JUS CIVILE

Rivista a cura di **Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi**

4-2020

luglio-agosto

G. Giappichelli Editore

ISSN 2281-3918/2421-2563

I contributi, inviati alla Rivista per la pubblicazione, sono soggetti a revisione tra pari a doppio cieco (*double blind*). È, quindi, garantito l'anonimato dei valutatori e dei valutati.

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche.

Il Comitato dei revisori è costituito, esclusivamente, da professori ordinari dell'area privatistica, indicati in un apposito elenco pubblicato.

La revisione è affidata a due membri del Comitato dei revisori, scelti a rotazione dai curatori in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente.

Il *referee* è tenuto a compilare la scheda di valutazione. È garantita la piena autonomia dei revisori rispetto alla Direzione della Rivista.

Soltanto in casi eccezionali, i Curatori assumono, con adeguata motivazione, la responsabilità della pubblicazione.

JUS CIVILE

INDICE

pag.

Articoli e Saggi

Cronaca di una morte annunciata: il caso Manduca e la responsabilità dello Stato[°*]
di *Giuseppa Palmeri* 825

L'intelligenza artificiale antropocentrica: limiti e opportunità [*]
di *Sara Tommasi* 853

La responsabilità del prestatore di servizi di *hosting* [*]
di *Roberta Cosio* 887

Il contratto «unico» di «vendita» di immobili con «parte soggettivamente complessa» e con «oggetto plurimo» o più semplicemente "negozio complesso" [*]
di *Angelo Magnani* 906

Crediti involontari dal *Common Law* al nostro ordinamento, generalizzazione del fenomeno e strumenti di tutela [*]
di *Roberto Dante Cogliandro* 925

Bitcoin: tra economia e diritto [*]
di *Francesco Felis* 964

Le conseguenze giuridiche del *lockdown* e del *post-lockdown* sui contratti di locazione ad uso commerciale tra buona fede *in executivis* e tutela dell'autonomia privata [*]
di *Carolina Magli* 1013

[*°] Contributo sottoposto a revisione.

JUS CIVILE

pag.

Giurisprudenza

Clausole ABI e nullità del contratto di fideiussione. Ancora sull'invalidità dei contratti "a valle" per contrasto delle "norme bancarie uniformi" con la disciplina antitrust [*]

Cassazione civile sez. I, 26/09/2019, n. 24044

di *Pietro Librici* 1065

Il potere officioso del giudice a tutela dei diritti fondamentali del consumatore [*]

Corte Giustizia Unione Europea, Sent., Sez. I, 19-12-2019, n. 453/18

di *Fabrizio Ponzù Donato* 1090

Per la CGUE la deindicizzazione sui motori di ricerca non può essere "*globale*" [*]

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentanza 24 settembre 2019, causa C 507/17

di *Michele Crisafulli* 1127

JUS CIVILE

GIUSEPPA PALMERI

Professore ordinario di Diritto privato – Università di Palermo

CRONACA DI UNA MORTE ANNUNCIATA: IL CASO MANDUCA E LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO

SOMMARIO*: 1. Il caso Manduca. – 2. Violenza domestica e misure di protezione. – 3. La responsabilità civile dei magistrati – 4. L'insidiosità del principio dell'inevitabilità dell'evento lesivo – 5. La rilevanza della condotta omissiva – 6. Il nesso di causalità – 7. Il danno non patrimoniale.*

1. – Il titolo del famoso romanzo di Gabriel Garcia Marquez è la prima cosa che mi è venuta in mente pensando alla vicenda di Marianna Manduca, tornata nuovamente alla ribalta della cronaca dopo la singolare sentenza della Corte di appello di Messina del marzo 2019 [1]; vicenda che offre lo spunto per svolgere alcune considerazioni in tema di uxoricidio e responsabilità civile (dello Stato).

Come è noto a molti, nel lontano 3 ottobre 2007 Marianna Manduca è stata uccisa a Palagonia con numerose coltellate inferte dal marito separato, dopo che la donna aveva per ben 12 volte nel corso dell'ultimo anno (settembre 2006/settembre 2007), corrispondente a quello della separazione, denunciato alle autorità competenti il proposito omicida del coniuge più volte manifestatole in occasione degli incontri necessitati dalla presa e riaccompagnata dei figli a casa del padre, cui inspiegabilmente i minori erano stati affidati nel giudizio di separazione.

I tre bambini, dopo la morte della madre e l'arresto del padre con conseguente decadenza dalla sua responsabilità genitoriale, sono stati adottati da un cugino della donna che, nel loro interesse, ha intrapreso un'azione civile per fare accertare la responsabilità del Procuratore della Repubblica dell'epoca per l'inerzia tenuta in presenza di puntuali e

[1] App. Messina, 19 marzo 2019, n. 198, in *questionegiustizia.it*, con commento adesivo di A. Palmieri, *Responsabilità dello Stato per omissioni nell'attività di indagine da parte del pubblico ministero: il ruolo chiave dell'indagine sul nesso causale*, ivi, 15 maggio 2019.

circostanziate denunce da parte della Manduca che annunciavano la sua morte esattamente nel modo ivi descritto e per ottenere la condanna dello Stato italiano al risarcimento dei danni subiti dai minori ai sensi della l. n. 117/1988 in tema di responsabilità civile dei magistrati.

Il complesso iter giudiziale [2], tale anche a causa degli ostacoli frapposti dall'Avvocatura dello Stato [3], ha reso estremamente lunghi i tempi di definizione del procedimento, nel corso del quale da ultimo è intervenuta la Corte di cassazione con una pronuncia di annullamento della sentenza resa dalla Corte di appello di Messina e il rinvio della

---

[2] Il giudizio introdotto nel 2011 è stato, originariamente, dichiarato inammissibile dal Tribunale di Messina per tardività dell'azione; decisione questa confermata dalla Corte d'appello ma censurata in sede di legittimità dalla Corte di cassazione che, con sentenza 12 settembre 2014 n. 19265, ha sancito l'ammissibilità del ricorso e rinviato allo stesso Tribunale di Messina per l'avvio del procedimento di primo grado: cfr. Cass., 12 settembre 2014 n. 19265, in *Giur.it*., 2014, c. 2717, con nota di F. Tizi, *Decorrenza del termine per la proposizione dell'azione di responsabilità per danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e soggetti incapaci*.

Riassunto il giudizio, il Tribunale di Messina, all'esito di una lunga istruttoria, ha accolto parzialmente la domanda degli orfani condannando la Presidenza del Consiglio dei Ministri al pagamento della somma di euro 259.200,00 a titolo di risarcimento del danno patrimoniale, oltre interessi e rivalutazione monetaria, respingendo, invece, la richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale: Trib. Messina, 1 giugno 2017, n. 1566, in *questionegiustizia.it*.

La sentenza è stato oggetto di numerosi commenti, anche preoccupati, da parte degli studiosi del diritto, specie dei magistrati, timorosi che per questa via possa giungersi ad un ampliamento eccessivo del giudizio di responsabilità di cui alla l. n. 117/1988: cfr. G. Cascini, P. Ielo, *La decisione del tribunale di Messina sulla responsabilità civile del pubblico ministero per omessa perquisizione. Un punto di vista di parte*, in *Questione giustizia*, 5 luglio 2017; E. Scoditti*, La responsabilità civile del pubblico ministero per omessa perquisizione: la sottile linea tra percezione e valutazione*, in *Questione giustizia*, 26 giugno 2017; J. De Vivo, *Mancata tutela delle vittime e responsabilità civile dei pubblici ministeri*, in *Forum di quaderni costituzionali*, in Forum di quaderni costituzionale rassegna, 27 luglio 2017; V. Giglio-G. Giglio Sarlo, *L'Araba Fenice riappare in Sicilia: la responsabilità civile dello Stato-giustizia e una sua recente applicazione ad opera del Tribunale di Messina*, in *Filodiritto*, 7 luglio 2017; N. Gentile, *Responsabilità del magistrato e risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Merito*, 2017, fasc. 11, p. 11; G. Marra, *Uxoricidio, condanna dello Stato per inerzia dei P.M.: la sentenza del Tribunale di Messina*, in *Il quotidiano giuridico*, 16 giugno 2017.

[3] L'Avvocatura, alla domanda azionata nei confronti dello Stato, ha dapprima opposto l'intervenuta prescrizione del diritto al risarcimento dei danni in capo ai minori, ricostruzione questa non accolta dai giudici di legittimità; successivamente, ha impugnato la sentenza di primo grado di condanna dello Stato continuando a sostenere sino in Cassazione l'infondatezza delle ragioni fatte valere dai figli di Marianna Manduca. E ciò, malgrado la nota diffusa e pubblicata sul sito istituzionale di Palazzo Chigi in cui il Consiglio dei Ministri esprimeva l'intenzione di definire bonariamente la vicenda riguardante gli orfani Manduca fino al punto da ipotizzare la "*desistenza da qualsiasi azione giudiziaria, nel rispetto della legge e tenendo conto dell'interesse dei familiari della donna*".

Sembra utile in questa sede ribadire che in seguito all'accoglimento in primo e in secondo grado dell'asserita decadenza del termine per l'esercizio della domanda risarcitoria, la Corte di cassazione ha affermato che il termine di decadenza non può che decorre dal momento in cui gli orfani hanno avuto un rappresentante legale in grado di agire nel loro interesse: così Cass., 12 settembre 2014, n. 19265, cit.

causa innanzi ad altra Corte di appello, segnatamente quella di Catanzaro [4].

Il giudizio di legittimità è stato azionato per contestare le conclusioni cui è giunto il giudice di appello che, nel ribaltare l'esito della pronuncia di primo grado, ha ritenuto insussistente la responsabilità dello Stato in ragione della "inevitabilità" dell'assassinio e della conseguente mancanza di nesso causale tra la condotta (omissiva) lesiva, ossia l'inescusabile negligenza della Procura [5], e l'evento, cioè la morte per mano del marito della giovane donna; la Corte d'appello ha, pure, ordinato la restituzione delle somme pagate ai minori dalla Presidenza del Consiglio, riconosciute loro dal Tribunale a titolo di risarcimento del danno patrimoniale [6].

La Corte di cassazione nella pronuncia n. 7760/2020 ha censurato il percorso motivazionale seguito dai giudici di merito, ritenendolo, oltre che contraddittorio, in contrasto con le regole che governano l'accertamento del nesso eziologico, avendo la Corte d'appello operato in modo difforme da quanto costantemente prescritto in sede interpretativa in tema di giudizio sul nesso causale [7].

---

[4] Cass., 8 aprile 2020, n. 7760, in *cortedicassazione.it*, in cui si conferma il costante indirizzo della Suprema corte sia in merito all'accertamento del nesso di causalità materiale in presenza di più concause – giudizio sindacabile in sede di legittimità soltanto sotto il profilo della violazione delle regole di diritto sostanziale di cui agli artt. 40 e 41 c.p. e 1227, comma 1, c.c. –, sia per ciò che concerne il nesso di causalità giuridica, effettuato sulla scorta del criterio del "più probabile che non" (v. § 2.4).

Fra i primi commenti v. I. Ambrosi, C. Graziosi, *La Suprema Corte torna sul caso Manduca*, in *giudicedonna.it*, dove l'apprezzamento per l'operato dei giudici di legittimità si estende anche al profilo della tempestività della risposta data, elemento che, a detta delle Autrici, conferma come nel fare giustizia "*pure il ragionevole spazio temporale (...) deve essere sempre incluso nell'ontologica struttura del giusto*"; A. Palmieri, *La responsabilità del pubblico ministero per omessa perquisizione approda in Cassazione: il criterio della preponderanza dell'evidenza riapre i giochi*, in *questionegiustizia.it,* secondo cui la cassazione della sentenza assolutoria non sembra preludere "*ineluttabilmente al ritorno in auge della linea seguita dal Tribunale*"; F. De Stefano, *La responsabilità dello Stato per femminicidio non impedito*, in *giustiziainsieme.it*.

[5] È noto che prima della riforma del 2015 l'art. 2, comma 3, lett. a), della l. n. 117/1988 includeva nella colpa grave "*la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile*". Questo parametro è venuto meno nell'attuale formulazione in cui si stabilisce che "*costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge (...)*", residuando il riferimento al dolo o alla negligenza inescusabile soltanto ai fini dell'azione di rivalsa dello Stato sul singolo magistrato (art. 7): v. infra sub § 3.

[6] Si legge nella sentenza di appello: "*l'unico addebito che può, pertanto, muoversi alla Procura della Repubblica di Caltagirone consiste nella mancata effettuazione di una perquisizione volta alla ricerca del coltello utilizzato dal ... per minacciare la moglie e nel successivo sequestro*"; nonostante ciò i giudici concludono che "*l'omissione addebitabile alla Procura sia stata eziologicamente inefficiente, poiché la perquisizione e l'eventuale sequestro del coltello non avrebbero impedito la morte della giovane mamma*": cfr. § 10 sentenza.

[7] Per la Cassazione il giudizio sul nesso causale non è stato correttamente impostato dalla Corte di appello "*in quanto, anche attraverso eccessiva frammentazione dei fatti, con conseguente inintellegibile pol-*

La sentenza è particolarmente significativa perché rifluisce nel lungo e progressivo percorso che ha condotto al riconoscimento in modo assoluto del valore della libertà e della dignità della persona, segnatamente della donna, e dell'operatività, anche nell'ambito del diritto di famiglia, degli strumenti rimediali di diritto comune presenti nel sistema [8]. Un sistema che non può non includere meccanismi di salvaguardia pure per le ipotesi in cui a dovere rispondere per la violazione dei suddetti valori e dei connessi diritti fondamentali sia lo Stato in ragione di una condotta gravemente negligente di un suo organo, in particolare il giudice, rivelatasi fonte di danni ingiusti per la vittima.

La prospettiva in cui muove il presente scritto è di considerare la responsabilità civile del magistrato nell'ottica dell'allocazione, in funzione di compensazione, dei danni cagionati dal malfunzionamento della giustizia, non ritenendosi convincente l'approccio che guarda alla l. 13 aprile 1988, n. 117 quale strumento di sollecitazione dell'efficienza dell'attività della magistratura [9].

La ratio sottostante alla legge sulla responsabilità civile del magistrato dovrebbe esse-

---

verizzazione di alcuni episodi (...), si priva di rilevanza l'antecedente logico, ossia la condotta omissiva, poiché si afferma che qualunque essa potesse essere, l'evento di danno si sarebbe comunque verificato". In questo modo la Corte di appello "*ha dilatato l'incidenza dell'inadempienza dell'organo di iniziarlo ai limiti del caso fortuito della forza maggiore, o, comunque, ha ristretto l'evitabilità dell'evento ai soli casi di assoluta impossibilità di una condotta positiva alternativa*" (§ 2.5. della motivazione).

[8] In ordine all'operatività dei rimedi di diritto comune nell'ambito delle relazioni familiari v., fra le tante, le considerazioni di C. Favilli, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, Torino, 2016; M. Sesta (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008; Ang. D'Angelo, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709 ter c.p.c.*, in *Familia*, 2006, p. 1031; A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. dir. priv*., 2008, p. 929; A. Morace Pinelli, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. civ*., 2014, p.1220; M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ*., 2011, p. 16; F. Danovi, *Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale?*, in *Dir. fam*., 2014, p. 293; G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Ipsoa, 2009; E. Camilleri, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, in *Eur. dir. priv*., 2010, p. 145; G. Di Rosa, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Familia*, 2008, p. 3; D. Amram, *Misure risarcitorie non riparatorie del diritto della famiglia*, in *Fam. dir*., 2008, p. 964; E. Carbone, *La giuridificazione delle relazioni domestiche e i suoi riflessi aquiliani*, in *Familia*, 2006, p. 83; G. Ferrando, *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in P. Cendon (a cura di), *Persone e danno*, III, Milano, 2003, p. 2777; G. Ferrando, *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, nel *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Cedam, 2009, p. 393; P. Morozzo della Rocca, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1988, p. 608; G. A. Parini, *Il risarcimento del danno endofamiliare causato dall'adulterio e dalla scoperta dell'assenza di un legame biologico con i figli*, in *Fam dir*., 1/2020, p. 51.

[9] Una parte della dottrina mira a sottolineare la componente anche preventivo-punitiva di cui è intrisa la l. n. 117/1988, finalizzata a incidere sulla condotta del magistrato: sul punto v. C. Amato, *In margine a Corte Cost., 19 gennaio 1989, n. 18, sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Resp. civ. prev*., 1989, p. 585.

re, infatti, proprio quella di definire il punto di equilibrio tra libero esercizio della funzione giurisdizionale e salvaguardia del diritto dei privati a non essere danneggiati dalle decisioni giudiziarie assunte in carenza del livello minimo di diligenza richiesto nello svolgimento di una funzione così delicata, qual è quella del magistrato.

Prima di proseguire nella trattazione una precisazione è d'obbligo: il presente lavoro, per ragioni di economia, non affronterà la questione della disciplina applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, dando per assodata la posizione assunta sul punto dalle Corti [10]; non si soffermerà neppure sul tema della responsabilità dello Stato per violazione della normativa europea, meritando tale profilo una trattazione autonoma [11].

---

[10] Ci si limita qui ad osservare che le considerazioni svolte nel presente scritto possono a maggior ragione considerarsi valide se riferite all'attuale formulazione dell'art. 2, comma 3, l. n. 117/1998, considerato che la violazione manifesta della legge ivi richiamata è concetto ancora più ampio rispetto alla negligenza inescusabile (di cui al testo originario), tanto da indurre a sostenere che l'interprete *"(...) dovrà abbassare l'asticella della responsabilità, per ritenere rilevante anche una violazione grave e manifesta, sebbene non grossolana o macroscopica*": in questo senso S. Meneghetti, *La responsabilità civile dei magistrati*, in *giustiziacivile.com*, 11 dicembre 2018.

[11] Si rinvia per una prima ricognizione sul tema alla seguente letteratura e alle più significative decisioni in materia.

In dottrina v. Roppo, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una* case story *in attesa del finale*, in *Riv. dir. priv.,* 2006, p. 5; F. Lajolo di Cossano, *La responsabilità dello Stato per violazioni del diritto comunitario da parte del giudice di ultima istanza*, in *Dir. comm. internaz*., 2006, p. 759; C. Rasia, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso* Traghetti del Mediterraneo *contro* Italia, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 661; A. Ferraro, L'illecito comunitario *di un organo giurisdizionale supremo (prima parte)*, in *Danno e resp*., 5/2007, p. 518; A. Ferraro, L'illecito comunitario *di un organo giurisdizionale supremo (seconda parte)*, in *Danno e resp*., 6/2007, p. 629; F. Biondi, *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati (nota a Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2006, TDM contro Italia)*, in www.forumcostituzionale.it; R. Caranta, *Giudici responsabili?* in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 2039; A. Comino, *La responsabilità dello Sato-giudice alla prova del diritto europeo*, in *Resp civ. prev*., 2012, p. 784.

In giurisprudenza v.: Corte Giust. CE, 30 settembre 2003, n. 224, Gerhard Kobler contro Republik Osterreich, C-224/01, in *Foro it*. 2004, IV, c. 4, con nota di E. Scoditti, *"Francovich" presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*. Cfr. anche R. Conti, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario,* in *Danno e resp*., 1/2004, p. 23; G. Alpa, *La responsabilità dello Stato per «atti giudiziari». A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *NGCC*, 1/2005, p. 1; Corte Giust. CE, Grande Sezione, 13 giugno 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo S.p.A. v. Repubblica italiana, in *Resp. civ.*, 2007, 625, con nota di F.M. Scaramuzzino, *Mancato rinvio pregiudiziale del giudice d'ultima istanza e risarcimento del danno*; con nota di E. Scoditti, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice,* in *Foro it*., 2006, IV, c. 418; A. Palmieri, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci e ombre di una tendenza irreversibile,* in *Foro it*., IV, 2006, c. 420; T. Giovannetti, *Responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*, in *Foro it*., IV, 2006, c. 423; Conti, *Responsabilità per atto del giudice, legislazione italiana e Corte UE. Una sentenza annunciata*, in Corr. giur., 2006, p. 1513.

A seguito dell'inadempimento dello Stato italiano alla decisione della Corte di Giustizia, Grande Sezio-

2. – È bene sin d'ora ricordare come la tutela della persona e dei diritti fondamentali trovi ampio riconoscimento nelle fonti di rango costituzionale, sia di matrice interna che sovranazionale, e di rango ordinario.

Malgrado ciò, per lungo tempo la soggettività femminile è stata negata dal nostro ordinamento giuridico, come attesta una normativa, quale quella penale, in cui fino ad anni relativamente recenti è stato ammesso l'omicidio per causa d'onore, il matrimonio riparatore e il reato di violenza sessuale è stato inquadrato tra i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume piuttosto che contro la persona; ed in cui in sede civile per decenni è stato falsamente reso neutro (e astratto) il soggetto di diritto ed è stata negata l'autodeterminazione della donna rispetto alla propria esistenza, al proprio corpo ed anche al processo procreativo, ambito in cui l'irriducibilità della differenza tra i sessi è massimamente evidente [12].

È, altresì, da ricordare l'attenzione sempre più pregnante posta dal legislatore (e dagli interpreti) alle relazioni familiari anche per ciò che concerne la dimensione patologica, in particolare la violenza che può connotare tale tipo di rapporti. La speciale relazione tra il soggetto maltrattante e la sua vittima, l'affettività (attuale o pregressa) che connota il rapporto sovente rendono difficile la denuncia e l'azione, sia nella prospettiva cautelare e preventiva, sia sul fronte dei rimedi successivi alla realizzazione della condotta aggressiva e/o assillante. Nonostante il largo numero di convenzioni, direttive e interventi normativi e malgrado gli ordinamenti siano alla ricerca di ulteriori strumenti di protezione, sono continui e frequenti gli episodi delittuosi che si consumano entro le mura domestiche o che hanno come sfondo una relazione affettiva che si trascina o che si è provato a recidere [13].

---

ne, 13 giugno 2006 è stata attivata dalla Commissione procedura di infrazione, accolta dalla stessa Corte di Giustizia con sentenza 24 novembre 2011, C-379/10, in *Danno e resp*., 4/2012, p. 371 con nota di Bonaccorsi, *La responsabilità dei giudici davanti alla Corte di giustizia*, ivi, p. 376 e con nota di R. Conti, *Dove va la responsabilità dello Stato dopo la Corte di Giustizia?* in *Corr. giur.*, 2012, p. 185. V. anche C. Castronovo, *La commedia degli errori nella responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto europeo ad opera del potere giudiziario*, in *Eur. dir. priv*., 4/2012, p. 945.

[12] Con riferimento al lungo percorso che ha condotto all'emersione e all'affermazione della soggettività femminile nella legislazione italiana cfr. in prospettiva penalistica G. Viggiani, *Il femminicidio come reato. Prassi applicative e prospettiva de iure condendo*, in *GenIUS*, 2019-2, p. 130; in prospettiva civilistica v. Giuseppa Palmeri, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, in *Riproduzione e relazioni: la surrogazione di maternità al centro della questione di genere* (a cura di M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci), Torino, 2019, p. 44.

