenienti da mercati lontani ed un correlato bisogno di tutela del consumatore danneggiato nascente dall'assenza di un responsabile domestico.

La Court of Appeal ha, pertanto, ampliato l'ambito soggettivo - dal lato passivo - della responsabilità in *tort* per danno da prodotto difettoso. E la precisa modalità per governare il fenomeno così da riuscire a cogliere le opportunità di benessere che ne possano derivare⁹⁷ ed al tempo stesso impedendo o limitando per quanto possibile gli effetti negativi è stata individuata nel *controllo* che la piattaforma digitale esercita con riferimento sia al singolo bene venduto sia alla transazione intercorrente tra venditore e consumatore. Grazie ad una disponibilità senza precedenti di dati relativi ai due versanti del mercato e alla strutturazione degli spazi (digitali e non) di cui si compone la piattaforma di *e-commerce*, Amazon è stata ritenuta un attore fondamentale della catena distributiva capace di incidere sulla sicurezza dei prodotti all'interno di un mercato in cui i tradizionali equilibri sono stati scompaginati dalla rivoluzione digitale. La rivoluzione digitale ha, infatti, dato luogo a diverse ed inedite forme di circolazione delle merci, facendo venir meno molti dei vantaggi della filiera lunga di distribuzione dei beni, incentrata sulla reputazione di una serie di figure tipiche dai contorni ben definiti (il distributore, il grossista, il rivenditore di prossimità), che sovrain-tendono all'immissione dei beni di consumo nel mercato. Con l'avvento del commercio elettronico e il conseguente accorciamento della filiera distributiva una quantità senza precedenti di "bidoni" potenzialmente dannosi si è infiltrata nel mercato a costi logistici e organizzativi irrisori, senza incontrare barriere di sorta. E, paradossalmente, il canale d'ingresso preferenziale è rappresentato dalle grandi piattaforme digitali che godono della fiducia dei consumatori.

In base ad una lettura evolutiva della disciplina, l'accertamento in concreto del ruolo svolto dalle

piattaforme di *e-commerce* allorché si avvalgano di soggetti esterni per la vendita di beni pericolosi o potenzialmente tali - e non il dato puramente definitorio (l'appartenenza ad una delle figure tipiche della filiera distributiva tradizionale) - diventa, pertanto, come messo in luce dalla giurisprudenza californiana, il dato fondamentale da tenere in considerazione per far fronte alle emergenti esigenze di tutela del danneggiato.

⁹⁷ Non si dimentichi che le piattaforme di *e-commerce* offrono nuove possibilità di guadagno a piccole e medie imprese, sia manifatturiere sia commerciali, consentendo l'accesso a canali distributivi globali.



IL «CONTRATTO» FIGURATO EX ARTICOLO 23 TUF.

Di Alberto Gallarati

| 79

SOMMARIO: 1. *La firma unica sui contratti (bancari e) finanziari.* – 2. *La nuova regola operativa* – 3. *Il contesto della nuova regola operativa.* – 4. *L'irrilevanza della forma ai fini della struttura. Il «contratto» di cui all'articolo 23 del T.U.F. è una sineddoche.* – 5. *L'irrilevanza della forma rispetto al consenso.* – 6. *L'efficienza della nuova regola operativa.* – 7. *Conclusioni.*

ABSTRACT. *L'Autore osserva come la validità dei contratti tra clienti ed intermediari finanziari (o banche) a firma unica si giustifichi sulla base della finalità a cui la forma scritta richiesta dalla legge è tesa in questi tipi di rapporti ed alla luce di una lettura figurata delle norme che la prevedono. Tale conclusione, in armonia con i principi di diritto che governano il diritto civile e degli intermediari finanziari, comporta anche una serie di risvolti efficientistici, in quanto rispetta il principio della proporzionalità dei rimedi, elimina in radice comportamenti opportunistici dei consumatori, anche in relazione alla selezione degli effetti della nullità, e assolve una funzione di garanzia della professionalità e della buona organizzazione interna della banca, nell'ottica di preservare la fiducia e l'integrità dei mercati.*

The Author points out that the validity of contracts between customers and financial intermediaries (or banks) with a single signature is justified on the basis of: (i) the purpose for which the written form required by law is intended in these types of relationships; (ii) a «figurative reading» of the rules providing for it. This conclusion complies with the principles of law governing contract law and the law of financial intermediaries and entails efficient implications. In fact, it is compliant with the principle of proportionality of remedies, it avoids consumers' opportunistic behaviours, also with respect to the selection of the effects of nullity, and fulfils a function of guaranteeing the professionalism and good internal organisation of the bank, with a view to preserving markets' trust and integrity.



1. La firma unica sui contratti (bancari e finanziari).

| 80

Il tema dell'unicità della firma su un documento contrattuale si inserisce in una serie di questioni che nell'ultimo decennio hanno interessato i rapporti conclusi tra l'intermediario finanziario – o la banca – e il cliente.

Difatti, il corpus di regole giurisprudenziali e dottrinali che si sono susseguite nel tempo per i contratti finanziari, fondate sull'articolo 23 del Testo Unico della Finanza, parrebbero applicabili anche ai contratti bancari, rispetto ai quali gli articoli 117 e 127 del Testo Unico Bancario prevedono un regime molto simile a quello dei primi.

In particolare, secondo l'articolo 23 del Testo Unico della Finanza i «contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, e un esemplare è consegnato ai clienti». Resta salva la possibilità per la Consob, sentita la Banca d'Italia, di prevedere con regolamento che, «per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma, assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia».

Similmente, l'articolo 117 del Testo Unico Bancario impone che i contratti siano redatti per iscritto e un esemplare sia consegnato al cliente.

In mancanza della forma richiesta il contratto è nullo.

Entrambe le nullità sono, come noto, nullità relative o di protezione¹, nel senso che soltanto una delle due parti del contratto, e segnatamente quella debole, cioè il cliente, può, per espressa previsione di legge, esperire il relativo rimedio.

Entrambe le nullità per mancanza di forma scritta sono volte ad assicurare che l'investitore professionale o la banca, da un lato, informino adeguatamente e su supporto scritto la propria controparte, al

fine di livellare, per quanto possibile le asimmetrie informative che separano le parti nella relazione contrattuale.

Questo riequilibrio della differenza di informazioni è dunque l'interesse sotteso alle norme in questione², le quali si contrappongono ad un altro gruppo di regole, sempre riconducibili alle nullità di protezione e tese ad evitare che la parte debole del contratto sia pregiudicata dall'inclusione di clausole (frutto di contrattazione squilibrata ovvero di unilaterale predisposizione e) finalizzate ad introdurre, nella relazione contrattuale, una riallocazione diseguale di diritti ed obblighi³.

In ragione della specifica finalità prevista dal Legislatore, l'articolo 23 del Testo Unico della Finanza ha indotto dottrina e giurisprudenza a discutere circa la sussistenza dei requisiti minimi in presenza dei quali si potesse ritenere integrato il requisito della forma scritta.

Più nel dettaglio, i citati formanti del nostro ordinamento si sono interrogati se la forma prescritta a pena di nullità relativa ai sensi dell'articolo 23 del suddetto Testo Unico possa ritenersi sussistere per effetto della sola sottoscrizione del cliente.

Sul punto, occorre prendere le mosse dalla arcinota prassi degli intermediari finanziari, i quali predispongono il contratto che detta le regole generali sulla cui base deve declinarsi la prestazione di servizi di investimento ed in forza del quale sono impartiti, dal cliente all'intermediario, i relativi ordini di acquisto di strumenti finanziari. Si tratta, dunque, di un accordo quadro, ben lontano da un mero adempimento precontrattuale⁴ e ricondotto dalla dottrina maggioritaria e poi dalla Cassazione al modello codicistico del mandato, che troverebbe attuazione nelle successive operazioni di esecuzione dei suddetti ordini, rispetto ai quali, tuttavia, la Suprema Corte non sottrae del tutto ed in maniera definitiva la natura negoziale, anzi⁵. Dello stesso avviso,

² Si veda S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, 5.

³ Si pensi all'articolo 36 del codice del consumo e l'articolo 9 della (Legge 18 giugno 1998 n. 192) sul contratto di subfornitura.

⁴ M. SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, a cura di F. Capriglione, Milano, 2013, 172.

⁵ Si vedano le Sezioni Unite della Cassazione, 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725 entrambi in www.ilcaso.it. In dottrina, per tutti, sulla natura di mandato si veda F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, 889 e B. INZITARI - V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, in AA.VV., *Il diritto degli affari*, a cura di B. Inzitari, Padova, 2008, 13. Si veda tuttavia quanto discusso in M. SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., 170 e ss, nonché in M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2012, 485; M. MAGGIOLO, *Forma, firma, informazione (il con-*

¹ È oramai significativa la letteratura giuridica che si è occupata del tema. Si vedano, tra i molti, S. POLIDORI, *Discipline della nullità ed interessi protetti*, Camerino-Napoli, 2001; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011; G. SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Napoli 2012; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 459; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, dir. da V. Roppo, *Rimedi*, a cura di A. Gentili, IV, Milano, 2006, 155; A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 77; A. GORASSINI, *L'istituto codicistico della «nullità del contratto» e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbl. contr.*, 2007, 199.

peraltro, si registrano le posizioni di parte autorevole della dottrina⁶.

Le singole operazioni di esecuzione, poi, come acutamente osservato, potrebbero anche essere *self-standing*, nella misura in cui rivestano tutti i requisiti di forma previsti dalla legge per il contratto di investimento⁷, con la conseguenza che in mancanza o in caso di nullità del primo gli ordini resterebbero comunque validamente impartiti⁸, fermo restando che essi possono atteggiarsi in qualsiasi forma, da veri e propri contratti a mere operazioni materiali, prive di alcuna natura negoziale⁹. Dunque, secondo questa impostazione, in assenza di contratto di quadro, occorrerà verificare di volta in volta la fattispecie, potendosi ben configurare una prestazione dell'intermediario destinata ad eseguirsi una tantum, con esecuzione contestuale¹⁰. Naturalmente, dovranno potersi rinvenire tutti i requisiti di forma e sostanza previsti per il contratto di investimento¹¹ e il dislivello di informazioni dovrà pertanto essere appianato.

Ondivaga si è dimostrata la giurisprudenza di merito, che registra due orientamenti opposti, a favore e contro la prospettata tesi. Da un primo punto di vista, si è osservato come, non essendovi contraria disposizione di legge, deve ritenersi che siano ammissibili, in assenza di contratto quadro, singoli mandati di negoziazione, purché siano stati conferiti per iscritto e l'intermediario abbia adempiuto ai propri doveri di trasparenza ed informazione del cliente¹². Al contrario, un diverso indirizzo predica la natura normativa del regolamento contrattuale, che rappresenterebbe l'unica fonte dei diritti e degli obblighi delle parti, nell'ottica di garantire una protezione al consumatore¹³ e, sulla base di tale assun-

to, ritiene imprescindibile la presenza del contratto quadro¹⁴.

Va quindi sin da ora precisato che la nullità relativa dell'articolo 23 del Testo Unico della Finanza non può che riferirsi, perlomeno nella maggior parte dei casi e, secondo l'impostazione che parrebbe maggioritaria, al contratto quadro. La validità dei singoli ordini in punto di forma è invece lasciata all'eventuale requisito convenzionale richiesto dal medesimo master agreement¹⁵ (che, secondo l'articolo 37, comma II, lettera c) del Regolamento Intermediari (Regolamento Consob 20307 del 2018) di recente rinnovato, indica per l'appunto le «modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni»). Ad essi, pertanto, si applicherà il regime di cui all'articolo 1352 del codice civile, secondo il quale, ove le parti abbiano convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la conclusione di un contratto, si presume che questa sia voluta per la validità del medesimo.

Come notato, il declinarsi del rapporto in contratto quadro e ordini non risponde solamente ad una logica di tutela del contraente debole, ma «più in generale alla reiterabilità della prestazione e all'esigenza di tempestività della sua finalizzazione»¹⁶, che verrebbe pregiudicata dall'eventuale necessità di per ciascun atto esecutivo un contratto dettagliato che rechi tutte le informazioni riportate nel master agreement.

Tuttavia, in considerazione di quanto sopra osservato, non si può escludere, per quanto possa essere raro, che il rapporto tra investitore e intermediario non si declini in un significativo arco tempo e sia limitato ad un'operazione con esecuzione contestuale. A quel punto, assumendo che gli ordini possano avere natura contrattuale, occorrerà verificare se ciascuno di essi rivesta o meno le caratteristiche richieste dall'articolo 23 del Testo Unico della Finanza e dalle rilevanti norme del Regolamento Intermediari che dovrebbero essere ai medesimi applicati.

Sempre secondo la prassi in cui prende corpo il rapporto tra cliente e intermediario, quest'ultimo propone al primo la conclusione del contratto quadro sotto forma di scambio di corrispondenza commerciale, in modo tale che ciascuna delle parti del

tratto come stabile contenitore di istruzioni), in *Giust. civ.*, 2020, 391.

⁶ A. GENTILI, *Disinformazione e validità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I Contratti*, 2008, 393; SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., 170 e ss, nonché in M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da R. Schlesinger, Milano, 2012, 485.

⁷ M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., 486.

⁸ La medesima dottrina tuttavia osserva come questo tipo di situazione possa difficilmente verificarsi (M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., 486, nota 83).

⁹ M. SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., 173.

¹⁰ M. SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., 173.

¹¹ M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., 486.

¹² Tribunale di Monza, 4 giugno 2008, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, 21, con nota di A. TUCCI, *Il problema della forma dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento*, 39. Si veda anche Tribunale Bari, 12 gennaio 2017, n. 70, inedita.

¹³ Tribunale di Forlì, 12 settembre 2008, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, 22, con nota di A. TUCCI, *Il problema della forma dei*

contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, cit., 39. Si veda anche Tribunale Modena, 18 gennaio 2018, n. 84, inedita.

¹⁴ E' contrario M. SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, 177.

¹⁵ Si vedano sul punto, tra molte, Cass. civ., 9 agosto 2017, n. 19759 in *Giust. civ. mass.*, 2017; Cass. civ., 2 agosto 2017, n. 16053 in *Dir. e giust.*, 28 giugno 2017; e Cass. civ., 29 febbraio 2016, n. 3950, in *Giust. civ. mass.*, 2016.

¹⁶ M. SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, in *I contratti dei risparmiatori*, cit., 166.



rapporto apponga la propria sottoscrizione in calce ad un originale (del contratto) e la consegnerà all'altra. Ne consegue che ciascuna parte avrà copia sottoscritta dall'altro contraente.

In accordo con l'articolo 1326 del codice civile, secondo cui il contratto è concluso quando il proponente è portato a conoscenza dell'accettazione dell'oblato, si è correttamente ritenuto che l'accordo quadro sia perfezionato anche laddove la sottoscrizione delle parti risulti da due distinti documenti il cui contenuto dovrà essere inscindibilmente collegato¹⁷. Sicché, in tal caso, non potrà essere fatta valere la nullità per mancanza di sottoscrizione¹⁸.

Il problema che tuttavia a questo punto si pone attiene alla prova.

Sul tema si rinviengono due diversi orientamenti giurisprudenziali, uno dei quali – il minoritario – è stato di recente rielaborato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁹.

Secondo il primo indirizzo²⁰, la forma scritta ad substantiam richiederebbe la produzione in giudizio del contratto concluso, e, pertanto, ove sia prodotto un documento recante la sottoscrizione di soltanto una delle parti coinvolte, tale evidenza sarebbe mancante, non potendosi evincere la conclusione del contratto né da una prova testimoniale, né dalla clausola, sottoscritta dal cliente, con cui questo dichiara di aver ricevuto dall'intermediario copia firmata del documento. Né, infine, può ritenersi che la sottoscrizione possa esser sostituita dalla produzione in giudizio del contratto da parte di colui che non lo abbia firmato, giacché tale produzione farebbe spiegare gli effetti del contratto ex nunc, e quindi, a valere dal tempo in cui la produzione è occorsa.

Un opposto e più antico orientamento, rimasto tuttavia isolato, ha espresso principi del tutto contrastanti²¹.

In particolare, la Corte di Cassazione ha ritenuto integrato il requisito della forma scritta in considerazione del deposito in giudizio, da parte della banca, di copia del contratto sottoscritto dal cliente e dell'allegazione, da parte della medesima banca, non soltanto della circostanza secondo cui il primo sarebbe in possesso del documento dalla stessa firmato – in conformità con la prassi sopra ricordata –, ma anche dell'avvenuta ed incontestata esecuzione del contratto, della quale è fornibile prova per mezzo di documenti scritti (ordini di investimento e comunicazione degli estratti conto). Più nel dettaglio, la Cassazione ha ritenuto, aderendo alla statuizione del Giudice di secondo grado, che «il contratto sarebbe stato firmato anche dalla banca perché, essendosi il negozio concluso per corrispondenza, la copia firmata dalla banca non poteva che essere in mani dei ricorrenti», anche alla luce della presenza della già citata clausola, secondo cui i clienti avevano riconosciuto e dato atto di aver ricevuto il documento contrattuale sottoscritto dalla controparte.

In ogni caso, atteso che «nei contratti per cui è richiesta la forma scritta "ad substantiam" non è necessaria la simultaneità delle sottoscrizioni dei contraenti», detto requisito avrebbe potuto ritenersi integrato tanto dal deposito in giudizio della copia firmata (da parte di chi non l'ha sottoscritta) quanto da una «qualsiasi manifestazione di volontà del contraente che non abbia firmato, risultante da uno scritto diretto alla controparte e dalla quale emerga l'intento di avvalersi del contratto», purché la parte «che ha sottoscritto non abbia in precedenza revocato il proprio consenso ovvero non sia deceduta»²².

¹⁷ Per tutte, in giurisprudenza, si veda Cass. civ., 24 marzo 2016, n. 5919, reperibile in www.giustiziacyvile.com 2016, 18 novembre. In dottrina si veda, per tutti, R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Milanofiori Assago, 2016, 729 e 732.

¹⁸ M. SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., 180.

¹⁹ Per qualche riflessione circa il percorso dei contratti monofirma sino alla legislazione anti-pandemica si veda F. ANDREA, *I contratti monofirma: dalle Sezioni Unite alla legislazione emergenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 1237.

²⁰ Cass. civ., 24 marzo 2016, n. 5919, cit.. Si vedano anche i seguenti provvedimenti conformi, di legittimità e merito Cass. civ., 14. marzo 2017, n. 6559, in www.societapiu.it, 11 aprile 2017; Cass. civ., 11 aprile 2016, n. 7068, in *Dir. & Giust.*, 2016; Cass. civ. 27 aprile 2016, n. 8395, in *Giust. civ. mass.*, 2016; Cass. civ., 27 aprile 2016, n. 8396, in *DeJure*; Cass. civ., 19 maggio 2016, n. 10331, in *Guida al dir.*, 2016; Cass. civ., 3 gennaio 2017, n. 36, in *Giust. civ. mass.*, 2017. Tra le corti di merito, si vedano, Corte d'Appello Bologna, 13 gennaio 2017, n. 89, in www.dirittobancario.it; e Corte d'Appello di Milano 19 aprile 2017, n. 1680, anch'essa in www.dirittobancario.it.

²¹ Cass. civ., 22 marzo 2012 n. 4564, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 3, 380.

²² Cass. civ., 24 marzo 2016, n. 5919, in *Giust. civ. mass.*, 2016. Si veda anche, tra i vari precedenti, Cass. civ., 17 ottobre 2006, n. 22223, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 10, secondo la quale «con riferimento ai contratti per i quali è prevista la forma scritta ad substantiam, il contraente che non abbia sottoscritto l'atto può perfezionare il negozio con la produzione in giudizio del documento al fine di farne valere gli effetti contro l'altro contraente sottoscrittore, o manifestando a questi con un proprio atto scritto la volontà di avvalersi del contratto. In tal caso, la domanda giudiziale o il successivo scritto assumono valore equipollente della firma mancante, sempreché, medio tempore, l'altra parte non abbia revocato il proprio assenso o non sia decaduta, con la conseguente impossibilità della formazione del consenso nella forma richiesta dalla legge nei confronti dei suoi eredi. Tale principio, peraltro, non opera se colui che aveva sottoscritto l'atto incompleto non sia più in vita al momento della produzione, perché la morte determina l'estinzione automatica della proposta (quando questa non è irrevocabile ex art. 1329 c.c.), rendendola non più impegnativa per gli eredi». cfr., tra le tante, Cass. 16 ottobre 1969 n. 3338; Cass. 22 maggio 1979 n. 2952; Cass. 18 gennaio 1983 n. 469; Cass. civ., 17 giugno 1994, n.



Ne consegue che, grazie (non soltanto alla avvenuta produzione in giudizio del relativo documento ma anche) alle manifestazioni di volontà esternate dalla banca alla controparte «nel corso del rapporto di conto corrente da cui si evidenziava la volontà di avvalersi del contratto (bastano a tal fine le comunicazione degli estratti conto) con conseguente perfezionamento dello stesso», l'intenzione della banca risulterebbe comunque per iscritto ed integrerebbe così il requisito di forma, a prescindere dalla produzione di una copia firmata del contratto.

In altre parole, atti scritti successivi alla sottoscrizione del contratto effettuata da una delle parti e dai quali si evinca la volontà dell'altra di avvalersi del medesimo contratto, sarebbero in grado di soddisfare il requisito di legge della forma scritta a pena di nullità.

2. La nuova regola operativa.

In questo solco, si pone una recente sentenza delle Sezioni Unite²³, la quale, tuttavia, in merito alla conclusione del rapporto, adotta un orientamento non del tutto collimante con quello appena riportato.

Infatti, la Corte prende le mosse dal particolare tipo di nullità in questione, finalizzata ad appianare le asimmetrie informative che separano il cliente dall'intermediario e, quindi, a far conoscere al primo le regole entro cui si svolgerà il rapporto con il secondo, in modo tale da garantire regolarità e trasparenza al mercato.

Alla luce di questo approccio funzionale, la Suprema Corte ha osservato come la sottoscrizione dell'intermediario sia irrilevante per la validità del contratto quadro, dovendosi invece ricercare – e provare –: (i) la sussistenza di un documento scritto; (ii) la sottoscrizione del cliente; e (iii) l'avvenuta consegna del medesimo da parte dell'intermediario. Il consenso di quest'ultimo, invece, è ricavabile, in assenza di sottoscrizione, dal comportamento concludente tenuto e consistente nella predisposizione

del contratto quadro, nella consegna di un esemplare al cliente, nella raccolta della sua sottoscrizione e, ovviamente, nell'esecuzione della prestazione. In particolare, la consegna del documento scritto, una volta redatto dall'intermediario, costituendo un obbligo di legge previsto per questi tipi di rapporti, può ben assurgere ad indice dell'inequivocabile volontà da parte di chi ha predisposto la documentazione rilevante, di concludere il relativo contratto.

Sotto questa prospettiva, la particolare disciplina di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza ed il peculiare ruolo della nullità relativa consentono di dissociare le due funzioni generalmente riconosciute alla sottoscrizione, cioè la riconducibilità della scrittura a chi ha per l'appunto firmato e la prestazione del consenso del medesimo attore rispetto al contenuto del documento²⁴. «Tale duplice funzione è nell'impianto codicistico raccordata alla normativa di cui agli artt. 1350 e 1418 c.c., che pone la forma scritta sul piano della struttura, quale elementi costitutivi del contratto, e non prettamente sul piano della funzione; la specificità della disciplina che qui interessa, intesa nel suo complesso e nella sua finalità, consente proprio di scindere i due profili, del documento, come formalizzazione e certezza della regola contrattuale, e dell'accordo, rimanendo assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione di quella parte, l'intermediario, che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale, predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione»²⁵.

Ne risulta quindi che il compito attribuito dal Legislatore alla norma è assolto con la sola sottoscrizione del cliente, mentre quella dell'intermediario non ha alcun valore aggiunto²⁶.

Ai fini della valida conclusione del contratto, è dunque sufficiente, come suggerito nell'ordinanza di remissione n. 10447 del 27 aprile 2017²⁷, che il

5868, in *Giust. civ. mass.*, 1995; Cass. civ., 11 marzo 2000, n. 2826, in *Giust. civ. mass.*, 2000; Cass. civ., 1 luglio 2002, n. 9543, in *Giust. civ. mass.*, 2002; Cass. civ., 17 ottobre 2006, n. 22223, in *Giust. civ. mass.*, 2006).

²³ Si tratta di Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, in *I contratti*, 2018, 133 con nota di G. D'AMICO, *La "forma" del contratto quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*, 138, nonché con note di S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di una informazione materializzata? Le S.S.U.U. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, 143 e R. AMAGLIANI, *Nota a breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898*, 149. La sentenza è altresì pubblicata in www.dirittobancario.it e www.ilcaso.it. ed è stata ancor più recentemente confermata da Cass. civ., 2 aprile 2021, n. 9196, in www.dirittobancario.it.

²⁴ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

²⁵ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

²⁶ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

²⁷ E' pubblicata in *I contratti*, 2017, 393, con nota di 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*. L'ordinanza è altresì commentata, unitamente a Cass. civ., 24 marzo 2016, n. 5919 e Cass. civ., 14 marzo 2017, n. 6559 da E. PANZARINI, *Un'ordinanza passatista (sulla forma dei contratti del comparto finanziario)*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 5, 2017. Si vedano anche il commento di M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 554; e 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 *I contratti*, 2017, 679.



soggetto nei cui confronti la regola protettiva è posta abbia sottoscritto il documento, e quindi, ricevuto le informazioni obbligatorie per legge su un supporto durevole. Tant'è che, osserva il Collegio remittente, il Testo Unico della Finanza non si limita a prevedere la forma scritta ma impone la consegna di una copia del documento, per assicurarsi che le informazioni da trasmettere al cliente gli siano effettivamente comunicate tramite uno scritto.

Così concepita, la nullità di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza si atteggia alla stregua di una sanzione, «ben armonizzandosi nello stesso contesto del D.Lgs. n. 58 del 1998, che è nel complesso inteso a dettare regole di comportamento per l'intermediario», e rispetta il principio di proporzionalità, della cui tenuta si potrebbe dubitare ove si accedesse alla diversa interpretazione²⁸, la quale, oltre ad esser priva di fondamenti giuridici determinerebbe anche un risultato «manifestamente sproporzionato» rispetto alla funzione a cui la regola è deputata²⁹.

L'intermediario, infatti, pur avendo eseguito il contratto e per la sola mancanza della firma di un proprio rappresentante, potrebbe veder accertare la nullità del rapporto ed essere condannato alle conseguenti restituzioni delle somme investite, delle commissioni e se del caso anche degli interessi patuiti per un tasso superiore a quello di legge.

Infine, secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, va disconosciuta quell'ulteriore funzione, sostenuta da autorevole dottrina, che il documento scritto ex articolo 23 del Testo Unico della Finanza avrebbe rispetto all'organizzazione dell'impresa finanziaria e bancaria.

In particolare, alle nullità relative previste dai testi unici per i contratti (bancari e) finanziari sarebbe sotteso un «ordine pubblico di direzione, [...], alla luce della superiore esigenza di garantire la fiducia ed integrità dei mercati, ciò che solo mediamente, e non sempre, conduce, con riguardo all'applicazione di questa o quella specifica regola a proteggere gli investitori»³⁰.

In tal senso, il vincolo di forma sarebbe (tra l'altro) teso a garantire professionalità³¹ e «buona organizzazione interna della banca»³².

²⁸ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

²⁹ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

³⁰ 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*, cit., 393 e ss.; ID., *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 63 ss.; nonché ID., *Diritto e prassi del mercato finanziario*, Torino, 2016, 107.

³¹ ID., *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, cit., 393 ss.

³² Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898 cit.

3. Il contesto della nuova regola operativa.

Come sopra accennato, la nuova regola operativa è stata forgiata in virtù di un approccio strettamente funzionale alla nullità di protezione prevista per i contratti finanziari.

Tale nullità è volta a salvaguardare il rispetto della forma scritta e s'inserisce nella crescente tendenza di sottrarre alle parti l'autonomia delle forme, in ragione della protezione di una di esse ed in netto rottura con il generale summenzionato principio³³.

Questo, peraltro, secondo alcuni, è stato ricavato dal silenzio del codice civile e la sua effettiva operatività dovrebbe essere alquanto ridimensionata³⁴.

In simile prospettiva, l'articolo 1325 c.c. non affermerebbe alcuna libertà di scelta del *vestmentum* del contratto, ma riorganizzerebbe le fattispecie contrattuali tra negozi formali e negozi informali, senza potersi ravvisare un rapporto di eccezione a regola³⁵. Alcuni contratti avrebbero una «struttura debole» ed altri una struttura rinforzata dalla forma, che si pone accanto ad oggetto, causa ed accordo quale elemento ulteriore³⁶, evitando così sovrapposizioni con il consenso delle parti.

Le critiche non sono mancate, e, in estrema sintesi³⁷, hanno posto l'attenzione non soltanto sulla dicotomia appena rappresentata (che parrebbe non considerare alcuna forma se non quella scritta³⁸), ma anche sull'esistenza del principio contestato³⁹ (il quale troverebbe conferma nell'articolo 1350, n. 13, c.c.⁴⁰), sull'interpretazione estremamente lasca

³³ Sul principio di libertà delle forme si veda M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, 989. In materia di contratti finanziari analizza il tema il recente lavoro di E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, Milano, 2018, 45.

³⁴ N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985. Per una critica funzionale al principio di libertà della forma si veda P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.

³⁵ N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, cit., 81.

³⁶ ID., *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, cit., 83.

³⁷ Per una rassegna degli argomenti si veda S. PAGLIANTINI, *Art. 1350 – Atti che devono farsi per iscritto*, in *Dei contratti in generale – Artt. 1350-1386*, a cura di E. Navarretta e A. Orsano, in *Comm. del cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Milanofiori Assago, 2016, 8-15.

³⁸ F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2009, 820.

³⁹ P. VITUCCI, *Applicazione e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *La forma degli atti nel diritto privato*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Giorgianni M.*, Napoli, 1988, 809.

⁴⁰ Tale regola prevede che debbano farsi per atto pubblico o scrittura privata «gli atti specialmente indicati dalla legge».



dell'articolo 2721, secondo comma, c.c.⁴¹ (che ha svuotato il significato della limitazione di cui al primo comma dell'articolo 2729 c.c.⁴²), sulle compilazioni d'armonizzazione del diritto europeo dei contratti (ove si asserisce la libertà delle forme⁴³ come nei Principi UNIDROIT⁴⁴), nonché sulla considerazione secondo cui alla forma non consegue sempre e solo una questione di completezza della fattispecie – vi sono più forme accanto a questa⁴⁵ – e la sua mancanza non si riduce sempre all'invalidità dell'atto⁴⁶.

Da questa prospettiva, allora, si è osservato come la limitazione della libertà di veste attribuibile al rapporto⁴⁷ garantisca tutela alla parte più debole e disinformata⁴⁸, livellando le relative asimmetrie e consenta così di coniugare il principio costituzionale di libera iniziativa economica privata (di cui all'articolo 41 della Costituzione) con quello della centralità della persona (espresso dagli articoli 2 e 3, II comma) e quello della solidarietà (anch'esso contemplato dal medesimo articolo 2 della Costituzione)⁴⁹.

La forma «informativa» è strettamente correlata con il contenuto del documento, anch'esso disposto dal Legislatore a fini protettivi ed informativi del contraente debole. Nel caso dei contratti finanziari, il riferimento corre al Regolamento Intermediari, il quale, richiamato dal Testo Unico della Finanza, contempla per l'appunto una serie di indicazioni che questi tipi di rapporti debbono perlomeno presenta-

re, limitando, innanzitutto, la sua applicabilità ai «clienti al dettaglio» e, quindi, ai consumatori⁵⁰.

Si tratta, in generale, di indicazioni che attengono situazioni in cui l'azione sleale o negligente dell'*agent*, cioè, secondo la letteratura giuridico-economica, di chi agisce nell'interesse altrui ed è separato, dalla propria controparte – il *principal* – da significative asimmetrie informative, può arrecare allo stesso *principal* una perdita secca⁵¹ ed alla

⁵⁰ In particolare, secondo l'Articolo 37 del menzionato regolamento, i contratti di investimento devono: a) specificare i servizi forniti e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate; b) stabilire il periodo di efficacia e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; c) indicare le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni; d) prevedere la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione che l'intermediario deve fornire al cliente nell'adempimento dell'obbligo di rendicontazione dell'attività svolta; e) indicare i corrispettivi che spettano all'intermediario o i criteri oggettivi per la loro determinazione, specificando le relative modalità di percezione e, ove non diversamente comunicati, gli incentivi ricevuti (ai sensi delle disposizioni previste dal Titolo V della Parte II del Regolamento); f) indicare se e con quali modalità e contenuti in connessione con il servizio di investimento può essere prestata la consulenza in materia di investimenti; g) indicare le altre condizioni contrattuali convenute con l'investitore per la prestazione del servizio; h) indicare le procedure di risoluzione stragiudiziale di controversie, definite ai sensi dell'articolo 32-ter del Testo Unico della Finanza. Inoltre, qualora il contratto abbia ad oggetto la gestione di portafogli, questo deve contemplare, ai sensi dell'Articolo 38 del Regolamento Intermediari: a) i tipi di strumenti finanziari che possono essere inclusi nel portafoglio del cliente e i tipi di operazioni che possono essere realizzate su tali strumenti, inclusi eventuali limiti e specificando la possibilità per l'intermediario di investire in strumenti finanziari non ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato, in derivati o in strumenti illiquidi o altamente volatili o di procedere a vendite allo scoperto, acquisti tramite somme di denaro prese a prestito, operazioni di finanziamento tramite titoli o qualsiasi operazione che implichi pagamenti di margini, deposito di garanzie o rischio di cambio; b) gli obiettivi di gestione, il livello del rischio entro il quale il gestore può esercitare la sua discrezionalità ed eventuali specifiche restrizioni a tale discrezionalità; c) l'eventualità che il portafoglio del cliente possa essere caratterizzato da effetto leva; d) la descrizione del parametro di riferimento, ove significativo, al quale verrà raffrontato il rendimento del portafoglio del cliente; e) l'eventualità che l'intermediario deleghi a terzi l'esecuzione dell'incarico ricevuto, specificando i dettagli della delega; f) il metodo e la frequenza di valutazione degli strumenti finanziari contenuti nel portafoglio del cliente.

⁵¹ Il modello economico di *principal and agent* descrive quella relazione sociale sussistente tra due soggetti e caratterizzata dal fatto che l'azione leale e diligente dell'uno (*agent*) influisce sulla funzione di utilità dell'altro (*principal*), derivando dall'attività del primo benefici o danni in capo al secondo.

Il problema degli incentivi sorge ogniqualvolta un *principal* voglia delegare ad un *agent* una attività, in quanto privo del tempo e della capacità di intraprenderla ovvero in quanto ritenga di poter ottenere dei benefici maggiori dalla specializzazione del (lavoro del) secondo.

Quest'ultimo, per il mero fatto di essere stato delegato, avrà accesso ad informazioni che il *principal* non conosce (c.d. *hid-*

⁴¹ Parrebbe far proprio questo argomento S. PAGLIANTINI, *Art. 1350 – Atti che devono farsi per iscritto*, cit., 10.

⁴² L'osservazione è di R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 704, i quali però non ritengono sufficiente la medesima per affermare un «principio generale di libertà delle forme richieste ad probationem».

⁴³ G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009.

⁴⁴ P. GALLO, *Trattato del contratto*, Milanofiori Assago, 2010, II, 1951.

⁴⁵ S. PAGLIANTINI, *Art. 1350 – Atti che devono farsi per iscritto*, cit., 13-14.

⁴⁶ F. DI GIOVANNI, *La forma*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, II, 2006, 895, il quale nota come vi possano essere più sanzioni, a seconda della regola che si considera, per violazione di un precetto di forma.

⁴⁷ U. BRECCIA, *La forma*, cit., 536; M. MESSINA, «Libertà di forma» e nuove forme negoziali, Torino, 2004, 112.

⁴⁸ Si vedano per tutti S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. e impr.*, 1994, 43; G. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 13; nonché U. BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, dir. da V. Roppo, *Formazione*, a cura C. Granelli, I, Milano, 2006, 474.

⁴⁹ Si veda sul punto P. PERLINGIERI, *Riflessioni sul diritto contrattuale europeo tra fonti e tecniche legislative*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, 485 nonché ID., *Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto dalla Comunità Economica Europea all'Unione Europea*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. PERLINGIERI e E. CATERINI, IV, Napoli, 2009, 7.



quale questi può porre rimedio facendo valere le regole di condotta. In queste situazioni, è chiaro che il compito del Legislatore è quello di sopperire al crollo del mercato, con obblighi di *disclosure*, in modo tale da prevenire l'allocazione delle perdite in capo ai clienti ed i conflitti davanti alle corti, che, com'è ovvio, generano costi non soltanto per gli attori coinvolti, bensì per l'intero sistema.

Al fine di render più incisivi questi obblighi, si è poi loro associato un ulteriore dovere, che attiene alla consegna materiale del supporto fisico grazie al quale le informazioni circolano, cioè il documento che rappresenta il contratto concluso tra il cliente e l'intermediario. La regola vale tanto per i contratti di investimento quanto per quelli bancari⁵² e parrebbe consentire al contraente disinformato, in caso di sua violazione, di reagire attivando la nullità pro-

den information o adverse selection) e, per contro, al *principal* risulterà impossibile, non possedendo le conoscenze necessarie, monitorare e valutare la condotta dell'*agent* (c.d. *hidden action* o *moral hazard*). Sicché, onde evitare che il *delegato*, sfruttando il bagaglio conoscitivo di cui è munito, pregiudichi l'interesse del suo *delegante*, gli dovrà essere predisposto un sistema di incentivi idoneo in termini di compensazione premiale.

In ultima analisi, pertanto, il modello di *principal & agent* si fa carico di costruire l'«*optimal contract*», cioè quell'accordo che preveda un compenso strutturato in modo tale da incentivare l'*agent* ad agire nell'esclusivo interesse del *principal*.

Per un approccio estremamente chiaro ai problemi di *agency costs* nella società e nel diritto cfr. E.A. POSNER, *Agency Models in Law and Economics*, in John M. Olin Law and Economics Working Papers, University of Chicago Law School, Paper no. 79, The Coase Lecture, Winter c.c. 2000, 12 p. È in ogni caso molto vasta la letteratura economica e di analisi economica del diritto, che si è occupata di *agency costs*, tra molti, a titolo meramente esemplificativo, cfr. F. H. EASTERBROOK - D. R. FISCHEL, *Close Corporation and Agency Costs*, 38 Stan. Law Rev 371 (1986); S. SHAVELL, *Risk Sharing and Incentives in the principal-Agent Relationship*, in 93 Bell Jour. of Economics 541 (1979); G. BAMBERG-K. SPREMANN (ed.), *Agency Theory, Information and Incentives*, Berlin, 1987; S.A. ROSS, *The Economic Theory of Agency, The principal's Problem*, 63 Economic American Rev. 134 (1973); J.W. PRATT - R. ZECKHAUSER (ed.), *Principal and Agent, The structure of Business*, Boston, 1985; M.J. JENSEN - W.H. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 Jour. of Financial Economics 305 (1976); S.J. GROSSMANN - O.D. HART, *An Analysis of principal and Agent Problem* in 51 Econometrica 7 (1983); K. SCOTT, *Agency Costs and Corporate Governance* (voce), in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London-New York, 1998, 26; F. GJESDAL, *Information and Incentives: The Agency Information Problem*, 49 Rev. of Economics Studies 373 (1982); J.J. LAFFONT - D. MARTIMOR, *The Theory of Incentives. The principal-agent Model*, Princeton, 2002; nella letteratura giuridica italiana, cfr. F. SARTORI, *La teoria economica dell'agency e il diritto: prime riflessioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 607.

⁵² Si veda l'articolo 23 del TUF e l'articolo 117 del TUB.

tettiva⁵³, col conseguente rimedio restitutorio che a questa fa seguito secondo le regole generali. Il vincolo di forma è dunque «composito in quanto vi rientra, per specifico disposto normativo, anche la consegna»⁵⁴. Lo stesso principio, peraltro, parrebbe potersi applicare anche ai contratti bancari⁵⁵.

Quindi, la prescrizione della forma scritta, le norme sul contenuto del contratto e l'obbligo di consegna del medesimo contribuiscono a formare la minima garanzia assumibile dal Legislatore per assicurarsi che l'*agent* livelli (o effettui perlomeno uno sforzo per appianare) la differenza di informazioni. Già, perché, come noto, non sempre tali accorgimenti sono sufficienti, nel senso che non sempre la sottoscrizione di un documento scritto a contenuto vincolato è in grado di rendere effettivamente edotto il cliente della disciplina adottata nel suo rapporto con l'intermediario. Ma questo è un altro discorso, di cui la dottrina del nostro ordinamento ha piena consapevolezza⁵⁶.

Sì è detto – e lo osservano anche le Sezioni Unite – che questo tipo di nullità si collochi in quella tendenza del Legislatore, italiano ed europeo, definita come neoformalismo negoziale⁵⁷, di prevedere vincoli di forma in un crescente numero di fattispecie contrattuali a cui tale vincolo era precedentemente estraneo ed in ragione di una specifica funzione, di volta in volta affidatagli e finalizzata a tutelare una delle due parti del contratto, che è ritenuta, ex-ante, più debole rispetto all'altra⁵⁸, in quanto meno informata. Tant'è che, in dottrina si è anche

⁵³ 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 *I contratti*, 2008, 80; E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., 96.

⁵⁴ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit. Era già della stessa opinione 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 *I contratti*, 2008, 80.

⁵⁵ Si veda A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 104.

⁵⁶ Si veda punto M. SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., 182.

⁵⁷ E' antesignano rispetto alla funzione delle forme quale garanzia della parte più debole P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Camerino-Napoli, 1987, 67 ss. Sul neoformalismo, in generale, si vedano R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, cit.; R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione dei contratti*, Napoli, 1999; M. MESSINA, *Libertà di forma e nuove forme negoziali*, cit.; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; U. BRECCIA, *La forma*, cit., 465;

⁵⁸ Per una classificazione si veda S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, 5

parlato di neoformalismo «informativo»⁵⁹, laddove lo «scritto contrattuale non è un obiettivo finale, bensì un semplice passaggio intermedio»⁶⁰.

In questo scenario va collocata la regola operativa adottata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che poggia sulla considerazione secondo cui la nullità prevista per difetto del *vestmentum* (e consegna del documento) dei contratti (bancari e finanziari) va per l'appunto intesa in ragione della funzione attribuita dal Legislatore e non nella cornice dell'ordinario statuto della nullità previsto dal codice civile.

Questo approccio strettamente funzionale allontana ulteriormente la nullità di protezione di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza (e, dunque, vista l'assoluta analogia di struttura, quella di cui agli articoli 117 e, perlomeno in parte⁶¹, 127 del Testo Unico Bancario) dallo statuto della nullità contemplato dal codice civile, agli articoli 1325 (n.1 e n. 4) e 1350 e seguenti.

Qui la duplice funzione di riconduzione del documento a colui che lo ha sottoscritto e di prestazione del consenso è imprescindibile.

Si ritiene infatti che, quando la forma scritta è richiesta ai fini della produzione degli effetti del contratto, non sia ammesso far emergere altrove il consenso delle parti⁶². In altre parole, l'accordo deve

evincersi dalle sottoscrizioni di un documento scritto, a nulla rilevando l'eventuale comportamento concludente di uno o entrambi i contraenti e l'esecuzione delle prestazioni concordate, grazie ai quali potrebbero recuperarsi gli effetti del contratto.

È tuttavia rilevante, fungendo da equivalente della sottoscrizione, oltre alla produzione in giudizio del contratto da parte del contraente che non ha firmato (con effetti *ex nunc*), qualsiasi dichiarazione scritta, «diretta alla controparte e dalla quale emerga l'intento di avvalersi del contratto»⁶³.

Dunque, pur non essendosi nettamente affermata «la sufficienza del consenso comunque manifestato, attorno ad un testo scritto»⁶⁴, «si è semmai valorizzato il riferimento a quest'ultimo, fatto attraverso dichiarazioni pur sempre formali e recettizie, reputate idonee – in forza di tali caratteri – a surrogare la sottoscrizione mancante»⁶⁵.

Del resto, se così non fosse, la preoccupazione del Legislatore circa la necessità che sia adottata la forma scritta verrebbe riposta nel nulla: in assenza di un documento firmato dai contraenti ed in presenza di un contratto eseguito, in tutto o in parte, gli effetti del medesimo verrebbero comunque a prodursi.

Per i contratti bancari e finanziari, invece, la questione è diversa.

Se la forma è infatti funzionale alla sola riconduzione della scrittura a colui il quale l'ha sottoscritta e richiede necessità di attribuzione al cliente, nell'ottica di appianare il dislivello informativo, si possono trarre almeno due conclusioni.

La prima è che, secondo la nuova regola operativa, la veste richiesta dall'articolo 23 del Testo Unico della Finanza, non rileva ai fini della struttura.

La seconda, che consegue alla precedente, attiene all'irrelevanza della forma rispetto al consenso delle parti e, dunque, all'accordo.

4. L'irrelevanza della forma ai fini della struttura. Il «contratto» di cui all'articolo 23 del T.U.F. è una *sineddoche*.

attuativi di esso e, in definitiva, di comportamenti concludenti che, per definizione, non possono validamente dar luogo alla stipulazione di un contratto formale») in *I contratti*, 2016, 1098, con nota di S. GIULIANI, *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*; e in *Corr. giur.*, 2016, 1110, con nota di A. TUCCI, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*. In dottrina, per tutti, si veda P. GALLO, *Il contratto*, Torino, 2017, 920.

⁶³ Cass. civ., 18 gennaio 1983, n. 469, in *Giust. civ. mass.*, 1982, fasc. 1.

⁶⁴ F. DI GIOVANNI, *La forma*, cit., 889.

⁶⁵ ID., *La forma*, cit., 889.

⁵⁹ Si veda ad esempio E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., 77.

⁶⁰ Le parole, riferite ai contratti bancari, sono di A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., 97.

⁶¹ Si veda M. SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, 179-180, circa la particolare nullità dell'articolo 27 del Testo Unico Bancario.

⁶² In generale si veda Cass. civ., 7 giugno 2011 n. 12297, in *Giust. civ. mass.*, 2011, secondo cui, per l'appunto, «nei contratti soggetti alla forma scritta ad substantiam, il criterio ermeneutico della valutazione del comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla stipulazione del contratto stesso, non può evidenziare una formazione del consenso al di fuori dello scritto medesimo». E' conforme Cass. civ., 21 giugno 1999, n. 6214, in *Foro padano*, 2000, I, 357, ove si osserva come «nei contratti per i quali è prescritta la forma scritta "ad substantiam" la volontà comune delle parti deve rivestire tale forma per tutti gli elementi essenziali e pertanto l'oggetto di esso deve essere almeno determinabile in base ad elementi risultanti dall'atto stesso e non "aliunde", non potendo a tal fine applicarsi il capoverso dell'art. 1362 c.c., a norma del quale l'intenzione dei contraenti può esser desumibile anche dal loro comportamento complessivo, posteriore alla conclusione del contratto, né l'art. 1371 c.c., norma di chiusura rispetto alla predetta». Sull'articolo 23 del Testo Unico della Finanza, si veda Cass. civ., 27 aprile 2016, n. 8395 (secondo la quale «è di tutta evidenza che documentazione quale quella in questo caso depositata dalla banca, indipendentemente dalla verifica dello specifico contenuto e della sottoscrizione di dette scritture, non possiede i caratteri della "estrinsecazione diretta della volontà contrattuale", tale da comportare il perfezionamento del contratto, trattandosi piuttosto di documentazione predisposta e consegnata in esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto il cui perfezionamento si intende dimostrare e, cioè, da comportamenti



Quanto al binomio forma-struttura, si è osservato come le Sezioni Unite abbiano interpretato l'articolo 23 del Testo Unico della Finanza alla stregua di una regola che non richiede forma scritta *ad substantiam*, e che, pertanto, non verrebbe violata dall'assenza della sottoscrizione del cliente⁶⁶. In particolare, la forma non sarebbe elemento essenziale del contratto, come prevista dall'articolo 1325 n. 4 del codice civile, non potendosi infatti sempre ritenere che ogniquale volta sia prevista la nullità per la violazione di una regola che imponga la formazione di un documento, questa sia stata pensata ai fini della struttura del rapporto⁶⁷. Il Legislatore, infatti, potrebbe sempre comminare tale sanzione a prescindere dalla sostanza e identificare il requisito di forma in una serie di «operazioni diverse da quelle che contraddistinguono il perfezionamento del contratto in forma scritta»⁶⁸. A questo punto, probabilmente «potrebbe dubitarsi che ci si trovi di fronte al fenomeno vero e proprio della “forma del contratto”, in quanto la prescrizione formale sembra attere (e probabilmente atterrà) più al documento che all'atto»⁶⁹.

Questa impostazione, secondo la medesima dottrina, sarebbe supportata da un dato letterale e dall'ulteriore obbligo di consegna del documento. Sotto il primo profilo, il tenore della norma, secondo cui i contratti finanziari devono essere “redatti” per iscritto e non “conclusi” o “perfezionati”, lascerebbe intendere che il Legislatore abbia voluto riferirsi, più che alla forma – intesa in senso civilistico tradizionale –, alla documentazione del contratto. Nello stesso senso, deporrebbe l'obbligo di consegnare il contratto al cliente, che – può aggiungersi – quando la forma è prevista ai fini della struttura, pare, naturalmente, ridondante e di chiara natura comportamentale.

Pertanto, il vincolo di *vestimentum* ai sensi dell'articolo 23 del Testo Unico della Finanza si tradurrebbe in una regola di condotta dell'intermediario, tesa ad imporre a quest'ultimo la trasmissione di alcune informazioni e sarebbe rispettata con la sola consegna del testo che le incorpora, la cui sottoscrizione apposta dal cliente – quasi “per ricevuta” – ha una prevalente funzione di provare la consegna del contratto a cui si affianca l'ordinario ruolo riconosciuto alla firma nel nostro

ordinamento, attinente al consenso ed al contenuto dell'atto⁷⁰.

E' critico rispetto a questa impostazione chi ha osservato come la nuova norma potrebbe essere interpretata da almeno tre diverse prospettive (segnatamente, in un'ottica di forma informativa, abuso del diritto e proporzionalità dei rimedi)⁷¹ senza che le conclusioni varino e, attribuendole la natura di regola di condotta, due ulteriori temi acquisirebbero rilievo.

Innanzitutto, essa avrebbe un ambito di applicazione ristretto alla sola ipotesi di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza, senza essere pertanto utilizzabile nell'alveo dei contratti bancari, ex articolo 117 del Testo Unico Bancario, in considerazione della «profonda differenza sul piano funzionale»⁷² delle due nullità. Sicché, considerando come la maggior parte delle sentenze sui contratti monofirma attiene proprio a tale tipo di rapporti, non parrebbe potersi concludere nel senso di ritenere che la Cassazione abbia nei fatti riqualificato, una volta per tutte, la forma protettiva *ad substantiam*.

In secondo luogo, prosegue questa critica, la forma di protezione nei contratti finanziari, «appiattita sul garantire un'idonea informazione, a monte e a valle dell'operazione»⁷³, verrebbe collocata al di fuori dell'operatività degli articoli 1325 e 1418, secondo comma, del codice civile per essere degradata, da obbligo di conclusione, ad obbligo di consegna. Non si tratterebbe quindi di forma *ad validitatem* bensì di forma-modulo⁷⁴, la quale, tuttavia, mal si concilia con un contesto normativo ove ai due legislatori concorrenti, Europeo ed Italiano, risultano compiti diversi, in ragion dei quali il primo introduce la forma a scopo d'informazione ed il secondo ne definisce la sostanzialità o meno⁷⁵.

Se però la forma-modulo assume che il documento in questione non abbia portata contrattuale, ma semmai si collochi nell'ambito del procedimento formativo⁷⁶, allora i conti potrebbero non tornare.

⁷⁰ ID., *La “forma” del contratto quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*, cit., 142.

⁷¹ S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di una informazione materializzata? Le S.S.U.U. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, cit., 146.

⁷² ID., *Forma o modalità di una informazione materializzata? Le S.S.U.U. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, cit., 146.

⁷³ ID., *Forma o modalità di una informazione materializzata? Le S.S.U.U. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, cit., 146.

⁷⁴ E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, 90.

⁷⁵ S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di una informazione materializzata? Le S.S.U.U. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, cit., 147.

⁷⁶ ID., *Art. 1350 – Atti che devono farsi per iscritto*, cit., 66; E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, 90; B.



E' sufficiente prendere in mano uno dei documenti che circolano sul mercato per rendersi conto che esso contiene disposizioni di portata simile e che ben difficilmente può ad esempio esser posto sul medesimo piano dell'informativa, in materia di diritto di recesso, di cui all'articolo 52, I comma, del Codice del Consumo, generalmente additata quale archetipo di forma modulo, distinta da quella del contratto ed incapace di condizionarla⁷⁷.

Quanto invece sembra voler affermare la Corte è una regola operativa qualificabile alla stregua di una regola di condotta che impone all'intermediario di predisporre una proposta scritta – a nome del cliente e contenente tutte le informazioni richieste dalla legge, oltre ai termini del contratto che intende concludere con la controparte – e far sottoscrivere al cliente il relativo documento.

Parrebbe quasi, sotto questa prospettiva, che la Cassazione abbia inteso il «contratto» di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza in senso figurato, come se il Legislatore avesse fatto uso di una sineddoche, esprimendo una «nozione con una parola che di per sé, denota un'altra nozione, e questa ha con la prima un rapporto quantitativo»⁷⁸. Dunque, la tecnica adottata dal redattore della norma sarebbe quella della sineddoche «generalizzante», con cui si nomina un concetto più ampio per far riferimento ad un concetto più ristretto, nel primo contenuto. In tal senso, il Testo Unico impiega «contratto» («il tutto») per indicare soltanto una parte di ciò a cui si riferisce⁷⁹, e, dunque, la «proposta», essendo sufficiente e necessario, in ragione del tipo di regola in questione, che soltanto la seconda rivesta la forma scritta e sia sottoscritta dal cliente.

Questa interpretazione sineddochica sembra la più lineare: si avrà una proposta di contratto, la quale, a questo punto, potrà essere oggetto di accettazione, da parte dell'intermediario, per iscritto, mediante apposita sottoscrizione, formando una scrittura privata ai sensi dell'articolo 2702 c.c., ovvero per comportamento concludente, ai sensi dell'articolo 1327 c.c.

Così interpretato, lo schema ricalca le alternative messe a disposizione dalla legge sulla subfornitura (Legge 18 giugno 1998 n. 192) agli attori del mercato, in ragione delle «caratteristiche» delle «finalità proprie di un "formalismo di protezione"»⁸⁰, che,

alla luce della recente interpretazione delle Sezioni Unite, parrebbe avere molti tratti in comune con i rapporti di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza. Basti qui ricordare come il secondo comma dell'articolo 3 della suddetta legge consideri concluso per iscritto quel contratto di subfornitura in cui il subfornitore non accetta la proposta del committente per iscritto ed inizia l'esecuzione della prestazione, in termini di inizio della lavorazione ovvero della fornitura per cui il contratto è concluso. Se ne deduce che, in questa situazione, prevedendo la descritta alternativa, è lo stesso Legislatore a porre sul medesimo piano forma e comportamento – di una delle parti – diretto alla conclusione del contratto, in considerazione di un'istanza protettiva del subfornitore, la cui posizione è evidentemente ritenuta tutelata a sufficienza per effetto della sola proposta formale del committente e delle informazioni da essa veicolate.

Se dunque l'intermediario sottoscrive l'offerta, nessuna questione potrà essere ovviamente sollevata.

Nell'opposta ipotesi, invece, va osservato come l'articolo 1327 c.c. preveda una fattispecie complessa, composta da: (i) una dichiarazione del preponente, volta alla conclusione del contratto, che include il regolamento a cui dovrà attenersi l'oblato, consentendo a quest'ultimo di ingerirsi nella sfera giuridica altrui, la quale, altrimenti, gli sarebbe preclusa; (ii) una richiesta del preponente in merito all'esecuzione immediata della prestazione ovvero, in alternativa, la necessità che in base alla natura dell'affare o agli usi, l'esecuzione preceda l'accettazione dell'oblato; e (iii) il comportamento dell'oblato, conforme alla proposta⁸¹.

La richiesta può anche non essere esplicita, ma desumersi dal tenore letterale di alcune espressioni incluse nella proposta⁸², col limite dalla buona fede, che impedisce al proponente di pretendere modifiche unilaterali della sfera giuridica altrui.

Se questi elementi mancano, occorre far riferimento alla natura dell'affare, che, secondo la migliore dottrina, va slegata dalle ragioni di urgenza⁸³ e d'interesse del creditore, focalizzato più sul ricevere la prestazione che sull'accettazione della controparte e deve per contro essere letta alla luce di tre ipotetiche caratteristiche della fattispecie, individuabili nel contenuto positivo della prestazione,

PASA, *Forma informativa nel diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2008, 251.

⁷⁷ E. Tosi, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., 90.

⁷⁸ Si veda B. MORTARA GARAVELLI, *Il parlar figurato: manuale di figure retoriche*, Bari, 2010, 21.

⁷⁹ Si veda B. MORTARA GARAVELLI, *Il parlar figurato: manuale di figure retoriche*, cit., 21.

⁸⁰ Le parole sono di G. CONTE, *La formazione del contratto*, artt. 1326-1330 e 1333-1335, in *Il Codice Civile Commentario*,

fondato da Schlesinger e dir. da F. D. Busnelli, Milano, 2018, 243 a cui si rinvia per una lucida analisi sul punto.

⁸¹ R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 303.

⁸² U. PERFETTI, *Il contratto in generale – II, La conclusione del contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da R. Schlesinger, Milano, 2016, 356.

⁸³ Quando questi sussistono, l'applicabilità dell'articolo 1327 pare scontata. Si veda Cass. civ., 12 novembre 2004, n. 21516.



nell'ingerenza nella sfera giuridica del proponente e nell'esclusione dell'utilità di trattative⁸⁴ che, secondo la dottrina, può essere rinvenuta ove non vi siano discussioni sul prezzo della prestazione, poiché ad esempio di mercato o fissato da un terzo⁸⁵.

A ciò alcuni hanno sotteso la necessità che sussistano in ogni caso un interesse del preponente alla conclusione del contratto in tal modo⁸⁶ ed un concorrente interesse dell'oblato⁸⁷. In altre parole, mentre la richiesta (esplicita o desunta) di chi propone esclude l'indagine sulla natura dell'affare, l'applicazione di questo diverso criterio dovrebbe comunque presupporre un interesse – all'anticipo della prestazione – di entrambe le parti⁸⁸, con la precisazione, di alcuni, secondo cui quello dell'oblato non potrebbe collimare con e, pertanto, dovrebbe essere ulteriore rispetto al suo generale interesse alla conclusione del rapporto⁸⁹.

A questa tesi, però, si è più correttamente obiettato, sulla base della relazione ministeriale di accompagnamento al codice civile e degli interessi in gioco, come le tre ipotesi previste dalla norma vadano lette in chiave alternativa tra loro⁹⁰.

Ne consegue che la presenza di uno dei tre requisiti, rende superflua l'insussistenza degli altri, purché, ovviamente, colui al quale sia riconducibile la proposta non abbia richiesto l'accettazione della controparte⁹¹.

Ove poi dalla natura dell'affare non fosse possibile riscontrare esigenze di esecuzione priva dell'accettazione espressa, occorrerebbe far riferimento agli usi, i quali, secondo parte della letteratura giuridica, non si limitano agli usi normativi, ma comprendono anche le usanze negoziali radicate in particolari aree o mercati, e (addirittura) la prassi consolidata tra le parti nell'ambito dei pregressi rapporti commerciali⁹².

Come noto, la legge ricollega alla descritta fattispecie di cui all'articolo 1327 c.c. la qualifica di

contratto e la rende applicabile in qualsiasi transazione, che troverà una propria disciplina di default nel contratto tipico corrispondente⁹³ o applicabile ai sensi dell'articolo 1322 c.c. e seguenti.

La regola, tuttavia, non opera senza frontiere.

Difatti, affinché l'articolo 1327 c.c. possa produrre effetti, l'offerta non deve contemplare prestazioni meramente negative, le quali sono state ritenute incompatibili con la struttura della norma⁹⁴ al pari di quelle prestazioni positive ma i cui effetti si determinino esclusivamente nella sfera giuridica dell'oblato⁹⁵. In particolare, con riferimento alle prime, sarebbe arduo attribuire ad un mero comportamento omissivo la volontà di aderire alla altrui proposta o una libera scelta di colui al quale la proposta è destinata⁹⁶.

In secondo luogo, deve trattarsi di contratti «susceptibili di “esecuzione”»⁹⁷.

Infine, la regola non trova applicazione, secondo giurisprudenza e dottrina, ai contratti formali⁹⁸: non può infatti pretendersi di sostituire la forma scritta al comportamento di una delle parti coinvolte.

Occorre a questo punto verificare se lo schema previsto dalla norma in questione sia o meno applicabile nell'ambito dei contratti finanziari e possa pertanto rappresentare il fondamento normativo sulla base del quale ricostruire l'interpretazione sineddochica delle Sezioni Unite.

La questione parrebbe potersi risolvere in senso positivo.

A tal fine occorre prendere le mosse dalla natura del rapporto e distinguere presupposti di applicazione e limiti, potendo sin da ora anticipare che i primi paiono sussistere ed i secondi essere rispettati.

Quanto ai primi, se, come ribadito dalle Sezioni Unite, cliente e intermediario concludono un con-

⁹³ R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 303.

⁹⁴ ID., *Il contratto*, cit., 304; G. CONTE, *La formazione del contratto*, artt. 1326-1330 e 1333-1335, cit., 225; A. ORESTANO, *Schemi alternativi. La conclusione del contratto per inizio dell'esecuzione*, in *Tratt. del contr.* diretto da V. Roppo, I, *La formazione*, a cura di C. Granelli, Milano 2006, 190.

⁹⁵ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., 304; G. CONTE, *La formazione del contratto*, artt. 1326-1330 e 1333-1335, cit., 225.

⁹⁶ U. PERFETTI, *Il contratto in generale – II, La conclusione del contratto*, cit., 357.

⁹⁷ R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 304.

⁹⁸ Si veda sul punto Corte d'Appello di Palermo, 15 giugno 1957, in *Giust. civ. mass.*, 1957, 65; Cass. civ., 29 settembre 2000, n. 12942, in *Giust. civ. mass.*, 2000, 2027. In dottrina si veda V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da G. Iudica e Zatti, Milano, 2011, 118; G. LA ROCCA, *Sottoscrizione e “forma informativa” nei contratti del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 6, 14; U. PERFETTI, *Il contratto in generale – II, La conclusione del contratto*, cit., 364; A. ORESTANO, *Schemi alternativi. La conclusione del contratto per inizio dell'esecuzione*, cit., 196. Tuttavia, paiono dubitarne, invitando a distinguere a seconda della ragione ispiratrice della forma R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 309.

⁸⁴ R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 305; U. PERFETTI, *Il contratto in generale – II, La conclusione del contratto*, cit., 358.

⁸⁵ R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 306.

⁸⁶ U. PERFETTI, *Il contratto in generale – II, La conclusione del contratto*, cit., 359.

⁸⁷ ID., *Il contratto in generale – II, La conclusione del contratto*, cit., 360.

⁸⁸ F. VENOSTA, *Inizio dell'esecuzione e conclusione dei contratti formali: gli artt. 1327 c.c. e 2, comma 2°, della legge sulla subfornitura*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1165.

⁸⁹ U. PERFETTI, *Il contratto in generale – II, La conclusione del contratto*, cit., 360-361.

⁹⁰ Si veda sul punto G. CONTE, *La formazione del contratto*, artt. 1326-1330 e 1333-1335, cit., 224 e 231.

⁹¹ R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 304; G. CONTE, *La formazione del contratto*, artt. 1326-1330 e 1333-1335, cit., 224.

⁹² ID., *La formazione del contratto*, artt. 1326-1330 e 1333-1335, cit., 231.

tratto quadro suscettibile di essere eseguito, sulla base dello schema del mandato, mediante gli ordini di borsa, è allora evidente come detto contratto assuma rilevanza, ancor prima economica che giuridica, nel momento in cui l'investitore fornisce al professionista la provvista per effettuare il primo acquisto di strumenti finanziari. In altre parole, fino a quel momento, il contratto quadro, ancorché concluso con tutte le formalità del caso, non svolgerebbe alcuna funzione economica apprezzabile e tutte le regole di comportamento ivi contemplate, anche se efficaci, resterebbero, oltre che inapplicate, prive di significato alcuno. Per di più nessuna delle parti potrebbe pretendere alcunché dall'altra. Per chi ha in mente le categorie del trust, il meccanismo presto si spiega: all'atto programmatico, cioè l'atto istitutivo, segue l'atto dispositivo, cioè la dotazione patrimoniale, a cui è subordinata l'esigibilità delle obbligazioni dal primo previste. A ben vedere, dunque, parrebbe un caso di scuola quello del cliente che, recatosi dall'investitore professionale, dopo aver sottoscritto un contratto quadro, non doti la controparte delle risorse necessarie per gli investimenti da questo regolamentati e, pertanto, non lo metta in condizione di eseguire la propria prestazione.

Allora, in quest'ottica, la proposta è redatta dall'intermediario, sottoscritta dal cliente e diretta a concludere il contratto quadro, il cui momento conclusivo inizia coi comportamenti dell'investitore professionale, indicati dalle Sezioni Unite, e si perfeziona, ai sensi dell'articolo 1327 c.c., con l'esecuzione del primo ordine di borsa.

Chiaramente è la natura dell'affare la chiave per l'applicazione della suddetta norma, giacché in tal senso depone inequivocabilmente la prassi del mercato.

Ad essa, tuttavia, può anche essere aggiunta – ove lo si ritenesse necessario in coerenza con quella parte di dottrina sopra citata – la sussistenza di un interesse non soltanto del proponente ma anche dell'oblato.

Difatti, il primo, dopo esser stato portato a conoscenza delle regole d'ingaggio nell'instauranda relazione, non è interessato tanto a ricevere un'accettazione formale dell'altro, che dette regole ha predisposto e stampato su propria carta intesta, quanto, piuttosto, all'esecuzione tempestiva dell'ordine sulla base delle informazioni contenute nel documento appena sottoscritto. Anche l'intermediario, dal canto suo, avrà un interesse allineato con quello del cliente, che coinciderà con la necessità di dar corso alle istruzioni d'acquisto e vendita nel minor periodo di tempo possibile, per evitare che possano essergli contestati, in caso di oscillazioni del mercato, inadempimenti di sorta.

Passando poi ai limiti di applicazione della norma, di cui s'è fatto cenno in precedenza, si può osservare come i contratti di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza siano senz'altro «suscettibili di essere eseguiti» ed il vestimento richiesto per la loro validità non attenga alla loro conclusione bensì allo loro «redazione»⁹⁹.

L'esclusione dei contratti formali, dunque, dovrebbe poter operare nella misura in cui la forma investa la struttura e non, come nel caso dei contratti finanziari, sia richiesta ai soli fini dell'informazione che essa veicola.

Infine, l'eventuale presenza di obblighi di non fare, ove non previsti dalla legge o dal Regolamento Intermediari e quindi applicabili di per sé all'intermediario, non sarebbero comunque oggetto esclusivo della proposta come può essere un patto di non concorrenza o un obbligo di non edificare), giacché associati ad altre obbligazioni, ed avrebbero in ogni caso la funzione di delimitare l'area di ingerenza dell'intermediario nella sfera privata del cliente.

5. L'irrilevanza della forma rispetto al consenso.

La regola operativa sineddochica così descritta ed incorniciata nell'ambito della fattispecie prevista dall'articolo 1327 c.c. depotenzia una delle critiche più aspre che, ad oggi, sono state mosse alla pronuncia delle Sezioni Unite, in merito alla necessità di ricercare un «equipollente della sottoscrizione»¹⁰⁰ in forza di una «prospettazione palesemente contraddittoria. E ciò perché delle due l'una, o la sottoscrizione (del rappresentante) della banca è irrilevante e allora non ha alcun senso ricercarne equipollenti. Diversamente opinando è tutta la costruzione operata dalla sentenza in rassegna a dover essere rimeditata, come forse sarebbe opportuno fare»¹⁰¹. Le medesime considerazioni, peraltro, varrebbero per quelle impostazioni tese a svilire la funzione della sottoscrizione nell'ambito della forma e con riferimento al consenso, le quali hanno sostanzialmente svuotato di portata la firma dell'intermediario per riconoscere medesima valenza a quell'insieme di comportamenti, poi citati dalle

⁹⁹ G. D'AMICO, *La "forma" del contratto quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*, in *I contratti*, 2018, 142.

¹⁰⁰ S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di una informazione materializzata? Le S.S.U.U. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, cit., 147.

¹⁰¹ R. AMAGLIANI, *Nota a breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n.898*, cit., 152.



Sezioni Unite, in virtù dei quali il contratto è predisposto, stampato e fatto sottoscrivere al cliente¹⁰².

Occorre allora riflettere, come sopra anticipato, in merito all'irrelevanza della forma di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza rispetto al consenso.

Se infatti la regola operativa è quella di cui s'è appena detto, che richiede la sola proposta scritta, è evidente come la sottoscrizione dell'intermediario non rivestendo alcuna funzione – né quella di attribuire la scrittura al suo autore, né quella di veicolare il consenso – non sia necessaria e, tantomeno, richiesta.

Quindi, non si tratta di andar alla ricerca di equipollenti della firma¹⁰³ – né parrebbero farlo le Sezioni Unite –, ma, proprio in considerazione del fatto che questa è mancante e che quindi manca l'appropriazione del contenuto del contratto sul versante dell'intermediario, è ovviamente necessario rintracciare il consenso di quest'ultimo, secondo le regole generali contemplate dal codice civile. Va infatti da sé che, se il consenso manca, non può esservi accordo, né contratto.

Soltanto in questa prospettiva possono assumere rilevanza la condotta e le circostanze fattuali indicati dalla Suprema Corte.

Se così è, l'incontro della volontà delle parti potrà essere (rin)tracciato, nell'ambito della relazione, in base ai criteri che l'ordinamento mette a disposizione dell'interprete, tra cui, come noto, il comportamento dei soggetti coinvolti e la conseguente esecuzione del contratto.

In altre parole, non vi è un vizio genetico del rapporto ed attribuibile alla mancanza del consenso che sia sancito dalla forma scritta a pena di nullità (relativa), in ragione della assenza – agli atti del processo – della sottoscrizione dell'intermediario.

Il contratto è valido ed il consenso della banca è desunto dal suo comportamento antecedente, contemporaneo e successivo alla sottoscrizione del documento eseguita dalla controparte.

Non potrebbe pertanto obiettarsi che la giurisprudenza abbia inteso introdurre surrettiziamente una convalida del contratto relativamente nullo ad opera della parte a cui tale facoltà non spetterebbe – giacché non protetta – nemmeno in accordo con quelle tesi che affermano possibilità di convalidare rapporti affetti da nullità relativa¹⁰⁴. La regola ope-

razionale enunciata, infatti, non ha nulla a che vedere con la convalida, giacché quest'ultima, come noto, presuppone un vizio di invalidità del contratto, non riscontrabile quando a firmare sia stato il solo cliente, per le ragioni appena enunciate.

6. L'efficienza della nuova regola operativa

Mentre da un punto di vista strettamente giuridico si potrebbe ravvisare qualche ombra sulla sinedochica interpretazione delle Sezioni Unite, un ragionamento di analisi economica del diritto conduce a differenti conclusioni.

Sotto il primo profilo, infatti, si potrebbe ritenere che il nuovo indirizzo giurisprudenziale sia una forzatura interpretativa appositamente coniata per salvare gli effetti del contratto ed evitare distorsioni d'impiego del rimedio previsto in favore del cliente, giacché finisce per sdoganare quella «forma asimmetrica»¹⁰⁵, suggerita dall'asimmetria informativa che separa le parti e supportata dalla nullità relativa, la cui adozione ha suscitato critiche e perplessità in dottrina¹⁰⁶.

Quanto invece ai risvolti efficientistici, va osservato come la regola operativa così forgiata si ponga in linea con il principio di proporzionalità dei rimedi per la violazione delle regole di condotta e non, di cui si sia reso protagonista l'intermediario finanziario o la banca, giacché ricollega la possibilità di far valer il vizio forma esclusivamente quando quest'ultima non è in grado di assolvere alla propria funzione di veicolo di informazioni per il cliente.

le clausole, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 1183.; S. MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel Codice del consumo e la nullità dei patti*, in *Contratti*, 2007, 699; Id., *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, 175. M. GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, II, Milano, 2015, 1589 e p. 1633-1635; S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, 172; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, 58.

Vi sono comunque opinioni contrarie alla convalidabilità del contratto relativamente nullo. Si vedano F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, 226; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, 214; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, II, in *Tratt. dei contr.*, a cura di Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, 1593, che sottolinea come, se si ammette la convalida, il condizionamento psicologico derivante dalla debolezza contrattuale potrebbe diventare fonte di pressioni della controparte. Contesta quest'ultimo argomento.

¹⁰⁵ M. SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., 178.

¹⁰⁶ Id., *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., 178.

¹⁰² M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., 471; E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., 187.

¹⁰³ Su questi temi è interessante il lavoro, con risvolti filosofici, di G. BERTOLINO, *Documento in senso forte e documento in senso debole*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 845.

¹⁰⁴ S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 941 e 946; G. D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, in *Contr.*, 2008, 732 e 738; A. ORESTANO, *Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà del-*

In secondo luogo, si elimina in radice quel comportamento opportunistico di coloro i quali, pur essendo in possesso del documento debitamente sottoscritto dalla controparte, allegano in giudizio di non averlo mai ricevuto, in modo tale da ottenere una condanna dell'intermediario alla restituzione delle somme investite, sfuggendo all'applicazione delle regole di condotta. Ciò significa, quando la violazione di tali norme sussista, non essere costretti a sopportare l'onere probatorio richiesto per far valere l'azione infedele o poco diligente dell'intermediario, che abbia determinato una perdita secca al portafoglio del risparmiatore, e, quando la violazione di tali norme non sussista, ottenere, indebitamente ed in ogni caso, un rimedio che non verrebbe altrimenti concesso azionando l'apparato rimediabile preposto alla salvaguardia di diligenza e lealtà dell'azione dell'investitore professionale. E' qui dunque sin troppo evidente la scorrettezza dell'attore, il quale, facilitato dalla prassi bancaria e dalla norma sulla nullità, si inserisce tra le maglie del sistema per asserire l'inadempimento di una regola che è stata in realtà rispettata ed ha svolto appieno la funzione riconosciuta dall'ordinamento.

Si tratta allora di evitare la riallocazione, sull'intermediario, di quei costi che dovrebbero restare in capo al cliente giacché derivanti da un'operazione poco fortunata, ma perfezionata nel rispetto delle norme comportamentali, e dunque, lecita.

Quindi, un ulteriore risvolto di efficienza può essere rinvenuto in quella diversa funzione, invocata da autorevole dottrina, che l'articolo 23 del Testo Unico della Finanza avrebbe rispetto all'organizzazione dell'impresa e che, contrariamente a quanto asserito dalla Cassazione, non perderebbe per effetto della nuova regola.

Come sopra accennato, secondo questa impostazione, alle nullità relative previste dai Testi Unici per i contratti (bancari e) finanziari sarebbe sotteso un ordine pubblico di direzione volto alla salvaguardia della fiducia e della integrità dei mercati¹⁰⁷. In tal senso, il vincolo di forma sarebbe teso a garantire professionalità¹⁰⁸ e «buona organizzazione interna della banca»¹⁰⁹. Tali funzioni non parrebbero affatto abbandonate se sol di considera l'obbligazione riconosciuta in capo

all'intermediario di predisporre la proposta di contratto su cui poi il cliente dovrà apporvi la firma.

Infine, dovrebbero essere eliminati – perlomeno nel pensiero delle Sezioni Unite che hanno ritenuto il tema assorbito nella dichiarata validità dei contratti monofirma – se non, più probabilmente, ridursi, quei comportamenti opportunistici di coloro i quali intendano far uso selettivo della nullità relativa, selezionando ed impugnando alcune operazioni effettuate dall'investitore professionale, che non abbiano avuto l'esito sperato, per conservare invece gli acquisti di strumenti finanziari risultati, ex post, vantaggiosi. A questo punto, una corte, investita della questione, non avrebbe a disposizione alcuno strumento, sottratto dal carattere relativo della nullità, per estendere la propria pronuncia alle restanti transazioni. Né simil richiesta parrebbe proponibile dal convenuto¹¹⁰.

Quindi, come acutamente notato, il risparmiatore, conscio di disporre di una strategia di exit priva di costi, potrebbe addirittura avere incentivi ad alzare il livello di rischio dei propri investimenti, riallocando poi, per intero, all'intermediario, le perdite che al primo potrebbero derivare dagli acquisti più rischiosi¹¹¹. In questa prospettiva, la possibilità di selezione degli ordini nell'ambito della causa sulla nullità ex articolo 23 del Testo Unico della Finanza è come se garantisse a chi investe una sorta di assicurazione sulle transazioni sfortunate, azzerando così l'aleatorietà dei contratti di borsa.

Sul punto si è recentemente pronunciata la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, concludendo sostanzialmente in senso favorevole, purché

¹¹⁰ Lo conferma, se mai ve ne fosse stata necessità, Tribunale di Torino, 11 febbraio 2011, inedita su supporto cartaceo ma scaricabile in DeJure, secondo cui: «A fronte della ben mirata richiesta di restituzione di indebito, sta infatti un'assoluta mancanza di possibilità di reazione da parte della banca che, non avendo legittimazione a far valere tale nullità, ben può dubitarsi che possa allargare gli effetti dell'azione promossa dagli investitori anche ad operazioni rispetto alle quali questi (nonostante la dedotta nullità ad origine dell'intero rapporto) nulla richiedano: la domanda riconvenzionale dell'intermediario, infatti, in via potenziale potrebbe (a sua volta iniquamente) rovesciare effetti negativi non previsti e non voluti dall'investitore, unico soggetto legittimato a decidere se e quando far valere la nullità. Analoghe considerazioni portano poi a non ritenere configurabile in capo al giudice un potere di disporre dell'individuazione degli effetti restitutori in forza del rilievo di una exceptio doli rinvenibile nella scelta processuale effettuata dall'attore.

L'investitore, quindi, da parte originariamente debole del rapporto e per questo destinatario della tutela legale, diventa unico arbitro della sorte del rapporto intercorso magari per anni con l'intermediario, sia in ordine alla tempistica dell'azione che della scelta degli investimenti da porre nel nulla, potendo dirigere opportunisticamente e maliziosamente gli effetti della dedotta nullità».

¹¹¹ Lo nota D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010, 26 ss.

¹⁰⁷ 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*, cit., 393; ID., *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 63; ID., *Diritto e prassi del mercato finanziario*, cit., 107.

¹⁰⁸ ID., *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, cit., 393 ss.

¹⁰⁹ Cass. civ., 16 gennaio 2018, cit.



all'intermediario non sia riallocata un'eternalità negativa eccessiva ed autorizzata dalla norma.

Più nel dettaglio, è stata attribuita all'investitore la possibilità di scegliere gli ordini da impugnare, limitando la selezione attraverso l'applicazione di un criterio di buona fede, quasi matematico, volto ad evitare che la controparte sopporti un ingiustificato pregiudizio. Difatti, la Suprema Corte ha ritenuto che il cliente sia gravato da un obbligo di lealtà, in ragion del quale la nullità di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza «deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede, secondo un parametro da assumersi in modo univoco e coerente»¹¹². Si tratta, come specificato nella medesima pronuncia, di un principio che non coincide né con l'*exceptio doli* né con l'abuso del diritto e si traduce in un esame degli investimenti complessivamente perfezionati. In ragione di tale esame, l'intermediario potrà eccepire la mancanza di buona fede laddove l'investitore travalichi il limite del pregiudizio dal medesimo subito, che dovrà essere accertato in giudizio per effetto di una comparazione tra gli investimenti nel complesso oggetto dell'azione e quelli esclusi e non potrà in ogni caso eccedere il *petitum* azionato¹¹³.

¹¹² Si veda Cass. civ., 4 novembre 2019, n. 28314, in www.dirittobancario.it.

¹¹³ 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, 89; G. GUZZI, *Le Sezioni Unite e le «nullità selettive» nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in dirittobancario.it, dicembre 2019; D. MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in dirittobancario.it, dicembre 2019; R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Questione giustizia*, 7 gennaio 2020; A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 TUF tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 26; M. MAGGIOLO, *Exceptio doli e diritto bancario: a proposito di Coordinamento ABF n. 17814/2019 (e delle Sezioni Unite in materia di nullità selettiva)*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 39; A. IULIANI, *Nullità selettive – Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: L'incontrollabile soggettivismo della decisione*, in *Giur. it.*, 2020, 273; S. PAGLIANTINI, *Nullità selettive – Una nullità di protezione ancora in cerca di autore?*, in *Giur. it.*, 2020, 273; ID., *Le stagioni della nullità selettiva (e del «di protezione»)*, in *I Contratti*, 2020, 11; ID., *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 169; 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, 5; ID., *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, 176; M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 154; ID., *Ragioni economiche del settore bancario-finanziario e funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 565; D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *Nuova giur. civ. comm.*,

Naturalmente, l'intermediario, quale contraente non protetto, non potrà agire in via principale o riconvenzionale né al fine di far dichiarare la sussistenza di altri ordini che dipendano dal medesimo contratto quadro, né per ottenere le restituzioni che conseguano alla dichiarazione di nullità del citato accordo e dei relativi ordini¹¹⁴.

La nullità di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza è così sostanzialmente incanalata nel solco tracciato dell'articolo 117 del Testo Unico Bancario, laddove la stessa è definitivamente interpretata alla stregua di nullità «a vantaggio» del cliente, anche sulla base di considerazioni di illegittimità costituzionale che potrebbero discendere da una diversa interpretazione¹¹⁵.

Questo particolare impiego del rimedio previsto dalla legge, tuttavia, diversamente da quanto la Cassazione sembra aver ritenuto, non pare definitivamente scongiurato dalla prospettata validità dei contratti monofirma.

Esso, infatti, potrebbe acquisire nuovamente rilievo, o, meglio, non perdere di importanza, perlomeno ogniqualvolta sia del tutto mancante l'offerta scritta.

Qui, però, si apre altra questione, che attiene alla struttura del rapporto tra l'investitore e la banca e di cui s'è già in parte fatto cenno in apertura di lavoro.

Difatti, in assenza di contratto quadro, il problema che dottrina e giurisprudenza hanno affrontato, pervenendo a soluzioni affatto univoche, attiene all'eventuale necessaria sussistenza o meno del medesimo, da cui discende la natura negoziale o meno dei singoli ordini di investimento.

Sul tema vanno richiamati i già citati orientamenti di dottrina e giurisprudenza, i quali hanno espresso posizioni discordanti.

Al proposito, mi par di poter ritenere che, quando il master agreement non sia stato sottoscritto nemmeno da una delle due parti, la sua necessaria sussistenza possa essere desunta soltanto laddove risulti che la prestazione dell'intermediario sia reiterata nel tempo in una logica di continuità del rapporto con l'investitore.

Per contro, ove questo richieda al primo di dar corso ad una o più operazioni sporadiche, una *tantum*, i cui perfezionamenti siano separati da significativi intervalli di tempo, ciascuna di tali operazioni

2020, 160; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle sezioni unite: un responso fuori partitura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 163; A. BARBA, *Nullità di protezione e selezione degli effetti restitutori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 902.

¹¹⁴ Cass. civ., 4 novembre 2019, n. 28314, cit.

¹¹⁵ Cass. civ., 4 novembre 2019, n. 28314, nonché RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Questione giustizia*, cit.

dovrebbe essere ricostruita quale contratto a sé stante.

Di tal che, in questo secondo caso, non parrebbe nemmeno potersi parlare di uso selettivo della nullità, in considerazione del fatto che le parti, laddove avessero affrontato la questione del contratto scritto, non si sarebbero dirette verso un accordo quadro, ma avrebbero presumibilmente adottato singoli contratti di investimento (e, se del caso, di disinvestimento). Allora, l'impugnazione di un'operazione piuttosto che di un'altra non dovrebbe porre alcun problema di coinvolgimento nella causa di quelle che l'investitore ha ignorato¹¹⁶.

Diverso potrebbe invece essere quando si possa ricondurre il rapporto ad un accordo quadro, i cui ordini di esecuzione siano intesi alla stregua di mere istruzioni materiali.

Qui, infatti, il tema della nullità selettiva continuerebbe a porsi.

7. Conclusioni.

¹¹⁶ Si veda sul punto Cass. civ., 24 aprile 2018, n. 10116, secondo cui «poiché nella specie è fatto incontrovertito che la lunga consuetudine intrattenuta [...] con la banca e sviluppatasi attraverso un elevato numero di operazioni di investimento e disinvestimento non tragga titolo da un pregresso accordo quadro debitamente stipulato tra le parti nella richiesta forma scritta, in quanto un contratto in tal senso non è mai venuto ad esistere tra loro, l'assunto che bisogna trarne ai nostri fini è che se un contratto manca, perché mai le parti hanno inteso dare al rapporto una veste formale stabile e definitiva, ci si trovi in presenza di 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, di guisa che quando se ne faccia valere la nullità - a torto o a ragione che sia, questo qui non rileva - non vi è ragione di chiedersi se ciò integri "un uso selettivo della nullità" e cozzi perciò contro le regole della correttezza e della buona fede o sia fonte di un abuso del diritto, perché una siffatta evenienza - ma non diverso discorso si impone per i pretesi effetti concludenti, quanto alla rinuncia a valersi della nullità o alla convalida di essa di un comportamento protratto nel tempo - è prospettabile unicamente in presenza di un contratto quadro e non quando come qui esso totalmente manchi. Reputa perciò il collegio che, pur dovendo per questo rigettarsi il proposto ricorso incidentale, nondimeno si renda necessario affermare il seguente principio di diritto: "In materia di intermediazione finanziaria, allorché le singole operazioni di investimento abbiano avuto esecuzione in mancanza della stipulazione del contratto quadro, previsto dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, all'investitore, che chiede che ne 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"»

In conclusione, la regola operativa elaborata dalla Suprema Corte pare aver natura di regola di condotta che obbliga l'intermediario a predisporre una proposta di contratto da far sottoscrivere al cliente al fine di informarlo in merito a tutti i termini e condizioni entro cui si svolge la relazione contrattuale. Ne consegue che la nullità per violazione della medesima non è posta ai fini della struttura dell'atto.

A tal fine, la Corte sembrerebbe intendere il termine «contratto» di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza in senso figurato.

Infatti, la Cassazione, ritenendo sufficiente e necessario, in ragione della funzione della norma, che soltanto la proposta del cliente rivesta la forma scritta e sia da questi firmata, ha interpretato la medesima come se questa, al termine «contratto», si esprima ricorrendo ad una figura retorica, e contenga, in particolare, una *sineddoche* «generalizzante»¹¹⁷, tale per cui il Legislatore avrebbe nominato un concetto più ampio - contratto - per far riferimento ad uno più ristretto - proposta - nel primo contenuto.

Soltanto in questa prospettiva, la nuova regola operativa s'incastra a perfezione nel contesto giuridico di riferimento e, in particolare, con il ruolo attribuito dalla stessa Suprema Corte ai comportamenti (concludenti) dell'intermediario - che altrimenti non potrebbero aver rilevanza - e, quindi, con la conclusione del contratto ex articolo 1327 c.c., la cui applicazione, come abbiamo precedentemente esaminato, non parrebbe trovar ostacolo alcuno.

La regola così ricostruita presenta una serie di risvolti efficientistici, giacché rispetta il principio della proporzionalità dei rimedi, elimina in radice comportamenti opportunistici dei consumatori che pretendano di non aver mai ricevuto la copia del contratto sottoscritta dalla banca, contribuisce all'applicabilità dell'*exceptio doli* nei confronti di coloro che, in assenza di un'offerta scritta, intendano selezionare gli effetti della nullità - anziché l'azione -, per far dichiarare nulle le sole operazioni di acquisto di strumenti finanziari che non abbiano avuto l'esito sperato, e, infine, assurge ad una funzione di garanzia della professionalità e della buona organizzazione interna della banca, nell'ottica di preservare la fiducia e l'integrità dei mercati.

Infine, l'applicazione della nuova norma dovrebbe avvenire anche in relazione ai contratti bancari, nel cui ambito l'articolo 117 del Testo Unico Bancario, impone un requisito di forma sostanzialmente collimante con quello dell'articolo 23 del Te-

¹¹⁷ Si veda B. MORTARA GARAVELLI, *Il parlar figurato: manuale di figure retoriche*, cit., 22.



sto Unico della Finanza¹¹⁸, e, come questo, alquanto distante dalle solite ragioni su cui si fondano i precetti di forma¹¹⁹.

96 | Anche perché, come acutamente notato, laddove dovesse trovare applicazione il principio che la Cassazione ha ribaltato – nullità per mancanza della sottoscrizione della banca o dell'intermediario, in presenza di quella del cliente – si finirebbe per sostenere che le disposizioni dei testi unici in materia bancaria e finanziaria siano poste a tutela non tanto del cliente, bensì dell'impresa¹²⁰. Il che, com'è ovvio, significherebbe ribaltarne la *ratio* pensando, al contrario, di starne dando esecutività.



¹¹⁸ A. MIRONE, *Sub art. 117*, in *Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa, II, Artt. 70-162, Torino, 2013, 1309. Si veda anche M. ROSSANO, *Il Disposto dell'art. 117 T.U.B. e gli obblighi di esecuzione del contratto di conto corrente*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, 145.

¹¹⁹ A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., 97.

¹²⁰ ID., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., 96, nota 37.

DIRITTO DELLE SUCCESSIONI E CONTRATTO: STATO DELL'ARTE E PROSPETTIVE FUTURE.

Di Daniele Giglio

| 97

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Le diverse species di patti successori e la ratio del divieto.* – 3. *I negozi trans mortem.* – 4. *I negozi post mortem.* – 5. *Il negozio fiduciario.* – 6. *Patto di famiglia e trust.* – 7. *Il Regolamento europeo n. 650/2012 sulle successioni.* – 8. *Le nuove frontiere del diritto successorio: la c.d. eredità digitale. Conclusioni.*

ABSTRACT. *Sullo sfondo del rapporto tra autonomia privata e divieti di legge, il saggio ricerca in ambito successorio un nuovo punto di equilibrio tra la possibilità di regolamentare la successione mortis causa per mezzo dello strumento contrattuale e i limiti imposti dal divieto di cui all'art. 458 c.c. e dalla successione necessaria, attraverso una disamina degli schemi negoziali che la prassi ha generato e delle novità legislative, anche nel panorama europeo.*

The essay analyzes the relation between the private autonomy and its limits in the inheritance sphere, especially the effective possibility to regulate the succession mortis causa through negotiating schemes that the practice has generated and legislative innovations, also in the European panorama.



1. Premesse.

| 98

La complessità che avvolge il tema della devoluzione del patrimonio per il tempo successivo alla morte del suo titolare deriva in larga misura dai limiti che il diritto successorio impone all'autonomia privata¹. Sotto questo profilo, emblematico appare il divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c.², il quale non consente la chiamata all'eredità per mezzo dello strumento contrattuale e rende, pertanto, il testamento l'unico atto negoziale *mortis causa* utilizzabile dal disponente per regolare la propria successione³.

Il perno di un discorso sul ruolo dell'autonomia privata in ambito successorio non può che essere proprio l'art. 458 c.c., nella sua funzione d'ordine e di principio, la cui violazione ha imposto e continua a imporre la verifica caso per caso di tutte le operazioni contrattuali sospette di aver violato, fra le pieghe delle clausole che la fantasia dei privati non ha mancato di inventare, il tabù dei patti successori.

¹ In dottrina per un inquadramento generale del fenomeno successorio si rinvia a G. BONILINI, *Diritto delle successioni*, Roma, 2004, 5 ss.; Id., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, 1 ss., spec. 25 ss.; A. BURDESE, voce "Successione, II) Successione a causa di morte", in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, 1 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, 5 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I) Parte generale, Tomo I, Principi – Problemi fondamentali, Napoli, 1959, 30 ss.; A. DE CUPIS, voce "Successione, I) Successione nei diritti e negli obblighi", in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1250 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, *Libro secondo: Successioni. Artt. 456 – 511*, Bologna – Roma, 1980, 1 ss.; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980.

² Su cui v. il recente contributo di C. CICERO, *I patti successori*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, vol. 1, a cura di V. CUFFARO – A. GENTILI, Milano, 2021, *passim*.

³ Tra coloro che ritengono che la permanenza del divieto dei patti successori dimostri che il diritto ereditario sia il settore del diritto civile poco sensibile ad adattarsi ai mutamenti della realtà socio-economica si segnala P. SCHLESINGER, *Successione (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 748; S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 90; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, I, *Profilo negoziale dell'atto*, Milano, 1976, 4 ss. Tra le trattazioni più analitiche si veda V. PUTORTI, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001; D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012; D. A. D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione: contributo allo studio dei patti successori istitutivi*, Napoli, 2012; G. ZANCHI, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, in *juscivile.it*, 2013, 700; in chiave comparatistica v. A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, 2002, 155 ss.; A. FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 391 ss.; F. P. TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014.

Il divieto in questione segna, invero, il confine da tracciare fra contratti *inter vivos*, dove la morte di uno dei contraenti figura al più come mero presupposto, e contratti in cui l'evento della morte del disponente assume invece rilevanza causale⁴, di guisa che soltanto questi ultimi, ricadendo nel divieto, devono ritenersi nulli⁵.

A differenza di altri ordinamenti⁶, il nostro sistema delle successioni non ammette la categoria del contratto *mortis causa*, con il quale si dispone della *demise*⁷ dei rapporti patrimoniali in dipendenza della morte dell'autore⁸; con ciò a volere rimar-

⁴ Più in generale, può dirsi *mortis causa* quell'atto che regola rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto, ovvero che dalla morte traggono una loro autonoma qualificazione: per tali atti l'evento della morte assume, quindi, un significato di coefficiente causale. Sul punto, v. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit. 39 ss.; L. BALESTRA – M. MARTINO, *I patti successori*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. BONILINI, I, Milano, 2009, 63 ss.; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, a cura di P. RESCIGNO, I, 2a ed., I, Milano, 1991, 25 ss.; A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE, *La successione per causa di morte. Parte generale*, Torino, 2009, 29 ss.; M. IEVA, *Divieto di patti successori*, in *Comm. Cod. Civ.* diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2010, 29 ss.;

⁵ Cfr. M.V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 536.

⁶ I sistemi di *common law* non conoscono tale divieto; il BGB tedesco si limita, invece, a vietare i patti successori dispositivi e non anche quelli istitutivi e rinunciativi; lo ZGB svizzero ammette la stipula di contratti ereditari, seppur nel limite della quota disponibile; la legislazione francese, infine, prevede, anche a seguito della riforma apportata dalla legge 23 giugno 2006 n. 728, numerose eccezioni al divieto generale di cui all'art. 1130 del *Code Napoléon*. Cfr., per alcuni spunti comparatistici, M.V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, cit., 533 ss.; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, 23 ss.; con particolare riguardo all'ordinamento francese v. A. GAMBARO, *Il modello francese*, in A. GAMBARO e R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, 287 ss.; nella dottrina francese si rinvia a M. C. FORGERARD – R. CRONE – B. GELOT, *Le nouveau droit des successions et des libéralités. Loi du 23 juin 2006. Commentaire & formules*, Defrenois, Parigi, 2007; A. M. LEROYER, *Reforme des successions et des libéralités. Loi n. 2006-728 du 23 juin 2006*, in *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 2006, 613.

⁷ Termine indicante il trasferimento o la cessione di un diritto. Di qui il significato traslato – che ho voluto attribuire – di «devoluzione della ricchezza in un'ottica successoria».

⁸ Il tratto saliente del negozio «a causa di morte» è individuato dalla dottrina nell'assoluta inefficacia nei confronti dei terzi prima che si verifichi l'evento morte. Cfr., per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 2002, 222; ma soprattutto G. GIAMPICCOLO, voce *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 232 ss. Gli studi di Giampiccolo hanno influenzato tutta la dottrina seguente, che ha continuato ad approfondire la distinzione tra atto *mortis causa*, illecito, e *post mortem* o sotto modalità di morte, lecito seguendo la strada già intrapresa in precedenza dallo stesso Giampiccolo. Cfr., in tal senso, V. PUTORTI, *Promesse post mortem e patti successori*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1991, 789 ss.; M. COSTANZA, *Negozi mortis causa o post mortem*, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 956 ss.; C. CACCAVALE, *Patti successori: il sottile confine tra nullità e va-*

care, nell'impianto codicistico, la diarchia tra «successione legale»⁹ e «successione testamentaria»¹⁰,

quale alternativa esclusiva della devoluzione a causa di morte (arg. ex art. 457, 1° comma, c.c.)¹¹.

lidità negoziale, in *Notariato*, 1995, 554 ss.; I. ANTONINI, *Il divieto dei patti successori*, in *Studium Juris*, 1996, 601 ss.; C. CICERO, *Liberalità imputabili alla legittima e divieto di patti successori*, in *Riv. Giur. Sarda*, 1999, 467 ss.

⁹ Per un quadro generale sulla successione legittima si rinvia a G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 311 ss.; ID., voce: «Successione, III) Successione legittima», in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, 1 ss.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1944, 49 ss e 157 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile, 2. La famiglia - Le successioni*, cit., 711 ss.; G. BONILINI, *Diritto delle successioni*, cit., 142 ss.; ID., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 185 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 321 ss.; G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. dir. priv. diretto da P. RESCIGNO, Volume 5, Tomo I, Successioni*, Torino, 1997, 426 ss. e 487 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Volume IV: la famiglia. Le successioni. La tutela dei diritti. Il fallimento*, Padova, 2004, 185 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da A. CICUO e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, Vol. XLIII, Tomo 1, Milano, 1999, 3 ss.; G. TAMBURRINO, voce: «Successione, III) Successione legittima, c) Diritto privato», in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1323 ss.; A. TRABUCCHI, voce: «Successioni (diritto civile): successione legittima», in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 765 ss.; A. TRABUCCHI – C. CARRERI, voce: «Successione legittima», in *Noviss. Dig. it., Appendice*, VII, Torino, 1987, 620 ss.

¹⁰ Numerosi sono i contributi dottrinali relativi al testamento e alla successione testamentaria: tra i tanti, senza pretesa di esaudività, cfr. M. ALLARA, *Il testamento (Riproduzione dell'edizione del 1936)*, Napoli, 1978, 3 ss.; ID., *La successione testamentaria*, in *Corso di diritto civile*, Vol. I, Torino, 1944, 1 ss.; ID., *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, 25 ss.; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., 337 ss.; ID., voce: «Successioni (diritto civile): successione testamentaria», in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 805 ss.; ID., voce: «Successione testamentaria», in *Noviss. Dig. it., Appendice*, VII, Torino, 1987, 636 ss.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, cit., 205 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile, 2. La famiglia - Le successioni*, cit., 727 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Libro secondo: Successioni. Artt. 587 – 600*, Bologna – Roma, 1993, 1 ss.; ID., *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv. diretto da P. RESCIGNO, volume 6, Tomo II, Successioni*, Torino, 1997, 1 ss.; ID., *Il testamento, I) Profilo negoziale dell'atto: appunti delle lezioni*, Milano, 1976, 1 ss.; G. BONILINI, *Diritto delle successioni*, cit., 155 ss.; ID., *Il testamento: lineamenti*, Padova, 1995, 1 ss.; ID., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 201 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 369 ss.; A. CICUO, *Testamento*, Milano, 1951, 1 ss.; G. CRISCUOLI, *Il testamento: norme e casi*, Padova, 1995, 1 ss.; ID., voce: «Testamento», in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, 1 ss.; A. DE CUPIS, voce: «Successione, V) Successione testamentaria», in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1378 ss.; V. FERRARI, *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, Milano, 1972, 1 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Volume IV: la famiglia. Le successioni. La tutela dei diritti. Il fallimento*, Padova, 2004, 201 ss.; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. I, Milano, 1947, 1 ss.; N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, 1 ss.; A. LISSERE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 1 ss.; M. L. LOI, *Le successioni testamentarie (artt. 587 – 623 c.c.)*, in *Giur. sistem. dir. civ. e comm.*

fondata da W. BIGIARI, Torino, 1992, 1 ss.; E. PEREGO, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, 1 ss.; G. TAMBURRINO, voce «Testamento, b) Diritto privato», in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 471 ss.; R. TRILO, *Il testamento*, Milano, 1998, 1 ss.

¹¹ Come affermato nella Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942 «il principio fondamentale del nostro diritto successorio, per cui le forme di successione sono due, la legale e la testamentaria, ho considerato di escludere espressamente l'ammissibilità della terza possibile causa di delazione ossia del contratto come titolo di successione, stabilendo il divieto della cosiddetta successione pattizia o patto successorio». Sul punto si veda R. NICOLÒ, *Disposizioni di beni mortis causa in forma «indiretta»*, in *Riv. not.*, 1967, 644; ID., *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in ID., *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1993, 195 ss. e già in *Vita not.*, 1971, 147; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 222; L. BIGLIAZZI GERI, *Appunti in tema di simulazione del testamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 1218 ss. In proposito cfr., pure, A. DE CUPIS, voce: «Successione, I) Successione nei diritti e negli obblighi», cit., 1250 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Libro secondo: Successioni. Artt. 456 – 511*, Bologna – Roma, 1980, 1 ss. Per la verità, si discute se sia ammissibile una duplice fonte della vocazione, legale e testamentaria, ovvero se la causa immediata della vocazione sia sempre e solo la legge. Nel diritto romano, a differenza di oggi, la successione legittima e quella testamentaria si trovavano, reciprocamente, in rapporto di esclusione (*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*): la prima interveniva in forma puramente sussidiaria, qualora mancasse totalmente la seconda. La regola romanistica è caduta in disuso già nel diritto intermedio; ad ogni modo, essa non è certo presente nell'attuale sistema giuridico, nel quale è ammissibile il concorso delle due forme di delazione rispetto al patrimonio di uno stesso *de cuius* (art. 457, comma 2, c.c.). Si veda, in proposito, L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, cit., 41 ss.; nonché L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., 11 ss.; ID., *Il testamento, I) Profilo negoziale dell'atto: appunti delle lezioni*, cit., 20, il quale considera soltanto la chiamata a titolo di erede, precisando che, in quella a titolo di legato, la fonte legale è ridotta a un numero esiguo di ipotesi (artt. 540, comma 2, 548, comma 2, 580 e 594 c.c.); in argomento v. anche F. SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, 193 ss.; R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, in *Raccolta di scritti*, tomo I, Milano, 1980, 17 ss., 27 ss. e 33 ss., il quale osserva che il testatore potrebbe solo designare concretamente la persona del successore, mentre la designazione astratta sarebbe opera della legge. Più precisamente, sia lo scioglimento del vincolo, che lega i beni alla persona del titolare, sia la successione a causa di morte non dipenderebbero dalla volontà del singolo: lo scioglimento del vincolo deriverebbe dalla morte del titolare e la successione *mortis causa* sarebbe comunque prevista e regolata dalla legge. Va però detto che l'illustre A. individua, accanto alla vocazione e alla delazione, l'autonoma figura della «designazione», alla quale si ricollegano determinati effetti, ad esempio ex art. 58 ss. c.c., e che potrebbe non tradursi in delazione effettiva, nell'ipotesi in cui il designato sia morto prima dell'apertura della successione. Contra L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte, I) Parte generale, Tomo I, Principi – Problemi fondamentali*, Napoli, 1977, 76 ss., secondo il quale la «designazione» potrebbe essere considerata una figura giuridica autonoma, distinta dalla vocazione e dalla delazione, solo qualora si accogliesse la premessa del carattere esclusivamente legale della vocazione. In caso di accoglimento della tesi della duplice fonte della vo-

Non è un caso, quindi, che si sia parlato di crisi del diritto successorio rispetto alle vicende circolatorie del contratto, sì da tenere fuori il primo dai circuiti distributivi della ricchezza¹², mostrando più di qualsiasi altro ambito il peso dei suoi anni¹³. Effettivamente, può constatarsi come il libro secondo del codice civile sia stato oggetto di minimi interventi da parte del legislatore in seguito all'entrata in vigore del codice, specie se lo si compara con gli interventi legislativi effettuati sugli altri libri del codice: oltre agli adeguamenti resisi necessari in conseguenza della caduta del regime fascista (d.r.l. n. 25/1944 e d. leg. lgt. n. 287/1944), e successivamente con la riforma del diritto di famiglia (l. n. 151/1975), altre novelle legislative hanno interessato solo marginalmente o di riflesso il diritto successorio (si pensi, ad esempio, agli adattamenti collegati alle riforme via via succedutesi in materia di filiazione – dalla l. n. 184/1983 fino alla l. n. 219/2012). Peraltro, solo due recenti interventi si segnalano come significativamente innovativi dell'originario ordito

cazione (legale e testamentaria), la premessa verrebbe a cadere, con conseguente impossibilità di ammettere la figura della "designazione". È corretto ritenere che la delazione si riferisca all'elemento oggettivo della successione, mentre la vocazione a quello soggettivo, ossia ai destinatari della medesima. Si tratterebbe, dunque, di due differenti angoli visuali.

¹² Cfr., in proposito, S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in ID. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 13 ss. Denuncia negli stessi anni lo iato tra la disciplina successoria italiana e le trasformazioni sociali in essere già a quel tempo V. FERRARI, *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, Roma, 1972. Cfr., in tempi più recenti, anche M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008. In senso parzialmente difforme L. CAROTA, *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, Padova, 2008, 1 ss. Si è anche evidenziato che in corrispondenza dell'ascesa della classe media e quindi di una maggiore diffusione del benessere a ceti sociali che prima non erano in grado di accumulare ricchezza da trasmettere alle più giovani generazioni si è ampliato lo spettro di soggetti in condizione di elaborare un programma successorio. In tal senso, P. SCHLESINGER, *Successioni (dir. civ.)*, in *Nov. dig. it.*, XVIII, Torino, 1972, 748 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione legittima*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XLII, t. 1, Milano, 1999, 11, nota 22; G. BONILINI, *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* diretto da G. BONILINI, I, Milano, 2009, 42; ID., *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, I, 2000, 795 in cui l'A. critica la posizione espressa da S. RODOTÀ.

¹³ È largamente condivisa, infatti, l'idea che il legislatore sia stato incapace di adeguare il diritto successorio all'evoluzione delle relazioni sociali ed economiche nel corso dei decenni successivi all'emanazione del codice civile vigente. Cfr., in proposito, V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 6 ss., il quale ritiene che il diritto successorio non sia affatto in declino, invitando a prestare attenzione al diritto vivente e non solo ai meccanismi successori tipici previsti dal Libro secondo del Codice Civile.

del libro secondo: la riforma degli artt. 561 e 563 c.c. (art. 2, comma 4-*novies*, lett. a, d.l. n. 35/2005, conv. in l. n. 80/2005, e art. 3 l. n. 263/2005) e l'introduzione degli artt. da 768-*bis* a 768-*octies* c.c. recanti la disciplina del patto di famiglia (nuovo Capo V-*bis* del Titolo III relativo alla divisione ereditaria)¹⁴.

Va detto, però, che la dottrina ha sollecitato più volte un intervento riformatore da parte del legislatore, finalizzato a colmare la distanza tra la disciplina normativa e la realtà sociale e dei traffici¹⁵, testimoniata da un fenomeno di fuga della prassi verso meccanismi atipici di circolazione della ricchezza tra privati¹⁶, non sempre del tutto adeguati allo scopo, anche in ossequio a quanto previsto negli altri ordinamenti europei¹⁷.

In generale si assiste, nell'epoca post-moderna¹⁸, a una maggiore presa di campo dell'autonomia privata rispetto al potere ordinante statale, che invece caratterizzava soprattutto la stagione del

¹⁴ Per questa disamina v. G. ZANCHI, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, in *Jus civile*, 2013, 10, 701, spec. nt. 3.

¹⁵ Cfr. P. RESCIGNO, *Le possibili riforme del diritto ereditario*, in *Giur. it.*, 2012, 1942 ss.; G. BONILINI, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, diretto da G. BONILINI, Milano, III, 2009, 279 ss.; M. MARTINO, *Attribuzioni mortis causa e complessità delle forme di redistribuzione sottese alla successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2021, 1057 ss.

¹⁶ Per queste notazioni v. G. ZANCHI, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, cit., 701; v. pure A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie « in forma indiretta »*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, 919 ss.; S. TEODORA MASUCCI, *Le successioni mortis causa in generale*, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, Milano, II, 2009, 7. *Contra* P. RESCIGNO, *Attualità e destino del divieto di patti successori*, in AA. VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, 5; A. LISERRE, «Quid novi» in tema di successioni mortis causa?, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1997, 13. Mette in luce l'inadeguatezza delle principali alternative elaborate dalla prassi L. CAROTA, *Il contratto con causa successoria*, cit., 15 ss.

¹⁷ Il legislatore, dal canto suo, ha raccolto solo in parte queste sollecitazioni e con risultati insoddisfacenti in termini di attualizzazione del diritto delle successioni. Con una certa dose di approssimazione, può dirsi che le crescenti espressioni dell'autonomia privata in ambito successorio si ricollegano alla necessità di reagire all'evoluzione della complessità dei rapporti economici e sociali che vengono in considerazione al momento della morte di un soggetto, quali il mantenimento di soggetti legati al disponente da rapporti di convivenza e non di coniugio o che hanno prestato servizi in favore del *de cuius* o più semplicemente motivi di risparmio fiscale o ancora la trasmissione di un'attività imprenditoriale.

¹⁸ Su cui v. S. MAZZAMUTO, *Il diritto pos-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *A proposito del diritto post-moderno*, *Atti Seminario Leonessa*, 22-23 settembre 2017, a cura di G. GRISI – C. SALVI, in *L'unità del diritto*, Collana del dipartimento di Giurisprudenza, vol. 12, Quaderni del Dottorato, Roma, 2018, 63 ss., spec. 68.

diritto proto-moderno o liberale¹⁹. E ciò in quanto l'autonomia privata è riuscita via via a sopperire alla crisi della legge, sovvertendo di fatto l'ordine pregresso in cui era la legge ad occuparsi delle necessità dei privati. Vi è riuscita, senz'altro, di pari passo con l'ascesa del soggettivismo interpretativo che tanto connota la giurisprudenza contemporanea, ove il giudice sempre più spesso veste i panni del legislatore²⁰.

A tali processi non sfugge certamente il diritto successorio e così i giuristi hanno iniziato a interrogarsi sulle ragioni del declino del testamento, quale principale strumento per regolare la vicenda successoria che si apre con la morte della persona, e ad approfondire lo studio dei modi o degli strumenti alternativi di regolamentazione della *demise*, nella percezione sicura della perdurante esigenza di regolare il fenomeno successorio al di fuori della successione legittima²¹.

Vi è chi ha parlato, in proposito, di «negozi connessi alla morte»²², di «successioni contrattuali anomale»²³, di «fenomeni parasuccessori»²⁴ o ancora di «disposizioni testamentarie in forma

indiretta»²⁵, per indicare quei negozi diversi dal testamento con cui un soggetto può disporre del proprio patrimonio per il tempo in cui avrà cessato di vivere, da contrapporre alla categoria delle liberalità tra vivi non donative.

La questione cruciale per la nostra discussione è se continua ad avere un senso mantenere nel nostro ordinamento il divieto dei patti successori, magari escludendo alcune fattispecie dalla morsa dell'art. 458 c.c. sull'esempio del legislatore francese (*Loi* 2006-728), oppure se non sia più giusto riconoscere in termini generali, alla luce dei molteplici negozi successori ormai presenti nel nostro ordinamento, la possibilità in capo ai privati di regolamentare la propria successione in forma negoziata, quale terza via da percorrere per la devoluzione del patrimonio ereditario.

In quest'ultimo senso, mi sembra, d'altronde, che deponga il Reg. UE n. 650/2012, il quale, sebbene non introduca il patto successorio a livello europeo²⁶ – non interferendo con le competenze del legislatore nazionale – riconosce, tuttavia, il patto successorio quale strumento di pianificazione ereditaria²⁷, al pari del testamento; con la

¹⁹ A questo proposito si rinvia alla sequenza storico-sociologica riportata in L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo – Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, 10 ss. e 22 ss.

²⁰ Per questo ordine di critiche cfr., *ex multis*, G. GRISI, *Giudice e legge nell'agone del postmoderno*, in *A proposito del diritto post-moderno*, Atti Seminario Leonessa, 22-23 settembre 2017, cit., 29 ss., spec. 33; C. SALVI, *Diritto postmoderno o regressione premoderna?*, in *A proposito del diritto post-moderno*, Atti Seminario Leonessa, 22-23 settembre 2017, cit., 15; L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustiziana*, 2016, IV, 13 ss.; G. ALPA, *Giudici e legislatori*, in *Contratto e impr.*, 2017, 1 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, *passim*, in part. 87 ss.; ID., *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 981 ss.; G. D'AMICO, *Argomentazione per principi ed efficacia orizzontale dei diritti (Spunti per una discussione)*, in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, Studi, Torino, 2018, 184 ss.; ID., *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Ars interpretandi*, 2019, 49 ss.; F. PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, Napoli, 2017, 53 ss.

²¹ Per questi rilievi si rinvia a M. IEVA, *Fenomeni parasuccessori*, in voce *Successione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 2002, 1; cfr. anche N. DI MAURO, *Le disposizioni testamentarie modificative ed estintive del rapporto obbligatorio*, Milano, 2005, 11, spec. note 13 e 14, il quale affronta la questione del declino quantitativo e qualitativo del testamento.

²² Cfr. F. A. MONCALVO, *I negozi «connessi alla morte». Il mandato post mortem*, in *Tratt. dir. succ. e don.*, diretto da G. BONILINI, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 225.

²³ La prima articolata indagine in questa materia si deve a A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, 1 ss.; cfr. pure M. IEVA – A. RASTELLO, *Le successioni anomale legali*, in *Successioni e donazioni* a cura di P. RESCIGNO, I, Padova, 1994, 621 ss.

²⁴ Con questa espressione si allude al più ampio complesso di fatti destinati ad assumere rilevanza al momento della morte di un soggetto. Cfr., in proposito, M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Riv. not.*, 1988, 1139 ss.

²⁵ Cfr. A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, 919 ss.

²⁶ La disciplina europea non decreta la validità del patto successorio né dal punto di vista sostanziale né formale di un tale negozio, così come si desume dal Considerando n. 49 del Reg. n. 650/2012, in cui si prevede che: «un patto successorio è un tipo di disposizione a causa di morte la cui ammissibilità e accettazione variano nei diversi Stati membri. Al fine di agevolare l'accettazione negli Stati membri dei diritti successori acquisiti per effetto di un patto successorio, il presente regolamento dovrebbe determinare quale legge disciplina l'ammissibilità di tali patti, la loro validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti nonché le condizioni del loro scioglimento».

²⁷ L'idea di patto successorio, che si ricava dal testo del Regolamento, corrisponde a quella generalmente accolta negli ordinamenti che vietano l'istituto, nonché a quella dell'art. 8 della Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alle successioni a causa di morte del 1° agosto 1989. L'art. 3 par. 1 lett. b) Reg. UE n. 650/2012 definisce, infatti, il patto successorio come «l'accordo, anche derivante da testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza corrispettivo, diritti nella successione futura di una o più persone parti dell'accordo». L'oggetto del patto successorio definito nel Regolamento deve essere necessariamente costituito da diritti relativi alla successione di una o più delle parti del patto, con esclusione dei diritti sulla successione dei terzi rimasti estranei ad esso. Per converso, restano esclusi gli accordi che attribuiscono diritti o trasferiscono beni in occasione dell'apertura della successione ma al di fuori della vera e propria vicenda successoria. In tale prospettiva, il Regolamento esclude dall'ambito di applicazione ogni genere di accordi tra vivi, come pure strumenti aventi effetti analoghi come la comproprietà con reversibilità a favore del coniuge superstite (art. 1 par. 1 lett. g). A questo proposito, è utile richiamare la sentenza della Corte giustizia Unione Europea, Sez. I, 09/09/2021, n. 277/20, in cui si chiarisce che «l'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio



conseguenza che il divieto dell'istituto previsto in varie legislazioni dei Paesi membri non costituirebbe parte dell'ordine pubblico di questi Stati ai sensi degli artt. 35 e 40 lett. a) del Reg. n. 650/2012.

Presso di noi, da ultimo, in una prospettiva *de iure condendo* di "semplificazione" che palesa una maggiore sensibilità alla regola giuridica predisposta dai privati, si staglia il disegno di legge 28 febbraio 2019 (DDL S. 1151)²⁸, il quale sembra privilegiare tecniche flessibili e immediate di normazione di costruzione privata, sia con riguardo ai rapporti familiari in senso lato, con la previsione, *inter alia*, dei c.d. accordi "prematrimoniali", volti a regolare i rapporti personali e patrimoniali, anche in vista di una crisi²⁹, ma soprattutto con riferimento alla disciplina delle successioni *mortis causa*. Qui desta particolare attenzione la possibilità di stipulare patti sulle successioni future, intesi alla devoluzione dei beni del patrimonio ereditario in essi determinati ai beneficiari ivi indicati, ovvero a permettere la rinuncia irrevocabile di successibili alla successione generale o con riguardo a particolari beni, restando inderogabile la quota di riserva prevista dagli articoli 536 e ss. c.c. A quest'ultimo proposito, emerge, inoltre, la volontà di trasformare la quota riservata ai legittimari in una quota del valore del patrimonio ereditario al tempo dell'apertura della successione, garantita da privilegio speciale sugli immobili che ne fanno parte o, in mancanza di immobili, da privilegio generale sui mobili costituenti l'asse ereditario³⁰.

2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, deve essere interpretato nel senso che un contratto in forza del quale una persona prevede il trasferimento futuro, alla sua morte, della proprietà di un bene immobile ad essa appartenente ad altre parti contraenti costituisce un patto successorio, ai sensi di tale disposizione».

²⁸ Su cui v. L. BALESTRA – V. CUFFARO – C. SCOGNAMIGLIO – G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Il Corriere giuridico*, 5/2019, 589 ss.

²⁹ Per la verità, la delega mira a consentire, in generale, la stipulazione di "accordi" tra i nubendi, tra i coniugi, e tra le parti di una programmata o attuata unione civile. Tali accordi avranno lo scopo di regolare i rapporti personali e quelli patrimoniali tra le parti, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto, nonché a stabilire i criteri per l'indirizzo della vita familiare e l'educazione dei figli, fermo restando comunque il rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume.

³⁰ Su cui v. i rilievi di A. PURPURA, *La fisionomia del testamento tra volontà negativa e traduzione in regola successoria*, in *Pers. e merc.*, 3/2020, 305; P. MAZZAMUTO, *La tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, in *www.comparazionediritto.civile.it*, aprile 2019, 29 ss. Sulla tutela dei creditori del legittimario v. pure il volume di I. L.

La delega, recependo probabilmente le suggestioni provenienti dall'esperienza del contratto ereditario presente nel *BGB*³¹ e movendo forse dall'esempio francese³² della *donation-partage*³³, lascia fermo il divieto dei patti dispositivi dei diritti spettanti da una successione non ancora aperta, ma prevede l'introduzione nell'ordinamento successorio di patti istitutivi, tramite i quali sarebbe consentito attribuire in vita beni determinati ai vari successibili, senza che con ciò trovi ingresso la designazione contrattuale di erede³⁴, e di patti rinunziativi, mediante i quali alcuni successibili (e ragionevolmente i legittimari) potrebbero rinunciare ad ogni pretesa successoria o comunque ad una pretesa su determinati beni³⁵. Così risulterebbe aperta la strada ad un possibile governo su base negoziale della vicenda successoria e, conseguentemente, ridimensionato il ruolo del testamento quale unica ed esclusiva espressione dell'autonomia privata in ordine alla devoluzione del patrimonio della persona.

2. Le diverse *species* di patti successori e la *ratio* del divieto.

L'unitaria disciplina dei patti successori desumibile dal tenore letterale dell'art. 458 c.c. non corrisponde, a ben vedere, a una tipica e unitaria

NOCERA, *La tutela dei creditori del legittimario*, Torino, 2020, *passim*.

³¹ Nel *BGB* i patti successori (*Erbverträge*) sono ammessi e trovano disciplina nei §§ 1941 e 2274 ss. a fianco del testamento, dal quale differiscono perché con i primi il disponente si impegna nei confronti di un altro soggetto, perdendo la possibilità di revocare le disposizioni *mortis causa*. In argomento v. A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, Torino, 2002, 34 ss.

³² In Francia, si ritiene che ai fini dell'esistenza di un patto successorio sia necessario: a) che vi sia una convenzione che abbia ad oggetto beni suscettibili di far parte della successione di uno dei contraenti (patti istitutivi) o che si pensi di acquistare dalla successione di un terzo; b) che l'oggetto del negozio rientri in una successione non ancora aperta; c) che si realizzi una modificazione delle regole di diritto successorio concernenti le quote spettanti agli eredi necessari. Per questa descrizione si rinvia a V. PUTORTI, *I contratti post mortem*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2012, 777 ed ivi riferimenti di dottrina francese; v. pure A. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi e italiani*, in *Contr. Impr. Europa*, 1/2009, 427 ss.

³³ Su cui v. B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2007, 21 ss.

³⁴ Il tema è fortemente avvertito in caso di mere convivenze non altrimenti formalizzate, come osserva V. CUFFARO, *Quota di riserva e patti successori*, in L. BALESTRA – V. CUFFARO – C. SCOGNAMIGLIO – G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Il Corriere giuridico*, 5/2019, 591.

³⁵ L'attuazione del disegno di legge imporrà, per ragioni di carattere sistematico, di rivedere anche le disposizioni in tema di patto di famiglia.



nozione di patto successorio³⁶. Si è soliti distinguere, infatti, tre tipologie di patti successorii³⁷, che rimandano a distinte ipotesi di autoregolamentazione di privati interessi, accomunate solo dal fatto di riferirsi ad una successione non ancora aperta, sebbene siano diverse quanto alle specifiche finalità che in astratto potrebbero essere realizzate³⁸.

Il divieto in esame, peraltro, può riguardare anche tipologie negoziali con struttura unilaterale, tanto da rendere vana, di fatto, la ricerca di una definizione unitaria di patto successorio³⁹. Ciononostante, gli unici elementi in comune a tutte le convenzioni successorie, oltre alla individuazione di una situazione giuridica soggettiva oggetto di una futura successione, possono ravvisarsi nell'esistenza antecedente all'apertura della successione di un negozio non testamentario e nell'irrelevanza della previsione o meno di un corrispettivo, stante il tenore letterale dell'art. 458 c.c., a mente del quale ogni patto successorio è in quanto tale colpito da nullità, a prescindere dal suo carattere oneroso o gratuito⁴⁰.

Procedendo per ordine, la prima tipologia che viene in rilievo è quella dei patti successorii cosiddetti «istitutivi» di cui all'*incipit* dell'art. 458 c.c., attraverso i quali due soggetti convengono di istituire uno di essi, e/o terze persone, quali loro eredi (o legatari), disponendo così della propria futura successione attraverso un atto strutturalmente diverso

dal tipico strumento testamentario, ma funzionalmente speculare a quest'ultimo: donde la natura di un vero e proprio atto *mortis causa*⁴¹.

La seconda tipologia di patti successorii comprende, invece, i cosiddetti patti «dispositivi», i quali, a differenza di quelli istitutivi, sono negozi normalmente bilaterali, con cui una parte dispone a favore dell'altra dei diritti che suppone di acquistare, in futuro, sulla successione altrui, così trasferendo (o obbligandosi a trasferire) all'altra parte diritti che le deriveranno da una successione *mortis causa* di un altro soggetto, che formalmente rimane estraneo al patto medesimo⁴². Qualora il futuro *de cuius* prenda, invece, parte all'accordo, accanto al patto dispositivo si avrebbe un collegato patto istitutivo, con conseguente nullità di entrambi gli accordi.

Questo tipo di pattuizione, quindi, ha natura di negozio *inter vivos*, giacché ha per oggetto la futura eredità altrui, non potendo neppure astrattamente essere considerato titolo di una delazione ereditaria nei confronti di colui che ne risulta, direttamente o indirettamente, il beneficiario. Si tratta, infatti, di negozi caratterizzati dalla peculiarità che i diritti o i beni che ne sono oggetto dovrebbero essere acquistati a causa di morte; sicché, il relativo divieto può essere considerato come specifica eccezione legislativamente prevista al principio espresso dall'art. 1348 c.c., quale ipotesi di nullità per impossibilità dell'oggetto⁴³.

Beninteso, il divieto dei patti dispositivi, secondo quanto previsto dell'art. 458 c.c., colpisce ogni singolo negozio che abbia ad oggetto, in positivo o in negativo, diritti successorii futuri, a prescindere cioè dalla struttura effettivamente bilaterale

³⁶ In senso contrario V. BARBA, *I patti successorii e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, 20, il quale ritiene che sia possibile una loro *reductio ad unum*. Sul volume di V. BARBA si segnala anche la recensione di C. CICERO, *Recensione a Vincenzo Barba, I patti successorii e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Esi, Napoli, 2015, pp. XII-232, in *Dir. Succ. Fam.*, 3/2016, 975 ss.

³⁷ In argomento M. CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456 - 461 c.c.*, in *Comm. cod. civ.* fondato da P. SCHLESINGER e continuato da F. D. BUSNELLI, Milano, 2006, 94 ss.; G. CASU, *I patti successorii*, in *Testamento e Patti successorii*, Milano, 2006, 463 ss.; M. MARTINO, *I patti successorii: ragione del divieto e tendenze evolutive*, Bologna, 2007, 9 ss.

³⁸ Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 39 ss.; L. BALESTRA – M. MARTINO, *I patti successorii*, cit., 63 ss.; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successorii*, cit., 25 ss.; M. IEVA, *Divieto di patti successorii*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2009, 29 ss.

³⁹ Quanto alla disposizione testamentaria effettuata in adempimento di un patto successorio, ovvero di una promessa unilaterale, è preferibile ritenere applicabile nel primo caso l'art. 626 c.c., nel secondo caso l'art. 624 c.c., in luogo di ritenere nulla la disposizione stessa per difetto di spontaneità. In senso conforme A. BURDESE, voce: «Successione», cit., 4.

⁴⁰ Per questi rilievi v. P. RESCIGNO, *Attualità e destino del divieto dei patti successorii*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del diritto successorio*, Padova, 1995, 1 ss. Sul diritto ereditario come spazio residuale sottratto al governo della libertà contrattuale v., pure, le considerazioni di M. WEBER, *Economia e società. III. Sociologia del diritto*, Milano, 1980, 179.

⁴¹ L'impostazione che siffatta disposizione successoria sia inquadrata nella più generale categoria degli atti *mortis causa*, di cui fa parte anche il testamento, rende il contratto successorio in parola un negozio *mortis causa*, ma non anche un negozio di ultima volontà come il testamento, dal momento che – a differenza di quest'ultimo – il patto istitutivo si connota per l'irrevocabilità. Si esclude che costituisca patto successorio la mera promessa verbale del *de cuius* di testare a favore di una persona, non essendo idonea a creare alcun vincolo giuridico e, pertanto, viene a mancare la menomazione della libertà testamentaria, oggetto della tutela legislativa. Sul punto v. M.V. DE GIORGI, voce *Patto successorio*, cit., 535.

⁴² In argomento v. L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni (art. 456 - 511)*, in *Comm. A. SCIALOJA – G. BRANCA*, Bologna – Roma, 1997, 101 ss.; M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, 66; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 44; L. GENGHINI – C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, in *Manuali notarili*, IV, a cura di L. GENGHINI, Padova, 2011, 44 ss.; C. CACCAVALE, *Il divieto di patti successorii*, cit., 49; V. TAGLIAFERRI, *Il divieto di patti successorii fra autonomia e ordine pubblico*, in *Notariato*, 2003, 431 ss.

⁴³ A ben vedere, l'invalidità di tutti i negozi con cui si dispone di diritti successorii futuri e, quindi, fuori dalla fase ereditaria vera e propria, risiede ancora prima nell'indeterminabilità dell'oggetto del negozio.

dell'atto. In tal senso, nella seconda parte dell'art. 458 c.c. è presente il termine «ogni atto» e, quindi, riferibile sia ai c.d. patti dispositivi, sia ai c.d. patti rinunziativi, rispetto alla prima parte della norma, relativa ai soli patti istitutivi. Il divieto commina la nullità della disposizione negoziale di diritti facenti parte di una successione non ancora aperta, a prescindere dalle caratteristiche strutturali e/o funzionali di quello che è il mezzo in concreto adoperato per realizzarlo, sottraendo all'autonomia privata la disponibilità di tali diritti⁴⁴.

Infine, la terza specie è quella dei patti cosiddetti «rinunziativi»⁴⁵, nei quali, secondo l'impostazione prevalente⁴⁶, rientra ogni forma di rinuncia a una eredità futura⁴⁷, ivi inclusa la rinuncia unilaterale che pure, in quanto tale, tecnicamente non costituisce certo un «patto»⁴⁸.

Il divieto dei patti rinunziativi va correlato, peraltro, al disposto di cui all'art. 557, 2° comma, c.c., a mente del quale è vietato ai legittimari, finché vive il donante, di rinunciare, sia espressamente sia tacitamente (prestando il loro assenso alla donazione), all'azione di riduzione delle disposizioni lesive della quota di legittima. Da questo punto di vista, la disposizione richiamata costituirebbe nient'altro che un'ipotesi di applicazione specifica del divieto di patti rinunziativi, potendosi considerare la rinuncia anticipata all'azione di riduzione quale atto dismissivo di diritti su una successione non ancora aperta e, in particolare, al diritto di far valere in giudizio la propria quota di legittima⁴⁹.

Per la verità, ogni rinuncia a diritti provenienti da una successione non ancora aperta, proprio in quanto diritti futuri, come tali non attualmente esistenti nel patrimonio del rinunciante, potrebbe essere considerata nulla anche a prescindere

dall'espressa disposizione dell'art. 458 c.c.⁵⁰. Di qui dovrebbe comunque considerarsi nulla anche la rinuncia all'azione di riduzione da parte del legittimario leso o pretermesso, per impossibilità giuridica dell'oggetto, oppure addirittura per mancanza di causa (in concreto), in quanto trattasi di una forma di tutela irrealizzabile prima dell'apertura della successione⁵¹.

A questo punto, la corretta individuazione della *ratio* del divieto in commento è cruciale al fine di potere delimitare esattamente l'ambito di applicazione della norma, atteso che si tratta di norma proibitiva il cui perimetro applicativo deve essere rigorosamente tracciato⁵², così da evitare che la disposizione neghi la realizzabilità di interessi in sé meritevoli di tutela.

Occorre interrogarsi, però, sulla opportunità di procedere in maniera diversificata a seconda della tipologia di patto successorio⁵³ o se, per converso, sia possibile muovere da una comune *ratio* del divieto di cui all'art. 458 c.c., in un'ottica sistematica.

Orbene, la dottrina tradizionale⁵⁴ ritiene la norma in esame quale corollario dell'art. 457 c.c., sottolineando come, tenuto conto del principio di tipicità delle fonti della delazione di cui all'art. 457, la

⁵⁰ Non può negarsi che la nullità dei patti successori rinunziativi, in ossequio al combinato disposto degli artt. 1346 e 1418 c.c., trovi fondamento nella inammissibilità in astratto di ogni disposizione o rinuncia da parte di un soggetto a ciò non legittimato (in quanto non titolare della situazione giuridica «rinunciata») e, in ogni caso, nell'inammissibilità di negozi dispositivi aventi un oggetto indeterminato o indeterminabile. Cfr., al riguardo, G. GIAMPICCOLO, voce «Atto mortis causa», cit., 233.

⁵¹ In argomento G. CASU, *I patti successori*, cit., 476; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., 100 ss.; sulla possibilità di esperire l'azione di riduzione da parte dei creditori dei legittimari pretermessi si rinvia a C. CICERO, *Dell'azione di riduzione da parte dei legittimari pretermessi*, in *Not.*, 2019, 1133 ss.

⁵² Si consideri, infatti, che, trattandosi di patti nulli, troveranno applicazione tutte le norme relative alla nullità dei contratti, in particolare gli artt. 1419, 1421, 1422 e 1423 c.c.; con l'ulteriore conseguenza che, in caso di loro adempimento, troverà applicazione la disciplina di cui all'art. 2033 c.c., dato che la loro illicità non sembra configurare ex art. 2035 contrarietà al buon costume.

⁵³ Come suggerisce A. LISERRE, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Successioni - I*, in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1997, 41; ma già F. LUCARELLI, *Solidarietà privata e autonomia privata*, Napoli, 1970, 289-290.

⁵⁴ Cfr. A. PALAZZO, *Divieto di patti successori*, in *Comm. Cod. Civ.* diretto da P. CENDON, II, Torino, 1991, 7; G. GROSSO - A. BURDESE, *Le successioni - Parte generale*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da F. VASSALLI, XI, 1, Torino, 1977, 92; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni - Disposizioni generali - Successioni legittime*, in *Comm. Cod. Civ.* diretto da W. BIGIARI, II, 1, Torino, 1971, 21; G. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale*, artt. 456-535, in *Comm. Cod. Civ.* diretto da G. DE MARTINO, Novara, 1982, 59; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 39.

⁴⁴ In proposito, la dottrina prevalente ravvisa la nullità di siffatta pattuizione anche quando si tratta di negozi con i quali le parti vogliono semplicemente regolare la loro futura – comunque eventuale – posizione successoria. In tal senso v. G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 43 ss.; M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., 191; M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria. Un'analisi dell'evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008, 126; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, cit., 54 ss.

⁴⁵ Come nel caso dei patti dispositivi si tratta, anche qui, di negozi *inter vivos*.

⁴⁶ Cfr. M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., 191; M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., 126; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, cit., 54 ss.

⁴⁷ Anche con riferimento ai patti rinunziativi è nulla non solo la rinuncia immediata e diretta, ma altresì l'assunzione dell'obbligo di rinunciare ad una futura eredità.

⁴⁸ Così G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 42.

⁴⁹ Così M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., 21.

disposizione successiva⁵⁵ non farebbe altro che ribadire tale principio sotto forma di divieto⁵⁶, esprimendolo in negativo⁵⁷. Se non fosse, però, che il riferimento alla legge e al testamento, quali uniche fonti regolatrici della successione *mortis causa*, può semmai rappresentare il risultato logico del ragionamento che qui si richiama, ma non la spiegazione dei criteri che giustificano nel nostro ordinamento la presenza del divieto dei patti successori⁵⁸.

⁵⁵ È interessante osservare, quanto al confronto con la precedente disciplina del codice del 1865, la diversa collocazione topografica del divieto dei patti successori, atteso che nel previgente codice era prevista una disciplina desumibile nell'ambito del diritto dei contratti, mentre nell'attuale codice la disposizione è presente nel libro dedicato alle successioni. Sul punto v. M. CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni*, Artt. 456 - 461 c.c., cit., 94 ss.; G. CASU, *I patti successori*, cit., 463 ss.; M. MARTINO, *I patti successori: ragione del divieto e tendenze evolutive*, cit., 9 ss.

⁵⁶ La giurisprudenza tradizionale ha ravvisato il patto successorio in quella convenzione in cui: 1) il *vinculum iuris* originato dal patto deve avere la specifica finalità di costituire, modificare o estinguere diritti relativi a una successione non ancora aperta; 2) la cosa o i diritti oggetto della convenzione devono essere considerati dai contraenti come entità della futura successione o, comunque, essere compresi nella stessa; 3) il promittente deve intendere in tal modo provvedere, in tutto o in parte, alla propria successione; 4) l'acquirente deve contrattare come avente diritto alla successione; 5) il trasferimento dal promittente al promissario deve aver luogo *mortis causa*, cioè a titolo di eredità o di legato. Al riguardo, va precisato che se l'ultimo requisito è riferibile esclusivamente ai patti istitutivi, che – come si è detto – sono i soli ad avere natura di atti *mortis causa*, il primo, invece, non può che riguardare i patti dispositivi e rinunziativi, poiché l'istituzione di erede o legatario è certamente anteriore all'apertura della successione. Il terzo requisito, poi, altro non è se non il riflesso della natura negoziale dell'accordo; mentre il secondo e il quarto appaiono speculari, perché la circostanza che taluno disponga dei propri beni considerandoli parte di una successione non ancora aperta non può che presupporre la consapevolezza della sua futura qualità di erede. Per questi rilievi si rinvia a V. PUTORTI, *I contratti post mortem*, cit., 776, nt. 29. Sul versante giurisprudenziale cfr., *ex multis*, Cass. 29.7.1971, n. 2404, in *Giust. Civ.*, 1971, I, 1536; conforme Cass. 16.4.1975, n. 1434, in *Giust. Civ.*, 1975, I, 1107; Cass. 16.2.1995, n. 1683, in *Vita not.*, 1996, 260 e in *Corr. Giur.*, 1995, 571; Cass., 9.5.2000, n. 5870, in *Riv. not.*, 2001, 227 ss., con nota di F. GAZZONI, *Patti successori: conferma di un'erosione*; Cass. 1.10.2003, n. 14590; Cass., 3.3.2009, n. 5119; Cass., 19.9.2009, n. 24450; Cass., 12.2.2010, n. 3345, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2160; Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 24.05.2021, n. 14110.

⁵⁷ Secondo questa linea di ragionamento, alquanto formalistica, il divieto dei patti successori è posto quasi in un rapporto di causa-effetto con la disposizione che precede, in modo che l'inammissibilità a contrario di terze possibilità di delazione non possa che costituire (anche) il fondamento giustificativo del divieto di cui all'art. 458 c.c.: sicché, sotto questo profilo, il divieto dei patti successori rappresenterebbe una norma di chiusura del sistema, volta ad evitare la frammentazione della vicenda successoria in una pluralità di fasi, difficilmente compatibili coi meccanismi di protezione dei legittimari.

⁵⁸ Cfr. L. GENGHINI – C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, I, cit., 40; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, cit., 54 ss.

Del resto, la spiegazione del divieto in esame, in termini di tipicità della delazione⁵⁹, non può valere altrettanto per i patti dispositivi e rinunziativi, nulli al pari dei patti istitutivi, ma rispetto a questi ontologicamente diversi. I patti istitutivi⁶⁰, come già anticipato, hanno infatti natura di veri e propri atti *mortis causa*⁶¹, mentre quelli dispositivi e rinunziativi hanno natura di atti (non necessariamente bilaterali) *inter vivos*, i quali hanno ad oggetto diritti facenti parte di una futura (ed eventuale) successione altrui. Per cui, riguardo ai patti dispositivi e rinunziativi, è da escludere ogni possibile riferimento all'art. 457, atteso che tali patti non possono assurgere a fonti di delazione; sicché, il fondamento del loro divieto dovrà essere logicamente diverso⁶².

Un altro indirizzo, invece, individua il fondamento del divieto di cui all'art. 458 c.c. nel perseguimento di un fine essenzialmente idealistico, cioè quello di evitare il rischio del *votum captandae mortis* o, altrimenti, del *votum corvinum*⁶³, i quali esprimono, in buona sostanza, il desiderio dell'altrui morte in vista del vantaggio patrimoniale che da tale

⁵⁹ La circostanza che nel nostro ordinamento le uniche fonti della delazione ereditaria siano la legge e il testamento, con conseguente esclusione di ogni forma di delazione contrattuale, porta a ritenere il patto istitutivo nullo per illiceità della causa, in quanto contrario alla norma imperativa di cui all'art. 458 c.c. che ne dispone la comminatoria.

⁶⁰ Sul ridimensionamento, in via interpretativa, del divieto dei patti istitutivi si rinvia a D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori*, cit., *passim*; nonché a V. BARBA, *I patti successori*, cit., *passim*, il quale riconduce il divieto di cui all'art. 458 c.c. all'atto dispositivo della delazione. Tale lettura sembra in realtà smentita dalla stessa lettera del dato normativo, che considera i patti successori istitutivi come le convenzioni con cui taluno dispone della propria successione, mentre la delazione riguarda il profilo del diritto a far propria l'eredità o a conseguire il legato, con ciò ponendosi su un piano differente rispetto a quello che l'art. 458 c.c. considera vietato. Ad analoghi risultati, ma con un percorso argomentativo diverso, mira la ricostruzione di D.A. D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione*, cit., *passim*, secondo il quale il divieto dei patti successori istitutivi deve essere svincolato dalla prospettiva funzionale, ritenendo determinante il profilo materiale e contenutistico, per cui un atto sarà contrario al divieto solo ove risulti che il partecipante all'atto diverso dal disponente abbia inciso sul regolamento negoziale, sul presupposto che il divieto dei patti successori avrebbe ad oggetto la proibizione di una regolamentazione cumulativa di più interessi oltre quelli successori.

⁶¹ Possono individuarsi due indici rivelatori di un'attribuzione patrimoniale *mortis causa*: da un lato, l'entità del bene oggetto dell'attribuzione deve essere commisurata al tempo della morte dell'attribuente; dall'altro, il beneficiario deve essere fin dall'inizio considerato come soggetto esistente in quel medesimo momento.