[13] Fra i testi sovranazionali più rilevanti in materia di lotta per la difesa dei diritti umani e segnatamente dei diritti delle donne si annoverano la Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne del 18 dicembre 1979 (c.d. CEDAW); la Raccomandazione del Comitato

Di fronte a questo fenomeno il giurista, soprattutto il civilista, avverte il disagio che deriva dalle caratteristiche strutturali dell'armamentario tradizionalmente deputato a reagire in presenza di un illecito, giacché il rimedio primo, ossia il risarcimento del danno, si presenta come uno strumento poco efficace in quanto destinato ad operare dopo la consumazione dell'illecito in ragione della sua funzione di natura riparatoria-compensativa. La violenza che si manifesta nelle relazioni familiari richiede, invece, in prima battuta interventi di tipo preventivo e soltanto successivamente tutele (inibitorie e) reintegratorie.

Il sistema si è progressivamente dotato di strumenti di natura preventiva, senza, però, raggiungere i risultati sperati in termini di efficace protezione della persona. Si pensi, solo per fare qualche esempio, alla legge 4 aprile 2001, n. 54 che ha introdotto misure contro la violenza, muovendosi sia sul fronte civilistico, sia su quello penalistico e disciplinando per la prima volta i c.d. "ordini di protezione", rispetto ai quali l'ordine di allontanamento rappresenta la misura più incisiva. Si pensi ancora agli strumenti di intervento nell'ambito di separazione e divorzio (in particolare l'art. 709-*ter* c.p.c. introdotto nel 2006).

Sul versante penalistico l'importanza del fenomeno può essere percepita in maniera ancora più immediata.

Nei diversi ordinamenti dell'Europa continentale si sono susseguiti interventi di politica criminale di natura "emergenziale" ispirati al dogma della sicurezza, che hanno irrobustito la risposta repressiva rispetto a determinati fenomeni criminosi e incrementato l'attenzione per categorie di persone ritenute particolarmente vulnerabili. Sul piano sovranazionale, l'interesse per una doppia ottica individuale che guardi a entrambi i protagonisti del fenomeno criminoso e della vicenda giudiziaria corrisponde a espliciti piani d'azione tendenti

---

dei ministri agli Stati membri del Consiglio d'Europa Rec(2002)5 sulla protezione delle donne dalla violenza; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000; la Dichiarazione e il Programma d'azione di Vienna del 1993; la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani del 2005; la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale (c.d. Convenzione di Lanzarote) del 2007; la Convenzione sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica, c.d. Convenzione di Istanbul, adottata dal Consiglio d'Europa il 7 aprile 2011; la Risoluzione del Parlamento europeo del 5 aprile 2011 per la definizione di un quadro politico dell'Ue in materia di lotta contro la violenza sulle donne. E già prima la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1950; la Carta sociale europea del 1961 così come modificata nel 1996; il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966.

È ancora il caso di ricordare che in occasione della quarta conferenza mondiale sulle donne del 1995, nota come conferenza di Pechino, l'Organizzazione delle Nazioni Unite ha considerato violenza contro le donne "*qualsiasi atto di violenza che provoca, o potrebbe provocare, un danno fisico, sessuale o psicologico o una sofferenza alle donne, incluse le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, che si verifichino in pubblico o in privato*".

al consolidamento dei diritti e della tutela, specie nei procedimenti penali.

La direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, sostituendo la precedente decisione quadro (2001/220/GAI) e dando riscontro a un flusso di sollecitazioni (tra le quali, il c.d. Programma di Stoccolma), ha seguito un approccio nuovo al fine di garantire alla persona informazione, assistenza, e protezione adeguate in tutte le fasi del suo percorso e nella relazione con le autorità competenti, soprattutto con riguardo alle vittime bisognose di speciali forme di protezione nel processo e dal processo [14].

La tendenza che emerge è di rendere il novero di siffatte vittime più elastico e il sistema capace di accogliere di volta in volta le fattispecie che, secondo logiche di una valutazione individuale, si presentino più delicate. Questa tendenza assume rilievo sul fronte della violenza nelle relazioni affettive, fenomeno di per sé variegato e difficilmente sussumibile entro categorie rigide, la cui manifestazione più estrema è quella che nel linguaggio diffuso viene qualificata come femminicidio, ossia l'omicidio doloso di una donna da parte di un uomo motivato dal senso di predominio, possesso e controllo provato da questo nei confronti della vittima [15].

La riflessione, a partire dall'analisi delle modalità operative degli strumenti di tutela già esistenti, dimostra come al livello normativo non si registri un evidente deficit di tutela [16], presente invece sul fronte applicativo, circostanza questa che ingenera una peren-

---

[14] Con d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 il legislatore italiano ha dato attuazione alla direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, delineando un nuovo statuto della vittima di reato e dei suoi diritti nell'ambito del procedimento penale.

[15] Con riferimento alla nascita di questo vocabolo e al suo significato legato ad un movente di genere v. ancora G. Viggiani, *Il femminicidio come reato. Prassi applicative e prospettiva de iure condendo*, cit., p. 130 e ss.

[16] Sono tanti i provvedimenti emanati dallo Stato italiano in una prospettiva ampia di tutela della donna e di prevenzione della violenza di genere; così come sono numerosi gli interventi volti ad incidere sulla portata di figure di reato già presenti nel sistema (si pensi per fare un solo esempio all'omicidio e alle relative circostanze aggravanti). Senza pretesa di esaustività si ricordano, tra i testi più recenti, il d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni nella l. 9 agosto 2013, n. 94, di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Istanbul del 2011; il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito nella legge 15 ottobre 2013, n. 119, avente ad oggetto disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere; la l. 13 luglio 2015, n. 107 in tema di educazione dei giovani alla parità tra i sessi e alla prevenzione di ogni forma di discriminazione nell'ambito del sistema nazionale dell'istruzione e formazione; il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 80 riguardante la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro; la l. 23 giugno 2017, n. 103 avente ad oggetto modifiche al codice penale, di procedura penale e all'ordinamento penitenziario; la l. 4 dicembre 2017, n. 172 in materia di estinzione del reato per condotte riparatorie; la l. 11 gennaio 2018, n. 4, contenente disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici.

Tutti questi provvedimenti non sono rimasti esenti da critiche, ma attestano l'esigenza avvertita dal legislatore di intervenire, sebbene non sempre in modo organico e sistematico, su una materia particolarmente delica-

ne sensazione di precarietà e di emergenza. Dell'importanza del tratto pratico della protezione individuale sono consapevoli il legislatore nazionale [17] e europeo, che proprio per questa ragione nei vari provvedimenti di volta in volta emanati insistono sui profili organizzativi della tutela e sulla formazione professionale di chi in concreto rappresenta l'ultimo anello di una catena essenziale e funzionale alla salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali della persona [18].

Ed è questa catena che nel caso Manduca si è spezzata.

3. – I fatti oggetto della vicenda in esame risalgono ad un'epoca in cui non erano ancora stati introdotti nel nostro ordinamento il reato di atti persecutori di cui all'attuale art. 612-*bis* c.p. (che tra l'altro, come è noto, prevede la possibilità di un ammonimento da parte del questore con invito a porre fine alla condotta, anche presunta, denunciata dalla vittima) [19] né la legge sul femminicidio [20] e il c.d. codice rosso, e non era ancora stata ri-

---

ta, qual è quella di cui si discute in questa sede. Al riguardo in dottrina non si è mancato di rilevare come "*se è vero, (...), che la violenza contro le donne non è un fenomeno occasionale, ma sistemico e culturale, sarebbe stato allora forse più opportuno un ripensamento organico e una complessiva riforma dell'ordinamento anziché un uso emergenziale e intimidativo-deterrente del diritto penale*": G. Viggiani, *Il femminicidio come reato. Prassi applicative e prospettiva de iure condendo*, cit., p. 140 e s. L'Autore mette in luce il rischio che fattispecie incriminatrici contenenti discriminazioni di sesso relative al soggetto attivo o passivo della violenza possano superare il vaglio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e prospetta, sebbene ancora in modo dubitativo, la possibilità di affrontare la lotta al femminicidio ricorrendo al paradigma dei c.d. crimini d'odio.

[17] Espressione dell'esigenza di rendere celere l'avvio dei procedimenti e delle iniziative di contrasto – anche mediante l'adozione di misure cautelari e di prevenzione – di alcuni reati tra i quali i maltrattamenti in famiglia, lo stalking, la violenza sessuale, è la l. 19 luglio 2019 n. 69, nota come codice rosso, che, oltre ad apportare Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale, introduce specifiche disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere. In funzione dell'adozione di misure a largo spettro di contrasto della violenza nei confronti delle donne si muove pure il già citato d.l. 1 luglio 2013, n. 78.

[18] In particolare la Direttiva 2012/29/UE all'art. 25, comma 2, stabilisce che "*fatta salva l'indipendenza della magistratura e le differenze nell'organizzazione del potere giudiziario nell'ambito dell'Unione, gli Stati membri richiedono che i responsabili della formazione di giudici e pubblici ministeri coinvolti nei procedimenti penali offrano l'accesso a una formazione, sia generale che specialistica, che li sensibilizzi maggiormente alle esigenze delle vittime*".

Nell'ultimo comma sottolinea come "*a seconda delle mansioni svolte e della natura e del livello dei contatti fra l'operatore e le vittime, la formazione mira ad abilitare l'operatore a riconoscere le vittime e a trattarle in maniera rispettosa, professionale e non discriminatoria*".

[19] Con riguardo a questa figura di reato si vedano le indicazioni fornite da Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172, in *Fam. e dir*., 2014, 11, p. 1040.

[20] Cfr. d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni nella l. 9 agosto 2013, n. 94 e d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito nella legge 152 ottobre 2013, n. 119.

formata la l. n. 117/1988 in tema di risarcimento dei danni cagionati dai magistrati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie.

Un ordinamento che tuttavia era già dotato di strumenti utili ed efficaci, sia di portata generale che speciale, per il contenimento e la prevenzione di atti di violenza nei confronti delle donne e nelle relazioni familiari [21]; un ordinamento in cui, inoltre, nessun soggetto, neppure un organo dello Stato, poteva considerarsi esente da responsabilità per una attività (commissiva o omissiva) posta in essere in pregiudizio della sfera giuridica altrui, in assenza di legittime cause di giustificazione.

Sotto quest'ultimo profilo, l'art. 2, l. n. 117/1988 nella sua originaria formulazione consentiva a chi avesse subito un danno ingiusto "*per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia*" di agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni. Il comma 3 dello stesso articolo individuava quali condotte dessero luogo a colpa grave, specificando che questa ipotesi potesse configurarsi in presenza di grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; positiva affermazione, dovuta a negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza era incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o al contrario negazione, sempre causata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risultava incontrastabilmente dagli atti del procedimento; emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure in assenza di motivazione [22].

---

[21] È sufficiente richiamare in ambito civilistico la l. 4 aprile 2001, n. 154 in materia di misure contro la violenza nelle relazioni familiari e in ambito penalistico gli artt. 282-*bis*, *ter* e *quater* c.p.p. in tema di misure cautelari personali; disposizioni che via via si sono ampliate grazie ai numerosi interventi del legislatore. Una rete normativa che per quanto bene articolata in astratto si rivela troppo spesso poco efficace in concreto, stante i numerosi casi di femminicidio presenti nel nostro ordinamento.

[22] La l. n. 117/1988 è stata ampiamente criticata da quella dottrina che lamenta una tutela fittizia dei soggetti danneggiati dalle condotte fortemente negligenti dei magistrati. Per un primo commento del testo originario e della sua modificazione ad opera della l. n. 18/2015 cfr. E. Fazzalari, *Nuovi profili della responsabilità civile del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1988, p. 1207; A. Concas, *La responsabilità civile dei magistrati*, in diritto.it.; A.M. Benedetti, *La prima condanna dello Stato per grave negligenza di un magistrato*, in *Danno e resp*., 1998, p. 1020; F. Bonaccorsi, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato per l'illecito del magistrato*, in *Danno e resp*., 5/2015, p. 445; V. Varano, voce Responsabilità del magistrato (civile), in *Digesto*, Agg., 1988; S. Di Amato, *Errore del giudice e responsabilità civile dopo la riforma della legge Vassalli*, in *giustizia civile.com*, 3 giugno 2015; S. Meneghetti, *La responsabilità civile dei magistrati*, cit.; G. Legnini, *La riforma della responsabilità civile dei magistrati*, in *giustizia civile.com*, 17 settembre 2015; G. Scarselli, *Brevi note sull'errore nel compimento di attività giudiziarie*, in *Foro it*., 2007, V, c. 234; P. Dellachà, *La responsabilità civile del magistrato tra indipendenza ed efficienza del servizio giustizia*, in *Danno e resp*., 2001, p. 349; G. Ferri, *La responsabilità civile dei magistrati dopo la legge n. 18 del 2015*, in *Nomos*, 2-2018; AA.VV., *La responsabilità dello Stato giudice (commentario*

L'art. 2 si premurava di stabilire che non può configurarsi responsabilità nell'esercizio delle funzioni giudiziarie con riguardo all'attività di interpretazione di norme di diritto o di valutazione del fatto e delle prove [23].

L'impianto originario della legge è stato riformato nel 2015 per ciò che concerne, ad esempio, la definizione delle ipotesi che danno luogo a colpa grave, il filtro di ammissibilità dell'azione (oggi venuto meno), la risarcibilità dei danni non patrimoniali (prima prevista soltanto per i casi di privazione della libertà personale), incidendo anche sulla c.d. clausola di salvaguardia posta a garanzia della libertà e indipendenza dell'attività giudiziaria. Tale clausola è stata circoscritta ai casi diversi da dolo e da colpa grave (questi ultimi contemplati nei commi 3 e 3-*bis* dello stesso art. 2) [24].

Inoltre, nella nuova formulazione la configurazione della colpa grave prescinde dalla negligenza inescusabile [25], parametro richiamato invece nell'art. 7 ai fini dell'obbliga-

---

alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in tema di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati), a cura di N. Picardi-R. Vaccarella, Padova, 1990; F. Cortese-S. Penasa, *Brevi note introduttive alla riforma della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Resp. civ. prev.,* 3/2015, p. 1026; F. Dal Canto, *La riforma della responsabilità civile del magistrato: alla ricerca di un equilibrio difficile,* in *Quad. cost.*, 2/2015, p. 405.

[23]Sul punto v. per tutte Cass., Sez. un., 3 maggio 2019, n. 11747, in *NGCC*, 6/2019, p. 1310 con commento di C. Amato, *Quando l'errore condanna il giudice alla responsabilità per illecito civile*, *ivi*, p.1310. Con riguardo alla legittimità della clausola di salvaguardia, al filtro di ammissibilità dell'azione e alla conformità di alcune parti dell'articolato del testo pre-riforma della l. n. 117/1998 in giurisprudenza cfr.: Corte cost., 19 gennaio 1989, n. 18, in *Foro it*., 1989, I, c. 305, nota di L. Scotti, *La responsabilità civile per le pronunce dei giudici collegiali nelle valutazioni della Consulta*. V. pure i commenti di C. Amato, *In margine a Corte cost., 19 gennaio 1989, n. 18, sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Resp. civ. prev*., 1989, p. 584; Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 468, in Foro it. 1991, I, c. 1041, con nota di G. Tucci, *Controllo preliminare di non manifesta infondatezza e responsabilità civile dei magistrati* e con nota di C. Amato, *Ancora un intervento della Corte costituzionale in materia di responsabilità civile dei magistrati*, in *Resp. civ. prev*., 6/1990, p. 1011; Corte cost., 11 marzo 2009, n. 87, in *Pluris*; Corte cost., 16 febbraio 1989, n. 49, in *Resp. civ. prev*., 5/1989, 926, con nota di C. Amato, *In margine a Corte cost., 16 febbraio 1989, n. 49, sulla responsabilità civile dei magistrati*; Corte cost., 28 aprile 1989, n. 243, *Resp. civ. prev*., 1/1990, p. 86 con nota di C. Amato, *Responsabilità civile dei magistrati: terzo intervento della Corte costituzionale con sentenza 18/4/1989, n. 243*.

In ambito europeo si rinvia alla giurisprudenza e alla dottrina indicate nella nota 11.

[24] Al riguardo si è segnalato come associare al dolo soltanto la colpa grave comporti una evidente limitazione dello spazio per l'imputazione del fatto illecito.

[25] L'attuale art. 2, comma 3, recita: "*costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione*".

La violazione manifesta della legge è concetto più ampio rispetto alla negligenza inescusabile e attesta l'intenzione del legislatore di fornire un'interpretazione della colpa grave più aderente al principio generale espresso nell'art. 2043 c.c. in termini di dolo e colpa.

torietà dell'esercizio dell'azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato.

Secondo un diffuso orientamento interpretativo sorto prima della riforma, ed oggi ancora attuale, l'errore in grado di dar luogo a responsabilità, anche alla luce del testo storico dell'art. 2, comma 2, della legge, è soltanto l'errore di percezione e non, appunto, di interpretazione, e ciò in ragione dell'esigenza di salvaguardare sia il principio dell'indipendenza della magistratura sia il principio di responsabilità, nella individuazione della migliore soglia di bilanciamento tra interessi generali e interessi particolari dei singoli [26].

La giurisprudenza, incline a circoscrivere notevolmente l'area della responsabilità dello Stato, ha tradotto la negligenza inescusabile in negligenza inesplicabile, formula volta ad indicare che la colpa deve presentarsi come "non spiegabile" ossia "*priva di agganci con le particolarità della vicenda, che potrebbero rendere comprensibile, anche se non giustificato, l'errore del magistrato*" [27]. Deve cioè trattarsi di "*una totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi e di una trascuratezza così marcata e ingiustificabile da apparire espressione di vera e propria mancanza di professionalità*" [28].

Di recente, le Sezioni unite della Cassazione nel ribadire che in tema di responsabilità civile dello Stato per danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, nella for-

---

[26] L'esclusione della responsabilità del magistrato nelle ipotesi di interpretazione di norme o valutazione di fatti o prove è stato oggetto di censura da parte della Corte di giustizia, dando luogo – come si è detto – anche ad una procedura di infrazione (v. nota 11).

[27] Tra le tante v. Cass., 6 novembre 1999, n. 12357, in *Danno e resp*., 2/2000, p. 195; Cass., 6 ottobre 2000, n. 13339, in *Pluris*; Cass., 5 luglio 2007, n. 15227, in *Pluris*; Cass., 18 marzo 2008, n. 7272, in Foro it., 2009, c. 2496; Cass., 26 maggio 2011, n. 11593, in *Pluris*; Cass., 7 aprile 2016, n. 6791, in *Pluris*. Ancora in una decisione di alcuni anni fa la Cassazione ha affermato che "*la responsabilità civile dei magistrati, è incentrata sulla colpa grave, tipizzata secondo ipotesi specifiche delineate dall'art. 2 della l. n. 117 del 1988, nel testo, applicabile* 'ratione temporis*', anteriore alle modifiche apportate dalla l. n. 18 del 2015, tutte accomunate dalla ricorrenza di una negligenza inescusabile, cioè a dire 'non spiegabile', tale da determinare una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma applicata, ovvero una lettura di essa in contrasto con ogni criterio logico, oppure l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, o, ancora, la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o, infine, lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero*": Cass., 7 aprile 2016, n. 6791, in *Pluris*.

La necessità che si configuri un *quid pluris* rispetto alla colpa grave delineata dall'art. 2236 c.c. è stata criticata in dottrina che ha pure contestato la trasformazione effettuata dalla giurisprudenza della negligenza inescusabile in negligenza inesplicabile: così, ad esempio, E. Roppo, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, cit., p. 355; F. Bonaccorsi, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato per l'illecito del magistrato*, cit., p. 445 e ss.; R. Caranta, *Giudici responsabili?* cit., p. 2050, il quale auspica l'abrogazione della legge e la riconduzione della problematica della responsabilità dei magistrati "*nell'alveo del diritto comune e delle disposizioni di cui agli artt. 2043 ss. c.c., incluso, se del caso, l'art. 2236*" (p. 2053).

[28] Cass., 26 maggio 2011, n. 11593, cit.

mulazione originaria della l. 13 aprile 1988, n. 117 "*deve ritenersi sottratta a responsabilità civile tutta l'attività prettamente interpretativa di norme di diritto e valutativa dei fatti e delle prove svolta dal magistrato*", hanno osservato come "*solo l'attività che non può essere considerata prodotto del percorso intellettivo di interpretazione (e di valutazione) è assoggettabile a responsabilità e purché il giudice si renda responsabile di una grave violazione di legge, dovuta ad inescusabile negligenza*" [29]. Secondo i giudici di legittimità esiste, dunque, un'area entro la quale è configurabile la responsabilità del magistrato: "*quest'area di responsabilità può essere meglio individuata specificando che esiste un'attività giurisdizionale che si colloca a monte del vero e proprio processo interpretativo, attraverso una segmentazione del processo di analisi rispondente alla realtà, perché il processo di analisi della fattispecie che porta all'interpretazione, e poi alla decisione, si può scindere in diverse fasi logiche*" [30].

La disciplina in materia di responsabilità civile del magistrato, di cui si sono delineati i tratti più significativi ai fini del presente contributo, non è, tuttavia, l'unica fonte di riferimento per l'interprete, che nella definizione del caso concreto deve comunque ricorrere anche alle disposizioni in materia di fatto illecito e danno risarcibile. Infatti, pur nella specificità della normativa dettata dal legislatore [31], una volta che la condotta del giudice dà luogo ad un procedimento di responsabilità le regole che verranno in rilievo ai fini dell'accertamento in concreto della sussistenza di una condotta imputabile sono quelle proprie del sistema della responsabilità civile, che presuppongono una verifica puntuale di tutti i requisiti costitutivi dell'illecito e, dunque, anche della sussistenza del nesso causale tra la condotta (inescusabilmente negligente) e il danno conseguente.

---

[29] Cass., Sez. Un., 3 maggio 2019, n. 11747, punto 9.6, in NGCC, 2019, 6, p. 1310 con nota critica di C. Amato.

Le Sezioni Unite sottolineano come nel testo pre-riforma il punto di equilibrio tra il principio della responsabilità e quello della libertà dell'interpretazione è stato individuato "*privilegiando una affermazione di operatività della clausola di salvaguardia, a fronte della quale le ipotesi di responsabilità per colpa grave espressamente previste operano soltanto in relazione all'area sottratta alla operatività di essa: può configurarsi una responsabilità civile del magistrato per colpa grave soltanto se, in negativo, non si tratti di un'attività sottratta alla responsabilità, in quanto riconducibile all'interpretazione di norme di diritto (nonché alla valutazione dei fatti e delle prove) e purché, in positivo, sia stata accertata l'esistenza di una grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile*" (§ 7.3).

[30] Ancora Cass., Sez. Un., 3 maggio 2019, n. 11747, cit., § 11.5.

[31] Specificità che si manifesta, ad esempio, nella tipicità dei fatti illeciti e nella particolare qualificazione dell'elemento soggettivo (dolo o negligenza inescusabile). Sul punto v. le osservazioni di P. Dellachà, *La responsabilità civile del magistrato per dolo, colpa grave e violazione del diritto comunitario: equilibrio del sistema e possibili elementi di rottura*, in *Danno e resp*., 11/2008, p. 1129, che considera la l. n. 117/1988 il frutto di un compromesso tra i diversi sistemi di responsabilità ipotizzati nel corso dell'iter parlamentare.