⁶² Cfr., sul punto, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 39 ss.; L. BALESTRA – M. MARTINO, *I patti successori*, cit., 63 ss.; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, cit., 25 ss.; M. IEVA, *Divieto di patti successori*, cit., 29 ss.

⁶³ Cfr. L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni* (art. 456 - 511), cit., 83.

evento traggono i beneficiari di una pattuizione successoria.

Per quanto la precisazione possa risultare superflua, alla base di questa impostazione si scorgono considerazioni essenzialmente etiche, che richiamano un ampio concetto di «buon costume»⁶⁴. In senso contrario, si osserva che il proposito di vietare ogni convenzione che potrebbe ingenerare il desiderio dell'altrui morte è del tutto estraneo al nostro ordinamento, che anzi non sembra preoccuparsi di scongiurarlo⁶⁵, se solo si considerano le numerose disposizioni che collegano benefici patrimoniali all'evento morte⁶⁶: quali, ad esempio, l'assicurazione sulla vita a favore di terzi (art. 1920 c.c.) o la rendita vitalizia (art. 1872 ss. c.c.)⁶⁷. Per di più, con riguardo ai patti rinunziativi appare arduo sostenere che il divieto sia fondato sull'esigenza di evitare il *votum corvinum*, atteso che un tale desiderio sarebbe riferibile a quei soggetti che traggano indirettamente vantaggio dalla rinuncia altrui⁶⁸.

Anche la teoria che fonda il divieto in esame sul pericolo di prodigalità⁶⁹, insito sia nei patti dispositivi, sia in quelli meramente rinunziativi, è stata og-

getto di critiche⁷⁰. In particolare, è stato osservato che il nostro codice civile ammette la contrattazione su beni futuri (art. 1348), prevedendo lo scambio verso corrispettivo sia di beni oggettivamente futuri (art. 1472), sia di beni soggettivamente futuri (art. 1478), nonché numerosi contratti aleatori tipici (si pensi, ad esempio, agli artt. 1472, comma 2, 1861 ss., 1872 ss., 1882 ss., 1934 e 1935)⁷¹. Da questo deriva che il pericolo di atti depauperatori del patrimonio da parte del disponente – il quale decida in maniera azzardata di disporre anticipatamente di diritti che, non solo non rientrano nella sua disponibilità, ma che nemmeno è in grado di quantificare in maniera esatta – non costituisce di per sé un freno alla contrattazione privata⁷².

Alla tipicità delle forme di delazione, la dottrina è solita aggiungere una spiegazione in termini di tutela della libertà testamentaria, considerata principio di ordine pubblico interno invalicabile⁷³. In particolare, con riferimento ai patti successori istitutivi, la prevalente dottrina⁷⁴ ravvisa la *ratio* del divieto proprio nella necessità di tutelare in maniera assoluta la libertà testamentaria e, segnatamente, la piena revocabilità del testamento. La struttura contrattuale della pattuizione, intrinsecamente bilaterale, sebbe-

⁶⁴ Si è sostenuto con particolare riferimento ai patti dispositivi che l'argomento dell'intrinseca immoralità di riporre nella morte altrui affidamenti e speranze di vantaggi patrimoniali sarebbe di per sé idoneo a giustificare il divieto ai sensi dell'art. 458 c.c. nei termini della contrarietà al buon costume, non potendo ammettersi un atto negoziale che abbia il proprio presupposto nella morte altrui e che abbia per oggetto i beni di quella stessa persona, in quanto contrario alla radicata morale comune. Cfr. C. CECERE, voce «Patto successorio», in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Torino, 2003, 1001 ss.; M. CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456 - 461 c.c.*, cit., 94 ss.; G. CASU, *I patti successori*, cit., 463 ss.; M. MARTINO, *I patti successori: ragione del divieto e tendenze evolutive*, cit., 9 ss.

⁶⁵ Per la verità, il rischio del *votum corvinum* come tradizionalmente inteso è per sua natura inevitabile, potendo insorgere in chiunque rivesta la posizione di successibile e a prescindere dall'adozione di qualunque strumento negoziale e da qualunque divieto.

⁶⁶ Precisamente, il rischio dell'eccessiva prodigalità sussisterebbe in quanto connaturato nell'indeterminatezza e nell'indeterminabilità giuridica dei diritti successori futuri di cui si vuole disporre anticipatamente. Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 39 ss.; L. BALESTRA – M. MARTINO, *I patti successori*, cit., 63 ss.; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, cit., 40; M. IEVA, *Divieto di patti successori*, cit., 29; G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, Milano, 1986, 91.

⁶⁷ In queste come in altre ipotesi, in termini prospettici, non è da escludere l'eventualità che in chi si aspetta un beneficio collegato alla morte altrui insorga il desiderio che un altro soggetto cessi di vivere il prima possibile.

⁶⁸ Così F. SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*, 90 e 217. Anche se, proprio per la considerazione di cui alla nt. 62, il soggetto che anticipatamente rinuncia ai diritti successori potrebbe desiderare la morte del *de cuius* per varie ragioni, anche emotive, tra cui quelle che giustificano la rinuncia medesima.

⁶⁹ L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., 104; M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., 59 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 40.

⁷⁰ Cfr. M. R. MARELLA, *Il divieto di patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. BIGIARI, *I contratti atipici*, Tomo 2, Torino, 1999, 1187; F. ZABBAN - A. PELLEGRINO - F. DELFINI, *Delle successioni - Art. 456-809 - Commentario al codice civile*, Milano, 1993, 19 ss.

⁷¹ Cfr. C. CACCAVALE, *Il divieto di patti successori*, cit., 52.

⁷² Con riguardo ai patti rinunziativi, si adduce – al fine di impedire il compimento di atti di depauperamento patrimoniale troppo avventati da parte di chi effettua la rinuncia – anche il divieto di donazione di beni futuri ex art. 771 c.c. Cfr., in tal senso, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 47. In senso contrario, va affermato che l'art. 771 c.c. si pone per sua natura come norma eccezionale non suscettibile di applicazione analogica. Su punto si rinvia a L. OZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, 13 ss.; A. BOZZI, voce «Rinuncia (diritto pubblico e privato)», in *Nov. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 1140 ss.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 423 ss.

⁷³ V. TAGLIAFERRI, *op. cit.*, 431 ss. Sul concetto di ordine pubblico interno v. G. BARILE, voce *Ordine pubblico (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1116, il quale precisa che «l'ordine pubblico interno è costituito di norme dal contenuto rigido, inquadrato nell'ordinamento statale, le quali, a differenza dei principi di ordine pubblico internazionale, funzionano soltanto con riguardo al sistema interno di norme di cui fanno parte. Esse, in altri termini, non riguardano il funzionamento del diritto internazionale privato, ma esauriscono la loro funzione nell'ambito del diritto interno, o del diritto straniero, applicabili, i quali determinano, ciascuno per suo conto, il proprio ordine pubblico interno, cioè le proprie norme inderogabili dalla volontà privata».

⁷⁴ L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., 101; M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., 60; M. BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia - Le successioni*, cit., 556 ss.

ne avente natura di atto *mortis causa*, impedirebbe *ex se* lo scioglimento unilaterale del vincolo da parte del disponente, privandolo così automaticamente di ogni facoltà di revocare tale atto⁷⁵.

Tuttavia, l'individuazione del fondamento del divieto in esame nell'esigenza di tutelare la revocabilità delle disposizioni del *de cuius* può risultare fuorviante⁷⁶, se si pensa che, in virtù dell'art. 1373 c.c., non è affatto pacifica la possibilità di convenire un diritto di recesso *ad nutum* a favore soltanto di una parte e per qualunque tipologia contrattuale⁷⁷. Sicché, anche tale tesi non risulta esente da critiche, giacché nemmeno il principio dell'«assoluta libertà testamentaria» sembra sufficiente a spiegare un divieto sconosciuto ad altri ordinamenti⁷⁸.

Un'ulteriore impostazione⁷⁹ identifica il fondamento del divieto, oltre che nella tutela della facoltà di revocare il testamento, soprattutto nell'esigenza di assicurare una generale protezione alla spontaneità del volere di colui che dispone a causa di morte⁸⁰. Il divieto dei patti successori istitutivi, quindi, rileverebbe allo scopo di impedire che colui che dispone della propria successione sia influenzato, in qualunque modo, dalla volontà di terze persone⁸¹. In

tale prospettiva, dunque, l'ordinamento valorizzerebbe l'interesse individuale del testatore a essere il solo a decidere della sorte del proprio patrimonio⁸².

Per la verità, il principio secondo cui il testamento rappresenti l'unico negozio mediante il quale sia consentito ai privati di disporre del loro patrimonio, in vista della futura successione a causa di morte, non costituisce un ostacolo insuperabile, né vale a spiegare una proibizione così radicale qual è l'art. 458 c.c.⁸³.

L'insensatezza ideologica dell'*assoluta* libertà testamentaria è evidente non soltanto per le ragioni di cui si è detto, ma anche perché in contrasto con il principio di portata più ampia di cui all'art. 1322 c.c., che trova applicazione anche in ambito successorio; nello stesso senso, vanno considerati: la previsione di cui all'art. 1372 c.c., che sancisce il carattere della vincolatività (al pari della legge) della volontà espressa nel contratto dalle parti⁸⁴, e il disposto di cui all'art. 1374 c.c. che, con una certa dose di ridondanza, obbliga le parti a quanto è espresso nel contratto e alle conseguenze che a qualsiasi titolo (anche esterno) da esso derivino o comunque ad esso si ricolleghino.

A confutare l'idea che la *ratio* dei patti successori sia quella di salvaguardare la revocabilità delle disposizioni fino all'*exitus* del disponente è, altresì, la disciplina della donazione, il cui legame con la disciplina delle successioni – com'è noto – è abba-

⁷⁵ Per ovviare a questa *ratio* sarebbe stato sufficiente che il legislatore avesse previsto una facoltà di revoca o recesso *ex lege* a favore del disponente, al pari di quanto stabilito per la disciplina di numerosi contratti tipici, armonizzando la struttura contrattuale con la revocabilità dell'atto di ultima volontà. Cfr., in proposito, N. COVIELLO, *Delle successioni. Parte generale*, Napoli, 1935, 106; M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., 57; G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, cit., 90 ss.

⁷⁶ In senso conforme al testo v. Cass. 17 agosto 1990, n. 8335 in *Giust. Civ.*, 1991, 953 ss., con nota di M. COSTANZA, *Negozi «mortis causa» o «post mortem»?*; e in *Giust. Civ.*, 1991, 1791 ss., con nota di N. DI MAURO, *Patti successori, donazioni «mortis causa» e contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante*.

⁷⁷ M. C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, 509 ss.

⁷⁸ Cfr. M. V. DE GIORGI, voce «Patto successorio», cit., 553; R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 1998, 1222; C. CACCAVALE, *Il divieto di patti successori*, cit., 49.

⁷⁹ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 104; M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., 60; G. AZZARITI, voce «Successioni (diritto civile) Successione testamentaria», in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971, 806.

⁸⁰ In questo senso, cfr. Cass. 21 novembre 2017, n. 27624, richiamata da D. ACHILLE, «Per una riforma del divieto dei patti successori». Rileggendo Vincenzo Roppo, in *www.juscivile.it*, 2018, 2, 143.

⁸¹ Non può negarsi che nell'ambito del diritto successorio assuma particolare rilievo la volontà più intima e strettamente privata della persona, rispetto a quanto vale in ambito contrattuale in cui vige il principio della tutela dell'altrui affidamento. Tale assunto troverebbe conferma, peraltro, nel fatto che nell'interpretazione del testamento occorre fare riferimento esclusivamente alla volontà del testatore, esulando le aspettative dei beneficiari delle disposizioni testamentarie e tenendo in considerazione una volontà unilaterale e personalissima, la quale deve essere valutata secondo criteri squisitamente soggettivi,

ovverossia che tengano conto del significato specifico secondo il senso in cui è stata intesa dal suo stesso autore.

⁸² In altri termini, secondo questa impostazione, il divieto di cui all'art. 458 c.c. avrebbe la (duplice) *ratio*, da un lato, di permettere la revoca o modifica di qualsiasi disposizione relativa alla propria successione (arg. ex art. 679 c.c.), dall'altro, di salvaguardare l'esigenza che siffatte disposizioni siano prese nelle forme testamentarie. Ne consegue, a stretto rigore, l'invalidità del patto successorio a efficacia pur solo obbligatoria o sotto forma di mera promessa unilaterale di disposizione *mortis causa* che fosse altrimenti efficace. In senso contrario v. C. CACCAVALE, *Il divieto di patti successori*, cit., 45.

⁸³ Si potrebbe obiettare che gli interessi sottesi alla vicenda successoria siano di valore più alto rispetto a quelli dedotti nell'ambito dei contratti. E tuttavia, un tale assunto mostrerebbe i segni di una ideologia ipocrita degli interessi, che non riflette la realtà, perché gli interessi (patrimoniali e non) di cui si tratta in ambito successorio sono esattamente gli stessi delle vicende circolatorie *inter vivos*. Ragion per cui appare condivisibile la posizione di N. LIPARI, *Prospettive della libertà di disposizione ereditaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 805, il quale suggerisce la «necessità di ricercare un nuovo punto di equilibrio tra l'esigenza di salvaguardare la necessità determinativa del defunto e quella di garantire interessi che potrebbero risultare compromessi dalla vicenda successoria», invitando a riflettere «sulla necessità di coniugare il contratto con la trasmissione dei beni *mortis causa*».

⁸⁴ Ciò in quanto i negozi successori sono sempre espressione di una *determinata* volontà, per cui non è ragionevole discriminarne gli effetti.



stanza stretto⁸⁵. La donazione, che è un contratto (arg. ex art. 1372 c.c.), è irrevocabile, salvi i casi tassativi di cui all'art. 800 c.c.: di guisa che il donante non può più riprendere ciò che ha donato, neppure se successivamente si penta del suo gesto o se i rapporti tra le parti cambino *in peius* dopo l'atto di donazione. Da questo si ricava che la volontà del disponente, una volta determinatasi, sia insuscettibile di ritrattazione, nonostante le consapevoli ricadute che da un atto di liberalità di questo tipo conseguono.

Non resta, dunque, come unica *ratio* del divieto in esame – compatibile con il dato normativo – che la salvaguardia della successione cosiddetta necessaria, la quale, però, non è altro che il risultato di un'opzione di politica del diritto, limitativa dell'autonomia privata⁸⁶. E allora la questione di fondo sul divieto dei patti successori può essere riformulata, in termini più sistematici, chiedendoci se sia ancora giustificato opporre all'autonomia privata un mero portato storico-ideologico, qual è quello della successione necessaria, o se non sia più in linea con l'evoluzione culturale riconoscere, anche in ambito successorio, una piena libertà in capo ai privati di regolare la propria *demise*: non più sul presupposto della prossimità al *de cuius*, sibbene sulla base di esigenze concrete e di vario tipo, come meglio si vedrà nel prosieguo, che trascendano i rapporti meramente formali⁸⁷, anche sulla base di solidi

⁸⁵ Non v'è dubbio che il richiamo della disciplina delle donazioni operato dalle disposizioni in tema di azione di riduzione (artt. 2652 n. 8, 2690, n. 5, c.c.) consenta di cogliere maggiormente l'importanza del carattere di irrevocabilità delle prime e il peso della volontà nel compimento dell'atto di che trattasi.

⁸⁶ Cfr., in proposito, M. MARTINO, *Attribuzioni mortis causa e complessità delle forme di redistribuzione sottese alla successione necessaria*, cit., 1058, il quale osserva che «*rebus sic stantibus*, la stabilità degli assetti patrimoniali *post mortem*, conseguiti attraverso un ampliamento dell'autonomia privata, trovi una pietra di inciampo nelle prerogative degli eredi necessari»; nonché V. BARBA, il quale, in *Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 513 ss., spec. 518 ss., pone adeguatamente in luce come «se, da un lato, la successione necessaria tutela la famiglia, dall'altro lato, la libertà di disporre, espressione del principio di autonomia, è fondamentale strumento di realizzazione della persona». Si v. anche ID., *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 333 ss.; ID., *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 345 ss. Ha dedicato al fenomeno, di recente, un contributo che compendia i temi della pianificazione successoria nell'ottica della progressiva perdita di efficienza della disciplina legale della successione, anche con riferimento alla tutela dei legittimari, G. AMADIO, voce *Contrattualità successoria*, in *Enc. dir.*, I *Tematici*, I, *Contratto*, diretto da G. D'AMICO, Milano 2021, 486 ss.

⁸⁷ Nella proiezione di un'abolizione del divieto dei patti successori e di una progressiva estensione dell'autonomia privata in campo successorio si inserisce certamente il ridimensionamento della successione necessaria: prospettiva che non deve scandalizzare se solo si tiene conto che, già in alcune fattispecie tipizzate, i diritti dei legittimari sono stati “disinnescati” e trasfor-

vincoli affettivi, quale che ne fosse la formalizzazione. Se all'istituto, infatti, si intenda ancora conferire il ruolo di preservazione dell'unità familiare, allora si dovrebbe decretare il fallimento del tentativo, atteso che oggi essa acuisce i contrasti endofamiliari e non li elimina di certo⁸⁸. Non sorprende allora che lo sgretolarsi del fondamento etico e giu-

mati da diritti ad una quota sul patrimonio del *de cuius* a semplici diritti di credito ad una somma di denaro. Basti pensare, al riguardo, al patto di famiglia, ma anche alla riforma dell'azione di restituzione spettante ai legittimari, che nel 2005 (arg. ex art. 2 c. 4 *novies* lett. a, n. 2, del D. Lgs. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella L. 14 maggio 2005, n. 80) ha modificato gli artt. 561 e 563 c.c., imponendo un limite temporale di vent'anni per la restituzione dei beni donati. Sul tema, senza pretesa di esaustività, v. G. AMADIO, *Le proposte di riforma della successione necessaria*, in *Giur. it.*, 2012, 1942 ss.; ID., *La riforma della successione necessaria*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino 2020, 4a ed., 343 ss. ID., *Attribuzioni liberali e “riqualificazioni della causa”*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 10491 ss.; ID., *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. not.*, 2007, 803 ss.; L. GATT, *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 540 ss.; S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. not.*, 2019, p. 815 ss.; G. BONILINI, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Tratt. dir. succ. e donaz.* diretto da G. BONILINI, III, *La successione legittima*, Milano 2009, ss.; ID., *Sulla novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Ricerche giuridiche*, 2013, 283 ss.; P. RESCIGNO, *Le possibili riforme del diritto ereditario*, in *Giur. it.*, 2012, 1941 ss.; M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 493; M. PARADISO, *Sulla progettata abrogazione della successione necessaria*, in S. PAGLIANTINI – E. QUADRI – D. SINESIO (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, III, Milano 2008, 2055 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di S. DELLE MONACHE, Padova 2007, 318; M. COMPORTI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere*, in *Famiglia*, 2003, I, 27 ss.; F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. civ.*, II, 2006, 3. Di recente un quadro di insieme del dibattito, anche alla luce delle riforme che hanno interessato, nel senso di uno “svecchiamento”, altri ordinamenti europei, è offerta da A.M. GAROFALO, *La riforma della successione necessaria e le quote di riserva facoltative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, 61 ss., ma già ID., *A proposito di riforma del diritto successorio*, in *Dir. fam. e succ.*, 2018, 95; v. anche A. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contratto e impr. Eur.*, 2009, 427 ss.; M. CRISCUOLO, *Autonomia privata tra famiglia e successioni*, in U. SALANITRO (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa 2019, 572 ss.; N. CIPRIANI, *Successione necessaria e conflitti di interessi nella evoluzione dei modelli familiari*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 403 ss.; P. LAGHI, *Famiglie “ricomposte” e successione necessaria: problematiche attuali, soluzioni negoziali e prospettive “de iure condendo”*, in *Contratto e impr.*, 2017, 1342; E. AL MUREDEN, *Famiglie che si sovrappongono nel tempo e successione necessaria*, in *Giur. it.*, 2012, 1945 ss.

⁸⁸ L'osservazione è di S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., 816.

ridico su cui si basa il legame tra successione necessaria e solidarietà familiare abbia condotto a periodiche proposte di riforma dell'intero istituto: basti ricordare come, nel 2006, sull'onda della denunciata matrice "arcaica", se ne sia invocata l'abolizione⁸⁹. Al contrario, il recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile si rivela tutt'altro che eversivo, sotto questo profilo, giacché non accoglie la soluzione prospettata nel progetto di legge del 27 settembre 2006, nel senso della completa abrogazione della disciplina riservata ai legittimari, limitandosi a «trasformare la quota riservata ai legittimari dagli articoli 536 e seguenti del codice civile in una quota del valore del patrimonio ereditario al tempo dell'apertura della successione, garantita da privilegio speciale sugli immobili che ne fanno parte o, in mancanza di immobili, da privilegio generale sui mobili costituenti l'asse ereditario»⁹⁰.

3. I negozi *trans mortem*.

Dal punto di vista strutturale ciò che accomuna i patti successori, in linea generale, è che essi trovino nell'evento morte la loro causa giustificativa, collegando a tale momento il trasferimento dei diritti negoziati e prevedendo, altrimenti, in caso di premorienza del beneficiario rispetto al disponente, che il diritto oggetto del contratto resti nel patrimonio di quest'ultimo (c.d. "clausola *si premoriar*").

Circoscritto questo nucleo qualificante gli accordi che ricadono nel divieto dei patti successori, è possibile riscontrare alcune fattispecie negoziali che non meritano di essere ricomprese nella proibizione di cui all'art. 458 c.c. Al di là dello schema tipizzato del patto di famiglia (di cui agli artt. da 768-bis a 768-octies c.c.), introdotto con la legge 14 febbraio 2006, n. 55, la giurisprudenza e la dottrina hanno riconosciuto la validità dei contratti cosiddetti *trans-mortem* e dei negozi con effetti *post mortem*, connotati dal diverso ruolo che l'evento morte assume nella struttura negoziale⁹¹, in quanto

il venir meno del disponente non costituisce l'elemento causale dell'attribuzione, bensì costituisce un elemento accidentale del negozio (una condizione sospensiva o risolutiva, oppure un termine). Qui, dunque, l'evento morte si sposta dal profilo eziologico del negozio a quello temporale di stabilizzazione degli effetti⁹².

Sul piano giuridico assume rilievo il meccanismo negoziale che si adotta per raggiungere un certo risultato, onde la valutazione rimessa all'interprete, in questi casi, è solo quella della meritevolezza degli interessi di cui all'art. 1322 c.c.⁹³, ovviamente pur sempre entro i limiti previsti dall'art. 458 c.c., che a codice immutato non può oggettivamente trascurarsi. Ne deriva, quindi, che nella valutazione del negozio successorio l'interprete dovrà apprezzare non tanto l'elemento soggettivo della spinta a disporre secondo un determinato assetto, quanto il momento obiettivo successivo, ossia l'aspetto funzionale del negozio o per meglio dire gli effetti finali che si producono con esso⁹⁴.

e Cass. 17.8.1990 n. 8335 richiamate da M. MONDELLO, *Riflessioni su liberalità non donative e funzione successoria*, a margine di Cass. n. 106/2017, in *I Contratti*, 4/2017, 424.

⁹² La dicotomia tra negozi *post mortem* e negozi *mortis causa* è venuta in rilievo anche nell'ambito degli atti di liberalità, in cui è stata operata in concreto la distinzione tra condizione e causa del contratto. Segnatamente, è stato chiarito come la tradizionale nullità della donazione *mortis causa* non sia automaticamente estendibile alle ipotesi di liberalità *cum moriar* (in cui la morte funge da termine per l'attribuzione traslativa) e *si premoriar* (cioè il caso della donazione condizionata alla sopravvivenza del donatario al donante). Ciò in quanto occorre valutare la «causa concreta» del negozio che viene in rilievo al fine di stabilire se la morte assuma una funzione eziologica, ricadendo, nel qual caso, nel divieto di cui all'art. 458 c.c., ovvero di semplice elemento accidentale che condiziona gli effetti di un atto che permane pur sempre *inter vivos*. In quest'ultima ipotesi, infatti, il differimento degli effetti alla morte del donante non inciderebbe sull'attualità dello spoglio, posto che il donatario acquista immediatamente un diritto sottoposto a termine o condizione, vale a dire un'aspettativa legalmente tutelata. Cfr. Trib. Pordenone 6 aprile 2016, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 213 ss., con nota di L. BALLERINI, *La donazione cum praemoriar non è un patto successorio*.

⁹³ In tema v. F. PIRAINO, voce *Meritevolezza degli interessi*, in *Enc. dir.*, vol. I, *Contratto* (a cura di G. D'AMICO), Milano, 2021, 667 ss.; E. MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Torino, 2019, 3 ss.; A. M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2012, 573 ss.; G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. impr.*, 2004, 549.

⁹⁴ In tal senso cfr. M. IEVA, voce "Successione, X) *Fenomeni parasuccessori*", in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, 2, il quale chiarisce che «il problema centrale è quello della validità dei regolamenti negoziali alternativi al testamento. Infatti se si considera che il risultato ultimo cui mira il soggetto (beneficiario) che pone in essere un regolamento negoziale alternativo al testamento è sempre quello di costituire o trasmettere in capo al soggetto destinatario (beneficiario) la titolarità di un diritto

⁸⁹ Il riferimento è al d.d.l. 27 settembre 2006, su cui v. A. PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (Riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimari)*, in *Persona e danno*, 2007, 1 ss.

⁹⁰ Cfr. art. 1, lett. c) disegno di legge delega 19 marzo 2019, n. 1151. In dottrina v. G. DI LORENZO, *La successione necessaria nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile*, in *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1/2020, 188 ss.

⁹¹ In senso contrario v. F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, 1992, 1411 ss., secondo cui la teorica qui brevemente esposta perde di consistenza nella pratica negoziale. Nel senso dell'irrelevanza della distinzione tra atti *mortis causa* e con effetti *post mortem*, sembrano anche – in giurisprudenza – Cass. 24.4.1987 n. 4053



Orbene, nella disamina degli strumenti negoziali alternativi al testamento per regolare la successione *mortis causa*⁹⁵, appare opportuno menzionare separatamente dai negozi *post mortem* la categoria dei c.d. negozi «transmorte»⁹⁶, le cui caratteristiche essenziali sono: *i)* che l'uscita del bene dal patrimonio del disponente avvenga prima della morte di quest'ultimo⁹⁷; *ii)* che l'attribuzione del bene in favore del beneficiario divenga definitiva soltanto dopo la morte del beneficiante, salvo una possibile e parziale anticipazione degli effetti di tipo successorio; *iii)* che il disponente possa *ad libitum suum* e fino alla sua morte modificare ulteriormente l'assetto patrimoniale predisposto⁹⁸.

Lo schema negoziale che si presta maggiormente, in astratto, a rappresentare questo modello negoziale, quale meccanismo alternativo al testamento, è il contratto a favore di terzo⁹⁹. La

reale o di credito, esattamente come potrebbe fare con un testamento, risulta evidente come la principale difficoltà sia quella di realizzare l'intento attraverso un regolamento negoziale valido che non impinga nel divieto dei patti successori, ben poco rilevando, sotto il profilo strettamente giuridico, sia i motivi che inducono il beneficiante a disporre (salvo il caso previsto dall'art. 1345 c.c. in cui si tratti di un motivo illecito comune ad entrambe le parti), sia l'oggetto stesso della disposizione (purché, ovviamente lecito). Sulla valutazione demandata all'interprete di un atto giuridico, sia esso negoziale o non, si rinvia a P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, 391 ss., spec. 397.

⁹⁵ Su cui v. S. DELLE MONACHE, *La libertà di disporre mortis causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2019, 466 ss.; F. PADOVINI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. not.*, 2008, 1007 ss.; M. DI MARZIO, *Il testamento ed i negozi transmorte dal punto di vista dell'anziano*, in *Giur. mer.*, 2011, 2295 ss.

⁹⁶ Dubita della utilità di costruire una categoria di negozi *trans-mortem*, potendo al più essere sussunti nella categoria degli atti *post mortem*, A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, cit., 928 e nt. 20.

⁹⁷ La funzione dei negozi transmorte è quella, in effetti, non di regolare la successione, bensì di anticiparne gli effetti e, per tale ragione, possono divenire rilevanti dal punto di vista delle norme sulla collazione, sulla riduzione e sull'imputazione.

⁹⁸ Il profilo di diversificazione rispetto ai negozi *post mortem* è rappresentato dall'assenza in questi ultimi di uno degli elementi costitutivi appena illustrati dei negozi transmorte, ossia la revocabilità; il che rende, a rigore, i negozi *post mortem* un'alternativa imperfetta al testamento.

⁹⁹ Secondo quanto disposto dall'art. 1411 c.c. si tratta del negozio attraverso il quale le parti, stipulando in nome proprio, producono l'acquisto da parte di un terzo che vede accrescere il proprio patrimonio. Tale negozio costituisce uno strumento a causa variabile, atteso che lo stipulante può determinare che una certa prestazione sia eseguita a favore di un terzo *vendendi*, *solvendi* o *donandi* causa: del che, al fine di determinare la causa del negozio, occorre avere riguardo all'*animus* dello stipulante. La norma in esame, infatti, subordina il riconoscimento della validità della stipulazione a favore del terzo all'esistenza di un interesse dello stipulante, che può essere anche di carattere non patrimoniale. Al contrario, l'*animus* del promittente non incide in ordine alla qualificazione del negozio, svolgendo uni-

fattispecie di cui all'art. 1411 c.c. presenta, infatti, tutte le caratteristiche che connotano i negozi *trans-mortem*: in primo luogo, il trasferimento del bene dalla sfera giuridica patrimoniale del disponente avviene prima della morte, atteso che per effetto del contratto si assume immediatamente l'obbligazione di eseguire una certa prestazione a favore del terzo¹⁰⁰; in secondo luogo, il fatto che l'attribuzione del bene al beneficiario divenga definitiva soltanto dopo la morte del disponente può essere disposto prevedendo nel negozio a favore di terzo che il promittente differisca l'esecuzione della sua prestazione a favore del terzo ad un momento successivo alla morte dello stipulante¹⁰¹; infine, quanto al requisito della revocabilità del negozio, tale possibilità è prevista espressamente dal codice civile¹⁰².

Altra fattispecie che può essere annoverata nell'alveo nei contratti *trans-mortem* è quella dell'assicurazione sulla vita a favore di terzi di cui all'art. 1920 c.c. Tale fattispecie si differenzia da quella appena descritta in ragione delle proprie

camente il ruolo di uno strumento idoneo a trasferire ricchezza, così come non può rilevare l'*animus* del terzo, che non partecipa al negozio dal quale scaturisce il diritto attribuitogli. Donde, le caratteristiche di tale schema negoziale possono essere compendiate nel fatto: *i)* che il diritto del terzo abbia il suo fondamento nel contratto; *ii)* che si tratti di un diritto autonomo e che sorga direttamente in capo al terzo; *iii)* che quest'ultimo non sia mai parte del contratto.

¹⁰⁰ Nel concreto, con riguardo al contratto a favore di terzi concluso con animo liberale, lo stipulante eroga al promittente un corrispettivo che è a quest'ultimo da lui dovuto, e non dal terzo; sicché, il contratto può considerarsi a tutti gli effetti quale strumento mediante il quale il primo si serve per fare acquisire al terzo stesso il diritto alla prestazione, che costituisce l'oggetto della liberalità.

¹⁰¹ Qualora la prestazione in favore del terzo venga eseguita dopo la morte dello stipulante e sia caratterizzata dall'intento liberale, ci si trova di fronte ad un negozio transmorte, sotto forma di una donazione indiretta. Nel qual caso, il beneficiario, anche se non potrà pretendere immediatamente la prestazione, come di regola accade nel contratto a favore di terzi, acquista comunque il diritto immediatamente, per effetto della stipulazione, così come previsto dall'art. 1412, comma 2, c.c., a mente del quale, se il terzo premuore allo stipulante, la prestazione deve essere eseguita in favore degli eredi. Per tali ragioni, rispetto alla donazione *mortis causa*, il momento della morte dello stipulante assurge a termine di efficacia del negozio, vale a dire a termine dal cui scadere dipende l'acquisto del diritto. In ogni caso, dovranno riconoscersi come applicabili le norme sulla collazione, la riduzione e l'imputazione rispetto a quanto ricevuto dal beneficiario. Interessanti spunti si ricavano in G. W. ROMAGNO, *Il rapporto fra il divieto stabilito dall'art. 549 c.c. e l'azione di riduzione. Riconoscimento del sistema alla luce dell'asserita autonomia del modo testamentario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4/2018, 1275 ss.

¹⁰² In tal senso, l'art. 1412 c.c., nella prospettiva di una utilizzazione in funzione successoria, limita l'irrevocabilità al solo caso di rinuncia scritta al potere di revoca da parte dello stipulante, per l'ipotesi in cui la prestazione del promittente sia differita dopo la morte dello stipulante medesimo.



caratteristiche che rendono tale negozio funzionalmente idoneo a realizzare un'alternativa ad una disposizione testamentaria; al punto che un'autorevole dottrina¹⁰³ ha ritenuto che questo contratto possa considerarsi un negozio a tutti gli effetti *mortis causa*, tenuto conto della piena revocabilità del beneficio *ex art.* 1921 c.c., in deroga al divieto di patti successori¹⁰⁴.

In senso contrario, è stato evidenziato che la fattispecie in esame non configura un negozio *mortis causa*, atteso che, in primo luogo, l'oggetto dell'attribuzione al terzo beneficiario non fa parte del patrimonio del beneficiante¹⁰⁵; in secondo luogo, la morte qui rappresenta il termine di efficacia e non la causa, che trova il suo titolo invece nel contratto¹⁰⁶; infine, depone in senso contrario alla qualificazione di negozio *mortis causa* l'immediata operatività della stipulazione in favore del terzo, così come si evince dal fatto che il beneficio è trasmissibile agli eredi di quest'ultimo¹⁰⁷.

Per dimostrare che la morte rappresenti il termine di efficacia e non la causa dell'attribuzione bisogna verificare se l'acquisto si ricolleggi al contratto, anziché alla designazione, tenuto conto della differenza tra la fattispecie dell'assicurazione sulla vita a favore di terzi di cui all'art. 1920 c.c. e quella del contratto a favore di terzo di cui all'art. 1411 c.c. Ne deriva che, qualora la designazione sia posta in essere nelle forme *inter vivos*, in tale momento il terzo acquista il diritto e la fattispecie dovrà considerarsi quale attribuzione indiretta tra vivi¹⁰⁸. Per converso, nel caso in cui l'attribuzione sia fatta attraverso una disposizione testamentaria – potendo la stessa avere efficacia solo dopo la morte del disponente, stante il disposto di cui all'art. 1920

c.c. – il diritto del terzo sorgerebbe solo dopo la morte dello stipulante e la fattispecie dovrebbe considerarsi attribuzione indiretta a causa di morte, che, a seconda dei casi, potrebbe essere atto di adempimento di una prestazione dovuta o una liberalità. In quest'ultimo caso, ben potranno trovare applicazione le norme dettate per la collazione, la riduzione e l'imputazione, seppure con alcune peculiarità. Del resto, se pure l'intento di chi stipula l'assicurazione è ovviamente quello di porre il beneficiario nella condizione di acquisire l'indennità al momento della sua morte, l'art. 1923, comma 2, c.c. prevede che la disciplina dettata per la collazione, l'imputazione e la riduzione delle donazioni sia fatta salva esclusivamente riguardo ai premi pagati¹⁰⁹.

La scelta del legislatore di fare riferimento ai premi, anziché al diritto all'indennità, deriva dal carattere aleatorio proprio del contratto di assicurazione, in base al quale l'arricchimento del beneficiario, anche se dipende dal regolare pagamento dei premi da parte dell'assicurato, non può essere considerato come conseguenza di un depauperamento corrispettivo del patrimonio di chi ha stipulato l'assicurazione¹¹⁰.

Secondo quanto disposto dall'art. 1923, comma 2, c.c. con riguardo ai premi pagati, dunque, l'assicuratore che ha ricevuto il pagamento non è obbligato alla collazione. Per converso, saranno obbligati alla collazione i soggetti indicati nell'art. 737 c.c., ossia i beneficiari della donazione indiretta, quali aventi diritto all'indennità che, al fine di adempiere all'obbligo che su di loro grava, dovranno far fronte con il loro patrimonio, non potendo fare conto sul patrimonio dell'assicuratore, del quale non hanno la disponibilità¹¹¹.

¹⁰³ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1960, 320 ss.

¹⁰⁴ In argomento A. MUSTO, *Il profilo identitario degli strumenti alternativi al testamento: l'unità assiologica nella variabilità strutturale degli atti inter vivos con funzione successoria vietata*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 1158 ss.; F. PARENTE, *Le disposizioni "in forma indiretta" connesse alla morte*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 107 ss.

¹⁰⁵ Movendo da tale considerazione, è stato rilevato, inoltre, che la circostanza secondo cui il bene oggetto di attribuzione al terzo non faccia parte del beneficiante potrebbe influire sulla qualificazione della fattispecie in esame quale attribuzione indiretta.

¹⁰⁶ G. OBERTO, *Famiglia di fatto e convivenze: tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione*, in *Fam. e dir.*, 6/2006, 663 con ivi riferimenti di dottrina sui negozi trans morte nell'ambito familiare.

¹⁰⁷ In senso conforme M. IEVA, *sub art. 456-564*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di E. GABRIELLI, Torino, 2009, 29 ss.; A. ZACCARIA, *Negozi "mortis causa" e negozi "trans mortem"*, in *Studium Iuris*, 4/2014, 436 ss.

¹⁰⁸ In questi termini G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 300 ss.

¹⁰⁹ Tale assunto, con particolare riferimento alla collazione, trova riscontro nell'art. 741 c.c. che, nel dichiarare l'applicabilità di questo istituto anche alle donazioni compiute allo scopo di soddisfare particolari esigenze di vita dei congiunti, prevede che sia soggetto a collazione, tra l'altro, ciò che il defunto ha speso per soddisfare premi relativi a contratti di assicurazione sulla vita. Più in generale, comunque, Giova rammentare che tutte le donazioni, dirette e indirette, debbono intendersi soggette a collazione in virtù della previsione generale di cui all'art. 737 c.c.

¹¹⁰ Cfr. F. PADOVINI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, cit. 1007 ss.; M. DI MARZIO, *Il testamento ed i negozi trans morte dal punto di vista dell'anziano*, cit., 2295 ss.

¹¹¹ Da quanto sopra deriva che la norma di cui all'art. 1923, comma 2, c.c. pone un limite alla collazione, in virtù del carattere aleatorio del contratto di assicurazione, fissando il suo oggetto in una somma corrispondente all'ammontare dei premi pagati dal donante, non incidendo sulla regola che vuole il beneficio convenuto in favore del terzo, e cioè il diritto all'indennità, quale oggetto della collazione. Tale impostazione, ancorché contraria ai principi generali in materia di contratti a favore di terzo, appare tuttavia in linea con i principi che go-

Nell'alveo dei contratti *trans-mortem* va ricompreso, ancora, il negozio di rendita vitalizia a titolo oneroso di cui all'art. 1872 c.c., mediante il quale si realizza uno scambio di una prestazione a carattere istantaneo contro una prestazione periodica, la quale è comparata alla vita del beneficiario o di altra persona (arg. ex art. 1873 c.c.). Precisamente, la prestazione a carattere istantaneo può consistere nel trasferimento di un bene mobile o immobile o nella cessione di un capitale; quella periodica, invece, nella corresponsione di una somma di denaro o nella dazione di una certa quantità di altre cose fungibili.

Con particolare riferimento ai profili successori, l'art. 1875 c.c. prevede espressamente la costituzione di una rendita vitalizia a favore del terzo, onde escludere la necessità della forma rigida per realizzare una donazione, anche per il caso in cui la stessa importi per il terzo beneficiario una liberalità¹¹². A questo proposito, rileva altresì nel panorama della categoria negoziale in esame la figura del vitalizio alimentare o contratto di mantenimento, la quale si distingue dalla rendita vitalizia comune per la variabilità della prestazione periodica in funzione dei bisogni del creditore, in cui il corrispettivo del trasferimento del bene mobile o immobile o della cessione di un capitale è caratterizzato qui dalla corresponsione di vitto, alloggio, vestiario e di tutto quant'altro necessario al mantenimento del beneficiario, per tutta la sua vita e adeguatamente alla sua posizione sociale; il che, evidentemente, se stipulato a favore di un terzo, realizza una valida alternativa ad una disposizione testamentaria, così come sopra evidenziato in relazione alla rendita vitalizia.

Infine, meritano un cenno le clausole di predisposizione successoria destinate a regolare la sorte della partecipazione del socio alla sua morte e, in particolare, la c.d. clausola di consolidazione nei contratti di società¹¹³, ossia quel patto tra soci che

vernano la collazione, quale istituto che tende a ricondurre il patrimonio del defunto nella condizione in cui si sarebbe trovato se le donazioni non fossero state compiute. Del resto, tenuto conto che il riferimento ai premi pagati costituisce un limite alla collazione, l'oggetto della donazione indiretta rimane pur sempre il diritto all'indennità, ove l'ammontare dei premi pagati risulti superiore al valore di quest'ultima. In tale ottica, sarà comunque l'indennità a dovere costituire il punto di riferimento per la collazione, e ciò conformemente a quanto accade nella donazione indiretta in cui l'oggetto della stessa deve costituire il punto di riferimento per la collazione in ogni fattispecie di contratto a favore di terzi, anche qualora il valore di quanto corrisposto dallo stipulante al promittente risulti superiore al valore del diritto convenuto in favore del terzo.

¹¹² Cfr. M. IEVA, *Sub art. 456-564*, cit., 29 ss.; A. ZACCARIA, *Negozi "mortis causa" e negozi "trans mortem"*, cit., 436 ss.

¹¹³ Cfr. G. BARALIS, *Le clausole di consolidazione in caso di morte di un socio nelle società personali; le clausole di conso-*

prevede come effetto l'accrescimento della quota del socio deceduto a favore dei soci superstiti e l'insorgenza in capo a questi ultimi e a favore degli eredi del primo di un diritto di credito la cui entità è commisurata ai parametri stabiliti nella clausola stessa¹¹⁴. Al riguardo, il legislatore ha previsto all'art. 2469 c.c. la possibilità per i soci di introdurre all'interno dello statuto eventuali disposizioni limitative della libera trasferibilità delle partecipazioni sia per atto tra vivi sia per successione a causa di morte¹¹⁵. Si tratta di una disposizione tesa sia ad evitare l'automatica trasmissione delle partecipazioni agli eredi, che può assumere profili penalizzanti, sia ad impedire l'ingresso in società di soggetti potenzialmente dannosi¹¹⁶.

In dottrina, sono state peraltro individuate due differenti tipologie di clausola di consolidazione, vale a dire quella "pura" e quella "impura"¹¹⁷:

lidazione pure e semplici e quelle con liquidazione del mero capitale; problemi di validità, in *Quaderni di Vita notarile*, n. 2, Palermo, 1982, 207 ss.; P. BOERO, *Società di capitali e successione mortis causa*, *ivi*, 148 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 47 e 84; M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, 146 ss.; M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Riv. not.*, 1988, 1169 ss.

¹¹⁴ In argomento v. S. PATRIARCA, *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, 2002, 131 ss.; M. MALTONI, *Effetti organizzativi della clausola di intrasferibilità mortis causa della quota di S.r.l.: considerazioni sistematiche*, in *Riv. not.*, 2000, VI, 1375 ss.; Cfr. C. E. PUPO, *Sulla validità della clausola di consolidazione in capo ai soci superstiti della quota del socio defunto di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1997, II, 733 ss.

¹¹⁵ Invero, la trasferibilità della quota sociale rappresenta la regola; per cui, affinché lo statuto possa prevedere una deroga, tale clausola deve chiaramente indicarne la limitazione e le ragioni. Qualora la clausola statutaria preveda l'intrasferibilità assoluta delle partecipazioni o ne subordini il trasferimento al gradimento, senza prevederne condizioni e limiti, nonché nel caso in cui vengano posti condizioni o limiti che nel caso concreto impediscano il trasferimento per causa di morte, il socio o i suoi eredi possono comunque esercitare il diritto di recesso. Quest'ultimo, dal canto suo, ha suscitato non poche perplessità, tenuto conto che gli eredi, non assumendo la qualità di soci, non potrebbero vantare titolo per l'esercizio. A tale assunto è stato ribadito, però, che la disciplina del diritto di recesso è stata prevista dal legislatore per tutelare, da un lato, i soci che, in tal modo, possono valutare e selezionare i nuovi soggetti che intendano partecipare alla compagine sociale e, dall'altro, il singolo socio che ritenga non conveniente continuare a investire su un'impresa cui non ripone più fiducia. Per questo ordine di considerazioni si rinvia a M. D'AURIA, *Clausole di consolidazione societaria e patti successori*, in *Notariato*, 2003, III, 671 ss.

¹¹⁶ Sul punto cfr. R. RORDORF, *Trasmissione agli eredi di quote sociali*, in *Le Società*, 1989, 1157 ss.

¹¹⁷ In argomento G. BARALIS, *Le clausole di consolidazione in caso di morte di un socio nelle società personali; le clausole di consolidazione pure e semplici e quelle con liquidazione del mero capitale; problemi di validità*, in *Quaderni di vita notarile*, 1982, II, 207 ss.; F. TASSINARI, *Clausole in funzione succes-*



mentre la prima – formalmente invalida anche dopo la riforma del 2003 – ricorre laddove non sia prevista l'attribuzione di alcun diritto patrimoniale in favore dei successori del defunto¹¹⁸; la seconda specie – ritenuta, per converso, valida – è caratterizzata dal riconoscimento agli eredi del socio defunto del controvalore della quota oggetto di liquidazione¹¹⁹.

Si tratta, allora, di verificare se l'accordo stipulato dalla compagine sociale, con il quale sia stata convenuta la redistribuzione della quota del socio che verrà a mancare a causa di morte, possa rientrare all'interno dei negozi alternativi al testamento che potrebbero violare il divieto di cui all'art. 458 c.c., sul presupposto che tale accordo sarebbe volto a disporre contrattualmente di un bene ereditario¹²⁰. Si è sostenuto, infatti, che la fattispecie in esame configuri un negozio *mortis causa*, in quanto tale rientrante nel divieto di cui all'art. 458 c.c.¹²¹, atteso che la morte del socio inciderebbe sia

sulla determinazione dell'oggetto del negozio, sia sulla determinazione dei soggetti beneficiari, quale elemento causale, in quanto ciascun socio trasferisce, con effetto reale differito, la quota di partecipazione di cui risulterà titolare al momento della morte a favore di coloro che saranno soci a tale momento. Epperò, tale clausola non spiega alcun effetto durante la vita del disponente, onde non può riconoscersi alcun trasferimento a titolo successorio nel patrimonio degli eredi di elementi già presenti nel patrimonio del *de cuius*; al contrario, si può constatare una piena coincidenza con gli effetti di un legato ad effetti reali¹²². Tale conclusione risulta avvalorata, peraltro, dalla giurisprudenza di legittimità, che ammette la validità di siffatta pattuizione solo nell'ipotesi in cui sia prevista l'attribuzione di alcunché in favore dei successori per legge¹²³.

Con una pronuncia risalente, la Corte di Cassazione aveva chiarito che la clausola apposta nello statuto che prevedeva, in caso di morte di uno dei soci, la possibilità per la società di distribuire ai membri superstiti la quota del defunto, dietro liquidazione da parte di questi ultimi agli eredi del *de cuius* del valore della stessa risultante dall'ultimo bilancio, non integrasse la violazione divieto di patti successori¹²⁴. In particolare, secondo l'interpretazione data dalla Suprema Corte, la previsione statutaria in oggetto rappresenterebbe un modo di liquidazione di un *asset* societario volto a evitare lo scioglimento della società e non una convenzione finalizzata a disporre di un bene oggetto di successione. Donde, l'effetto consolidativo in capo ai soci non sarebbe riconducibile al fenomeno successorio, né a quello della semplice liberalità, bensì si tratterebbe di una convenzione sociale reciproca, le cui disposizioni sarebbero rimaste sospese fino alla realizzazione di un evento incerto come la premorienza. Per tali ragioni, tenuto conto che il pagamento del valore della quota da parte dei soci sopravvissuti sarebbe rimasto sospeso fino alla realizzazione dell'evento morte, i soci riceverebbero la quota *mortis tempore* e non *mortis causa*.

Successivamente, la giurisprudenza di legittimità mutava orientamento, sancendo la nullità della clausola di consolidazione, per espressa violazione del divieto di cui all'art. 458 c.c., nella particolare ipotesi in cui fosse disposto che, alla morte di uno dei soci, le azioni o le quote si trasferissero agli altri soci superstiti, senza la previsione di un compenso

soria negli statuti delle società di persone, in *Giur. comm.*, 1995, I, 94 ss.

¹¹⁸ Ciò implica che al verificarsi dell'evento morte, i soci vedranno accrescere la loro quota di partecipazione alla società, senza dover corrispondere alcunché agli eredi del *de cuius*, ovvero corrispondendo beni di valore inferiore alla partecipazione sociale di quest'ultimo; il che si porrebbe non tanto in contrasto con l'art. 458 c.c., quanto, per la verità, in lesione dell'aspettativa sull'eredità in capo ai legittimari. I legittimari, in questo caso, anziché invocare l'applicazione del divieto di cui all'art. 458 c.c., che riposa su ragioni altre rispetto alle esigenze dedotte nella clausola in questione, potranno esperire i rimedi previsti in ipotesi di lesione della quota di riserva loro spettante. Conseguentemente, il criterio della corrispettività e onerosità del trasferimento delle partecipazioni sociali più che interferire con la natura *inter vivos* o *mortis causa* dell'attribuzione, mira a contemperare tre diversi interessi: quello dei soci a evitare che soggetti estranei entrino nella compagine sociale e, dunque, a mantenere la coesione della società; il diritto degli eredi a non veder intaccata la loro quota di riserva e l'esigenza dei creditori a non veder pregiudicate le loro ragioni. In dottrina cfr. P. SCHLESINGER, *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in AA. VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limite e prospettive di riforma del diritto successorio*, Padova, 2004, 131. Nello stesso senso si è pronunciata la Suprema Corte escludendo che con la clausola in esame fosse violato il disposto dell'art. 458 c.c., sul presupposto che tale disposizione, costituendo un'eccezione all'autonomia negoziale, non può essere estesa ai rapporti che non integrano la fattispecie tipizzata in tutti i suoi momenti. Cfr. Cass. civ., Sez. I, 12.2.2010, n. 3345, in *Giust. civ.*, 9/2010, con commento di G. VIDIRI, *I difficili rapporti tra patti di famiglia e patti successori*.

¹¹⁹ Cfr. V. CAPOTI, *Clausole di opzione su quote e divieto dei patti successori*, in *Le Società*, 2010, 797 ss.

¹²⁰ In argomento S. BORRELLI, *Sulla clausola di intrasferibilità mortis causa della quota di società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2004, I, 59 ss.

¹²¹ Altra parte della dottrina nega che vi sia rapporto tra clausola di consolidazione e patto successorio perché «il patto di consolidazione riveste alla fin fine natura di scommessa, una scommessa particolare che nelle sue linee rappresenta una forma di patto tontinario». Così G. BARALIS, *ult. op. cit.*, 218.

¹²² In tal senso cfr. M. IEVA, *“Successione, X) Fenomeni parassuccessori”*, cit., 6.

¹²³ Cfr. Cass., 16 aprile 1975, n. 1434, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 591.

¹²⁴ Cfr. Cass. 17 Marzo 1951, n. 685 in *Foro it.*, 1951, I, 1579.

ai successori legittimi o per testamento, in ragione del fatto che il *de cuius* avrebbe disposto in vita negozialmente della propria successione, privando gli eredi o i legatari dei diritti derivanti dalla partecipazione al capitale sociale¹²⁵. Avverso tale orientamento è stato osservato che al verificarsi dell'evento morte di un socio rispetto agli altri – che costituisce un criterio temporale o condizionante sufficiente per produrre gli effetti di indirizzamento della partecipazione voluti dal *de cuius* – la cessione determina, da un parte, l'effetto secondo cui ogni membro della compagine sociale rimasto in vita acquisterà, in proporzione alla partecipazione già posseduta, la partecipazione del socio defunto; dall'altra, la cessione postula che gli eredi del *de cuius* diverranno titolari di un diritto di credito, corrispondente al controvalore economico della partecipazione, alla cui corresponsione sono tenuti i soci superstiti in forza dell'accordo stipulato¹²⁶. In tale prospettiva, la giurisprudenza di legittimità successiva ha affermato nuovamente la validità di tali clausole, in ragione del fatto che non sussiste alcun collegamento diretto tra la morte del socio e la consolidazione della quota del defunto alla compagine sociale rimanente. Tale clausola, infatti, consente che la quota entri inizialmente nel patrimonio degli eredi, pur se connotata da un limite di trasferibilità, dipendente dalla facoltà degli altri soci di acquisirla esercitando il diritto di opzione loro concesso dallo statuto¹²⁷.

In definitiva, la morte è qui considerata unicamente come l'evento che determina l'operatività della clausola e non come causa della stessa, secondo la struttura, pienamente lecita, dei negozi *trans-mortem*. Si tratta, quindi, di un fattore temporale e non causale di una successione che avviene comunque sulla base della legge o del testamento e che non viene affatto limitata da una disposizione statutaria di tipo consolidativo¹²⁸. In tal modo, non resta vincolata la libertà testamentaria del socio, il quale potrà liberamente designare il proprio successore nella proprietà delle partecipazioni, anche se poi il diritto così trasmesso sarà limitato in ragione del fatto che l'oggetto del trasferimento dal patrimonio del *de cuius* al patrimonio dell'erede o del legatario non sarà la

titolarità delle suddette partecipazioni, bensì il corrispondente valore economico¹²⁹. Di talché, gli effetti di questi accordi sono anticipati alla fase antecedente alla morte e l'oggetto della disposizione viene determinato all'atto della stipulazione. Tali effetti immediati giustificano, inoltre, la trasmissione del diritto agli eredi del beneficiario in caso di premorienza di quest'ultimo al disponente.

4. I negozi *post mortem*.

L'espressione negozio *post mortem* non descrive una categoria giuridica unitaria, ma soltanto l'elemento comune di una serie di fattispecie eterogenee, ciascuna delle quali è soggetta a una propria disciplina giuridica, sebbene siano tutte finalizzate alla realizzazione del medesimo scopo, e cioè il trasferimento della ricchezza di un soggetto, per il tempo successivo alla sua morte, attraverso una negozio alternativo al testamento¹³⁰. Si tratta, nello specifico, di contratti *inter vivos* finalizzati a produrre effetti di destinazione alla morte del disponente, quale elemento condizionante gli effetti in parola del negozio, in quanto essi verranno a sussistere solo dopo la morte del soggetto¹³¹. Al contrario, si definisce atto *mortis causa*, secondo la definizione più autorevole, quello avente la funzione di «regolare i rapporti patrimoniali e non patrimoniali del soggetto per il tempo e in dipendenza della sua morte, e che nessun effetto, nemmeno prodromico o preliminare, è perciò destinato a produrre, e produce, prima di tale evento», ossia «l'atto che ha a proprio contenuto il regolamento di una situazione rilevante giuridicamente dopo la morte del suo autore»¹³². Ciò che è importante rimarcare, con riguardo all'atto *mortis causa*, quindi, è che esso regola rapporti e situazioni che sorgono in conseguenza della morte del soggetto o che dall'evento morte traggono una autonoma qualificazione¹³³; mentre il

¹²⁹ Sul tema I. MAFFEZZONI, *Il trasferimento mortis causa della partecipazione di società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2016, I, 39 ss.

¹³⁰ Cfr. G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 30 ss.

¹³¹ I caratteri appena descritti consentono, perciò, di escludere dai negozi *post mortem* non soltanto le disposizioni testamentarie, ma anche gli atti di ultima volontà inseriti in programmi distributivi regolati dallo statuto successorio a causa di morte. Sul tema cfr. V. BARBA, *I patti successivi e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, 1 ss.

¹³² Il riferimento è a G. GIAMPICCOLO, voce *Atto mortis causa*, cit., 232 ss.; v. pure M. IEVA, voce *“Successione, X) Fenomeni parasuccessori”*, cit., 3.

¹³³ In altri termini, affinché la disposizione possa qualificarsi come atto *mortis causa*, come tale suscettibile di porsi in con-

¹²⁵ Cfr. Cass. 16 aprile 1975, n. 1434, in *Giust. civ.*, 1975, II, 110.

¹²⁶ Cfr. V. CUFFARO, *Divieto di patti successivi e clausole statutarie c.d. di consolidazione*, in *Giur. it.*, 2011, 561 ss.

¹²⁷ Cfr. Cass. 12 febbraio 2010, n. 3345, in *Le Società*, 2010, 797 ss.

¹²⁸ In argomento A. MUSTO, *Il profilo identitario degli strumenti alternativi al testamento: l'unità assiologica nella variabilità strutturale degli atti inter vivos con funzione successoria vietata*, cit., 1158 ss.; F. PARENTE, *Le disposizioni “in forma indiretta” connesse alla morte*, cit., 107 ss.

negozio *post mortem* è destinato a regolare una situazione preesistente al decesso¹³⁴, sia pure subordinandone gli effetti al momento dell'evento morte¹³⁵. Pertanto, nei negozi *post mortem* la causa di morte risulta esclusa¹³⁶ e il negozio, a differenza di quello *mortis causa*, può considerarsi valido¹³⁷.

flitto con il divieto dei patti successori, l'oggetto della disposizione deve costituire un *quod superest*, cioè deve determinarsi in termini di attribuzione al momento della morte del disponente. Siffatta circostanza non è stata ravvisata, nel caso di una clausola di remissione del debito residuo alla morte del mutante inserita in un contratto di mutuo, ritenuta alla stregua di un negozio *post mortem* (in quanto disposizione immediatamente produttiva di effetti, anche se differiti alla morte del mutante) dal Trib. Udine, 20.10.2014, in *NGCC*, 2015, con nota in senso critico di F. VIGLIONE, «La remissione del debito alla prova del divieto dei patti successori istitutivi».

¹³⁴ Di guisa che il beneficiario acquista una posizione giuridicamente rilevante già per il solo fatto della conclusione del negozio. Al contrario del testamento il quale, *ante mortem*, deve considerarsi sul piano dell'aspettativa *tamquam non esset*: tant'è vero che prima della morte del testatore nessuna posizione giuridica soggettiva sorge in capo ai beneficiari dell'atto e nessuna responsabilità può imputarsi al suo autore.

¹³⁵ In argomento si rinvia a A. MUSTO, *Il profilo identitario degli strumenti alternativi al testamento: l'unità assiologica nella variabilità strutturale degli atti inter vivos con funzione successoria vietata*, cit., 1158 ss.; F. PARENTE, *Le disposizioni "in forma indiretta" connesse alla morte*, cit., 107 ss.

¹³⁶ Movendo da questa premessa, una volta fissata la nozione di atto *mortis causa* e delineate le sue caratteristiche, si tratta di valutare caso per caso se in una determinata fattispecie concreta ne ricorrano gli elementi (come nell'istituzione contrattuale di erede o di legatario, oppure nella *donatio de residuo si praemoriar*), ovvero se ci si trovi di fronte ad uno schema negoziale ove la morte serve ad identificare il momento di produzione degli effetti finali dell'atto (come nell'ipotesi della *donatio si moriar*, *si praemoriar* o *cum moriar*), con conseguente validità della previsione negoziale. Si comprende, quindi, che restano esclusi dal novero dei negozi *post mortem* anche gli atti di destinazione testamentari, il *trust* testamentario, la costituzione per testamento della fondazione, la costituzione per testamento del fondo patrimoniale, la sostituzione fedecommissoria, la disposizione fiduciaria e, ovviamente, il patto di famiglia. Con particolare riferimento agli atti di destinazione testamentari si rinvia a v. E. MOSCATI, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 253 ss.; G. D'AMICO, *La proprietà «destinata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 525 ss.; A. AZARA, *La disposizione testamentaria di destinazione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2014, I, 86 ss.; R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei tribunali italiani*, in *Fam. e dir.*, 2013, 783; F. SPOTTI, *Il vincolo testamentario di destinazione*, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, 384; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Il foro nap.*, 2014, 54 ss.; V. CORRIERO, *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, Napoli, 2015; V. BARBA, *Disposizioni testamentarie di destinazione*, in *Il foro nap.*, 2016, 325 ss.

¹³⁷ La Suprema Corte ha chiarito che non costituisce un patto successorio vietato, ma un valido negozio *inter vivos*, l'accordo in base al quale il disponente si riconosca, sin da giorno della stipulazione, debitore della controparte, ma differisca dopo la sua morte l'estinzione del debito riconosciuto, poiché il decesso costituisce termine di adempimento. In questi termini Cass. 3.3.2009, n. 5119, richiamata da V. PUTORTI, *I contratti post mortem*, cit., 776, nt. 28.

Il campo di indagine, in punto di fattispecie¹³⁸, si restringe allora ai negozi *inter vivos* che, in ragione della loro vocazione a regolare interessi del soggetto per il tempo successivo alla sua morte, contemplino quest'ultima come mero accadimento avente funzione di sospendere o, semplicemente, di limitare nel tempo gli effetti del negozio¹³⁹. Sicché, deve qualificarsi come valido negozio *post mortem* l'atto che, fin dal momento della sua conclusione, determini un meccanismo traslativo *in senso debole*, immediato e stabile, nelle sfere giuridiche delle parti contraenti o dei terzi destinatari dei suoi effetti diretti, attribuendo loro l'«aspettativa»¹⁴⁰ di situazioni soggettive giuridicamente rilevanti, la cui acquisizione avverrà solo dopo la morte del disponente, ma – si badi – non per causa di morte¹⁴¹.

Quanto sopra vale, ovviamente, anche per i negozi *post mortem* con effetti di destinazione¹⁴², in

¹³⁸ Vale la pena di ricordare, in proposito, l'avvertimento di R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Id.*, *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1993, 152, secondo cui l'interprete non può mai esimersi da un «esame penetrante della fattispecie», allo scopo di verificare se non vi sia un intento fraudatorio della legge.

¹³⁹ Secondo V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, 178-184, si tratterebbe di quegli atti tra vivi che non importino una disposizione della delazione.

¹⁴⁰ Parla, invece, di «titolarità» V. PUTORTI, *I contratti post mortem*, cit., 777, il quale, a sua volta, richiama quasi testualmente G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 168 e R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, cit., 195.

¹⁴¹ Sul piano pratico-applicativo, mi pare che i negozi *post mortem* comportino conseguenze analoghe ad un qualsiasi contratto preliminare, nel senso di prevedere un'acquisizione «prenotata» della titolarità di un diritto sopra uno o più beni. Con ciò non intendo, beninteso, che il negozio *post mortem* sia un contratto preliminare, bensì che la prestazione oggetto del negozio *post mortem* o, se si preferisce, l'adempimento del negozio stesso è differito al termine indicato dalle parti, coincidente con la morte del disponente. Al pari del contratto preliminare, dunque, il negozio *post mortem* costituisce un «programma contrattuale»; onde esso produrrà effetti *solo obbligatori* tra le parti, procrastinati peraltro alla morte del disponente. Gli effetti reali sono conseguenza, invece, dell'adempimento del negozio medesimo; di guisa che può dirsi che l'accordo in questione realizzi anche effetti reali, seppur in via indiretta.

¹⁴² Com'è noto, il legislatore, con l'art. 2645-ter c.c. (introdotto con la l. 30 dicembre 2005, n. 273), rubricato «Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche», senza disciplinare il contenuto sostanziale del «negozio di destinazione», ha consentito la trascrizione dei vincoli di destinazione, che consentono l'esecuzione sul patrimonio destinato solo per i debiti contratti a tale scopo. È appena il caso di precisare che la destinazione patrimoniale, al fine di avere una completa efficacia nei confronti di ogni soggetto, richiede l'opponibilità *erga omnes*, ottenibile solo mediante il ricorso ad idonei strumenti pubblicitari (qual è, per l'appunto, la trascrizione), onde creare un patrimo-

cui quest'ultima si assume a «elemento condizionato» del negozio¹⁴³, ossia come impressione di un certo vincolo su un bene¹⁴⁴ o su un complesso di beni la cui segregazione è procrastinata alla morte del disponente. Proprio questa tipologia di atti presenta la caratteristica comune di incidere sul diritto oggettivo determinando le regole applicative ad attività future¹⁴⁵. Donde scaturiscono due diverse obbligazioni: la prima, avente ad oggetto un *non facere*, consistente nel non mutare la destinazione impressa, la seconda, avente ad oggetto un *facere*, consistente nel gestire il bene in modo conforme al vincolo. A queste poi si aggiunge, nel caso dei negozi di destinazione con effetti *post mortem*, l'ulteriore obbligazione di *facere*, consistente nel trasferire il bene o i beni alla morte dell'autore.

Così segnati i criteri attraverso i quali è possibile affermare la validità dei negozi che si reputano essere elementi condizionanti di questa analisi e individuato il tratto tipico dell'effetto di destinazione – reso, peraltro, compatibile nel nostro ordinamento giuridico anche quando questo si accompagni ad una segregazione – occorre avere riguardo al concreto assetto di interessi realizzato

dall'operazione negoziale, valutando sia la struttura sia la funzione che l'atto di privata autonomia è destinato a realizzare, poiché è solo in tal modo che sarà dato sapere se il regolamento di interessi sia da dichiararsi nullo perché in contrasto con il divieto dei patti successori (istitutivi), oppure sia un valido contratto ad effetti *post mortem*. Con l'intesa che non si tratta, soltanto, in questa prospettiva, di verificare gli evidenti e possibili limiti di ammissibilità, sperimentando i vari strumenti negoziali attraverso cui realizzare una delazione patrimoniale¹⁴⁶, ma soprattutto di analizzare i problemi e i principi disciplinari che tali tecniche possono proporre, valutandone le interferenze con il sistema circolatorio e, vieppiù, con quello successorio¹⁴⁷.

Tra le fattispecie sussumibili nel modello negoziale in esame, viene in rilievo soprattutto il mandato *post mortem*¹⁴⁸, ossia quel contratto attraverso il quale una parte si obbliga a compiere, per conto dell'altra (cioè il *de cuius*), uno specifico incarico successivamente alla sua morte. Sul piano puramente descrittivo, il mandato *post mortem* si distingue sia dal c.d. mandato testamentario¹⁴⁹ – che

nio 'separato', in deroga al principio espresso dall'art. 2740 c.c. Cfr., in proposito, F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 165 ss.; G. PALERMO, *La destinazione di beni allo scopo*, in *Diritto civile* diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, II. *Successioni, donazioni, beni*, t. 2. *La proprietà e il possesso*, Milano, 2009, 388 ss.; R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012, 53 ss. con ivi ampi riferimenti di dottrina, anche straniera. Di contrarietà del *trust* di diritto internazionale all'art. 2740 c.c. parlavano, ben prima della novella di cui all'art. 2645-ter c.c., S. MAZZAMUTO, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione de l'Aja*, in *Vita not.*, 1998, 1323; C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, ivi, 1327.

¹⁴³ Cfr., sul tema, V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimari: la riduzione delle liberalità indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 1/2016, 49 ss.; R. CALVO – A. CIATTI, *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Torino, 2012.

¹⁴⁴ Con riguardo ai vincoli di destinazione impressi al possessore o al detentore v. M. CONFORTINI, *Vincoli di destinazione*, in *Dizionario del diritto privato*, I, *Diritto civile*, a cura di N. IRTI, Milano, 1980, 885.

¹⁴⁵ Cfr., in proposito, R. DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.: destinazioni di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 987 ss., spec. 990, che precisa che «in chiave funzionale tali regole costituiscono l'organizzazione delle menzionate attività per il perseguimento di un interesse ([...] quello sintetizzato nella destinazione). (...) Attribuzione e destinazione si pongono infatti su piani differenti, l'una sul piano logico costruttivo, l'altra su quello teleologico: la prima rappresenta lo schema logico astratto che, volta per volta, è colorato da un concreto orientamento funzionale; la seconda rappresenta il contenuto funzionale concreto di uno schema logico astratto (diremmo, l'organizzazione)».

¹⁴⁶ Nel concreto, ciò può essere realizzato sia inserendo nel testamento una o più clausole dirette a tal fine, sia tramite la stipulazione di un contratto di mandato con cui il mandatario si obbliga ad eseguire, dopo la morte del mandante, l'attività programmata.

¹⁴⁷ Cfr., per queste precisazioni, V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, cit., 57.

¹⁴⁸ In argomento cfr. N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Per. fam. succ.*, 2011 688 ss.; A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, 57 ss.; A. ANSALDO, *In tema di contratto post mortem*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 497 ss.; A. AMATUCCI, *Osservazioni sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, 304; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. civ. comm.* Cicu, Messineo, Mengoni, Milano, 1984, 360 ss.; G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1952, 201 ss.; L. COVIELLO, *Il «mandatum post mortem»*, in *Riv. dir. civ.*, 1930, 51 ss.