4. – La vicenda in esame mostra con forza dirompente la necessità che i diritti fondamentali della persona a gran voce proclamati nel nostro ordinamento siano assistiti da adeguate garanzie di effettività, specie quando essi sono brutalmente violati, come è accaduto a una giovane donna, barbaramente uccisa dal coniuge, e ai suoi figli, ai quali l'efferato omicidio ha inesorabilmente portato via una parte essenziale della loro esistenza che nessuna misura riparatoria – tanto meno una sentenza – potrà mai restituire o compensare.

La peculiarità e la forza della decisione della Corte di cassazione risiedono nel fatto di (ri)affidare al giudice del merito la puntuale verifica in concreto – sulla base delle regole che governano l'accertamento del nesso eziologico – della responsabilità del magistrato in una fattispecie in cui la sua condotta (omissiva) ha determinato un danno non nella sfera giuridica dell'autore del reato (imputato o indagato), come generalmente si verifica nella, seppure scarna, casistica giurisprudenziale, quanto nella sfera giuridica della vittima del reato o più esattamente dei suoi congiunti (nella specie i figli, minorenni all'epoca dei fatti).

La Suprema corte censura la pronuncia di merito sotto un duplice profilo: a) per non avere applicato le regole in tema di nesso di causalità; b) per avere articolato una motivazione "*perplessa e contraddittoria*".

Con specifico riguardo al nesso eziologico la Cassazione, pur ribadendo che il giudizio sul nesso causale, dando luogo a un vizio di fatto, rimane rimesso alla valutazione del giudice di merito anche in presenza di cause di responsabilità civile dei magistrati, sottolinea come nella fattispecie considerata l'eccessiva frammentazione nella ricostruzione dei fatti effettuata dalla Corte d'appello abbia determinato una "*inintellegibile polverizzazione di alcuni episodi*" portando la medesima Corte a privare di rilevanza l'antecedente logico della condotta omessa e a ritenere "inevitabile" l'evento di danno.

In questo modo – spiega la Cassazione – la Corte di appello "*ha dilatato l'incidenza dell'inadempienza dell'organo giudiziario ai limiti del caso fortuito e della forza maggiore, o, comunque, ha ristretto l'evitabilità dell'evento ai soli casi di assoluta impossibilità di una condotta positiva alternativa*" [32].

Sostenere l'inevitabilità dell'evento, ossia l'inevitabilità dell'uccisione di Marianna Manduca per mano del marito e nel modo ripetutamente denunciato dalla stessa donna, è affermazione dirompente nella sua gravità e certamente assai insidiosa perché significa al tempo stesso ammettere l'impotenza dello Stato di fronte a un piano criminale più vol-

[32] Cfr. § 2.5. della motivazione.

te esibito da chi intende darvi attuazione e rinunciare al ruolo e alle funzioni cui le diverse articolazioni dell'ordinamento sono preposte, pur di non riconoscere che anche la magistratura può sbagliare, sottovalutando elementi rilevanti e/o omettendo di porre in essere tempestivamente le condotte più appropriate per contrastare il verificarsi di atti efferati di sopraffazione sulle donne da parte dei loro partner, attuali o passati.

È evidente la frizione e la contraddizione cui – seguendo il ragionamento della Corte d'Appello – andrebbe incontro l'ordinamento nel momento in cui, da un lato incentiva le misure di protezione contro il c.d. femminicidio ed esorta le donne a rompere il muro di silenzio che per lungo tempo ha caratterizzato la loro condizione di vittime di abusi endofamiliari, e dall'altro annovera al suo interno l'inedito principio dell'inevitabilità e dell'immutabilità dell'epilogo mortale del proposito criminale del marito, deciso a punire la moglie per averlo lasciato e per volere ottenere l'affidamento dei figli, qualunque cosa avesse fatto – o potuto fare – la magistratura.

Come dire che in presenza di premeditazione non è possibile porre in essere una attività di contrasto e di prevenzione dei reati.

Di questa stridente frizione, e del salto logico compiuto dalla Corte d'appello di Messina a fronte dell'evidenza dei fatti, sembra consapevole la Suprema Corte quando richiama l'attenzione sulla verifica puntuale da svolgere in ogni giudizio in materia di responsabilità civile, anche quello nei confronti di un magistrato, in ordine al rapporto tra condotta e lesione, demandando nel caso di specie tale verifica ad un altro giudice, sul presupposto implicito che una inadempienza dell'organo giudiziario, rilevante e accertata nelle due fasi di giudizio, si sia comunque verificata senza che poi in sede di appello sia stata ponderata l'incidenza di tale inadempienza rispetto all'evento lesivo, accertamento indispensabile per potere definire correttamente il giudizio di merito.

D'altra parte, del tutto incongrua risulta la considerazione della Corte di appello secondo cui, anche laddove fosse stato sequestrato il coltello più volte esibito alla moglie, il marito avrebbe potuto procurarsene un altro e attuare ugualmente il proprio disegno criminoso. In presenza di condotta omissiva il ragionamento da svolgere avrebbe dovuto essere esattamente inverso e domandarsi cosa sarebbe successo se l'arma fosse stata preventivamente sequestrata; circostanza questa che avrebbe reso certamente impossibile per il coniuge usarla per commettere il delitto. Ciò che andava accertato ai fini della decisione sulla responsabilità del magistrato non era se, stante la determinazione in tal senso del marito, prima o poi Marianna Manduca sarebbe stata uccisa, ma se la condotta diligente del giudice avrebbe potuto impedire alla donna di morire nel modo esatto, nel tempo e con l'arma indicati nelle sue numerose denunce.

In dottrina si è messo in evidenza come nella ricostruzione del nesso causale nelle vicende promosse contro lo Stato, per la specificità dell'attività svolta dalla magistratura e segnatamente dal pubblico ministero, occorre necessariamente tenere presente il ventaglio di opzioni con cui il giudice doveva, o avrebbe dovuto, confrontarsi durante le indagini. In particolare si sottolinea come "*a fronte del rimprovero di non avere fatto qualcosa, occorrerebbe in primo luogo chiedersi se l'attività era realmente doverosa nella situazione data*" [33]. In questa prospettiva interpretativa l'omissione deve assurgere a fattore incidente in maniera rilevante, in termini probabilistici, nella verificazione del danno.

Ed in questo senso si era espresso il Tribunale di Messina quando ha affermato che "*il rinvenimento del coltello ed il suo conseguente sequestro avrebbero, con valutazione probabilistica, impedito il verificarsi dell'evento omicida avvenuto il 3.10.2007. Tale valutazione ovviamente non consente di escludere, in assoluto, che la volontà omicida del reo sarebbe stata comunque portata a compimento in altro modo, ma è altamente probabile che l'evento del 3.10.2007, con quelle specifiche modalità – uccisione della donna con plurime coltellate all'addome ed al torace con quel coltello – sarebbe stato evitato*" [34].

Un precedente nella direzione della rilevanza dell'incidenza dell'omissione del giudice nella verificazione del danno letale in ambito di relazioni familiari esiste ed è costituito dalla vicenda giudiziaria che si è conclusa con la sentenza della Cassazione 13189/2015 in cui pure si discuteva della grave negligenza di un pubblico ministero per

[33] A. Palmieri, *Responsabilità dello Stato per omissioni nell'attività di indagine da parte del pubblico ministero: il ruolo chiave dell'indagine sul nesso causale*, cit., p. 4. L'Autore, nel sollecitare alla prudenza gli interpreti, in attuazione di eventuali istanze solidaristiche, prospetta di ricorrere a meccanismi indennitari sulla falsariga di quanto già previsto per le vittime di reati violenti, senza interferire con la trama della responsabilità civile.

[34] Si è detto che la decisione del Tribunale di Messina non ha incontrato il favore dei commentatori. In particolare G. Marra, *Uxoricidio, condanna dello Stato per inerzia dei P.M.: la sentenza del Tribunale di Messina*, cit., pur ammettendo che il pubblico ministero non aveva provveduto a svolgere alcun atto di indagine né aveva adottato misure per neutralizzare la pericolosità dell'indagato, contesta che l'evento omicida possa essere considerato quale conseguenza immediata e diretta della negligenza del pubblico ministero. L'Autore critica l'affermazione della sentenza circa la sussistenza del nesso di causalità tra l'omissione e l'evento morte, ritenendo che all'esito del giudizio controfattuale non si sarebbe potuto affermare con certezza o ragionevole probabilità che l'eventuale sequestro del coltello avrebbe evitato o potuto evitare il successivo omicidio della moglie. Si legge nel commento: "*È facile osservare però che la perquisizione poteva facilmente avere esito negativo, perché l'indagato ad esempio poteva nascondere il coltello in altro luogo diverso dalla sua abitazione, ben sapendo di essere stato denunciato più volte dalla moglie. E se anche essa invece avesse avuto esito positivo con il sequestro di un coltello a scatto, non si ritiene che per ciò solo il proposito omicida trovasse seri ostacoli a realizzarsi con altri mezzi, considerato che anche un semplice coltello da cucina può a volta essere arma idonea ad uccidere, oppure anche un altro oggetto contundente che non sia un coltello o in qualunque altro modo. La effettiva forza impeditiva dell'atto di indagine omesso, appare perciò del tutto eventuale ed ipotetica*".

non avere adottato alcun provvedimento nei confronti del futuro omicida, malgrado la presentazione di una articolata denuncia da parte della vittima del reato, ossia la donna con cui questi voleva riallacciare una relazione amorosa [35]. In quella vicenda la Corte di appello di Caltanissetta aveva puntualizzato come "*l'obbligo di attivarsi, e cioè di assumere un provvedimento, si badi anche negativo, ma, comunque, valutativo della situazione sotto esame, discende quale corollario dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 24 Cost. intesa quale obbligo di attivarsi per l'accertamento e la repressione di fatti di reato*" [36]. I giudici di merito avevano ravvisato la grave negligenza del magistrato proprio nell'inerzia prolungata e giudicato "*la mera e assordante omissione di ogni accertamento necessario*" in contrasto con il "*diligente svolgimento del proprio lavoro istituzionale*" da parte del pubblico ministero.

5. – Come è noto, il dibattito in tema di nesso causale è oggetto di grande e risalente attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, di cui non può darsi in questa sede una compiuta ricostruzione [37]. È possibile però tracciare le coordinate entro cui attualmente si muovono gli interpreti chiamati a valutare la sussistenza dei presupposti per la configurazione della responsabilità civile e l'individuazione del soggetto cui imputare il conseguente obbligo risarcitorio; coordinate che devono orientare anche quando a venire in rilievo, ai fini del giudizio di responsabilità, è l'attività della magistratura.

---

[35] Cass. 26 maggio 2015, n. 13189, in *Resp. civ. e prev.*, 6/2015, p. 1879, con nota critica di C. Commandatore, *La responsabilità civile dello stato per omissione del pubblico ministero – I pericoli di una giurisprudenza difensiva*. Nella fattispecie considerata il marito e il figlio della vittima avevano agito per ottenere dallo Stato il risarcimento dei danni patrimoniali e non, conseguenti all'inerzia del pubblico ministero in presenza di gravi indizi sul proposito omicida dell'autore dell'illecito e i giudici di primo e secondo grado avevano accertato il nesso causale tra l'omissione e il danno.

Il ricorso in Cassazione dello Stato è stato dichiarato inammissibile dalla Suprema Corte perché diretto ad ottenere una valutazione non consentita ai sensi dell'art. 360 c.p.c.

[36] App. Caltanissetta, 25 febbraio 2013, n. 40, in *Resp. civ. prev.*, 6/2015, p. 1881.

[37] Tra le pronunce più recenti in materia di causalità materiale e giuridica, cfr.: Cass., 19 settembre 2019, n. 23328, in *Pluris*, in cui si ribadisce che nell'accertamento del rapporto tra condotta illecita e lesione dell'interesse (c.d. causalità materiale) operano le regole degli artt. 40 e 41 c.p., mentre per ciò che concerne il rapporto tra lesione dell'interesse e danno risarcibile (causalità giuridica) l'accertamento si fonda sull'art. 1223 c.c. In ambito civilistico sul piano della prova della causalità materiale rileva il criterio della preponderanza dell'evidenza ovvero del "più probabile che non", inteso come probabilità logica e statistica; parametro che ricorre pure nell'ambito della causalità giuridica in cui il filtro posto dall'art. 1223 c.c. consente soltanto la risarcibilità dei danni che siano conseguenza immediata e diretta. V., pure, Cass., 11 novembre 2019, n. 28986, in *Pluris*; Cass., 27 settembre 2018, n. 23197, in *Pluris*; Cass., 24 maggio 2017, n. 13096, in *Pluris*.

L'opinione diffusa secondo cui le scelte discrezionali del pubblico ministero non possono essere sindacate in sede di azione di responsabilità civile contro lo Stato, pena un *vulnus* al principio di autonomia e indipendenza della magistratura [38], non può infatti tradursi in un vuoto di tutela in tutte quelle situazioni in cui si è presenza di una condotta gravemente negligente del giudice, fonte di danni ingiusti per la persona che su quell'attività giurisdizionale ha fatto affidamento.

È risultato acquisito tra gli interpreti che ai fini del giudizio di responsabilità, in caso di condotta omissiva, deve in primo luogo essere accertata la sussistenza di un obbligo di tenere il comportamento omesso [39]. Al riguardo, la dottrina ha avuto modo di sottolineare come l'omissione rileva ai fini dell'imputazione della responsabilità ogni qualvolta l'inerzia non abbia consentito di raggiungere il risultato (di impedire l'evento) perseguito dalla norma [40]; un evento che, sebbene non è causato dall'omissione, avrebbe potuto essere impedito dall'intervento del soggetto [41].

Secondo la giurisprudenza maggioritaria l'obbligo giuridico di impedire l'evento può discendere oltre che da una specifica disposizione di legge (omissione specifica), anche dalla posizione ricoperta dal soggetto cui si imputa l'omissione (omissione generica). Al riguardo si osserva che la fonte del dovere di *facere* violato può pure essere rintracciata nella peculiare posizione del soggetto rimasto inerte, quando tale posizione implichi a suo carico "*particolari obblighi di prevenzione dell'evento poi verificatosi e, quindi, di*

---

[38] Ancora G. Marra, *Uxoricidio, condanna dello Stato per inerzia dei P.M.: la sentenza del Tribunale di Messina*, cit., p. 3. L'Autore fa rientrare nell'attività di valutazione del fatto e delle prove anche la scelta degli atti di indagine da compiere e del momento in cui compierli, considerando inimmaginabile che il pubblico ministero possa attivarsi sempre con la tempestività necessaria in ragione dei molteplici procedimenti di cui è chiamato ad occuparsi.

[39] In giurisprudenza alla soluzione interpretativa volta a rinvenire nel generale principio del *neminem laedere* l'obbligo di attivarsi (Cass., 29 aprile 1996, n. 3939, in *Resp. civ. prev*., 1996, p. 1183; Cass., 9 luglio 1998, n. 6691, in *Danno e resp*., 1999, I, p. 48;) si contrappone l'orientamento che considera indispensabile rinvenire la specifica fonte dell'obbligo di agire (Cass., 14 gennaio 1971, n. 66, in *Pluris*; Cass., 25 settembre 1998, n. 9590, in *Giust. civ*., 1999, I, p. 94; Cass., 3 marzo 2001, n. 3132, in *Foro it*., 2001, I, c. 1139; Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, nn. 576-584, in *Pluris*; Cass., 27 marzo 2009, n. 7531, in *Foro it*., 2009, I, c. 3354; Cass., 12 aprile 2018, n. 9067, in *Pluris*).

In generale, con riguardo alla colpa per omissione, per una prima ricognizione in dottrina cfr. G. Alpa, *La responsabilità civile*, 2018, p. 173 e ss.; Id., *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003, p. 103 e ss.; G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, p. 101 e ss.; M. Franzoni, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civ*ile, diretto da M. Franzoni, Milano, 2010, p. 215 e ss.; P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano 2019, p. 47 e ss.; M. Capecchi, *Il nesso di causalità*, Padova, 2012, p. 135 e ss.

[40] V., per tutti, C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 388 e s.

[41] È noto che per l'art. 40 c.p. "non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

un generico dovere di intervento (omissione generica) in funzione dell'impedimento di quell'evento (...)" [42].

Secondo la Cassazione in caso di omissione, pur dovendosi distinguere il piano della causalità da quello della colpevolezza, l'accertamento della causalità impone un giudizio ipotetico sulla idoneità dell'azione prescritta e colpevolmente omessa ad impedire l'evento: "*(...) – poiché l'omissione di un certo comportamento, rileva, quale condizione determinativa del processo causale dell'evento dannoso, soltanto quando si tratti di omissione di un comportamento imposto da una norma giuridica specifica (omissione specifica), ovvero, in relazione al configurarsi della posizione del soggetto cui si addebita l'omissione, siccome implicante l'esistenza a suo carico di particolari obblighi di prevenzione dell'evento poi verificatosi e, quindi, di un generico dovere di intervento (omissione generica) in funzione dell'impedimento di quell'evento – il giudizio relativo alla sussistenza del nesso causale non può limitarsi alla mera valutazione della materialità fattuale, bensì postula la preventiva individuazione dell'obbligo specifico o generico di tenere la condotta omessa in capo al soggetto. Inoltre l'individuazione di tale obbligo si connota come preliminare per l'apprezzamento di una condotta omissiva sul piano della causalità giuridica, nel senso che, se prima non si individua, in relazione al comportamento che non risulti tenuto, il dovere generico o specifico che lo imponeva, non è possibile apprezzare l'omissione del comportamento sul piano causale (Cass. 20 settembre 2006, n. 20328)*" [43].

In questa prospettiva interpretativa non condivisibile appare quell'orientamento, dottrinale e giurisprudenziale, volto a limitare l'area di responsabilità del magistrato, escludendola quando non sia rintracciabile una specifica disposizione di legge [44]. Questa in-

---

[42] Cass., 5 maggio 2009, n. 10285, (part. § 5.4), in *Danno e resp*., 10/2009, p. 959, con nota di M. Manenti, *Disastro di Ustica: configurabile illecito omissivo a carico dei Ministri tenuti avvertire la sicurezza dei cieli*.

[43] Cass., 21 maggio 2013, n. 12401, in *Foro it*., 2013, I, c. 2508.

Più di recente la Suprema Corte ha osservato che "*la problematica del nesso di causalità assume specifico rilievo quanto alle condotte omissive – giusto il principio di equivalenza eziologico tra la condotta commissiva determinativa dell'evento e quella omissiva non impeditiva dell'evento, stabilito dall'art. 40 c.p., comma 2 – dovendo in tal caso rinvenirsi il criterio logico di verifica del nesso di causalità materiale, nell'accertamento della probabilità positiva o negativa del conseguimento del risultato idoneo ad evitare il rischio specifico di danno che viene riconosciuta alla condotta omessa, tale essendo la modalità in cui opera il criterio inferenziale che – in mancanza di copertura di una legge scientifica generale – il Giudice deve utilizzare per pervenire all'enunciato 'controfattuale', ponendo al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe assicurato apprezzabili probabilità di evitare (o, comunque, di ridurre significativamente)il danno (...)*": Cass., 27 settembre 2018, n. 23197, cit.

[44] In dottrina C. Commandatore, *La responsabilità civile dello stato per omissione del pubblico ministe-*

terpretazione, fondata sulla tipicità degli illeciti fonte di responsabilità del giudice, non tiene conto sia della circostanza che la regola che impone di evitare un evento può essere pure desunta dalle norme e dai principi di rango primario, potendo essi riempire di contenuto le disposizioni rimediali di carattere secondario, così come messo in luce dalla stessa giurisprudenza costituzionale e di legittimità con riguardo alla portata applicativa dell'art. 2059 c.c., anch'esso caratterizzato dal tratto della tipicità; sia del fatto che l'obbligo di porre in essere condotte di protezione dei terzi può nascere dalla particolare posizione rivestita dal soggetto, posizione che giustifica e impone la condotta da tenere.

Non vi è dubbio che tra i compiti istituzionali del Procuratore della Repubblica e dei suoi sostituti rientrino l'adozione o la richiesta dei provvedimenti necessari a prevenire e a reprimere i comportamenti penalmente rilevanti portati a loro conoscenza; altrettanto indubbio è che laddove sia massima la necessità di salvaguardare i diritti e gli interessi fondamentali della persona si impone una interpretazione delle norme costituzionalmente e convenzionalmente orientata per evitare che tali diritti e interessi siano in concreto snaturati del tratto dell'effettività e che la loro lesione possa restare priva di adeguata protezione e ristoro, specie se a subirla è un soggetto considerato vulnerabile dal legislatore, come lo sono le vittime di violenza domestica e di genere.

In quest'ottica deve essere letta la sentenza delle Sezioni unite, resa nell'ambito di un giudizio per responsabilità disciplinare del giudice, in cui si puntualizza come il dovere di diligenza che connota l'attività del magistrato nell'esercizio delle sue funzioni non si esaurisce nell'adempiere in modo formalistico e burocratico alle attività cui è preposto nel rispetto delle prescrizioni imposte dalla legge nel disbrigo degli affari assegnati, ma coerentemente "*con l'esigenza di tutela effettiva dei beni/interessi che quegli 'affari' implicano*" impone "*nello specifico contesto dell'organizzazione dell'ufficio, un'attivazione opportuna, sollecita e fattiva, sebbene pur sempre calibrata rispetto alla situazione, fattuale e giuridica, contingente*" [45].

L'indicazione proveniente dalle Sezioni unite può ben operare anche nei casi di responsabilità civile, giacché la condotta cui è tenuto il pubblico ministero non può essere

---

ro – I pericoli di una giurisprudenza difensiva, cit., p. 1888, critica le conclusioni della Corte di appello di Caltanissetta non essendo presente nell'ordinamento, all'epoca dei fatti, il reato di stalking, introdotto soltanto nel 2009, e non prevedendo il codice di procedura penale l'obbligo per il pubblico ministero di esternare la scelta di non richiedere una misura cautelare. L'Autore giunge alla conclusione che in caso di mancata richiesta di adozione di una misura cautelare non sia configurabile nessuna omissione giuridicamente rilevante; reputa incongruo il richiamo contenuto in sentenza all'art. 112 Cost., disposizione riferibile esclusivamente all'esercizio obbligatorio dell'azione penale.

[45] Cass., Sez. un., 31 luglio 2018, n. 20355, in *Pluris*.

considerata in modo atomistico, come connotata da singoli obblighi inerenti all'attività di indagine, configurandosi a suo carico un più generale dovere di protezione e prevenzione, da attuare attraverso i provvedimenti consentiti nella situazione data e opportunamente selezionati dal magistrato.