¹⁴⁹ Con particolare riferimento ai negozi che traggono origine da una disposizione testamentaria avente ad oggetto il conferimento ad un terzo del potere di agire per la gestione degli interessi che il disponente vuole regolamentare dopo la sua morte, gli stessi non possono ricondursi *tout court* allo schema di cui agli artt. 1703 e ss. c.c., in quanto il procedimento attraverso cui viene conferito il potere non è idoneo a generare un accordo contrattuale: infatti, ancorché sussista il concorso della volontà del testatore e quella del destinatario della disposizione, manca proprio l'incontro delle volontà, in quanto l'atto che dovrebbe integrare gli estremi di una proposta e quello che dovrebbe rappresentare la conseguente accettazione restano due atti indipendenti l'uno dall'altro e vengono a costituire non un unico negozio, bensì due negozi distinti. Detto in altre parole, mentre nei negozi *inter vivos* la manifestazione di volontà del destinatario della proposta è conosciuta dal proponente, il quale, allorché la dichiarazione giunga al suo indirizzo, deve essere in vita; nelle fattispecie in esame, invece, l'atto che dovrebbe fungere da accettazione interviene soltanto dopo che il proponente abbia cessato di vivere. Del resto, l'eventuale irrevocabilità della

si identifica in quella determinata disposizione unilaterale¹⁵⁰, contenuta in un testamento, attraverso

clausola testamentaria contenente una siffatta proposta sarebbe del tutto priva di effetti, stante il già richiamato principio della piena e assoluta libertà di revocare le disposizioni a causa di morte. Pertanto, i predetti schemi negoziali se, da un lato, esulano dallo schema delineato dall'art. 1703 c.c., dall'altro, sembrano integrare gli estremi di un negozio autorizzativo, unilaterale, recettizio e liberamente revocabile, volto ad attribuire al terzo il potere di agire per l'attuazione della volontà espressa dal testatore nell'atto di ultima volontà. In ogni caso, essendo tali atti contenuti in un atto a struttura necessariamente unilaterale, tendono ad autorizzare lo svolgimento di un'attività gestoria sostanzialmente analoga a quella tipica del mandato, sebbene il terzo, a differenza del mandatario, rimane libero di esercitare il potere conferitogli dal testatore. Per tali ragioni, se il disponente intende utilizzare lo strumento testamentario per disporre compiutamente dei propri interessi per il tempo in cui avrà cessato di vivere, ben potrà inserirvi specifiche clausole dirette ad attribuire all'erede, al legatario, o ad un terzo il potere di agire per la soddisfazione delle proprie esigenze. Tali disposizioni, tuttavia, nel caso possiedano un contenuto patrimoniale dovranno assumere la forma dell'onere o *modus* testamentario; al contrario, qualora abbiano natura non patrimoniale possono acquisire un autonomo rilievo ed essere predisposte anche in favore di un terzo. In tal senso, depone la stessa formulazione del testo normativo di cui all'art. 587, comma 2, c.c. il quale consente che siffatte previsioni, oltre ad essere contenute in un testamento ed avere come destinatari i successori universali o particolari, possano essere dettate anche in favore di soggetti diversi. Orbene, stante la peculiare natura che le connota, tali fattispecie sono soggette sia ai principi dettati in tema di personalità, formalità e revocabilità dell'atto testamentario, sia alle disposizioni contrattuali che offrono alla volontà del *de cuius* una tutela più efficiente. Sotto questo profilo, è evidente la sostanziale affinità funzionale con gli atti che formano oggetto di un contratto di mandato, regolati dalle norme dettate dagli artt. 1703 e ss. c.c. È presente, infatti, una forte analogia tra la posizione rivestita dal terzo titolare del predetto potere gestorio e la figura del mandatario, a cui viene spesso ricondotta anche quella dell'esecutore testamentario. D'altra parte, sia l'esecutore che il terzo incaricato *ex testamento*, sebbene liberi di decidere se eseguire o meno l'incarico, ove scelgano di adempierlo, sono poi tenuti a portarlo a termine, salvo il sopraggiungere di gravi cause ostative. Inoltre, in entrambi i casi, l'erede che a causa dell'ingiustificato abbandono dell'incarico abbia sopportato delle spese o abbia subito un danno è legittimato ad agire in via risarcitoria, essendo l'incaricato, al pari dell'esecutore o di un comune mandatario, responsabile ai sensi degli artt. 703, 709 c.c. e 1710, 1713 c.c. Per converso, se porta a termine il compimento dell'affare graverà sull'erede l'obbligo di rimborsargli le spese sostenute secondo quanto previsto dagli artt. 712 e 1720 c.c., salva la diversa volontà del testatore tesa a non gravare il successore universale di siffatto onere. Le affinità funzionali rappresentate determinano, in applicazione delle norme dettate per il mandatario, che sia il terzo incaricato *ex testamento* che l'esecutore testamentario debbano svolgere il loro compito con la diligenza del buon padre di famiglia e siano tenuti a rendere il conto della gestione agli eredi del testatore *ex artt.* 709 e 1713 c.c. Sul *modus* testamentario si rinvia a M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 898 ss.; G. W. ROMAGNO, *Considerazioni riguardo alla posizione del divieto di pesi e di condizioni nell'ambito del sistema di tutela dei diritti successori riservati*, in *Riv. not.*, 3/2018, 483 ss.

¹⁵⁰ La struttura del negozio testamentario, quale atto «unilaterale», si pone in contrapposizione alla normale struttura bilaterale

la quale si conferisce a un terzo il potere di agire con riferimento alla categoria di interessi non patrimoniali che il disponente vuole regolamentare per il tempo in cui avrà cessato di vivere – sia dal c.d. mandato *post mortem exequendum*¹⁵¹ – quale negozio bilaterale la cui esecuzione, differita alla morte del mandante, si estrinseca in uno o più atti meramente esecutivi rispetto ad un'attribuzione patrimoniale già realizzatasi, *inter vivos*, dal *dominus*. Le predette figure, sebbene abbiano la medesima finalità del mandato *post mortem*, essendo dirette a realizzare una tipica finalità successoria, pongono tuttavia problemi differenti. In effetti, quanto agli incarichi a contenuto non patrimoniale conferiti mediante un testamento o tramite un mandato *post mortem exequendum*, sebbene costituiscano atti di natura *mortis causa*, muovono da motivazioni autonome e differenti da quelle che presiedono la sfera operativa delle norme che regolano la circolazione dei beni e che escludono la vocazione ereditaria di tipo contrattuale¹⁵². Tali fattispecie, quindi, pongono il problema dell'individuazione della disciplina ad essi applicabile, stante la loro natura e la relazione funzionale esistente tra l'attività del terzo autorizzato dal *de cuius* ad esercitare il potere gestorio e un comune mandatario¹⁵³.

La questione della compatibilità della figura in rassegna con i principi generali dell'ordinamento è dibattuta in dottrina. Un primo orientamento afferma la validità in ogni caso di tale negozio, in quanto l'art. 1722, n. 4, c.c., che prevede l'estinzione del mandato per la morte del mandante, ha natura di norma dispositiva¹⁵⁴; onde la

del mandato, che richiede necessariamente l'accettazione del mandatario. Sottolinea la struttura contrattuale del mandato *post mortem* E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, rist. corretta della 2ª edizione, 312 ss., spec. nt. 6; nonché C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia – Le successioni*, cit., 563, il quale osserva che il contratto in questione non può ritenersi concluso ove manchi il consenso del mandatario, ovvero ove esso intervenga dopo la morte del mandante, la quale determinerebbe il venir meno degli effetti della relativa proposta contrattuale ai sensi dell'art. 1329, cpv., c.c.

¹⁵¹ Per quanto concerne il mandato *post mortem exequendum*, esso è idoneo a compiere operazioni negoziali che, a seconda delle modalità prescelte, rientrano nei negozi ad effetti *post mortem*, ovvero nei negozi *trans-mortem*, dacché la morte del mandante non costituisce causa del diritto del mandatario, che risulta già acquisito *inter vivos*, ma solo momento in cui l'esecuzione del contratto è differita.

¹⁵² In argomento cfr. M. IEVA, *Sub art. 456-564*, cit., 29 ss.; A. ZACCARIA, *Negozi "mortis causa" e negozi "trans mortem"*, cit., 436 ss.

¹⁵³ Cfr. A. ANSALDO, *In tema di contratto post mortem*, cit., 497 ss.; A. AMATUCCI, *Osservazioni sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, cit., 304.

¹⁵⁴ Cfr., in tal senso, G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit., 24 ss.; A. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, cit., 126.



circostanza che il negozio si perfezioni prima della morte vale ad escludere la configurabilità di un patto successorio, poiché l'obbligazione non sorge in capo agli eredi a titolo originario, ma si trasmette loro *iure successorio*. Al contrario, l'orientamento più restrittivo ritiene il mandato *post mortem* invalido, assumendo che la norma anzidetta abbia natura di norma imperativa e che lo schema in parola costituisca un negozio *mortis causa*: in quanto tale vietato dall'art. 458 c.c.¹⁵⁵. Diverso orientamento, peraltro prevalente, è quello che ritiene opportuno valutare caso per caso, onde distinguere il mandato *mortis causa* (ad esempio, rilevando il carattere della irrevocabilità da parte dell'erede, così da farne discendere la nullità ai sensi del divieto dei patti successori¹⁵⁶), dal mandato *inter vivos post mortem exequendum*, giudicato valido.

Dal canto suo, la giurisprudenza di legittimità ha statuito la nullità del mandato avente ad oggetto il compimento di un'attività giuridica finalizzata ad una attribuzione patrimoniale e valido, al contrario, quello avente ad oggetto una mera attività materiale o esecutiva¹⁵⁷. Ciò in quanto, nel primo caso, il bene oggetto del trasferimento esce dalla sfera patrimoniale del mandante-beneficiario soltanto dopo la sua morte; sicché, fino a tale momento non si produce alcuno spostamento patrimoniale¹⁵⁸. Al contrario, sarebbe valido ed efficace il mandato che comporti, dopo la morte del mandante, il compimento di atti meramente esecutivi di attribuzioni patrimoniali già avvenute durante la vita del mandante: come, ad esempio, la consegna

di beni già divenuti estranei al patrimonio del *de cuius* in vita dello stesso¹⁵⁹.

La correttezza dell'impostazione seguita dalla prevalente dottrina, in merito al carattere derogabile della disposizione di cui all'art. 1722, n. 4, c.c., trova conferma in precisi riferimenti normativi che attribuiscono al mandato una efficacia ultrattiva rispetto alla morte del mandante¹⁶⁰: basti pensare, ad esempio, all'art. 1723, cpv., c.c. che prevede l'ipotesi del mandato conferito anche nell'interesse di terzi, qual è normalmente il mandato *post mortem*, con riferimento all'interesse del terzo beneficiario dell'attività posta in essere dal mandatario incaricato, il quale non si estingue per morte o per la sopravvenuta incapacità del mandante¹⁶¹; o ancora, l'art. 1728 c.c. secondo il quale la morte del mandante non fa venire meno l'obbligo del mandatario, che abbia iniziato ad eseguire l'incarico conferitogli, di proseguire nell'esecuzione dell'attività affidatagli dal mandante, quando vi sia pericolo nel ritardo.

Parimenti, pur in mancanza di espressa previsione normativa, è da ritenere che, nell'ipotesi di mandato collettivo per un «affare d'interesse comune», la morte di uno dei mandanti (o la sua sopravvenuta incapacità) non abbia efficacia estintiva (arg. ex art. 1726 c.c.)¹⁶².

Dal punto di vista degli eredi del mandante si osserva una normale vicenda successoria, con il subingresso di questi ultimi nella posizione contrattuale del loro dante causa¹⁶³. Il che determina, con tutta evidenza, due ordini di problemi: il primo connesso ai poteri degli eredi del mandante rispetto al mandatario, primo tra tutti quello di revoca del mandato¹⁶⁴; il secondo legato agli interessi sottesi al mandato stesso, che potrebbe perseguire vere e proprie finali-

¹⁵⁵ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 312 ss., il quale ammette come unica deroga l'ipotesi testuale della ultrattività del mandato avente ad oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio dell'impresa, per il carattere impersonale ed obiettivo dell'interesse perseguito (art. 1722, n. 4, c.c.); vedasi soprattutto, per il carattere inderogabile della regola *mandatum mortem finitur*, G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, 558.

¹⁵⁶ In quest'ordine di idee G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 126. Secondo U. CARNEVALI, *Negozio fiduciario e mandato post mortem*, in *Giur. comm.*, 1975, II, 700, il mandato *post mortem* si differenzia da un patto successorio istitutivo, poiché difetterebbe la coincidenza tra la parte che stipula il patto e il beneficiario dell'eventuale attribuzione patrimoniale a causa di morte. Per cui, l'eventuale nullità del patto non dipenderebbe da una diretta violazione dell'art. 458 c.c., bensì dal fatto che il contratto sarebbe diretto a realizzare un determinato assetto successorio, andando ad usurpare la funzione esclusiva assegnata dall'ordinamento giuridico al negozio testamentario.

¹⁵⁷ Cfr. Cass., 4 ottobre 1962, n. 2804, in *Foro it.*, 1963, I, 49.

¹⁵⁸ La notazione è di M. IEVA, «Successione, X) Fenomeni parasuccessori», cit., 6.

¹⁵⁹ Così A. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Tratt. dir. priv.* (diretto da P. RESCIGNO), 12, t. IV, Torino, 1985, 36 ss.

¹⁶⁰ Invero, non si ravvisano ostacoli alla trasmissibilità del rapporto contrattuale in capo agli eredi del mandante, a seguito del decesso del loro dante causa. Privo di fondamento, infatti, è il sospetto di una pretesa violazione del principio «*ab heredis persona obligatio incipere non potest*», nel caso di mandato che sopravviva alla morte del mandante, giacché le reciproche obbligazioni tra le parti derivano direttamente dal contratto di mandato, stipulato in vita dal mandante. Per cui, la morte di quest'ultimo rappresenta soltanto l'evento al verificarsi del quale l'obbligo del mandatario di eseguire un determinato incarico diviene attuale.

¹⁶¹ G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit., 205.

¹⁶² Cfr., in proposito, F. A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Fam., pers. e succ.*, 1/2010, 56 ss.

¹⁶³ Sul punto v. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 14.

¹⁶⁴ Su cui si rinvia alla disamina di F. A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, cit., 59 ss.

tà *mortis causa*, trattandosi nel qual caso di strumento negoziale la cui reale finalità consisterebbe nella regolamentazione convenzionale di rapporti giuridici che trarrebbero origine dalla morte del mandante. Ciò che verrebbe a porre il mandato *post mortem* in una situazione di contrasto con il divieto previsto all'art. 458 c.c.

Proprio i due ordini di problemi di cui sopra varrebbero, secondo taluno¹⁶⁵, a spiegare l'effettiva *ratio* dell'art. 1722, n. 4, c.c., che avrebbe carattere imperativo essendo in stretta correlazione con la disposizione contemplata all'art. 458 c.c., nel senso che la disposizione citata sarebbe posta a presidio del principio del divieto dei patti successori; con la conseguenza che la morte del mandante costituirebbe causa di scioglimento del contratto. Sennonché, l'impostazione in commento va disattesa per la sua opacità, dovendo valutarsi caso per caso, in base alla specifica natura dell'incarico conferito e da eseguirsi dopo la morte del mandante¹⁶⁶: va da sé, infatti, che la mera circostanza che l'obbligazione assunta dal mandatario debba eseguirsi dopo la morte del mandante non rappresenti un indice probante della sicura contrarietà della figura in esame rispetto ai limiti imposti all'autonomia privata dagli artt. 457 e 458 c.c.¹⁶⁷.

In definitiva, la questione della validità o meno del mandato *post mortem* si risolve tenendo in debito conto la natura del contratto-base (*i.e.* il mandato), onde ammettersi la validità dello stesso allorché esso abbia ad oggetto la consegna, dopo la morte del mandante, di beni dei quali quest'ultimo abbia disposto in vita: si pensi, ad esempio, al mandatario che faccia pervenire al donatario, dopo la morte del donante, il bene donatogli dal mandante¹⁶⁸. In questo caso, il mandato ha ad oggetto

un'attività meramente esecutiva con riguardo ad attribuzioni patrimoniali già disposte in vita dal mandante, che, per questa ragione, non incidono sulla successione vera e propria, dal momento che i beni di che trattasi sono preventivamente usciti dal patrimonio del mandante, onde non verrebbero comunque a far parte di essa¹⁶⁹.

Per converso, l'inammissibilità di un mandato che contempli il trasferimento *post mortem* di un bene del defunto-mandante va ricondotta non al divieto dei trasferimenti *mortis causa* con forma diversa rispetto a quella testamentaria (cioè al divieto dei patti successori), sibbene ai profili funzionali del contratto medesimo, poiché con la morte del mandante si innesca non tanto un meccanismo risolutivo degli effetti del contratto di mandato, quanto una vera e propria chiusura del patrimonio del defunto-mandante, che impedisce al mandatario (superstite) di togliere dal patrimonio del *de cuius* e di trasferire ad altri un determinato bene. In altre parole, il contratto di mandato non può eseguirsi, nei termini di un trasferimento, dopo la morte del mandante, per impossibilità dell'oggetto; con esso si potrà, al più, portare a termine un'attività già espletata, durante la vita del mandante, orientata in questa direzione. Questo ragionamento trova ulteriore conferma nel rilievo che, allorché il mandato *post mortem* relativo all'ipotesi in questione sia inserito nell'ambito di una scheda testamentaria, esso comunque non sarebbe idoneo a perseguire l'effetto (*i.e.* il trasferimento) desiderato dal mandante-testatore. Sicché, in definitiva, il problema del mandato *post mortem* non è rappresentato dalla compatibilità della figura in esame al divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c., ma più seriamente dalle conseguenze sul patrimonio che la morte del disponente determina, le quali hanno come ricaduta finale l'impossibilità da parte del mandatario di "disporre" di un bene ormai non più di proprietà del suo mandante¹⁷⁰.

¹⁶⁵ G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 556 ss.

¹⁶⁶ È di questo avviso la dottrina prevalente: tra cui v. D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1962, 461 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 23; G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit., 23; U. CARNEVALI, *Negozio fiduciario e mandato post mortem*, cit., 702.

¹⁶⁷ Cfr., per tutti, G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 23. Sul versante giurisprudenziale v. soprattutto Cass. 4 ottobre 1962, n. 2804, in *Foro it.*, 1976, I, 4, 52, la quale ha affermato che «la validità del mandato da eseguirsi post mortem è condizionata alla circostanza che la natura dell'affare non sia in contrasto con le norme fondamentali che disciplinano la successione mortis causa, e, in specie, la successione testamentaria». Perché «nel nostro diritto, la volontà del defunto, relativamente ai beni dell'eredità non può operare post mortem che come volontà testamentaria, nelle forme, nei modi e con i limiti determinati dalla legge».

¹⁶⁸ Del pari, il mandato *post mortem* è da ritenersi valido qualora abbia ad oggetto il compimento di atti a contenuto non patrimoniale: come, ad esempio, il mandato che venga conferito affinché sia curata la cremazione delle spoglie del mandante, ovvero la modalità della sepoltura o ancora il luogo del funera-

le. Cfr., al riguardo, Cass., Sez. I Civ., 23.5.2006 n. 12143, in *NGCC*, 4/2007, 1, 496 con nota di A. ANSALDO, *In tema di mandato post mortem*, con ivi ulteriori riferimenti di giurisprudenza e dottrina. Analoghe osservazioni valgono con riguardo all'incarico di provvedere alla pubblicazione postuma di opere letterarie (arg. ex art. 24, l. 22.4.1941, n. 633, art. 93 della medesima l. 633/1941 e art. 96 l. 633/1941).

¹⁶⁹ G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 23; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU – F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, vol. XXXII, Milano, 1984, 126.

¹⁷⁰ Si potrebbe, allora, pensare che il mandato possa operare quale mera modalità di trasferimento di determinati beni nel contesto di una successione (legittima o testamentaria) regolata da altro titolo; posto che la giurisprudenza di legittimità ammette che un mandato *post mortem* possa essere conferito senza rigore di forma, anche oralmente. Ma anche quest'ultimo dubbio risulta inconferente, perché la disposizione attributiva



5. Il negozio fiduciario.

Il tema della destinazione patrimoniale e, in particolare, quello dell'affidamento fiduciario¹⁷¹ dei beni è sempre stato vicino a quello dell'autonomia testamentaria¹⁷², tant'è vero che il codice del '42 ha disciplinato la fiducia testamentaria all'art. 627 c.c., per negare validità al vincolo obbligatorio non

fosse riconducibile al testamento o addirittura alla legge, questi titoli azzererebbero l'altro (cioè il mandato), stante il principio più sopra ricordato in base al quale un titolo di successione assorbe in sé qualsiasi altro.

¹⁷¹ La letteratura sul negozio fiduciario è assai copiosa. Cfr., *ex multis*, E. GIANTURCO, *Delle fiducie nel diritto civile italiano* (1882), in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1947, 20 ss.; F. FERRARA, *I negozi fiduciari*, in *Scritti in onore di Scialoja*, Milano, 1905, 745 ss.; G. MESSINA, *I negozi fiduciari* (1910), in *Scritti giuridici*, Milano, 1948; G. SEGRÈ, *Sul trasferimento di merci a scopo di garanzia*, in *Ann. Dir. Comp.*, 1929, III, 832 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933; A. GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 414 ss.; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 945; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile – Metodo, Teoria, Pratica, Saggi*, Milano, 1951, 201 ss.; G. MIRABELLI, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 1077 ss.; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; N. NITTI, voce *Negozio fiduciario*, in *Nov. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, 202 ss.; S. ROMANO, *L'accordo fiduciario e il problema della sua rilevanza*, in *Studi Scaduto*, Padova, 1970; V. M. TRIMARCHI, voce *"Negozio fiduciario"*, in *End. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 33 ss.; U. CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, in N. IRTI (a cura di), *Dizionari di diritto privato, I, Diritto civile*, Milano, 1980, 455 ss.; ID., voce *"Negozio giuridico. III) Negozio fiduciario"*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990; G. CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 136 ss.; M. GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, in *Quadr.*, 1990, I, 1 ss.; U. MORELLO, *Fiducia e Trust: due esperienze a confronto*, ivi, 1990, 239 ss.; A. GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978; ID., *La fiducia*, in *Manuale di dir. priv. eur.*, II, *Proprietà. Obbligazioni. Contratti*, Milano, 2007, 607 ss.; ID., *La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*, in E. GINEVRA (a cura di), *La fiducia e i rapporti fiduciari. Tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, in *Atti del Convegno di Bergamo 22-23 aprile 2012*, Milano, 2012, 31 ss.; A. FALZEA, *Rappresentanza e fiducia*, in F. ALCARO – R. TOMMASINI (a cura di), *Mandato, fiducia e Trust*, Milano, 2003, 158 ss.; M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001; ID., *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. not.*, 2012, 513 ss.; L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002; C. SCOGNAMIGLIO, *Negozi di destinazione, trust e negozio fiduciario*, in M. BIANCA – G. CAPALDO (a cura di), *Gli strumenti di articolazione del patrimonio. Profili di competitività del sistema*, Milano, 2010, 3 ss.; M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, 2012; P. GALLO, *Il contratto fiduciario*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. CALVO e A. CIATTI, Torino, 2014, 35 ss.; M. MAUGERI, *Intestazione fiduciaria e circolazione della partecipazione*, in *Oss. dir. civ. com.*, 2016, 63 ss.

¹⁷² Il rilievo è di U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale e testamento*, in *NGCC*, 4/2019, 832 ss.

risultante dal testamento, ovverosia non rivestito della forma testamentaria¹⁷³.

Per la verità, il negozio fiduciario è una figura di antica tradizione, variamente articolato, attraverso il quale, secondo lo schema classico, il disponente (fiduciante) si accorda con il gerente (fiduciario) affinché quest'ultimo, nell'interesse del primo e in base alle sue istruzioni, gerisca il bene, destinandolo dopo la morte del primo, per un certo scopo e attribuendone la proprietà, alla fine della destinazione, al soggetto designato dal disponente medesimo¹⁷⁴. Nello specifico, suole distinguersi un modello di fiducia c.d. statica, in cui il bene viene acquistato direttamente in capo al fiduciario, per mezzo della intestazione del bene sotto nome altrui, da un modello di fiducia c.d. dinamica, in cui il bene da vincolarsi è di proprietà del fiduciante, che lo trasferisce al fiduciario per i fini a lui impartiti. Quest'ultima fattispecie, peraltro, richiama lo schema della fiducia 'romanistica', in cui convivono patti ad effetti reali (l'eventuale trasferimento del bene al fiduciario, il suo ritrasferimento al fiduciante o ad un terzo da costui indicato¹⁷⁵) e patti obbligatori, che impegnano il fiduciario ad usare le sue facoltà in modo conforme alle istruzioni impartite dal fiduciante¹⁷⁶.

¹⁷³ Cfr. A. GENTILI, *Atti di destinazione e negozio fiduciario comparati con l'affidamento fiduciario*, in AA. VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, in *Atti dei Convegni di Bologna, 26 novembre 2016 e Roma, 3 marzo 2017*, Milano, 2017, 136, il quale ritiene il negozio fiduciario «una creazione della prassi, un concetto della dottrina e della giurisprudenza».

¹⁷⁴ Cfr. V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, cit., 57.

¹⁷⁵ Risale al diritto romano, peraltro, la distinzione tra *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*: nella prima, avente scopo gestorio, il trasferimento dei beni al fiduciario è diretto a consentire a quest'ultimo di disporre in vista del soddisfacimento degli interessi espressi dal fiduciante, per finalità di vario tipo; nella seconda, invece, lo scopo è di garanzia, atteso che il fiduciante trasferisce la proprietà dei beni al suo creditore in garanzia dell'esatto adempimento del proprio debito, con l'intesa che la proprietà di tali beni ritorni in capo al fiduciante una volta soddisfatto il credito. Cfr. F. DI MAJO, *L'(in)adempimento del fiduciario nel negozio fiduciario*, in *Le Società*, 12/2008, 1479, spec. nt. 5.

¹⁷⁶ Tale modello di fiducia è stato, inoltre, ricostruito dalla dottrina sia in forma monistica, cioè come schema negoziale unitario, avente un'autonoma *causa fiduciae*, sia in forma pluralistica, vale a dire come pluralità di negozi, reali ed obbligatori, fra loro funzionalmente collegati, in cui la causa tipica degli atti compiuti è indirizzata allo scopo fiduciario perseguito. Per la forma monistica si rinvia a C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., 945; A. DE MARTINI, *Il concetto del negozio giuridico e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, 236; U. CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, cit., 455 ss.; mentre per la forma pluralistica v., per tutti, N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., 279 ss.; V. CARBONE, *"Pactum fiduciae" ed interposizione*

Diversamente, lo schema della fiducia ‘germanistica’ prevede una scissione tra titolarità formale del diritto e legittimazione al relativo esercizio, in virtù di un negozio di autorizzazione che appunto legittima il fiduciario a intestarsi e disporre di beni del fiduciante¹⁷⁷.

Si è affermato che tutte le ipotesi di fiducia sarebbero accomunate dall’esistenza di un patto inteso a «trasformare in funzione l’altrui titolarità del diritto»¹⁷⁸, per consentire al fiduciario di impiegare a vantaggio di un altro soggetto (un terzo o lo stesso fiduciante) determinati beni, siano essi ricevuti dal fiduciante o altrimenti reperiti, al quale devono poi pervenire¹⁷⁹. Da qui, il problema che accompagna da sempre il patto fiduciario, cioè l’estraneità agli schemi legali usuali di un diritto funzionalizzato¹⁸⁰. Non sorprende, quindi, che il rapporto fiduciario sia stato variamente articolato, nella prassi, agganciando lo scopo fiduciario perseguito al contratto di mandato (c.d. fiduciario), ovvero al *trust*¹⁸¹.

Orbene, in materia di rapporti tra fiducia e mandato emerge una certa incoerenza tra le varie decisioni giurisprudenziali¹⁸², giacché in alcune sentenze la fiducia viene espressamente distinta dal mandato, adottando quale criterio ‘distintivo’ la durata dell’operazione perseguita con il negozio fiduciario rispetto al mandato che, invece, si esaurisce in uno o più atti determinati¹⁸³; il che

rende inapplicabili al *pactum fiduciae* le disposizioni in tema di mandato. Per converso, in altre pronunce, i due negozi vengono chiaramente sovrapposti, ritenendo il mandato senza rappresentanza come la figura negoziale meglio idonea ad assorbire gli intenti propri del negozio fiduciario, con conseguente applicazione al negozio fiduciario delle norme del codice civile che disciplinano il mandato senza rappresentanza¹⁸⁴.

Con riguardo alla forma che l’impegno fiduciario (cioè di trasferimento finale del bene al fiduciante o, eventualmente, al terzo da questi indicato) deve assumere, le Sezioni Unite, con la sentenza 6 marzo 2020, n. 6459¹⁸⁵, hanno composto il contrasto giurisprudenziale emerso, negli ultimi anni, con riguardo al *pactum fiduciae* immobiliare, affermando che non è richiesta la forma scritta *ad substantiam* ai fini della validità e vincolatività del

¹⁸⁴ In tal senso v., *ex plurimis*, Cass. civ., 20.5.1976, n. 1798, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce “Contratto in genere”, nt. 78; Cass. civ., 30.1.1985, n. 560, in *Dir. e giur.*, 1987, 268 ss.; Cass. civ., 29.5.1993, n. 6024, in *Corr. giur.*, 1993, 855 ss.

¹⁸⁵ Cfr. Cass. civ., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459, in *Foro it.*, (2020), I, 1941 ss. Cfr., al riguardo, C. NATOLI, *Forma e struttura dei negozi fiduciari immobiliari: la soluzione delle Sezioni Unite e le suggestioni dell’esperienza notarile*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2020, 851 ss.; R. LENZI, *Struttura e forma del pactum fiduciae nella ricostruzione delle Sezioni Unite*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2020, 1107 ss.; A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del “mandato fiduciario” immobiliare. (Patto fiduciario immobiliare)*, in *Corr. Giur.*, 2020, 589 ss.; U. CARNEVALI, *Le Sezioni Unite sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare. (Patto fiduciario)*, in *I Contratti*, 2020, 257 ss.; U. MORELLO, *La ricostruzione degli accordi fiduciari. (Patto fiduciario)*, in *Notariato*, 2020, 282 ss. Il più “incondizionato apprezzamento” alla sentenza esprime N. LIPARI, *Oltre la fiducia. Per una teoria della prassi*, in *Foro it.*, 2020, I, 1951 ss., il quale – assumendo la decisione delle sezioni unite «quasi a paradigma della stagione di passaggio che stiamo vivendo, perché deve fare i conti con una giurisprudenza spalmatata lungo la traiettoria di molti lustri e deve quindi misurarsi con modelli concettuali radicalmente diversi» – in essa coglie «quasi la linea di uno spartiacque tra il modo tradizionale di impostare il ragionamento giuridico, che ancora guarda alla regolarità di paradigmi formali, e la prospettiva del postmoderno, che si rivolge invece al modo di svolgimento di una prassi storicamente definita e cerca di intenderla nella maniera più idonea a conseguire un risultato di giustizia»; M. PALAZZO, *Le forme del negozio fiduciario avente ad oggetto beni immobili*, in *Giur. it.*, 2020, 2625 ss.; F. GASPARINETTI, *La forma del pactum fiduciae in un negozio fiduciario avente ad oggetto diritti reali su beni immobili: basta la parola? Nota a Cass. civ., Sezioni unite, 6 marzo 2020, n. 6459*, in *Riv. not.*, 5/2020, 930. La pronuncia delle Sezioni Unite prende le mosse dai quesiti formulati dalla seconda sezione civile con l’ordinanza del 5 agosto 2019, n. 20934: su cui v., tra i tanti, i commenti di U. CARNEVALI, *Sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, in *I Contratti*, 2020, I, 57 ss.; A. GENTILI, *La forma del patto fiduciario immobiliare*, in *Corr. giur.*, 2019, 12, 1475 ss.; C. A. VALENZA, *Negozio fiduciario – forma del patto fiduciario avente ad oggetto beni immobili*, in *Giur. it.*, 2020, 2, 283 ss.

reale, in *Corr. giur.*, 7/1993, 855 ss. con ivi riferimenti di dottrina, anche in chiave comparatistica, e di giurisprudenza.

¹⁷⁷ Cfr., al riguardo, R. CAMPAGNOLO, *Il negozio fiduciario tra tradizione romanistica e germanistica*, in *Obb. e Contr.*, 4/2007, 349 ss.

¹⁷⁸ A. GENTILI, *La fiducia*, cit., 607.

¹⁷⁹ Per questi rilievi v. C. A. VALENZA, *Forma del patto fiduciario avente ad oggetto beni immobili*, in *Giur. it.*, 2020, 288.

¹⁸⁰ A. GENTILI, *La fiducia*, cit., 607.

¹⁸¹ Su cui v. A. REALI, *La fiducia e il trust*, in A. GAMBARO – U. MORELLO (a cura di), *Lezioni di diritto civile (casi, questioni e tecniche argomentative)*, Milano, 2013, 11, 479 ss.; U. MORELLO, *Fiducia e negozio fiduciario: dalla “riservatezza” alla “trasparenza”*, in I. BENEVENTI (a cura di), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, VIII, 81 ss.; Id., *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. GAMBARO – U. MORELLO (a cura di), *Trattato dei Diritti Reali*, I, (*Proprietà e possesso*), Milano, 2008, 67 ss., 125 ss.

¹⁸² Per una puntuale ricostruzione del problema si rinvia a A. REALI, *Conflitto di interessi genitori-figli, trust e “mandato fiduciario” tra omissioni di giudizio ed errori di diritto*, in *I Contratti*, 3/2017, 290, spec. nt. 53.

¹⁸³ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., 3.5.1993, n. 5113, in *Mass. giust. civ.*, 1993, 799, che richiama altri precedenti; più di recente, v. Cass. civ., 10.5.2010, n. 11314, in *Mass. giust. civ.*, 2010, 713. *Contra*, in dottrina, U. MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in AA. VV., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991, 31, il quale ha rilevato laconicamente che «il criterio distintivo (si ha fiducia nelle operazioni destinate a durare nel tempo, che si concretizzano in più operazioni complesse; si ha mandato quando si tratti di uno o più atti determinati) appare piuttosto evanescente».

negozio¹⁸⁶. Più nel dettaglio, le Sezioni Unite hanno curato di precisare che la dichiarazione unilaterale scritta dal fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo rtrasferimento al fiduciante, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma, rappresentando una promessa di pagamento, ha soltanto effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario; realizzando, ai sensi dell'art. 1888 c.c., un'astrazione processuale della causa, con conseguente esonero a favore del fiduciante, destinatario della *contra se pronuntiatio*, dell'onere della prova del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria. Ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio¹⁸⁷, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di rtrasferimento gravante sul fiduciario¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Le Sezioni Unite in commento superano l'idea che l'accordo fiduciario debba necessariamente avere forma scritta e che la dichiarazione unilaterale con la quale il fiduciario si obblighi a eseguire il trasferimento non possa essere vincolante. In questo senso già Cass. civ., 15.5.2014, n. 10633, in *Foro it.*, 2860 e in *I Contratti*, 2015, 12, con nota di M. PATRONE, *Impegno unilaterale del fiduciario al trasferimento del bene ed esecuzione in forma specifica*, nella cui massima si statuisce che "la dichiarazione unilaterale scritta, con cui un soggetto, in attuazione di un precedente accordo fiduciario stipulato oralmente, si impegna a trasferire ad altri la proprietà di uno o più beni immobili, costituisce autonoma fonte di obbligazione se contiene un impegno attuale e preciso al rtrasferimento, il quale è suscettibile di esecuzione in forma specifica, purché l'atto unilaterale individui con esattezza gli immobili, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali". Sul caso si rinvia a E. CAMILLERI, *L'impegno unilaterale al trasferimento dei beni quale disposizione idoneo (ed eseguibile in forma specifica) ai fini attuativi del "pactum fiduciae"*, in *Dir. civ. cont.*, 29 marzo 2015. Dello stesso A. v., pure, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, Torino, 2014, *passim*. Va da sé, comunque, che il negozio fiduciario redatto senza forma scritta (pubblica) non sia opponibile ai terzi e ai creditori, ma vale soltanto nei rapporti tra le parti; con ciò non offrendo un sistema di garanzie verso l'esterno.

¹⁸⁷ La prova dell'interposizione reale del fiduciario può essere data con ogni mezzo, e quindi anche con testimoni, se il negozio fiduciario ha ad oggetto beni mobili o quote azionarie (cfr., con riguardo alle quote di partecipazione in società a responsabilità illimitata, Cass. civ., 11.3.2003, n. 3556); mentre se concerne beni immobili, si richiede la prova scritta. Cfr. F. DI MAJO, *L'(in)adempimento del fiduciario nel negozio fiduciario*, cit., 1480-1481.

¹⁸⁸ Viene, dunque, esteso il rimedio esecutivo in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c. anche al negozio fiduciario, in linea con quanto già statuito da Cass. 15 maggio 2014, n. 10633, cit., secondo cui "il rimedio di cui all'articolo 2932 del codice civile è ammissibile non solo nella ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma in qualsiasi altra fattispecie dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, in relazione ad un negozio unilaterale ovvero ad un atto o fatto dai quali tale obbligo possa sorgere ex lege". Cfr. *ex multis*, anche Cass. 30

Visti i tratti essenziali della «fiducia» e considerati i principali rischi connessi all'inadempimento del fiduciario, occorre precisare che siffatto schema rileva in ambito successorio sia perché l'intestazione fiduciaria, compiuta in vita dal *de cuius* a favore di un soggetto, potrebbe costituire a tutti gli effetti un patto successorio, con ciò ponendosi in violazione del divieto di cui all'art. 458 c.c.¹⁸⁹, sia perché tale negozio – fuori di questa ipotesi – appare, invece, perfettamente idoneo a creare un effetto di destinazione *post mortem*¹⁹⁰, allorché il fiduciante, di là delle singole variabili attraverso cui il *pactum fiduciae* può articolarsi¹⁹¹, preveda che il vincolo di destinazione debba essere costituito dopo la morte del disponente¹⁹².

6. Patto di famiglia e trust.

Il legislatore interno, sollecitato dall'Unione europea¹⁹³, ha introdotto con la legge 14 febbraio 2006, n. 55, nel libro II, Titolo IV del codice civile,

marzo 2012, n. 5160; Cass., 27 novembre 2012, n. 20977; Cass. 8 agosto 1987, n. 6792; Cass., 17 luglio 1980, n. 4649.

¹⁸⁹ Sul punto, si rinvia a A. REALI, *Conflitto di interessi genitori-figli, trust e "mandato fiduciario" tra omissioni di giudizio ed errori di diritto*, in *I Contratti*, 3/2017, 277 ss., spec. 289 ss. Può osservarsi, in via generale, che la validità del negozio fiduciario sia da escludere quando il trasferimento del bene dal disponente al fiduciario sia, sostanzialmente, differito al tempo della morte del disponente, oppure quando questi si riservi di nominare, fino all'ultimo istante della sua vita, il beneficiario del vincolo e il beneficiario finale dell'attribuzione. Cfr., al riguardo, V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, cit., 57.

¹⁹⁰ Cfr. A. REALI, *Conflitto di interessi genitori-figli*, cit., 289.

¹⁹¹ Di cui si avvertono i rischi non soltanto nel possibile inadempimento del fiduciario agli obblighi assunti, magari a seguito di una vendita a terzi, ma anche nell'eventuale aggressione del bene, da parte dei creditori del fiduciario, prima che possa essere destinato. Cfr., in argomento, F. DI MAJO, *L'(in)adempimento del fiduciario nel negozio fiduciario*, cit., 1476 ss., il quale chiosa, con particolare riferimento a questi aspetti, Cass. civ., sez. I, 25.6.2008, n. 17334.

¹⁹² Cfr. V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, cit., 57. Nell'eventualità, vale la pena di osservare come l'inadempimento da parte del fiduciario non possa verificarsi prima della morte del disponente-fiduciante; di conseguenza, l'azione per l'adempimento o la risoluzione del contratto fiduciario sarà esperita da altri (ad esempio, gli eredi o un esecutore testamentario), i quali faranno emergere così l'esistenza dello stesso.

¹⁹³ Il riferimento è alla comunicazione della Commissione europea del 7 dicembre 1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese e alla comunicazione della Commissione 98/C 93/02 che ha individuato nei patti d'impresa e negli accordi di famiglia uno dei modi per assicurare la continuità nell'attività di gestione aziendale e per mantenere «talune regole gestionali da una generazione all'altra, attenuando le conseguenze della proibizione dei patti sulla successione futura»; poiché tale divieto «complica una sana gestione patrimoniale» (art. 4, lett. d, Comunicazione).

il nuovo Capo V-bis (*Del patto di famiglia*), composto dagli artt. 768-bis a 768-octies, modificando, per l'effetto, l'art. 458 c.c., attraverso l'inserimento nello stesso dell'inciso "fatto salvo quanto disposto dall'art. 768-bis e seguenti"¹⁹⁴. Con tale istituto¹⁹⁵ il

¹⁹⁴ Considera l'inciso introdotto nell'art. 458 c.c. «un espresso passo legislativo verso una definizione più circoscritta dell'ambito del divieto dei patti successori» A. CARRABBA, *Le donazioni «mortis causa»*, in *Riv. not.*, 2006, 1469.

¹⁹⁵ Secondo quanto previsto dall'art. 768 bis c.c., il patto di famiglia è «il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti». La disposizione individua, quale possibile oggetto del patto di famiglia, l'azienda, ovvero, nel caso in cui l'impresa sia esercitata in forma societaria, le quote di partecipazione in una società detenute dal *de cuius*. In realtà, nonostante non sia espressamente menzionato dalla norma in esame, occorre che si tratti di beni produttivi, ossia che effettivamente attribuiscono al loro titolare la veste di imprenditore, restando escluse dal patto di famiglia le partecipazioni che hanno una mera rilevanza finanziaria, quali sono i titoli acquistati con finalità di risparmio o di investimento, oppure i pacchetti di quote o di azioni societarie che siano di entità percentuale tanto ridotta da non consentire l'esercizio del potere di concorso e influenza nella gestione dell'impresa collettiva. In argomento si rinvia al volume di B. INZITARI – P. DAGNA – M. FERRARI – V. PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Torino, 2006; nonché al volume di N. DI MAURO – E. MINERVINI – V. VERDICCHIO, *Art. 768-bis c.c. (Nozione), Il patto di famiglia. Commentario alla legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006; cfr., inoltre, A. BUSANI, *Patto di famiglia e governance dell'impresa trasferita*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, a cura della Fondazione italiana per il Notariato, 2006, 24 ss.; ID., *Un patto di famiglia per la successione d'impresa*, in *Diritto e pratica delle società*, 2006, 6 ss.; C. CACCAVALE, «*Appunti per uno studio sul Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*», in *Not.*, 3/2006, 315 ss.; A. ANGRISANI – S. SICA, *Il patto di famiglia e gli altri strumenti di successione dell'impresa*, Torino, 2007, 40; L. BALESTRA, *sub art. 768-bis c.c.*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Il patto di famiglia*, in *Nuove leggi civ.*, 2007, 30; G. BARALIS, *Attribuzione ai legittimari non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali. Il patto di famiglia: un delicato equilibrio fra "ragioni" dell'impresa e ragioni dei "legittimari"*, in AA. VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2006, 224; L. CAROTA, *Sulla qualità di imprenditore del disponente nel patto di famiglia*, in *Contr. e impr.*, 2008, 560; S. DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. not.*, 2006, 903; ID., *Il patto di famiglia*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Il patto di famiglia*, cit., 23, nt. 9; G. DE NOVA – F. DELFINI, *sub art. 768-bis*, in V. CUFFARO – F. DELFINI (a cura di), *Delle successioni, Art. 713-768-octies*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2010, 378; A. FERRARI, *Il patto di famiglia. Aspetti civilistici e fiscali*, Milano, 2012, 84; F. GAZZONI, *Apunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 221; Gerbo, *Il patto di famiglia: profili dogmatici. Loro riflessi redazionali*, in *Riv. not.*, 2007, 1271, nt. 6; M. IEVA, *Il patto di famiglia*, in P. RESCIGNO (diretto da), M. IEVA (coordinato da), *Trattato breve delle successioni, II, Divisione ereditaria, donazioni, profili di diritto tributario, internazionale privato e comparato*, Padova, 2010, 330; M. IMBRENDA, *Patto di fa-*

legislatore nazionale ha cercato di dare una risposta a una diffusa esigenza avvertita dagli imprenditori, ossia quella di assicurare la continuità generazionale dell'impresa¹⁹⁶, pianificando la successione in modo da scongiurare l'insorgere di conflitti in famiglia¹⁹⁷ che potrebbero costituire una delle cause di chiusura o fallimento dell'impresa stessa. Sotto questo profilo, il patto di famiglia tende a evitare lo smembramento del complesso produttivo, coinvolgendo nell'operazione distributiva i discendenti legittimari dell'imprenditore, attraverso un meccanismo negoziale di riallocazione consensuale del controllo sui beni d'impresa¹⁹⁸. Con ciò conseguendo, quindi, l'effetto di segregare i beni oggetto del patto dalle pretese dei successibili, venendo quegli stessi beni a costituire una massa autonoma rispetto all'intero asse ereditario¹⁹⁹.

Nonostante la "nuova" disciplina consenta sia all'imprenditore sia al titolare di partecipazioni societarie²⁰⁰ di stipulare il patto di famiglia²⁰¹, è con

miglia, solidarietà familiare e family business, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 456; G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in *Riv. not.*, 2006, 2, 417; A. ZOPPINI, *Profili sistematici della "successione anticipata" (note sul patto di famiglia)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 291. A. FERRARI, *Il patto di famiglia. Aspetti civilistici e fiscali*, Milano, 2012; P. MATERA, *Il patto di famiglia. Uno studio di diritto interno e comparato*, Torino, 2012.

¹⁹⁶ I. RIVA, *Il patto di famiglia al servizio del trasferimento intergenerazionale dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2021, 1077 ss.

¹⁹⁷ Cfr. G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, 7 ss.; C. BAUCO – V. CAPOZZI, *Il patto di famiglia: profili civilistici e fiscali*, Milano, 2007, 7 ss.; G. AMADIO, *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2007, 2, 345 ss.; S. DELLE MONACHE, *Divisione e patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2012, 767 ss.

¹⁹⁸ È proprio la disattivazione dei normali meccanismi di successione che costituisce l'aspetto centrale del patto di famiglia. Cfr., al riguardo, A. ZOPPINI, *Profili sistematici della successione anticipata (note sul patto di famiglia)*, in M. V. DE GIORGI – S. DELLE MONACHE – G. DI CRISTOFARO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, 2547; M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., 374 ss.; G. AMADIO, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in AA. VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, 73, che individua nella sottrazione dell'azione di riduzione e della collazione «il centro di gravitazione del patto di famiglia». Interessanti spunti si ricavano in Cass. civ. Sez. V, 24 dicembre 2020, n. 29506, con commento di F. MONCALVO, *Patto di famiglia, unità e "anticipazione successoria"*, in *Famiglia e dir.*, 8-9/2021, 809 ss.

¹⁹⁹ Non può, infatti, non osservarsi come il problema della continuità gestionale sia questione soprattutto avvertita nell'ambito delle imprese individuali e, in particolare, in quelle familiari, che a dire il vero costituiscono la presenza maggiore nel tessuto produttivo italiano. Cfr., sul punto, M. GIULIANO, *Diritto successorio, beni d'impresa e passaggio generazionale*, in *NGCC*, 6/2016, 929.

²⁰⁰ In realtà, in tale contesto, l'autonomia privata è stata in grado di elaborare numerose clausole contrattuali come quelle di consolidazione o di continuazione (per le società di persone), ovvero quelle di gradimento, prelazione e di opzione (per le società di capitali), che se ben congegnate sono in grado di as-

riguardo soprattutto al primo che il nuovo istituto sembra possa realizzare una qualche concreta utilità²⁰². Del resto, già all'indomani dell'emanazione della novella, la previsione normativa in esame è stata al centro del dibattito dottrinale, circa la natura giuridica da riconoscere al patto di famiglia²⁰³; al punto che una parte della dottrina²⁰⁴, facendo leva sulle novità ed i caratteri del contratto di recente introduzione, quale fattispecie negoziale in precedenza sconosciuta, ha riconosciuto in esso un nuovo tipo legale²⁰⁵ di negozio *inter vivos*²⁰⁶ – in quanto l'azienda è immediatamente trasferita ad uno o più discendenti – con cui si dispone di beni appartenenti

sicurare l'integrità aziendale e la continuità gestionale. In ambito societario, quindi, tanto le clausole statutarie quanto i patti parasociali erano già di per sé idonei a garantire un'allocazione consensuale del controllo.

²⁰¹ Tant'è che l'art. 768-bis c.c., rubricato "Nozione", qualifica espressamente il patto di famiglia come «il contratto con cui [...] l'imprenditore trasferisce in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote ad uno o più discendenti».

²⁰² M. C. ANDRINI, *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, in *Vita not.*, 2006, 39 ss.

²⁰³ Particolarmente interessanti appaiono i rapporti dell'istituto in parola con l'impresa familiare, atteso che l'art. 768-bis c.c. prevede che la stipula del patto di famiglia sia possibile «compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare». Una parte della dottrina, in proposito, osserva che la compatibilità con le disposizioni in materia di impresa familiare è da assicurare solo con i commi 1 e 4 dell'art. 230-bis c.c.; cossicché, il patto di famiglia non potrebbe in nessun caso vanificare il diritto dei familiari occupati nell'impresa, in ipotesi di trasferimento dell'attività, a partecipare agli utili dell'impresa ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda. In tal senso v. G. COLLURA, *Patto di famiglia e compatibilità con l'impresa familiare*, in *Giur. civ. comm.*, 2/2009, 104 ss. Per converso, altra parte della dottrina ritiene che l'inciso di cui all'art. 768-bis c.c. intenda assicurare un'effettiva compatibilità tra il patto di famiglia e la disposizione di cui al comma 5 dell'art. 230-bis c.c., riconoscendo ai partecipanti all'impresa familiare il diritto di prelazione in ipotesi di trasferimento della stessa. Cfr. L. BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova giur. comm.*, 2006, 373 ss.

²⁰⁴ L. BONAFINI, *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio*, in *Contr. e impr.*, 4-5/2006, 1209.

²⁰⁵ Si tratta, invero, di un contratto nominato e tipico nel senso che il legislatore ha disciplinato un contratto speciale di cessione dell'azienda o della governance della stessa.

²⁰⁶ Tra coloro che riconoscono natura *inter vivos* al patto di famiglia v. S. DELLE MONACHE, Sub art. 1, in L. BALESTRA – S. DELLE MONACHE (a cura di), *Il patto di famiglia. Commentario sub art. 768 bis*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 10 ss.; G. BONILINI, *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 390 ss.; A. PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 261 ss.; B. INZITARI, *Il patto di famiglia: negoziabilità del diritto successorio con la l. 14 febbraio 2006 n. 55*, Torino, 2006; G. SICCHIERO, *La causa del patto di famiglia*, in *Contr. impr.*, 2006, 745 ss.; E. DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 2001, 145 ss.

alla propria successione²⁰⁷, alternativo al testamento²⁰⁸.

Attraverso questo istituto è stata data all'imprenditore la possibilità di gestire personalmente il passaggio generazionale, dal momento che egli non solo può scegliere la persona o le persone che – fra i propri eredi legittimari – meglio mostrano di saper proseguire l'attività, ma può farlo nel momento che gli pare più opportuno²⁰⁹. Tale van-

²⁰⁷ A ben vedere, attraverso il patto di famiglia si vuole trasferire, in primo luogo, l'orientamento strategico di fondo, per preservarlo da eventuali cambiamenti drastici e poco convenienti per l'impresa; in secondo luogo, si intende preservare l'unità economica del patrimonio aziendale e assicurarsi una continuità nel tempo. Da questo deriva che il patto di famiglia, stante l'importanza della pianificazione del momento successorio, costituisce un importante strumento che contribuisce al corretto svolgimento del processo di transizione, grazie al chiaro contenuto di regole da seguire per scegliere la persona più adatta, per competenze e attitudine, a subentrare in azienda per ricoprire il ruolo imprenditoriale. In argomento v. G. RIZZI, *I patti di famiglia. Analisi dei contratti per il trasferimento dell'azienda e per il trasferimento di partecipazioni societarie*, Padova, 2006, 18 ss.; A. BUSANI, *Patto di famiglia e governance dell'impresa trasferita*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, in *Fondazione italiana per il Notariato*, ed. Il Sole 24 ore, 2006, *passim*.

²⁰⁸ Esso, inoltre, è un contratto che richiede la forma solenne (presenza di due testimoni), con una pluralità di attribuzioni, costituendo il terreno di scambio di diverse prestazioni, volte a disciplinare gli equilibri economici e giuridici promossi dal disponente con l'assegnazione. La rilevanza socio-economica dell'attività di impresa e l'esigenza dell'imprenditore che intende garantire alla propria azienda o alle proprie partecipazioni sociali una successione non aleatoria in favore di uno o più dei suoi eredi vanno coordinate con gli interessi dei legittimari a ricevere beni il cui valore va calcolato al momento dell'apertura della successione, alla natura reale riconosciuta all'azione di riduzione e alla collazione e al diritto di ricevere la quota in natura. Per questi rilievi v. P. RESCIGNO, *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Famiglia*, 2004, 8 ss.; U. LA PORTA, *Il patto di famiglia. Struttura e profili causali del nuovo istituto tra trasmissione dei beni di impresa e determinazione anticipata della successione*, Torino, 2007, 27 ss.; G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, cit., 45 ss.

²⁰⁹ Il momento di stesura del patto di famiglia diventa, quindi, un momento di riflessione sul rapporto famiglia-impresa, consentendo di dotarsi di regole che prendano in considerazione le esigenze di ambedue le "istituzioni". Peraltro, al fine di adattarsi ai continui cambiamenti a cui è sottoposta l'impresa, dovuti sia all'ambiente esterno che alle esigenze interne all'organizzazione, i patti di famiglia non devono possedere un'entità statica ed immutabile, ma bisognerà rivisitarli periodicamente per andare in contro alle nuove prospettive che si presentano. In linea di massima, i principali aspetti di carattere puramente tecnico che si riscontrano all'interno di un patto di famiglia riguardano: i) i principi e i valori di riferimento; ii) le regole per entrare nell'impresa familiare; iii) le regole per permanervi; iv) le regole per il trasferimento dei titoli societari; v) le possibilità di uscita e di rientro nella compagine dell'impresa familiare; vi) le norme sui parenti acquisiti e sui discendenti; vii) le norme sui genitori. Va da sé che per la determinazione dei relativi criteri ci si potrà avvalere di un consulente professionista esterno al nucleo familiare. Per ulteriori contenuti che potrebbe avere il patto di famiglia si rinvia a M. GIULIANO, *Di-*

taggio non riguarda, per la verità, in modo esclusivo l'interesse dell'imprenditore e della sua famiglia, ma anche – e forse soprattutto – gli interessi superindividuali alla conservazione di efficienza delle unità produttive²¹⁰, se solo si considera la scelta del legislatore di introdurre un contratto a struttura rigida avente ad oggetto beni produttivi e che necessita, per il perfezionamento, della partecipazione di tutti i legittimari²¹¹.

ritto successorio, beni d'impresa e passaggio generazionale, cit., 930.

²¹⁰ Cfr. B. FRANCESCHINI, *Patti di famiglia per l'impresa e trust*, in *Trust*, (a cura di) G. LEPORE – M. MONEGAT – I. VALAS, Torino, 2010, 267 ss.

²¹¹ Tra coloro che ritengono che la partecipazione di tutti i potenziali legittimari sia necessaria ai fini della validità del patto v. M. IEVA, *La disciplina del patto di famiglia e l'evoluzione degli strumenti di trasmissione dei beni produttivi (ovvero del tentativo di rimediare a ipotesi di malfunzionamento dei meccanismi di riduzione e collazione)*, in *Riv. not.*, 4/2009, 1085 ss.; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 233 ss.; A. PALAZZO, *Il patto di famiglia*, cit., 9 ss.; L. BALESTRA, *ult. op. cit.*, 235 ss.; ID., *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione*, in *Riv. trim.*, 2007, 750 ss.; P. VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 447 ss. Diversamente G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia, Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, in *Quaderni Fondazione Italiana del Notariato*, 2008, 166, ritiene che il patto di famiglia sarebbe valido ed efficace anche in assenza della partecipazione dei legittimari non assegnatari, perché: a) il prodursi degli effetti essenziali del contratto non determina alcuna lesione dei diritti loro spettanti; b) non vi è alcuna norma che sancisca la nullità del patto bilaterale; c) la sanzione della nullità sarebbe incongrua e inadeguata in quanto in contrasto con la *ratio* della norma, che detta un *favor* per la stabilità e la continuità dell'impresa, e con il principio di conservazione degli effetti; d) non spiegherebbe la previsione di cui all'art. 768-septies c.c. che, riconoscendo ai legittimari il diritto di recesso, implicitamente riconosce la non necessaria partecipazione degli stessi. L'A. conclude, quindi, che l'espressione «devono partecipare» di cui all'art. 768-quater, comma 1, c.c., riferita al coniuge e a tutti coloro che al momento della stipulazione del patto sarebbero legittimari, deve essere intesa non come elemento essenziale ai fini della validità e dell'efficacia del negozio, bensì come «condizione o presupposto di vincolatività del patto in punto di esenzione da riduzione o collazione» (*Ibidem*, 167). Condivide questa impostazione V. PUTORTI, *I contratti post mortem*, cit., 781 ss. Sempre in questa prospettiva, altri autori (G. OPPO, *Patto di famiglia e «diritti della famiglia»*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 440; A. CATAUDELLA, *Parti e terzi nel patto di famiglia*, *ivi*, 2008, 185) hanno rilevato che la mancata partecipazione dei legittimari non assegnatari – che al pari dei legittimari sopravvenuti sarebbero da considerare terzi – inciderebbe sul loro diritto ad ottenere la liquidazione della quota futura; il che determina, con tutta evidenza, un'incertezza in ordine alla stabilità futura del patto di famiglia. Secondo E. MOSCATI, *Il patto di famiglia*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, II, 1, *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009, 373, il patto concluso senza la partecipazione di tutti i soggetti menzionati nell'art. 768-quater c.c. degraderebbe a donazione modale in cui l'adempimento del *modus* può avvenire anche con successivi contratti o addirittura al momento dell'apertura della successione. Nell'eventualità, il patto dovrà rispettare, ai fini della validità dello stesso, il requi-

È particolarmente controverso, invece, l'utilizzo del *trust* in funzione successoria²¹², sebbene, soprat-

sito di forma, previsto dalla legge notarile, consistente nella presenza dei testimoni. Cfr. pure G. PALERMO, *Patto di famiglia*, Torino, 2009, 84, che ritiene la sufficienza dell'*expressio causae* a configurare la fattispecie in esame, ancorché vi sia stata la mancata partecipazione, dovuta in particolare a rifiuto, dei soggetti previsti dall'art. 768-quater c.c. È pacifico, comunque, che i legittimari non partecipanti al patto potranno attivare gli strumenti (classici) posti a loro tutela dal diritto ereditario, che, ove parti del contratto in questione, sarebbero invece neutralizzati. Quindi, il legittimario che non abbia partecipato alla sottoscrizione del patto di famiglia, ove leso nei suoi diritti, alla morte del disponente, avrà la facoltà di impugnare l'atto ai sensi dell'art. 768-sexies c.c., agendo in riduzione, senza che l'azione comunque produca effetti restitutori. In tal senso v. anche U. LA PORTA, *Il patto di famiglia*, cit., 30; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, cit., 132. Per la non estensione dell'azione di restituzione alle liberalità indirette si rinvia alle argomentazioni di Cass. civ., 12.5.2010, n. 11496.

²¹² Cfr. A. PALAZZO, *I trusts in materia successoria*, in *Vita not.*, 1996, 671 ss.; R. CALVO, *Il «trust» testamentario*, in ID. e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*; M. IEVA, *Altre forme di trasmissione della ricchezza*, I, *I fenomeni parasuccessori*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. RESCIGNO, coordinato da M. IEVA, Padova, 2010, 59; S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011, 66; S. PICCOLI, *Trusts, patti successori, fedecommesso*, in *Vita not.*, 1996, 138 e ss.; A. ZOPPINI, *Il problema della compatibilità del trust con i principi successori del nostro ordinamento*, in ID. – L. NONNE, *Fondazioni e trust quali strumenti della successione ereditaria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. RESCIGNO, coordinato da M. IEVA, Padova, 2010, 162, che pone un ulteriore argomento alla compatibilità del trust con il divieto dei patti successori richiamando la previsione in tema di contratto a favore di terzo in base al quale l'acquisto avviene iure proprio e non attraverso l'eredità. Altra dottrina esclude l'inconfigurabilità unicamente in base alla mancanza di bilateralità del *trust* (A. GAMBARO, *Trust*, in *Dig. disc. priv. – Sez. comm.*, XIX, Torino, 1999, 468; v., pure, A. C. DI LANDRO, *Trusts e separazione patrimoniale nei rapporti familiari e personali*, Napoli, 2010, 231). In tema di trust e diritto successorio v. soprattutto E. MOSCATI, *Le fonti della vocazione ereditaria. Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento. Il trust*, in *Diritto successorio. Saggi*, Torino, 2004, 28 ss.; e già ID., *Trust e vicende successorie*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 1104 ss., il quale conclude la sua analisi affermando che i problemi di compatibilità tra *trust* e diritto successorio siano da rinvenire nel rapporto con la tutela dei legittimari. A questo proposito, al fine di individuare le tutele spettanti al legittimario leso o privato – attraverso un *trust* – della propria quota di riserva si rinvia alle osservazioni di S. PATTI, *Trust, quota di riserva e causa in concreto*, in *Liber amicorum per Dieter Henrich*, II, *Famiglia e successioni*, Torino, 2012, 227 ss. In giurisprudenza v. la famosa sentenza del Tribunale di Lucca del 1997 (Trib. Lucca, 23.9.1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2008, con annotazione di E. BRUNETTI, *Il testamento dello zio d'America. Il «trust» testamentario*, e *ivi*, I, c. 3391, con annotazione di M. LUPOI, *Aspetti gestori e dominicali, segregazione: «trust» e istituti civilistici - prende atto della ratifica della Convenzione dell'Aja e dell'operatività del trust nel nostro ordinamento*), confermata dalla Corte di Appello di Firenze (App. Firenze, 9.8.2001, in *Trust e att. fid.*, 2002, 244 ss.), che per la prima volta riconobbe la validità di un *trust* costituito in America da un cittadino italiano con il suo testamento, nel quale l'erede ve-



tutto nel processo di transizione generazionale dell'impresa²¹³, esso consenta, con maggiore duttilità²¹⁴, all'imprenditore di tenere unito il patrimonio aziendale per trasmetterlo agli eredi o ai soggetti designati, attraverso uno schema negoziale²¹⁵ in base al quale il *settlor* trasferisce uno o più beni o addirittura un patrimonio aziendale ad un altro soggetto, chiamato *trustee*, che ne acquista la "proprietà formale", affinché questi lo gestisca e attribuisca i

niva nominato *trustee* dell'intero patrimonio del *de cuius*, con il vincolo di gestirlo e attribuire rendite periodiche ad una serie di beneficiari. Interessanti spunti di giurisprudenza e dottrina si rinvencono in U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale e testamento*, cit., 835, spec. nt. 16.

²¹³ L. SALVATORE, *L'utilizzazione del trust al servizio dell'impresa*, in *Riv. not.*, 2006, 124 ss.; F. DI CIOMMO, *Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, in *Il Corriere Giuridico*, 6/1999, 773 ss.

²¹⁴ Bisogna ammettere che è possibile che numerose siano le variabili, potendosi dare: un *trust* di scopo o un *trust* a favore di uno o più beneficiari; questi ultimi possono essere determinati o soltanto determinabili; cause di estinzione anticipata; un diritto di recesso del *settlor*; la facoltà di attribuire beni diversi da quelli originariamente confluiti nel *trust* (c.d. *living trust*); e così via, conformando ogni singolo *trust* alle esigenze del caso concreto. Il *trust* può essere caratterizzato, inoltre, da una separata destinazione del fondo dai flussi da esso generati: pertanto, in tale circostanza, in sede di redazione dell'atto istitutivo, si renderà necessaria l'identificazione, nell'ambito dei beneficiari del *trust*, di coloro ai quali il disponente abbia riservato esclusivamente il godimento dei frutti. In tale prospettiva, il beneficiario del *trust* "familiare" può essere rappresentato dal coniuge dell'imprenditore, al quale il disponente può riservare in tutto o in parte gli utili derivanti dalla gestione dell'azienda di famiglia, mentre la stessa, che rappresenta il fondo in *trust*, viene destinata ai figli. In dottrina, tra le finalità dell'istituto, è stato proposto il ricorso al *trust* quale strumento per la realizzazione delle finalità di cui alla legge 22 giugno 2016, n. 112 (c.d. legge sul "dopo di noi"), che è stata emanata per «favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità». L'ipotesi è di G. AMORE, *Trust, vincoli di destinazione e affidamento fiduciario nella legge del "dopo di noi"* (Prima parte), in *Studium iuris*, 6/2019, 718 ss., e Id., *Trust, vincoli di destinazione e affidamento fiduciario nella legge del "dopo di noi"* (Seconda parte), in *Studium iuris*, 7-8-/2019, 895 ss., la quale, per la verità, qualifica il *trust* (del "dopo di noi") come un negozio fiduciario di destinazione, frutto del collegamento negoziale tra atto di destinazione patrimoniale e negozio fiduciario traslativo del bene ad altro soggetto incaricato dell'attuazione della destinazione.

²¹⁵ Sulle cui origini v. M. C. MALAGUTI, *Il trust*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. GALGANO, Bologna, 1992, 186 ss.; S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001, 57 ss.; D. ZANCHI, *Diritto e pratica dei trusts. Profili civilistici*, Torino, 2008, 24. La dottrina italiana distingue tra il *trust* che trae origine dal diritto straniero, ossia il *trust* regolato dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dall'Italia con la legge 16 ottobre 1989, n. 364, e il *trust* c.d. interno, in quanto regolato direttamente dalla legge italiana, che si rintraccia nella disposizione di cui all'art. 2645-ter c.c. In questo senso A. FEDERICO, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. CALVO e A. CIATTI, Torino, 2014, 612.

benefici che ne derivano ad uno o più beneficiari²¹⁶, che *in fine* avranno la "proprietà sostanziale" del suddetto bene o patrimonio, al termine del *trust*²¹⁷.

È importante evidenziare, sotto un profilo strutturale, come il *trustee*, nella sua configurazione originaria, si obblighi direttamente verso il terzo a trasferire i beni che ha ricevuto *inter vivos* dal *settlor*: il che vale, indubbiamente, a differenziare tale negozio sia dalle altre convenzioni successorie sia dal negozio fiduciario²¹⁸, garantendo una maggiore tutela dell'interesse del *settlor* e del destinatario finale dell'attribuzione, visto che il *trustee* si obbliga direttamente verso quest'ultimo²¹⁹. Nella prassi, però, il negozio in questione non prevede quasi mai un accordo tra il *settlor* e il futuro beneficiario della disposizione finale, dal momento che quest'ultimo sovente viene designato anche successivamente dal *trustee* e acquista la titolarità dei beni direttamente da questo. Ad ogni modo, non sembra che ciò sia

²¹⁶ Ovviamente, sia i beni istituiti in *trust*, che il disponente trasferisce al *trustee* (costituenti il patrimonio), sia le utilità che ne scaturiscono (cioè il reddito), possono spettare congiuntamente o disgiuntamente a uno o più beneficiari indicati nell'atto istitutivo.

²¹⁷ Sotto questo profilo, il *trust* consente di evitare che, alla morte dell'imprenditore, si apra la successione legittima e l'azienda cada in mani non capaci di un'efficiente gestione. Vale la pena di rimarcare, infatti, che attraverso il *trust* il soggetto (*settlor*) si spoglia del bene sin da subito, indipendentemente dal rilievo che l'effetto sia destinato a prodursi alla sua morte, avendo egli già validamente disposto del suo diritto. In altri termini, l'attribuzione è compiuta ed essa non sembra integrare un atto tra vivi di disposizione della delazione. Né, in senso contrario, potrebbe obiettarsi che il *settlor* disponga di un diritto relativo alla sua successione (futura), dal momento che il predetto dispone di un diritto già esistente nel proprio patrimonio, rinviando in un tempo futuro e certo il solo realizzarsi dell'effetto di destinazione. Si badi, peraltro, che lo strumento in esame realizza non soltanto una destinazione, ma anche una segregazione, con la singolare particolarità – che lo differenzia rispetto agli altri strumenti possibili – che i beni del *trust*, pur se appartenenti al patrimonio del *trustee*, non fanno parte della sua successione. Cfr., in tema, L. SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, 2009, 81 ss.; D. ZANCHI, *Il trustee nella gestione dei patrimoni. Responsabilità e risoluzione dei conflitti*, Torino, 2009, 29 ss.; A. PISCHETOLA, *Il trust quale strumento per la successione generazionale dell'impresa in comparazione anche con i patti successorii*, in *Vita not.*, 2010, II, 955; D. HAYTON, *Il trust come strumento di gestione dell'azienda di famiglia nel passaggio generazionale*, in *Contr. e impr.*, 2004, 1 ss.

²¹⁸ Cfr. N. LIPARI, *Fiducia statica e fiducia dinamica*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 494; C. GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 548 ss.; A. GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti del trust nei paesi di civil law*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 93 ss.; M. LUPOI, *Introduzione ai trusts*, Milano, 1994, 74 ss.

²¹⁹ R. SICLARI, *Trust e passaggio generazionale di impresa*, in *Trust*, 2011, 130, il quale trae argomento dalla costituzione del vincolo creato *inter vivos* dal *trust* per affermare che il negozio, seppur posto in funzione successoria, fuoriesce dal divieto posto dall'art. 458 c.c.



sufficiente ad escludere in concreto un'elusione del divieto dei patti successori²²⁰.

In tale contesto, assume quindi fondamentale importanza l'attività compiuta dal *trustee* che, acquistando la titolarità dei beni costituenti l'azienda, si dovrà occupare della gestione del patrimonio in *trust*, fino al verificarsi della condizione stabilita nell'atto istitutivo e posta alla base del trasferimento²²¹. Potrebbe verificarsi, peraltro, il caso che nes-

suno dei potenziali beneficiari soddisfi le caratteristiche richieste nell'atto istitutivo, con il conseguente sorgere di differenti problemi successori, fermo restando che il disponente potrebbe aver previsto tale ipotesi, indicando nell'atto stesso un terzo soggetto, di guisa che sarebbe comunque assicurata la continuità aziendale, garantendo ai figli la quota di legittima (magari attribuendo loro, per esempio, il restante patrimonio personale o, eventualmente, anche una partecipazione agli utili).

²²⁰ Questo perché il divieto posto dall'art. 458 c.c. può essere aggirato non solo attraverso accordi intercorsi direttamente tra il disponente e il beneficiario finale dell'attribuzione, ma, anche – e più in generale – con «ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione» e, quindi, attraverso operazioni contrattuali complesse come quelle appena descritte. Così V. PUTORTI, *I contratti post mortem*, cit., 801. A sostegno dell'utilità del *trust*, ai fini della pianificazione del passaggio generazionale e quindi quale strumento devolutivo successorio, si sottolinea comunque come il momento del trasferimento dei poteri ai figli rappresenti per l'imprenditore un problema di non facile soluzione, che si rivela spesso fonte di conflitti familiari e, di conseguenza, un fattore traumatico ai fini della gestione aziendale. Oltre alla possibile risoluzione dei conflitti tra gli eredi dell'azienda, un'altra circostanza che può indurre alla costituzione del *trust* è rappresentata dalla necessità dell'imprenditore di individuare un degno successore al vertice aziendale, vale a dire 'competente'. Si pensi, ad esempio, alla situazione in cui vi è la presenza di due o più successori per cui si pone quasi sempre il problema della scelta di chi dovrà assumere il comando dell'azienda. Tramite la costituzione del *trust*, invece, è possibile decidere determinate condizioni, *rectius* criteri, in presenza dei quali la proprietà dell'azienda di famiglia sia attribuita ad un figlio anziché ad un altro. Da questo punto di vista, il *trust* realizza un'attribuzione patrimoniale a favore di un certo soggetto, nel tempo successivo alla morte del disponente/*settlor*. Il che comporta un evidente effetto *post mortem*, della validità dell'azienda, escludendo il problema della tutela dei legittimari, non potrebbe dubitarsi, dacché l'effetto attributivo non trova causa nella morte del disponente, ancorché esso si verifichi successivamente a quel momento. In tale prospettiva, lo stesso atto istitutivo può, inoltre, prevedere il riconoscimento, a chi sia rimasto fuori dall'impresa, di una percentuale degli utili fino al raggiungimento di un valore che possa garantire un trattamento imparziale. Ne deriva che solo al verificarsi di tale condizione il *trust* potrà considerarsi concluso e l'azienda di famiglia diventerà effettivamente di proprietà del designato. Di qui, sarà assicurato il proseguimento dell'attività al riparo da possibili conflitti o eventuali ingerenze di terzi. Cfr. V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, cit., 62-63, il quale acutamente rileva, però, che, allorché sia riservato al *settlor* un diritto di recesso *ad nutum*, «la morte, pur atteggiandosi a mera modalità cronologica dello svolgimento del rapporto giuridico, rischia di elevarsi a profilo causale del contratto», onde, dovrebbe escludersi, proprio per una necessaria incompatibilità con il divieto di cui all'art. 458 c.c., la validità del *trust* con effetto di destinazione *post mortem*, quando sia previsto un diritto di recesso *ad nutum* in capo allo stesso *settlor*.

²²¹ Ne deriva una maggiore flessibilità del *trust* rispetto al patto di famiglia, se si considera che il familiare che proseguirà la gestione dell'impresa potrebbe non essere un discendente in linea retta del *settlor*, mentre nel patto di famiglia, i soggetti assegnatari possono essere soltanto i discendenti in linea retta dell'imprenditore, anche se non legittimari nel momento in cui viene stipulato il patto, con l'inspiegabile esclusione del coniu-

ge, dei fratelli, dei nipoti in linea collaterale e degli altri parenti o affini, oltre che del convivente *more uxorio*. Allorché l'impresa sia gestita da più rami di una stessa famiglia composta, ad esempio, da più fratelli, questi, quali disponenti, potrebbero istituire un unico *trust*, trasferendo ad un *trustee* la proprietà dell'azienda, con il vantaggio di mantenere uniti il capitale e i beni produttivi. Per converso, tale opportunità non è consentita dalla normativa sul patto di famiglia, che concerne l'imprenditore singolarmente considerato, cosicché, in caso di impresa gestita da più fratelli, ognuno di loro dovrebbe stipulare un proprio patto di famiglia con i soggetti appartenenti al proprio ramo; operazione che non sarebbe di alcuna utilità per l'azienda. Tra gli aspetti di carattere generale, va poi evidenziato che nel *trust* possono essere segregati anche altri beni dell'imprenditore, in modo da soddisfare tutti gli eventuali legittimari; contrariamente al patto di famiglia che può avere ad oggetto soltanto l'azienda e le partecipazioni che siano espressione di attività di impresa del loro titolare. In questa prospettiva di raffronto tra i due istituti in rassegna, va segnalata la proposta di un patto di famiglia stipulato con l'intervento del *trustee*, conferitario dei beni di impresa, il quale darebbe luogo a una fattispecie atipica che risulterebbe dalla combinazione degli schemi negoziali in questione, sintetizzati nella causa. Su questo schema negoziale atipico si rinvia a M. GIULIANO, *Diritto successorio, beni d'impresa e passaggio generazionale*, cit., 938 ss. Nella stessa prospettiva di organizzare nel modo più efficiente ed efficace il passaggio generazionale – tesa, più che altro, a sterilizzare ma non a impedire l'esercizio delle azioni poste a tutela dei diritti dei legittimari – si colloca, infine, l'operazione finanziaria attuata nella formula del «*family buy out*», che si articola attraverso la costituzione di una società veicolo (c.d. *new company*), il cui statuto preveda la clausola di incorporazione per fusione con la società di famiglia (società *target*) e la cui delibera di fusione sia attuata dopo la morte dell'imprenditore, il quale desideri trasferire l'azienda ai suoi discendenti più capaci. Sotto questo profilo, lo schema in questione si pone senza dubbio come un valido strumento, alternativo al testamento, di trasmissione *post mortem* dell'impresa familiare, evitando che a capo della stessa subentrino soggetti inefficienti o non interessati alla sua gestione. Gli è, però, che tale modalità di trasferimento "successorio" impone di risolvere due problemi: il primo legato ai legittimari non assegnatari, i quali potrebbero essere liquidati dai familiari assegnatari dell'azienda, magari utilizzando un patto di famiglia agganciato al *family buy out*, così da 'blindare' il trasferimento in favore di questi ultimi (arg. ex art. 768-*quater*, comma 2, c.c.); il secondo, invece, di ordine valutativo, riguarda proprio il rispetto del divieto imposto dall'art. 458 c.c. Nella fattispecie in esame, però, la morte dell'imprenditore si pone come elemento temporale che chiude l'operazione traslativa attuata *inter vivos*. Cfr., in argomento, V. PUTORTI, *I contratti post mortem*, cit., 787.

7. Il Regolamento europeo n. 650/2012 sulle successioni.

128

Il Regolamento UE n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 “*relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo*”²²², sebbene non imponga agli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea, che non conoscano o vietino il patto successorio, di introdurlo o ammetterlo²²³, ad ogni modo contiene una nozione ampia di patto successorio²²⁴, corrispondente in buona sostanza a quella generalmente accolta negli ordinamenti che vietano l'istituto, nonché a quella dell'art. 8 della Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alle successioni a causa di morte del 1° agosto 1989²²⁵. Più nel dettaglio, l'oggetto del patto successorio definito nel Regolamento deve essere necessariamente costituito da diritti relativi alla successione di una o più delle parti stipulanti, con esclusione dei diritti sulla successione dei terzi rimasti estranei ad esso.

²²² Cfr., in tema, A. BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, in *Rivista di dir. inter. priv. e proc.*, Milano, 2013, 293 ss.; B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, in P. FRANZINA – A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Milano, 2013, 105 ss.; P. FRANZINA, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni per causa di morte in europa*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Milano, 2013, 275 ss.; D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni*, Milano, 2013, 90 ss.; A. DAVI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014, 105 ss.

²²³ Vd. nt. 26.

²²⁴ Per patto successorio si intende «l'accordo, anche derivante da testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza corrispettivo, diritti nella successione futura di una o più persone parti dell'accordo» (art. 3 par. 1 lett. b) Reg. UE n. 650/2012). La definizione del Regolamento risulta più ampia di quella del diritto successorio sostanziale degli ordinamenti tedesco e francese, estendendosi anche ai negozi rinunciativi, quali la rinuncia di un soggetto ai diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta se il *de cuius* partecipa a tale atto, rispetto alla donazione *mortis causa* prevista dal BGB (*Schenkung von Todes wegen*) e alla *donation partage* del diritto di famiglia francese, atteso che con questi negozi si conferiscono, modificano o revocano, diritti nella successione futura di una o più persone. Ciononostante, una parte della dottrina, operando un'interpretazione restrittiva delle norme di conflitto del Regolamento, ritiene che lo stesso non sia applicabile ai solo patti rinunciativi, stante la necessità che siano parti dell'accordo la persona o le persone alle cui successioni si riferiscono i diritti di cui si dispone. In tal senso v. B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 105 ss. La dottrina maggioritaria, tuttavia, include anche i negozi rinunciativi e dispositivi nella nozione di patto successorio ai sensi del Regolamento europeo. Cfr., per tutti, A. BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., 293 ss.

²²⁵ Cfr. B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, cit., 21 ss.

Per converso, resteranno esclusi dalla nozione gli accordi che attribuiscono diritti o trasferiscono beni in occasione dell'apertura della successione, ma al di fuori della vera e propria vicenda successoria²²⁶.

Elemento caratterizzante dell'istituto è, dunque, il vincolo della determinazione del *de cuius* alla volontà di un'altra persona o di altre persone, in modo da precludere o limitare nel futuro la sua libertà di revoca e, quindi, la libertà testamentaria. In effetti, la formulazione adottata dalla definizione legale contenuta nell'art. 3 par. 1 lett. b) del Regolamento deporrebbe a favore di una nozione ampia dell'istituto in esame, comprensiva dei patti dispositivi e rinunciativi, sebbene questi ultimi non comportino una limitazione della libertà testamentaria per il *de cuius*²²⁷. In ogni caso, occorre che si tratti pur sempre di negozi plurilaterali; sicché, una rinuncia unilaterale effettuata prima dell'apertura della successione da parte di un potenziale erede non rientra nella nozione di patto successorio prevista dal Regolamento (art. 23 par. 2 lett. e art. 25)²²⁸.

Ne discende che anche il patto di famiglia potrebbe rientrare nella categoria dei patti successori rinunciativi ai sensi del Regolamento n. 650/2012²²⁹. A livello sostanziale, infatti, sussistono, da una parte, il trasferimento *inter vivos* dell'azienda o di partecipazioni societarie di cui il disponente è titolare ad alcuni eredi assegnatari, d'altra parte, la rinuncia dei legittimari non beneficiari, a fronte della liquidazione di quanto loro spettante per equivalente (arg. ex art. 768-*quater*, comma 2, c.c.)²³⁰.

L'art. 25 del Regolamento pone, inoltre, una distinzione tra patti relativi ad una sola successione e quelli relativi a più fenomeni successori, in cui sussiste necessità di applicare le leggi successorie ‘ipotetiche’, ove diverse, degli interessati²³¹. Lo stesso

²²⁶ In tale prospettiva, il Regolamento esclude dall'ambito di applicazione ogni genere di accordi tra vivi, come pure strumenti aventi effetti analoghi come la comproprietà con reversibilità a favore del coniuge superstite (art. 1 par. 1 lett. g).

²²⁷ Cfr. B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 105 ss.

²²⁸ In questi termini B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 113 ss.

²²⁹ A. BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., 293 ss.

²³⁰ Sebbene tale rinuncia sia facoltativa, la pura e semplice partecipazione al patto di famiglia comporta, comunque, il venir meno del diritto di far valere la collazione o la riduzione ai sensi degli artt. 737 ss. c.c., e, quindi, una scelta negoziale del legittimario contraente che accetta di concludere il patto. Cfr. F. VISMARA, *Patti successori nel Regolamento (UE) n. 650/2012 e patti di famiglia: un'interferenza possibile?*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, 803 ss.

²³¹ Con particolare riferimento alla fattispecie della successione di una sola persona, il par. 1 del summenzionato art. 25 si limita a disporre che, per quanto riguarda gli aspetti dell'ammissibilità, della validità sostanziale e degli effetti vincolanti tra le parti, il patto successorio verrà disciplinato dalla



articolo, inoltre, stabilisce al par. 2 l'ammissibilità dei patti successori concernenti le eredità di più soggetti, sottoponendoli al cumulo delle leggi successorie ipotetiche di ciascuna di esse²³². Quanto alla validità sostanziale, gli effetti obbligatori tra le parti, nonché le condizioni dello scioglimento, tali elementi sono sottoposti ad una legge unica, individuata in quella con la quale il patto da disciplinare presenta il collegamento più stretto²³³.

lex successionis ipotetica, ossia dalla legge che, in forza del regolamento stesso, sarebbe stata applicabile alla successione del *de cuius*, se costui fosse deceduto il giorno della conclusione del patto (c.d. legge successoria anticipata). In termini di certezza del diritto, la prerogativa offerta da questa regolamentazione si concretizza nella facilitazione della pianificazione ereditaria delle persone che non sono in grado di prevedere con sicurezza in quale paese si troverà la loro residenza abituale ai sensi dell'art. 21 par. 1 del Regolamento n. 650/2012, al momento del loro decesso. Infatti, come emerge dal Considerando n. 51, il solo criterio di collegamento che deve essere utilizzato per individuare la legge successoria ipotetica/anticipata è costituito dalla residenza abituale del *de cuius* al momento della stipulazione dell'accordo (art. 21 par. 1). Al contrario, non si potrà fare riferimento alla clausola di eccezione di cui all'art. 21 par. 2 del Regolamento, basata sul criterio alquanto vago del collegamento più stretto. Cfr. D. DAMASCELLI, *diritto internazionale privato delle successioni*, cit., 90 ss.; A. BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., 293 ss.; A. DAVÌ, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., 105 ss.

²³² Più in generale, la normativa europea distingue tra patti successori (inclusi i testamenti congiuntivi contenenti disposizioni interdipendenti) e disposizioni a causa di morte unilaterali. In particolare, per queste ultime l'art. 24 par. 3 ne prescrive l'ammissibilità e la validità sostanziale della rispettiva revoca o modifica alla legge che avrebbe dovuto applicarsi alla successione nel momento in cui tali atti vengono compiuti e non in quello dell'adozione delle disposizioni modificate o revocate. In tal senso, l'art. 25 del Reg. n. 650/2012 sottopone gli «effetti vincolanti tra le parti» e «le condizioni dello scioglimento» dei patti alla legge successoria ipotetica, e dunque alla legge che sarebbe stata applicabile alla successione o a ciascuna delle successioni implicate nel momento in cui sono conclusi. Per tali ragioni, nelle situazioni pluripersonali, l'art. 25 assoggetta alla legge successoria ipotetica anche l'ammissibilità della modifica o revoca del patto successorio, rafforzando in questo modo la certezza e la calcolabilità della pianificazione successoria per tutti gli interessati

²³³ Si tratta, invero, di un compromesso tra due modelli alternativi, messi a disposizione del legislatore per risolvere i potenziali conflitto tra le diverse leggi successorie astrattamente applicabili: da una parte, un modello restrittivo che si sostanzia nel simultaneo rispetto di tutte le leggi successorie interessate, evitando così, in radice, situazioni di successioni problematiche; dall'altra parte, un modello maggiormente permissivo che si accontenta del rispetto di una sola legge. Con particolare riferimento a quest'ultimo modello, la determinazione della legge applicabile si presenta in due sottotipi. Più nel dettaglio, accanto a quello adottato dall'art. 25 per la disciplina della validità sostanziale degli effetti dei patti e della ricerca casistica del collegamento più stretto, si prevede quello del concorso alternativo, alla stregua del quale l'atto sarà ammissibile qualora la sua validità venga riconosciuta da una qualsiasi delle leggi concorrenti. Tale soluzione prevista dall'art. 25 par. 2 del Reg. n. 650/2012 appare maggiormente equilibrata, atteso che, per

L'art. 25 par. 3, per quanto concerne l'ammissibilità, la validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti, prevede comunque che i disponenti possano scegliere quale legge regolatrice del patto successorio, la legge che la persona o una delle persone della cui successione si tratta, avrebbe potuto scegliere ai sensi dell'art. 22 del Reg. n. 650/2012²³⁴. Ne deriva, quindi, che gli stessi possono scegliere la legge nazionale o una delle rispettive leggi nazionali di ciascun disponente. In ogni caso, tale scelta andrà distinta dalla *professio iuris*, ai sensi dell'art. 22 del Regolamento, quale negozio unilaterale del *de cuius*, posto che si riferisce agli altri aspetti della successione elencati dall'art. 23: quali, ad esempio, la quota disponibile, le quote di legittima e altre restrizioni alla libertà di disporre a causa di morte²³⁵.

quanto riguarda l'ammissibilità dei patti, la norma tiene conto dell'interdipendenza fra le successioni interessate, trattandosi, del resto, di un modello riconosciuto anche in situazioni pluripersonali analoghe. D'altra parte, quanto alla validità sostanziale, gli effetti e le condizioni di scioglimento dei patti considerati, la soluzione adottata dal legislatore europeo evita le conseguenze esageratamente restrittive di un indiscriminato impiego del sistema del cumulo. Permane, tuttavia, la difficoltà di individuare, nel caso concreto, la legge che, tra quelle richiamate dall'art. 25 par. 2, presenta i collegamenti più stretti con il patto successorio al vaglio del giudice. Si tratta di problemi corrispondenti a quelli collegati all'applicazione della clausola di eccezione di cui all'art. 21 par. 1 in materia di determinazione della *lex successionis*. Si pensi, ad esempio, ai casi in cui il patto riguardi le successioni di due o più persone che risiedono abitualmente in paesi diversi, in ciascuno dei quali siano situati beni ereditari o altri elementi rilevanti della fattispecie. In tal caso la determinazione del legame più stretto risulterà problematica se non addirittura aleatoria. Onde porre rimedio alle incertezze e all'imprevedibilità connesse alla determinazione del legame più stretto del patto successorio, gli interessati potrebbero optare per la sottoposizione del patto secondo la legge nazionale di una delle persone le cui eredità sono interessate, così come previsto dallo stesso par. 3 dell'art. 25. Una tale soluzione presuppone, tuttavia, che la legge o le leggi nazionali idonee a formare oggetto di scelta considerino ammissibile il tipo di patto in questione. Cfr., al riguardo, A. BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., 293 ss.; A. DAVÌ, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., 105 ss.; F. VISMARA, *Patti successori nel Regolamento (UE) n. 650/2012 e patti di famiglia: un'interferenza possibile?*, cit., 803 ss.; E. FRANZINA, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, cit., 322; B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 106.

²³⁴ A. DAVÌ, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., 105 ss.

²³⁵ La preferenza per la legge applicabile alla successione è stata criticata, atteso che la libertà di scegliere la *lex successionis* risulta limitata con riferimento alla legge dello Stato di cui il disponente possiede la nazionalità. In contrasto con quanto espresso nel preambolo, i disponenti non hanno nessuna aspettativa in merito al contenuto della disposizione a causa di morte, ovvero si diventa eredi e/o legatari. Si tratta di una conseguenza della libertà testamentaria riconosciuta dalla maggior parte degli ordinamenti. A ciò, quale altra criticità, va aggiunto il fatto che, oltre alla legge dello Stato di cui il disponente pos-

Quanto alla dimensione temporale della *professio iuris*, la norma del Reg. UE di cui all'art. 22 par. 1 si riferisce, in via alternativa, a due momenti distinti. Segnatamente, in maniera conforme alla Convenzione dell'Aja del 1989 (art. 5 par. 1), la disposizione permette la *professio iuris* per l'intera successione, precisando che la scelta debba cadere sulla legge determinata in relazione alla cittadinanza dello Stato posseduta al momento della redazione della disposizione di ultima volontà o al momento della morte²³⁶. Al riguardo, nonostante il riferimento a tale norma contenuto nel par. 3 dell'art. 25, si ritiene che per il patto successorio sia possibile scegliere soltanto una legge nazionale che sia già posseduta dall'interessato al momento della designazione e non anche una legge nazionale futura che il disponente potrebbe avere eventualmente acquisito al momento dell'apertura della successione²³⁷. Tale assunto troverebbe un avallo dal Considerando n. 51 del Regolamento, secondo cui «qualora ... sia fatto riferimento alla legge che sarebbe stata applicabile alla successione della persona che ha fatto la disposizione a causa di morte se fosse deceduta ... il giorno in cui la disposizione è stata fatta ..., tale riferimento dovrebbe essere inteso o alla legge dello Stato in cui la persona risiedeva abitualmente in quel momento o, se avesse scelto una legge ai sensi del presente regolamento, alla legge dello Stato di cui possedeva la cittadinanza in quel momento». Questa interpretazione restrittiva del par. 3 dell'art. 25 è stata criticata in ragione del fatto che la volontà del *de cuius* dovrebbe prevalere in questo caso, atteso che se quest'ultimo accetta l'incertezza connessa all'applicazione di un'eventuale futura *lex patriae*,

siede la cittadinanza, allo stesso non è stata concessa – come stabilito peraltro nella Convenzione dell'Aja del 1° agosto 1989 (art. 5 par. 1) – la facoltà di scegliere al momento della redazione della disposizione di ultima volontà oppure al momento della morte la legge dello Stato della residenza abituale. Tale prerogativa, invero, avrebbe facilitato la pianificazione della successione per le persone che sono integrate nella realtà sociale e giuridica dello Stato della loro residenza abituale, ma che allo stesso tempo attribuiscono importanza ad un atto la cui validità non venga meno in caso di un successivo trasferimento della residenza abituale in un altro Stato. In senso critico cfr. Tale prerogativa, invero, avrebbe facilitato la pianificazione della successione per le persone che sono integrate nella realtà sociale e giuridica dello Stato della loro residenza abituale, ma che allo stesso tempo attribuiscono importanza ad un atto la cui validità non venga meno in caso di un successivo trasferimento della residenza abituale in un altro Stato F. VISMARA, *Patti successori nel Regolamento (UE) n. 650/2012 e patti di famiglia: un'interferenza possibile?*, cit., 803 ss.; v. pure B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 106 ss.

²³⁶ In argomento D. DAMASCELLI, *diritto internazionale privato delle successioni*, cit., 90 ss.

²³⁷ F. VISMARA, *Patti successori nel Regolamento (UE) n. 650/2012 e patti di famiglia: un'interferenza possibile?*, cit., 803 ss.

non potrebbero essere ravvisabili interessi meritevoli di soggetti terzi, salvo un patto successorio basato sul consenso di tutti gli interessati²³⁸.

La scelta della legge regolatrice del patto successorio ai sensi dell'art. 25 par. 3 del Regolamento è un negozio distinto dalla *professio iuris* del disponente, la quale si riferisce alla *lex successionis* (art. 23 del regolamento), e non concerne l'ammissibilità del patto successorio e gli altri aspetti contenuti all'art. 25 del summenzionato Regolamento. Ciò assume rilevanza circa la possibilità o meno del *de cuius* di modificare, attraverso una revoca o modifica unilaterale della scelta della *lex successionis*, il regime della quota disponibile, delle quote di legittima nonché delle altre restrizioni alla libertà di disporre a causa di morte (art. 23 par. 2 lett. h del regolamento). Così, in un momento successivo, egli potrebbe travolgere la parità contrattuale fra i contraenti del patto successorio, anche in riferimento ad eventuali corrispettivi pagati o promessi. Al riguardo, si sostiene che, come previsto nel *BGB*²³⁹, il vincolo della scelta della legge è disciplinato dalla stessa legge scelta, trattandosi di una questione attinente alla «validità sostanziale dell'atto con cui è stata fatta la scelta di legge» ai sensi del par. 3 dell'art. 22 del regolamento²⁴⁰.

L'assunto testé riferito è stato tuttavia confutato da altra dottrina, secondo cui la validità dell'atto in esame si riferirebbe all'assenza di difetti genetici del negozio, e non al venire meno del negozio in un momento successivo, così come previsto dal Regolamento stesso, che distingue tra la validità sostanziale di una disposizione a causa di morte e la sua modifica o revoca²⁴¹. Ciò troverebbe conferma nel fatto che in materia di *professio iuris* l'art. 22 non contiene una norma analoga al par. 3 dell'art. 24, secondo cui la legge applicabile alla validità si applica anche alla modifica o alla revoca di una disposizione a causa di morte.

La revocabilità della *professio iuris* contenuta in un patto successorio, infatti, è una questione di diritto internazionale privato e, come tale, è disciplinata

²³⁸ B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 108 ss.

²³⁹ In tale prospettiva, come visto in precedenza, il legislatore tedesco ha disposto espressamente che la persona della cui successione si tratta possa mediante apposito "contratto" istituire una persona quale erede, disporre un legato o un onere e scegliere la legge applicabile alla successione (§ 1941 comma 1 *BGB*). Con l'espressione "contratto" il legislatore tedesco ha voluto disporre che le parti di un patto successorio possono rendere irrevocabile la scelta della *lex successionis* contenuta nel patto stesso (§ 2278 e § 2290 *BGB*). In argomento si rinvia a D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni*, cit., 90 ss.

²⁴⁰ Così E. FRANZINA, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, cit., 322.

²⁴¹ A. BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., 293 ss.

dal Reg. n. 650/2012. In quest'ottica, l'art. 22 par. 4 del Regolamento, che si riferisce alla forma della modifica o revoca della *professio iuris*, disponendo che la modifica o la revoca della scelta di legge debbano soddisfare le condizioni di forma previste per la modifica o la revoca di una disposizione a causa di morte, comporterebbe che la normativa europea in esame, a livello sostanziale, presupponga l'ammissibilità della modifica e della revoca della *professio iuris*. Tale interpretazione, del resto, troverebbe conferma nel fatto che il legislatore europeo non ha introdotto una disposizione che stabilisce che una *professio iuris* inclusa in un patto successorio non possa che essere revocata con il consenso di tutte le parti del patto²⁴².

L'art. 27 del Regolamento n. 650/2012, infine, contiene un'apposita disciplina della legge applicabile alla validità formale delle disposizioni a causa di morte²⁴³. Quanto alla forma dei patti successori, l'art. 27 al par. 3 dispone che: «sono considerate attinenti alla forma le disposizioni di legge che limitano le forme ammesse delle disposizioni a causa di morte con riferimento all'età, alla cittadinanza o ad altre qualità personali del testatore o delle persone la cui successione è interessata da un patto successorio». La norma, quindi, ammette la forma della *lex loci*, della *lex patriae*, della *lex rei sitae*²⁴⁴. Si tratta di una disciplina in larga misura riproduttiva di quella dettata dalla Convenzione dell'Aja del 1961 sui conflitti di leggi in materia di forma delle disposizioni testamentarie. In sostanza, sia la Convenzione che il Regolamento riconoscono la validità formale delle disposizioni a causa di morte che rispondano alle condizioni richieste dalla legge del Paese ove la disposizione di cui si tratta è stata redatta, ovvero della legge del Paese della cittadinanza o del domicilio o della residenza abituale posseduti dall'autore della disposizione al momento della sua formulazione oppure al momento della morte.

Pertanto, la questione internazionale-privatistica riferita al divieto del patto successorio di cui all'art. 458 c.c. – e financo del testamento congiuntivo o reciproco ex art. 589 c.c. – afferisce prevalentemente ad un problema di validità: se si tratti, cioè, di norme attinenti alla validità sostanziale o alla validità formale dell'atto²⁴⁵. Nel primo caso, beninteso, il patto successorio (o il testamento congiuntivo o re-

ciproco) firmato da un soggetto con residenza abituale in Italia sarà nullo, essendo la *lex successionis* in questo caso, in mancanza di una diversa scelta del *de cuius* (art. 22 del Regolamento), il diritto italiano. Al contrario, qualora si ritenga che gli artt. 458 e 589 c.c. prescrivano dei meri requisiti di forma, in certe situazioni anche soggetti con residenza abituale in Italia potrebbero validamente stipulare dei patti o testamenti di questo tipo. Ciò in quanto le norme in materia contenute nel codice civile non mirano a realizzare i classici obiettivi dei requisiti di forma – e cioè fornire una prova sicura del negozio o quello di indurre il soggetto interessato a riflettere sull'opportunità del negozio – mirando piuttosto a salvaguardare il superiore principio di diritto successorio del nostro ordinamento, ovvero quello della revocabilità delle disposizioni di ultima volontà fino appunto all'ultimo momento di vita.

Per tali ragioni, gli Stati membri sono liberi di considerare gli eventuali divieti di patto successorio contenuti nei loro codici nazionali parte del loro rispettivo ordine pubblico ai sensi degli artt. 35 e 40 lett. a) del Reg. n. 650/2012²⁴⁶. Al riguardo, è stato evidenziato che, sebbene il Regolamento, come si evince dal Considerando n. 49, persegua il «fine di agevolare l'accettazione negli Stati membri dei diritti successori acquisiti per effetto di un patto successorio», spetterà sempre al singolo Stato membro, e non all'Unione europea, delimitare la portata del rispettivo ordine pubblico²⁴⁷. Del resto, il Considerando n. 58 del Reg. n. 650/2012 fa riferimento all'ordine pubblico dello Stato membro interessato, indicando come limite all'ordine pubblico nazionale unicamente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'utilizzo dello strumento del patto successorio per regolare le sue disposizioni di ultima volontà, infatti, non costituisce un diritto fondamentale del cittadino europeo. In verità, il divieto in esame fa parte della tradizione giuridica di non pochi Stati membri, e il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, all'art. 67 par. 1, stabilisce il principio del rispetto dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri. Sicché, spetterà al singolo Stato membro di decidere se l'inammissibilità del patto successorio costituisca un principio di ordine pubblico ai sensi degli artt. 35 e 40 lett. a) del Regolamento n. 650/2012²⁴⁸. Nel nostro ordinamento, contrariamente a quello francese, l'orientamento della

²⁴² Così A. DAVI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., 105 ss.

²⁴³ Cfr. D. DAMASCELLI, *diritto internazionale privato delle successioni*, cit., 90 ss.

²⁴⁴ Il Regolamento sembra adottare un approccio permissivo con riguardo ai patti successori, ritenendo sufficiente l'applicabilità dei criteri di collegamento di carattere soggettivo (cittadinanza, domicilio, residenza abituale), che sussistano in capo anche ad una sola delle parti della cui successione si tratta.

²⁴⁵ Cfr. B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 115 ss.

²⁴⁶ In argomento D. DAMASCELLI, *diritto internazionale privato delle successioni*, cit., 90 ss.

²⁴⁷ Cfr. F. VISMARA, *Patti successori nel Regolamento (UE) n. 650/2012 e patti di famiglia: un'interferenza possibile?*, cit., 803 ss.

²⁴⁸ In argomento D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni*, cit., 90 ss.



giurisprudenza sembra ormai incline a escludere la contrarietà all'ordine pubblico delle leggi dei Paesi che ammettono il patto successorio²⁴⁹.

In una prospettiva *de iure condendo*, pertanto, la formulazione di proposte riformatrici del nostro sistema delle successioni *mortis causa* potrebbe articolarsi secondo direzioni alternative: o nell'abolizione *ex abrupto* del divieto dei patti successori, che porterebbe ad una novellazione del codice in armonia con lo spirito dei tempi e con le esigenze avvertite nel contesto del passaggio generazionale del patrimonio, di cui tengono ampiamente conto i nuovi schemi negoziali passati in rassegna; oppure, nell'introduzione di una disciplina più dettagliata, *rectius* tipicizzata, dei mezzi da offrire al privato per la regolamentazione della propria successione, magari mettendo a profitto l'esperienza maturata nell'area culturale germanica, dove la figura del contratto ereditario (*Erbvertrag*) ha un suo positivo riconoscimento²⁵⁰, o ancora – come si è scelto – introducendo deroghe al divieto in settori particolari ed in funzione di interessi specifici²⁵¹. Va da sé che anche con questa opzione si avrebbe una novellazione del codice, ma certamente più filtrata rispetto alla prima e incapace di frenare la naturale tendenza dei privati a concepire schemi negoziali sempre più efficienti, in relazione alle proprie esigenze. Sempre in una prospettiva di riforma, si potrebbe, infine, prevedere una legislazione speciale che si affianchi alla disciplina (generale) codicistica, anche se ciò determinerebbe la creazione di un sottosistema del diritto successorio, con tutti i rischi connessi, però, al coordinamento con la disciplina generale (o di sistema) e all'attività interpretativa che le legislazioni speciali determinano (si pensi, ad esempio, ai problemi di coordinamento e di interpretazione avutisi tra il codice del consumo e il codice civile).

Quel che è certo è che la scelta del testamento quale strumento negoziale esclusivo per le attribuzioni *mortis causa* appare alquanto anacronistica, per la scarsa flessibilità dello stesso a piegarsi alle finalità varie perseguite dai privati²⁵² e ciò in quanto

il formalismo interpretativo risulta smentito dalla prassi²⁵³. Al contrario, l'autonomia privata mostra di potere riempire di contenuti le inefficienze del testamento, facendone il lato "atipico" del sistema successorio²⁵⁴. Gli schemi negoziali esaminati di-

utilizzati nella prassi ai fini della pianificazione della vicenda successoria: strumenti che dunque vengono definiti, in questa prospettiva, come alternativi al testamento. Più in generale, si avverte come sia lo stesso fenomeno successorio ad avere «di fatto acquisito una rilevanza marginale, visto che la ricchezza si trasmette secondo canali che non sono quelli delle successioni *mortis causa*». Testualmente N. LIPARI, *Prospettive della libertà di disposizione ereditaria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Atti dell'undicesimo Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., 5-7 maggio 2016, Napoli, 2017, 7 ss.. Sul punto, già A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, cit., 1077 ss.; ma si veda, anche, R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, cit., 1209 ss. ed ivi 1212, il quale afferma che la crisi del diritto successorio si spiegherebbe in ragione della «carezza di strumenti che l'ordinamento ha messo a disposizione dell'autonomia privata per regolare le successioni *mortis causa*». Cfr., sul declino del testamento, P. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in *Tratt. breve delle succ. e don.*, diretto da P. RESCIGNO e coordinata da M. IEVA, I, Padova 2010, 3 ss. ed ivi 6 ss.; M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, cit., 1; D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori*, cit., 20 ss.; S. DELLE MONACHE, *La libertà di disporre mortis causa*, cit., 466. Afferma, invece, la perdurante «vitalità di uno strumento insostituibile, qual è il testamento», G. BONILINI, *Autonomia testamentaria, fondamenti costituzionali e bilanciamento di Principi*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., 17 ss.

²⁵³ Coglie nella «struttura rigidamente monista» del diritto successorio il motivo del diffondersi, nella prassi, di schemi e congegni negoziali alternativi alla successione propriamente detta, V. SCALISI, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1989, 387 ss., spec. 412 ss. In senso critico circa la possibilità d'impiego del dispositivo dell'atipicità contrattuale quale strumento candidato ad estendere i confini del sistema successorio M. D'AURIA, *Il patto verticale di famiglia. Contributo sul tema della atipicità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 3/2021, 793.

²⁵⁴ Com'è stato rilevato, si è gradualmente affinata «la percezione di un'adeguatezza di fondo del testamento, dal momento che, giusta la sua definizione normativa (*ex art. 587, comma 1, c.c.*), parrebbe dover servire all'unico o principale scopo di far sì che il testatore possa indirizzare la trasmissione dei suoi beni per il tempo in cui avrà cessato di vivere. In una molteplicità di casi invece – che l'esperienza ha anche contribuito a "tipizzare" – emerge come gli interessi perseguiti siano ben più articolati e complessi di quello elementare alla programmazione di una semplice vicenda successoria, sia pure *mortis causa*». Così S. DELLE MONACHE, *La libertà di disporre mortis causa*, cit., 467, il quale richiama, ad esempio, la necessità della tutela dei soggetti deboli, ossia di coloro che l'ereditando percepisce come tali all'interno della propria famiglia o della cerchia dei propri affetti, perché colpiti da disabilità di varia natura o semplicemente perché considerati più fragili o bisognosi. In proposito, v. G. AMORE, *Trust, vincoli di destinazione e affidamento fiduciario nella legge del "dopo di noi" (Prima parte)*, cit., 718 ss., e ID., *Trust, vincoli di destinazione e affidamento fiduciario nella legge del "dopo di noi" (Seconda parte)*, cit., 895 ss. Ma si pensi, ancora, all'interesse a preservare l'unità dell'impresa nel passaggio generazionale, evitando processi disgregativi dovuti alla frantumazione proprietaria. Cfr., al riguardo, A.

²⁴⁹ Cfr. E. FRANZINA, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, cit., 322.

²⁵⁰ Cfr. M. IEVA, *"Successione, X) Fenomeni parasuccessori"*, cit., 15; P. RESCIGNO, *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, in AA. VV., *La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995, 1 ss.

²⁵¹ Il riferimento va, in particolare, al patto di famiglia, ma per ulteriori suggerimenti si rinvia a M. IEVA, *"Successione, X) Fenomeni parasuccessori"*, cit., 15; nonché a C. CACCAVALE – F. TASSINARI, *Contributo per una riforma del divieto dei c.d. patti successori rinunciativi*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 541 ss.

²⁵² Non v'è dubbio che il testamento abbia ormai perduto terreno quale mezzo di trasmissione della ricchezza familiare, mostrandosi "recessivo" specialmente in relazione ai grandi patrimoni, con riguardo ai quali altri e diversi sono gli strumenti

mostrano chiaramente che un atto *inter vivos* possa essere piegato dalle parti ad una funzione *mortis causa*, colorando funzionalmente la pattuizione, per l'appunto, quale anticipazione della successione, con migliori risultati in termini strumentali. È quanto accade, ad esempio, nel patto di famiglia, il quale, quantunque a struttura *inter vivos*, si rivela per via indiretta, ossia tramite l'esenzione da collazione e riduzione di quanto ricevuto, strumento idoneo ad incidere su interessi riferibili alla morte di un soggetto²⁵⁵: circostanza (questa) che conduce a trovare una giustificazione all'inciso di cui all'art. 458 c.c., in cui si prevede la salvezza di quanto disposto *ex artt.* 768-bis ss. c.c.²⁵⁶.

In assenza di un intervento legislativo, però, non resta che apprezzare, al momento, l'apertura della giurisprudenza alle fattispecie esaminate, molto simile al contesto francese in cui permane un formale divieto dei patti successori, nondimeno i giudici tendono a scavare intorno ad esso, isolandolo sempre più nella realtà giuridica e ricercando strumenti alternativi al testamento capaci di valorizzare l'autonomia delle parti.

8. Le nuove frontiere del diritto successorio: la c.d. eredità digitale. Conclusioni.

Nell'attuale epoca c.d. "tecnologica" o "digitale", caratterizzata dalla sovrapposizione al mondo reale di una realtà virtuale costituita da tutti i dati e le informazioni²⁵⁷ che circolano sul *web* (la "data-

sfera"²⁵⁸ o il "patrimonio digitale"²⁵⁹), nelle sue varie modalità di utilizzo (profili dei *social media*, *e-mail*, *tweet*, *chat*, *files* di testo, *accounts*, *cloud computing*), l'interprete è chiamato ad occuparsi anche della sorte di questi beni²⁶⁰ (*virtual goods*), affidati a piattaforme digitali, oltre la vita del *de cuius*. Ciò con particolare riguardo alla regolamentazione contrattuale e alle condizioni generali di contratto che gli utenti in sede di registrazione del proprio *account* sottoscrivono per fruire dei servizi forniti dagli *internet services providers*²⁶¹.

Il problema della successione nel contratto con il gestore di servizi digitali è stato di recente affrontato, in modo approfondito, dal *Bundesgerichtshof* (BGH), con una sentenza (12.7.2018, III ZR 183/17) in forma di "trattatello", nella quale vengono toccati molti aspetti inerenti alla c.d. eredità digitale, o più correttamente alla trasmissione *post mortem* del patrimonio digitale di un individuo²⁶².

²⁵⁸ V. ZENO ZENCOVICH, *La "datasfera". Regole giuridiche per il mondo digitale parallelo*, in AA. VV., *I "profili" del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale*, a cura di L. SCAFFARDI, Torino, 2018, 99 ss.

²⁵⁹ La prima ad utilizzare l'espressione patrimonio digitale è stata M. CINQUE, *La successione nel "patrimonio digitale": prime considerazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 645 ss., la quale ha tradotto quella di «*digital assets*» utilizzata nel dibattito americano, dove si distingue principalmente tra un patrimonio digitale *online*, che attiene ai beni digitali sparsi nella rete o in un *account online* o in un sistema di archiviazione come il *cloud*, e patrimonio digitale *offline*, che ricomprende invece i beni digitali conservati su supporti fisici come *computer*, *tablet*, *USB*. Tale distinzione appare la più utile ad individuare il regime giuridico dei *virtual goods*, perché unicamente nel caso del patrimonio *online* si tratta di esaminare le condizioni generali di contratto, predisposte unilateralmente dagli *internet services providers*. In senso conforme v. R.E. DE ROSA, *Trasmissibilità mortis causa del "patrimonio digitale"*, in *Not.*, 5/2021, 495 ss.

²⁶⁰ È di tutta evidenza che si tratti di entità giuridicamente rilevanti, idonee a soddisfare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ascrivibili alla categoria di beni immateriali di cui alla nozione ampia dell'art. 810 c.c.

²⁶¹ In argomento si rinvia a I. MASPEL, *Successione digitale, trasmissione dell'account e condizioni generali di contratto predisposte dagli internet services providers*, in *I Contratti*, 5/2020, 583 ss.; S. DELLE MONACHE, *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2020, 460 ss.; R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *Aida*, 2011, 93 ss.

²⁶² La sentenza è stata analizzata da S. DELLE MONACHE, *ult. op. cit.*, il quale, in chiave critica, individua una circolarità nel ragionamento del BGH, dal momento che esso ammette la trasmissibilità agli eredi del rapporto contrattuale intrattenuto dal *de cuius* con il gestore di servizi digitali, ritenendo tuttavia che questi possano financo sindacare il contenuto "vessatorio" delle clausole caratterizzate dall'*intuitus personae*, come quella che pone l'*account* in modalità "commemorativa" alla morte dell'utente. Cfr. pure, in dottrina, R. MATTERA, *La successione nell'account digitale. Il caso tedesco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2019, 703 ss.; A. MANIACI – A. D'ARMINIO MONFORTE, *La prima decisione italiana in tema di "eredità digitale": quale tutela post mortem dei dati personali?*, in

PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. CNN*, Napoli, 2003, 1 ss.; A. PALAZZO – A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori. 2. Negozi successori anticipatori*, Milano 2012, 447 ss.; M. CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni*, Art. 456-461, cit., 118 ss.; E. MOSCATI, *Trust e vicende successorie*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 1075 ss., spec. 1086.

²⁵⁵ Si è detto che il patto di famiglia costituisca la convalidazione normativa del passaggio da un anticipo di successione vietata a una successione anticipata consentita. È l'opinione di A. ZOPPINI, *Il Patto di famiglia (linee per la riforma dei patti sulle successioni future)*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 256.

²⁵⁶ G. AMADIO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2006, 70, spec. nt. 7. In senso conforme v. pure M. MONDELLO, *Riflessioni su liberalità non donative e funzione successoria, a margine di Cass. n. 106/2017*, in *I Contratti*, 4/2017, 425.

²⁵⁷ Sul fenomeno della digitalizzazione della persona v. C. CAMARDI, *Eredità digitale*, in AA. VV., *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, II, Napoli, 2018, 659 ss., spec. 663 ss.; G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. e impr.*, 2017, 723 ss.; G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2007, 511 ss.



Corr. giur., 5/2021, 1367 ss.; V. CONFORTINI, *L'eredità digitale (appunti per uno studio)*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2021, 1187 ss.; I. MASPE, *Morte "digitale" e persistenza dei diritti oltre la vita della persona fisica*, in *Giur. it.*, 2021, 1600 ss.; ma v. pure G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2019, 85 ss., spec. 89 ss.; A. MAGNANI, *Il patrimonio digitale e la sua devoluzione ereditaria*, in *Vita not.*, 2019, 1208 ss.; M. TAMPRIERI, *L'identità personale: il nostro documento esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2019, 1195 ss.; I. SASSO, *Privacy post-mortem e "successione digitale"*, in *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di E. Tosi, Milano, 2019, 557; ID., *La tutela dei dati personali "digitali" dopo la morte dell'interessato (alla luce del Regolamento UE 679/2017)*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 183 ss.; G. MARINO, *La "successione digitale"*, in *Osser. dir. civ. e comm.*, 2018, 165 ss.; S. DE P L A N O, *La successione a causa di morte nel patrimonio digitale*, in *Internet e diritto civile*, a cura di C. PERLINGIERI – L. RUGGIERI, Napoli, 2015, 427 ss.; F. GERBO, *Dell'eredità informatica e di altri idola ignaviae*, in *Vita not.*, 2015, 597; G. RESTA, *La "morte digitale"*, in ID., *Dignità, persone e mercati*, Torino, 2014, 375 ss.; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social network*, Napoli, 2014; M. CINQUE, *La successione nel "patrimonio digitale": prime considerazioni*, cit., 661; ID., *L'"eredità digitale" alla prova delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 72 ss.; A. VESTO, *Successione digitale e circolazione dei beni online. Note in tema di eredità digitale*, in *Quaderni, Diritto delle Successioni e della Famiglia*, Napoli, 2020; S. LANDINI, *Identità digitale tra tutela della persona e proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2017, 180 ss.; F. CRISTIANI, *Il diritto alla protezione dei dati personali oltre la vita nell'era digitale*, in *Resp. civ. prev.*, 4/2015, 2031 ss.; ID., *Nuove tecnologie e testamento: presente e futuro*, Torino, 2012; G. CORAPI, *La trasmissione ereditaria delle c.d. "nuove proprietà"*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 379 ss.; A. ZOPPINI, *Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 185 ss.; M. MARTINO, *Le nuove proprietà*, in *Tratt. dir. succ. e donazioni*, diretto da G. BONILINI, I, Milano, 2009, 355; C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inf.*, 2018, 65 ss., la quale evidenzia la complessità del fenomeno rilevando che, da una parte, «il termine 'eredità' sul piano tecnico giuridico fa riferimento ad un processo di circolazione dei diritti, e dei beni che ne sono oggetto, quali componenti di un patrimonio che – in atto o in potenza – è suscettibile di valutazione economica e che comunque attiene primariamente alle dinamiche di attribuzione della ricchezza materiale e alla garanzia della continuità del potere di disporre della stessa nell'ambito di una famiglia; ma anche alla garanzia della continuità dei rapporti economici indipendentemente dalla morte dei soggetti che ne sono parti» e, dall'altra, «l'aggettivo 'digitale' stravolge o modifica sensibilmente questo scenario. Perché la tecnologia digitale (ma, più in generale quella elettronica) esplica una serie di potenzialità, pressoché inconcepibili nel mondo reale, capaci di alterare la linearità di quella relazione e pertanto la capacità regolativa delle norme che nel tempo sono state utilizzate per organizzare i rapporti che la suppongono». In materia, il Notariato italiano ha manifestato sin da subito un particolare interesse, al punto da elaborare un protocollo, in collaborazione con *Microsoft* e *Google*, idoneo a mettere gli eredi digitali in condizioni di interagire con gli operatori della rete. Si veda U. BECHINI, *Password, credenziali e successione mortis causa*, *Studio n. 6-2007/IG del CNN*, approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica l'11 maggio 2007. In termini più generali sugli effetti della digitalizzazione in chiave giuridica, si v. G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2010, 14 ss.

La difficoltà avvertita sul tema deriva in larga misura dall'eterogeneità dei beni digitali²⁶³, che rende invero difficile una loro classificazione, e dalla diversità di disciplina in materia ereditaria nei vari paesi, che rende impossibile inquadrarne compiutamente il fenomeno, anche in ragione del carattere transnazionale del mercato al quale si rivolgono i fornitori di servizi di rete²⁶⁴.

Senza volere analizzare la natura giuridica dei singoli beni che possono rientrare nella categoria dei *virtual goods*, si consideri in linea generale che, in relazione ai beni che nascono dall'utilizzo delle nuove tecnologie, è stata operata una prima distinzione tra i beni digitali a contenuto patrimoniale, che senza dubbio rientrano nella successione *mortis causa* del *de cuius* e soggiacciono alle regole interne, e i beni a contenuto non patrimoniale o, per meglio dire, a contenuto strettamente personale²⁶⁵, la cui valutazione economica non è sempre agevole e che rilevano per il loro contenuto rispondente a interessi della persona²⁶⁶, per i quali dovrà valutarsi ca-

²⁶³ Su cui v. A.A. MOLLO, *Il diritto alla protezione dei dati personali quale limite alla successione mortis causa nel patrimonio digitale*, in *Juscivile*, 2/2020, 430 ss.; F. TROLLI, *La successione mortis causa nei dati personali del defunto e i limiti al loro trattamento*, ivi, 4/2019, 313 ss.

²⁶⁴ Per un esame più approfondito v. A. MANIACI – A. D'ARMINIO MONFORTE, *L'eredità digitale tra silenzio della legge ed esigenze di pianificazione*, in *Corr. giur.*, 11/2020, 1367 ss.; M. GIULIANO, *Regolare l'infosfera*, in *Contr. e impr.*, 3/2021, 885 ss.

²⁶⁵ Tuttavia, si è osservato che una simile distinzione abbia più che altro un valore descrittivo e, pertanto, possa operare solo in astratto, atteso che nella realtà digitale lo stesso bene (piattaforma, *blog* di un *influencer*) possa accogliere sia contenuti patrimoniali sia contenuti non patrimoniali. L'osservazione è di G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, cit., 85 ss. Diversamente, A. SPATUZZI, *Patrimoni digitali e vicenda successoria*, in *Not.*, 4/2020, 402 ss.

²⁶⁶ Ciononostante, una parte della dottrina ritiene che anche questa tipologia di beni, a contenuto strettamente personale, sia trasmissibile, ove si riscontrasse un interesse proprio o al più "familiare" da parte degli eredi, come ad esempio la tutela dell'immagine o della stima sociale dell'autore. Cfr., al riguardo, L.C. UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi*, Milano, 2000; A. ZACCARIA, *Diritti extra-patrimoniali e successioni. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988; L. CARRARO, *Il diritto sui ricordi di famiglia*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, I, 1951. In senso decisamente contrario alla trasmissione ereditaria dei diritti sui contenuti digitali affidati alla rete si pone S. DELLE MONACHE, *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, cit., il quale riconosce soltanto forme di tutela *iure proprio* sull'accesso e sulla gestione di dati affidati dal defunto a strumenti e piattaforme digitali, con legittimazione attribuita dalla legge o comunque da attribuirsi ai familiari del defunto stesso. Favorevole alla trasmissibilità a eredi e legatari degli "averi digitali", senza distinzioni, persino per le criptovalute, F. MASTROBERARDINO, *Il patrimonio digitale*, Napoli, 2019, 179; ID., *L'eredità digitale*, in *Not.*, 2/2021, 138 ss. Cfr., per alcuni spunti, M.D. BEMBO, *Carte, documenti, ritratti, ricordi di famiglia*, in G. BONILINI (a cura di), *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, I, La suc-

so per caso la trasferibilità degli stessi, in base ad un bilanciamento di interessi tra la *privacy* del defunto, *rectius* la volontà espressa da quest'ultimo anche attraverso l'adesione a clausole contrattuali previste dagli *internet services providers*²⁶⁷ circa la sorte dei propri contenuti digitali, e gli interessi di cui sono portatori i suoi eredi.

Il tema richiama concretamente la tutela postuma dei diritti della personalità e dei dati personali, nel suo necessario bilanciamento con gli interessi altrui meritevoli di prevalenza. Nell'ottica della protezione del diritto all'identità digitale del *de cuius*, soprattutto correlata ai *social networks*, viene in rilievo in particolare il nuovo art. 2-terdecies d.lgs. 196/2003, recentemente introdotto dal d.lgs. 101/2018²⁶⁸.

In questo scenario, la figura del "contatto erede", già presente in varie piattaforme digitali (come, ad esempio, Facebook) ha il vantaggio di non consentire al prescelto di conoscere le credenziali di accesso alla piattaforma prima della morte del titolare dell'*account*; ponendosi all'uopo soltanto il problema di inquadrare giuridicamente l'atto di nomina dell'istituto. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano le alternative non possono che ricadere sulla figura del mandato *post mortem ad exequandum*, ovvero dell'esecutore testamentario; con la precisazione, in questo secondo caso, che la nomina sia effettuata per testamento, a pena di invalidità, e non solo attraverso le impostazioni della piattaforma digitale²⁶⁹. Si discosta, invece, dalla figura

dell'esecutore testamentario l'istituto del "legato di *password*", che si configura attraverso l'attribuzione, fatta per testamento, delle credenziali per accedere a contenuti digitali. Qui la trasmissione della *password* è rappresentativa del trasferimento dei beni a titolo particolare, assumendo connotati simili alla *traditio symbolica* romana²⁷⁰.

Tutto questo rivela, al di là dei singoli ambiti, una linea evolutiva del nostro diritto successorio, ormai da diversi decenni, in cui il ruolo riconosciuto all'autonomia dei privati nella pianificazione delle sorti delle proprie sostanze, per il tempo in cui si sarà cessato di vivere, è sempre maggiore²⁷¹. Pro-

rispetto al testamento, quanto meno sotto il profilo della segretezza delle credenziali, note al solo mandatario, nonché della riservatezza del *de cuius*; in argomento v. pure A. SPANGARO, *La tutela postmortale dei dati personali del defunto*, in *Contr. e impr.*, 2/2021, 574 ss.; G. ARCELLA, *La tutela della personalità del defunto e la protezione post mortem dei dati personali*, in *Not.*, 6/2021, 608 ss.; S. STEFANELLI, *Destinazione post mortem dei diritti sui propri dati personali*, in *Riv. dir. media*, 2019, 1 ss.; G. ZICCARDI, *Il libro digitale dei morti. Memoria, lutto, eternità e oblio nell'era dei social network*, Milano, 2017, *passim*.

²⁷⁰ Cfr., sul punto, L. DI LORENZO, *Il legato di password*, in *Not.*, 2/2014 e in *Vita not.*, 2015, 597; Id., *L'eredità digitale*, in *Notariato*, 2/2021, 138 ss., spec. 148 ss.; dello stesso A. v. pure il volume *I legati a contenuto atipico e tipico nella prassi notarile*, in *Quaderni della Riv. del Not.*, 2015, 147 ss.

²⁷¹ Proprio ragionando in questi termini, cioè di massima autonomia nella "programmazione successoria", la giurisprudenza ha ammesso anche la diseredazione (naturalmente dei soggetti non legittimari), a lungo relegata nei ristretti confini di una "istituzione d'erede implicita" a favore di altri soggetti. Il riferimento è a Cass. civ., sez. II, 25 maggio 2012, n. 8352, in *Vita not.*, 2012, II, 665 ss., con nota di D. PASTORE, *La Cassazione ammette la diseredazione*; in *Guida al Diritto*, n. 25, 16 giugno 2012, 48 ss., con nota di M. LEO, *In presenza di un'unica clausola negativa difficile ricostruire il desiderio del defunto*; in *Riv. not.*, 2012, 1228 ss., con nota di M. DI FABIO, *In tema di diseredazione (anche del legittimario)*; in *Giur. it.*, 2012, 2506 ss., con nota di G. TORREGROSSA, *Nota in tema di diseredazione*; in *Fam. pers. succ.*, 2012, IX, 763 ss., con nota di V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*; in *www.personaedanno.it*, 30 giugno 2012, con nota di L. BALESTRA, *La diseredazione: un percorso interpretativo al passo coi tempi*; in *Giust. civ.*, 2013, I, 685 ss., con nota di V. OCCORSIO, *«Escludo da ogni avere i miei cugini»: la Cassazione alla svolta in tema di diseredazione*, e ivi, VII-VIII, 1473 ss., con nota di C. BRUNO, *Liceità della diseredazione esplicita*; in *www.comparazioneDirittocivile.it*, marzo 2013, 12 ss., con nota di F. TROTTA, *Riflessioni sulla clausola di diseredazione alla luce del recente orientamento giurisprudenziale*; in *Notariato*, 2013, 24, con nota di R. CIMMINO, *Diseredazione e ricostruzione causale del negozio testamentario*; in *Corriere giur.*, 2013, V, 614 ss., con nota di B. CALIENDO, *La diseredazione: "(non) vuoi così colà dove si può che si vuole..."*; in *Riv. dir. civ.*, 2014, 307 ss., con nota di R. PACIA, *Validità del testamento di contenuto meramente diseredativo*; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, III, 1153 ss., con nota di E. PETRONE, *La diseredazione e la clausola di esclusione meramente negativa. Ultimi orientamenti giurisprudenziali*; si vedano altresì M. SCALISI, *Clausola di diseredazione e profili di modernità*, *Studio n. 339-2012/C*, approvato dalla Commissione Studi Civilistici CNN

cessione ereditaria, Milano, 2009; R. TUCCILLO, *La successione ereditaria avente ad oggetto le carte, i documenti, i ritratti e i ricordi di famiglia*, in *Dir. delle succ. e fam.*, 1/2016, 159 ss.; F. MORRI, *Il diritto d'autore. Le lettere missive ricevute dal de cuius*, ivi, 2009.

²⁶⁷ Cfr. L. NIVARRA, voce *Responsabilità del provider*, in *Dig. civ.*, agg., II, Torino, 2003, 1195 ss.

²⁶⁸ In questo ordine di idee si colloca la prima pronuncia italiana, resa dal Tribunale di Milano, Sez. I, ord. 09 febbraio 2021, con nota di I. MASPEL, *Diritto alla privacy – Morte "digitale" e persistenza dei diritti oltre la vita della persona fisica*, in *Giur. it.*, 7/2021, 1600 ss.; con nota di G. RESTA, *L'accesso post mortem ai dati personali: il caso Apple*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 3/2021, 678 ss.; con nota di S. BONETTI, *Dati personali e tutela post mortem nel novellato Codice privacy: prime applicazioni*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 3/2021, 560 ss.; con nota di F. MASTROBERARDINO, *L'accesso agli account informatici degli utenti defunti: una prima, parziale, tutela*, in *Fam. e dir.*, 6/2021, 622 ss. Il tribunale meneghino ha riconosciuto ai genitori del defunto l'accesso al profilo *iCloud* di quest'ultimo, sulla base di "ragioni familiari meritevoli di protezione" di cui sono stati riconosciuti titolari gli stessi ricorrenti in virtù del disposto dell'art. 2-terdecies d.lgs. n. 196/2003. Alla pronuncia del Tribunale di Milano ha fatto eco la decisione successiva del Tribunale di Bologna, ord. 25 novembre 2021.

²⁶⁹ Più proclive alla figura del mandato *post mortem ad exequandum* appare M. TAMPPIERI, *Il patrimonio digitale oltre la vita: quale destino?*, in *Contr. e impr.*, 2/2021, 543 ss., la quale ritiene la figura in parola uno strumento più elastico e sicuro



prio l'analisi del funzionamento degli schemi negoziali qui complessivamente svolta conduce, in definitiva, ad auspicare, in una prospettiva di riforma ben più radicale, una revisione delle scelte normative italiane, che potrebbero essere arricchite dall'ammissibilità di accordi successori²⁷². Non può trascurarsi, d'altronde, il contesto europeo in cui diversi Paesi (su tutti la Germania) non conoscono questa pesante limitazione dell'autonomia privata, qual è il divieto dei patti successori; per non parlare del Reg. UE n. 650/2012 che, nell'assoggettare la successione alla legge del Paese di residenza, di fatto consente oggi che un cittadino italiano residente in Germania possa validamente stipulare un patto successorio²⁷³.

del 20 settembre 2012; C. LAZZARO, *La nuova frontiera della diseredazione*, in www.comparazionedirittocivile.it, luglio 2014; L. DE STEFANO, *I nuovi profili della clausola di diseredazione*, in www.ilcaso.it, 1 agosto 2015; v. pure A. PURPURA, *La fisionomia del testamento tra volontà negativa e traduzione in regola successoria*, in *Pers. e merc.*, 3/2020, 292 ss.

²⁷² Critico sull'opportunità di mantenere il divieto dei patti successori già V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, cit., 5 ss.; v. pure A. SPATUZZI, *Il divieto dei patti successori: tra attuali dimensioni funzionali e crescenti fermenti riformatori*, in *Dir. Succ. Fam.*, 3/2019, 855 ss.

²⁷³ Ai patti successori si applicano, infatti, i criteri di collegamento previsti per le successioni: in questo senso, v. gli artt. 1, lett. b), e 25 Reg. UE 650/2012. In dottrina v. V. PUTORTI, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, in *Dir. Succ. Fam.*, 2016, 845 ss.; J.P. SCHMIDT, *L'applicazione del Reg. UE 650/2012 nella prassi tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2021, 1241 ss.; nonché il commento a Cassazione Civile, SS.UU., 5 febbraio 2021, n. 2867 di M. RIZZUTI, *Successioni transnazionali e revocazioni testamentarie*, in *Il Corriere giuridico*, 11/21, 1325 ss. Sul versante della giurisprudenza europea, si rinvia a Corte di Giustizia UE 12 ottobre 2017, C-218/16, Kubicka, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 5, 697, con nota di D. ACHILLE, *Lex successionis e compatibilità con gli ordinamenti degli stati membri nel Reg. UE n. 650/2012*; in *Dir. succ. fam.*, 2019, 1, 271, con nota di M. RIZZUTI, *Successioni transnazionali e pubblicità dell'acquisto dei legati. Il canone interpretativo emerso in tale sede è stato poi richiamato anche da successive pronunzie, come ad esempio, in tema di certificato successorio*; Corte di Giustizia UE 21 giugno 2018, C-20/17, Oberle, in *Notariato*, 2019, 1, 79, con nota di M.T. BATTISTA – G. CARUSO, *La Corte di Giustizia UE afferma il principio dell'unità della successione*.

SINDROME DA ALIENAZIONE PARENTALE E CONFIGURAZIONE GIURIDICA DI ILLECITO ENDOFAMILIARE: NOTA A MARGINE DI CASS., SEZ. I CIVILE, ORD. 17 MAGGIO 2021, N. 13217

| 137

Di Carla Failla

SOMMARIO: 1. Premessa. La Parental Alienation Syndrome (cd. PAS). – 2. Il quadro giurisprudenziale: la PAS e la valutazione dell'idoneità genitoriale. – 3. Il caso di specie: la PAS e l'affido cd. "super-esclusivo". – 4. Riconducibilità delle condotte scaturenti la asserita PAS nella fattispecie (tipica) dell'illecito endofamiliare. – 4.1. Segue. La tutela (risarcitoria) del minore coinvolto in una crisi della compagine familiare nella pendenza di un giudizio: articolo 709-ter c.p.c. – 4.2. Segue. Responsabilità civile e diritto di famiglia. – 4.3. Segue. Illecito endofamiliare: tra neutralità del rapporto di parentela e autonomia della categoria in esame. 4.4. Segue. Illecito endofamiliare, risarcimento e sanzione. 5. La sindrome da alienazione parentale: lesione dei diritti del minore e tutela risarcitoria.

ABSTRACT. Il lavoro prende le mosse dalla recente pronuncia della Corte di Cassazione (Sezione I Civile, Ord. 17 maggio 2021 n. 13217) secondo cui le condotte gravi di un genitore, la gravità dei comportamenti di un genitore, se non giustificano un provvedimento di affido "super-esclusivo" (considerato lesivo del superiore diritto alla bigenitorialità), impongono comunque una valutazione della possibile lesione di diritti costituzionalmente garantiti del minore, tra cui quello di mantenere un rapporto equilibrato e regolare con il genitore non convivente. Una volta descritte le peculiarità della sindrome da alienazione parentale – che pure rappresenta e assume le più varianti sincroniche – l'Autore prospetta una eventuale ascrizione della fattispecie considerata al paradigma degli illeciti endofamiliari. L'ipotesi a postulazione di una responsabilità aquiliana, il cui consolidato ingresso nei rapporti familiari ne fa da retroterra, si apprezza secondo l'Autore quale conseguenza diretta e immediata della gravità della lesione, della consapevolezza circa il carattere dannoso della condotta e della ingiustizia del danno patito dal minore.

The following work builds on the recent decision No. 13217 of May 2021 of the Court of Cassation (Civil Section I) whereby a parent's reprehensible behavior in the parent-child relationship, which do not justify a provision of a sole-custody (affido "super-esclusivo"), detrimental to the right to co-parenting, requires an assessment of the possible injury of the child's constitutionally guaranteed rights, including maintaining a balanced and regular relationship with the absent parent. Once described the peculiarities of the parental alienation syndrome (PAS) – which also assumes synchronic variants – the Author suggests a possible assignment of the present case to the paradigm of the ex delicto liability. The postulation of an Aquilian liability, which has entered the ground of family relations, represents – in the opinion of the Author – a direct and immediate consequence to the severity of the injury, consciousness of the harmful character of the conduct and injustice of the damage incurred by the minor.



1. Premessa. La Parental Alienation Syndrome (cd. PAS).

La famiglia, «società naturale»¹ in cui il singolo sviluppa la propria personalità e individualità in relazione ad un “gruppo”, è luogo di esercizio di diritti fondamentali della persona. Di più, si caratterizza per essere la “prima” formazione sociale che – in quanto funzionale al libero sviluppo dei singoli – riceve protezione giuridica: la riceve essa in quanto tale² e la ricevono, di suo interno, i singoli, i cui diritti inviolabili si impongono peraltro persino agli interessi del gruppo.

È, infatti, interesse dell’ordinamento regolare i rapporti tra soggetti legati da un *vinculum* familiare al fine di garantire i diritti inviolabili dell’individuo all’interno di un rapporto “giuridico”³ e di riconoscere l’autonomo spessore che assume la famiglia stessa quale entità originaria e preesistente alla società civile.

I rapporti di famiglia sono, infatti, possibili scenari di forte conflittualità oltre che di intensi legami e dunque spesso punto di osservazione di complesse dinamiche che appaiono giuridicamente rilevanti: è il caso della *Parental Alienation Syndrome* (cd. PAS).

La “sindrome” da alienazione parentale è stata definita come un «disturbo infantile» che si manifesta quasi esclusivamente a seguito di controversie sulla custodia dei figli.

La sua rappresentazione primaria si apprezza nella denigrazione di un genitore – definito “alienato” – da parte del figlio minore ad esito di una condotta “alienante” dell’altro genitore⁴. Trattasi essenzialmente di una figura enucleata dalla psicologia moderna⁵ per identificare una “patologia” che affligge un soggetto minore in dipendenza di comportamenti manipolatori di un genitore, finalizzati ad escludere l’altro – “alienato” – dalla dinamica familiare.

La tipizzazione di tali condotte e l’intelaiatura della sindrome da alienazione parentale non è una novità nella comunità scientifica e nella regolazione delle controversie che coinvolgono minori.

E infatti, come nel celebre romanzo di Tolstoj, la felicità familiare è spesso più idealizzata che realmente vissuta, nel senso cioè che la speciale unica contiguità affettiva e psicologica che si dà, all’interno delle compagini familiari, tra gli individui che la compongono (si tratti di coniugi/compagni o di genitori/figli) si traduce sovente nello strumento o per lo meno nella fonte di una condizione di estrema vulnerabilità sotto il profilo emotivo piuttosto che nel volano della loro emancipazione.

Invero, il primo e principale teorico della PAS⁶ riscontrava tale “patologia” in contesti di conflittualità tra genitori, nello specifico in caso di separazioni o divorzi caratterizzati da rapporti litigiosi; in tale tessuto relazionale ciò che emergeva era – a detta dello psicologo – un rifiuto ingiustificato del figlio (minore) ad intrattenere rapporti con il genitore cd. “alienato”.

Nondimeno, il riconoscimento di questa patologia da parte della comunità scientifica ha destato non poco dibattito, essendosi da ultimo affermato che l’esclusione e l’alienazione di un genitore non corrisponda ad una sindrome né ad un disturbo psichico individuale definito, quanto piuttosto che debba identificarsi quale «disturbo relazionale» che influisce negativamente sullo sviluppo del minore; vi sarebbe cioè un concorso di colpe di ogni membro della famiglia che – ciascuno con le proprie responsabilità – contribuisce al manifestarsi del “disordine”⁷.

⁶ Lo psichiatra statunitense R.A. Gardner classificò per primo, nel 1985, le “manipolazioni” attuate dal genitore affidatario finalizzate a denigrare il genitore “alienato” e produttive della cd. *Parental Alienation Syndrome* (PAS) nel minore conteso.

⁷ La PAS non risulta inserita tra le psicopatologie riconosciute a livello mondiale. In ambito nazionale il Ministero della Salute con una nota del 29 maggio 2020 ha risposto ad una interrogazione parlamentare (n. 4-02405) precisando che l’ascientificità della PAS – dovuta alla mancanza di dati a sostegno – ha indotto l’Istituto Superiore di Sanità (ISS) a ritenere infondato il riferimento ad una “sindrome” come ad una costellazione di sintomi che caratterizzano il disagio del minore; piuttosto, mentre la proposta dello studioso statunitense W. Bernet (durante un *working committee* del DSM-5) di inserire la PAS tra le sindromi riconosciute non è stata accolta, si è ritenuto che la stessa rappresenti un “disturbo del comportamento relazionale” – grave fattore di rischio evolutivo per lo sviluppo psicologico e affettivo del minore – rientrante tra i problemi relazionali definiti dal DSM-5 come “modelli persistenti e disfunzionali di sentimenti, comportamenti e percezioni che coinvolgono due o più partner in un importante rapporto personale” (cfr. nota del Ministero della Salute del 29 maggio 2020). A ulteriore riprova delle incertezze che pervadono tale materia, non mancano contributi scientifici che sottolineano la inopportunità di operare

¹ Così l’articolo 29 della Costituzione. Le relazioni familiari sono però regolate anche da principi fondamentali di rango costituzionale, europeo ed internazionale: basti dire dell’articolo 2 Cost. nonché degli articoli 8, 11, 12 CEDU.

² Sulla famiglia quale rapporto giuridico non patrimoniale si rinvia a R. SENIGAGLIA, *Famiglia e rapporto giuridico*, in *Giust. civ.*, 2019, 97 ss.

³ Si rinvia a R. SENIGAGLIA, *Famiglia e rapporto giuridico*, op. loc. ult. cit.

⁴ R.A. GARDNER, *The Parental alienation syndrome. Recent Trends in divorce and custody litigation*, *The American of Psychoanalysis and dynamic Psychiatry*, Cresskill (NJ), 1985, 3-7.

⁵ Il momento di importazione in Italia di tale teoria si identifica nella pubblicazione dell’articolo I. BUZZI, *La sindrome di alienazione parentale*, in V. CIGOLI, G. GULOTTA, G. SANTI (a cura di), *Separazione, divorzio ed affidamento dei figli*, 2ª ed., Milano, 1997, 177-187.





La comunità scientifica pare attualmente orientata nel senso di ritenere l'alienazione parentale⁸ una problematica da inserire nel *continuum* di relazioni conflittuali all'interno della famiglia – sia nella fase fisiologica che patologica del *vinculum* – di cui la “sintomatologia” può costituire l'esito finale di interazioni e processi relazionali ostili⁹.

In pratica, patologia o meno, la condotta “alienante” del genitore comporta un pregiudizio grave per il minore, riconducibile a dinamiche familiari disfunzionali e possibile preludio di un danno valutabile ai fini di una pronuncia giudiziale¹⁰. Quanto dire, quindi, dell'essere la PAS una situazione di fatto che impatta (negativamente) sui componenti del consorzio familiare e si impone quindi alla lente del diritto.

2. Il quadro giurisprudenziale: la PAS e la valutazione dell'idoneità genitoriale.

Invero, l'esperienza giurisprudenziale è un chiaro esempio della tendenza ad un utilizzo distorto della suddetta sindrome poiché il suo impiego è spesso funzionale alla risoluzione di controversie in materia di capacità, meglio idoneità, genitoriale¹¹; il

punto nevralgico è – quasi sempre – da rinvenirsi nel valore da attribuire alla consulenza tecnica d'ufficio che riscontri una sindrome da alienazione parentale nel minore (s)oggetto di contesa tra i genitori¹²: è frequente che in materia di affidamento dei figli minori il giudice sia investito della (tipica) fattispecie in cui il genitore collocatario – da ricondurre alla figura del soggetto “alienante” – ponga in essere dei comportamenti che, finalizzati all'esclusione dalla vita familiare del genitore alienato, vengano astrattamente identificati quali produttivi di una PAS e, per tale ragione, ritenuti giustificativi di una modifica delle modalità di affidamento.