Al riguardo, è bene ricordare che la Corte Edu ha affermato la responsabilità dello Stato italiano con riferimento ad una ipotesi in cui le autorità nazionali non sono state in grado di riconoscere la situazione di pericolo reale e imminente cui era esposta la vittima di violenza di genere, non intervenendo tempestivamente con misure adeguate ed efficaci ad evitare il danno, pur essendo presenti nell'ordinamento nazionale svariati strumenti di tutela [46]. Secondo i giudici di Strasburgo la portata positiva dell'art. 2 della Cedu impone l'obbligo di adottare in via preliminare misure di ordine pratico idonee a proteggere l'individuo, la cui vita è minacciata da atti criminali altrui. La verifica della violazione di questo obbligo necessita che venga accertato "*che le autorità sapevano o avrebbero dovuto sapere sul momento che la vita di un determinato individuo era minacciata in maniera effettiva e immediata a causa di atti criminali da parte di un terzo"* e che esse "*non hanno adottato, nell'ambito dei loro poteri, le misure che, da un punto di vista ragionevole, avrebbero senza dubbio ovviato tale rischio*", dovendosi reputare implicita nell'obbligo di indagare l'esigenza di celerità e di diligenza ragionevole [47].

---

[46] Corte Edu, 2 marzo 2017, n. 41237/14, ric. Talpis c/Italia, in *Fam. e dir*., 7/2017, p. 621, (cfr. §§ 87, 106), con nota di N. Folla, *Violenza domestica e di genere: la Corte Edu, per la prima volta, condanna l'Italia*, ivi, p. 626. La Corte, nel ripercorrere la propria giurisprudenza e dopo avere esaminato la normativa di riferimento di matrice nazionale e sovranazionale, giunge alla conclusione che nella fattispecie considerata vi sia stata la violazione degli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti), 14 (divieto di discriminazione) Cedu.

Tra i primi commenti alla sentenza v.: di R. Casiraghi, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 17 marzo 2017; di M. Buscemi, *La protezione delle vittime di violenza domestica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Alcune osservazioni a margine del caso Talpis c. Italia*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2017; R. Conti, *Violenze in danno di soggetti vulnerabili, tra obblighi (secondari) di protezione e divieto di discriminazione di genere. Corte Edu, 2 marzo 2017, Talpis c. Italia, ric. n. 41237/14*, in *Questione Giustizia. Osservatorio Internazionale*, www.questionegiustizia.it/articolo/violenze-in-danno-di-soggetti-vulnerabili_tra-obbl_23-03–2017.php, 23 marzo 2017; M. CUCCHIARA, *Violenza domestica e inerzia delle autorità: la Corte EDU condanna l'Italia*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017/3, www.giurisprudenzapenale.com.

Nella giurisprudenza della Corte Edu in tema di obblighi positivi di tutela a carico allo Stato finalizzati alla prevenzione di atti aggressivi di terzi rispetto all'incolumità della persona v. pure: Corte Edu, Grande Camera, 28 ottobre 1998, Osman c/Regno Unito, in *www.echr.coe.int*; Corte Edu, 9 giugno 2009, n. 33401, Opuz c/Turchia, in Fam. dir., 4/2010, p. 329, con nota di C. Danisi, *Diritto alla vita, "crimini d'onore" e violenza domestica: il caso Opuz C. Turchia.*

[47] Cfr. § 101 della pronuncia. La Corte sottolinea l'esigenza che i meccanismi di protezione previsti dal diritto interno funzionino in concreto, garantendo l'effettività dei diritti e delle libertà fondamentali della

Nella fattispecie considerata la Corte ha ritenuto che non avendo agito rapidamente dopo il deposito della denuncia effettuata dalla donna, le Autorità nazionali abbiano privato di efficacia tale denuncia, creando un contesto di impunità che ha permesso al marito di reiterare le violenze nei confronti della moglie, culminate nel suo tentato omicidio e nella morte del figlio, frappostosi alla madre nel tentativo di salvarla [48].

Per i giudici di Strasburgo le Autorità italiane nel sottovalutare con la loro inerzia la gravità della violenza l'hanno sostanzialmente causata [49].

In una visione sistematica della l. n. 117/1988, svolta anche alla luce degli approdi interpretativi di matrice europea, devono, quindi, considerarsi sindacabili le attività (o le non attività) di valutazione del fatto e delle prove tutte le volte in cui risultino immotivate, arbitrarie ed illogiche, in quanto frutto di una condotta altamente negligente del giudice, dovendosi in tali casi circoscrivere gli spazi di esenzione da responsabilità della magistratura; una responsabilità – che è bene ricordarlo – è già pensata all'interno di una cornice che configura come eccezionale la possibilità di agire in via risarcitoria nei confronti dello Stato per l'attività dei magistrati, proprio per evitare il rischio che i procedimenti vengano instaurati da tutti coloro che si ritengono insoddisfatti dell'esito giudiziario in un ordinamento che, per questa evenienza, prefigura una articolata gamma di mezzi di impugnazione.

6. – Una volta ritenuto che l'omissione può essere ragione di responsabilità per il magistrato a prescindere dalla fonte del dovere di fare violato, sia essa riconducibile a una specifica prescrizione ovvero a una precisa posizione di garanzia, occorre verificare la sussistenza del nesso eziologico.

Sotto il profilo causale è opportuno ricordare che in presenza di illecito omissivo per verificare tale sussistenza bisogna procedere attraverso un giudizio controfattuale, che presuppone una valutazione prognostica *ex ante*, volta a verificare se nell'ipotesi in cui

---

persona e la loro reale tutela. Individua tra i propri compiti quello di vigilare affinché gli Stati adempiano correttamente a tale obbligo di protezione.

[48] Sono numerosi gli atti e gli impegni di matrice internazionale che raccomandano l'adozione di comportamenti positivi, a largo raggio, per garantire l'effettività dei diritti fondamentali della persona e la prevenzione di atti di aggressione contro le donne. In questa direzione, come si è detto, si muovono, ad esempio, tra le altre la Raccomandazione generale n. 19 del 1992 del comitato CEDAW, la Risoluzione dell'assemblea Generale delle Nazioni Unite del 1993, la Raccomandazione del 2002 del Comitato dei Ministri del consiglio d'Europa, la Convenzione di Istanbul del 2011.

Sul punto v. retro nota 13.

[49] Cfr. § 145 della sentenza.

la condotta omessa fosse stata tenuta, con ragionevole probabilità, l'evento dannoso non si sarebbe verificato ovvero si sarebbe verificato con minor danno [50]. Giudizio controfattuale che deve essere svolto a partire dal momento della astratta conoscibilità dell'evento rischioso.

Nella fattispecie oggetto della pronuncia in commento la presenza dei gravi indizi di colpevolezza a carico del marito, la puntuale, analitica e angosciata descrizione nelle 12 denunce delle minacce subite dalla moglie e la paura di essere accoltellata mortalmente dal coniuge, avrebbero dovuto indurre le autorità competenti a svolgere tutti i possibili atti di indagine e ad attivare tempestivamente le misure cautelari presenti nell'ordinamento per prevenire o comunque attenuare il rischio dell'attentato alla vita della donna, poi avvenuto in modo efferato e con esito infausto per la vittima.

Il vizio evidente della sentenza della Corte d'Appello di Messina risiede, da un lato, nell'avere concentrato l'attenzione esclusivamente sul mancato sequestro dell'arma, certamente rilevante in sé e in una prospettiva di prevenzione e attenuazione del rischio ma che, tuttavia, non esaurisce l'area dell'omissione commessa dal magistrato; dall'altro, di non avere adeguatamente indagato il rapporto esistente tra la condotta omissiva e

---

[50] E noto che nell'evoluzione del complesso iter interpretativo in ordine alla sussistenza del nesso causale i giudici civili distaccandosi dal criterio seguito in ambito penale fondato sulla dimostrazione della certezza "oltre ogni ragionevole dubbio", seguono oggi la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non". Sul punto v., per tutte, Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, in Pluris, in cui si sottolinea come le Sezioni Unite, chiamate a risolvere alcune questioni di particolare importanza, tra cui quella in tema di nesso causale, oggetto di un latente contrasto di giurisprudenza, accolgono, quanto alla sua configurabilità in sede civile, la regola probatoria del "più probabile che non", espressamente adottata nella pronuncia della Suprema Corte 16 ottobre 2007, n. 21619, accantonando definitivamente il criterio dell'"oltre il ragionevole dubbio" di cui alla sentenza Franzese delle Sezioni Unite penali. Conf. Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584, in *Foro it*., 2008, I, c. 451. V., pure, Cass., 5 maggio 2009, n. 10285, cit., relativa al caso Ustica, dove si afferma che lo "*standard di 'certezza probabilistica' in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana)"* (§ 4.6). In senso conf., più di recente, Cass., 27 settembre 2018, n. 23197, cit.; Cass., 11 novembre 2019, n. 28986, cit.; Cass., 19 settembre 2019, n. 23328, cit.

In sede di merito sempre in materia di condotta omissiva e responsabilità civile v. ancora la sentenza sul caso Ustica emessa dal Tribunale di Palermo dove, tra l'altro, si riconosce la rilevanza costituzionale dell'interesse (non patrimoniale) dei familiari delle vittime di "*conoscere come e perché i loro congiunti sono morti, e anche perché tale conoscenza sia stata loro preclusa per trent'anni (...)*" (§ 3 della motivazione): Trib. Palermo, 10 settembre 2011, in *Danno e resp*., 2/2012, p. 171 con nota di M. Manenti, *Strage di Ustica: ancora sulla responsabilità (non solo omissiva) dei Ministeri preposti alla sicurezza dei cieli*, ivi, p. 179.

Con riguardo al giudizio da svolgere in tema di responsabilità omissiva cfr. in sede penale la nota sentenza Franzese: Cass. pen., Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Foro. it*., 2002, II, c. 601.

l'evento lesivo e ancora tra la lesione e le conseguenze dannose risarcibili [51].

La Corte avrebbe dovuto valutare unitariamente l'attività della magistratura requirente, verificando anche quali altre attività il giudice avrebbe potuto porre in essere per proteggere la donna, vittima di ripetute minacce ed evitare che tali minacce potessero evolversi, dando luogo ad una fattispecie di reato ancora più grave, come in effetti è accaduto nel caso in esame.

Un aspetto primario dell'attività del pubblico ministero è, infatti, proprio quello di agire in modo da tutelare la persona dalla possibilità che i reati a suo danno minacciati e/o realizzati vengano commessi o reiterati.

Una volta accertata l'omissione, l'applicazione dei principi e dei criteri sopra illustrati in materia di causalità materiale e giuridica – assente nella sentenza di secondo grado – avrebbe fatto emergere in maniera nitida il nesso eziologico esistente tra condotta, evento lesivo e conseguenze dannose, come peraltro accertato in primo grado [52].

Se, dunque, alla luce delle risultanze processuali non può esservi dubbio che nella vicenda in esame ricorre la responsabilità dello Stato-giudice per l'omissione del comportamento dovuto che, ove posto in essere, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento prospettato o comunque ridotto sensibilmente il rischio del suo verificarsi, altrettanto indubbio è che tale condotta illecita abbia cagionato danni incommensurabili per i figli della vittima, tanto di natura patrimoniale che non patrimoniale.

Sul punto, in conclusione del presente scritto, siano consentite alcune brevi considerazioni.

---

[51] La Corte d'appello di Messina, come si è detto, afferma apoditticamente che "*l'omissione addebitabile alla Procura sia stata eziologicamente inefficiente, poiché la perquisizione e l'eventuale sequestro del coltello non avrebbero impedito la morte della giovane mamma*". Secondo i giudici, poiché le modalità esecutive dell'efferato delitto dimostrano che non si è trattato di un omicidio d'impeto, ma al contrario di un delitto accuratamente programmato, neppure l'effettuazione del sequestro del coltello avrebbe impedito l'omicidio della donna. Allo stesso modo nessun effetto dissuasivo avrebbe sortito l'interrogatorio dell'uomo. Dunque, – a detta dei giudici – "*(...) seppure la commissione delle condotte minacciose oggetto della denuncia del giugno 2007 consentiva di presagire che quest'ultimo avrebbe potuto utilizzare quel coltello per reiterare il reato e suggeriva la necessità di effettuare attività di perquisizione e di sequestro dell'arma, onde sottrarla alla disponibilità dell'uomo, tuttavia, neanche siffatta attività avrebbe impedito l'esito mortale del conflitto coniugale*": cfr. § 10.

[52] Al riguardo, con specifico riferimento ai fatti denunciati con quattro differenti atti dal 13 maggio al 6 giugno 2007, nella sentenza del Tribunale di Messina si osserva che "*a fronte delle querele presentate a decorrere dal mese di giugno sette, dalle quali poteva razionalmente presagire un intanto, se non omicida, quantomeno di violenza ai danni della donna, vi è stata una sostanziale inerzia dello Stato*" (§ 5.2). Ciò posto, all'esito dell'ulteriore accertamento positivo dell'esistenza del messo causale tra l'omissione e l'evento di danno, il Tribunale giunge alla conclusione che laddove fosse stata posta in essere la condotta omessa con valutazione altamente probabilistica si sarebbe potuto impedire il verificarsi dell'evento omicida con quelle specifiche modalità esecutive: v. § 5.3.

7. – Nella vicenda che ha dato luogo alla sentenza in commento la richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale è stata rigettata in primo grado sul presupposto che il testo dell'art. 2, comma 1, modificato nel 2015 nel senso di ammettere il ristoro anche di tale tipo di danno senza più alcuna limitazione, non sia applicabile, non avendo efficacia retroattiva l'intervento apportato dal legislatore della riforma.

Una simile soluzione non tiene conto degli approdi interpretativi cui è giunta la stessa giurisprudenza ormai da tempo, approdi che sebbene incidentalmente richiamati dai giudici di Messina, vengono poi del tutto trascurati ai fini della decisione.

Come è noto nella prospettiva del legislatore del 1942 il danno non patrimoniale veniva preso in considerazione in via residuale, limitandone la risarcibilità ai soli casi previsti dalla legge, in una concezione volta a far coincidere tale pregiudizio con il c.d. danno morale soggettivo [53].

L'esigenza di tutelare i valori primari della persona in un sistema costituzionale imperniato sui diritti fondamentali ha dato origine ad un progressivo processo di ampliamento dell'area della risarcibilità del danno non patrimoniale, ora attraverso l'estensione dei casi previsti dalla legge, ora mediante la creazione per opera della dottrina e della giurisprudenza di nuovi pregiudizi di natura non patrimoniale.

Il costante lavorìo degli interpreti ha, da ultimo, determinato al livello giurisprudenziale l'affermazione della portata omnicomprensiva di questa categoria di danno, al cui interno sussumere le voci meramente descrittive fino a quel momento elaborate dagli studiosi (danno morale, biologico, esistenziale), in presenza di gravità della lesione e serietà del pregiudizio conseguente [54].

---

[53] In merito alla struttura bipolare dei danni nella responsabilità civile e al lungo e tormentato percorso interpretativo in tema di danno non patrimoniale v., fra gli altri: V. Scalisi, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ*., 2007, p. 147; AA.VV., *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, in P. Cendon (a cura di) *Il diritto privato nella giur.*, Utet, 2009; E. Camilleri, *Violazione dei doveri familiari, danno non patrimoniale e paradigmi risarcitori*, in NGCC, 2012, p. 428; F.D. Busnelli, *Il danno biologico dal «diritto vivente» al «diritto vigente»*, Torino, 2001; E. Navarretta, *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004; E. Navarretta (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010; G. Ponzanelli, *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova, 2004; G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983; C. Favilli, *Lata culpa dolo aequiparatur: danno non patrimoniale e funzione deterrente del risarcimento*, in *Resp. civ. e prev*., 2011, p. 1125; G. Ponzanelli, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale*, *NGCC*, 2018, I, p. 836; C. Castronovo, *Il danno non* patrimoniale nel cuore del diritto civile, in *Eur. dir. priv*., 2/2016, p. 293; C. Castronovo, *Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni*, in *Danno e resp*., 1/2019, p. 15; P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano, 2011; G. Pascale, *I danni non patrimoniali*, Rimini, 2019.

[54] L'ulteriore elemento della fattispecie, costituito dalla gravità della lesione dei danni non patrimoniali,

A seguito delle sentenze gemelle delle Sezioni unite della Cassazione è infatti, oggi, pacifico che il danno non patrimoniale è categoria generale fondante della responsabilità civile, entro cui ricondurre ogni lesione di valori inerenti alla persona meritevoli di tutela, indipendentemente dal titolo che ha originato il pregiudizio (responsabilità contrattuale o extracontrattuale) [55].

È di tutta evidenza come la perdita (per uccisione) del rapporto parentale con la propria madre, peraltro in tenera età, violi in maniera irreversibile il diritto fondamentale della persona all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà in ambito familiare, diritto oggetto pure di specifico riconoscimento e salvaguardia, in conformità con le norme di rango primario di matrice interna e sovranazionale [56].

In questa sede, anche sotto questo profilo, non è possibile addentrarsi sulla correttezza dell'affermazione del Tribunale di Messina in ordine alla non operatività della nuova disposizione della l. n. 117/1988; è doveroso, però, osservare che dovendosi valutare oggi, in sede civile, la risarcibilità del danno subito dagli orfani, ancorché conseguente ad un fatto passato, risulterebbe aberrante, paradossale e ancor prima illegittimo, alla luce dell'ordinamento costituzionale e degli attuali approdi interpretativi, negare il giusto e integrale ristoro ai figli della vittima, una volta data la dimostrazione del pregiudizio patito.

Un simile esito condurrebbe, infatti, alla negazione del principio di effettività proprio con riguardo ai diritti fondamentali della persona, peraltro in relazione a lesioni maturate nell'ambito dei rapporti affettivi di natura familiare.

La dottrina più sensibile, già da tempo, nel ricostruire sistematicamente l'area della responsabilità civile, al fine di assegnare al danno alla persona una posizione di pari dignità rispetto al danno patrimoniale, ha ritenuto che l'art. 2059 c.c. non sia una "*norma discriminatrice tra interessi inerenti alla persona e corrispondenti danni, ma norma re-*

è stata oggetto di osservazioni critiche da parte della dottrina: così, ad esempio, E. Camilleri, *Violazione dei doveri familiari, danno non patrimoniale e paradigmi risarcitori*, cit., p. 439, che si sofferma sulla funzione della responsabilità con riguardo all'art. 2059 c.c., sottolineando come la tensione punitiva, già insita nel pregiudizio non patrimoniale da reato, "*prende più concretamente forma in funzione della incidenza diretta che, adesso a maggior titolo, la gravità della lesione viene ad operare sul fronte della quantificazione del risarcimento stesso*".

[55] Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Danno e resp*., 2009, p. 19. Sulla tenuta del ragionamento seguito dalle Sezioni unite in tema di risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale si vedono, per tutti, i dubbi e le considerazioni critiche prospettati da L. Nivarra, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. dir. priv*., 2/2012, p. 475.

[56] Si pensi, a titolo esemplificativo, alle norme che riconoscono il diritto al rispetto della vita privata e familiare, il diritto alla libera esplicazione delle attività realizzatrici della persona nella formazione sociale della famiglia, il diritto ad avere rapporti stabili e continuativi con i genitori, il diritto all'identità familiare, anch'esso reciso nella vicenda in esame.

golatrice della ingiustizia del danno alla persona, da ritenersi in re ipsa e come tale data per accertata nei soli casi da ritenersi previsti dalla legge sia pure nell'accezione lata risultante dal nuovo indirizzo interpretativo, ma da verificare invece in concreto in tutti gli altri casi valutati siccome non previsti".

Secondo questa opinione l'art. 2059 c.c., in altri termini, verrebbe a istituire "*una differenza tra casi da reputarsi siccome previsti e non, per affermare con riferimento ai primi un (incondizionato) obbligo categorico di risarcimento del danno non patrimoniale sul presupposto di una ingiustizia già normativamente valutata o da valutare in re ipsa e invece, a contrario, un obbligo soltanto ipotetico per tutte le altre ipotesi, in questo preciso senso: che la ingiustizia, non potendosi presumere né ritenere già ex ante positivamente apprezzata e come tale data per scontata dall'ordinamento, deve in tali ipotesi, da considerarsi non previste, formare invece oggetto di apposita verifica. Sicché ove riscontrata esistente e nel concorso di tutti gli altri elementi costitutivi dell'illecito civile, essa dà luogo anche in siffatte ipotesi al pieno risarcimento dell'interesse non patrimoniale leso, sebbene un siffatto interesse possa risultare non correlato a un diritto costituzionalmente protetto della persona o sia soltanto da inquadrare come mero interesse morale soggettivo o diversamente da qualificare, purché interesse della persona che sebbene non suscettivo di valutazione economica risulti comunque meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico e le comuni regole e i principi sottesi a ogni altra ipotesi di danno*" [57].

Neppure l'assenza di una disposizione di legge o di interessi di rango costituzionale può, dunque, esonerare il giudice dall'accertamento dell'ingiustizia del danno alla persona nel singolo caso sottoposto al suo esame.

Applicando questo ragionamento alla l. 117/1988 e rileggendo alla luce dell'attuale assetto della responsabilità civile la disposizione dell'art. 2, comma 1, deve giungersi alla conclusione che mentre prima della riforma del 2015 l'ingiustizia del danno (con conseguente risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale) era normativamente accertata per la sola ipotesi della privazione della libertà personale, dovendovi provvedere il giudice in tutti gli altri casi; oggi l'accertamento preventivo da parte del legislatore è generale, riguardando tutte le fattispecie di responsabilità per dolo o colpa grave del magistrato [58].

---

[57] Le riflessioni sono di V. Scalisi, *Danno alla persona e ingiustizia*, cit., p. 162 e s.

[58] Deve evidenziarsi in questa sede che la Corte di Cassazione, nell'affrontare la questione del principio di irretroattività della legge, ha chiarito che "*il legislatore può intervenire nella qualificazione stessa di un rapporto giuridico, ma soltanto se tale esito non metta in discussione, nel suo nucleo essenziale ed irriducibile, la tutela costituzionale che il rapporto stesso riceva in ragione del suo carattere fenomenologico, ovvero dei beni che esso abbia ad oggetto*": Cass., 11 novembre 2019, n. 28994, in *Pluris*.

Tutela che, quindi, in nessun caso può subire pregiudizi ad opera del legislatore.

Di ciò dovrà tenere conto la Corte d'appello di Catanzaro, chiamata dalla Cassazione a decidere anche sul punto della risarcibilità del danno non patrimoniale subito dagli orfani in ragione della lesione di interessi e diritti della persona costituzionalmente protetti, posto che la condotta omissiva del magistrato è stata già accertata in primo e in secondo grado – risultato questo avallato dalla Corte di cassazione – e che, nella fattispecie considerata, emerge con evidenza la sussistenza del nesso causale tra atto, evento lesivo e danni, patrimoniali e non, subiti dai figli della vittima del reato.

JUS CIVILE

SARA TOMMASI

Professore associato di Diritto privato – Università del Salento

L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE ANTROPOCENTRICA: LIMITI E OPPORTUNITÀ

SOMMARIO*: 1. Premessa. – 2. Cosa si deve intendere per intelligenza artificiale antropocentrica? – 3. L'intelligenza artificiale affidabile: il cd. 'ecosystem of trust'. – 4. Intelligenza artificiale e non discriminazione. – 5. L'accountability nei sistemi di IA. – 6. Conclusioni.*

1. – L'intelligenza artificiale è già una realtà che fa parte integrante della nostra vita ed è destinata ad esserlo ancor di più. Le applicazioni sono innumerevoli e gli esempi si moltiplicheranno presto al di là dalla nostra attuale immaginazione, a tal punto che «il modo in cui ci relazioniamo all'IA determinerà il mondo in cui viviamo» [1].

[1] Si veda COM (2018) 237 final, in *www.ec.europa.eu*, p. 2. "*La nuova agenda per le competenze per l'Europa*", in *http://eur-lex.europa.eu. Ivi* si rimanda anche per una prima definizione europea di IA. Si legge, infatti, p. 1, che «Intelligenza artificiale (IA) indica sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi. I sistemi basati sull'IA possono consistere solo in *software* che agiscono nel mondo virtuale (ad esempio assistenti vocali, *software* per l'analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale), oppure incorporare l'IA in dispositivi *hardware* (per esempio in robot avanzati, auto a guida autonoma, droni o applicazioni dell'Internet delle cose)». Una definizione di Intelligenza artificiale si rinviene, da ultimo, nella *Proposition de loi constitutionnelle relative à la Charte de l'intelligence artificielle et des algorithmes*, depositata il 15 gennaio 2020, in Francia, presso l*'Assemblée Nationale,* ove si legge che «la présente charte s'applique à tout système qui se compose d'une entité qu'elle soit physique (par exemple un robot) ou virtuelle (par exemple un algorithme) et qui utilise de l'intelligence artificielle. La notion d'intelligence artificielle est entendue ici comme un algorithme évolutif dans sa structure, apprenant, au regard de sa rédaction initiale. Un système tel que défini au précédent alinéa n'est pas doté de la personnalité juridique et par conséquent inapte à être titulaire de droits subjectifs. Cependant les obligations qui découlent de la personnalité juridique incombent à la personne morale ou physique qui héberge ou distribue ledit système devenant de fait son représentant juridique». Per un primo tentativo di definire l'Intelligenza artificiale si rimanda a J. MARVIN, L. MINSKY, N. ROCHESTER e C.E. SHANNON, *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence:* August 31, 1955, pubblicato di recente in *AI Magazine*, 2006, p. 12, consultabile anche in *www.semanticscholar.org.*

Non pochi sono però gli interrogativi che si pongono di fronte a questa rivoluzionaria trasformazione tecnologica che, se non è possibile né utile arrestare, occorre non subire.

In questa sede, si proverà a dimostrare che gli ambiziosi obiettivi prefissati a livello comunitario possono essere concretamente, e più facilmente, raggiunti se non ci si fa accecare dall'enfasi per le opportunità che queste nuove tecnologie ci offrono, ma si riflette anche sui rischi delle stesse e sui limiti del diritto nell'affrontarli. In particolare, ci si interrogherà sul significato dell'espressione "Intelligenza Artificiale antropocentrica" che non dovrebbe evocare né l'esistenza di "surrogati della persona umana" dotati di medesima intelligenza, né una cd. *anthropocentric view* intesa come contrapposta ad una *ecocentric view*.

Occorre, dunque, prepararsi ai cambiamenti socioeconomici che ci aspettano, cercando di affrontare in modo proattivo e inclusivo i problemi che sorgeranno e che potrebbero accrescere le diseguaglianze [2]. Naturalmente, non si tratta soltanto di acquisire competenze digitali di base o di affidare i problemi posti dai sistemi dell'intelligenza artificiale a singole discipline specifiche, essendo l'IA un fenomeno interdisciplinare. A fronte di tanta complessità, scopo delle osservazioni che seguono è provare a delimitare il terreno su cui si giocano le nuove sfide da affrontare e mettere in guardia sulla necessità di evitare approcci che non consentirebbero l'approdo a conclusioni persuasive.

2. – Con l'espressione "intelligenza artificiale antropocentrica" si possono indicare due cose diverse: la tendenza a costruire tutto "ad immagine e somiglianza" dell'uomo, finendo anche per "umanizzare le macchine" dal punto di vista del linguaggio, dei concetti e delle problematiche connesse [3]; oppure un approccio all'intelligenza artificiale come strumento a servizio soltanto della persona umana [4]. Entrambi questi significati possono essere criticati.

Quanto al primo, può essere utile sgombrare il campo da fraintendimenti ed osservare che «words like "language", "memory", "understand", "instruction", "read", "write", "command", and many others are in constant use. They are words which, in their primary meaning, have reference to cognitive beings. Computers are not cognitive» [5].

---

[2] Si vedano COM (2018) 237 final, cit., p. 12 e il *"Piano d'azione per l'istruzione digitale"*, in *https://eur-lex.europa.eu.*

[3] Cfr. E. CALZOLAIO, *Introduzione*, in E. Calzolaio, *La decisione nel prima dell'intelligenza artificiale,* Milano, 2020, p. 1.

[4] COM (2019) 168 final. "*Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*", in *https://eur-lex.europa.eu,* p. 2.

[5] I. GIUFFRIDA, F. LEDERER e N. VERMERYS, *A Legal Perspective on the Trials and Tribulations*

L'idea che in questa sede vuole mettersi in discussione è quella dell'intelligenza artificiale come capacità di una macchina di imitare in modo intelligente il comportamento umano; si ritiene, piuttosto, che sarebbe meno forviante un approccio che descriva l'intelligenza artificiale partendo dagli elementi che la caratterizzano e, prima di tutto, dal cd. «*machine learning*», ossia dalla capacità di un *computer* di apprendere dai dati esistenti e di modificare la sua programmazione per tenere conto di nuovi dati, eseguendo modelli c.d. predittivi, che apprendono dai dati esistenti per prevedere comportamenti, risultati, e tendenze [6].

Se partiamo da questo assunto possiamo subito renderci conto che l'apprendimento automatico dipende dai dati. L'algoritmo può "imparare meglio" quanto più sono i dati ai quali può accedere. La qualità di tali dati, il modo in cui vengono immessi nel sistema e come il sistema è "addestrato" sono tutti fattori che possono avere effetti disastrosi sulla validità, accuratezza e utilità delle informazioni generate dall'algoritmo [7]. In altri termini, anche quando i dati sono precisi, l'IA potrebbe diffondere i propri pregiudizi nel sistema.

Pur ad ammettere che con riferimento agli algoritmi si possa parlare di «electronic agents actors» [8], dovremmo convenire che si tratta "di un'altra soggettività" rispetto a

---

of AI: How Artificial Intelligence, the Internet of Things, Smart Contracts, and Other Technologies Will Affect the Law, in Case Western Reserve Law. Review, 2018, p. 750.

[6] Cfr. I. GIUFFRIDA, F. LEDERER e N. VERMERYS, *A Legal Perspective on the Trials and Tribulations of AI,* cit., p. 751. Sulle potenzialità creative degli automi cfr. G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale,* in *Riv. dir. industrial,* 2019, p. 253 e ss.

[7] Significativi gli esempi riportati in I. GIUFFRIDA, F. LEDERER e N. VERMERYS, *A Legal Perspective on the Trials and Tribulations of AI,* cit., p. 754. Ivi si legge che un algoritmo «not only fail to accomplish its set goals but may prove affirmatively harmful. For example, the algorithm used by Google to answer user questions erroneously declared that former president Barack Obama, a Christian, was a Muslim. In that case, the algorithm was not at fault. It simply gathered data from the Internet, "feeding" on websites that propagated false information. Its data pool was polluted, and the algorithm could not discern between "good" and "bad" data. Another example is that of the Microsoft chatbot, "Tay," which learned to interact with humans via Twitter. Within twenty-four hours, the chatbot "became racist," for lack of a better word, because "Internet trolls" had bombarded it with mostly offensive and erroneous data, i.e. inflammatory tweets, from which the Chatbot had "learned"».

[8] Sul punto cfr. G. TEUBNER, *Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law*, *in Journal of Law and Society*, 2006, p. 500. *Ivi* ci si chiede: «does artificial intelligence create the new spiritual entities – the angels of our time – in the world of information processing? The question is whether these new actors – animals and electronic agents – fighting for their interests and even for full-fledged constitutional rights are nothing but social collectives who, rightly or wrongly, express their sympathies for non-human entities and ask to be formally accepted as legal actors (the anthropocentric view)? Or is social communication extending its capacities to include different autonomous processes in its environment and thus respect their eigenvalues (the ecocentric view)? Or are law and politics directly link-

quella umana [9], e che, dunque, ci troviamo di fronte a ‹‹rational actors» ma ‹‹in no way human» [10]. Almeno allo stato attuale non può parlarsi di surrogati artificiali della persona o delle relative volizioni [11].

Invero, la personificazione dei non umani è intesa come una strategia per affrontare e ridurre l'incertezza sull'identità dell'altro e come significato simbolico della capacità di partecipare alla comunicazione. Ciò presuppone che i non umani siano in grado di entrare in comunicazione con gli umani e che ciò possa avvenire in diversi modi. Il più semplice è quello in cui l'algoritmo è solo uno strumento del quale l'uomo si serve, ma ci può anche essere una sorta di interoperatività tra uomo e macchina, tale da potersi parlare di un ibrido [12]. L'idea dell'ibrido non deve far pensare ad un meccanismo in cui

---

ing up with other 'living', 'pulsating', 'autonomous'processes which would steer their rule production into new directions (the juridicocentric or sociocentric view)?».

[9] Sull'idea di «personalità/soggettività differenziate: che operi non in danno, come un *minus* rispetto al parametro massimo della universale condizione giuridica umana e della sua capacità generale. Ma come un acquisto, come il frutto di un cauto processo di liberazione di nuove soggettività col loro accesso al mondo del giuridicamente rilevante quali centri d'imputazione di interessi protetti, nel che si risolve peraltro la titolarità di diritti soggettivi», si rimanda a P. PORTALURI, *L'articolazione delle figure soggettive: dalla personalità alla soggettività giuridica,* in *www.ridiam.it*, 2019, spec. p. 5. Sul processo di moltiplicazione dei soggetti giuridici sviluppatosi negli ultimi decenni cfr. A. PISANO', *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana,* Milano, 2012; M.-A. HERMITTE, *L'intérêt d'une constitutionnalisation des normes relatives au vivant, in X. Bioy (dir.), Droits constitutionnels du vivant. Approches comparées de nouveaux objets constitutionnels: bioéthique et environnement,* Paris, 2019, p. 21 e ss.; R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Soggettivizzare la natura*? in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2019, p. 1 e ss.

[10] È quanto si legge nel documento "*Call for AI Ethics",* firmato a Roma il 28 Febbraio 2020, in *http://www.academyforlife.va/content/dam/pav/documenti%20pdf/2020/CALL%2028%20febbraio/AI%20Rome%20Call%20x%20firma_DEF_DEF_.pdf,* p. 3.

[11] J. SEARLE, *Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind*, Mass, 1983, p. 312, sostiene che l'intelligenza artificiale non dispone di atti autenticamente soggettivi, ma compie calcoli e riproduce atteggiamenti. In prospettiva diversa, ritiene che si possa parlare di possibili surrogati artificiali della persona o delle relative volizioni, qualificabili non più come oggetti ma come agenti, L. COPPINI, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile* in *Politica del diritto*, 2018, p. 714 e ss. All'A. si rimanda per l'analisi delle diverse tipologie di robot secondo il Glossario tecnico della *Strategic Research Agenda (SRA) for robotics in Europe*. Segnatamente, oltre ai *Robot* cognitivi si classificano i: «*robot* teleoperati: sono composti da un set di parti mosse da motori controllati da persone fisiche tramite specifiche interfacce, come un *joy-stick* o anche uno *smartphone*. Le loro azioni sono completamente controllate dall'uomo, quindi, essi si possono configurare come semplici strumenti nelle mani dell'operatore. *Robot* autonomi: l'autonomia va intesa come l'abilità di svolgere un compito senza alcun intervento umano durante il processo. Il *Robot* è guidato, istruito tramite un programma che gli fornisce regole di comportamento. È opportuno parlare qui di autonomia debole».

[12] B. LATOUR*, Politics of Nature: How to Bring the Sciences into Democracy*, Harvard, 2004, p. 71, ritiene che «the psycho– systemic competence deficits of non-humans are adequately compensated by the distributed intelligence of social systems».

l'attore è sempre e solo umano, data la forte influenza anche della componente non umana. Piuttosto il processo comunicativo all'interno dell'ibrido è in grado di identificare eventi che possono essere compresi come espressioni del non umano, creando le condizioni di possibilità per l'ingresso di non umani in comunicazione [13].

In diversa prospettiva, la comunicazione è una operazione che è fornita della capacità di autoosservarsi e, dunque, a parteciparvi possono essere soltanto i sistemi psichici [14]. Gli algoritmi, dunque, sono strumenti attraverso ai quali si comunica, ma non partecipano alla comunicazione. Nel «processo elementare della comunicazione sociale, l'*altro* non è il destinatario della comunicazione – come spesso di dice– ma è il suo inizio: la funzione dell'*altro* consiste nel fatto che egli, attraverso la comprensione, rende possibile la comunicazione, la quale, a sua volta, solo così può essere attribuita a colui che ha attivato l'atto stesso del comunicare e che, perché ciò accada, deve essere egli stesso *osservato* dall'*altro* come colui che intende comunicare, quindi come *altro* dell'altro. E, infatti, se questi non coglie l'atto del comunicare come l'atto che intende comunicare che sta comunicando, se non coglie l'altro come altro che intende comunicare, non può esserci comunicazione. Nella comunicazione, allora, entrambi lottano per il riconoscimento, per usare un concetto hegeliano, ed entrambi ottengono il riconoscimento attraverso la comunicazione. Ma entrambi *si osservano come altro*» [15].

Le macchine sono in grado di fare cose che gli uomini non arrivano a fare, ma di contro, gli algoritmi non hanno una dimensione umana. In altri termini, a fronte di un pro-

---

[13] Sul punto cfr. G. TEUBNER*, Rights of Non-Humans?,* cit., p. 521.

[14] R. DE GIORGI, N. LUHMANN, *Teoria della società*, Milano, 2013 (1991), p. 27. G. TEUBNER*, Rights of Non-Humans?,* cit., p. 500 confronta il pensiero di N. Luhmann con quello di Latour ed afferma «however impressive this theoretical move appears, it does not go far enough to cover the far-reaching ambitions of the ecological movement and the cyber revolution. Collectives, i.e. social systems between human individuals, as actors – this is the point where Luhmann stops and where Latour begins. In Latour's account, a multitude of new actants and hybrids that cannot be identified with human individuals or with collective actors, are entering the scene and radically transforming today's political ecology». L'A. poi aggiunge che «regarding both Luhmann and Latour: Personification of non humans is best understood as a strategy of dealing with the uncertainty about the identity of the other, which moves the attribution scheme from causation to double contingency and opens the space for presupposing the others'selfreferentiality. Beyond Luhmann: There is no compelling reason to restrict the attribution of action exclusively to humans and to social systems. Personifying other nonhumans is a social reality today and a political necessity for the future. Beyond Latour: The admission of actors does not take place, as he suggests, into one and only one collective. Rather, the properties of new actors differ extremely according to the multiplicity of different sites of the political ecology».

[15] R. DE GIORGI, A. PRIZRENI, *Presentazione,* in R. DE GIORGI, A. PRIZRENI (a cura di), *Lo sguardo dell'altro,* Lecce, p. 10. Sul punto si rimanda a N. LUHMANN, *Introduzione alla teoria dei sistemi,* edizione italiana a cura di S. MAGNOLO, Lecce, 2018, p. 243 e ss.

cesso che conduce sempre più ad "umanizzare" le cose a tal punto da rendere assai difficile la loro considerazione in termini semplicemente di *res,* non può assistersi alla progressiva riduzione della persona ad un qualcosa di inanimato e in gran parte sostituibile dalle macchine [16].

Il rapporto tra umani e algoritmi è molto complicato e taluni rinvengono dei profili problematici paragonabili a quelli che riguardano il rapporto tra uomini e animali. Alcune differenze sono state puntualizzate in modo espresso. Si afferma, per esempio, che «paradoxically, they incorporate animals into human society in order to create defences against the destructive tendencies of human society against animals. The old formula of the social domination of nature is replaced by the new social contract with nature. For electronic agents, the exact opposite is true. Their legal personification, especially in an economic and technological context, creates aggressive new action centres as basic productive institutions. Here, their inclusion in society does not protect the new actors, just the opposite: it is society that needs to defend itself against the new actors. With the social inclusion of cyborgs and electronic agents, new problems of alienation appear on the horizon of the law» [17].

Un altro dato può essere utile alla riflessione. Gli algoritmi sono riducibili a mezzi dei quali l'uomo si serve, non così le entità non umane della natura. Lo suggerisce limpidamente Bruno Latour che riflette sulla circostanza che «it might be sufficient, strangely enough, to return to the definition that Kant gives of human morality, a definition that is so well known that people forgot to see that it is in fact wonderfully apposite for non-humans. Let us get back to this most canonical of all definitions: "Everything in creation which he wishes and over which he has power can be used merely as a means; only man, and, with him, every rational creature, is an end in himself. He is the subject of the moral law which is holy, because of the autonomy of his freedom. Because of the latter, every will, even the private will of each person directed to himself, is restricted to the condition of agreement with the autonomy of the rational being, namely, that it be subjected to no purpose which is not possible by a law which could have its origin in the will of the subject undergoing the action. This condition requires that the subject never be used simply as a means but at the same time as an end in itself» [18]. In questa prospettiva, con

[16] Cfr. P. STANZIONE, *Biodiritto, postumano e diritti fondamentali*, in *www.comparazionedirittocivile.it*, 2010.

[17] G. TEUBNER*, Rights of Non-Humans?,* cit., p. 521.

[18] B. LATOUR, *To modernize or to ecologize? That's the question,* in N. CASTREE, B. WILLEMS-BRAUN (a cura di), *Remaking Reality: Nature at the Millenium*, London– New York, 1998, p. 237.

riferimento alle componenti non umane della natura, ben si ritiene che «they do not at all say that we should not use, control, serve, dominate, order, distribute or study them, but that we should, as for humans, never consider them as simply means but always also as ends» [19]. Invece con riferimento all'intelligenza artificiale, si legge espressamente nella documentazione ufficiale dell'Unione Europea [20], che l'intelligenza artificiale non è fine a se stessa, ma è uno strumento a servizio delle persone che ha come fine ultimo quello di migliorare il benessere degli esseri umani [21]. Proprio qui viene in rilievo un altro aspetto critico della cd. intelligenza artificiale antropomorfica se intesa come strumento soltanto al servizio della persona.

Cosa deve intendersi per *"technology that works for people"*, come si legge in molti documenti comunitari? Se intendiamo che le macchine non possono e non devono essere meccanismi fini a se stessi o alla pari dell'uomo, il dato non può non essere condiviso. Riduttivo è però forse pensare all'intelligenza artificiale come uno strumento a servizio solo delle persone o degli essere umani, a meno che non si voglia pensare all'ambiente e a tutti gli essere viventi che lo popolano come a strumenti a servizio degli umani [22].

Le considerazioni che precedono inducono a ritenere che i problemi posti dall'intelligenza artificiale non debbano essere visti da un punto di vista esclusivamente antropocentrico, ma occorre riflettere su ciò che va anche oltre il solo essere umano, all'insegna di una IA sostenibile.

Il dato, d'altronde, emerge anche da COM (2019) 168 final, ove si prevede che per ottenere un'IA affidabile si dovrebbe tenere conto del suo impatto sull'ambiente e sugli altri esseri senzienti, che devono poter beneficiare della biodiversità e di un ambiente abitabile, per realizzare il quale l'IA stessa potrebbe avere un ruolo strategico [23].

---

[19] B. LATOUR, *To modernize or to ecologize?,* cit., p. 238.

[20] COM (2019) 168 final, in *www.ec.europa.eu*, p. 2.

[21] Cfr. Com (2018) 237 final, cit.; SWD (2018) 137 final. in *www.ec.europa.eu.*

[22] Sulla necessità improrogabile di impostare su basi nuove il rapporto tra uomo e natura in un'ottica di equilibrio ecologico si veda G. GRISI, *La lezione del Coronavirus*, in *Juscivile,* 2020, p. 190 e ss. L'A. nota, p. 207, che «bisogna che l'uomo comprenda che il pianeta è vivo, respira, soffre, si trasforma continuamente, si evolve; e noi, incoscientemente, lo abbiamo trattato come se fosse un oggetto inerte, da soggiogare al nostro dominio. La nostra scriteriata attività e l'ossequio prestato a logiche di tornaconto individuale da ricercare con ogni mezzo hanno compromesso gli ecosistemi e la biodiversità. La vita sul pianeta si basa su equilibri che l'uomo, dotato di funzioni cerebrali superiori ma non sempre ben sfruttate, ha sconvolto: con un consumo eccessivo delle risorse ha rapinato e violentato la natura e che questa dia, ciclicamente, segnali, più o meno forti, di insofferenza è – ci si perdoni il bisticcio – naturale, né c'è da sorprendersi che la reazione possa assumere anche le caratteristiche proprie delle pandemie». Sul punto cfr. C. LARRÈRE, R. LARRÈRE, *Penser et agir avec la nature. Une enquête philosophique*, Parigi, 2018, p. 338 e ss.

[23] È quanto si legge in COM (2019) 168 final, *cit.,* p. 7.

Alla "famiglia umana" fa riferimento anche il documento denominato "*Call for AI Ethics",* firmato a Roma il 28 Febbraio 2020 [24], ove ci è soltanto una timida apertura anche al rispetto di tutti gli ambienti naturali, nei termini che seguono: «new technology must be researched and produced in accordance with criteria that ensure it truly serves the entire "human family" (Preamble, Univ. Dec. Human Rights), respecting the inherent dignity of each of its members and all natural environments, and taking into account the needs of those who are most vulnerable» [25].

Lo stesso documento auspica una «vision in which human beings and nature are at the heart of how digital innovation is developed» e che «AI systems must be conceived, designed and implemented to serve and protect human beings and the environment in which they live» [26]. La natura e l'ambiente vengono, però, visti sempre come qualcosa da salvaguardare non in quanto tali, ma soltanto perché luoghi dove vivono gli essere umani.

Una visione un po' più matura traspare solo in quella parte del documento nel quale si sottolinea la necessità che il progresso tecnologico avvenga nel rispetto per il pianeta, anche se il pianeta è definito come "our common and shared home", facendo pensare, ancora una volta ad una prospettiva meramente antropocentrica. Qui, oltre ad una mera dichiarazione di principio, si individuano tre requisiti che devono essere soddisfatti per un progresso tecnologico sostenibile: 1*) it must include every human being, discriminating against no one; 2) it must have the good of humankind and the good of every human being at its heart; 3) finally, it must be mindful of the complex reality of our ecosystem and be characterised by the way in which it cares for and protects the planet (our "common and shared home") with a highly sustainable approach, which also includes the use of artificial intelligence in ensuring sustainable food systems in the future* [27].

---

[24] Sul punto cfr. L. CASALINI, *Rome Call for AI Ethics: Per un'intelligenza artificiale umanistica,* in *Persona e Mercato, Osservatorio OGID,* p. 8.

[25] Cfr. "*Call for AI Ethics",* cit., p. 3.

[26] Cfr. "*Call for AI Ethics",* cit., p. 4.