A partire dal caso cd. del “bambino di Cittadella”¹³, la Corte di Cassazione ha mantenuto un *trend* piuttosto costante nell'approccio alla PAS, sebbene siano state utilizzate diverse formule nella valutazione del fenomeno: l'esistenza della sindrome non veniva esclusa dal punto di vista scientifico ma i giudici di legittimità tentavano di escludere dalle aule giudiziarie le meditazioni sulla PAS o quantomeno di contenere una prospettiva adultocentrica tendente alla «estromissione del minore dalle vicende processuali»¹⁴.

Da ultimo, la Suprema Corte richiedeva una verifica del fondamento della consulenza eventualmente prestata nonché della veridicità dei fatti rite-

con riferimento alla PAS in ambito giuridico, nonostante si rinvenivano proposte di riconoscimento dell'alienazione parentale quale patologia mentale ovvero problematica di tipo relazionale; cfr. sul tema C. CASALE, *Coniugi separati e litigiosi, la PAS e la Suprema Corte*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1, 2019.

⁸ Si rinvia a A. MAZZEO, *Il problema della cosiddetta alienazione parentale: breve ricognizione storica e analisi della situazione attuale*, in G. CASSANO, P. CORDER, I. GRIMALDI (a cura di), *L'alienazione parentale nelle aule giudiziarie*, Milano, 2018, 165 ss.

⁹ Per una ampia disamina del fenomeno e dei risvolti in materia giuridica si rinvia a G. CASSANO, *Il minore nel conflitto genitoriale*, Milano, 2016.

¹⁰ È stato sottolineato il legame della PAS – comunque intesa – con l'ambito della consulenza forense; in tal senso si rinvia a L. PERULLI, *Ragioni a sostegno dell'esistenza scientifica dell'alienazione genitoriale quale distorsione relazionale tra genitore e figlio*, in G. CASSANO (a cura di), *Il minore nel conflitto genitoriale*, Milano, 2016, secondo cui la alienazione parentale è esplicitazione di «casi di osservazione quasi esclusiva degli esperti, professionisti di psicologia sociale e giuridica». Si veda inoltre E. PERUZZI, *L'affidamento condiviso nell'ottica della tutela del minore*, in G. CASSANO (a cura di), *Il minore nel conflitto genitoriale*, Milano, 2016, 71.

¹¹ Trib. Brescia, sez. III civile, 22 marzo 2019, n. 815; Trib. Castrovillari, 27 luglio 2018, n. 728; Trib. di Milano, 9-11 marzo 2017; Trib. Bergamo, 4 novembre 2016, n. 3101; Trib. Cosenza, sez. II civile, 29 luglio 2015, n. 778; Trib. di Milano, 13 ottobre 2014; Trib. Messina 5 aprile 2007, n. 597, Trib. Alessandria 24 giugno 1999 n. 318; i giudici di legittimità si sono espressi più volte sul tema, si vedano, *ex multis*, Cass. 25 agosto 2005, n. 17324; Cass., 3 febbraio 2012, n. 1652; Cass. 8 marzo 2013, n. 5847; Cass. 20 marzo 2013, n. 7041; Cass. 8 aprile 2016, n. 6919; Cass. 28 settembre 2017, n. 22744; Cass.

16 maggio 2019, n. 13274; Cass. 16 dicembre 2020, n. 28723. Per una ricostruzione delle prime fasi dell'avvento della PAS si rimanda a M. CORRIERE, *L'alienazione parentale nella giurisprudenza civile*, in G. B. CAMERINI, M. PIGNITORE, G. LOPEZ (a cura di), *Alienazione Parentale: Innovazioni cliniche e giuridiche*, Milano, 2016, 146-160. Il medesimo contributo fornisce una panoramica completa della principale giurisprudenza di merito relativa alla PAS.

Si rimanda inoltre a I. GRIMALDI, *L'ingresso della PAS nelle aule giudiziarie: incidenza, posizioni giurisprudenziali, conseguenze*, in G. CASSANO, P. CORDER, I. GRIMALDI (a cura di), *L'alienazione parentale nelle aule giudiziarie*, Milano, 2018, 131-160.

¹² Sulla fisionomia che la consulenza tecnica è andata nel tempo acquisendo nel contesto del processo si veda M. LAGAZZI, *La consulenza tecnica in tema di affidamento del minore: dalla valutazione alla “clinica forense”*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE, V. TAGLIAFERRI (a cura di), *Il nuovo Diritto di famiglia*, I, Milano, 2015, 983 ss. in cui si sottolinea la recente tendenza al «passaggio dalla funzione valutativa ad una funzione trasformativa della c.t.u. (...) basata sul progetto piuttosto che sulla diagnosi». Si rinvia inoltre, sullo stesso tema, a F. DANOVÌ, *Tutela del minore e tecnica processuale nella c.t.u. psicodiagnostica*, in *Fam. dir.*, 2019, 819 ss.

¹³ Cass. 20 marzo 2013, n. 7041 cit. con nota di C. CICERO, *Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 3, I, 2013, 859 ss.

¹⁴ Così I. GRIMALDI, *La PAS all'interno del conflitto genitoriale. Incidenza, posizioni giurisprudenziali e conseguenze*, in G. CASSANO (a cura di), *Il minore nel conflitto genitoriale*, Milano, 2016, 135.

nuti produttivi della sindrome¹⁵: se da un lato non veniva espressamente esclusa la sussistenza della PAS, dall'altro si precisava la necessità che il giudice di merito accertasse l'attendibilità in fatto dei comportamenti integranti la sindrome *de qua* sufficienti a motivare una ipotetica modifica delle modalità di affidamento, a prescindere dal giudizio astratto sulla validità o invalidità scientifica della "patologia"; nondimeno, si è evidenziato che tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e ad una crescita equilibrata e serena¹⁶.

È evidente che i giudici di legittimità abbiano voluto insistere sulla non pertinenza del profilo relativo al giudizio di scientificità della PAS, ritenendo che la *ratio decidendi* debba comunque prescindere dalla astratta validità della sindrome¹⁷.

D'altro canto, la giurisprudenza della Corte EDU – sebbene non si sia espressa in tema di PAS – si è più volte pronunciata sulle modalità di custodia e

affidamento dei minori nel conflitto genitoriale e, in particolare, sull'esercizio del diritto di visita del genitore non convivente¹⁸, stabilendo che il *best interest of the child*¹⁹ ascende a valore apicale e costituisce al tempo stesso obiettivo e limite delle scelte che investono i genitori prima e l'autorità giudiziaria poi²⁰.

La linea seguita dalla giurisprudenza europea si incardina pertanto sul principio del «superiore», «prevalente», «prioritario», «esclusivo» interesse del fanciullo²¹; principio che radica «il senso di ogni previsione normativa, di ogni decisione giudiziaria, di ogni provvedimento amministrativo relativo a minori nella concreta e reale, unica e irripetibile vicenda esistenziale di ciascuno di essi quale persona portatrice di proprie esigenze, bisogni, idealità, aspirazioni da soddisfare, allo scopo di scongiurare il rischio che la promozione del suo interesse possa divenire l'ennesimo espediente per l'affermazione dell'interesse degli adulti»²².

In tale peculiare prospettiva – in cui l'interesse assume connotati di un diritto della personalità

¹⁵ Cass. 8 aprile 2016, n. 6919 cit.; Cass. 16 maggio 2019, n. 13274 cit.

¹⁶ A prescindere dalle obiezioni sollevate dalle parti, qualora la c.t.u. presenti delle devianze dalla scienza medica ufficiale (come avviene nell'ipotesi in cui sia formulata la diagnosi di sussistenza della "sindrome da alienazione parentale") il giudice del merito, ricorrendo alle proprie cognizioni scientifiche (Cass. n. 11440/1997) oppure avvalendosi di idonei esperti, è comunque tenuto a verificarne il fondamento (Cass. n. 1652/2012; Cass. n. 17324/2005). La Suprema Corte ha osservato che, in tema di affidamento dei figli minori, il giudizio prognostico che il giudice, nell'esclusivo interesse morale e personale della prole, deve operare circa le capacità dei genitori di crescere ed educare il figlio – a seguito della disgregazione della famiglia – va formulato tenendo conto del modo in cui i genitori hanno precedentemente svolto i propri compiti, delle rispettive capacità di relazione affettiva, nonché della personalità del genitore, delle sue consuetudini di vita e dell'ambiente sociale e familiare che è in grado di offrire al minore, fermo restando in ogni caso il rispetto del principio della bigenitorialità, da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, i quali hanno il dovere di cooperare nella sua assistenza, educazione ed istruzione (Cass. n. 18817/2015; Cass. n. 22744/2017). Nella pronuncia n. 6919/2016, la Corte ha inoltre affermato il seguente principio di diritto: «in tema di affidamento di figli minori, qualora un genitore denunci comportamenti dell'altro genitore, affidatario o collocatario, di allontanamento morale e materiale del figlio da sé, indicati come significativi di una PAS (sindrome di alienazione parentale), ai fini della modifica delle modalità di affidamento, il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità in fatto dei suddetti comportamenti, utilizzando i comuni mezzi di prova, tipici e specifici della materia, incluse le presunzioni, ed a motivare adeguatamente, a prescindere dal giudizio astratto sulla validità o invalidità scientifica della suddetta patologia, tenuto conto che tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena».

¹⁷ Cass. 28 settembre 2017, n. 22744 cit.

¹⁸ Corte EDU 17 novembre 2015, *Bondavalli c. Italia*; Corte EDU 2 novembre 2010, *Piazzi c. Italia*; Corte EDU 13 marzo 2007, def. 13 giugno 2007, *V.A.M. c. Serbia*; Corte EDU 30 giugno 2005, *Bove c. Italia*; Corte EDU 16 dicembre 2003, def. 16 marzo 2004, ric. n. 64927/01, *Palau Martinez c. Francia*; Corte EDU 27 giugno 2000, *Nuutinen c. Finlandia*; Corte EDU 21 dicembre 1999, def. 21 marzo 2000, ric. n. 33290/96, *Salgueiro De Silva Mouta c. Portogallo*. Il consolidato orientamento della Corte EDU ritiene che il diritto al rispetto della vita familiare – garantito dall'art. 8 CEDU – comporti per ciascuno Stato contraente l'obbligo di attivarsi in maniera tale da consentire il normale sviluppo dei legami familiari (si veda già Corte EDU, 18 dicembre 1986, *Johnston c. Irlanda*). Riguardo ai rapporti tra genitori e figli minori, la Corte ha precisato che costituisce elemento fondamentale della vita familiare il godimento da parte del genitore e del figlio della reciproca compagnia: v. Corte EDU 24 marzo 1988, *Olsson (I) c. Svezia*; 7 agosto 1996, *Johansen c. Norvegia*; 24 febbraio 1995, *McMichael c. Regno Unito*; 17 luglio 2002, *P.C. e S. c. Regno Unito*.

¹⁹ Articolo 3 della Convenzione Onu sui diritti del fanciullo, approvata a New York il 20 novembre 1989. Sul *best interest of the child* v. tra gli altri: P. ALSTON (a cura di), *The Best Interests of the Child. Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford-New York, 1994; C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interest of the child»*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 986 ss.; M. FREEMAN, *Article 3. The Best Interests of the Child*, Leiden-Boston, 2007; inoltre, cfr. SUTHERLAND-BARNES MACFARLANE (a cura di), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child. Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge, 2016.

²⁰ V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 405.

²¹ Così l'art. 57, 1° co., n. 2, l'art. 11, 1° co., l'art. 25, 5° co., l'art. 33, 4° co., l. n. 184/1983; l'art. 155-*quater*, 1° co., c.c.; l'art. 337-*sexies*, 1° co., c.c.; l'art. 317-*bis*, 2° co., c.c.; l'art. 337-*ter*, 2° co., c.c.

²² Così V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, op. cit.; v. Trib. La Spezia, 7 aprile 2020 in *Dejure*.





pronto a declinarsi nelle più svariate forme – si apprezza maggiormente la posizione preminente che occupa il *best interest* quale baluardo della stessa “realizzazione” del minore. Ossia, dalla copertura costituzionale di tale interesse²³ – che permette una valutazione delle singole fattispecie alla luce della primaria rilevanza da riconoscere al minore – discende che nell’equilibrio e nella proporzione tra le diverse posizioni che si scontrano in un contesto di conflittualità genitoriale dovrà sempre tendersi ad una prevalente considerazione del medesimo, in quanto nessun interesse concorrente potrà porsi in contrasto con il – superiore – diritto del minore²⁴. E nella valutazione di quest’ultimo si evidenzia come abbia assunto un ruolo decisivo e fondamentale l’ascolto – non già “audizione” – del fanciullo²⁵: principio generale preesistente alla norma²⁶ e «mo-

dalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del diritto fondamentale del minore ad essere informato ed esprimere la propria opinione e le proprie opzioni nei procedimenti che lo riguardano, [...] uno degli strumenti di maggiore incisività al fine del conseguimento dell’interesse del medesimo»²⁷.

È ormai pacifico che si sia in presenza di un vero e proprio diritto soggettivo e processuale²⁸, da escludersi «solo quando esso sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori del fanciullo»²⁹ con la conseguenza che, ove il giudice ritenga di non procedere all’ascolto dello stesso, la «mancanza di un’esplicita motivazione al riguardo determina la

²³ Artt. 2, 3, 30 Cost.; artt. 19, 1° co., 27, 1° co., 29 1° co., lett. a e 32, 1° co., Convenzione Onu sui diritti del fanciullo.

²⁴ G. CORAPI, *La tutela dell’interesse superiore del minore*, in *Dir. succ. fam.* 2017, 793, ritiene a tal proposito che il *best interest of the child* consente alla giurisprudenza di colmare vuoti di tutela; epperò una nozione indeterminata – come quella del superiore interesse del minore – si presta ad interpretazioni fortemente influenzate da fattori esterni.

²⁵ Cass., Sez. I, 16 maggio 2019, n. 13274 con nota di G. A. POLIZZI, *Consulenze tecniche devianti dalla scienza medica: il caso della PAS, in Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2020, 1295 ss. L’ascolto del minore deve considerarsi un diritto soggettivo e processuale del medesimo: si veda Cass., Sez. I, 7 ottobre 2014, n. 21101, in *Foro it.*, I, 2014, secondo cui «con la l. n. 219 del 2012, (...) il diritto del minore di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano è stato ribadito in via generale, e (...), con il decreto legislativo n. 154 del 2013, il principio in esame ha trovato ulteriori esplicazioni ed articolazioni nelle specifiche procedure riguardanti i minori». Inoltre, Cass. civ., sez. I, 26 marzo 2015, n. 6129, afferma che «[l]’ascolto costituisce una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del diritto fondamentale del minore ad essere informato ed esprimere la propria opinione e le proprie opzioni nei procedimenti che lo riguardano, costituendo tale peculiare forma di partecipazione del minore alle decisioni che lo investono uno degli strumenti di maggiore incisività al fine del conseguimento dell’interesse del medesimo». In dottrina, si rimanda a R. DONZELLI, *L’ascolto del minore come situazione processuale partecipativa attenuata*, in A. BRIGUGLIO, R. MARTINO, A. PANZAROLA, B. SASSANI (a cura di), *Scritti in onore di Nicola Picardi*, II, Pisa, 2016, 961 ss.; L. QUERZOLA, *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna, 2010, 49 ss.; A. GRAZIOSI, *Ebbene sì: il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*, in *Fam. e dir.*, 2010, 364 ss.; G. FACCHINI, *L’ascolto del minore*, in AA.VV., *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l’affidamento condiviso*, G. OBERTO (a cura di), Padova, 2007, 137 ss.; F. RUSCELLO, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Famiglia*, 2002, 933 ss.; A. DELL’ANTONIO, *Ascoltare il minore. L’audizione dei minori nei procedimenti civili*, Milano, 1990, *passim*; G. SERGIO, *L’ascolto del minore e la giustizia*, in *Fam. e dir.*, 1999, 590 ss.

²⁶ Il *best interest of the child*, inteso quale riconoscimento di una posizione preminente del minore nella relazione familiare, si è tradotto nella introduzione nel codice civile di disposizioni il cui fondamento è da rinvenirsi nell’importanza dell’ascolto del minore (si veda l’art. 155-sexies c.c. e poi, in seno al gene-

rale intervento della l. n. 219/2012 e del d.lgs. n. 54/2013, gli artt. 315, 336-bis e 337-octies c.c.).

²⁷ Così Cass. civ., sez. I, 26 marzo 2015, n. 6129, in *Foro it.*, I, 2015, p. 1543. A livello sovranazionale si richiamano l’art. 12 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, l’art. 3 della Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e l’art. 24, n. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. La necessità di procedere all’ascolto del minore veniva già sottolineata a livello giurisprudenziale; v. Corte cost. 16 gennaio 2002, n. 1, in G.U. II Serie speciale 6 febbraio 2002, n. 6 che riteneva la disposizione dell’art. 12 della citata Convenzione di New York come «ormai entrata nell’ordinamento [ed] idonea ad integrare – ove necessario – la disciplina dell’art. 336, secondo comma, cod. civ., nel senso di configurare il minore come “parte” del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti»; Cass., S.U., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, I, 2010, c. 903 segnalava come «necessaria l’audizione del minore del cui affidamento deve disporsi, salvo che tale ascolto possa essere in contrasto con i suoi interessi fondamentali e dovendosi motivare l’eventuale assenza di discernimento dei minori che possa giustificare l’omesso ascolto». Continuava la Corte affermando che «l’audizione dei minori nelle procedure giudiziarie che li riguardano e in ordine al loro affidamento ai genitori [fosse] divenuta comunque obbligatoria con l’art. 6 della Convenzione di Strasburgo sull’esercizio dei diritti del fanciullo del 1996, ratificata con la l. n. 77/2003, per cui ad essa [dovesse] procedersi, salvo che [potesse] arrecare danno al minore stesso, come risulta dal testo della norma sovranazionale e dalla giurisprudenza di questa Corte».

²⁸ In Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 2014, n. 21101, in *Foro it.*, I, 2014, c. 3077 «con la l. n. 219 del 2012, [...] il diritto del minore di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano è stato ribadito in via generale, e [...], con il decreto legislativo n. 154 del 2013, il principio in esame ha trovato ulteriori esplicazioni ed articolazioni nelle specifiche procedure riguardanti i minori». Con Cass. civ., sez. I, 26 marzo 2015, n. 6129, cit. si afferma che «[l]’ascolto costituisce una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del diritto fondamentale del minore ad essere informato ed esprimere la propria opinione e le proprie opzioni nei procedimenti che lo riguardano, costituendo tale peculiare forma di partecipazione del minore alle decisioni che lo investono uno degli strumenti di maggiore incisività al fine del conseguimento dell’interesse del medesimo». In dottrina si rimanda a R. DONZELLI, *L’ascolto del minore come situazione processuale partecipativa attenuata*, op. cit., 961 ss.

²⁹ Così Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 2014, n. 21101.

nullità del procedimento per omessa ingiustificata audizione»³⁰.

In particolare, in materia di PAS la Suprema Corte si è espressa recentemente circa il diritto di ascolto del minore nei seguenti termini: «il tempo trascorso dall'audizione del minore e la stessa violazione del principio di bigenitorialità non [può] comportare la soppressione “ad ogni costo” della volontà del minore ultradodicescenne»³¹. Si impone pertanto, alla luce della scelta del legislatore (frutto di una visione “minorecentrica”), un dovere del giudice di considerare l'ascolto del minore come essenziale nei provvedimenti che – anche indirettamente – lo riguardano, salvo il caso in cui il coinvolgimento risulti esso stesso controproducente.

Invero, l'audizione (i.e. ascolto) costituisce soltanto uno dei centri di interesse ravvisabili in simili fattispecie: ci si è soprattutto interrogati circa il ruolo da attribuire ai consulenti nei procedimenti di affidamento dei figli e la effettiva incidenza della PAS nelle scelte riguardanti il fanciullo³².

3. Il caso di specie: la PAS e l'affido cd. “super-esclusivo”.

La decisione in commento³³ si inserisce nell'ambito di un giudizio circa l'esercizio della responsabilità genitoriale, ad esito del quale la Corte d'appello – sulla scorta di due c.t.u. che avevano diagnosticato una PAS scaturente da comportamenti ostativi della madre – aveva stabilito l'affido “super-esclusivo” della figlia minore al padre.

I giudici di legittimità sottolineano che, pur in presenza di condotte di un genitore finalizzate ad impedire che l'altro incontri il figlio minore (lesive quindi del diritto di quest'ultimo alla bigenitorialità) debba considerarsi la possibilità di intraprendere un percorso di effettivo recupero delle capacità genitoriali, «scevro da pregiudizi originati da postulate e non accertate psicopatologie con crismi di scientificità».

³⁰ Così Cass. civ., sez. I, 13 dicembre 2018, n. 32309. In dottrina v. M. SESTA, A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in SCHLESINGER (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale, La crisi della famiglia*, Milano, 2016, 129. Inoltre, secondo altra tesi la mancata audizione genera un vizio di minore gravità (nullità relativa), deducibile ad istanza di parte a supporto di istanza di revisione o di modificazione del provvedimento assunto. In merito si veda anche Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9633, in *Foro it.*, I, 2015, p. 3161.

³¹ Così Cass., 16 maggio 2019, n. 13274 cit.

³² G. A. POLIZZI, *Consulenze tecniche devianti dalla scienza medica: il caso della PAS*, op. cit.

³³ Cass., Sez. I Civ., ord. 17 maggio 2021 n. 13217.

In mancanza di irrecuperabili carenze d'espressione delle capacità genitoriali, un giudizio esclusivamente incentrato sul disvalore attribuito all'asserita PAS non può quindi ritenersi giustificativo di una modifica delle modalità di affidamento, dovendosi altresì considerare il profilo afferente alle conseguenze sul minore del cd. “super-affido”³⁴.

Il ragionamento della Corte si incardina su un principio che – soprattutto in materia di affidamento dei minori – ha assunto un ruolo decisivo nella soluzione di controversie che, anche trasversalmente, incidono sul rapporto genitore-figlio: il diritto alla bigenitorialità.

Sin dalla «decisa inversione del rapporto regolazione [per cui] l'affidamento condiviso [è stato innalzato] a tipologia preferenziale [...] mentre l'affidamento esclusivo [è stato] degradato a fattispecie residuale»³⁵ il diritto dei figli alla bigenitorialità ha trovato una esplicita copertura di diritto positivo³⁶. Quest'ultimo ben può essere considerato la traduzione in materia di rapporti affettivi del *best interest* del minore: un equilibrato sviluppo della personalità del fanciullo è condizionato dalla «rete di relazioni familiari che lo rendono complice di tutta una fitta serie di legami significativi essenziali»³⁷. E in quest'ottica, i giudici di legittimità hanno più volte ribadito – nella consapevolezza che quello alla bigenitorialità sia un diritto costituzionalmente protetto (sia del genitore sia del minore) – che la presenza di entrambi i genitori nella vita del

³⁴ Il terzo comma dell'articolo 337-*quater* c.c. recita: «Il genitore cui sono affidati i figli in via esclusiva, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori. Il genitore cui i figli non sono affidati ha il diritto ed il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse».

³⁵ Così M. SESTA, A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, op. cit., 40 sulla inversione attuata dalla l. n. 54/2006; v. inoltre sul tema L. BALESTRA, *La crisi del matrimonio*, in G. AMADIO, F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile*, II, Bologna, 2014, 646.

³⁶ In verità si ritiene che il principio *de quo* abbia trovato un ingresso normativo nell'ordinamento italiano sin dalla l. n. 179/1991 di ratifica della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (stipulata il 20 novembre 1989). Quest'ultima all'articolo 9, n. 3 stabiliva: «Gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo».

³⁷ E.W. DI MAURO, *Il diritto di visita del genitore non collocatario in periodo di pandemia. Il bilanciamento dei diritti fondamentali e il miglior interesse del minore*, in *Diritto della famiglia e delle successioni*, 1, 2021.





figlio sia (necessaria) garanzia di una esistenza stabile³⁸.

Sulla base di un tessuto normativo denso di esempi che confermano la assoluta centralità del minore nel rapporto familiare³⁹, in tema di affidamento dei figli la Suprema Corte ha ribadito che «il giudizio prognostico che il giudice, nell'esclusivo interesse morale e materiale della prole deve operare circa le capacità dei genitori, va formulato tenendo conto, in base ad elementi concreti, del modo in cui i genitori hanno precedentemente svolto i propri compiti, delle rispettive capacità di relazione affettiva, nonché della personalità del genitore, delle sue consuetudini di vita e dell'ambiente sociale e familiare che è in grado di offrire al minore, fermo restando il rispetto del principio della bigenitorialità»⁴⁰. I giudici di legittimità in particolare si esprimevano su una controversia in cui – a supporto della incapacità genitoriale – veniva paventata una PAS; senza dare giudizi sulla validità o invalidità delle teorie scientifiche, la Corte scavalcava la “sindrome” ribadendo la necessità di valutare l'idoneità genitoriale alla luce del diritto alla bigenitorialità del minore⁴¹.

In tale ottica, la valutazione dell'interesse del minore – che funge da criterio esclusivo di orientamento nelle scelte giudiziarie che lo riguardano – non può prescindere dall'apprezzamento del diritto

alla bigenitorialità che, si ne rappresenta la proiezione, ma deve ricevere in sede giudiziale una “autonoma” considerazione⁴².

4. Riconducibilità delle condotte scaturenti la asserita PAS nella fattispecie (tipica) dell'illecito endofamiliare.

Senonché, ribadito che l'esistenza o meno della patologia non risulta essenziale nella valutazione delle condotte antigiusdiche dei singoli – perlomeno in tale sede – va segnalato che i comportamenti ritenuti rilevanti per la diagnosi di una PAS sono astrattamente riconducibili a dinamiche familiari disfunzionali e che, dunque, la situazione di fatto – abbandonata la erronea prospettiva adultocentrica – può determinare conseguenze negative per il figlio, per così dire, “conteso” tra i genitori.

Più che il fondamento scientifico della PAS, ciò che viene in risalto in simili fattispecie è – focalizzando l'attenzione sul minore alla luce del *best interest of the child* – la lesione da parte del genitore ritenuto “alienante” del diritto alla bigenitorialità del figlio: si è dunque in presenza di un illecito endofamiliare⁴³.

³⁸ Si veda, *ex multis*, Cass., 10 dicembre 2018, n. 31902, in *Famila.it*, 2019.

³⁹ A titolo esemplificativo si veda l'articolo 337-*quater* c.c. che, nel prevedere la possibilità che il giudice disponga l'affidamento del figlio ad uno solo dei genitori, precisa la necessità in tal caso di un provvedimento motivato che – ritenendo l'affidamento congiunto contrario all'interesse del minore – giustifichi tale scelta, da considerarsi pur sempre eccezionale. Si precisa, inoltre, che il giudice dovrà non soltanto motivare “in negativo” sulla idoneità educativa – nonché sulla manifesta carenza – del genitore non affidatario, ma anche sulla idoneità del genitore cui verrà affidato in via esclusiva il minore (Cass. civ., 7 dicembre 2010, n. 24841). V. *ex multis* Trib. di Milano, ord. 20 marzo 2014 ex art. 708 c.p.c. con cui il giudice aveva disposto l'affido “super esclusivo” del minore alla madre, prevedendo in tal senso un «affidamento monogenitoriale di tipo “blindato” in favore della madre. Nel caso di specie, il marito inglese, oltre ad essere tornato a Londra e ad aver violato l'obbligo di mantenimento, aveva minacciato la moglie di portare via il figlio se costei non avesse aderito alle sue richieste, dimostrando così di usare il minore come “argomento di scambio” nell'ambito del conflitto di copia. Ne era emersa una figura paterna totalmente inidonea alla genitorialità, tale da giustificare l'affidamento ad un solo genitore» (così I. GRIMALDI, *Affidamento e collocamento dei minori: profili normativi e giurisprudenziali*, in G. CASSANO, P. CORDER, I. GRIMALDI (a cura di), *L'alienazione parentale nelle aule giudiziarie*, Milano, 2018, 81 ss.).

⁴⁰ Cass. civ., 8 agosto 2016, n. 6919.

⁴¹ I. GRIMALDI, *L'ingresso della PAS nelle aule giudiziarie: incidenza, posizioni giurisprudenziali, conseguenze*, in G. CASSANO, P. CORDER, I. GRIMALDI (a cura di), *L'alienazione parentale nelle aule giudiziarie*, Milano, 2018, 131 ss.

⁴² C. VALENTE, *Interesse del minore e bigenitorialità v. legislazione emergenziale: riflessione sui recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Juscivile*, 5, 2020, 1340.

⁴³ Per una completa ricognizione del fenomeno si rinvia a L. GAUDINO, *Paternità, obblighi, responsabilità: il risarcimento del danno per lesione del diritto al rapporto parentale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 607; M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. dir.*, 2017, 289; G. ANZANI, *Illeciti tra familiari e adattamento della responsabilità civile: la responsabilità da ingiustizia in una relazione qualificata*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 597; A. C. NAZZARO, *Danno endofamiliare e danni nei rapporti tra familiari*, in *Giust. civ.*, 2016, 827; A. THIENE, *Figli, finzioni e responsabilità civile*, in *Fam. dir.*, 2016, 241; A. MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1220; F. DANOVI, *Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 293; C. FAVILLI, *I danni tra conviventi nel bilanciamento tra libertà e solidarietà*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 2086; G. F. BASINI, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. il danno «endofamiliare» tra coniugi*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 95; G. FACCI, *Il danno da adulterio arriva in cassazione*, in *Fam. dir.*, 2012, 257; E. CAMILLERI, *Violazioni dei doveri familiari, danno non patrimoniale e paradigmi risarcitori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2012, 431; L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Torino, 2013, 67 ss. Tra gli studi che hanno dedicato particolare attenzione al tema si rinvia a E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, in *Europa dir. priv.*, Milano, 2010; G. FERRANDO, *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, G. VISINTINI (diretto da), I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, 393; L. GAUDINO, *La responsabilità civile endofamiliare*, ivi, 2008, 1238; T. MONTECCHIARI, *Violazione dei doveri familiari e risarcimento*

Trattasi di quella categoria autonoma di condotte, di per sé integranti violazioni di doveri “propri” della relazione familiare, la cui natura giuridica ha destato particolare interesse: prima, relativamente alla configurabilità o meno di una responsabilità da illecito endofamiliare e, poi, circa il carattere della responsabilità eventualmente riconosciuta in capo al congiunto che pone in essere la condotta che si assume potenzialmente lesiva⁴⁴.

Volendo considerare il caso in commento⁴⁵ – esemplificativo della prassi di richiamare nelle aule giudiziarie la PAS quale “prova” di incapacità genitoriale – è possibile individuare dei tratti astrattamente riconducibili alla (tipica) fattispecie del danno intrafamiliare: la madre della minore, al fine di impedire l’incontro della figlia con il padre, aveva posto in essere delle condotte ritenute «gravi» dalla stessa Corte.

Nell’ipotesi in cui la (necessaria) valutazione del caso concreto facesse emergere l’integrazione dei presupposti richiesti ai fini della configurabilità di un illecito endofamiliare, la madre della minore sarebbe allora tenuta al risarcimento del danno nei riguardi della figlia (ovvero, del genitore “alienato”).

È dunque doveroso richiamare i tratti essenziali dell’illecito intrafamiliare, in cui il *genus* danno endofamiliare deve essere ripartito in due *species*, ossia il danno relativo al rapporto di coniugio/unione e il danno relativo al rapporto genitoriale, ed (eventualmente) ricondurre la fattispecie tipica da cui si fa tradizionalmente discendere una PAS alla (più coerente) categoria della responsabilità da illecito.

4.1. Segue. La tutela (risarcitoria) del minore coinvolto in una crisi della compagine familiare nella pendenza di un giudizio: articolo 709-ter c.p.c.

del danno, Napoli, 2008; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa dir. priv.*, 4, 2008, 929; M. SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008; M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 2005; G. CASSANO, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale. Il risarcimento del danno non patrimoniale all’interno della famiglia*, Padova, 2006; A. FRACCON, *La responsabilità civile fra coniugi: questioni generali e singole fattispecie*, in CENDON (a cura di), *Tratt. resp. civ. pen. in famiglia*, Padova, 2004, 2801; R. PARTISANI, *Sulla risarcibilità del danno cagionato in violazione dell’obbligo di fedeltà coniugale*, in *Resp. comunic. impr.*, 2003, p. 87; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 605; S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984.

⁴⁴ E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European Tort Law*, op. cit., p. 189.

⁴⁵ Cass., Sez. I Civ., ord. 17 maggio 2021 n. 13217.

Ciò premesso, la fattispecie in esame – fermo restando che quello riconducibile alla PAS è (in astratto) comportamento riferibile alla responsabilità civile in ambito familiare di cui meglio si dirà infra – sembra presentare i presupposti richiesti per quella tipica tutela (risarcitoria) del minore coinvolto in una crisi della compagine familiare, nella pendenza di un giudizio⁴⁶: si fa, precisamente, riferimento al dispositivo rimediato regolato dall’articolo 709-ter c.p.c.

Introdotta nel 2006⁴⁷ da una legge che si è detto recepire largamente l’esperienza anglosassone e nordamericana, l’articolo ha previsto un potere del giudice, in caso di «gravi inadempienze» o «atti che arrechino pregiudizio al minore ovvero ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento», di modificare i provvedimenti in vigore e – *anche congiuntamente* – optare tra l’ammonimento dell’inadempiente, il risarcimento a carico di uno dei genitori nei confronti del minore, il risarcimento a carico di uno dei genitori nei confronti dell’altro, nonché la condanna dell’inadempiente al pagamento di un’ammenda. Trattasi, insomma, di controversie le quali presuppongono la disgregazione del tessuto familiare, la pendenza di un giudizio e, infine, la esistenza di uno specifico provvedimento – sul quale può darsi controversia tra i genitori – concernente le modalità di affidamento di figli minori⁴⁸.

La formulazione dell’articolo 709-ter, sebbene labirintica, lascia in ogni caso apprezzare una certa duttilità del rimedio *de quo*. Il giudice, infatti, oltre ad essere chiamato ad assicurare il rispetto dei doveri genitoriali tramite una tutela esecutiva dei «provvedimenti già in vigore», è competente ad emanare misure in grado di “sanzionare” il genitore i cui comportamenti causino un danno al figlio minore (o all’altro genitore)⁴⁹.

Nonostante la apparente affinità con il procedimento di cui al successivo articolo 710 c.p.c., il dispositivo rimediato-sanzionatorio che ci occupa presuppone un comportamento – inadempiente e/o ostativo – pregiudizievole al minore e trova applicazione a valle di una crisi familiare, ben potendosi prospettare un intervento del giudice sia incidentale

⁴⁶ Sull’ambito applicativo dell’istituto di cui all’articolo 709-ter c.p.c. si rinvia a E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art 709 ter c.p.c.*, in M. ASTONE (a cura di), *Udienza presidenziale. Procedure e impugnazioni*, Milano, in corso di stampa Giuffrè, 2022. V. inoltre L. P. COMOGLIO, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile. II. Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, 5ª ed., Bologna 2011, 242 ss.

⁴⁷ L. 8.02.2006, n. 54.

⁴⁸ Cfr. Corte cost., 10 luglio 2020, n. 145, in *Dejure*.

⁴⁹ M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, op. cit., 289 ss. Cfr. Corte cost., 10 luglio 2020, n. 145 cit.





sia successivo a provvedimenti (di affidamento) già divenuti esecutivi⁵⁰.

Un breve cenno meritano innanzitutto i caratteri processual-civilistici del procedimento *ex* articolo 709-ter c.p.c. i cui tratti essenziali – concernenti, tra gli altri, la competenza del giudice, i provvedimenti intorno alla cui esecuzione possano nascere controversie ovvero i provvedimenti adottabili e i termini della loro impugnabilità⁵¹ – sono stati in parte chiariti dalla legge 26 novembre 2021, n. 206, recante la delega al Governo “*per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*”.

Competente è «il giudice del procedimento in corso», il quale ultimo deve intendersi qualsiasi giudizio di separazione, divorzio, scioglimento, cessazione degli effetti civili, nullità del matrimonio o affidamento di figli minori (anche di genitori non coniugati)⁵². In tal senso, la legge 206/2021 ha novellato (all’art. 1, comma 28) l’articolo 38 disp. att. al codice civile prevedendo al primo comma che «Il tribunale per i minorenni è competente per il ricorso previsto dall’articolo 709-ter del codice di procedura civile quando è già pendente o è instaurato successivamente, tra le stesse parti, un procedimento previsto dagli articoli 330, 332, 333, 334 e 335 del codice civile», stabilendo così – oltre alla competenza del tribunale dei minorenni – i confini di conoscibilità e, soprattutto, gli ambiti di applicazione, del 709-ter, il quale dunque prescinde dalla (sola) pendenza di un giudizio di separazione o di divorzio.

L’articolo 38 disp. att. al codice civile, così come modificato dalle previsioni del 2021, continua disponendo: «Nei casi in cui è già pendente o viene instaurato autonomo procedimento previsto dall’articolo 709-ter del codice di procedura civile davanti al tribunale ordinario, quest’ultimo, d’ufficio o a richiesta di parte, senza indugio e co-

munque non oltre quindici giorni dalla richiesta, adotta tutti gli opportuni provvedimenti temporanei e urgenti nell’interesse del minore e trasmette gli atti al tribunale per i minorenni, innanzi al quale il procedimento, previa riunione, continua. I provvedimenti adottati dal tribunale ordinario conservano la loro efficacia fino a quando sono confermati, modificati o revocati con provvedimento emesso dal tribunale per i minorenni». Sembra così darsi una risposta – seppur nebulosa – al già noto dibattito circa il riparto di competenze tra giudice specializzato e giudice ordinario, risoltosi a seguito della l. n. 219/2012 (nonché del successivo d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154) nel segno del riconoscimento di una generale e sussidiaria competenza del giudice ordinario⁵³. E sebbene il giudice istruttore e il collegio sembrino tutt’ora contendersi il campo nelle ipotesi di lite già pendente⁵⁴, anche sotto questo profilo subentra oggi la legge 206/2021: da una parte viene previsto un rito unificato denominato «procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie»⁵⁵, dall’altra viene precisata «la competenza del tribunale in composizione collegiale, con facoltà di delega per la trattazione e l’istruzione al giudice relatore, stabilendo che nel tribunale per i minorenni la prima udienza di cui alla lettera l) e le udienze all’esito delle quali devono essere adottati provvedimenti decisori, anche provvisori, sono tenute dal giudice relatore, con facoltà per lo stesso di delegare ai giudici onorari specifici adempimenti e con

⁵³ Già a seguito dell’entrata in vigore della l. n. 54/2006 emergevano indirizzi interpretativi contrapposti in merito al detto riparto di competenze. Si rinvia per completezza a E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art 709 ter c.p.c., op. cit.*, M. A. LUPOI, *Aspetti processualistici della normativa sull’affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1063; L. PRESUTTI, *Il conflitto di competenza tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni alla luce della l. n. 54/2006*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2009, 8-9, 729. In giurisprudenza v. Cass. ord., 3 aprile 2007, n. 8362; Trib. Min. Milano, decreto 12 maggio 2006, in *Diritto e giustizia*, 2006, n. 23.

⁵⁴ V. E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art 709 ter c.p.c., op. cit.*, che rimanda a L. P. COMOGLIO, *I procedimenti di separazione e divorzio, op. cit.*, il quale propende per la competenza del giudice istruttore; in senso contrario si veda F. TOMMASEO, *L’adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell’affidamento: l’art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2010, 1057 ss.; M. A. LUPOI, *Aspetti processualistici della normativa sull’affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1063; E. VULLO, *Competenza e oggetto delle controversie promosse ex art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2009, 43 ss. secondo cui spetterebbe al giudice istruttore un potere di intervento di carattere integrativo/modificativo delle condizioni dell’affido, dovendosi per il resto riservare competenza decisoria al tribunale in composizione collegiale. Per una analisi completa si veda E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art 709 ter c.p.c., op. cit.*

⁵⁵ Da inserire in un apposito titolo IV-bis del libro II del codice di procedura civile, rubricato «Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie» (cfr. art. 1, 23° co., l. n. 206/2021).

⁵⁰ F. PETROCELLI, *Il risarcimento del danno previsto dall’art. 709 ter, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. tra derive “punitive” ed esigenze di effettività sottese al diritto alla bigenitorialità del minore*, in *Persona e Mercato*, 4, 2021.

⁵¹ V. E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art 709 ter c.p.c., op. cit.*, in merito al profilo della impugnabilità dei provvedimenti resi *ex art. 709 ter c.p.c.* Con i “modi ordinari”, il legislatore non alluderebbe agli ordinari mezzi di impugnazione *ex art. 324 c.p.c.* bensì ai mezzi adeguati alla diversa categoria cui appartiene il provvedimento da sottoporre a gravame. Con riferimento al regime di impugnazione cui sottoporre i provvedimenti emessi, *lite pendente*, dal giudice istruttore, sembra potersi propendere – aderendo ad una concezione funzionale di provvedimento cautelare *ex art. 669 quaterdecies c.p.c.* – per l’applicazione del rito cautelare uniforme.

⁵² Cfr. art. 4, 2° co., l. n. 54/2006.

l'esclusione della facoltà di delegare l'ascolto dei minorenni, l'assunzione delle testimonianze e tutti gli atti riservati al giudice togato» (art. 1, comma 23, lett. c). A tal proposito viene chiarito che, nel caso in cui il processo inevitabilmente continui, il giudice relatore possa adottare « i provvedimenti temporanei e urgenti che reputa opportuni nell'interesse delle parti stesse» formulando una proposta di «piano genitoriale» al cui interno «siano individuati i punti sui quali vi sia l'accordo dei genitori e che il mancato rispetto delle condizioni previste [...] costituisce comportamento sanzionabile ai sensi dell'articolo 709-ter del codice di procedura civile» (art. 1, comma 23, lett. r).

Definiti i confini e il riparto di competenze, ci si imbatte nella natura dei «provvedimenti in vigore» in merito ai quali può darsi la controversia scaturigine del procedimento *de quo*. Ciò che può dirsi una novità – rispetto a tutti gli atti⁵⁶ che toccano, anche parzialmente, la materia in oggetto – è il già menzionato «piano genitoriale» previsto dalla legge 206/2021.

Fatte queste doverose premesse e chiarito l'ambito di applicazione del rimedio che ci occupa, sebbene siano (ancora) molteplici i nodi interpretativi di stampo prettamente processual-civilistico che la materia presenta, occorre entrare nell'ambito delle problematiche di stampo sostanziale che l'articolo 709-ter c.p.c. solleva.

Si è non a caso detto che l'articolo *de quo* consacra l'ingresso della responsabilità civile nei territori del diritto di famiglia⁵⁷: il legislatore avrebbe puntualmente previsto una tutela risarcitoria a conferma della compatibilità dell'istituto aquiliano e

dei rimedi gius-familiari. Di più, la materia degli illeciti intrafamiliari ha costituito un punto di osservazione per indagare la stessa natura «polifunzionale» della responsabilità civile⁵⁸.

Pertanto, una volta definiti i tratti essenziali della responsabilità in ambito familiare, può indagarsi la natura e – dunque – la funzione delle misure adottabili ex articolo 709-ter c.p.c. per scoprirne la loro sovrapponibilità ovvero complementarietà rispetto alla (tipica) responsabilità civile.

4.2. *Segue. Responsabilità civile e diritto di famiglia.*

È ormai superata quella tradizionale concezione piramidale della famiglia ed accettata la attrazione della famiglia al modello di comunità piuttosto che a quello di istituzione⁵⁹, che ha permesso l'abbandono del sistema di «immunità» al diritto comune – in particolare alla responsabilità civile – del diritto di famiglia, sulle prime dovuto alla dichiarata natura solo morale e non giuridica dei doveri che scaturiscono dalla relazione familiare⁶⁰.

In verità, potrebbe dirsi che la stessa *machinery* della responsabilità civile abbia concorso a sostenere una immunità familiare alla tecnica aquiliana, per lungo tempo regolata sulla dimensione del diritto assoluto, con una visione prettamente patrimonialistica dei rapporti da tutelare e con una conseguente limitazione della sua operatività nei rapporti connotati da tratti di non patrimonialità⁶¹.

⁵⁶ V. E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art 709 ter c.p.c., op. cit.*, in merito alla «inclusione anche di quei termini di affidamento della prole che siano sì formalmente riconducibili a un provvedimento del giudice, ma reso in guisa di omologazione di termini concordati e convenuti dagli stessi (ex)coniugi/genitori: così gli accordi di separazione omologati ex artt. 337 ter, 2° co. e art. 158, 2° co. c.c., così gli accordi autorizzati ex art. 6, 2° co., d.l. 12.09.2014, n. 132, conv. con modificazioni dalla l. 10.11.2014, n. 162. Del pari appare sensato propendere altresì per l'inclusione nel raggio di azione dell'istituto anche delle questioni interpretative e attuative sorte intorno alle misure di affidamento dei figli di genitori non coniugati, con la fondamentale precisazione però che laddove la disgregazione del nucleo familiare fondato sul matrimonio necessariamente prelude all'adozione di provvedimenti giurisdizionali concernenti l'affidamento dei figli minori, l'intervento giurisdizionale non è invece un passaggio obbligato nei casi di cessazione della convivenza di genitori non coniugati».

⁵⁷ V. G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 590 ss.; A. D'ANGELO, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter c.p.c.*, in *Famiglia*, 2006, 1031-1051; C. ONNIBONI, *Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709-ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2007, 82.

⁵⁸ G. FACCI, *Gli illeciti endofamiliari tra risarcimento e sanzione*, in *Resp. civ. e prev.*, II, 2019, 421. Sulla capacità della materia familiare di costituire un campo fertile per una elaborazione della responsabilità civile con tensione sanzionatoria si rinvia a M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, op. cit., 289; M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, op. cit., passim.; M. FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2008, 303.

⁵⁹ Cass. 10 maggio 2005, n. 9801. Si rimanda, per completezza, a E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, op. cit., 146 ss.

⁶⁰ P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1961, 415 ss. Sul valore giuridico dei doveri nascenti dalla relazione familiare si rinvia a P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato Rescigno, Persone e famiglia*, 3, II, Torino, 1996, 5 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, op. cit., 622; CENDON, SEBASTIO, *La responsabilità civile fra marito e moglie*, in CENDON (a cura di), *Persona e danno*, III, Milano, 2004, 2838 ss.; V. PILLA, *La responsabilità civile nella famiglia*, Bologna, 2006, 10 ss.

⁶¹ E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, op. cit., 152.



Se è vero che la famiglia abbia – sin da epoche remote⁶² – rappresentato un'istituzione finalizzata ad assolvere una essenziale funzione sociale⁶³, si assiste ormai da tempo ad una evoluzione dell'ordinamento giuridico nel senso di una valorizzazione degli interessi dei singoli membri della famiglia. La privatizzazione del diritto di famiglia⁶⁴, frutto di scelte legislative mosse da una sempre maggiore attenzione alla tutela dell'individuo, si apprezza sin dalla caduta del principio dell'indissolubilità del matrimonio⁶⁵ fino alla istituzione dell'unione civile e alla regolazione delle convivenze di fatto⁶⁶, passando per la riforma dei rapporti di filiazione⁶⁷.

Ora, da un lato la centralità dell'individuo anche in ambito familiare – conseguenza di una scelta del legislatore, non soltanto nazionale ma anche (sulla spinta di quello) europeo e sovranazionale – e dall'altro l'evoluzione della stessa responsabilità aquiliana, che ha abbandonato il piano del diritto soggettivo assoluto per arrestarsi su quello dell'interesse giuridicamente rilevante, assumendo

pieno rilievo nella “storia evolutiva” del danno non patrimoniale, hanno sancito un legame sempre più stringente tra famiglia e responsabilità civile⁶⁸, al punto di ammettere la esperibilità delle tutele risarcitorie in contesti familiari⁶⁹.

Se però è unanime il superamento rispetto agli illeciti endofamiliari di quella concezione di autosufficienza dei rimedi gius-familiari, non altrettanto può dirsi della compatibilità dei rapporti di famiglia con la tutela risarcitoria *ex delicto*.

Invero, mentre la giurisprudenza ha ricondotto al paradigma della responsabilità extracontrattuale la fattispecie di illecito intrafamiliare⁷⁰, in dottrina si sono contese (e continuano a contendersi) il campo varie teorie.

4.3. Segue. Illecito endofamiliare: tra neutralità del rapporto di parentela e autonomia della categoria in esame.

Una fattispecie come quella parentale in cui i soggetti coinvolti non sono propriamente estranei, cioè slegati da alcuna relazione giuridicamente rilevante, il vincolo che lega danneggiante e danneggiato – che è lo stesso che prescrive o vieta la condotta

⁶² M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2017, 568 richiama un passo del *De Officiis* di Cicerone il quale già sentenziava: «nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae». Già si evidenziava la finalità sociale della famiglia, la quale costituiva il fondamento della società civica.

⁶³ M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, op. loc. cit., 568.

⁶⁴ Cfr. sul tema M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, op. loc. cit., 567 ss.; T. MAUCERI, *Risarcimento del danno e violazione del dovere di fedeltà coniugale*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 447 ss.; F. PARENTE, *L'evoluzione dei modelli familiari: dal principio di autorità alla tutela delle libertà personali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 388 ss.; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte prima. Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2013, 1043 ss.; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, op. cit., 935 ss.; D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005, 137 ss.; T. AULETTA, *Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005, 405 ss.; P. ZATTI, *Famiglia, familiae – declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, 31 ss.; P. RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Id.*, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, 348 ss.

⁶⁵ L. 1.12.1970, n. 898. Ad oggi, la giurisprudenza è concorde nel riconoscere l'esistenza nell'ordinamento di un diritto costituzionalmente garantito a porre fine all'unione matrimoniale entrata in crisi (Cass., 9 ottobre 2007, n. 21099, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 519 con nota di LENTI, *Il criterio per valutare l'intollerabilità della convivenza: la cassazione abbandona le declamazioni ideologiche e disvela le regole operative*).

⁶⁶ L. 20.05.2016, n. 76.

⁶⁷ L. 10.12.2012, n. 219; d.lgs. 28.12.2013, n. 154.

⁶⁸ V. Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Danno resp.*, 2003, con note di F.D. BUSINELLI e G. PONZANELLI. Per una puntuale ricostruzione della storia del danno non patrimoniale – alla luce degli ultimi interventi giurisprudenziali – si rimanda a G. CHINÈ – A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, 12ª ed., 2020-2021, 2034 ss.

⁶⁹ Cass., 10 maggio 2005, n. 9801 in *Fam. e Dir.*, 2005, 365, con note di M. SESTA e G. FACCI.

⁷⁰ Da ultimo Cass., Sez. VI Civ., ord. 16 dicembre 2021 n. 40335; Cass., Sez. III Civ., ord. 10 giugno 2020 n. 11097 che – pronunciandosi in particolare sulla distinzione tra illecito endofamiliare di natura istantanea ad effetti permanenti e di natura permanente ai fini della decorrenza della prescrizione – fornisce un *excursus* della giurisprudenza di legittimità in tema di danno endofamiliare riaffermando che la violazione dei doveri di mantenimento, istruzione ed educazione dei genitori verso la prole (nella specie il disinteresse mostrato dal padre nei confronti del figlio per lunghi anni) non trova sanzione solo nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, potendo integrare gli estremi dell'illecito civile, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti; questa, pertanto, può dar luogo ad un'autonoma azione volta al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c. Si rinvia, *ex multis*, al *leading case* Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Foro it.*, 2001, I, 188, con nota di A. D'ADDA, *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, che ha statuito la risarcibilità del danno «esistenziale», da lesione di diritti fondamentali, patito dal figlio a cui sia reiteratamente negato il riconoscimento da parte del genitore biologico. Ancora prima, si veda Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Temi*, 1952, p. 119, con nota di A. CANDIAN, *L'azione di danno dell'eredoluetico contro i genitori*. Di recente v. Cass., Sez. I, 10 aprile 2012, n. 5652; Cass., Sez. I, 22 novembre 2013, n. 26205; Cass., Sez. III-VI, 16 febbraio 2015, n. 3079; Cass., Sez. III, 8 aprile 2016, n. 6833; Cass., 9 marzo 2020, n. 6518.



che si assume lesiva – ha “scomodato” la responsabilità per inadempimento di un obbligo preesistente⁷¹. Ossia, la qualificazione – operata dalla giurisprudenza – in termini extracontrattuali della responsabilità *de qua* comporterebbe l’inevitabile esito di negare il *vinculum* esistente tra le parti «nel mentre stesso in cui se ne sanziona di fatto la violazione e in pari tempo [ne] oblitera la natura specifica della lesione cagionata dal familiare»⁷². Piuttosto, il presupposto che i rapporti familiari siano un insieme di obblighi «puntuali, esclusivi, relativi, che fanno capo non a chiunque ma soltanto a quella parte deputata, in via esclusiva, a soddisfare l’interesse del soggetto in relazione»⁷³ comporterebbe una piena compatibilità con la figura del debitore nel rapporto obbligatorio⁷⁴.

Si è però – in modo condivisibile – risposto a quanti rifiutano una attrazione nell’orbita del *neminem laedere* di ciò che «si può “consumare” esclusivamente all’interno del rapporto»⁷⁵ *de quo*, che il legame astrattamente preclusivo del sorgere di una responsabilità extracontrattuale dovrebbe comunque integrare i tratti di un obbligo primario di prestazione corredato della patrimonialità⁷⁶; solo così potendosi modellare sul rapporto propriamente obbligatorio, la cui violazione integrerebbe sicuramente la forma della responsabilità contrattuale. E non vale neppure a giustificare un richiamo della responsabilità *ex contractu* in tale sede l’assunto che quest’ultima sia in astratto pienamente in grado di fornire ristoro ai danni non patrimoniali⁷⁷; infatti, se la prestazione può corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore, ciò non vale ad

escludere la sua suscettibilità di valutazione economica *ex* articolo 1174 c.c.

Di talché, il carattere non patrimoniale di determinati comportamenti dovuti in ambito familiare (e, tra tutti, i doveri di accudimento morale verso i figli) segnerebbe una linea di confine invalicabile tra l’illecito endofamiliare e il modello della responsabilità contrattuale – perlomeno – per quelle ipotesi in cui il “dovere” violato non assume i caratteri di un “obbligo”⁷⁸.

Ciò non esclude, ad ogni modo, la possibilità che si integrino gli estremi di una responsabilità contrattuale in caso di violazione di prestazioni a contenuto classicamente obbligatorio (ad esempio: il mantenimento)⁷⁹. Il campo delle relazioni familiari è infatti un chiaro esempio dell’esistenza del fenomeno del “doppio effetto” di determinati fatti che, in particolare, oltre ad avere uno specifico rilievo in relazione alle regole proprie del diritto di famiglia, possono concorrere ad integrare un evento costitutivo di una responsabilità ora contrattuale ora aquiliana⁸⁰.

Tuttavia, in dottrina non è pacifica tale ricostruzione soprattutto per chi sostiene un monopolio della responsabilità contrattuale in ambito familiare sulla base del rapporto giuridico preesistente tra le parti e della maggiore pertinenza della coppia inadempimento-responsabilità contrattuale⁸¹; ovvero, per chi ha richiamato la figura dei cd. obblighi di protezione⁸² ritenendo che la relazione familiare sia un rapporto improntato a reciproci affidamenti e che, pertanto, l’inadempimento dei doveri coniugali si spiegherebbe alla luce del generale principio di buona fede⁸³.

⁷¹ Tra tutti v. A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, *op. cit.*; sulla configurazione della responsabilità *ex* art. 1218 c.c., tramite l’applicabilità in via analogica delle norme in materia di obbligazioni alla violazione dei doveri non patrimoniali familiari cfr. M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 14 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano, 2017, 63 ss. Da ultimo R. SENIGAGLIA, *Famiglia e rapporto giuridico*, *op. cit.*, 97 ss.

⁷² A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, *op. cit.*, 934.

⁷³ R. SENIGAGLIA, *Famiglia e rapporto giuridico*, *op. cit.*, 117.

⁷⁴ M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, *op. cit.*, 17.

⁷⁵ R. SENIGAGLIA, *Famiglia e rapporto giuridico*, *op. cit.*, 117.

⁷⁶ In tal senso si veda E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European Tort Law*, *op. cit.*, 152.; in senso contrario A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, *op. cit.*, 936.

⁷⁷ La responsabilità contrattuale è oggi pienamente in grado di fornire ristoro ai danni non patrimoniali; cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Danno e resp.*, 2009, 19 ss. che ha ribadito l’ammissibilità del danno non patrimoniale da contratto. In dottrina si rimanda a C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 787 ss.

⁷⁸ E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European Tort Law*, *op. cit.*

⁷⁹ Si rimanda a E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European Tort Law*, *op. cit.*, 168; e, relativamente alle fattispecie da cui può nascere una responsabilità contrattuale in ambito familiare si veda G. OBERTO, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Milano, 2006, 23 ss.

⁸⁰ A. FRACCON, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003, 106 ss.

⁸¹ Tra tutti si rimanda a A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, *op. cit.*, 956 ss.

⁸² Sul tema si rimanda per tutti a A. NICOLUSSI, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, 659 ss.; F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 839 ss.; C. CASTRONOVO, *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 679 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; ID., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, 3, Roma, 1990.

⁸³ C. CASTRONOVO, *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, *op. cit.*, 679 ss. sull’insorgenza di un affidamento ragionevole che costituisce una aspettativa che la buona fede “trasforma” in giuridicamente rilevante.





In tale ottica, la responsabilità aquiliana si assume essere inconciliabile con il diritto di famiglia, in quanto riconoscere una tale tutela in ambito familiare porterebbe al paradosso di accettare un danno *in re ipsa* conseguente alla semplice violazione di un dovere familiare: la ricerca del profilo di ingiustizia del danno sarebbe allora superflua. Così, inevitabile conseguenza di una esasperazione della responsabilità sarebbe il riconoscimento di una tutela anche a fronte di comportamenti colposi, come la mera negligenza, che in ambito familiare ben potrebbero essere risolti tramite altri – e meno incisivi – rimedi.

Ebbene, il *vinculum iuris* esistente tra danneggiato e danneggiante non sarebbe in realtà una esimente del criterio selettivo dell'ingiustizia del danno e della gravità della lesione ai fini dello scrutinio di risarcibilità delle *non pecuniary losses*⁸⁴. Anzi, a ben vedere, ammettere la risarcibilità dei danni da illecito endofamiliare per il tramite dell'istituto della responsabilità contrattuale comporterebbe il vero paradosso di affrancare tali illeciti dall'indagine imposta dagli articoli 2043 c.c. e 2059 c.c.

Ancora, poi, sebbene è proprio in relazione ai doveri di accudimento verso i figli che si scorge spesso quella dimensione obbligatoria tipica degli obblighi di protezione della persona⁸⁵, ciò che riporta nuovamente le condotte lesive di tali doveri nell'alveo dello strumento aquiliano è la irrinunciabile presenza – in tali rapporti – del dolo⁸⁶ ai fini della configurabilità di una responsabilità che si aggiunga ai rimedi propri previsti dal diritto di famiglia; dolo che funziona oltretutto come limite all'operatività della causa di giustificazione di *iure suo uti*⁸⁷.

È infatti pacifico che in tutte le ipotesi in relazione alle quali si configuri una responsabilità da illecito endofamiliare sia necessaria la sussistenza di una condotta dolosa (i.e. consapevole) del danneggiante, posto che tra violazione dei doveri familiari

e risarcimento del danno non sussiste alcun automatismo⁸⁸.

La condotta contraddistinta dalla presenza del dolo in tale ambito non soltanto costituisce un criterio di imputazione della responsabilità, ma incide sulla stessa qualificazione di ingiustizia del danno.

In tal senso, dunque, ciò che potrebbe far propendere per una qualificazione della responsabilità da illecito endofamiliare come “distinta” e “autonoma” – nonché il *vinculum* preesistente e la centralità che assume la condotta nello scrutinio della risarcibilità del danno – ad una più attenta lettura null'altro aggiunge allo statuto generale della tutela aquiliana; donde il rapporto “qualificato” fa da sfondo alla valutazione del giudice e la doloosità dell'autore circoscrive l'ambito di applicazione della tutela *in tort*.

4.4. Segue. Illecito endofamiliare, risarcimento e sanzione.

Orbene, accettata la natura extracontrattuale degli illeciti endofamiliari occorre a questo punto tornare al già menzionato articolo 709-ter c.p.c., la cui struttura permette di ricondurvi perfettamente la fattispecie *de qua* e, al contempo, di scandagliare la natura “sovracompensativa” della stessa responsabilità civile.

La giurisprudenza si è concordemente espressa circa il carattere sostanzialmente punitivo/deterrente delle misure previste ai nn. 1 e 4 dell'articolo in commento⁸⁹. Ciò trova riscontro nella considerazione della sanzione amministrativa pecuniaria quale «forma di indiretto rafforzamento dell'esecuzione di obblighi di carattere infungibile»⁹⁰.

Assai problematici si rivelano, invece, i rimedi risarcitori di cui ai nn. 2 e 3 del secondo comma. Se da una parte il riferimento testuale (risarcimento), la destinazione della condanna in favore del minore e/o dell'altro genitore e le espressioni «pregiudizio»

⁸⁴ In tal senso, da ultimo, in giurisprudenza Cass., 9 marzo 2020, n. 6518, in *Quot. giur.*, 24 marzo 2020.

⁸⁵ E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, op. cit., 184.

⁸⁶ Sulla esistenza di una autonoma categoria di illeciti caratterizzati da una diretta incidenza del dolo sull'an e sul quantum del danno già CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino 1974, 21 ss.; P. TRIMARCHI, voce *Illecito*, in *Enc. del dir.*, XX, Milano, 1970, 102. In materia di illecito endofamiliare si veda E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, op. cit., 184.

⁸⁷ E. CAMILLERI, *Violazioni dei doveri familiari, danno non patrimoniale e paradigmi risarcitori*, op. cit., 437 ss.

⁸⁸ Si rinvia a D. BARBIERATO, *Osservazioni su risarcimento del danno e illeciti endofamiliari*, in *Resp. civ. e prev.*, 6, 2020, 2080 ss.

⁸⁹ V. Cass., 27 giugno 2018, n. 16980 e Cass., 17 maggio 2019, n. 13400, in *Dejure*.

⁹⁰ Così F. PETROCELLI, *Il risarcimento del danno previsto dall'art. 709 ter, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. tra derive “punitiva” ed esigenze di effettività sottese al diritto alla bigenitorialità del minore*, op. cit., 842. Cfr. Cass., 6 marzo 2020, n. 6471, in *Fam. e Dir.* 2020, 332 ss. con nota di B. FICCARIELLI e E. VULLO; in *Foro it.*, I, 2787 con nota di A. MONDINI; in *NGGC*, 2020, 775 con nota di A. NASCOSI; in *Corriere Giur.* 2020, 1394 con nota di D. NOVIELLO; in *Guida al diritto*, 2020, 15, 34, con nota di M. FINOCCHIARO; in *Rass. es. forzata*, 2020, 675 con nota di A. DI BERNARDO; in *Il Processo civile* 2020, con nota di S. MATTEINI CHIARI; in *GiustiziaCivile.com* 13 agosto 2020 con nota di C. COSTABILE.

e «anche congiuntamente» farebbero propendere per il riconoscimento di una differente natura giuridica alle predette misure, la lettura congiunta alle ulteriori di innegabile stampo punitivo (ai nn. 1 e 4) indurrebbe ad una interpretazione omogenea dell'apparato sanzionatorio volutamente predisposto dal legislatore⁹¹.

Ancora, poi, il nuovo testo dell'articolo – novellato dalla legge 206/2021 (dall'articolo 1, comma 33) – prevedendo al comma 2 numero 3 che il giudice possa disporre «il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti dell'altro anche individuando la somma giornaliera dovuta per ciascun giorno di violazione o di inosservanza dei provvedimenti assunti dal giudice. Il provvedimento del giudice costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza ai sensi dell'articolo 614-bis», rafforzerebbe la tensione punitiva/deterrente del rimedio.

Il legame con la misura di cui all'articolo 614-bis c.p.c. – già evidenziato in sede giurisprudenziale⁹² e oggi consacrato dalla stessa norma – si apprezza maggiormente in relazione alla particolare tipologia di controversie che scaturiscono a seguito di specifiche condotte di uno dei genitori e concernono l'esercizio della responsabilità genitoriale ovvero delle modalità di affidamento; scontato sembra il richiamo alla fattispecie complessa susseguente alla PAS.

Sia che si tratti di condotte di inadempimento ovvero di manifesto ostacolo del genitore, ciò che la norma sembrerebbe tutelare è l'interesse – comunque inteso – del minore. E ciò appare certamente vero se ci si sofferma alla (sola) lettura della prima parte del secondo comma: in caso di gravi inadempimenti, atti pregiudizievoli per il minore ovvero condotte di ostacolo al corretto svolgimento dell'affidamento – presupposti di applicazione del procedimento – il giudice può modificare i provvedimenti in vigore.

Tuttavia, il percorso diviene più tortuoso all'apparire della possibilità, per il giudice, di somministrare – insieme alla modifica del provvedimen-

to – una o più delle misure previste ai nn. da 1 a 4 del comma 2 dell'articolo.

Per tale ragione il 709-ter c.p.c. è stato definito come quella «intermediazione legislativa»⁹³ che consente al giudice di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti in fase di liquidazione del danno: secondo tale impostazione non sarebbe necessaria l'istruttoria sull'*an* e sul *quantum* ai fini della individuazione di una responsabilità⁹⁴. Ossia il giudice, convocate le parti, potrebbe adottare tutti i provvedimenti opportuni e, qualora le inadempienze o le violazioni arrecassero un pregiudizio al minore od ostacolassero il corretto svolgimento dell'affidamento, avrebbe il potere di modificare i provvedimenti preesistenti rafforzandoli con misure sanzionatorie e coercitive indirette.

È allora inevitabile ricostruire la natura del dispositivo che ci occupa, la quale è stata ora situata a completamento (o meglio specificazione) della responsabilità civile propriamente intesa – seppur presentando delle curvature maggiormente sanzionatorie – ora di una responsabilità *altra* che tenda ad evidenziare (e *punire*) la condotta del danneggiante⁹⁵.

Tale ultima interpretazione è frutto di una lettura della norma alla luce dell'intervento delle Sezioni Unite del 2017⁹⁶ che – pronunciandosi sulla delibera-

⁹³ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601.

⁹⁴ In merito alla finalità della norma di sanzionare la condotta del danneggiante, a prescindere dal pregiudizio, essendo la stessa rilevante sia ai fini dell'*an debeatur* sia a quelli del *quantum* si rimanda a A. MENDOLA, *Il danno da privazione del rapporto parentale e le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, 905 ss.

⁹⁵ Sulla natura sanzionatoria dell'istituto v. A. D'ANGELO, *Il risarcimento dei danni come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709 ter cod. proc. civ.*, in *Famiglia*, 2006, 1031 e ss.; E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediario introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. e dir.*, 2008, 64 e ss.; P. PARDOLESI, *Oltre la deterrenza: valenza punitiva/sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Danno e resp.*, 2020, 531 ss.; cfr. anche Trib. Messina, 5 aprile 2007; Trib. Novara, 21 luglio 2011; Trib. Messina, 8 ottobre 2012; cui *adde*, fra le altre, Trib. Milano, 13 gennaio 2020, n. 534; Trib. Roma, 4 giugno 2019 n. 11776; Trib. Roma, 26 settembre 2019, n. 18202. Nella giurisprudenza di legittimità cfr. Cass., 27 giugno 2018, n. 16980; Cass., 16 maggio 2016, n. 9978. In senso contrario v., fra gli altri, G. SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Dir. fam. e pers.*, 2009.

⁹⁶ In dottrina v., *ex multis*, C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1109 ss.; P. G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017; M. FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 283 ss.; M. GRONDONA, *La polifunzionalità della responsabilità civile e l'ubi consistam ordinamentale dei "risarcimenti punitivi"*, in *Pol. dir.*, 2018, 45 ss.; G. PONZANELLI, *La decisione delle Sezioni Unite: cambierà qualcosa nel risarcimento del danno?*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 300 ss.; E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il di-*

⁹¹ F. PETROCELLI, *Il risarcimento del danno previsto dall'art. 709 ter, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. tra derive "punitiva" ed esigenze di effettività sottese al diritto alla bigenitorialità del minore*, op. cit.

⁹² In tal senso, *ex multis*, v. Trib. Milano, 2 maggio 2019, in *DeJure*. Da ultimo Cass. civ., 6 marzo 2020, n. 6471 (ord.), in *Foro it.*, 2020, I, 2787 ss., con nota di MONDINI sulla ragione della non coercibilità del dovere di visita del figlio, proprio del genitore non collocatario, e sulle considerazioni fatte al riguardo dalla Corte, che non considera applicabile alla fattispecie del dovere di visita del genitore l'art. 614-bis c.p.c., perché in contrasto con l'interesse del figlio minore. In dottrina cfr. M. PALADINI, *Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo i figli, tra responsabilità civile, punitiva damages e astreinte*, in *Fam. dir.*, 2012, 853 ss.





bilità di sentenze straniere di condanna ad un risarcimento del danno in misura sovracompensativa – ha annoverato il 709-ter c.p.c. tra le disposizioni legislative che rappresentano un «indice sanzionatorio normativo vero».

Bisogna premettere che la pronuncia, secondo parte della dottrina, costituirebbe uno spiraglio di ingresso nel nostro ordinamento della funzione sanzionatoria tipica dei «danni punitivi». In verità, non è pacifico se tale sentenza «apra» o piuttosto «chiuda», come sostiene autorevole dottrina⁹⁷, il nostro ordinamento ai cd. *punitive damages*: il SC infatti si pronunciava sulla riconoscibilità nell'ordinamento italiano di una sentenza straniera recante condanna a titolo di danni punitivi, dovendosi pertanto valutare la compatibilità della stessa con l'ordine pubblico internazionale. In secondo luogo, i danni punitivi venivano sottoposti ad un rigoroso regime di tipicità legislativa – desunto dal baluardo costituzionale dell'articolo 23 Cost. – in tal modo «escludendo qualsiasi potere creativo del giudice, capace di dare ingresso a un «incontrollato soggettivismo giudiziario» che deve assolutamente evitarsi»⁹⁸.