[27] Cfr. "*Call for AI Ethics",* cit., p. 4. Sul punto indicazioni interessanti si traggono altresì dalle *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence* dell'8 aprile 2019, *published by the High-Level Expert Group (HLEG) on Artificial Intelligence (AI) appointed by the European Commission*, sulle quali si rimanda al sito *https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence. Ivi*, si legge, p. 42, che «non vi è dubbio che la lotta ai cambiamenti climatici debba essere una priorità assoluta per i responsabili politici di tutto il mondo, ma la trasformazione digitale e un'IA affidabile offrono grandi potenzialità in termini di riduzione dell'impatto umano sull'ambiente e di contributo a un uso efficiente ed efficace dell'energia e delle risorse naturali. Un' IA affidabile, ad esempio, può essere accoppiata ai *Big Data* per rilevare con maggiore precisione il fabbisogno energetico e favorire di conseguenza infrastrutture e consumi energetici più efficienti».

Il ruolo centrale dell'uomo di fronte alla trasformazione digitale alla quale assistiamo diventa, allora, quello di essere l'unico, tra gli esseri viventi, a poter "sorvegliare" i sistemi di IA, con un'importante responsabilità che trascende la propria "individualità", per il benessere dell'ambiente e di tutti gli essere viventi che lo popolano.

L'*Human oversight* è concetto che si ritrova nei documenti Europei dedicati all'IA e svela la possibilità di scenari molteplici e articolati, potendo riguardare un approccio con intervento umano in ogni ciclo decisionale del sistema, cd. *"human-in-the-loop*"; un approccio con supervisione umana, ossia caratterizzato dalla capacità di intervento umano durante il ciclo di progettazione del sistema e di monitoraggio del funzionamento del sistema cd. "*human-on-the-loop*", oppure un approccio con controllo umano, cd. "*human-in-command*", che presuppone la capacità di sorvegliare l'attività complessiva del sistema di IA, definendo i livelli di discrezionalità umana durante l'uso del sistema e garantendo la possibilità di annullare una decisione adottata dal sistema [28].

In particolare in COM(2020) 65 final, *White paperon artificial intelligence – A European approach to excellence and trust,* nel *White paper on artificial intelligence,* sia pure a titolo soltanto esemplificativo, vengono individuate della modalità attraverso le quali la sorveglianza umana può esplicarsi: 1) *the output of the AI system does not become effective unless it has been previously reviewed and validated by a human*; 2) *the output of the AI system becomes immediately effective, but human intervention is ensured afterwards*; 3) *monitoring of the AI system while in operation and the ability to intervene in real time and deactivate*; 4) *in the design phase, by imposing operational constraints on the AI system* [29].

L'essere umano, dunque, ha un ruolo centrale e strategico, nell'affrontare le sfide po-

---

[28] COM(2019) 168 final, p. 5, nota 13. Sul punto si rimanda anche a COM(2020) 65 final, p. 25 ove si legge che «a European governance structure on AI in the form of a framework for cooperation of national competent authorities is necessary to avoid fragmentation of responsibilities, increase capacity in Member States, and make sure that Europe equips itself progressively with the capacity needed for testing and certification of AI-enabled products and services. In this context, it would be beneficial to support competent national authorities to enable them to fulfil their mandate where AI is used. A European governance structure could have a variety of tasks, as a forum for a regular exchange of information and best practice, identifying emerging trends, advising on standardisation activity as well as on certification. It should also play a key role in facilitating the implementation of the legal framework, such as through issuing guidance, opinions and expertise. To that effect, it should rely on a network of national authorities, as well as sectorial networks and regulatory authorities, at national and EU level. Moreover, a committee of experts could provide assistance to the Commission».

[29] COM (2020) 65 final, cit., p. 21. Sulla portata di COM (2020) 65 final, si veda S. ORLANDO, *Il Libro Bianco della Commissione Europea del 19 febbraio 2020 sull'Intelligenza Artificiale: "Eccellenza e Fiducia",* in *Persona e Mercato, Osservatorio OGID,* p. 7.

ste dall'Intelligenza artificiale, in quanto unico in grado di fare scelte qualitative e non soltanto quantitative [30] e unico ad avere la possibilità di controllare e correggere le decisioni del sistema di IA [31].

3. – Per non "subire" la trasformazione tecnologica alla quale assistiamo e renderla "accettabile" per i cittadini si fa riferimento all'affidabilità dei sistemi di intelligenza artificiale; affidabilità "misurabile" sulla base di dati ben precisi elaborati da un Gruppo di esperti nominato dalla Commissione europea [32]. Si tratta di dati basati su orientamenti non vincolanti e che non introducono nuovi obblighi giuridici.

Segnatamente, le *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence* dell'8 Aprile 2019, presentate dal Gruppo di esperti prevedono che «per ottenere un'intelligenza artificiale affidabile sono necessari tre elementi: 1) l'IA dovrebbe rispettare la legge, 2) dovrebbe osservare i principi etici e 3) dovrebbe dimostrare robustezza» [33].

Ciascuna componente in sé è necessaria ma non sufficiente per realizzare un'IA affidabile.

Le *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence* non affrontano esplicitamente la prima componente, ossia la legalità dell'IA, ma si propongono di offrire orientamenti per promuovere e garantire l'eticità e la robustezza dell'IA [34].

La premessa dalla quale parte il Gruppo di esperti è che «l'uso nella nostra società dei sistemi di IA, come di qualsiasi tecnologia potente, pone vari problemi etici, ad esempio in merito al loro effetto sulle persone, sulla società, sulle capacità decisionali e sull'incolumità» [35].

---

[30] Cfr. "*Call for AI Ethics*", cit., p. 3.

[31] Sono le indicazioni che si traggono dalla proposta, datata 6.2.2020, di Risoluzione del Parlamento europeo sui processi decisionali automatizzati: garantire la tutela dei consumatori e la libera circolazione di beni e servizi (2019/2915(RSP)), in *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2020-0094_IT.pdf.*

[32] *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence* dell'8 Aprile 2019, cit., p. 42.

[33] Cfr. COM(2019) 168 final, p. 5.

[34] Si veda L. FLORIDI, *Translating Principles into Practices of Digital Ethics: Five Risks of Being Unethical,* in *Philos. Technol.* 2019, p. 185. *Ivi* L'A. cerca di fornire una mappa per coloro che desiderano evitare o minimizzare alcuni dei rischi etici più evidenti e significativi, quando si passa dai principi alle pratiche dell'etica digitale e afferma che «understanding as early as possible that shortcuts, postponements, or quick fixes do not lead to better ethical solutions but to more serious problems, which become increasingly difficult to solve the later one deals with them, does not guarantee that the five malpractices analysed in this article will disappear, but it does mean that they will be reduced insofar as they are genuinely based on misunderstanding and misjudgements. Not knowing better is the source of a lot of evil. So, the solution is often more and better information for all».

[35] *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence* dell'8 Aprile 2019, cit., p. 10.

Una particolare attenzione a questi aspetti emerge anche dal *White paperon artificial intelligence,* ove si è individuato come obiettivo strategico il cd. '*ecosystem of trust'*, ossia un ecosistema di fiducia «to do so, it must ensure compliance with EU rules, including the rules protecting fundamental rights and consumers'rights, in particular for AI systems operated in the EU that pose a high risk. Building an ecosystem of trust is a policy objective in itself, and should give citizens the confidence to take up AI applications and give companies and public organisations the legal certainty to innovate using AI» [36].

Gli esseri umani che interagiscono con i sistemi di IA devono poter mantenere la propria piena ed effettiva autodeterminazione e giovarsi di un aumento delle abilità cognitive. A tal fine, il Gruppo di lavoro pone, alla base di un'intelligenza artificiale affidabile, e come imperativi etici, il rispetto dell'autonomia umana, della prevenzione dei danni, dell'equità, e della esplicabilità [37].

Nell'ambito dei documenti che riguardano l'IA, l'etica, in verità, è intesa prevalentemente come *self-regulation* [38]. Non si è mancato di evidenziare alcune criticità [39].

È stato notato, anche da alcuni componenti del gruppo di esperti, che le *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence* «move from a first, more theoretical *what* chapter, to a second, more practical *how* chapter, so to speak, is reasonable and commendable. However, in translating principles into practices, even the best efforts may be undermined by some unethical risks» [40].

Può verificarsi, per esempio, il cd. *Digital ethics shopping*, ossia la circostanza che si

---

[36] COM (2020) 65 final, p. 3.

[37] *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence* dell'8 Aprile 2019, cit., p. 16.

[38] Cfr. B. WAGNER, *Ethics as an Escape from Regulation: From Ethics-washing to Ethics-shopping?*, in M. HILDEBRANDT (a cura di), *Being Profiled. Cogitas ergo sum*, Amsterdam, 2018, in *https://pdfs.semanticscholar.org*, p. 1.

[39] F.J. ZUIDERVEEN BORGESIUS, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence*, in *The International Journal of Human Rights*, 2020, p. 12, afferma che «on the one hand, self-regulation is commendable. It can hardly be denied that ethical AI is preferable over unethical AI. Self-regulation could help mitigate discrimination, and could provide inspiration for legislators. On the other hand, there are serious problems with self-regulation. Most importantly: self-regulation is non-binding. Human rights protection cannot be left to voluntary measures. Enforcement is typically lacking of such ethics codes». Particolarmente fiduciosa ad un approccio etico ai problemi posti dai sistemi di IA è SK. KATYAL, *Private accountability in the age of artificial intelligence,* in *UCLA Law Review,* 2019, p. 56 e ss. In particolare, l'A esplora «the impending conflict between the protection of civil rights and artificial intelligence (AI). While both areas of law have amassed rich and well-developed areas of scholarly work and doctrinal support, a growing body of scholars are interrogating the intersection between them. This Article argues that the issues surrounding algorithmic accountability demonstrate a deeper, more structural tension within a new generation of disputes regarding law and technology. As I argue, the true promise of AI does not lie in the information we reveal to one another, but rather in the questions it raises about the interaction of technology, property, and civil rights».

[40] L. FLORIDI, *Translating Principles into Practices,* cit., p. 186.

finisca per elaborare un gran numero di principi, codici, linee guida o quadri etici, producendo un proliferare di documenti che generano incoerenza e confusione. Inoltre, spesso, gli attori pubblici e privati progettano propri codici per paura di apparire da meno degli altri, contribuendo così ulteriormente alla ridondanza delle informazioni. Si genera, in altri termini, il rischio che tutta questa iperattività finisca per essere un modo per giustificare i propri comportamenti, piuttosto che renderli coerenti con un quadro etico condiviso [41].

Il rischio del *Digital ethics shopping* può essere attenuato proprio dalle *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence* la cui pubblicazione «is a significant improvement, given that it is the closest thing available in the European Union (EU) to a comprehensive, authoritative, and public standard of what may count as socially good AI» [42].

Un quadro di riferimento pubblico, autorevole e socialmente condiviso è utile anche per ridurre il cd. *Ethics bluewashing*, ossia la pratica scorretta «of making unsubstantiated or misleading claims about, or implementing superficial measures in favour of, the ethical values and benefits of digital processes, products, services, or other solutions in order to appear more digitally ethical than one is» [43]. Si tratta di una forma di disinformazione basata per lo più su una sponsorizzazione che mira a far apparire che si contribuisce a risolvere problemi che, in realtà, non possono essere affrontati dal singolo in modo adeguato [44].

Un'ulteriore criticità legata all'eccessiva fiducia nei principi etici per la regolamentazione dei problemi posti dall'IA è legata al rischio di *Digital ethics lobbying*, ossia della «malpractice of exploiting digital ethics to delay, revise, replace, or avoid good and ne-

---

[41] L. FLORIDI, *Translating Principles into Practices,* cit., p. 186.

[42] L. FLORIDI, *Translating Principles into Practices,* cit., p. 187; B. WAGNER, *Ethics as an Escape from Regulation,* cit., p. 1.

[43] L. FLORIDI, *Translating Principles into Practices,* cit., p. 187.

[44] L. FLORIDI, *Translating Principles into Practices,* cit., p. 188. L'Autore fa anche riferimento al *Digital ethics dumping*, inteso come «the malpractice of (a) exporting research activities about digital processes, products, services, or other solutions, in other contexts or places (e.g. by European organisations outside the EU) in ways that would be ethically unacceptable in the context or place of origin and (b) importing the outcomes of such unethical research activities» ed all'*Ethics shirking*, cioè alla «malpractice of doing increasingly less Bethical work (suchas fulfilling duties, respecting rights, and honouring commitments) in a given context the lower the return of such ethical work in that context is mistakenly perceived to be». Entrambe queste pratiche, continua l'A. «has historical roots and often follows geopolitical outlines. Actors are more likely to engage in ethics dumping and shirking in contexts where disadvantage populations, weaker institutions, legal uncertainties, corrupted regimes, unfair power distributions, and other economic, legal, political, or social ills prevail».

cessary legislation (or its enforcement) about the design, development, and deployment of digital processes, products, services, or other solutions» [45].

Critiche analoghe potrebbero essere mosse anche agli incentivi alla c.d. *voluntary labelling for no-high risk ai applications,* e cioè ad una etichettatura su base volontaria, che, pure, sono stati individuati come strumenti che potrebbero accrescere la fiducia dei cittadini nell'IA. Gli operatori economici interessati non soggetti alle prescrizioni obbligatorie potrebbero decidere, su base volontaria, di impegnarsi al rispetto di una serie specifica di prescrizioni, ottenendo in cambio un "*Quality Label"* per le loro applicazioni di IA.

Il marchio volontario consentirebbe agli operatori economici interessati di mettere in evidenza l'affidabilità dei loro prodotti e servizi basati sull'IA e consentirebbe agli utenti di riconoscere facilmente che i prodotti e i servizi in questione sono conformi a determinati parametri di riferimento standardizzati a livello dell'UE.

Il quadro per una intelligenza artificiale affidabile è completato dall'individuazione di alcuni requisiti dei sistemi di IA. Oltre alla *human oversight*, della quale si è detto, della non discriminazione e dell'*accountability* alle quali saranno dedicati specifici paragrafi, preme ora soffermarsi sulla robustezza tecnica, sulla sicurezza e sulla trasparenza, al fine di verificare il significato che questi termini assumono con riferimento ai sistemi di IA.

La robustezza è intesa come capacità dei sistemi di IA di essere resilienti sia agli attacchi palesi, sia a tentativi più subdoli di manipolazione dei dati o degli algoritmi, e di garantire l'esistenza di un piano di emergenza in caso di problemi, errori o incongruenza [46].

---

[45] L. FLORIDI, *Translating Principles into Practices,* cit., p. 188; B. WAGNER, *Ethics as an Escape from Regulation,* cit., p. 1, ove si afferma che «a strange confusion among technology policy makers can be witnessed at present. While almost all are able to agree on the common chorus of voices chanting 'something must be done,' it is very difficult to identify what exactly must be done and how. In this confused environment it is perhaps unsurprising that the idea of 'ethics' is presented as a concrete policy option. Striving for ethics and ethical decision-making it is argued, will make technologies better. While this may be true in many cases, much of the debate about ethics seems increasingly focussed on private companies avoiding regulation. Unable or unwilling to properly provide regulatory solutions, ethics is seen as the 'easy' or 'soft' option which can help structure and give meaning to existing self-regulatory initiatives. In this world, 'ethics' is the new 'industry self-regulation». F.J. ZUIDERVEEN BORGESIUS, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms,* cit., p. 12 afferma che «many self-regulatory AI principles are rather vague and fail to give detailed guidance. Wagner warns for 'ethics washing' in the context of AI. He cautions that firms may see ethics 'as the "easy" or "soft" option'. Indeed, self-regulation should not distract legislators from the possible necessity of new laws could be improved».

[46] COM (2019) 168 final, cit., p. 6. Si veda anche COM (2020) 65 final, cit., p. 20 ove la robustezza dei sistemi di IA è legata a: 1) *Requirements ensuring that the AI systems are robust and accurate, or at least correctly reflect their level of accuracy, during all life cycle phases*; 2) *Requirements ensuring that outcomes are reproducible*; 3) *Requirements ensuring that AI systems can adequately deal with errors or in-*

La sicurezza attiene, invece, alla verificabilità del modo di operare dei sistemi di IA, tenuto conto della necessità di garantire l'integrità fisica e mentale di tutte le persone coinvolte. Utili potrebbero essere prescrizioni per la tenuta di registri relativi alla programmazione dell'algoritmo e ai dati utilizzati per addestrarlo, in modo da poter risalire alle decisioni dei sistemi di IA e di verificarle [47].

La trasparenza è intesa, invece, come spiegabilità del processo decisionale degli algoritmi. I diversi portatori di interessi coinvolti devono essere in grado di rendersi conto delle capacità e dei limiti del sistema di IA che, inoltre, devono essere identificabili come tali, così che gli utenti sappiano che stanno interagendo con un sistema di IA e possano individuare le persone che ne sono responsabili [48]. I dispositivi, in altri termini, devono essere in grado di offrire agli individui informazioni sulla logica alla base degli algoritmi utilizzati per prendere decisioni. Si fa riferimento al cd. "*duty of explanation*" finalizzato a rendere comprensibili non solo i criteri decisionali degli agenti algoritmici basati sull'intelligenza artificiale, ma anche i loro scopi e obiettivi [49]. Su questo la dottrina è abbastanza scettica. È stato notato, infatti, che «even when assuming that people have a right to explanation regarding algorithmic decisions, it is often difficult, if not impossible, to explain the logic behind a decision, when an algorithmic system arrives at that decision after analysing large amounts of data. Moreover, in some circumstances, an explanation might not be of much help to people» [50].

Tra l'altro, i sistemi di IA sono in costante evoluzione e agiscono in un ambiente dinamico, così che la realizzazione di un'IA affidabile è un processo continuo che pone numerose difficoltà [51], a fronte delle quali i requisiti indicati dovrebbero poter almeno essere "tradotti" in specifiche procedure e regole che il sistema deve sempre seguire e in

---

consistencies during all life cycle phases. 4) *Requirements ensuring that AI systems are resilient against both overt attacks and more subtle attempts to manipulate data or algorithms themselves, and that mitigating measures are taken in such cases.*

[47] COM (2020) 65 final, cit., p. 22.

[48] COM (2019) 168 final, cit., p. 7.

[49] Cfr. "*Call for AI Ethics",* cit., p. 4.

[50] F.J. ZUIDERVEEN BORGESIUS, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms,* cit., p. 9.

[51] In particolare, il Gruppo di esperti ha specificato che i sistemi di IA sono valutati secondo la prospettiva teorica del ciclo "percezione/pianificazione/azione". Perché questa architettura garantisca un'IA affidabile è necessario integrare i requisiti in tutte e tre le fasi del ciclo: i) nella fase di "percezione" si dovrebbe sviluppare il sistema in modo tale che riconosca tutti gli elementi ambientali indispensabili a garantire l'aderenza ai requisiti; ii) nella fase di "pianificazione" il sistema dovrebbe considerare solo i piani che aderiscono ai requisiti; iii) nella fase di "azione", le azioni del sistema dovrebbero essere limitate ai comportamenti che realizzano i requisiti".

determinati comportamenti o stati cui il sistema non deve mai trasgredire. L'adozione di tali requisiti, inoltre, deve essere proporzionata al contesto specifico in cui si applicano e all'impatto che possono avere. Basti pensare che un'applicazione di IA che suggerisce di leggere un libro non adatto comporta molti meno rischi rispetto a una che sbaglia una diagnosi di tumore e che, pertanto, non può non essere sottoposta a una vigilanza più rigorosa [52].

Un rischio molto alto, legato ai sistemi di IA, è che possano avere effetti discriminatori nei diversi ambiti di applicazione. A questi aspetti sono dedicate le osservazioni che seguono.

4. – Le distorsioni e le discriminazioni rappresentano un rischio intrinseco di qualunque attività sociale od economica. Anche il processo decisionale umano non è immune da errori e distorsioni, ma quando queste distorsioni nascono da sistemi di IA, gli effetti possono essere di dimensioni e di impatto incredibilmente maggiore [53].

Gli esiti discriminatori di un processo decisionale algoritmico possono derivare da più fattori e, in particolare, non solo da difetti nella progettazione originale, ma anche dal modo nel quale il sistema di IA "apprende" nel corso del suo funzionamento, generando risultati e rischi non sempre evitabili o individuabili in fase di progettazione [54].

---

[52] COM (2019) 168 final, cit., p. 5. Cfr. B. WAGNER, *Ethics as an Escape from Regulation,* cit., p.1 e ss.; si vedano, A. JABŁONOWSKA, M. KUZIEMSKI, A.M. NOWAK, H.W. MICKLITZ, P. PAŁKA, G. SARTOR *Consumer law and artificial intelligence: challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business'use of artificial intelligence: final report of the ARTSY project*, in *EUI Law*, 2018, p. 17, ove si afferma che «there is not one AI problem, and there will be not one solution to challenges posed by AI. On the contrary, the response will be different across the sectors, both regarding the substance and form of the potential regulatory response».

[53] Cfr. F.J. ZUIDERVEEN BORGESIUS, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms,* cit., p. 2. *Ivi* l'A. afferma che sebbene il processo decisionale algoritmico possa sembrare razionale, neutrale e imparziale, può portare a ingiuste discriminazioni e, pertanto, occorre porsi due domanda fondamentali, e cioè: «(i) Which legal protection against algorithmic discrimination exists in Europe, and what are its limitations? (ii) How could that legal protection be improved?». Sul punto si rimanda anche a P. HACKER, *Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1143; S. WACHTER, *Affinity Profiling and Discrimination by Association in Online Behavioural Advertising*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2020, *https://doi.org/10.2139/ssrn.3388639.*

[54] Cfr. COM(2020) 65 final, cit., p. 13. *Ivi* si legge che alcuni algoritmi dell'IA, se usati per prevedere il rischio di recidiva di atti delittuosi, possono riflettere distorsioni legate alla razza e al genere, prevedendo probabilità di rischio di recidiva diverse per le donne rispetto agli uomini, oppure per i cittadini di un determinato paese rispetto agli stranieri. Sul punto si rimanda a S. TOLAN, M. MIRON, E. GOMEZ e C.

Per le prestazioni dei sistemi di IA è fondamentale la qualità dei *set* di dati utilizzati [55] che, infatti, deve essere sufficientemente ampio e rappresentativo di dimensioni di genere, etnia e altri possibili motivi di discriminazione vietata [56]. Dovrebbero, cioè, essere rappresentati tutti i bisogni interessati dall'intelligenza artificiale, al fine non solo di garantire che nessuno sia escluso, ma anche di espandere quelle aree di libertà che potrebbero essere minacciate dal condizionamento algoritmico [57]. Non è, però, questa una cosa da poco e facilmente realizzabile, tanto più in assenza di meccanismi di controllo sociale.

Quando si raccolgono dati, questi possono riflettere condizionamenti di tipo sociale o contenere inesattezze, errori e vizi materiali. Questo aspetto deve essere risolto prima di utilizzare una qualsiasi *set* di dati per addestrare un sistema di IA [58]. È già, dunque, nella fase di individuazione dei cd. "*training data"*, ossia dei dati di addestramento che occor-

---

CASTILLO, *Why Machine Learning May Lead to Unfairness: Evidence from Risk Assessment for Juvenile Justice in Catalonia,* in *Best Paper Award, International Conference on AI and Law,* 2019. Alcuni programmi di IA per l'analisi facciale riflettono distorsioni legate al genere e alla razza, in quanto identificano con maggiore facilità il genere degli uomini di carnagione chiara mentre commettono più errori nel determinare il genere delle donne di pelle più scura. In argomento si vedano J. BUOLAMWINI, T. GEBRU, *Proceedings of the 1st Conference on Fairness, Accountability and Transparency (Atti della 1ª conferenza sull'equità, sulla responsabilità e sulla trasparenza),* in *Proceedings of Machine Learning Research,* vol. 81, 2018, p. 77.

[55] Si vedano N. SCHMIDT, B.E. STEPHENS, *An Introduction to Artificial Intelligence and Solutions to the Problems of Algorithmic Discrimination,* in *ArXiv,* 2019, p. 144, ove si afferma che «recognizing the existence and nature of algorithmic bias, as well as the risks associated with reliance on newly available data, is a necessary step to designing and implementing approaches to ensure that these algorithmic decision-making processes are as fair as possible. Unlawful bias arising from the use of algorithms can be evaluated and mitigated, but doing so requires a deep understanding of these new methods, data, and the contexts and domains in which they are being used».

[56] Cfr. COM (2020) 65 final, cit., p. 21. Si vedano anche le *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence* dell'8 Aprile 2019, cit., p. 24, ove si legge che «i *set* di dati utilizzati dai sistemi di IA (sia per l'addestramento che per il funzionamento) possono subire l'influenza di distorsioni storiche non intenzionali, dell'incompletezza e di modelli di cattiva *governance*. Se tali distorsioni permangono, determinati gruppi o persone potrebbero essere involontariamente oggetto di pregiudizi e discriminazioni dirette e indirette e ciò potrebbe aggravare il pregiudizio e l'emarginazione. Il danno può anche derivare dallo sfruttamento intenzionale di distorsioni (del consumatore) o dal praticare una concorrenza sleale, con mezzi quali l'omogeneizzazione dei prezzi tramite la collusione o un mercato non trasparente. Le distorsioni identificabili e discriminatorie dovrebbero essere eliminate, se possibile, nella fase di raccolta. Anche il modo in cui vengono sviluppati i sistemi di IA (ad esempio, la programmazione degli algoritmi) può subire l'influenza delle distorsioni inique. La soluzione a tal riguardo potrebbe risiedere nell'attuazione di processi di sorveglianza per analizzare e affrontare in modo chiaro e trasparente le finalità, i vincoli, i requisiti e le decisioni del sistema. L'assunzione di personale proveniente da contesti, culture e discipline diverse inoltre può garantire la diversità di opinioni e dovrebbe essere incoraggiata».

[57] Cfr. "*Call for AI Ethics*", cit., p. 3.

[58] COM (2019) 168 final, p. 6.

rono misure necessarie per garantire che siano rispettati i valori e le norme dell'UE [59].

Per esempio si sono riscontrati sistemi di IA discriminatori, non perché il sistema fosse di per sé "cattivo" ma perché ereditava comportamenti sbagliati che poi ripeteva. Si pensi all'uso di un'IA per la selezione del personale di un'azienda. Se il sistema si basa «prevalentemente su dati del passato ("negli ultimi 20 anni sono stati assunti solo dirigenti maschi sopra i 40 anni") può giungere a selezionare in maniera distorta i candidati (ossia, nell'esempio, l'IA selezionerà i *curricula* scartando tutte le donne e tutti coloro che hanno meno di 40 anni, a prescindere dalle loro competenze)» [60].

Si tratta dei rischi di una "eccessiva selettività" alla quale si affianca il fatto che l'IA, lavorando per obiettivi, non ha la sensibilità per gestire eventi e casi "extra" ordinari rispetto a quelli già contemplati dal sistema [61].

A rendere ancor più preoccupante la situazione è, oltre al maggior impatto che può avere una decisione elaborata da sistemi di intelligenza artificiale, l'opacità del processo decisionale algoritmico che può rendere più difficile scoprire la discriminazione stessa e la sua causa [62], specie quando si tratti di discriminazioni indirette.

Supponiamo che qualcuno faccia domanda per un prestito sul sito *Web* di una banca che usa un sistema algoritmico per decidere su tali richieste. Se la banca nega automaticamente il prestito sul suo sito *Web*, difficilmente il cliente riuscirà a capire come il sistema arrivi alle decisioni e, dunque, gli risulterà difficile scoprire se l'algoritmo è discriminatorio. I sistemi algoritmici sono spesso "scatole nere", per diversi motivi. Perfino gli esperti che hanno costruito un sistema algoritmico potrebbero non sapere come lo stesso si comporterà quando utilizza nella pratica i dati dei quali si alimenta [63].

I sistemi di intelligenza artificiale hanno, inoltre, due limiti che, in particolare sui di-

---

[59] COM (2020) 65 final, cit., p. 21.

[60] S. IANNITI, B. ORSINI, *Intelligenza artificiale e i principi di non discriminazione nei contratti assicurativi,* 2020, in *https://www.insuranceup.it*.

[61] Cfr. S. IANNITI, B. ORSINI, *Intelligenza artificiale e i principi di non discriminazione,* cit. *Ivi* si fa l'esempio del cliente che non ricade nel *target market* positivo: l'intermediario avrebbe comunque la possibilità di vendere il prodotto, assicurandosi che comunque (i) il cliente non ricada nel target market negativo e (ii) il prodotto soddisfi comunque le esigenze assicurative del cliente. Una distribuzione assicurativa totalmente automatizzata, che non sia in grado di compiere questa analisi di secondo livello, potrebbe difatti scartare *tout court* il cliente dal paniere in quanto *extra target market* positivo e si limiterebbe a non permettergli di acquistare il prodotto.

[62] Cfr. COM (2020) 65 final, cit., p. 15. Sul punto si veda J. BURRELL, *How the Machine 'Thinks': Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, p. 1.

[63] F.J. ZUIDERVEEN BORGESIUS, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms,* cit., p. 6.

ritti fondamentali delle persone, possono avere un impatto particolarmente negativo, e cioè: «first, the logical rules in the systems did not always fit the messy reality of the world. In real life, things are not true or false, but have grades of truth: a person is not either old or not old, but oldness increases gradually with age. Second, experts had to provide the knowledge to put into the systems. That process costs a lot of time and money. With machine learning, the knowledge in the system does not have to be provided by experts. In contrast, machine learning systems are set a task and given a large amount of data to use as examples of how this task can be achieved or from which to detect patterns. The system then learns how best to achieve the desired output» [64].

In che modo, dunque, è possibile avere risultati concreti dal punto di vista della tutela dalla non discriminazione algoritmica?

Una prima importante considerazione poggia su un'osservazione di fatto: i sistemi discriminano perché riproducono discriminazioni da parte degli esseri umani. Questa constatazione può essere utilizzata per raggiungere un risultato positivo. Il processo decisionale algoritmico può anche essere usato per combattere la discriminazione, nella misura nella quale aiuta ad individuare delle discriminazioni che, altrimenti, potrebbero essere latenti. Un esempio può servire a chiarire. Supponiamo che un sistema algoritmico mostri che una raccolta di foto d'archivio contiene stereotipi di genere, «one interpretation is that the algorithmic system illustrates stereotyped behaviour that already exists. Hence, an algorithmic system could help to discover existing discrimination that would otherwise have remained hidden» [65].

Risultati concreti, sul versante della tutela dalla discriminazione algoritmica, possono aversi investendo sull'educazione e l'istruzione anche dei soggetti più vulnerabili, attraverso metodi accessibili a tutti e che possano offrire uguaglianza di opportunità, nella consapevolezza, però, che la non discriminazione non è riducibile alla parità di trattamento [66]. Non si tratta, cioè, solo di sviluppare competenze digitali, ma anche di sensibilizzare sulle opportunità e sulle possibili questioni critiche poste dall'intelligenza artificiale dal punto di vista dell'inclusione sociale e del rispetto della dignità individuale [67].

---

[64] È quanto si legge nel *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making. Study by Prof. Frederik Zuiderveen Borgesius*, 2019, p. 9.

[65] In questi termini F.J. ZUIDERVEEN BORGESIUS, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms,* cit., p. 5.

[66] Sul punto si rinvia all'insegnamento di A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 2009, p. 207 e ss. Cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale,* Napoli, 2013; S. TOMMASI, *La non discriminazione nel DCFR,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 2011, p. 119 e ss.

[67] Numerosi gli studi promossi sul tema dell'incidenza dell'IA sui diritti umani. In particolare si ve-

L'educazione inclusiva significa usare l'IA per supportare e integrare ogni persona, offrendo aiuto e opportunità per la partecipazione sociale. Le nuove tecnologie, per esempio, possono rivelarsi estremamente utili nell'aiutare le persone con disabilità a imparare e diventare più indipendenti [68]. Particolare attenzione a tali profili emerge dalla direttiva 2019/882 sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi, ove ci si pone l'obiettivo di creare le condizioni per una società più inclusiva che faciliti la vita indipendente delle persone con disabilità [69].

L'IA aumenta inoltre le possibilità di seguire e analizzare le abitudini quotidiane delle persone. Vi è ad esempio il rischio potenziale che l'IA venga utilizzata a fini di sorveglianza di massa, oppure dai datori di lavoro per osservare il comportamento dei loro dipendenti. Poiché permette di analizzare grandi quantità di dati e di individuare collegamenti tra di essi, l'IA può essere usata anche per ricostruire e deanonimizzare dati riguardanti le persone, il che implica nuovi rischi per la protezione dei dati personali, anche in relazione a *set* di dati che di per sé non contengono informazioni personali [70].

Da queste premesse emerge che, per la difesa delle persone contro la discriminazione algoritmica, gli strumenti giuridici più rilevanti sono, non solo le norme sulla non discriminazione, ma anche quelle sulla protezione dei dati [71].

Siamo esposti a rischi che spesso nemmeno percepiamo e legati, per esempio, a meccanismi discriminatori insiti nella elaborazione di dati statistici che riguardano i luoghi dove abitiamo o i negozi che frequentiamo o lo sfruttamento algoritmico del nostro

---

dano*Recommendation of the Council on Artificial Intelligenc*e del 22 maggio 2019, pubblicato *dall'Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD*), in *https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449*; il *Draft Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic s*ystems, Giugno 2019, in *https://rm.coe.int/draft-recommendation-of-the-committee-of-ministers-to-stateson-the-hu/168095eecf*; le *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence* dell'8 Aprile 2019, cit.

[68] Cfr. "*Call for AI Ethics*", cit., p. 5.

[69] Si veda il Considerando 25) della direttiva (UE) 2019/882, sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi.

[70] È quanto si legge in COM (2020) 65 fina, p. 13.

[71] Sulla profilazione delle persone e sulle sue conseguenze in termini di possibili discriminazioni che influenzano opportunità cruciali, come la capacità di ottenere credito, assicurazione, istruzione, lavoro o persino cure mediche, si veda A. DROZDZ, *Protection of Natural Persons with Regard to Automated Individual Decision-Making in the GDPR,* Netherlands*,* 2020; Per uno studio dal quale emerge che nessuna delle politiche sulla *privacy* analizzate soddisfa i requisiti del GDPR, si rimanda a G. CONTISSA, K. DOCTER, F. LAGIOIA, M. LIPPI, H.W. MICKLITZ, P. PRZEMYSLA, G. SARTOR, P. TORRONI, *CLAUDETTE meets GDPR: automating the evaluation of privacy policies using Artificial Intelligence*, in *European Consumer Organisation (BEUC) Study Report, 2018 Retrieved from Cadmus, European University Institute Research Repository,* in *http://hdl.handle.net/1814/60795.*

comportamento in veste di consumatori [72]. C'è il rischio di rimanere "bloccati" nei propri profili e che si differenzino i prezzi in base ad una profilazione dalla quale risulti la disponibilità del consumatore a pagare, ma anche la sua vulnerabilità [73].

Ad essere elaborati sono spesso dati e informazioni che recano le caratteristiche di un soggetto e permettono di identificarlo e di farne una rappresentazione *on line* [74]. Quella digitale diventa allora la più esposta e vulnerabile delle proiezioni della persona [75], anche in considerazione della scarsa consapevolezza delle conseguenze, da parte del soggetto, sia della elaborazione di dati che lo riguardano, sia della potenzialità lesiva della cd. memoria digitale [76], cioè delle informazioni magari ormai superate e non aggiornate, o anche inesatte, che rimangono comunque reperibili in Rete [77].

La libera costruzione della propria identità è continuamente esposto all'interferenza delle nuove tecnologie e l'io finisce per essere frammentato, a sua insaputa, in una mol-

---

[72] Sul punto si veda *Consumer Protection Implications of Algorithms, Artificial Intelligence, and Predictive Analytics*, Fed. Trade Comm'n (Nov. 13, 2018), in *https://www.ftc.gov/news-events/audio-video/audio/consumer-protection-implicationsalgorithms-artificial-intelligence*.

[73] Sul punto si rimanda a O. BAR-GILL, *Algorithmic Price Discrimination When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions*, in *University of Chicago Law Review*, 2019, p. 217.

[74] Cfr. la proposta di Risoluzione del Parlamento europeo sui processi decisionali automatizzati, cit., ove si legge che sarebbe opportuno imporre «ai professionisti di informare i consumatori quando i prezzi dei beni o dei servizi sono stati personalizzati sulla base di processi decisionali automatizzati e di profilazione del comportamento dei consumatori che permettono ai professionisti di valutare il potere d'acquisto dei singoli consumatori».

[75] Cfr. M. TAMPIERI, *L'identità personale: il nostro documento esistenziale*, in *Europa e Diritto Privato*, 2019, p. 1195. G. ALPA, *Tecnologie e diritto privato*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 2018, p. 276, afferma che «la rivoluzione digitale e soprattutto la tecnologia informatica hanno cambiato la nozione di soggetto, non tanto nella sua qualità di titolare di diritti e doveri, quanto piuttosto nel modo di rappresentarlo, di tradurlo in termini giuridici. Oggi la persona presenta connotazioni nuove ed appare come un complesso di dati tradotti in algoritmi».

[76] Su questi aspetti si rimanda a G. RESTA *Identità personale e identità digitale,* in *Dir. informatica*, 2007, p. 511, ove si specifica che qualsiasi discorso sull'identità digitale deve toccare necessariamente due aspetti: quello della tutela dell'*identità* personale in rete (specie nei suoi profili reputazionali) e quello delle tecniche di *identificazione* del soggetto a mezzo di strumenti informatici.

[77] Si vedano *Court of Justice of the European Union*, 24 September 2019, C-507/17, *Google v Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)* e *Court of Justice of the European Union*, 3 October 2019, C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland*, per un commento alle quali si rimanda a G. DE GREGORIO, *Google v. CNIL and Glawischnig– Piesczek v. Facebook: content and data in the algorithmic society,* in *Rivista diritto dei media,* 2020, p. 249. Sulla necessità di tutelare il consumatore che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un *social network*, si veda Tar Lazio, Sez. I, sentenza n. 261 del 18 dicembre 2019 – 10 gennaio 2020, n. 261. Per un primo commento a questa sentenza si veda M. GIANNINI, *Dati personali e valore economico – il Tar Lazio conferma l'importante provvedimento dell'Antitrust nel caso Facebook* in *Persona e mercato, Osservatorio OGID,* 2020, p. 7.

teplicità di banche dati [78]. Si ha «una raffigurazione parziale e potenzialmente pregiudizievole della persona, la quale verrebbe così ridotta alla mera sommatoria delle sue proiezioni elettroniche» [79].

Le persone saranno sempre più soggette ad azioni realizzate e a decisioni prese da sistemi di IA o con la loro assistenza [80] ed esposte al rischio di essere sovraccaricate di sollecitazioni artificiali. A questi profili dedica una particolare attenzione il cd. *Shaping europe's Digital Future*, approvato dalla Commissione europea il 19 febbraio 2020 [81], ove si prevedono gli obiettivi chiave sui quali la Commissione si concentrerà nei prossimi cinque anni per aiutare l'Europa a perseguire la propria strada verso una trasformazione digitale a beneficio delle persone e si auspica, in particolare, il raggiungimento di *balance between online and offline commerce*, facendo sì che le regole che si applicano *offline* valgano anche *online*.

Si occupa del processo decisione automatizzato, anche al fine di proteggere le persone dalla discriminazione, l'art. 22 del Regolamento generale sulla protezione dei dati (UE/2016/679), cd. GDPR [82]. In linea di principio, tale norma vieta determinate decisioni

---

[78] G. RESTA, *Identità personale*, cit., p. 518.

[79] G. RESTA, *Identità personale,* cit., p. 518 e ss. L'identità, afferma l'A., p. 524 «non viene più vista come dato preesistente (ossia come proiezione esterna di un patrimonio individuale già delineato nelle sue caratteristiche distintive), bensì come processo, costantemente in atto, aperto ad una pluralità di esiti e capillare e pervasiva, delle varie forme di potere sociale. Rispetto a tale processo l'ordinamento non si limita più ad una posizione di astensione e non interferenza − come predicato dalla lettura liberale classica dei diritti fondamentali − ma esercita un ruolo attivo di supervisione e controllo, con l'obiettivo di restituire il più possibile all'individuo la capacità di perseguire politiche dell'identità personale liberamente definite, sottraendolo al rischio della normalizzazione».

[80] Diventa ancora più attuale l'insegnamento in base al quale occorre una strategia istituzionale che metta tutti e ciascuno in condizione d'esercitare concretamente la propria autonomia. Il riferimento è a S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, II ed., Roma-Bari, 2004, spec. p. 22-23.

[81] Si tratta di COM (2020) 67 final, in *www.ec.europa.eu*. *Ivi*, p. 5 ci si propone di realizzare una nuova agenda per i consumatori "che consentirà ai consumatori di fare scelte informate e giocare un ruolo attivo nella trasformazione digitale", mettendoli in condizione di fidarsi dei prodotti e dei servizi digitali tanto quanto farebbero con qualsiasi altro prodotto e garantendo che il ruolo sistemico di alcune piattaforme *online* e il potere di mercato che acquisiscono non metta in pericolo l'equità del mercato. Particolare attenzione si pone anche per i «new digital business models – such as "free" services that users access while providing their data – and their implications for competitive constraints» e si aggiunge che «the ongoing fitness check of the Commission's 2014 Important Projects of Common European Interest (IPCEI) Communication is designed to assess whether an update is necessary to further clarify the conditions under which major Member State-led projects in key, strategic sectors for the digital and green future of Europe can proceed effectively».

[82] Cfr. I. MENDOZA, L.A. BYGRAVE, *The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling*, in T. SYNODINOU, P. JOUGLEUX, C. MARKOU e T. PRASTITOU (a cura di), *EU Internet*

completamente automatizzate con effetti significativi. Si legge, infatti, al primo comma, che «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona» [83].

La norma non è esente da critiche. A parte il dibattitto sulla possibilità e l'utilità della *legibility* del procedimento algoritmico [84], è stata evidenziata la minore tutela offerta dall'art. 22 GDPR rispetto all'art. 9 del *Data Protection Convention 108,* che non limita, ad una decisione basate unicamente sul trattamento automatizzato, il diritto «to obtain, on request, knowledge of the reasoning underlying data processing where the results of such processing are applied to him or her» [85].

Il dato è di particolare rilievo proprio con riferimento alla tutela dalla non discriminazione in quanto i rischi di discriminazione sono simili, sia per le decisioni totalmente automatizzate, sia per quelle che lo sono solo in parte, e questo a causa del cd. "pregiudizio dell'automazione" o "*automation bias*" e della tendenza umana a farsi influenzare dalla decisione "algoritmicamente preparata" [86].

Law, Cham, 2017, p. 77. *Ivi*, in particolare, viene svolta un'analisi critica dell'art. 22 del Regolamento generale sulla protezione dei dati dell'Unione Europea del 2016, nel confronto con l'art. 15 della Direttiva sulla protezione dei dati del 1995. L'articolo 22 impone limiti nel prendere decisioni completamente automatizzate basate sulla profilazione quando tali decisioni comportano effetti giuridici o conseguenze altrettanto significative per le persone a loro soggette e, secondo gli A., pur offrendo alle persone una protezione più forte rispetto all'art. 15 della direttiva del 1995, è dubbio che possa avere un impatto pratico significativo sulla profilazione automatizzata.

[83] Il divieto di decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato non è assoluto, ci sono delle eccezioni, specificate al comma 2 dell'art. 22, ossia qualora tale decisione a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato.

[84] Su dibattitto innescato dall'art. 22 del GDPR riguardo la spiegabilità delle decisioni algoritmiche, si vedano G. MALGIERI e G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, p. 243.

[85] M. VEALE e L. EDWARDS, *Clarity, Surprises, and Further Questions in the Article 29 Working Party Draft Guidance on Automated Decision-Making and Profiling*', in *Computer Law & Security Review,* 2018, p. 398. Cfr. F.J. ZUIDERVEEN BORGESIUS, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms,* cit., p. 11; E. PELLECCHIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Leggi civ. comm.*, 2018, p. 1224; F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione,* Torino, 2018.

[86] Cfr. I.J. SKITKA, K.L. MOSIER, M. BURDICK, *Does automation bias decision-making?,* in *International Journal of Human-Computer Studies,* 1999, p. 991. Agli autori si rimanda per l'analisi di alcuni sistemi computerizzati di supporto e aiuto alle decisioni umane in alcuni contesti comuni, nel confronto con decisioni non supportate.

Il percorso che porta alla tutela dalla non discriminazione algoritmica sembra, dunque, ancora, molto lungo.

5. – Nell'uso dei sistemi di IA si riscontrano sia nuovi rischi, sia l'esponenziale proliferare di rischi tradizionali in settori delicatissimi della vita delle persone.

Diventa evidente, allora, la centralità dei problemi connessi ai risultati dell'attività di un algoritmo ed alle conseguenti responsabilità. Esistono essenzialmente tre modi per affrontare i dubbi legati alla responsabilità nei casi di utilizzo di dispositivi di AI. La soluzione più semplice sarebbe «AI-enabled devices can be treated as property and therefore be the responsibility of their users, owners, or manufacturers» [87]. Ciò, non è, comunque, senza difficoltà, in quanto occorre interrogarsi su «how to apportion liability among the manufacturer, programmer and trainer of the AI» [88]; cosa non facile nella pratica se solo si pensa alla impossibilità, spesso, di tracciare le fonti dei dati utilizzate da un algoritmo o alla circostanza che spesso i dati sono forniti da più soggetti o da terze parti indipendenti, molte delle quali derivate da altri dispositivi AI. La seconda opzione è che i sistemi di IA potrebbero essere trattati come entità semi-autonome, un pò come previsto per i soggetti che hanno una limitata capacità di agire; la terza è di considerare i dispositivi di intelligenza artificiale come entità autonome [89]. Quest'ultima opzione presuppone che si sia d'accordo nel ritenere che i dispositivi di intelligenza artificiale possano essere «"beings" deserving of independent legal status» [90], sol perché sono entità capaci di condurre analisi probabilistiche.