Ancor di più, a conferma di una linea di rigore e di cautela contro smisurate risposte risarcitorie, la Cassazione riconosceva la funzione primaria dell'istituto aquiliano, che è infatti di tipo compensativo-riparatorio, cui possono affiancarsene ulteriori (quali quella preventiva/sanzionatoria) a condizione che sussistano i seguenti requisiti: l'esistenza nell'ordinamento straniero *a quo* di «una legge o simile fonte» che preveda una «condanna a risarcimenti punitivi»; i caratteri di tipicità, prevedibilità e infine proporzionalità della fonte normativa. Anzi, è stato opportunamente puntualizzato che i criteri così delineati dai giudici di legittimità portano alla inevitabile – e incomprensibile – conseguenza che «nel sistema avrebbe cittadinanza una sentenza domestica basata sull'art. 96, comma 1 c.p.c., mentre non vi troverebbe spazio una sentenza straniera emessa in applicazione di una norma (straniera) di tenore assolutamente identico. Con un paradossale rovesciamento del rapporto fra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale: quest'ultimo, normalmente concepito a maglie più larghe del primo, verrebbe qui disegnato a maglie più strette e serrate»⁹⁹.

battito su danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 6 ss.

⁹⁷ Tra tutti si veda P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 687 e ss.; V. ROPPO, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi*, in *Juscivile*, 6, 2017, 700 ss.

⁹⁸ Così V. ROPPO, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi*, *op. cit.*, p. 700.

⁹⁹ Così V. ROPPO, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi*, *op. cit.*, p. 701.

La visione delle ipotesi risarcitorie *ex* articolo 709-ter c.p.c. quali appartenenti alla categoria specifica dei danni punitivi¹⁰⁰ – distinte quindi dalla tipica fattispecie della responsabilità civile – sarebbe avvalorata, secondo parte della dottrina, dalla prassi giurisprudenziale (oggi confermata dalla stessa previsione normativa) di affiancare ai provvedimenti in oggetto la ulteriore misura di coazione indiretta disciplinata dall'articolo 614-bis c.p.c. che – prevedendo una sanzione pecuniaria individuata *ab origine* dal giudice e posta a salvaguardia di una corretta ottemperanza *de futuro* del provvedimento – si suole ricondurre alla figura delle cd. *astreintes* di origine francese¹⁰¹. Sarebbero, pertanto, l'esigenza di favorire la coercizione indiretta all'adempimento di un provvedimento giurisdizionale preesistente, la natura infungibile degli obblighi assunti e il rilievo pubblicistico sotteso alla tutela dell'interesse del minore a dirimere la questione e a confermare la natura sanzionatoria dei rimedi oggetto di controversia¹⁰².

Invero, nonostante il 709-ter c.p.c. abbia sicuramente una funzione rafforzativa di provvedimenti già assunti nell'interesse della prole, con la finalità di scoraggiare una possibile ripetizione di violazioni in futuro, sembra forse una forzatura del sistema – posta la dubbia compatibilità del nostro ordinamento con la categoria dei *punitive damages* – il riconoscimento di un carattere esclusivamente punitivo delle misure che ci occupano. Senza dire, poi, della discutibile curvatura deterrente/sanzionatoria attribuita alla responsabilità civile per il tramite dello stesso 709-ter c.p.c.; non sembra cioè condivisibile una esclusiva previsione di risarcimenti che, per il fine di punire l'agente, eccedano il *quantum* del danno sofferto dalla vittima¹⁰³. Anzi, a tal proposito, mentre in ordine alla condotta e alla successiva responsabilità del genitore nulla viene specificato in merito alla eventuale analisi delle condizioni eco-

¹⁰⁰ V. E. L. GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 5, 2016, 1481 ss.

¹⁰¹ V. nota 93.

¹⁰² F. PETROCELLI, *Il risarcimento del danno previsto dall'art. 709 ter, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. tra derive «punitive» ed esigenze di effettività sottese al diritto alla bigenitorialità del minore*, *op. cit.*

¹⁰³ Sulla necessità di una valutazione della prova della perdita patrimoniale o non patrimoniale subita si veda G. FACCI, *Gli illeciti endofamiliari tra risarcimento e sanzione*, *op. cit.* Nello stesso senso v., inoltre, L. AMBROSINI, *La responsabilità del genitore «inadempiente»: tra accordi fra genitori e poteri del giudice: anche alla luce della l. n. 219/2012*, in *Dir. fam.*, 2013, 1133 ss. Per una qualificazione del risarcimento *ex* art. 709-ter c.p.c. in chiave puramente compensativa v. G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 590 ss.

nomiche del medesimo ai fini della gradazione del *quantum* dovuto, quest'ultimo risulta tratto caratteristico, tra gli altri, delle sanzioni punitive¹⁰⁴.

Sembra allora una interpretazione più aderente al nostro sistema quella che riconosce l'articolo 709-ter c.p.c. quale mezzo sia di coazione sia di reintegrazione, costituendo lo stesso una particolare tutela risarcitoria pur sempre di natura aquiliana: in questo caso sarà necessaria comunque la sussistenza di un concreto pregiudizio nonché di un nesso eziologico tra condotta e danno sofferto¹⁰⁵. E, a conferma di tale interpretazione, può richiamarsi *in primis* la centralità del principio della integrale compensazione del danno, da cui discende l'estraneità della condotta dell'autore ai fini della valutazione circa il *quantum* del risarcimento, poiché questa comporterebbe inevitabilmente l'attribuzione di una funzione dissuasiva o punitiva dell'illecito – già raggiunta tramite la (sola) minaccia del risarcimento¹⁰⁶ – piuttosto che compensativa¹⁰⁷.

Nondimeno, ribadita la preminente considerazione del danno e la conseguente (maggiore) attenzione riservata alla vittima dell'illecito, non può escludersi *in toto* l'attitudine ad una curvatura – parzialmente – punitiva delle responsabilità civili.

¹⁰⁴ P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 687 e ss. Si rimanda a E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c., op. cit.*, il quale precisa che «ove pure ciò possa reputarsi (seppure implicitamente) possibile ad opera del giudice, ossia ai fini della determinazione dell'ammenda di cui al 2° co., n. 4, c.p.c., gli è che la somma risulta in quel caso da versare alla Cassa delle ammende e non già al "danneggiato", talché effettivamente di sanzione pecuniaria ma non anche di un risarcimento sanzionatorio potrà discorrersi».

¹⁰⁵ La più recente giurisprudenza depone a favore di questo orientamento; richiamando le Sezioni Unite del 2017, infatti, si pone l'accento sulla finalità punitiva del risarcimento *ex art. 709-ter c.p.c.* Nel sottolineare la gravità della condotta del genitore, i giudici – per giustificare il rimedio risarcitorio – fanno comunque riferimento alla sofferenza del figlio e alla esistenza di un danno in capo alla vittima (dimostrato anche in via presuntiva). In tal senso v. Trib. Roma, 4 giugno 2019, in *Danno resp.*, 2020, pp. 527 ss., con nota di P. PARDOLESI. Quest'ultima riporta in massima: «in caso di gravi inadempienze dei doveri genitoriali, il risarcimento dei danni in favore del minore previsto dall'art. 709-ter c.p.c. assolve esclusivamente una funzione punitiva qualora sia finalizzata a sanzionare gravi comportamenti del genitore nei confronti della figlia». Nonostante ciò, nel testo della sentenza si legge: «le condotte in parola (...) chiaro indice di disinteresse paterno (...) cagionando un elevato grado di sofferenza nella figlia (...)» giustificano un risarcimento del danno, provato in base al racconto non smentito della figlia e confermato da testimonianza.

¹⁰⁶ E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c., op. cit.*; E. VULLO, *Affidamento dei figli, competenze per le sanzioni ex art. 709 ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis*, in *Fam. dir.*, 2010, 924 ss.; F. TOMMASEO, *op. cit.*; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 189-191.

¹⁰⁷ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 876 ss.

In ordine alla lesione di diritti inviolabili della persona – tra i quali è riconducibile l'interesse del minore che assurge a vero e proprio diritto della personalità e che si declina nel diritto a raggiungere e conservare appropriati equilibri affettivi – il requisito della gravità (dolosità) della condotta, oltre a selezionare il danno da ritenersi risarcibile, ha infatti la ulteriore funzione di evidenziare l'entità della compromissione assegnando alla responsabilità non soltanto un ruolo satisfattivo ma anche una componente sanzionatoria, che in campo di danno non patrimoniale da sempre si assume sussistere¹⁰⁸. Senz'altro, i rapporti familiari hanno costituito un punto di osservazione – per il tramite degli illeciti endofamiliari – della tensione espansiva della risarcibilità dei danni non patrimoniali, essendosi in tale contesto sviluppata quella tipologia di danni cd. "esistenziali"¹⁰⁹.

Ben può, pertanto, concludersi che l'articolo 709-ter comma 2, nn. 2 e 3, c.p.c., costituisca sì una (tipica) tutela di natura aquiliana, con una (più) marcata tensione sanzionatoria. Infatti, insieme alla centralità del danno ingiusto – sofferto ora dal figlio minore ora dall'altro genitore – la struttura del procedimento e la previsione delle (diverse) misure applicabili vogliono segnalare la rilevanza della biasimevole condotta tenuta dal genitore responsabile¹¹⁰. Non si ritiene, infatti, condivisibile l'obiezione alla riconducibilità delle misure risarcitorie nell'alveo della responsabilità aquiliana per il solo fatto di potere richiedere una reintegrazione del danno eventualmente patito per il tramite dell'articolo 2059 c.c.; la disposizione in esame è infatti una norma speciale applicabile in presenza di crisi familiare e di violazione di preesistenti provvedimenti giurisdizionali¹¹¹.

¹⁰⁸ P. TRIMARCHI, voce *Illecito*, in *Enc. del dir.*, XX, *op. cit.*, affermava: «la condanna al risarcimento dei danni presenta due aspetti inscindibilmente connessi: da una parte tende a reintegrare il patrimonio del danneggiato (o a compensarlo del danno non patrimoniale subito); dall'altra costituisce una sanzione che colpisce chi si è comportato in modo vietato e la cui minaccia contribuisce preventivamente a scoraggiare il compimento di atti illeciti»; cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III, 4ª ed., Milano, 2003.

¹⁰⁹ E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, *op. cit.*

¹¹⁰ E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c., op. cit.*

¹¹¹ Cass., 6 marzo 2020, n. 6471. V. per una diversa ricostruzione F. PETROCELLI, *Il risarcimento del danno previsto dall'art. 709 ter, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. tra derive "punitiva" ed esigenze di effettività sottese al diritto alla bigenitorialità del minore*, *op. cit.*, 854, il quale ritiene che «la violazione di provvedimenti giudiziali che hanno concretizzato i doveri genitoriali fissando specifiche regole di condotta dovrebbe [allora] dare luogo a una responsabilità per inadempimento *ex art. 1218 c.c.* e non già extracontrattuale, senza che ciò trovi ostacolo nella loro natura non patrimoniale».





Inserito in una cornice il cui puntello è costituito dal *best interest* del minore, il 709-ter c.p.c. è stato poi letto dalla giurisprudenza quale attributivo di un potere di applicazione *ex officio* delle misure dallo stesso contemplate¹¹². In tal senso potrebbe allora ritenersi possibile – in caso di ricorso del genitore per controversie insorte in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità di affidamento – la previsione da parte del giudice, ove sussista la lesione grave di un diritto costituzionalmente garantito del minore, di una tutela risarcitoria *ex officio* a favore di quest'ultimo.

5. La sindrome da alienazione parentale: lesione dei diritti del minore e tutela risarcitoria.

Le condotte gravi di un genitore – che non giustificano un provvedimento di affido “super-esclusivo” – devono dunque far riflettere sulla possibile lesione dei diritti costituzionalmente garantiti del fanciullo, tra cui quello di mantenere un rapporto equilibrato e regolare con il genitore non convivente.

È ormai pacifico che la bussola nelle scelte del giudice in materia di affidamento dei minori sia (o debba essere) la necessità di garantire la presenza di entrambi i genitori nella vita del figlio. Il principio del cd. affido condiviso¹¹³ si è inserito nell'ambito della più ampia riforma dei rapporti di filiazione sostituendo – in linea con la nuova concezione di fa-

miglia – l'affidamento esclusivo e costituendo la trasposizione, nella fase dello scioglimento della coppia, del principio di bigenitorialità; la finalità è stata quella di eliminare l'asimmetria tra i genitori, ritenendo che la privazione di una figura genitoriale possa comportare il rischio che il minore goda esclusivamente della educazione del genitore affidatario¹¹⁴.

D'altra parte, se l'applicazione pratica dell'affidamento condiviso non si traduce nella pari permanenza del minore presso ciascun genitore, ben potendosi modulare – garantendo continuità ad entrambe le relazioni – a seconda del caso di specie, non può giustificarsi quella tendenza a limitare l'effettività della tutela del minore e del principio di bigenitorialità tramite la sostituzione del modello dell'affidamento esclusivo con la figura del genitore collocatario (prevalente) e la conseguente previsione del diritto di visita per quello non collocatario, potendosi intravedere in tale pratica una riproposizione del problema del mantenimento effettivo della relazione¹¹⁵, terreno fertile per condotte lesive dei diritti del minore.

Ebbene, nelle controversie in cui a supporto della incapacità genitoriale si invochi una diagnosi di PAS il punto critico si è sempre ravvisato nel bilanciamento tra l'interesse del minore e il principio della bigenitorialità, da attuarsi tramite l'affidamento ora esclusivo ora congiunto.

Sul presupposto che l'affido condiviso debba ritenersi la regola nelle decisioni che riguardano le modalità di affidamento del minore, in presenza di condotte di un genitore finalizzate ad impedire che l'altro incontri il figlio dovrà allora considerarsi – in conformità con l'esclusivo interesse morale e materiale della prole – la possibilità di intraprendere un percorso di effettivo recupero delle capacità genitoriali.

Ove, però, nello scrutinio di un «problema relazionale» – quale quello della PAS – il giudice ravvisi i presupposti di gravità della lesione, consapevolezza¹¹⁶ circa il carattere dannoso della condotta e ingiustizia del danno, sarebbe auspicabile un cambio di prospettiva nella valutazione della fattispecie, ritenendosi necessaria una istruttoria sul *damnum* eventualmente patito dal minore. In presenza di una crisi della compagine familiare e della pendenza di un giudizio sembra allora che, in presenza della le-

¹¹² Cfr., in giurisprudenza, Cass. 27 giugno 2018 n. 16980, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Cass. ord. 16 maggio 2016 n. 9978, in *Foro it.*, 2016, 6, I, p. 1973, con nota di E. D'Alessandro; in *Foro it.*, 2017, 5, I, p. 1730, con nota di L. Lambo; per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Milano 2 maggio 2019 n. 4202, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1, 2020, con nota di M. Belloso; Trib. Roma 27 giugno 2014, in *DeJure*; Trib. Milano 7 gennaio 2018, in *Ilfamilarista.it*, 30 luglio 2018, con nota di E. Rossi. In dottrina si rimanda a I. Zingales, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709-ter c.p.c.*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2009, 405; in senso contrario v. M. Bove, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 781 ss. Per l'orientamento che ammette l'applicabilità d'ufficio delle citate misure si veda R. Muscio, *Esecuzione dei provvedimenti sulla responsabilità genitoriale: l'art. 709-ter e la nuova formulazione dell'art. 614-bis c.p.c.*, in *Ilfamilarista*, 2015.

¹¹³ V. sul tema C.M. Bianca, *Diritto Civile. La famiglia*, 5ª ed., Milano, 2014; G. Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corriere Giuridico*, 2013, 528; G. Autorino Stanzone, *La separazione. Il divorzio. L'affidamento condiviso*, Torino, 2011; M. Dogliotti, *Affidamento condiviso e individuale*, in M. Dogliotti, *Affidamento condiviso e diritto dei minori*, Torino, 2008, 51 ss.; F. Danovi, *L'affidamento condiviso: le tutele processuali*, in *Diritto e Famiglia*, 2007, 1915 ss.; L. Balestra, *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso*, in *Famiglia*, 2006, 655 ss.

¹¹⁴ Cfr. C. Valente, *Interesse del minore e bigenitorialità v. legislazione emergenziale: riflessione sui recenti orientamenti giurisprudenziali*, op. cit., 1338 ss.

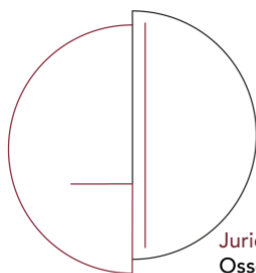
¹¹⁵ A. Maniaci, *Verso una riforma dell'affidamento condiviso*, in *Europa dir. priv.*, 2, 2019, 505 ss.

¹¹⁶ G. Facci, *Gli illeciti endofamiliari tra risarcimento e sanzione*, op. cit., 432; in giurisprudenza si parla di “consapevolezza” in Trib. Reggio Emilia, 24 giugno 2020, in *DeJure*.

sione di un diritto costituzionalmente garantito del minore, il dispositivo rimedial-sanzionatorio *ex* articolo 709-ter c.p.c. perfettamente si adatti alla risoluzione (i.e. reintegrazione) della controversia.



Osservatorio



Juridical Observatory on Digital Innovation
Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale

DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE*

Rubrica di aggiornamento dell'OGID.

Questa rubrica di aggiornamento è curata dal Prof. Salvatore Orlando e dal Dott. Daniele Imbruglia nell'ambito delle attività dell'OGID, Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale, costituito presso il Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive dell'Università di Roma "La Sapienza" (<https://web.uniroma1.it/deap/ogid> - jodi.deap@uniroma1.it).

SOMMARIO: 1. *L'attuazione della direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE (D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 177) – 2. L'attuazione della direttiva "Open Data" (UE) 2019/1024 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico (D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 200, modificativo del D.Lgs. 36/2006) – 3. L'attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 207, modificativo del D. Lgs. 259/2003) – 4. Verso il Data Act: la proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio su regole armonizzate sull'accesso equo e l'uso dei dati (legge sui dati) COM(2022) 68 final del 23 febbraio 2022. – 5. La proposta di Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale COM(2022) 28 final del 26 gennaio 2022. – 6. La proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica COM(2021) 731 final del 25 novembre 2021 – 7. Il Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 13 gennaio 2022 sull'iscrizione alla sezione speciale del registro dei cambiavalute da parte dei prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale e di portafoglio digitale – 8. La decisione del 10 febbraio 2022 del garante privacy italiano sul trattamento di dati biometrici da parte di Clearview AI – 9. La decisione del 13 gennaio 2022 del garante privacy austriaco sul trasferimento di dati personali negli USA da parte di Google Analytics – 10. La decisione del 10 febbraio 2022 del garante privacy francese sul trasferimento di dati personali negli USA da parte di Google Analytics – 11. La decisione del 2 febbraio 2022 del garante privacy belga sul Real Time Bidding e le attività di online advertising a proposito del Quadro di Trasparenza e Consenso elaborato e gestito da IAB Europe – 12. La sentenza della Cassazione n. 3952 del 8 febbraio 2022 sul diritto all'oblio e le copie cache – 13. Le "Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration" dello European Law Institute (ELI) del 3 marzo 2022.*

* Contributo non sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 9, V co., del Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 42 del 20.02.2019.



1. L'attuazione della direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE (D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 177).

| 160

Il 12 dicembre 2021 è entrato in vigore il Decreto Legislativo 177/2021 del 5 novembre 2021 (il “Decreto”), attuativo della Direttiva (UE) 2019/790 del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE (la “Direttiva”). Il Decreto (emanato dopo il termine prescritto dal legislatore europeo del 7 giugno 2021) è frutto dell'ampia delega conferita al Governo ai fini del recepimento della Direttiva all'interno della legislazione nazionale.

L'obiettivo dichiarato della Direttiva - e dunque del D.Lgs. di adeguamento - è quello di adattare gli strumenti di tutela del diritto d'autore alla modernizzazione generata dall'evoluzione tecnologica ed in particolare da nuove forme di comunicazione, caricamento, condivisione e creazione dei contenuti, le quali costituiscono inedite modalità di riproduzione e “moltiplicazione” dell'opera protetta, che potenzialmente minano l'armonizzazione del diritto d'autore tra gli Stati membri.

In particolare, le disposizioni della Direttiva concernono: l'adeguamento di talune eccezioni e limitazioni all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero (Titolo II); misure volte a facilitare le procedure di concessione delle licenze e a garantire un più ampio accesso ai contenuti (Titolo III), facilitando in particolare, ma non solo, la divulgazione delle opere fuori commercio (Capo I), la concessione di licenze collettive con effetto esteso (Capo II), l'accesso e disponibilità di opere audiovisive su piattaforme di video su richiesta (Capo III), la previsione concernente le opere delle arti visive di dominio pubblico (Capo IV); misure miranti a garantire il buon funzionamento del mercato per il diritto d'autore (Titolo IV), segnatamente la protezione delle pubblicazioni giornalistiche in caso di utilizzo *online* (Capo I), l'utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* (Capo II); il principio e le regole di equa remunerazione di autori e artisti (interpreti o esecutori) nei contratti di sfruttamento (Capo III).

Con riguardo alla trasposizione nel diritto interno, il Decreto ha determinato importanti modifiche all'articolato della legge sul diritto

d'autore (la l. 633/1941, “l.a.”), introducendo anche alcuni correttivi che in certi casi potrebbero apparire estranei alle intenzioni del legislatore europeo.

Con riferimento al contenuto del Titolo II della Direttiva, sono state introdotte nella l.a. nuove eccezioni e limitazioni ai fini di adeguamento ai nuovi mezzi e conseguente utilizzo di materiale protetto in ambiente digitale nei settori dell'istruzione, della ricerca e della conservazione del patrimonio culturale. In particolare, è stato introdotto l'articolo 70-*bis* l.a. che legittima taluni utilizzi di brani, parti di opere o altri materiali per attività svolte con mezzi digitali ed esclusivamente per finalità illustrative ad uso didattico. All'articolo 68 l.a. è aggiunto il comma 2-*bis* che legittima “sempre” l'eccezione al diritto di riproduzione e di realizzazione di copie di opere protette da parte degli istituti di tutela del patrimonio culturale per finalità di conservazione di tali opere. Simili eccezioni sono state pure introdotte con riferimento alle attività di *Text and Data mining* (TDM) agli articoli 70-*ter* e 70-*quater* l.a. Il TDM, in italiano ‘estrazione di testo e di dati’, è definito come “*qualsiasi tecnica automatizzata volta ad analizzare grandi quantità di testi, suoni, immagini, dati o metadati in formato digitale con lo scopo di generare informazioni, inclusi modelli, tendenze e correlazioni*” (art. 70-*ter*, co. 2 l.a.). Ai sensi dell'art. 70-*ter* co. 1 l.a., “[s]ono consentite le riproduzioni compiute da organismi di ricerca e da istituti di tutela del patrimonio culturale, per scopi di ricerca scientifica, ai fini dell'estrazione di testo e di dati da opere o da altri materiali disponibili in reti o banche di dati cui essi hanno lecitamente accesso, nonché la comunicazione al pubblico degli esiti della ricerca ove espressi in nuove opere originali”. Per ‘istituti di tutela del patrimonio culturale’ si intendono “*le biblioteche, i musei, gli archivi, purché aperti al pubblico o accessibili al pubblico, inclusi quelli afferenti agli istituti di istruzione, agli organismi di ricerca e agli organismi di radiodiffusione pubblici, nonché gli istituti per la tutela del patrimonio cinematografico e sonoro e gli organismi di radiodiffusione pubblici*” (art. 70-*ter* co. 3 l.a.), mentre per ‘organismi di ricerca’ si intendono “*le università, comprese le relative biblioteche, gli istituti di ricerca o qualsiasi altra entità il cui obiettivo primario è quello di condurre attività di ricerca scientifica o di svolgere attività didattiche che includano la ricerca scientifica, che alternativamente:*

a) operino senza scopo di lucro o il cui statuto prevede il reinvestimento degli utili nelle attività di



ricerca scientifica, anche in forma di partenariato pubblico-privato;

b) *perseguano una finalità di interesse pubblico riconosciuta da uno Stato membro dell'Unione europea*”, mentre non si considerano organismi di ricerca “*quelli sui quali è esercitata da imprese commerciali un'influenza determinante tale da consentire un accesso su base preferenziale ai risultati generati dalle attività di ricerca scientifica*” (art. 70-ter commi 4 e 5 l.a.).

Fuori dalla suddetta eccezione, dichiaratamente intesa a favorire gli scopi di ricerca scientifica perseguiti dai suddetti soggetti, la disciplina è disegnata dall'art. 70-quater l.a. in modo tale da dipendere sostanzialmente dalla volontà dei titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi nonché dai titolari delle banche dati. Ed infatti, ai sensi dell'art. 70-quater l.a., fuori dai casi dell'eccezione appena riferita, disciplinata dall'art. 70-ter, “*sono consentite le riproduzioni e le estrazioni da opere o da altri materiali contenuti in reti o in banche di dati cui si ha legittimamente accesso ai fini dell'estrazione di testo e di dati*”, ma si aggiunge subito appresso che “[l]'estrazione di testo e di dati è consentita quando l'utilizzo delle opere e degli altri materiali non è stato espressamente riservato dai titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi nonché dai titolari delle banche dati”. Numerose perplessità hanno accompagnato le previsioni della Direttiva in relazione all'effettiva portata del diritto di riproduzione e alla sua applicazione nel contesto di attività di TDM, così come in relazione alle nozioni di ‘testo’, ‘dati’ ed ‘informazioni’, non definiti nella Direttiva (e nemmeno nel Decreto), nonché in relazione recepimento nazionale, che, per certi aspetti, sembra essere anche più restrittivo della disciplina della Direttiva nel configurare l'ambito delle eccezioni e delle limitazioni. Si tratta comunque di una novità che ha una sicura importanza nel disegnare il rapporto tra diritti esclusivi e uso automatizzato delle opere.

Il Decreto, inoltre, interviene introducendo nella l.a. un nuovo Titolo II-*quinques*, a sostegno degli istituti di tutela del patrimonio culturale nella digitalizzazione e diffusione, anche transfrontaliera, delle opere e di altri materiali fuori commercio inserendo gli artt. da 102-*undecies* a 102-*septiesdecies* l.a., che dettagliano: la definizione di ‘opere e di altri materiali fuori commercio’ e le procedure per individuare ulteriori elementi per la definizione di opere fuori commercio; la gestione delle licenze collettive estese e l'applicazione dell'eccezione specifica; la risoluzione dei conflitti concernenti la disciplina delle opere orfane; la regolamentazione delle misure di pubblicità. Lo sfruttamento delle opere fuori commercio può

avvenire solo ove l'istituto di tutela del patrimonio culturale (come definito dall'art. 70-ter l.a.), accertata la natura di opera o materiale fuori commercio, abbia richiesto all'organismo di gestione collettiva di cui al D.Lgs. 35/2017, rappresentativo dei titolari dei diritti per tipologia di opera o di diritto oggetto della licenza, il rilascio di una licenza a fini non commerciali per la riproduzione, la distribuzione, la comunicazione o la messa a disposizione al pubblico dell'opera.

Qualora il titolare dei diritti non abbia conferito mandato ad alcun organismo di gestione collettiva, la competenza al rilascio della licenza spetterà all'organismo che a livello nazionale sia sufficientemente rappresentativo dei titolari dei diritti, ovvero ai tre organismi maggiormente rappresentativi. Inoltre, i titolari dei diritti, ai sensi dell'art. 102-*quaterdecies* l.a., possono sempre ottenere l'esclusione delle loro opere dall'applicazione delle licenze collettive estese.

Uno degli articoli che in sede di recepimento ha fatto più discutere è l'articolo 14 della Direttiva, che liberalizza la riproduzione delle opere delle arti visive ormai cadute in pubblico dominio. La norma deriva dalla necessità di risolvere la specifica esigenza di dare effettività al pubblico dominio, liberalizzando le riproduzioni fotografiche che non abbiano carattere creativo, sorta in seguito ad una recente pronuncia della Corte di Giustizia Federale tedesca. La disposizione ha destato interrogativi con riguardo alle possibili modalità della sua trasposizione nel nostro ordinamento, alla luce del fatto che essa si pone in conflitto con la disciplina autorale della fotografia semplice (art. 87 l.a.) ed ancor di più con quanto disposto dal Codice dei beni culturali e del paesaggio (D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, c.d. Codice Urbani), che sottopone ad una concessione la riproduzione di beni culturali per scopi commerciali (art. 108 Codice dei beni culturali e del paesaggio). Da parte dei sostenitori dell'*open access* alla cultura non erano mancate dichiarazioni di soddisfazione per l'intravista possibilità di una piena liberalizzazione della riproduzione del patrimonio culturale, che sarebbe seguita al recepimento della norma in questione, compresa la possibilità di realizzazione della c.d. libertà di panorama. Questa norma è oggi stata trasfusa nel nuovo articolo 32-*quater* l.a., che però, per un verso, si limita a recepire letteralmente il testo europeo, non consentendo di chiarire il rapporto con la disciplina nazionale della fotografia semplice, dall'altro fa espressamente salvo il regime del Codice dei beni culturali e del paesaggio: “*Alla scadenza della durata di protezione di un'opera delle arti visive, anche come individuate all'articolo 2, il materiale derivante da un atto di riproduzione*





| 162

di tale opera non è soggetto al diritto d'autore o a diritti connessi, salvo che costituisca un'opera originale. Restano ferme le disposizioni in materia di riproduzione dei beni culturali di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42". La norma lascia integralmente in vigore le disposizioni confliggenti previste dal Codice Urbani, mancando così l'occasione di realizzare le intenzioni della Direttiva

Acceso è stato pure il dibattito antecedente al recepimento del successivo art. 15 della Direttiva, che introduce nell'*acquis* unionale un nuovo diritto connesso in favore degli editori *online*. L'intervento ha lo scopo di disciplinare il tema dell'utilizzo *online* dei contributi editoriali da parte dei prestatori di servizi della società dell'informazione come fenomeno potenzialmente lesivo del diritto d'autore. Il legislatore ha dunque previsto per gli editori un diritto connesso a quello dell'autore per la riproduzione e la messa a disposizione del pubblico di pubblicazioni di carattere giornalistico, sottoponendo la condivisione *online* degli stessi da parte dei prestatori dei servizi, ad una autorizzazione da parte dell'editore.

Non sono coperti da tale diritto connesso i collegamenti ipertestuali, le singole parole e gli estratti molto brevi; sono inoltre liberi gli utilizzi privati e non commerciali dell'opera in questione. L'articolo è stato recepito in sede nazionale agli artt. 43-*bis* e 70-*quinqüies* l.a. È però presente, nel testo di recepimento una importante precisazione tutta italiana in relazione alla definizione di "*estratto molto breve di pubblicazione di carattere giornalistico*", per tale intendendosi una "*qualsiasi porzione di tale pubblicazione che non dispensi [il lettore] dalla necessità di consultazione dell'articolo giornalistico nella sua integrità*" (art. 43-*bis* co. 7 l.a.).

Le norme, in ossequio a quanto traspongono, riconoscono il diritto agli autori e agli editori ad una remunerazione. Tuttavia, la formulazione dell'obbligo, introdotto dal comma 8 dell'articolo 43-*bis* l.a., per i prestatori di servizi di corrispondere un "*equo compenso*" agli editori, ha fatto dubitare della sua conformità alla Direttiva e, sul piano nazionale, del rispetto dei limiti di cui alla legge delega che ha incaricato il Governo, per la circostanza che tale previsione sembra trasformare il diritto esclusivo degli editori a una sorta di diritto a un equo compenso. Il medesimo comma prevede anche che entro 60 giorni dall'entrata in vigore del Decreto l'AGCOM adotti un regolamento che individui i criteri per la determinazione del compenso. Proprio su questa ultima previsione, l'AGCM – in un più ampio parere sull'attuazione della Direttiva, espresso nell'adunanza del 31 agosto 2021

(<https://www.agcm.it/dotcmsdoc/bollettini/2021/38-21.pdf>) – si era espressa contrariamente, ritenendo l'intervento dell'autorità pubblica ingiustificatamente limitativo della libertà contrattuale degli operatori economici. L'AGCM aveva pertanto suggerito di demandare il compito di intermediazione agli organismi di gestione collettiva e alle entità di gestione indipendenti, ma il legislatore italiano non ha accolto il suggerimento.

Infine, l'articolo 17 della Direttiva, trasposto nel Titolo II- *quater* l.a., contiene il riconoscimento che, come sostenuto da tempo dalla giurisprudenza, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* effettuano un atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico in relazione agli atti di caricamento di materiali o di opere protette effettuato dai loro utenti (c.d. *user generated content*). Per questi atti non si applica il regime di esonero di responsabilità già previsto dalla Direttiva 2000/31/CE (c.d. direttiva sul commercio elettronico), con la conseguenza che, in assenza di una valida autorizzazione, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* devono porre in essere una serie di specifiche attività (*best efforts*) volte a garantire i diritti esclusivi degli autori, altrimenti incorrendo in responsabilità. A tale regime sono però affiancate delle eccezioni e delle fattispecie di esenzione parziale da responsabilità per certe tipologie di ISP. Di particolare interesse è il recepimento all'articolo 102-*decies* l.a. del procedimento di reclamo e ricorso, previsto dal comma 9 dell'art. 17 della Direttiva. Interessante segnalare che, come previsto dalla Direttiva, anche l'art. 102-*decies* l.a. prevede che le decisioni sulla richiesta di disabilitazione o la rimozione dei contenuti debbano essere soggette a "*verifica umana*". In più, però, il nostro legislatore ha scelto, in assenza di una simile disposizione della Direttiva, di disabilitare i contenuti fino al termine della procedura di reclamo, tutelando così maggiormente il titolare dei diritti (art. 102-*decies*, co. 3 l.a.: "*Nelle more della decisione sul reclamo, i contenuti in contestazione rimangono disabilitati.*"). Inoltre si evidenzia che la gestione dei ricorsi è stata attribuita alla competenza di AGCOM che dovrà, entro 60 giorni dall'entrata in vigore del Decreto in argomento, emanare un regolamento *ad hoc*. È tuttavia precisato che è impregiudicato il diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria (art. 102-*decies*, co. 4 l.a.).

In conclusione, è possibile ritenere che il Decreto introduca delle importanti novità alla disciplina del diritto d'autore, la cui concreta portata si coglierà nel prossimo futuro.

EMANUELA BURGIO

<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2021-11-08;177>

2. L'attuazione della direttiva "Open Data" (UE) 2019/1024, relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico (D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 200, modificativo del D.Lgs. 36/2006)

Il 15 dicembre 2021 è entrato in vigore il D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 200, recante le disposizioni di attuazione, nell'ordinamento italiano, della direttiva (UE) 2019/1024 del 20 giugno 2019, "*relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*" (c.d. direttiva *Open Data*), che ha abrogato la direttiva 2003/98/CE, "*relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*".

La direttiva *Open Data* detta standard 'minimi' sul riutilizzo dei documenti – nella disponibilità di enti pubblici e di imprese pubbliche e private degli Stati Membri – contenenti dati pubblici, al fine di promuovere l'utilizzo dei 'dati aperti' e di incentivare la ricerca e l'innovazione. E l'art. 1 del D.Lgs. n. 200/2021, che a tale direttiva ha dato attuazione, ha recato importanti modifiche al D.Lgs. 24 gennaio 2006, n. 36, che aveva a propria volta recepito la direttiva 2003/98/CE. Ai sensi del D.Lgs. 36/2006, 'dato pubblico' è il "dato conoscibile da chiunque" e 'documento' è, secondo la definizione del medesimo Decreto Legislativo, come integrato dal D. Lgs. 200/2021, "la rappresentazione di atti, fatti e dati a prescindere dal supporto, cartaceo o elettronico, registrazione sonora, visiva o audiovisiva o qualsiasi parte di tale contenuto nella disponibilità della pubblica amministrazione o dell'organismo di diritto pubblico. La definizione di documento non comprende i programmi informatici".

Si riportano di seguito le principali novità introdotte dal nuovo articolo.

Il comma 2 prevede un'estensione dell'ambito applicativo del D.Lgs. n. 36/2006, tanto sul piano soggettivo che su quello oggettivo. In particolare, esso stabilisce, per un verso, che anche le imprese pubbliche e private sono tenute a rendere disponibili, ai fini del relativo riutilizzo, i documenti contenenti dati pubblici e, per altro verso, che il decreto trova altresì applicazione con riguardo ai 'dati della ricerca', agli altri dati nella disponibilità di imprese pubbliche e private che assolvano oneri od obblighi di servizio pubblico

ovvero siano, in generale, gestori di servizi pubblici con riguardo ai servizi di pubblico interesse, nonché ai documenti ai quali si applica il D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 32.

Il comma 3 modifica alcune delle definizioni contenute nel decreto del 2006, da un lato, aggiornando riferimenti normativi ormai superati (come nel caso della definizione di 'pubblica amministrazione') e, d'altro lato, introducendo nuove definizioni, sulla scia di quanto previsto dalla direttiva: è il caso delle definizioni di 'anonimizzazione', 'dati dinamici', 'dati della ricerca', 'serie di dati di elevato valore' e 'riutilizzo', che si trovano nelle seguenti nuove lettere dell'art. 2 co. 1 D.Lgs. 36/2006 così formulate:

"c-*quinquies*) anonimizzazione: la procedura mirante a rendere anonimi documenti, rendendoli non riconducibili a una persona fisica identificata o identificabile, ovvero la procedura mirante a rendere anonimi dati personali in modo da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato;

c-*sexies*) dati dinamici: documenti informatici, soggetti ad aggiornamenti frequenti o in tempo reale, in particolare a causa della loro volatilità o rapida obsolescenza;

c-*septies*) dati della ricerca: documenti informatici, diversi dalle pubblicazioni scientifiche, raccolti o prodotti nel corso della ricerca scientifica e utilizzati come elementi di prova nel processo di ricerca, o comunemente accettati nella comunità di come necessari per convalidare le conclusioni e i risultati della ricerca;

c-*octies*) serie di dati di elevato valore: documenti il cui riutilizzo è associato importanti benefici per la società, l'ambiente e l'economia, in considerazione della loro idoneità per la creazione di servizi, applicazioni a valore aggiunto e nuovi posti di lavoro, nonché del numero dei potenziali beneficiari dei servizi e delle applicazioni a valore aggiunto basati su tali serie di dati; [...]

e) riutilizzo: l'uso da parte di persone fisiche o giuridiche di documenti detenuti da:

1) pubbliche amministrazioni o organismi di diritto pubblico, per fini commerciali o per fini non commerciali, diversi da quelli istituzionali per i quali i documenti sono stati prodotti, fatta eccezione per lo scambio di documenti tra pubbliche amministrazioni, o organismi di diritto pubblico, ovvero tra amministrazioni e organismi di diritto pubblico, posto in essere esclusivamente nell'ambito dell'espletamento dei compiti istituzionali di cui sono titolari;

2) imprese pubbliche e imprese private di cui all'articolo 1, comma 2-*quater*, per fini



commerciali o per fini non commerciali, diversi da quelli relativi alla fornitura dei servizi di interesse generale per i quali i documenti sono stati prodotti, fatta eccezione per lo scambio di documenti tra imprese pubbliche e pubbliche amministrazioni o organismi di diritto pubblico posto in essere esclusivamente nell'ambito dell'espletamento dei compiti istituzionali delle pubbliche amministrazioni”.

Il comma 4 introduce poi alcune modifiche alle esclusioni dall'ambito applicativo della disciplina. Tra queste, particolarmente rilevanti appaiono quelle relative ai documenti: (i) detenuti da imprese pubbliche, prodotti al di fuori della prestazione di servizi di interesse generale e/o connessi ad attività direttamente esposte alla concorrenza e non soggette alle norme in materia di appalti; (ii) esclusi dall'accesso procedimentale o dall'accesso civico semplice o generalizzato, ai sensi della normativa vigente; (iii) per i quali l'accesso è escluso, limitato o comunque pregiudizievole per la vita privata o l'integrità delle persone, alla luce delle norme in materia di protezione dei dati personali.

Il comma 6 riscrive integralmente il procedimento relativo all'esame della richiesta di riutilizzo dei documenti racchiuso all'art. 5 del decreto modificato. In particolare, stabilisce un termine di 30 giorni (prorogabile per ulteriori 20, “nel caso in cui le richieste siano numerose o complesse”) ai fini dell'esame delle richieste: in caso di decisione positiva, i documenti sono resi disponibili al richiedente, ove possibile, in forma elettronica e, se necessario, mediante licenza. Avverso l'eventuale provvedimento di diniego, necessariamente motivato, il richiedente può esperire i mezzi di tutela previsti dall'art. 25, comma 4 e 5, della l. n. 241/1990.

Il nuovo art. 6 del D.Lgs. n. 36/2006, introdotto dal comma 7 dell'art. 1 D.Lgs. 36/2006, stabilisce poi che gli enti e le imprese pubbliche debbono mettere a disposizione i propri documenti in formato leggibile meccanicamente e aperto; con particolare riguardo ai dati dinamici e ai dati di elevato valore, i documenti devono essere messi a disposizione tramite adeguata *application programming interface* (API) e, ove possibile, mediante *download* in blocco.

Fermo il principio relativo alla gratuità della messa a disposizione dei dati, il comma 8 fa salva la possibilità per i detentori di richiedere un corrispettivo per il recupero dei costi marginali per le attività svolte a tal fine, nonché per l'anonimizzazione dei dati personali o per proteggere le informazioni commerciali di carattere riservato. Si fa poi rinvio a un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze per l'individuazione

dell'elenco dei soggetti esclusi dal principio di gratuità.

Il comma 9 novella l'art. 8 del D.Lgs. n. 36/2006, prevedendo l'adozione di licenze standard per il riutilizzo dei dati: si stabilisce, in particolare, che esse non devono subordinare il riutilizzo a condizioni, salvo queste siano obiettive, proporzionate, non discriminatorie e comunque giustificate da un pubblico interesse.

Il comma 11 introduce il nuovo art. 9-*bis* del D.Lgs. n. 36/2006, concernente il riutilizzo dei ‘dati della ricerca’ allorquando essi siano il risultato di attività di ricerca finanziata con fondi pubblici e quando gli stessi dati siano resi pubblici, anche attraverso l'archiviazione in una banca dati pubblica, da ricercatori, organizzazioni che svolgono attività di ricerca e organizzazioni che finanziano la ricerca, tramite una banca dati gestita a livello istituzionale o su base tematica. Esso prevede che tali dati debbano essere riutilizzabili a fini commerciali e no, in conformità a quanto previsto dal decreto e comunque nel rispetto della disciplina sulla protezione dei dati personali, degli ‘interessi commerciali’, dei diritti di proprietà intellettuale e di proprietà industriale. Inoltre, è prescritto che tali dati debbano rispettare i requisiti di reperibilità, accessibilità, interoperabilità e riutilizzabilità.

Quanto, poi, alla possibilità di stipulare accordi di esclusiva, il comma 13 – modificando l'art. 11 del D.Lgs. n. 36/2006 – prevede che essi possano essere conclusi solo ove necessari, ossia se per l'erogazione di un servizio d'interesse pubblico è necessario un diritto esclusivo, e che comunque la fondatezza del motivo di attribuzione dell'esclusiva sia soggetta a valutazione periodica (con cadenza almeno triennale). In ogni caso, tali accordi devono contenere termini trasparenti e pubblicati sul sito istituzionale prima che abbiano effetto. La disciplina dell'art. 11 trova applicazione anche con riferimento alle disposizioni che, pur non concedendo espressamente un'esclusiva, limitano la possibilità di riutilizzo dei documenti da parte di terzi rispetto all'accordo.

Il comma 14 modifica l'art. 12 del decreto del 2006, stabilendo che l'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) adotti le linee guida contenenti le regole tecniche per l'attuazione del D.Lgs. n. 200/2021.

Il comma 15, infine, inserisce un nuovo articolo (12-*bis*) al D.Lgs. n. 36/2006, riguardante specifiche serie di dati di elevato valore, individuate dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 14, paragrafo 1 della *Open Data Directive*. Tali serie debbono essere rese disponibili gratuitamente, leggibili meccanicamente, fornite mediante API e mediante *download* in blocco, se del caso.

Infine, gli articoli 2 e 3 del D.Lgs. n. 200/2021 prevedono, rispettivamente, l'abrogazione dell'art. 3 del D.Lgs. 18 maggio 2015, n. 102 (che aveva dato attuazione alla direttiva 2013/37/UE, modificativa della menzionata direttiva 2003/98/CE) e l'esclusione di nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica derivanti dall'attuazione del decreto.

RICCARDO ALFONSI

<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2021-11-08;200>

3. L'attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (D. Lgs. 8 novembre 2021, n. 207, modificativo del D. Lgs. 259/2003)

Il 24 dicembre 2021 è entrato in vigore il Decreto Legislativo n. 207 dell'8 novembre 2021 (il **"Decreto"**), che dà attuazione alla direttiva (UE) 2018/1972 relativa al Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (innanzi anche solo il **"Codice"**).

In precedenza, il 4 febbraio 2021, l'Italia insieme ad altri 24 Stati membri era stata sanzionata per il ritardo nel recepimento della direttiva, il cui termine finale era stato previsto per il 21 dicembre 2020.

Il Decreto va a sostituire i primi 98 articoli del Codice delle comunicazioni elettroniche (D. Lgs. 259/2003) e, di fatto, incide profondamente sulla previgente disciplina.

Esso, infatti, riguarda sia le reti e ed i servizi di comunicazione elettronica ad uso pubblico sia le reti ed i servizi di comunicazione elettronica ad uso privato, oltre a disciplinare il mercato delle reti di comunicazione per la diffusione circolare di programmi sonori e televisivi nonché tutti i servizi radioelettrici e a predisporre strumenti di tutela degli impianti sottomarini di comunicazione elettronica.

Le novità più rilevanti attengono agli obblighi di trasparenza imposti agli operatori, la durata dei contratti ed il diritto di recesso. Sono riconosciuti maggiori poteri all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e si prevedono modifiche in materia edilizia.

In merito agli obblighi di trasparenza per gli operatori, a norma dell'art. 98-*septies decies* del Codice, «se il contratto prevede la proroga automatica di un contratto», essi informano

«l'utente finale, in modo chiaro e tempestivo e su un supporto durevole, circa la fine dell'impegno contrattuale e in merito alle modalità di recesso dal contratto e migliori tariffe relative ai loro servizi», e sono tenuti almeno una volta all'anno ad aggiornare gli utenti finali in merito alle migliori tariffe.

Per quanto concerne la durata dei contratti, essa non può essere superiore ai 24 mesi, con l'obbligo in capo ai fornitori di prevedere che tra le offerte commerciali almeno una abbia una durata massima iniziale di 12 mesi.

Il diritto di recesso dell'utente viene rafforzato ulteriormente. Si prevede, difatti, che l'utente finale abbia il diritto di recedere dal contratto in qualsiasi momento con un preavviso di massimo un mese, nel caso in cui sia prevista la proroga automatica del contratto. In ogni modo, l'utente può esercitare il suo diritto di recesso entro sessanta giorni dall'avvenuta comunicazione di modifica delle condizioni contrattuali. Inoltre, i fornitori sono tenuti ad informare «gli utenti finali, con preavviso non inferiore a trenta giorni, di qualsiasi modifica delle condizioni contrattuali e, al contempo, del loro diritto di recedere dal contratto senza incorrere in alcuna penale né ulteriore costo di disattivazione se non accettano le nuove condizioni» (nuovo art. 98-*septies decies* del Codice).

Sono notevolmente ampliati i poteri sanzionatori concessi all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, come si evince dall'art. 30 del Decreto. Nello specifico, l'AGCOM può emettere sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti di imprese aventi significativo potere di mercato non inferiori al 2 per cento e non superiore al 5 per cento del fatturato realizzato nell'ultimo bilancio approvato anteriormente alla notificazione della contestazione e relativo al mercato al quale l'inottemperanza si riferisce.

Il Decreto affronta anche alcune questioni disciplinate dal testo Unico per l'edilizia. In particolare, per le nuove costruzioni e per gli interventi su edifici esistenti si richiede l'equipaggiamento digitale e l'attestazione tramite una specifica etichetta di «edificio predisposto alla banda ultra larga».

Inoltre, viene modificato anche l'art. 24 del testo Unico per l'edilizia dedicato all'agibilità degli edifici, sancendo che tra le condizioni della segnalazione certificata di agibilità rientra la certificazione dell'avvenuto rispetto degli obblighi di infrastrutturazione digitale.

In conclusione, si può notare che il nuovo Codice europeo delle comunicazioni elettroniche va ad incidere sia su profili concorrenziali del mercato sia sul fronte della tutela del consumatore, assumendo una prospettiva ampia di disciplina.



ENZO MARIA INCUTTI

<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2021:207>

| 166

4. Verso il Data Act: la proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio su regole armonizzate sull'accesso equo e l'uso dei dati (legge sui dati) COM(2022) 68 final del 23.2.2022

Con il documento COM(2022) 68 *final* del 23 febbraio 2022, recante “Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'accesso equo e l'uso dei dati (legge sui dati)” (la “**Proposta di Data Act**”), la Commissione europea ha pubblicato una proposta di regolamento che si aggiunge agli ormai numerosi interventi riferiti sin nella loro intitolazione ai “dati”. Oltre al GDPR del 2016 “Regolamento generale sulla protezione dei dati” (Reg. UE 2016/679) possiamo citare il “Regolamento sulla libera circolazione dei dati non personali” del 2018 (Reg. UE 2018/1807), la direttiva “*Open Data*” del 2019 (Direttiva UE 2019/1024 relativa alla “apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico” attuata da parte del legislatore italiano con D. Lgs. 8 novembre 2021 n. 200, su cui v. la notizia n. 2, *supra*, in questa Rubrica) e la Proposta di “*Data Governance Act*” del 2020, (Proposta di “regolamento relativo alla *governance* europea dei dati”, del 25 novembre 2020) su cui v. la notizia n. 4 del numero 4/2021 in questa Rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/12/Osservatorio-1.pdf>.

La Proposta di *Data Act* comprende una bozza di regolamento (la “**Bozza di Regolamento**”) ed una relazione esplicativa (la “**Relazione**”).

Il **Capo I** della Bozza di Regolamento (artt. 1-2) ne definisce l'oggetto e il campo di applicazione e contiene le definizioni utilizzate nel corpo del provvedimento. In particolare, secondo l'art. 1 par. 1, il regolamento “stabilisce regole armonizzate sulla messa a disposizione all'utente di un prodotto o di un servizio correlato, di dati generati dall'uso di tale prodotto o servizio, sulla messa a disposizione di dati da parte dei *data holders* ai *data recipients*, e sulla messa a disposizione di dati da parte dei *data holders* a organi del settore pubblico o istituzioni dell'Unione, agenzie o organi, laddove si verifichi una necessità eccezionale, per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse”. L'art. 2 offre la stessa definizione di

‘dati’ contenuta nella Proposta di *Data Governance Act* del 2020, ossia “qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e qualsiasi raccolta di tali atti, fatti o informazioni, anche sotto forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva”. Le definizioni di prodotto e di servizio correlato sono, rispettivamente, le seguenti: “‘prodotto’ significa un oggetto tangibile e mobile, anche se incorporato in un oggetto immobile, che ottiene, genera o raccoglie dati concernenti il suo uso o ambiente e che è capace di comunicare dati attraverso un servizio pubblicamente disponibile di comunicazione elettronica e la cui funzione primaria non consista nell’immagazzinamento e trattamento di dati”, “‘servizio correlato’ significa un servizio digitale, compreso il *software*, che è incorporato o inter-connesso con un prodotto in modo tale che la sua assenza impedirebbe al prodotto di eseguire una delle sue funzioni”. L’ ‘utente’ è definito come “una persona fisica o giuridica che possiede, affitta o noleggia un prodotto o riceve un servizio”. Il ‘*data holder*’ è definito come “una persona giuridica o fisica che ha il diritto o l’obbligo, ai sensi di questo Regolamento, del diritto dell’Unione applicabile o del diritto nazionale che dà attuazione al diritto dell’Unione, o, in caso di dati non personali e attraverso il controllo del disegno tecnico del prodotto e dei servizi correlati, la capacità, di mettere a disposizione certi dati”. Il ‘*data recipient*’ è definito come “una persona giuridica o fisica, che agisce per fini connessi alla sua attività professionale, commerciale o artigianale, diversa dall’utente di un prodotto o di un servizio correlato, al quale il *data holder* mette a disposizione dati, inclusi terzi in conseguenza di una richiesta dell’utente al *data holder* o in conformità a un obbligo discendente dal diritto dell’Unione o dal diritto nazionale che dà attuazione al diritto dell’Unione”. Tra le altre, l’art. 2 contiene anche una definizione di ‘*smart contract*’ quale “programma per elaboratore conservato in un sistema di registro elettronico laddove il risultato dell’esecuzione del programma è registrato nel registro elettronico” e rinvia per la definizione di ‘registro elettronico’ ad una definizione a sua volta oggetto della recente proposta della Commissione (COM(2021) 281 recante la “Proposta di un regolamento che modifichi il Regolamento (UE) n. 910/2014 per quanto riguarda l’istituzione di un quadro per un’identità digitale europea”).

Il **Capo II** (artt. 3-7) è - secondo la Relazione - inteso ad aumentare la certezza per i consumatori e le imprese di accedere ai dati generati dai prodotti e dai servizi correlati che essi utilizzano. Secondo la sintesi contenutistica e finalistica indicata nella



Relazione, le norme di questo Capo prevedono che i prodotti e i servizi debbano essere progettati in un modo che renda i dati facilmente accessibili “*by default*” e che gli utenti debbano essere informati su quali dati sono accessibili e sulle modalità di accesso. L’art. 4 prevede che i dati debbano essere messi a disposizione dell’utente senza costi e, ove non direttamente accessibili, dietro semplice richiesta dell’utente. Sono previste alcune disposizioni che condizionano il diritto di accesso in relazione a segreti commerciali, come definiti dalla Direttiva (UE) 2016/943, e altre che vietano all’utente di utilizzare i dati ottenuti dal *data holder* per sviluppare prodotti che competono con il prodotto da cui generano i dati. Laddove si tratti di dati personali e l’utente non sia la persona interessata, il *data holder* può rendere tali dati personali accessibili all’utente soltanto nel rispetto delle condizioni previste dall’art. 6, par. 1 del GDPR, e, ove applicabile, dall’art. 9 del GDPR. Infine, l’art. 4 prevede che il *data holder* può utilizzare i dati non personali soltanto sulla base di un accordo con l’utente, e vieta al *data holder* di utilizzare i dati per trarne delle informazioni di natura economica, patrimoniale o industriale sull’utente che possano danneggiare la posizione commerciale dell’utente nei mercati in cui l’utente è attivo. L’art. 5 prevede il diritto dell’utente di chiedere al *data holder* di mettere i dati a disposizione di terzi senza spese per l’utente. L’art. 5 prevede che non possano agire per ottenere i dati ai sensi dell’art. 4 le imprese che forniscono servizi di piattaforma di base che hanno requisiti per qualificarsi come *gatekeepers* ai sensi del (non ancora approvato) *Digital Markets Act*, sul quale v. la notizia 4 pubblicata sul numero 1/2021 di questa Rubrica (<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Osservatorio.pdf>). L’art. 6 prevede gli obblighi e i divieti in capo ai terzi ai quali vengono messi a disposizione i dati ai sensi dell’art. 5. È previsto che il trattamento dei dati da parte di questi soggetti debba essere limitato alle finalità e alle condizioni concordate con l’utente, nel rispetto dei diritti della persona interessata, relativamente ai dati personali, e con obbligo di cancellazione dei dati quando essi cessano di essere necessari per la finalità concordata. Tra i divieti è previsto anche in capo ai terzi il divieto di mettere i dati a disposizione di imprese che forniscono servizi di piattaforma di base che hanno i requisiti per qualificarsi come *gatekeepers* ai sensi del (non ancora approvato) *Digital Markets Act*. Infine, l’art. 7 dispone che gli obblighi di questo Capo non si applicano ai dati generati da prodotti realizzati o da servizi correlati prestati da piccole e microimprese

(ai sensi dell’Articolo 2 dell’Allegato alla Raccomandazione 2003/361/CE).

Il **Capo III** (artt. 8-12) detta alcune regole da osservarsi allorché i *data holders* sono obbligati (o sulla base di quanto previsto nel Capo II o sulla base di altre disposizioni del diritto dell’Unione o degli Stati membri) a mettere i dati a disposizione dei *data recipients*. Secondo la sintesi di cui alla Relazione, le disposizioni degli articoli 8 e 9 prevedono che le condizioni della messa a disposizione dei dati da parte dei *data holders* in favore dei *data recipients* debbano essere “*fair*” e non discriminatorie, e che, laddove sia previsto un corrispettivo, esso debba essere “*reasonable*”, senza pregiudizio per altre disposizioni del diritto dell’Unione o del diritto nazionale derivato di escludere o ridurre un simile corrispettivo. È previsto in ogni caso che ai *data recipients* aventi le dimensioni di microimprese, piccole o medie imprese (come definite ai sensi dell’Articolo 2 dell’Allegato alla Raccomandazione 2003/361/CE) non possa essere chiesto un corrispettivo il cui importo ecceda i costi sopportati dai *data holders* per mettere i dati a loro disposizione, salvo che sia diversamente previsto nelle legislazioni di settore. L’art. 10 prevede che organi speciali, certificati dagli Stati membri, siano dedicati alla risoluzione di controversie tra *data holders* e *data recipients* aventi ad oggetto la determinazione delle condizioni di messa a disposizione dei dati ai sensi degli articoli 8 and 9.

Il **Capo IV** (composto del solo art. 13) intitolato “*Unfair terms related to data access and use between enterprises*” riguarda le clausole contrattuali concernenti l’accesso a dati o l’uso di dati o la responsabilità e i rimedi per l’inadempimento o l’estinzione di obbligazioni relative a dati, che siano “imposte unilateralmente” da imprese a microimprese, piccole o medie imprese (come definite ai sensi dell’Articolo 2 dell’Allegato alla Raccomandazione 2003/361/CE). L’art. 13 ricalca la terminologia e la tecnica normativa della direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Secondo la sintesi della Relazione, l’obiettivo è quello di impedire che gli accordi contrattuali sull’accesso ai dati e l’uso di dati consentano di approfittare di squilibri nel potere negoziale tra le parti contraenti. Lo strumento del test di “*unfairness*” prevede una definizione generale di abusività e due elenchi di clausole, uno relativo a clausole da intendersi in ogni caso abusive (tra cui quelle che consentono al predisponente di determinare la “conformità dei dati al contratto”) e l’altro di clausole che si presumono abusive. L’art. 34 (contenuto nel Capo IX) prevede che la





| 168

Commissione debba predisporre e raccomandare modelli non vincolanti di contratto sull'accesso ai dati e l'uso di dati come strumento di ausilio alle parti nella redazione e negoziazione di contratti con diritti e doveri contrattuali equilibrati.

Il **Capo V** (artt. 14-22) è inteso a creare, secondo la presentazione della Relazione, un quadro armonizzato di regole per l'uso da parte di organi del settore pubblico e istituzioni dell'Unione di dati detenuti da imprese in situazioni nelle quali si riscontra una esigenza eccezionale dei dati richiesti. Il quadro si basa su un obbligo di mettere i dati a disposizione che sorge solo in caso di emergenze pubbliche ovvero in situazioni in cui gli organi del settore pubblico hanno una esigenza eccezionale di utilizzare certi dati, ma tali dati non possono ottenersi sul mercato, o in modo tempestivo attraverso l'emanazione di una nuova legislazione o per mezzo di obblighi già esistenti. È previsto che nel caso di un'esigenza eccezionale di rispondere ad una emergenza pubblica, come emergenze di salute pubblica o grandi disastri naturali o indotti dall'uomo, i dati dovranno essere messi a disposizione gratuitamente. In altri casi di esigenza eccezionale, incluso il caso di esigenze legate alle conseguenze di una emergenza pubblica, il *data holder* che mette i dati a disposizione ha diritto a una remunerazione comprensiva dei costi più un margine ragionevole. Per evitare abusi, è previsto che le richieste debbano essere proporzionate, che esse debbano indicare chiaramente gli obiettivi che si intendono perseguire e che rispettino gli interessi dei *data holder* che mettono i dati a disposizione. È previsto che autorità competenti *ad hoc* siano investiti del compito di assicurare la trasparenza e la pubblicazione di tutte le richieste e di gestire le relative eventuali doglianze.

Il **Capo VI** (artt. 23-26) prevede in capo ai fornitori di servizi *cloud*, *edge* ed altri servizi di trattamento di dati una serie di requisiti di natura contrattuale, commerciale e tecnica al fine di consentire la commutazione tra tali servizi. In particolare, la Proposta di *Data Act*, secondo la Relazione, mira ad assicurare che i clienti mantengano un minimo livello di funzionalità del servizio dopo che essi hanno ottenuto la commutazione in favore di un altro fornitore del servizio. La Proposta di *Data Act* contiene una eccezione per il caso di impraticabilità tecnica della commutazione, ma pone l'onere della prova al riguardo in capo al fornitore del servizio. La Proposta di *Data Act* non prevede standard tecnici delle interfacce, ma richiede che i servizi siano compatibili con gli standards europei, o, ove disponibili, con le specificazioni tecniche di interoperabilità aperta.

Il **Capo VII** (composto del solo art. 27) mira a contrastare l'accesso illegittimo ai dati non personali detenuti nell'Unione da fornitori di servizi di trattamento dei dati offerti nel mercato dell'Unione. Al riguardo sono previsti in capo ai fornitori di servizi di trattamento dei dati una serie di obblighi di salvaguardia di natura tecnica, legale e organizzativa.

Il **Capo VIII** (artt. 28-30) prevede alcune prescrizioni relative all'interoperabilità per gli operatori di "*data spaces*" e per i fornitori di servizi di trattamento di dati nonché alcuni requisiti per gli *smart contracts*.

Il **Capo IX** (art. 31 -34) prevede *inter alia* che gli Stati membri designino una o più autorità competenti per l'applicazione delle disposizioni del Regolamento, per l'esame di doglianze nonché per l'irrogazione di sanzioni per il caso di violazioni delle medesime disposizioni.

Il **Capo X** (composto del solo art. 35) prevede che il diritto *sui generis* di cui alla direttiva sulle banche di dati (Direttiva 96/9/CE) non si applichi alle banche di dati ottenute o generate dall'uso di un prodotto o di un servizio correlato. La Relazione spiega che tale previsione mira ad evitare che possano essere compromessi i diritti degli utenti ai sensi degli articoli 4 e 5 del Regolamento.

Infine, il **Capo XI** permette alla Commissione di adottare atti delegati per introdurre un meccanismo di monitoraggio sulle tariffe di commutazione imposte ai fornitori di servizi di trattamento di dati, al fine di specificare i requisiti essenziali riguardanti l'interoperabilità, e di pubblicare informazioni relative alle specificazioni e agli standard di interoperabilità. Si prevede inoltre l'adozione di specifiche tecniche comuni per gli *smart contracts* per l'ipotesi di carenza o insufficienza di *standards* armonizzati idonei a garantire la conformità ai requisiti essenziali previsti dal Regolamento.

SALVATORE ORLANDO

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0068&from=EN>

5. La proposta di Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale COM(2022) 28 final del 26 gennaio 2022.

Il 26 gennaio 2022 la Commissione ha proposto una dichiarazione solenne interistituzionale sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale: la

Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale, del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (di seguito anche la “**Dichiarazione**”). Alla base della proposta, c’è la consapevolezza che l’accelerazione della trasformazione digitale e il suo pervadere ogni aspetto della vita delle persone rende sempre più importante che l’Unione Europea specifichi come applicare i suoi valori e i diritti fondamentali nel mondo *online*, non solo con provvedimenti puntuali e relativi a singoli settori, ma anche in modo trasversale e generale.

Il modello di trasformazione digitale auspicato mira a “rafforzare la dimensione umana dell’ecosistema digitale”, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali, del diritto alla protezione dei dati e alla non discriminazione, nonché dei principi di inclusività e di neutralità tecnologica e della rete. Il modello proposto è imperniato sul mercato unico digitale e basato su una tecnologia che contribuisca alla lotta ai cambiamenti climatici e alla protezione dell’ambiente. Sul punto la proposta *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale* si pone in continuità con la [Dichiarazione di Tallinn sull’e-government](https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/ministerial-declaration-egovernment-tallinn-declaration), firmata il 6 Ottobre 2017 da tutti gli Stati membri dell’UE e dai paesi dell’ *European Free Trade Association (EFTA)* (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/ministerial-declaration-egovernment-tallinn-declaration>), con la [Dichiarazione di Berlino sulla società digitale e su un governo digitale fondato sui valori](https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/berlin-declaration-digital-society-and-value-based-digital-government), firmata l’8 Dicembre 2020 dai ministri responsabili di tutti gli Stati membri dell’UE (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/berlin-declaration-digital-society-and-value-based-digital-government>) e con la [Dichiarazione di Lisbona - "Democrazia digitale con uno scopo"](https://futurium.ec.europa.eu/en/digital-compass/digital-principles/library-video/lisbon-declaration-digital-democracy-purpose?language=it-video/lisbon-declaration-digital-democracy-purpose?language=it), presentata all’Assemblea sul digitale nel Giugno 2021 (<https://futurium.ec.europa.eu/en/digital-compass/digital-principles/library-video/lisbon-declaration-digital-democracy-purpose?language=it-video/lisbon-declaration-digital-democracy-purpose?language=it>).

La Dichiarazione si articola in sei capitoli, che hanno i seguenti contenuti.

Capitolo I: mettere le persone al centro della trasformazione digitale. Al fine di mettere concretamente le persone al centro della trasformazione digitale occorre impegnarsi a:

- rafforzare il quadro democratico per una trasformazione digitale che vada a beneficio di ogni persona e migliori la vita di tutti gli europei;
- adottare le misure necessarie per garantire che i valori dell’Unione e i diritti delle persone

riconosciuti dal diritto dell’Unione siano rispettati *online* così come *offline*;

- promuovere un’azione responsabile e diligente da parte di tutti gli attori digitali, pubblici e privati, per un ambiente digitale sicuro e protetto;
- promuovere attivamente questa visione della trasformazione digitale, anche nelle relazioni internazionali.

Capitolo II: solidarietà e inclusione. Il dovere di rispettare la persona umana e la sua dignità prescindono dal luogo o dal tempo nel quale ciascuno esplica la sua personalità.

La dimensione *online* delle nostre vite non può certamente prescindere dalla solidarietà e dall’inclusione. Anche le soluzioni tecnologiche devono, pertanto, consentire l’esercizio dei diritti, promuovere l’inclusione e “perseguire una trasformazione digitale che non lasci indietro nessuno, che includa in particolare gli anziani, le persone con disabilità, le persone emarginate, vulnerabili o prive di diritti, così come coloro che agiscono per loro conto”.

A tal fine è necessario che tutti gli operatori del mercato che traggono vantaggio dalla trasformazione digitale si assumano le proprie responsabilità sociali e contribuiscano in modo equo e proporzionato ai costi delle infrastrutture, dei servizi e dei beni pubblici, a beneficio di tutti gli europei.

La solidarietà e l’inclusione nel mondo digitale non possono prescindere dalla **connettività** digitale ad alta velocità a prezzi accessibili, indipendentemente dal luogo in cui le persone vivono e dal loro reddito, garantendo un’internet neutra e aperta in cui le applicazioni, i servizi e i contenuti non siano bloccati o degradati in modo ingiustificato. L’**inclusione** non può che realizzarsi attraverso il diritto all’istruzione, alla formazione e all’apprendimento al fine di acquisire **competenze digitali** di base e comunque necessarie per partecipare attivamente all’economia, alla società e ai processi democratici.

Le competenze digitali sono uno dei quattro punti cardine della proposta di decisione presentata dalla Commissione “*Path to the Digital Decade*” del 15 Settembre 2021 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_21_4630). Neppure si può prescindere da **condizioni di lavoro** eque, giuste, sane e sicure e, a tal fine, occorre proteggere il lavoratore nell’ambiente digitale, così come nel luogo di lavoro fisico, garantendo che tutti abbiano la possibilità di disconnettersi e di godere di garanzie per l’equilibrio tra vita professionale e vita privata. Ogni persona dovrebbe avere **accesso a tutti i servizi pubblici principali online** in tutta l’Unione.



A nessuno deve essere chiesto di fornire dati più spesso di quanto necessario durante l'accesso ai servizi pubblici digitali e il loro utilizzo. Strategica diventa a tal fine la garanzia di un'identità digitale accessibile, sicura, affidabile e che consenta l'accesso ai servizi *online*, alle informazioni della Pubblica amministrazione ed ai servizi sanitari e assistenziali digitali concepiti per soddisfare le esigenze dei cittadini, comprese le cartelle cliniche.

Capitolo III: libertà di scelta. Nella Dichiarazione emerge la consapevolezza che gli algoritmi influenzano così tanto la nostra vita, dagli aspetti più insignificanti a quelli più importanti, che è persino la libertà di scelta a risentirne, a volte anche inconsapevolmente. Il Capitolo III della Dichiarazione infatti, dedicato alla libertà di scelta, si apre con il riferimento a **Interazioni con algoritmi e sistemi di intelligenza artificiale.**

Ogni persona, si legge, “dovrebbe essere messa nelle condizioni di godere dei benefici offerti dall'intelligenza artificiale facendo le proprie scelte informate nell'ambiente digitale, e rimanendo al contempo protetta dai rischi e dai danni alla salute, alla sicurezza e ai diritti fondamentali”.

A tal fine occorre garantire:

- la trasparenza in merito all'uso degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale e fare in modo che le persone, quando interagiscono con essi, siano autonome, responsabili e informate;

- che i sistemi algoritmici siano basati su insiemi di dati adeguati, al fine di evitare discriminazioni illecite, e consentano la supervisione umana dei risultati che riguardano le persone;

- che le tecnologie come gli algoritmi e l'intelligenza artificiale non siano utilizzate per predeterminare le scelte delle persone, ad esempio per quanto riguarda la salute, l'istruzione, l'occupazione e la vita privata;

- che i sistemi digitali e di intelligenza artificiale siano sicuri e vengano utilizzati nel pieno rispetto dei diritti fondamentali delle persone.

A tal fine devono essere ben definite le responsabilità delle piattaforme, in particolare dei grandi operatori e dei *gatekeeper*, e deve garantirsi che ogni persona possa scegliere realmente quali servizi *online* utilizzare, sulla base di informazioni obiettive, trasparenti e affidabili.

Capitolo IV: partecipazione allo spazio pubblico digitale. Quanto detto per l'inclusione e la solidarietà vale anche per la libertà di espressione che non può certo essere mortificata per il fatto che si espliciti *online*. Ogni persona dovrebbe avere accesso a un ambiente *online* affidabile, sicuro, diversificato e multilingue. L'accesso a contenuti

diversificati contribuisce a un dibattito pubblico pluralistico e dovrebbe consentire a tutti di partecipare al processo democratico. Ogni persona dovrebbe disporre dei mezzi per sapere chi possiede o controlla i servizi mediatici che utilizza. Il ruolo delle piattaforme online, specialmente se di grandi dimensioni, è ormai innegabile, godendo le stesse di un'autorità di fatto e di uno statuto privatistico che mal si concilia con la loro attività potenzialmente capace di produrre effetti rilevanti anche sul piano pubblicistico e istituzionali. Le piattaforme online di dimensioni molto grandi dovrebbero sostenere il libero dibattito democratico online, visto il ruolo svolto dai loro servizi nel plasmare l'opinione pubblica e il dibattito pubblico. Dovrebbero attenuare i rischi derivanti dal funzionamento e dall'uso dei loro servizi, anche in relazione alle campagne di disinformazione, e tutelare la libertà di espressione.

A tal fine occorre adottare misure volte a contrastare tutte le forme di contenuti illegali proporzionalmente al danno che possono causare e nel pieno rispetto del diritto alla libertà di espressione e di informazione, senza imporre obblighi generali di sorveglianza. Si evocano sul punto le scelte fatte con la Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, COM(2020) 825 *final* del 15 dicembre 2020, nota come *Digital Services Act*. (su cui v. la notizia n. 3 nel numero 1/2021 di questa Rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Osservatorio.pdf>).

Capitolo V: sicurezza, protezione e conferimento di maggiore autonomia e responsabilità. Un ambiente online sicuro e protetto è un ambiente nel quale tecnologie, prodotti e servizi digitali, già nella fase di progettazione, sono tali da tutelare la **vita privata delle persone**, la loro **identità digitale** e il diritto alla protezione dei propri dati personali *online*. Tale diritto comprende il **controllo individuale sui dati**, su come sono utilizzati e sui soggetti con i quali sono condivisi. Ogni persona ha diritto alla riservatezza delle proprie comunicazioni e delle informazioni sui propri dispositivi elettronici e nessuno può essere sottoposto a misure illecite di sorveglianza o intercettazione *online*.

Ogni persona dovrebbe essere in grado di determinare la propria eredità digitale e decidere cosa succede, dopo la sua morte, alle informazioni pubblicamente disponibili che la riguardano.

Particolarmente delicato è il problema della garanzia di una partecipazione *online* adeguata all'età; problema che la Dichiarazione non trascura,



allorché prevede che **i bambini e i giovani online dovrebbero essere protetti e dotati di maggiore autonomia e responsabilità**. Anche a tal fine non si può prescindere da offrire adeguate opportunità per consentire ai giovani, anche minori, capacità e competenze necessarie per navigare nell'ambiente *online* in modo attivo e sicuro, per compiere scelte informate *online* e esprimere, anche in tale ambito, la propria creatività.

Soprattutto con riferimento a questi soggetti, potenzialmente più vulnerabili degli adulti, non si può prescindere da strumenti idonei a proteggerli dai contenuti dannosi e illegali, dallo sfruttamento, dalla manipolazione e dagli abusi *online*, impedendo che lo spazio digitale sia utilizzato per commettere o facilitare reati.

I minori hanno il diritto di essere protetti da tutti i reati commessi o facilitati attraverso le tecnologie digitali.

Capitolo VI: sostenibilità. Favorire lo sviluppo e l'utilizzo di tecnologie digitali sostenibili significa favorire lo sviluppo e l'utilizzo di tecnologie che abbiano un impatto ambientale minimo e sviluppare e diffondere soluzioni digitali con ricadute positive per l'ambiente e il clima.

A tal fine è necessario promuovere un'economia circolare nella quale prodotti e servizi digitali siano progettati, prodotti, utilizzati, smaltiti e riciclati in modo da ridurre al minimo il loro impatto negativo a livello ambientale e sociale.

Soprattutto è necessario consentire ad ogni persona di dare un contributo concreto alla sostenibilità e attraverso le proprie scelte. Ma ciò è possibile solo se è consentito a ciascuno di avere accesso a informazioni precise e di facile comprensione sull'impatto ambientale e sul consumo energetico dei prodotti e dei servizi digitali, in modo da essere in grado di compiere scelte responsabili.

SARA TOMMASI

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-puts-forward-declaration-digital-rights-and-principles-everyone-eu>

6. La proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica COM(2021) 731 final del 25 novembre 2021

Con il documento COM(2021) 731 *final* del 25 novembre 2021, recante "Proposta di regolamento

del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica", la Commissione europea ha pubblicato una proposta di regolamento in materia di "pubblicità politica" che comprende una bozza di regolamento (la "**Bozza di Regolamento**") ed una relazione esplicativa (la "**Relazione**").

Nella Relazione, è specificato che scopo della proposta è contribuire al buon funzionamento del mercato interno della pubblicità politica con norme armonizzate – indirizzate ai prestatori di servizi di pubblicità politica - che garantiscano un livello di trasparenza elevato della pubblicità politica e servizi connessi. Altro scopo della proposta, indicato nella Relazione, è quello di tutelare le persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, in particolare attraverso norme sull'uso delle tecniche di *targeting* e della c.d. "amplificazione" sempre in ambito di pubblicità politica. La Bozza di Regolamento prevede che tali norme si applicheranno a tutti i titolari del trattamento - quindi non solo ai prestatori di servizi di pubblicità politica - che fanno uso delle tecniche di *targeting* e "amplificazione". L'art. 2 della Bozza di Regolamento definisce le "tecniche di targeting o amplificazione" come segue: "*le tecniche usate per rivolgere solo a una persona specifica o a un gruppo specifico di persone un messaggio di pubblicità politica concepito su misura, o per aumentarne la diffusione, la portata o la visibilità*".

Nella Relazione si osserva che i servizi di pubblicità politica sono in fase di espansione nell'UE, e che, a fronte di ciò, il quadro, già molto frammentato, delle norme nazionali, è reso ancor maggiormente frammentario dalle innovazioni tecnologiche della comunicazione e dalla necessità degli Stati membri, di dare risposte alle nuove, conseguenti, forme della pubblicità politica. La Relazione riconosce che i dati personali dei cittadini dell'Unione sono utilizzati per indirizzare messaggi politici e per amplificarne l'impatto e la diffusione, con precisi rischi di ripercussioni negative sui diritti fondamentali dei cittadini, tra cui la libertà di opinione e informazione, nel prendere decisioni politiche ed esercitare il diritto di voto.

Nella Relazione si affronta il tema della coerenza della proposta con le disposizioni vigenti nel settore interessato e con le altre normative dell'Unione, così come si dà conto della base giuridica utilizzata, della sussidiarietà (per competenza non esclusiva), della proporzionalità e si motiva quindi in merito allo strumento del regolamento. Nell'ambito dell'esposizione sulla valutazione di impatto, la Relazione dichiara che le misure proposte hanno tutte un impatto positivo sui diritti fondamentali, ovvero che eventuali impatti



negativi non dovrebbero essere significativi. In particolare, a questo riguardo, la Relazione osserva e dichiara che la proposta impone restrizioni limitate alla libertà di espressione e di informazione (art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea “CDFUE”), al diritto alla vita privata (art. 7 CDFUE) e al diritto alla protezione dei dati di carattere personale (art. 8 CDFUE), ma soggiunge che tali restrizioni sono proporzionate e limitate al minimo necessario.

Il **Capo I** della Bozza di Regolamento (artt. 1-3) ne definisce l'oggetto e il campo di applicazione, contiene le definizioni dei termini principali e il livello di armonizzazione delle misure.

Il **Capo II** (artt. 4-11) tratta degli obblighi di trasparenza applicabili alla pubblicità politica a pagamento; stabilisce le misure applicabili a tutti i prestatori di servizi di pubblicità politica che concorrono alla preparazione, collocazione, promozione, pubblicazione o diffusione di pubblicità politica; in particolare dispone in ordine alla trasparenza della pubblicità politica (art. 4), all'obbligo di identificare i messaggi di pubblicità politica (art. 5) e all'obbligo di registrare e trasmettere informazioni agli editori di pubblicità politica (art. 6). In questo capo si prevedono anche ulteriori obblighi applicabili ai soli editori di pubblicità politica, in aggiunta a quelli di cui agli articoli 4, 5 e 6. In particolare, gli editori devono includere in ciascun messaggio di pubblicità politica una dichiarazione attestante chiaramente che si tratta di pubblicità politica, indicare il nome dello sponsor e pubblicare informazioni che rendano comprensibili il contesto più ampio in cui si situa il messaggio e i suoi obiettivi (art. 7). Gli editori di pubblicità politica devono inoltre pubblicare annualmente informazioni sugli importi fatturati e sul valore di altre prestazioni percepite in cambio parziale o integrale dei servizi prestati in relazione a messaggi di pubblicità politica (art. 8), e devono infine mettere in atto meccanismi di facile uso perché i cittadini possano segnalare i messaggi di pubblicità politica che non rispettano gli obblighi stabiliti dal regolamento (art. 9).

Gli artt. 10 e 11 prevedono che i prestatori di servizi di pubblicità politica devono trasmettere le informazioni pertinenti alle autorità competenti e ad altri soggetti interessati come previsti nell'art. 11.

Il **Capo III** (artt. 12-13), intitolato “*Targeting e amplificazione della pubblicità politica*” disciplina l'uso delle ‘tecniche di *targeting* o amplificazione’ che comportano il trattamento di dati personali a fini di pubblicità politica. È previsto che quando il trattamento riguarda dati sensibili, scatta un divieto cui è possibile derogare solo a precise condizioni. È inoltre prescritto ai responsabili del trattamento che

ricorrono a queste tecniche a fini di pubblicità politica di adottare e applicare un “documento di strategia interna che in particolare descriva chiaramente e con linguaggio semplice l'uso di tecniche finalizzate a prendere di mira certi destinatari o amplificare l'impatto”, tenere registri e trasmettere informazioni che permettano agli interessati di comprendere la logica utilizzata e i principali parametri della tecnica applicata e se siano stati usati dati di terzi e altre tecniche analitiche (art. 12). L'articolo 12 stabilisce inoltre ulteriori obblighi a carico degli editori di pubblicità politica. Infine, l'art. 13 prevede che i responsabili del trattamento debbano trasmettere le informazioni ai soggetti interessati ex art. 11.

Il **Capo IV** (artt. 14-17) prevede disposizioni concernenti il controllo e l'esecuzione del regolamento. Si impone ai prestatori di servizi di pubblicità politica non stabiliti nell'Unione l'obbligo di nominare un rappresentante legale in uno degli Stati membri in cui prestano i loro servizi (art. 14). Si stabilisce quali autorità debbano essere incaricate del controllo ed esecuzione delle misure specifiche stabilite dal regolamento. Si fa obbligo agli Stati membri di garantire la cooperazione tra le pertinenti autorità competenti. Si chiede che siano designati punti di contatto ai fini del regolamento e incarica gli Stati membri di garantire lo scambio di informazioni tra gli stessi (art. 15). Si prevede che gli Stati membri debbano stabilire norme sulle sanzioni applicabili in caso di inosservanza degli obblighi dettati dal regolamento (art. 16). Si stabilisce infine l'obbligo in capo agli Stati membri di “pubblicare in luogo visibile le date dei rispettivi periodi elettorali nazionali” (art. 17).

Il **Capo V** (artt. 18-20) contiene le disposizioni finali.

SALVATORE ORLANDO

https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9cec62db-4dc6-11ec-91ac-01aa75ed71a1.0013.02/DOC_1&format=PDF

7. Il Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 13 gennaio 2022 sull'iscrizione alla sezione speciale del registro dei cambiavalute da parte dei prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale e di portafoglio digitale.

Il 17 febbraio 2022 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 13 gennaio 2022 (il “**Decreto**”). Esso disciplina l'iscrizione alla



sezione speciale del registro dei cambiavalute (il “Registro”) tenuto dall’Organismo Agenti e Mediatori (l’“OAM”) dei prestatori di servizi relativi all’utilizzo di valuta virtuale e di portafoglio digitale (i “Prestatori di servizi”).

Il Decreto attua l’art. 17-*bis*, comma 8-*ter* D. Lgs. 141/2010 che, insieme al comma 8-*bis* del medesimo articolo, sostanzialmente estende la disciplina dei cambiavalute ai Prestatori di servizi ed è stato introdotto dal D. Lgs. 90/2017 attuativo della direttiva 2015/849/UE (c.d. IV direttiva antiriciclaggio) e modificativo del D. Lgs. 231/2007 e del D. Lgs. 109/2007, e a sua volta modificato dal D. Lgs. 125/2019 attuativo della direttiva 2018/843/UE (c.d. V direttiva antiriciclaggio).

Per quanto qui interessa, l’art. 17-*bis*, commi 8-*bis* e *ter* D. Lgs. 141/2010 impone ai Prestatori di servizi di comunicare la loro operatività in Italia, nonché di iscriversi al Registro. Il suddetto comma 8-*ter*, in particolare, delegava ad un decreto del Ministero dell’economia e delle finanze, quello in commento appunto, di stabilire: 1) i tempi e i modi con cui i Prestatori di servizi devono comunicare la propria operatività sul territorio nazionale al suddetto Ministero; 2) le forme di cooperazione tra tale ultimo ente e le forze di polizia per impedire l’esercizio abusivo delle attività relative all’utilizzo di valuta virtuale e di portafoglio digitale.

L’art. 1 del Decreto, similmente al D. Lgs. 231/07, definisce:

(i) il prestatore di servizi relativi all’utilizzo di valuta virtuale come il soggetto “*che fornisce a terzi, a titolo professionale, anche on-line, servizi funzionali all’utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale o in rappresentazioni digitali di valore ... nonché i servizi di emissione, offerta, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all’acquisizione, alla negoziazione o all’intermediazione nello scambio delle medesime valute*”;

(ii) il prestatore di servizi di portafoglio digitale come colui “*che fornisce, a terzi, a titolo professionale, anche on-line, servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti al fine di detenere ... e trasferire valute virtuali*”;

(iii) la valuta virtuale come “*la rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale ... non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l’acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente*”.

Ebbene, da quanto detto emerge che solo i soggetti i quali svolgano “professionalmente” una delle menzionate attività devono ottemperare al provvedimento in parola.

L’art. 3, comma 1 del Decreto stabilisce che i Prestatori di servizi per poter svolgere la propria attività in Italia debbano iscriversi nel Registro. Per farlo, innanzitutto, devono possedere i requisiti di cui all’art. 17-*bis*, comma 2 D. Lgs. 141/2010, ossia la cittadinanza di uno Stato dell’Unione europea, se si tratta di persone fisiche, oppure la sede legale e amministrativa o stabile organizzazione in Italia, se si tratta di persone giuridiche. In secondo luogo, devono inviare una comunicazione all’OAM sulla loro operatività in Italia, verosimilmente prima dell’inizio dell’attività anche se il Decreto non lo specifica. Tale adempimento, ai sensi del combinato disposto degli artt. 17 *bis*, comma 8 *ter* D. Lgs. 141/2010 e 3, comma 2 del Decreto, è una condizione essenziale affinché i Prestatori di servizi possano esercitare legittimamente la loro attività.

Coloro i quali siano già operativi alla data di avvio della sezione speciale del registro dei cambiavalute possono inviare la predetta comunicazione entro 60 giorni da tale data. Altrimenti, la loro attività si considera svolta abusivamente (art. 3, comma 3).

La comunicazione, sostanzialmente, deve indicare: i dati del Prestatore di servizi, la tipologia di attività o di servizio forniti e le modalità di svolgimento (art. 3, comma 4). L’OAM verifica la regolarità e completezza della comunicazione ed entro 15 giorni dal ricevimento “*dispone ovvero nega l’iscrizione*” nella sezione speciale del registro dei cambiavalute (art. 3, comma 6). Tale termine può essere sospeso una sola volta per massimo 10 giorni “*qualora l’OAM ritenga la comunicazione incompleta ovvero ritenga necessario integrare la documentazione*” ad essa allegata. Il diniego all’iscrizione, comunque, non impedisce di inviare una nuova comunicazione (art. 3, comma 7).

La sezione speciale del registro dei cambiavalute sarà istituita entro 90 giorni dall’entrata in vigore del Decreto da parte dell’OAM che ne cura “*la chiarezza, la completezza e l’accessibilità al pubblico dei dati*” e dispone di poteri di sospensione e cancellazione dal Registro medesimo (art. 4, commi 1, 2 e 5). Quest’ultimo riporta i dati relativi al Prestatore di servizi e alla tipologia di attività svolta (meglio descritta nell’Allegato 2 al Decreto), i punti fisici di operatività e/o l’indirizzo web tramite cui è offerto il servizio relativo all’utilizzo di valuta virtuale e di portafoglio digitale (art. 4, comma 3).

Trimestralmente, i Prestatori di servizi iscritti al Registro devono comunicare all’OAM i dati dei



loro clienti e delle operazioni effettuate per loro conto, come specificati nell'Allegato 1 al Decreto (art. 5).

Semestralmente, inoltre, anche sulla base delle informazioni trasmesse ex art. 5 del Decreto, l'OAM deve inviare al Ministero dell'economia e delle finanze una relazione contenente: 1) il numero di soggetti che hanno trasmesso la comunicazione per l'iscrizione al Registro, anche se non l'abbiano poi ottenuta; 2) la tipologia di servizi prestati dagli iscritti; 3) le ipotesi di esercizio abusivo dell'attività; 4) i dati aggregati trasmessi dai Prestatori di servizi all'OAM sulle operazioni da essi effettuate (art. 3, comma 8).

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 4, comma 4 e 6, comma 1 del Decreto, l'OAM collabora coi soggetti di cui all'art. 21, comma 2 D. Lgs. 231/07 fornendogli *“tempestivamente”*, su richiesta, ogni informazione e documento riguardante i Prestatori di servizi *“detenuta in forza della gestione della sezione speciale del registro”*, ivi compresi i dati trasmessi all'OAM ex art 5 del Decreto. I soggetti di cui all'art. 21, comma 2 D. Lgs. 231/07 includono: Ministero dell'economia e delle finanze, Autorità di vigilanza di settore, Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, Direzione investigativa antimafia, Guardia di finanza che operi tramite il Nucleo Speciale di Polizia Valutaria.

Le forze di polizia che rilevino l'esercizio abusivo di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale o di portafoglio digitale possono accertare e contestare la violazione ai sensi della L. n. 689/81 (art. 6, comma 2).

Per quanto qui interessa, infine, occorre dare atto che il 18 febbraio 2022 l'OAM ha diffuso un comunicato stampa con cui sostanzialmente riassume i contenuti del Decreto e, soprattutto, informa che la sezione speciale del registro dei cambiavalute sarà attivata entro il 18 maggio 2022.

EMANUELE STABILE

https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2022-02-17&atto.codiceRedazionale=22A01127&elenco30giorni=true

8. La decisione del 10 febbraio 2022 del garante privacy italiano sul trattamento di dati biometrici da parte di Clearview AI

Dopo la CNIL, l'autorità di controllo francese, che il 16 dicembre 2021 ha dichiarato illecito il

trattamento di dati personali effettuato dalla società Clearview AI e imposto la cessazione della raccolta e trattamento di dati personali sul territorio francese, anche l'autorità italiana, il Garante per la protezione dei dati personali (di seguito il **“Garante”**), è intervenuto con provvedimento in data 10 febbraio 2022 accertando l'illiceità della raccolta di dati biometrici operata dalla medesima società e comminando una sanzione pecuniaria di 20 milioni di euro. In precedenza, Clearview AI era stata assoggettata ad un analogo provvedimento in Germania, sia pure relativamente al trattamento dei dati biometrici di una sola persona, il Sig. Matthias Marx (provvedimento del 27 gennaio 2021 dell'autorità per la protezione dei dati personali della città di Amburgo, su cui v. la notizia n. 8 nel numero 1/2021 di questa Rubrica <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Osservatorio.pdf>).

Clearview AI è una società statunitense, costituita nel 2017, che ha creato un motore di ricerca di immagini, all'interno di un proprio database, tramite riconoscimento facciale. A tal fine, la società raccoglie, attraverso tecniche di *web scraping*, immagini da social network, blog e siti web in cui sono presenti foto o video liberamente accessibili che vengono elaborati con tecniche biometriche al fine di estrarre le caratteristiche identificative del volto di ogni persona ritratta per consentirne l'indicizzazione e la successiva ricerca. Clearview ottiene così profili basati sui dati biometrici estratti dalle immagini, eventualmente arricchiti da altre informazioni ad esse correlate come titolo, geolocalizzazione della foto o pagina web di pubblicazione, consentendole di offrire un servizio di ricerca delle persone. La piattaforma è dichiaratamente stata creata al fine di fornire un servizio di ricerca biometrica altamente qualificata.

Diversamente da quanto affermato dalla società, che non si riteneva soggetta al GDPR (il Regolamento UE 2016/679, di seguito il **“Regolamento”**) in quanto avente sede legale negli USA e perché dichiarava di non offrire i propri servizi a cittadini europei, il Garante ha accertato che la stessa ha invece trattato i dati anche di cittadini italiani e di persone collocate in Italia. Inoltre, mentre la società ha sostenuto di non tracciare né monitorare le persone nel tempo, ma di eseguire una forma di classificazione che si risolverebbe in un'istantanea dei risultati della ricerca al momento del compimento della stessa, il Garante ha constatato invece la realizzazione di una comparazione tra immagini idonea ad integrare un'attività assimilabile al controllo del



comportamento dell'interessato in quanto posta in essere tramite il tracciamento in internet e la successiva profilazione.

Il Garante ha accertato inoltre l'illiceità del trattamento dei dati personali detenuti dalla società, inclusi quelli biometrici e di geolocalizzazione, in quanto effettuato senza un'adeguata base giuridica respingendo la tesi della difesa secondo la quale il trattamento si poteva basare sul legittimo interesse.

Secondo il Garante, la società ha poi violato altri principi del Regolamento come: quelli relativi agli obblighi di trasparenza, non avendo adeguatamente informato gli interessati; quello di limitazione delle finalità del trattamento, avendo utilizzato i dati per scopi diversi rispetto a quelli per i quali erano stati pubblicati online; e quello di limitazione della conservazione, non avendo stabilito tempi di conservazione dei dati.

Conseguentemente, il Garante ha rilevato la violazione degli artt. 5, par. 1, lett. a), b) ed e), 6, 9, 12, 13, 14, 15 e 27 del Regolamento e comminato una sanzione amministrativa di 20 milioni di euro oltre al divieto di prosecuzione del trattamento, l'ordine di cancellare i dati relativi a persone che si trovano in Italia, nonché quello di designare un rappresentante nel territorio dell'Unione europea che funga da interlocutore, in aggiunta o in sostituzione del titolare con sede negli Stati Uniti, al fine di agevolare l'esercizio dei diritti degli interessati.

GUIDO D'IPPOLITO

<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9751362>

9. La decisione del 13 gennaio 2022 del garante privacy austriaco sul trasferimento di dati personali negli USA da parte di Google Analytics

Il 13 gennaio 2022 l'autorità garante per la protezione dei dati austriaca ("Datenschutzbehörde" o "DSB") si è pronunciata sulla legittimità dell'utilizzo di Google Analytics. La decisione deve essere letta alla luce della sentenza "Schrems II" con cui a luglio 2020 la Corte di Giustizia dell'UE aveva dichiarato illegittimo il *Privacy Shield* in quanto gli Stati Uniti non garantivano un livello di protezione dei dati personali equivalente a quello riconosciuto nell'UE dal GDPR (su cui v. la notizia n. 1 nel numero 3/2020 di questa

Rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2020/09/Osservatorio-14.9.2020.pdf>). In seguito alla decisione della Corte, ad agosto 2020, il gruppo Noyb - fondato dallo stesso Schrems - aveva presentato 101 reclami davanti alle autorità garanti di diversi Stati Membri contro società che trasferivano dati personali verso gli USA attraverso Google Analytics e/o Facebook Connect integrations.

L'autorità austriaca è stata la prima a pronunciarsi su uno di questi reclami con riferimento ad un sito web che trasferiva i dati degli utenti negli Stati Uniti attraverso l'utilizzo di Google Analytics. Il DSB ha ritenuto che il trattamento dei dati personali effettuato attraverso Google Analytics violi il Capo V del GDPR in quanto i dati personali sono trasferiti verso un Paese extra UE - gli USA - che non garantisce un livello di protezione equivalente a quello assicurato dalla normativa europea sulla protezione dei dati. Questo, in particolare, a causa della possibilità per le autorità statunitensi di accedere ai dati detenuti da Google e di identificare l'utente interessato. Anche l'uso di *Anonymize IP* (il servizio di Google Analytics che permette di rimuovere le prime cifre dell'indirizzo IP, rendendolo così non più associabile all'utente) è stato considerato dall'autorità irrilevante, in quanto l'indirizzo IP è solo "un pezzo del puzzle" e Google può utilizzare altri dati in suo possesso per riuscire ad individuare l'utente. Sia le Clausole Contrattuali Standard (di cui Google si è servita in seguito all'invalidamento del *Privacy Shield*) che le misure supplementari (contrattuali, organizzative e tecniche) adottate da Google per rendere il trasferimento dei dati conforme al GDPR sono state ritenute insufficienti. Infatti, a detta del DSB, qualsiasi misura supplementare può essere considerata efficace solo se affronta le carenze specifiche individuate nella valutazione della situazione nel paese terzo, vale a dire in questo caso le possibilità di accesso e di sorveglianza da parte dei servizi segreti statunitensi. Tuttavia, le misure contrattuali di per sé non hanno efficacia vincolante nei confronti delle autorità del paese terzo, per cui devono essere integrate con ulteriori misure. La stessa crittografia non è stata considerata una misura adeguata in quanto se il *provider* possiede la chiave (come nel caso di Google), in caso di richiesta di accesso da parte delle autorità statunitensi potrà essere obbligato a rivelare tale chiave insieme ai dati, vanificando così di fatto la relativa protezione.

Questa decisione avrà probabilmente un profondo impatto sul tema del trasferimento dei dati personali verso gli Stati Uniti che, dopo più di un anno dalla sentenza "Schrems II", non ha ancora



avuto sviluppi significativi. Nonostante l'annullamento del *Privacy Shield*, infatti, le società europee hanno di fatto continuato ad avvalersi di *provider* i cui *server* si trovano negli USA o che, comunque, sono soggetti alla legge statunitense. In particolare, Google Analytics rimane oggi la piattaforma di *web analytics* maggiormente utilizzata dai *website owner* e difficilmente sostituibile. D'altra parte, è evidente come il problema del trasferimento dei dati verso gli USA vada ben oltre i singoli titolari, nonché le stesse *big tech*. Si tratta, infatti, di un problema principalmente politico che richiede necessariamente una soluzione a monte attraverso il raggiungimento di un accordo tra la Commissione Europea e il Governo statunitense.

CHIARA RAUCCIO

https://noyb.eu/sites/default/files/2022-01/E-DSB%20-%20Google%20Analytics_EN_bk.pdf

10. La decisione del 10 febbraio 2022 del garante privacy francese sul trasferimento di dati personali negli USA da parte di Google Analytics

Dopo la pronuncia dell'autorità austriaca, anche l'autorità garante della protezione dei dati personali francese (*"Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés"* o *"CNIL"*) il 10 febbraio 2022 è intervenuta sul tema del trasferimento dei dati personali verso gli Stati Uniti attraverso Google Analytics. Anche in questo caso l'autorità si è pronunciata in seguito ad un reclamo presentato da Noyb (associazione fondata da Schrems) sulla base della sentenza *"Schrems II"* con cui a luglio 2020 la Corte di Giustizia dell'UE ha invalidato il *Privacy Shield*. La decisione del CNIL si pone sulla scia di quella adottata poco più di un mese prima dall'omologa autorità austriaca, confermando così l'atteggiamento unitario adottato dalle *Data Protection Authority* (*"DPA"*) europee sul tema del trasferimento dei dati personali verso gli USA.

Il CNIL ha innanzitutto esaminato il funzionamento di Google Analytics e le modalità con cui avviene il trasferimento dei dati personali. Google Analytics – il servizio di *web analytics* ad oggi più utilizzato a livello globale – può essere integrato nei siti web per misurare in termini statistici il numero di utenti che visitano la pagina. Per fare ciò ad ogni visitatore viene associato un identificatore univoco. Tuttavia, nonostante l'analisi sia aggregata e l'identificatore sia tenuto separato

dai dati identificativi dell'utente, l'identificatore costituisce comunque un dato personale in quanto Google, combinandolo con altri dati in suo possesso, rimane in grado di associarlo ad una persona fisica determinata.

Conseguentemente, il trasferimento verso gli Stati Uniti degli identificatori e delle informazioni relative alle interazioni degli utenti ad essi associati pone un tema di legittimità del trasferimento ai sensi della normativa UE in materia di protezione dei dati personali. Nello specifico il CNIL ha ribadito che, in seguito alla sentenza *Schrems II* e all'assenza di una nuova decisione di adeguatezza, il trasferimento dei dati verso gli USA può avvenire solo sulla base di adeguate garanzie. Tuttavia, secondo l'autorità francese – come del resto già sostenuto dall'autorità austriaca – le misure supplementari poste in essere da Google non sono sufficienti a garantire un livello di protezione adeguato. La *parent company* di Google (Alphabet Inc.), infatti, rientra tra gli operatori economici soggetti alle leggi di sorveglianza degli Stati Uniti, con la conseguenza che i servizi segreti statunitensi hanno *ex lege* la facoltà di accedere ai dati acquisiti tramite il servizio Analytics. Alla luce di ciò le misure di sicurezza adottate da Google, non avendo efficacia vincolante nei confronti delle autorità di sorveglianza statunitensi, non sono in grado di impedire l'accesso ai dati da parte dei servizi di *intelligence* e, dunque, non eliminano il rischio per gli utenti europei dei siti web che utilizzano il servizio. Ne consegue che il trasferimento ad oggi effettuato attraverso Google Analytics viola le disposizioni del Capo V del GDPR ed è, dunque, illegittimo.

Il CNIL non ha irrogato una sanzione al sito web oggetto del provvedimento, ma ha concesso un mese di tempo per porre fine alla violazione interrompendo l'utilizzo di Google Analytics, se necessario, o utilizzando un servizio che non implichi il trasferimento dei dati verso gli Stati Uniti. Al riguardo il CNIL ha raccomandato di utilizzare solo strumenti che producano dati statistici anonimi, così da evitare trasferimenti illegali, e ha avviato un piano di valutazione per determinare quali soluzioni sul mercato consentano di non raccogliere il consenso dell'interessato.

In ogni caso la decisione in esame risulta di particolare rilievo in quanto conferma la posizione intransigente assunta dalle DPA europee rispetto ai trasferimenti di dati verso gli Stati Uniti, evidenziando nuovamente l'esigenza sempre più pressante di una soluzione.

CHIARA RAUCCIO



<https://www.cnil.fr/en/use-google-analytics-and-data-transfers-united-states-cnll-orders-website-manageroperator-comply>

11. La decisione del 2 febbraio 2022 del garante privacy belga sul Real Time Bidding e le attività di online advertising a proposito del Quadro di Trasparenza e Consenso elaborato e gestito da IAB Europe

Il 2 febbraio 2022 la *Litigation Chamber* del Garante per la protezione dei dati personali belga (“Garante Privacy” o “Autorità”), quale organo amministrativo di risoluzione delle controversie, ha dichiarato l’illegittimità dei trattamenti di dati su larga scala effettuati dalla *Interactive Advertising Bureau Europe* (“IAB Europe”) in quanto violativi di numerose disposizioni del GDPR, comminando relative sanzioni, di seguito illustrate.

Nello specifico, l’oggetto del provvedimento è duplice, concernendo, *in primis*, la conformità al GDPR del *Transparency & Consent Framework* (“TCF”) predisposto e gestito da IAB Europe e, conseguentemente, il suo impatto sul c.d. *Real-Time Bidding* (“RTB”).

Il settore della pubblicità online opera “dietro le quinte” delle pagine web, attraverso metodi di c.d. “*Programmatic advertising*” tra cui primeggia l’offerta in tempo reale (RTB), definita in letteratura come rete di partner che permette applicazioni di *big data* per migliorare le vendite di spazi pubblicitari predeterminati attraverso il *marketing* guidato dai dati in tempo reale e la pubblicità (comportamentale) personalizzata. Si tratta, in sostanza, di un sistema di aste virtuali istantanee e automatizzate tramite algoritmi, attraverso cui si realizza l’interscambio di offerte d’acquisto di spazi pubblicitari personalizzati. Come minutamente illustrato dall’Autorità, il RTB coinvolge: *i*) le imprese che gestiscono il sistema e ne delineano le politiche, la *governance* e i protocolli tecnici; *ii*) dal lato dell’offerta, le imprese che possiedono siti web o applicazioni con disponibilità di spazi pubblicitari (“*publishers*”) e quelle che gestiscono piattaforme online automatizzate sulle quali i *publishers* registrati possono segnalare la disponibilità dei propri spazi pubblicitari, sollecitandone la domanda (“*Sell-Side Platforms*” o “SSP”); *iii*) dal lato della domanda, gli inserzionisti e le imprese che gestiscono piattaforme di ottimizzazione della richiesta di spazi pubblicitari (“*Demand-Side Platforms*” o “DSPs”); *iv*) intermediari che veicolano gli scambi, vieppiù consentendo alle DSP di emettere offerte paramtrate sulle richieste

avanzate dalle SSP (“*Ad Exchanges*”); *v*) le cc.dd. “*Data Management Platforms*” (“DMP”), che estraggono ingenti quantità di dati personali di vario tipo da molteplici fonti (dispositivi, *cookies*, identificatori mobili, analisi comportamentali, *social media*, dati offline ecc.), per poi centralizzarli, analizzarli e classificarli mediante algoritmi, fornendo così profili dettagliati dei consumatori per l’ottimizzazione del *targeting* e la personalizzazione delle offerte. La dinamica è, in estrema sintesi, la seguente: dopo aver elaborato profili dettagliati di consumatori tramite una DMP, gli inserzionisti emettono offerte tramite le DSP per intercettare la disponibilità dei pertinenti spazi pubblicitari dei *publishers* segnalati via SSP; perciò, non appena l’utente accede a una pagina web: i *publishers* interessati selezionano una SSP; questa seleziona un *Ad exchange*; esso invia richieste di offerte a centinaia di partner della rete, invitandoli a rispondere, e piazza l’offerta maggiore; infine, la DSP presenta l’annuncio dell’inserzionista vincitore.

Così delineato, il RTB, anche per dimensione e numero di operatori coinvolti, presenta rischi seri e fisiologici, tra cui: la profilazione e il processo decisionale automatizzato; il trattamento su larga scala anche di categorie speciali di dati, uso innovativo o applicazione di nuove soluzioni tecnologiche o organizzative; abbinamento o fusione di *datasets*; analisi o previsione del comportamento, della posizione o dei movimenti delle persone fisiche; trattamenti non trasparenti.

Fra i protocolli maggiormente utilizzati a livello mondiale per il RTB vi sono il sistema “OpenRTB”, assieme all’associato “*Advertising Common Object Model*” (AdCOM), sviluppati da IAB *Technology Laboratory Inc.* (“IAB Tech Lab”) e *Interactive Advertising Bureau Inc.* (“IAB”), e il sistema di “acquirenti autorizzati” “AdBuyers”, sviluppato da Google. Entità affatto distinta è IAB Europe, federazione rappresentativa di circa 5000 imprese e associazioni nazionali operanti nel ramo della pubblicità e del marketing digitale, cui si deve la paternità del TCF, ossia l’insieme di politiche, specifiche tecniche, termini e condizioni proposte come standard di *best practice* intersettoriale asseritamente idoneo ad assicurare la conformità dell’industria della pubblicità digitale con la regolazione UE in materia di protezione dei dati personali. Perciò, ferma la distinzione ontologica tra TCF e OpenRTB, essi sono fatalmente destinati a intersecarsi, giacché – come affermato da IAB Europe – il primo fornisce un quadro operativo di allineamento al GDPR dei trattamenti svolti sulla base del secondo. Inoltre, se vi è larga coincidenza fra gli attori dei due sistemi, una peculiarità del TCF è la presenza delle cc.dd. “*Consent Management*



Platforms” (“CMPs”), consistenti in *pop-up* mostrati all’atto della prima connessione a un sito web per raccogliere il consenso dell’utente al posizionamento di *cookie* e altre informazioni identificative. Ebbene, parte essenziale dell’intervento delle CMP è la generazione di una stringa composta da una combinazione di lettere, numeri e altri caratteri, denominata “*Transparency and Consent String*” (“*TC String*”), volta all’acquisizione automatica di preferenze dell’utente quali: il consenso o meno al trattamento dei dati personali per scopi di *marketing* o altri, la condivisione o meno dei dati con terze parti venditori e l’esercizio o meno del diritto di opposizione. In estrema sintesi, la *TC String* viene decifrata dai cc.dd. “*Adtech vendors*” (inserzionisti, SSP, DSP, *Ad Exchanges* e DMP) per determinare la sussistenza della base giuridica necessaria a trattare i dati personali di un utente.

Ciò premesso, l’esame della *Litigation Chamber* ha ad oggetto esclusivamente il trattamento di dati personali all’interno del TCF e le relative responsabilità, affrontando solo *per incidens* le attività compiute nel sistema OpenRTB e i relativi rischi.

Anzitutto, l’Autorità dichiara che le preferenze degli utenti raccolte nella *TC String* costituiscono tecnicamente dati personali. Infatti, tanto la legislazione UE (cfr. art. 4, paragrafo 1 GDPR e art. 2.a Convenzione di Strasburgo del 1981 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale) quanto la giurisprudenza della CGUE adottano un concetto ampio di dato personale, al fine di garantire un elevato livello di tutela degli interessati. Costituisce dato personale qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile, direttamente o (indirettamente) per mezzo di identificatori ai quali l’utente può essere collegato attraverso i suoi dispositivi, applicazioni, strumenti e protocolli, come gli indirizzi IP, i *cookie* di identificazione o altri (cfr. considerando n. 30 GDPR). In altri termini, ove determinate informazioni possono essere associate a una persona identificata o identificabile tramite i mezzi che possono ragionevolmente impiegarsi, esse devono qualificarsi come dati personali. Ebbene, nonostante sia pacifico che la *TC String*, a ragione della limitatezza e del carattere delle informazioni ivi contenute, non consente un’identificazione diretta dell’interessato, quest’ultimo è certamente identificabile. Infatti, i *pop-up* di consenso predisposti e gestiti dalle CMP elaborano inevitabilmente anche l’indirizzo IP dell’utente, il quale diviene così agilmente associabile alle preferenze raccolte nella stringa memorizzata o letta

dalla stessa CMP. In sostanza, è proprio la possibilità di associare le *TC String* agli indirizzi IP a rendere identificabile l’interessato. Ne consegue non solo che IAB Europe dispone di mezzi ragionevoli per l’identificazione degli utenti ma financo che ciò, a ben vedere, parrebbe essere lo scopo ultimo delle operazioni effettuate nell’ambito del *framework*. Una volta chiarita la natura di dati personali delle preferenze degli interessati, deve concludersi anche che il quadro del TCF presuppone fisiologicamente il trattamento degli stessi ai sensi dell’art. 4.2. GDPR, ponendosi come approccio standardizzato per la raccolta, l’elaborazione, l’archiviazione e la successiva condivisione delle preferenze degli utenti.

Ai fini dell’attribuzione di responsabilità in capo a IAB Europe, questione preliminare è poi la sua qualificabilità come titolare del trattamento ex art. 4.7 GDPR. Anche tale nozione è piuttosto ampia, al precipuo scopo di ricomprendervi le entità che esercitano un controllo effettivo sulle operazioni di trattamento, determinandone, singolarmente o insieme ad altri, le finalità e i mezzi. Inoltre, come chiarito dal Comitato europeo per la protezione dei dati (lo “EDPB”), tale influenza può esercitarsi anche tramite poteri impliciti o di fatto. In quest’ottica, diviene cruciale il ruolo funzionale che un operatore assume: dalla giurisprudenza si apprende infatti che non è necessario un accesso diretto ai dati personali né tantomeno che il trattamento sia effettuato in prima persona, essendo sufficiente l’esercizio di un’influenza decisiva sul “perché” e sul “come” di tali operazioni. Il TCF, beninteso, non integra di per sé un trattamento; e tuttavia, come *supra* illustrato, esso integra un quadro di politiche e specifiche tecniche vincolanti nel cui contesto i trattamenti si strutturano di fatto sulle linee elaborate da IAB Europe. In particolare, l’accettazione dei *Terms and Conditions* da parte degli *Adtech vendors* obbliga quest’ultimi a osservare regole predefinite per il trattamento delle *TC String* nel TCF. In quest’ottica, dalla documentazione redatta da IAB Europe emerge anzitutto che gli scopi della *TC String* e, *amplius*, del suo trattamento nell’ambito del TCF sono determinati puntualmente da IAB Europe mediante un elenco tassativo. Inoltre, quest’ultima individua e prescrive anche i mezzi essenziali – quelli cioè strettamente legati allo scopo e alla portata del trattamento (cfr. EDPB - *Guidelines 7/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, v2.0, 2021, par. 39-41) – per l’elaborazione della *TC String*. Ad esempio, le politiche, le specifiche tecniche e le linee guida di attuazione del TCF precisano che le CMP, nel raccogliere il consenso degli utenti, debbano



generare una stringa unica e memorizzarne il valore. Per far ciò, sono obbligati a registrarsi presso IAB Europe e a seguire le specifiche tecniche, sviluppate in collaborazione con IAB Tech Lab, attinenti all'API132, con cui la stringa può essere generata e letta da *publishers* e *Adtech vendors*. Le medesime regole ne individuano altresì il contenuto, specificando le informazioni incluse. In generale, IAB Europe determina di fatto le modalità di generazione, conservazione e condivisione della TC String, con cui vengono trattate le preferenze, le obiezioni e il consenso degli utenti. Ne consegue che IAB Europe deve senz'altro qualificarsi come titolare del trattamento ai sensi dell'art. 4, paragrafo 7 GDPR.

Per inciso, quanto sopra non implica che la titolarità dei trattamenti, e la conseguente responsabilità, sia esclusivamente di IAB Europe. All'opposto, l'Autorità ritiene configurabile un'ipotesi di contitolarità ex art. 26 GDPR con le CMP, i *publishers* e gli *Adtech vendors*, avendosi di fatto una determinazione congiunta delle finalità e dei mezzi. Naturalmente, la misura delle responsabilità individuali è variabile in base alla concreta entità e alla fase di coinvolgimento del singolo attore, essendo necessaria solamente una convergenza di decisioni in modo che ne sia provata una tangibile mutua influenza. Al riguardo, a ben vedere, IAB Europe realizza, col TCF, un sistema all'interno del quale il consenso, le obiezioni e le preferenze degli utenti sono raccolti e scambiati non per i propri scopi o per la propria conservazione, bensì per agevolare l'ulteriore trattamento da parte di terzi qualificati.

Passando all'esame delle violazioni del GDPR, l'Autorità muove dalla liceità e correttezza del trattamento. Ai fini della verifica di compatibilità con gli artt. 5, paragrafo 1 e 6 GDPR, vengono distinte preliminarmente: a) le attività di acquisizione del consenso, delle obiezioni e delle preferenze degli utenti nella TC String da parte delle CMP; b) la raccolta e la diffusione dei dati personali degli utenti nel protocollo OpenRTB da parte delle imprese partecipanti al TCF.

Ferma la qualificabilità delle operazioni di generazione e diffusione della TC String come trattamenti di dati, se ne indaga dunque la base giuridica. Né le politiche né le linee guida del TCF prevedono un obbligo per le CMP di ottenere il consenso inequivocabile degli utenti prima di acquisire le loro preferenze nella stringa. A ciò si accompagna un rilevante difetto di informazione, poiché l'utenza non è posta a conoscenza dell'esistenza stessa dei trattamenti, dei soggetti con cui vengono condivise le loro preferenze, né i tempi di conservazione delle stesse: l'art. 6, lett. a) GDPR

non è quindi applicabile. Del pari, non è invocabile la lett. b), difettando il requisito dell'obiettivo necessità del trattamento alla fornitura di servizi online da parte dei *publishers* agli utenti interessati, sempre ammesso che sussista a monte un effettivo rapporto contrattuale. Per tali ragioni, l'analisi si incentra sull'art. 6, lett. f), ossia sulla sussistenza di un interesse legittimo del titolare del trattamento o di terzi, debitamente bilanciato con gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali degli interessati. Com'è noto, il requisito *de quo* richiede il cumulo di tre condizioni analiticamente indicate dalla giurisprudenza della CGUE (sentenza Rigas, 11 dicembre 2009, C-708/18), dovendosi dimostrare che: gli interessi perseguiti col trattamento siano riconosciuti come legittimi ("*test dello scopo*"); che il trattamento sia necessario per il perseguimento dell'interesse legittimo ("*test di necessità*"); non siano lesi diritti e libertà fondamentali dell'interessato ("*test del bilanciamento*"). Ebbene, la *Litigation Chamber* ritiene che le prime due verifiche abbiano esito positivo, dal momento che l'acquisizione del consenso e delle preferenze degli utenti, come parte essenziale del TCF, integra un interesse legittimo di IAB Europe e degli *Adtech vendors* coinvolti e i dati personali inclusi nella TC String sono limitati a quanto strettamente necessario a tale scopo. Per quanto concerne il terzo test, il considerando n. 47 GDPR impone che il bilanciamento tenga conto delle ragionevoli aspettative degli interessati, dovendosi valutare se questi, al momento e nel conteso concreto in cui avviene la raccolta dei dati, potevano prefigurarsi un trattamento degli stessi per il perseguimento dell'interesse legittimo debitamente esplicitato ex art. 5, lett. b) GDPR. Il quadro fattuale dimostra l'assenza di possibilità per gli utenti di opporsi *in toto* ai trattamenti effettuati nel contesto del TCF, essendo automatica la generazione della stringa da parte delle CMP e il suo collegamento all'ID unico dei singoli interessati attraverso un *cookie euconsent-v2* posto sui loro dispositivi. L'esito negativo del *balancing test* impedisce dunque l'invocabilità dell'art. 6, lett. f), da cui discende fatalmente la declaratoria di violazione degli artt. 5, paragrafo 1 e 6 GDPR per mancanza di una valida base giuridica dei trattamenti condotti nell'ambito del TCF.

Per quanto concerne la raccolta e la diffusione dei dati personali degli utenti nel contesto del protocollo OpenRTB da parte delle imprese partecipanti al TCF, la base giuridica di tali operazioni non può ritenersi offerta dall'art. 6, lett. a), poiché il consenso ottenuto dalle CMP non soddisfa i requisiti dell'art. 7 GDPR. Esso, infatti, non risulta sufficientemente libero, specifico,



informato e non ambiguo. Anzitutto, alcune le finalità di trattamento indicate da IAB Europe nelle politiche del *framework*, come la “misurazione della performance dei contenuti” o la “applicazione di ricerche di mercato per generare previsioni sul pubblico”, sono intrasparenti e financo decettive, non fornendo informazioni sull’ambito del trattamento, sulla natura dei dati i trattati o sulle tempistiche di conservazione. Inoltre: l’interfaccia utente delle CMP non fornisce una panoramica delle categorie di dati raccolti; risulta particolarmente ostico per gli utenti ottenere maggiori informazioni sull’identità dei soggetti coinvolti come contitolari dei trattamenti, difficoltà acuita dall’ingente numero di attori, che rende di fatto impossibile un consenso realmente informato; infine, il consenso, una volta ottenuto dalle CMP, non può essere ritirato dagli utenti con la stessa facilità con cui è prestato, non avendosi alcuna misura per impedire agli *Adtech vendors* di proseguire le operazioni avviate sulla base del consenso iniziale. Ciò chiarito, il *focus* non può che spostarsi sull’art. 6, lett. f), indagando se e fino a che punto possa intravedersi un legittimo interesse a fondamento del *target advertising* e della profilazione. In questo caso, il triplice test rivela un esito ancor più negativo. Difatti, la genericità delle finalità di trattamento rende ardua la valutazione di necessità delle menzionate operazioni, non consentendo di rinvenire una base giuridica sufficientemente specifica, esistente, attuale e non ipotetica. A ben vedere, infatti, le politiche TCF non contemplano un obbligo per le CMP di esplicitare i legittimi interessi, prescrivendo requisiti specifici per l’interfaccia utente (UI) circoscritti a un livello meramente secondario di informazioni. Non solo. Nonostante si discorra di requisiti minimi, il TCF dispone che l’UI contenga esclusivo riferimento alle definizioni degli scopi pubblicati nel testo legale standard, cui è attribuito carattere “definitivo”. Perciò, l’interpretazione della *Litigation Chamber* è nel senso che tali regole proibiscono di fatto alle CMP di fornire ulteriori informazioni agli interessati tanto in merito agli interessi legittimi perseguiti quanto al bilanciamento con i diritti e le libertà fondamentali dell’utente. In sostanza, dunque, il test dello scopo non può dirsi superato. Analogamente deve dirsi per il test di necessità, mancando adeguate garanzie che i dati raccolti e diffusi siano limitati a quanto strettamente necessario per le finalità previste. Infine, l’elevato numero di attori operanti nel TCF non consente agli interessati di sviluppare ragionevoli aspettative ai sensi del considerando n. 47 GDPR, dovendo escludersi un acconcio bilanciamento. Per completezza, si aggiunge che il TCF non

contempla, per le ipotesi in questione, alcun riferimento alla necessità contrattuale come base giuridica ex art. 6, lett. b) GDPR.

L’esame in merito alle asserite violazioni del GDPR prosegue con riferimento ai presidi di trasparenza prescritti agli artt. 12, 13 e 14 del regolamento. In proposito, si rileva preliminarmente come le politiche del TCF attribuiscano in certi casi a IAB Europe il potere di reclamare le registrazioni del consenso che le CMP sono tenuti a conservare, omettendo però di prevedere un correlativo obbligo di informazione circa tale possibile trattamento. Ma soprattutto, il numero di *Adtech vendors* potenzialmente coinvolti nel ricevere e trattare ulteriormente i dati degli utenti sulla base delle preferenze da essi prestate, unita all’echeggiata genericità di alcune delle finalità dichiarate, non consente di ritenere soddisfatto il requisito di una forma trasparente, intellegibile e facilmente accessibile di cui all’art. 12.1 GDPR, con particolare enfasi sulla grave assenza di quell’elemento di concisione sul quale già il “Gruppo 29” insisteva per evitare un “affaticamento informativo” (WP 260 – *Guidance on transparency under the GDPR*, par. 8). Per tali ragioni, l’Autorità ritiene che il TCF violi le condizioni di trasparenza richieste dagli artt. 12, 13 e 14 GDPR.

Infine, è analizzata la compatibilità del quadro TCF con i principi di responsabilità (art. 24 GDPR), protezione dei dati fin dalla progettazione e per impostazione definita (Art. 25 GDPR), integrità e riservatezza (art. 5.1 GDPR) e sicurezza nel trattamento (art. 32 GDPR). Com’è noto, l’art. 24 impone al titolare del trattamento di approntare misure tecniche e organizzative adeguate a garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al regolamento (con obbligo di riesame e aggiornamento), in ciò riflettendo l’art. 5.2. Inoltre, in consonanza col considerando n. 74, le misure *de quibus* devono tener conto della natura, dell’ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche.

Ai sensi dell’art. 32, poi, il titolare e il responsabile devono mettere in atto misure tecniche e organizzative per garantire un livello di sicurezza del trattamento adeguato al rischio. Si tratta di un punto di grande importanza, che si lega a doppio filo coi principi di integrità e riservatezza e i conseguenti obblighi di sicurezza dei dati e di protezione mediante misure tecniche e organizzative adeguate di cui all’art. 5, lett. f). Infatti, in assenza di opportuni presidi in tal senso, spiega l’Autorità, il rispetto dei diritti fondamentali



non può essere efficacemente assicurato, vieppiù in considerazione del ruolo cruciale svolto dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nella nostra società. In altri termini, dato l'altissimo numero di TC String generate quotidianamente in seno al TCF, è essenziale che le norme che ne regolano la partecipazione siano osservate da tutte le parti coinvolte e che tale osservanza sia supervisionata da IAB Europe in qualità di "*Managing Organisation*". Tuttavia, sono le stesse politiche redatte da IAB Europe a prendere in considerazione l'ipotesi che, difettando un sistema di convalida, le CMP possano falsificare o modificare le TC String e, precisamente, i segnali generativi del *cookie euconsent-v2*, riproducendo consensi "falsi", non effettivamente (o comunque, non validamente) prestati dagli interessati. Che le misure di controllo offerte nel TCF siano insufficienti lo rivela anche il c.d. "*TCF Vendor Compliance Programme*", ove, a fronte di declamatori incoraggiamenti a garantire la sicurezza dei trattamenti, difetta un monitoraggio sistematico da parte di IAB Europe. Infine, il citato programma contempla un sistema sanzionatorio scarsamente dissuasivo, potendo, ad esempio, un venditore dichiararsi responsabile di una violazione fino a tre volte, prima di ricevere un termine di ventotto giorni per conformarsi, alla scadenza del quale sarà rimosso (peraltro non irreversibilmente) dalla *Global Vendors List*. In conclusione, dunque, la *Litigation Chamber* ascrive in capo a IAB Europe una responsabilità per violazione dell'obbligo di garantire la sicurezza, l'integrità e la riservatezza dei trattamenti.

Per completezza, si compendiano alcuni rilievi finali in merito ad ulteriori asserite violazioni del GDPR. *In primis*, la limitata entità dei dati sul singolo utente memorizzati nelle TC String porta a escludere una violazione dei principi di limitazione delle finalità e di minimizzazione dei dati (art. 5, lett. b) e c) GDPR) nel contesto della TCF, potendosi quest'ultima verificare solo in seno al protocollo OpenRTB, rispetto al quale però IAB Europe non agisce come titolare dei trattamenti. Inoltre, non è provata la conservazione delle TC String e la relativa memorizzazione dei dati personali per periodi di tempo non autorizzati, in violazione dell'articolo 5, lett. e) GDPR. Di particolare importanza è il rilievo che le TC String non contengono in sé informazioni tali da poter estrarre – neanche indirettamente, rendendo ad esempio accessibile la cronologia dei siti web visitati dall'interessato – categorie particolari di dati personali ex art. 9 GDPR. Risultano invece violati: l'art. 30 GDPR sulla tenuta dei registri delle attività di trattamento, per mancanza di riferimenti ai

segnali di consenso, alle obiezioni e alle preferenze degli utenti; l'obbligo di effettuare la valutazione di impatto sulla protezione dei dati ex art. 35; l'obbligo di nominare un DPO ai sensi dell'art. 37.

In considerazione dei suesposti rilievi, l'Autorità, al fine di rendere il trattamento dei dati personali nell'ambito del TCF conforme alle disposizioni del GDPR, adotta gli ordini di conformità, i divieti e commina le sanzioni che seguono. A IAB Europe è ordinato di: fornire una base giuridica valida per il trattamento e la diffusione delle preferenze degli utenti sotto forma di TC String e di un *cookie euconsent-v2*, vietando al contempo il ricorso a interessi legittimi; assicurare misure di controllo tecniche e organizzative efficaci per garantire l'integrità e la riservatezza della TC String, in conformità con gli artt. 5.1., lett. f), 24, 25 e 32 GDPR; mantenere un audit rigoroso delle organizzazioni partecipanti al TCF; adottare misure tecniche e organizzative per evitare che il consenso sia prestato di default nelle interfacce delle CMP e per impedire l'autorizzazione automatica dei fornitori partecipanti che fondano su interessi legittimi i loro trattamenti, in conformità con gli artt. 24 e 25 GDPR; costringere le CMP ad adottare un approccio uniforme e conforme al GDPR per le informative prestata agli utenti, in conformità con gli artt. 12, 13, 14 e 24 GDPR; aggiornare i registri dei trattamenti, includendo il trattamento dei dati personali nel TCF da parte di IAB Europe, in conformità con l'art. 30 GDPR; effettuare una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati (DPIA) sui trattamenti operati nell'ambito del TCF e sul loro impatto sulle attività effettuate nel sistema OpenRTB, con i dovuti riesami in caso di versioni future o modifiche al TCF, conformemente all'articolo del 35 GDPR; nominare un responsabile della protezione dei dati (DPO) in conformità agli artt. 37-39 GDPR. Per il completamento di tali misure è assegnato a IAB Europe un termine massimo di sei mesi dalla convalida di un piano d'azione da parte dell'Autorità, assistito da una penalità di € 5000 per ogni giorno di mancato adempimento. Infine, è comminata a IAB Europe una sanzione amministrativa di € 250.000 ai sensi dell'art. 83, paragrafo 5 GDPR.

VALENTINO RAVAGNANI

<https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-21-2022-english.pdf>



12. La sentenza della Cassazione n. 3952 del 8 febbraio 2022 sul diritto all'oblio e le copie cache

| 182

Con la sentenza n. 3952/2022 dell'8 febbraio 2022, la Corte di Cassazione ha accolto parzialmente il ricorso proposto dalle società Yahoo! EMEA Ltd. e Yahoo! Italia S.r.l. in liquidazione (di seguito collettivamente “**Yahoo!**”) avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. 12623/2016, precisando che la richiesta di cancellazione delle copie *cache* relative alle informazioni accessibili tramite un motore di ricerca non può semplicemente accogliersi ogni qual volta sia stato stabilito il diritto alla deindicizzazione, bensì richiede una specifica ponderazione di bilanciamento tra il diritto all'oblio dell'interessato e il diritto del pubblico alla diffusione e alla acquisizione di informazioni relative ai fatti nel loro complesso, attraverso parole chiave anche diverse dal nome della persona.

Nel caso di specie, l'interessato aveva inoltrato al motore di ricerca Yahoo! una richiesta di rimozione dai risultati delle ricerche in Europa di diversi e specifici URL che collegavano il suo nome ad una vicenda giudiziaria da egli ritenuta non più rilevante per il diritto di cronaca (cd. deindicizzazione).

Yahoo! aveva dichiarato di non poter dare riscontro a tale richiesta, ritenendo di non essere qualificabile come titolare di tale trattamento di dati personali. Pertanto, l'interessato aveva depositato un ricorso presso il Garante per la Protezione dei Dati Personali (il “**Garante**”), con le richieste di rimozione degli URL nonché di cancellazione delle copie *cache* dalle pagine web accessibili tramite predetti URL.

Con provvedimento del 25 febbraio 2016, il Garante accoglieva parzialmente le richieste dell'interessato, ingiungendo a Yahoo! di rimuovere gli URL e di cancellare le copie *cache*, pronunciando invece non luogo a provvedere con riferimento ad altre richieste non più rilevanti.

Yahoo! domandava quindi al Tribunale di Milano l'annullamento del provvedimento del Garante. Il Tribunale di Milano confermava il contenuto del provvedimento impugnato e respingeva il ricorso, in quanto riteneva - in primo luogo, in merito alla rimozione degli URL - che sia l'interesse economico delle società e sia l'interesse della collettività a conoscere le informazioni derivanti dalla ricerca riferita al nome dell'interessato, siano in subordine rispetto ai diritti fondamentali dell'interessato stesso e - in secondo luogo, in merito alla cancellazione delle copie *cache* - che il provvedimento del Garante della Privacy fosse in linea con i principi ispiratori del GDPR (Regolamento UE 2016/679), pur pacificamente

non applicabile al caso *ratione temporis*, in particolare quanto alla previsione del diritto ad una cancellazione estesa dei dati personali oggetto del trattamento.

Yahoo! impugnava (per cinque motivi) la decisione del giudice di merito dinanzi alla Corte di Cassazione.

La Corte ha rigettato i primi quattro motivi di ricorso confermando la competenza del Garante di emettere i provvedimenti nei confronti di Yahoo!, ai sensi dell'Articolo 7 del d.lgs. 196/2003, l'applicabilità del diritto italiano al caso di specie perché Yahoo! svolge un'attività effettiva e reale nel territorio italiano (sul punto, cfr. anche Corte di Giustizia dell'UE (Terza Sezione), *Weltimmo s.r.o. contro Nemzeti Adatvédelmi és Információs szabadság Hatóság*, causa C-230/14, sentenza del 1° ottobre 2015, par. 41), e la legittimazione passiva della stessa Yahoo!.

Con il quinto motivo di ricorso, la ricorrente criticava, fra l'altro, un'interpretazione del diritto all'oblio sbilanciata in favore dell'interessato (in particolare, “la cancellazione delle copie *cache* delle pagine web accessibili attraverso gli URL”), a detrimento di interessi diversi, come l'interesse dei terzi di accedere alle pagine web per finalità diverse da quelle di una verifica sulle vicende giudiziarie dell'interessato.

Gli ermellini hanno preso in esame sia la rimozione degli URL sia l'eliminazione delle copie *cache*, richiamando i propri precedenti sulle tre nozioni del diritto all'oblio, del diritto alla cancellazione dei dati personali e del diritto alla deindicizzazione.

In particolare, nella sentenza in commento, si ricorda come le Sezioni Unite hanno ricondotto la deindicizzazione nell'ambito del diritto alla cancellazione dei dati, nel quadro della classificazione che considera lo stesso come una delle tre possibili declinazioni del diritto all'oblio, mentre le altre due, sono da individuare nel diritto a non vedere pubblicate nuovamente delle notizie relative a vicende legittimamente diffuse in passato, qualora sia trascorso un congruo periodo di tempo tra la prima e la seconda pubblicazione; ed infine, come esigenza a collocare la pubblicazione, legittimamente avvenuta molto tempo prima, nel contesto attuale (si veda Cassazione, Sezioni Unite, 22 luglio 2019, n. 19681).

La deindicizzazione è strumentale alla tutela giuridica dell'identità digitale dell'interessato e può essere un rimedio per impedire che i dati dell'interessato siano associati dal motore di ricerca ai fatti conservati in rete, venendo incontro al diritto delle persone a non essere trovati facilmente sulla rete.



Nel caso di specie, come già anticipato, la questione specifica affrontata dalla Corte di Cassazione non consisteva nella valutazione di legittimità o meno della deindicizzazione (ossia nel riconoscimento del “*right not to be found easily*”), bensì sulla parte della sentenza impugnata in cui il giudice di merito meneghino ha ritenuto corretto il provvedimento del Garante anche in merito alla cancellazione delle copie *cache* delle pagine web accessibili attraverso gli URL.

Sul punto, la Corte, dopo aver richiamato i principali risultati dell’elaborazione teorica sul diritto all’oblio, i punti 8 e 9 delle Linee guida 5/2019 sui criteri per l’esercizio del diritto all’oblio nel caso dei motori di ricerca, ai sensi del GDPR adottate il 7 luglio 2020 dal Comitato Europeo per la Protezione dei Dati (https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-52019-criteria-right-be-forgotten-search-engines_it) e le importanti sentenze del medesimo giudice di legittimità Cass. n. 7559/2020 e Cass. 9147/2020, ha precisato che la cancellazione delle copie *cache*:

1. impedirebbe al motore di ricerca, nell’immediato, di utilizzare le stesse per indicizzare i contenuti per mezzo di parole chiave anche diverse da quella del nome dell’interessato;
2. farebbe sì che il motore di ricerca non potrebbe utilizzare nuove copie *cache* equivalenti a quelle oggetto del provvedimento del Garante che verrebbe, di conseguenza, ad assumere il contenuto di ingiunzione dinamica estendendosi a tutte le copie - con contenuto simile a quelle cui si riferisce il provvedimento - che il motore di ricerca possa realizzare nel futuro.

La valutazione che fa la Corte di Cassazione è che risulta necessario valutare non soltanto il diritto dell’interessato a dissociare l’informazione dal motore di ricerca attraverso l’interrogazione con il suo nome, ma anche l’interesse della collettività a poter trovare quella informazione tramite altri criteri di ricerca, in particolare per mezzo di parole chiave diverse dal nome della persona interessata.

Secondo gli ermellini, la cancellazione delle copie *cache* delle pagine accessibili dalle URL deve tenere conto di una specifica indagine circa il bilanciamento tra l’interesse del singolo ad essere dimenticato e l’interesse della collettività ad essere informata: il giudice di merito ha preso in considerazione solamente l’ambito dell’interessato, relativamente alla concessa indicizzazione, non valutando in maniera adeguata e specifica, quanto alla richiesta della cancellazione delle copie *cache*, l’interesse da parte della collettività ad essere informata sui fatti di cronaca nel suo complesso.

In conclusione, e su questa base, la Corte di Cassazione ha enunciato il seguente principio,

rinviano al Tribunale di Milano, in diversa composizione, per farne applicazione: “la cancellazione delle copie *cache* relative a una informazione accessibile attraverso il motore di ricerca, in quanto incidente sulla capacità, da parte del detto motore di ricerca, di fornire una risposta all’interrogazione posta dall’utente attraverso una o più parole chiave, non consegue alla constatazione della sussistenza delle condizioni per la deindicizzazione del dato a partire dal nome della persona, ma esige una ponderazione del diritto all’oblio dell’interessato col diritto avente ad oggetto la diffusione e l’acquisizione dell’informazione, relativa al fatto nel suo complesso, attraverso parole chiave anche diverse dal nome della persona”.

FRANCESCO GROSSI

<https://web.uniroma1.it/deap/sites/default/files/allegati/Cass.-Civ.-Sez.-I-8-febbraio-2022-n.-3952.pdf>

13. Le “Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration” dello European Law Institute (ELI) del 3 marzo 2022

Il 3 marzo 2022 lo *European Law Institute* di Vienna (in breve ELI) ha pubblicato un corposo documento che contiene regole generali sul procedimento diretto a valutare l’impatto («*Impact Assessment*») dei sistemi decisionali basati su algoritmi nella pubblica amministrazione.

Si tratta di un documento programmatico (e non vincolante), adottato sull’esempio di altre proposte redazionali elaborate da altri enti non istituzionali europei (si pensi alle *Model Rules on EU Administrative Procedure* del *Research Network on EU Administrative Law – ReNEUAL*), allo scopo di supportare future legislazioni dell’Unione, dei suoi Stati membri o di altri paesi extracomunitari (così espressamente a p. 12 del documento: «*the Model Rules are intended to be more general and adaptable in different legal contexts within and beyond the EU*») che intendano normare l’uso di sistemi decisionali algoritmici nel settore pubblico (art. 1, par. 1).

Secondo il documento dell’ELI, le decisioni amministrative algoritmiche si possono suddividere in due distinte tipologie: quelle “piene” in cui il processo formativo della volontà pubblica è completamente automatizzato; e quella “semipiene” in cui vi è spazio per la partecipazione umana nel



procedimento amministrativo informatico (art. 2, par. 1).

La metodologia operativa suggerita dal documento per soppesare adeguatamente la possibilità di usare algoritmi decisionali nel settore pubblico (al posto o in parziale sostituzione dell'intervento umano) è, come detto, la valutazione d'impatto; la quale, nelle intenzioni dell'ELI, dovrebbe assicurare a ogni amministrazione interessata (e quindi alla cittadinanza) la sicurezza, la completezza, la trasparenza, l'accessibilità e la responsabilità della soluzione organizzativa prescelta.

Scendendo nel dettaglio, il documento dell'ELI è composto da cinque capitoli suddivisi in sedici articoli e quattro allegati.

Esso parte dal presupposto che l'uso di sistemi algoritmici nella pubblica amministrazione non può seguire un unico approccio operativo (*«precludes a one-size fits all approach»*; così si legge a p. 11), ma va opportunamente calibrato al contesto e all'ente di riferimento (la *«Implementing Authority»* secondo la dizione dell'art. 2, par. 2, n. 7).

Distingue perciò tra sistemi ad “alto rischio” (ossia a più elevato impatto sociale come l'ambiente, le telecomunicazioni, il fisco, le infrastrutture) per i quali è sempre consigliata una valutazione d'impatto rafforzata (allegato 1); sistemi a “basso rischio” (dove le criticità sono ben note e facilmente gestibili per legge) che ne sono esentati (allegato 2); sistemi a “medio rischio” per cui è richiesta una verifica d'impatto semplificata (art. 4); sistemi “incerti” e soggetti, in quanto tali, a una verifica preliminare per accertare in quale delle tre categorie principali rientrano (allegato 3).

In caso di valutazione d'impatto semplice (e sempre che non ricorrano particolari motivi di celerità o emergenza menzionati espressamente all'art. 1, par. 4 del documento dell'ELI) la procedura da seguire prevede la redazione di un piano d'azione (art. 6), anche col supporto di enti specializzati (art. 5), che deve contenere chiare ed esaustive informazioni: a) sul tipo di algoritmo che l'amministrazione procedente intenderà usare, sulle sue caratteristiche tecniche, sul suo modo di funzionamento, sulle finalità che esso vuole conseguire; b) sulla tutela dei diritti dei privati, sulle ricadute sociali, sui benefici della scelta organizzativa dell'amministrazione procedente; c) sulla sicurezza, tracciabilità, legalità e proporzionalità delle future decisioni prese dall'algoritmo; d) sulle garanzie tecniche fornite dal produttore del sistema informatico acquistato dall'amministrazione (art. 7); e) sulla protezione dei dati personali e della proprietà intellettuale (art. 8). Il documento così elaborato dev'essere pubblicato

telematicamente dalla autorità procedente per raggiungere la più ampia platea di destinatari (art. 13).

Se invece è richiesta la valutazione d'impatto rafforzata, tra la pubblicazione del piano di azione e la sua diffusione al pubblico, si insinua una fase istruttoria che prevede: a) la consultazione di un collegio tecnico indipendente (i cui membri sono selezionati con criteri obiettivi dall'amministrazione procedente) chiamato a verificare la adeguatezza e la precisione del piano d'azione (art. 10); l'avvio di un dibattito pubblico per permettere ai destinatari dell'azione amministrativa di partecipare al procedimento di valutazione d'impatto (art. 11, par. 1: *«ensure that those specifically affected by the system are afforded the opportunity to participate in this process»*). Al termine del percorso appena descritto l'autorità procedente pubblica in via definitiva il piano d'azione motivato sulla base dei dati istruttori raccolti (art. 12).

Da ultimo, il documento dell'ELI si preoccupa di indicare gli strumenti di tutela rispetto alla valutazione d'impatto.

Anzitutto sottolinea che l'autorità procedente possa sempre aggiornare o ripetere la valutazione in caso di errori inattesi o di sopravvenute necessità anche di ordine istruttorio (se emerge, cioè, *«substantial negative impact»* o *«additional knowledge gained during the practical use of the system»*: art. 14, par. 1 e par. 2, lett. b); in secondo luogo suggerisce di sottoporre ogni valutazione d'impatto al controllo esterno di un'autorità amministrativa indipendente (individuata esplicitamente nell'Autorità nazionale garante dei dati personali: si veda la p. 50 del documento dell'ELI) con poteri d'inchiesta, proposta e sanzionatori (art. 15), i cui provvedimenti devono sottostare in ogni caso al vaglio giurisdizionale (art. 16, par. 3).

FILIPPO D'ANGELO

https://www.europeanlawinstitute.eu/news-events/news-contd/news/eli-issues-guidance-on-the-use-of-algorithmic-decision-making-systems-by-public-administration/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=f4a2a4a677e3dcf6e391d9f0a2a9bd6a