Il dato, come abbiamo visto, non è così scontato [91]. D'altronde per attribuire la respon-

---

[87] I. GIUFFRIDA, F. LEDERER e N. VERMERYS, *A Legal Perspective on the Trials and Tribulations of AI,* cit., p. 763.

[88] I. GIUFFRIDA, F. LEDERER e N. VERMERYS, *A Legal Perspective on the Trials and Tribulations of AI,* cit., p. 764.

I. GIUFFRIDA, F. LEDERER e N. VERMERYS, *A Legal Perspective on the Trials and Tribulations of AI,* cit., p. 763.

[90] I. GIUFFRIDA, F. LEDERER e N. VERMERYS, *A Legal Perspective on the Trials and Tribulations of AI,* cit., p. 765.

[91] Per un quadro delle diverse tesi sul punto, con riferimento specifico alle ricadute sul tema della responsabilità, cfr. A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2016, p. 321 e ss.; A. SANTOSUOSSO, C. BOSCARATO, F. CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2012, p. 494 e ss.; E. PALMERINI, A. BERTOLINI, *Liability and risk management in robotics*, in R. SCHULZE e D. STAUDENMAYER (a cura di), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, Baden, 2016, p. 239 e ss.

sabilità, anche agli essere umani, non basta certo "l'intelligenza" e, quindi, «"intelligence" is not enough for personhood, at least in most jurisdictions. Rather, the test for capacity is that of reason; a person has to be endowed with reason to be held civilly or criminally liable, to enter into a contract, or to exercise other forms of legal autonomy» [92].

La non riconducibilità del danno al sistema di intelligenza artificiale, che deve, comunque, essere in grado di eseguire gli ordini umani, sembra la direzione nella quale muove la *Proposition de loi constitutionnelle relative à la Charte de l'intelligence artificielle et des algorithmes*, depositata in Francia il 15 gennaio 2020. Il secondo articolo di questa proposta prevede, infatti, che «ne peut porter atteinte à un être ou un groupe d'êtres humains, ni, en restant passif, permettre qu'un être ou un groupe d'êtres humains soit exposé au danger; doit obéir aux ordres qui lui sont donnés par un être humain, sauf si de tels ordres entrent en conflit avec le point précédent; – doit protéger son existence tant que cette protection n'entre pas en conflit avec les deux points précédents». Il dato è particolarmente interessante anche perché, coerentemente, muove in direzione opposta alla riconoscibilità della personalità giuridica ai sistemi di Intelligenza artificiale; possibilità in direzione della quale sembrava muoversi invece la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica [93].

---

[92] Cfr. I. GIUFFRIDA, F. LEDERER e N. VERMERYS, *A Legal Perspective on the Trials and Tribulations of AI,* cit., p. 766. *Ivi* si afferma che «that intelligence is no more than the capacity to conduct probabilistic analysis and that intelligence is perceived as the main criteria to stablish legal capacity». *Ivi* si aggiunge che «as Erich Fromm put it: Reason is man's faculty for grasping the world by thought, in contradiction to intelligence, which is man's ability to manipulate the world with the help of thought. Reason is man's strument for arriving at the truth, intelligence is man's instrument for manipulating the world more successfully; the former is essentially human, the latter belongs to the animal part of man. Whether or not one agrees with Fromm's postulate, it remains undeniable that reason and intelligence are intrinsically linked and that true "intelligence," for lack of a better word, is more than computing capacities, no matter how sophisticated. A case in point: individuals suffering from savant syndrome. Brought to public consciousness through Dustin Hoffman's character in the 1988 film "Rain Man" savant syndrome "is a rare, but extraordinary, condition in which persons with serious mental disabilities, including autistic disorder, have some 'island of genius' which stands in marked, incongruous contrast to overall handicap." Individuals afflicted with this condition will often display impressive calculating abilities, yet can still be considered legally incompetent».

[93] Sul punto si veda D. IMBRUGLIA, *Intelligenza Artificiale e Costituzione francese,* in *Persona e Mercato, Osservatorio OGID,* 2020, p. 8. Sulla Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica si rimanda a L. DI DONNA, *Diritto e tecnologia. Il contratto ai tempi dell'intelligenza artificiale*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), Liber amicorum *Guido Alpa*, cit., p. 235 e ss.; A. AMIDEI, *Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive evolutive del quadro normativo europeo,* in U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale,* cit., p. 63 e ss.

Ciò posto, anche se esiste un vasto *corpus* di norme europee in materia di sicurezza dei prodotti e di responsabilità per danno da prodotti difettosi che, in linea di principio è pienamente applicabile anche all'IA [94], è importante valutare entro quali limiti tale normativa possa essere adeguatamente applicata per far fronte ai rischi specifici derivanti dai sistemi di IA [95], anche in considerazione del fatto che, tradizionalmente, i nostri sistemi legali tendono ad essere reattivi e non proattivi [96]. Tipi diversi di rischi dovrebbero essere oggetto di tipi diversi di controlli. Potrebbe non bastare, dunque, una disciplina generale, occorrendo anche delle specifiche disposizioni nei diversi settori [97], così da ga-

---

[94] Il quadro vigente in materia di sicurezza e di responsabilità in relazione a prodotti e ai servizi è ricostruito in COM (2020) 42 final.

[95] Cfr. COM (2020) 65 final, cit., p. 15. Si veda, altresì, Com (2018) 237 final, cit., p. 2, ove si legge che «the liability framework that is currently existing in the European Union – as will be described further in this document – is a stable framework that incites investment, innovation and risk-taking. Nevertheless, a reflection on future needs and developments is needed, not only from the perspective of the victim i.e. in order to ensure equitable remedies, compensation and allocation of responsibility, but also from the perspective of the innovators and companies operating in the EU as legal certainty is a key element for good business development». Su tali problematiche cfr. C. DE MEEUS, *The Product Liability Directive at the Age of the Digital Industrial Revolution: Fit for Innovation?,* in *Journal of European Consumer and Market Law,* 2019, p. 149 e ss.; G. HOWELLS, C. TWIGG-FLESNER, G. WILLETT, *Protecting the Values of Consumer Law in the Digital Economy: The case of 3D-printing,* in A DE FRANCESCHI, R. SCHULZE, M. GRAZIADEI, O. POLLICINO, F. RIENTE, S. SICA, P. SIRENA (a cura di), *Digital Revolution – Challenges for Law. Data Protection, Artificial Intelligence, Smart Products, Blockchain Technology and Virtual Currencies*, München, 2019, p. 214 e ss. *Ivi*, si propone, un framework «involves: (i) identifying the underpinning values of an area of law; (ii) identifying how these values manifest in specific rules; (iii) asking whether there is a reason to see these values changed by considering whether risks are lesser or greater than before, whether parties are more or less able to look after themselves and whether innovation is seriously threatened by sticking to the traditional values; (iv) if there are good reasons to stick to the traditional values, considering whether the existing specific rules can apply to new circumstances created by the innovations, either with no change or with adaptation or development that does not fundamentally change the legal regime; and (v) if radical regime change is needed to reflect traditional values, finding solutions that are workable and proportionate.

[96] Tre in particolare sono i punti cardine individuati per una legislazione che si adegui alle caratteristiche dell'IA: 1) an AI system must be subject to the full gamut of laws that apply to its human operator; 2) an AI system must clearly disclose that it is not human; 3) n AI system cannot retain or disclose confidential information without explicit approval from the source of that information. In questi termini O. ETZIONI, *How to Regulate Artificial Intelligence*, N.Y. Times, 2017, p. 1, in *www.nytimes.com/2017/09/01/opinion/artificial-intelligence-regulations-rules.html.*

[97] Nel settore dell'attività contrattuale, si ritiene che i sistemi di IA riducano i rischi legati all'esecuzione del contratto, in quanto si viene a creare una situazione simile a quella derivante dalla clausola *solve et repete*. Su queste problematiche si rinvia a D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 2017, 378; T. PELLEGRINI, *Prestazioni auto-esecutive. Smart contract e dintorni*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019, 843 e ss. Più in generale, sull'impatto delle nuove tecnologie nella formazione del contratto, si veda M. DUROVIC, A. JANSSEN, *The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law,* in *European Review of Private Law,* 2018,

rantire la proporzionalità dell'intervento normativo, distinguendo tra le diverse applicazioni di IA, quali siano o meno "ad alto rischio" [98].

Parte della dottrina ritiene che occorre tenere conto dei rischi che derivano dall'uso di strumenti di intelligenza artificiale e chiedersi se rientrino, o meno, nell'ambito dei rischi presupposti, e adeguatamente affrontati, dal regime normativo esistente. In particolare, si è proposto di tenere conto di cinque interrogativi: *1) What rights are you trying to protect? 2) What are the risks that AI poses to these rights? 3) How well does current legislation mitigate those risks? 4) What risks would the application of current legislation to AI cause? 5) What costs and trade-offs does current legislation impose? 1) What rights are you trying to protect?* [99].

Nonostante il quadro giuridico vigente in materia di sicurezza dei prodotti contempli un concetto ampio di sicurezza, non si può dire che siano coperti tutti rischi derivanti dalle tecnologie digitali emergenti [100]. Basti pensare che la normativa generale dell'UE in

---

p. 753. Con riferimento a virtù e limiti delle innovazioni tecnologiche cfr. R. PARDOLESI, A. DAVOLA, «Smart contract»: *lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia,* in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa,* Milano, 2019, p. 297 e ss.

[98] Si veda, per esempio, COM (2020) 65 final, cit., p. 19, ove si specifica che occorre valutare gli interessi in gioco e considerare se il settore interessato e l'uso previsto per tale applicazione implichino rischi significativi, in particolare per quanto concerne la protezione della sicurezza, dei diritti dei consumatori e dei diritti fondamentali. Più specificamente, un'applicazione di IA dovrebbe essere considerata ad alto rischio se soddisfa due criteri cumulativi: 1) l'applicazione di IA è utilizzata in un settore in cui, date le caratteristiche delle attività abitualmente svolte, si possono prevedere rischi significativi; 2) l'applicazione dell'IA nel settore in questione è inoltre utilizzata in modo tale da poter generare rischi significativi. Questo secondo criterio riconosce il fatto che non tutti gli usi dell'A nei settori selezionati comportano necessariamente rischi significativi. Quanto premesso non esclude che si tenga in considerazione che possono esistere anche casi eccezionali in cui, a causa dei rischi in gioco, l'uso di applicazioni di IA per determinati scopi deve essere considerato ad alto rischio di per sé, ossia indipendentemente dal settore interessato. Sul punto si veda, altresì, la Risoluzione del Parlamento europeo sui processi decisionali automatizzati, cit., ove si pone l'accento sulla necessità di un approccio alla regolamentazione basato sul rischio, alla luce dell'eterogeneità e della complessità delle sfide poste dalle diverse tipologie e applicazioni dell'IA e dei sistemi decisionali automatizzati e si invita la Commissione a elaborare un modello di valutazione dei rischi per l'IA e dei processi decisionali automatizzati, al fine di garantire un approccio coerente all'applicazione della normativa sulla sicurezza dei prodotti nel mercato interno.

[99] I. GIUFFRIDA, F. LEDERER e N. VERMERYS, *A Legal Perspective on the Trials and Tribulations of AI,* cit., p. 776.

[100] Il dato emerge chiaramente dalla proposta di Risoluzione del Parlamento europeo sui processi decisionali automatizzati, cit., ove si legge che «occorre esaminare l'attuale quadro giuridico dell'UE, compresi l'*acquis* in materia di diritto dei consumatori, la legislazione in materia di protezione dei dati e la normativa sulla sicurezza dei prodotti e la vigilanza del mercato, nell'ottica di verificare se è in grado di rispondere all'emergere dell'IA e dei processi decisionali automatizzati e di fornire un elevato livello di protezione dei consumatori, come richiesto dall'articolo 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Sul ruolo del regime europeo della responsabilità da prodotto difettoso nella sfida dell'innovazione tecnologica si veda F.P. PATTI, *The european road to autonomousvehicles,* in *Fordham Int. Law J.,* 2019, p. 125 e ss.

materia di sicurezza, per esempio, si applica ai prodotti ma non ai servizi, per cui in linea di principio non si applica nemmeno ai servizi basati sulla tecnologia di IA (ad esempio servizi sanitari, finanziari e di trasporto), anche se non manca a livello europeo una dettagliata normativa in materia di servizi [101] arricchita, di recente, dal Regolamento 2019/1150 relativa ai servizi di intermediazione *online* [102].

Inoltre, se conformemente alla legislazione dell'UE in materia di sicurezza dei prodotti, il *software*, quando è parte del prodotto finale, deve rispettare le norme pertinenti in materia di sicurezza dei prodotto, rimane da stabilire se il *software* indipendente (*stand-alone*) rientri nell'ambito di applicazione della normativa dell'UE in materia di sicurezza dei prodotti, al di là di alcuni settori in cui esistono norme esplicite al riguardo [103]. L'integrazione del *software,* infatti, può modificare il funzionamento dei sistemi di IA durante il loro ciclo di vita e richiedere frequenti aggiornamenti del *software* [104].

---

[101] Nella proposta di Risoluzione del Parlamento europeo sui processi decisionali automatizzati, cit., si evidenzia che il quadro normativo europeo in materia di servizi dovrebbe applicarsi sia ai servizi tradizionali che a quelli che integrano processi decisionali automatizzati e si sottolinea che, sebbene i processi decisionali automatizzati possano migliorare l'efficienza e la precisione dei servizi, gli esseri umani devono sempre essere responsabili, in ultima istanza, delle decisioni prese nell'ambito di servizi professionali quali le professioni mediche, forensi e contabili, e nel settore bancario, nonché essere in grado di revocare tali decisioni, sottolineando l'importanza del controllo o della vigilanza indipendente da parte di professionisti qualificati nel caso di processi decisionali automatizzati dove sono in gioco legittimi interessi pubblici.

[102] Cfr. il *Report of the European Law Institute Model Rules on Online Platforms* dell'*European Law Institute,* in www.europeanlawistitute.eu.

[103] Il tema dei limiti della disciplina europea in tema di prodotti difettosi ad affrontare le problematiche poste dalle nuove tecnologie sono approfonditi in SWD (2018) 137 final, cit., p. 2, ove si legge che «the context of theemerging digital technologies, it may be difficult to identify whether the damage hasbeen caused by the product itself or by other elements interconnected to it in a digital ecosystem. In this respect, it will be necessary to provide for adequate safety levels for all types of products, taking also account of any new risks that may be posed regarding the emerging digital technologies». Cfr. su queste problematiche C. TRIBERTI, M. CASTEKKANI, *L'intelligenza artificiale oltre le quattro leggi della robotica. Riflessioni anche alla luce della pandemia da Covid-19,* Firenze, 2020. Sul punto si veda anche COM (2020) 61 final, p. 16, ove si precisa che nonostante l'ampiezza della definizione di prodotto fornita dalla direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, il suo ambito di applicazione andrebbe ulteriormente chiarito per rispecchiare meglio la complessità delle tecnologie emergenti e garantire che il risarcimento sia sempre possibile per i danni causati da prodotti difettosi a causa del *software* o di altre caratteristiche digitali. Si consentirebbe in tal modo agli operatori economici, quali gli sviluppatori di *software*, di valutare se possono essere considerati produttori ai sensi della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi. Sul *robot* come prodotto si veda G. CAPILLI, *La responsabilità per la produzione di robot*, in G. ALPA (a cura di), *La responsabilità del produttore,* Miano, p. 625 e ss.

[104] Cfr. A. MATTHIAS, *The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata*, in *Ethics and Information Technology*, 2004, p 182. Sul *Robot* come prodotto cfr. U. RUFFOLO, *Per un fondamento di una robotica* self-learning; *dalla* machinery *produttiva all'auto* driverless: verso una "responsabilità da algoritmo"?, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017, p. 21 e ss.

L'autonomia dei sistemi di IA è una delle caratteristiche principali dell'intelligenza artificiale; caratteristica che introduce un rischio specifico e mette alla prova la legislazione europea in materia di sicurezza dei prodotti. Il dato è evidenziato chiaramente da COM (2020) 64 final, ossia dalla Relazione della Commissione del 19.2.2020 sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità [105]. *Ivi* si propone, in considerazione del fatto che i rischi da "autoaprendimento" non sono disciplinati dalla legislazione vigente [106], di introdurre *de iure condendo*, oltre alla valutazione del rischio effettuata prima dell'immissione sul mercato del prodotto, una ulteriore valutazione del rischio da effettuarsi in ipotesi di modifiche importanti intervenute durante il ciclo di vita del prodotto e tali da implicare, per esempio, una funzione diversa dello stesso e non prevista dal fabbricante nella valutazione iniziale del rischio [107].

La precisione di un algoritmo, inoltre, dipende sia dalla programmazione, sia dai dati. Le decisioni prese dagli algoritmi potrebbero, come evidenziato anche prima, basarsi su dati incompleti e quindi non affidabili, manomessi a seguito di attacchi informatici, inficiati da condizionamenti o semplicemente errati [108].

Il concetto tradizionale di sicurezza deve confrontarsi, inevitabilmente, con un'altra caratteristica fondamentale di un sempre crescente numero di prodotti e servizi che si avvalgono dell'intelligenza artificiale e cioè con la connettività. Quest'ultima può compromettere la sicurezza del prodotto non solo indirettamente, e cioè in caso di attacco informatico che rappresenti una minaccia alla *security* e crei un pregiudizio per la sicurezza degli utilizzatori, ma anche direttamente. Gli esempi potrebbero essere tanti, ma basti

---

[105] COM (2020) 64 final. Sulla rappresentata da danni provocati da processi decisionali autonomi, si sofferma anche Proposta di Risoluzione del Parlamento europeo sui processi decisionali automatizzati, cit., ove si invita la Commissione a valutare la possibilità di adattare, ai nuovi sviluppi tecnologici, i concetti come "prodotto", "danno" e "difetto" che si rinvengono nella legislazione vigente.

[106] Cfr. COM(2020) 65 final, cit., p. 16.

[107] COM (2020) 64 final, p. 8, ove si afferma che nella misura in cui il "comportamento" futuro dei prodotti basati sull'intelligenza artificiale può essere determinato in anticipo mediante la valutazione del rischio effettuata dal fabbricante prima dell'immissione sul mercato, il quadro dell'Unione in materia di sicurezza dei prodotti può essere adeguato, in quanto è già previsto l'obbligo per i produttori di tener conto, nella valutazione dei rischi, dell'uso dei prodotti per tutto il loro ciclo di vita Non si riscontra la stessa adeguatezza della legislazione vigente, nei casi in cui l'uso previsto e inizialmente progettato dal fabbricante è modificato dal comportamento autonomo del prodotto capace di autoapprendimento; comportamento che può comprometterne la conformità ai requisiti di sicurezza.

[108] Cfr. la *Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità,* allegata a COM(2020) 65 final.

pensare ad un allarme antincendio che, a causa della perdita di connettività, non avverta l'utilizzatore in caso di incendio [109].

Si aggiunga che i sistemi di IA funzionano in un «technological ecosystem» in quanto «one cannot speak of AI without taking into account all of the other associated technologies and the ways in which they all interact» [110]. Tale complessità dei prodotti, che deriva dal loro essere connessi e dal poter interagire, per effetto della connessione, con altri prodotti, è un altro dei rischi specifici nuovi rispetto a quelli tradizionali [111].

L'individuazione dei rischi specifici dei sistemi di IA presuppone una adeguata conoscenza dei sistemi stessi e del loro modo di operare, così che la loro opacità è uno dei problemi da superare. In questa direzione sembra muovere, per esempio, il Regolamento (UE) 2017/589 sulle norme tecniche in tema di requisiti organizzativi delle imprese di investimento che effettuano la negoziazione algoritmica, ove si attribuisce un ruolo strategico al *self-assessment,* cioè all'autovalutazione che dovrebbe essere effettuata con regolarità e dovrebbe consentire all'impresa di investimento di comprendere appieno i sistemi, gli algoritmi di negoziazione da essa utilizzati e i rischi ad essa connessi [112].

Anche sull'opacità, come rischio specifico relativo ai sistemi di IA e tale da mettere in discussione il tradizionale concetto di sicurezza dei prodotti, si sofferma COM (2020) 64 final, ove emerge che, se non è necessario che gli esseri umani comprendano ogni

---

[109] COM (2020) 64 final, p. 6.

[110] I. GIUFFRIDA, F. LEDERER e N. VERMERYS, *A Legal Perspective on the Trials and Tribulations of AI,* cit., p. 756. Sulle questioni relative alla crittografia dei dati e alla sicurezza informatica con l'aumentare dell'automazione e dell'interconnettività, con particolare riferimento alle funzioni di guida, si rimanda a S. LANDINI, *Ethical Issues, Cybersecurity and Automated Vehicles. In: Kyriaki Noussia – Pierpaolo Marano. InsurTech: A Legal and Regulatory View*, Cham, 2020, p. 291 e ss.

[111] Cfr. COM 2020 64 final ove si legge, p. 2, che «l'intelligenza artificiale, *l'Internet* delle cose e la robotica hanno molte caratteristiche in comune. Consentono di combinare connettività, autonomia e dipendenza dai dati per svolgere compiti con un livello minimo o nullo di controllo o supervisione umani. I sistemi dotati di intelligenza artificiale possono inoltre migliorare le proprie prestazioni apprendendo dall'esperienza. La loro complessità si riflette sia nella pluralità degli operatori economici partecipanti alla catena di approvvigionamento che nella molteplicità di componenti, parti, software, sistemi o servizi, che insieme formano i nuovi ecosistemi tecnologici. A ciò si aggiunge l'apertura agli aggiornamenti e ai miglioramenti dopo l'immissione sul mercato. La grande quantità di dati necessari, la dipendenza da algoritmi e l'opacità del processo decisionale dell'intelligenza artificiale rendono più difficile prevedere il comportamento dei prodotti basati sull'intelligenza artificiale e comprendere le possibili cause di un danno. Infine, la connettività e l'apertura possono anche esporre i prodotti basati sull'intelligenza artificiale e sull'*Internet* delle cose a minacce informatiche».

[112] Si veda il considerando 8) del Regolamento delegato (UE) 2017/589 sulle norme tecniche di regolamentazione per specificare i requisiti organizzativi delle imprese di investimento che effettuano la negoziazione algoritmica. Sul punto cfr. F.J. ZUIDERVEEN BORGESIUS, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms,* cit., p. 12.

singola fase del processo decisionale, è fondamentale, però, che possano capire come il sistema abbia preso le decisioni algoritmiche. Questo aspetto è particolarmente importante per il meccanismo *ex post* di controllo del rispetto delle norme «in quanto consente alle autorità preposte di risalire alla responsabilità dei comportamenti e delle scelte dei sistemi di intelligenza artificiale» [113].

L'opacità dei sistemi di IA pone un altro aspetto problematico, legato alla difficoltà di risalire alle decisioni adottate da sistemi di IA [114]. Conseguentemente, coloro che hanno sofferto danni potrebbero non avere accesso effettivo agli elementi probatori necessari per giustificare un'azione in giudizio, per cui le loro possibilità di ottenere un'effettiva riparazione del danno potrebbero essere inferiori rispetto alle situazioni in cui il pregiudizio è causato da tecnologie tradizionali [115]. Ne consegue la possibilità che i costi per le vittime aumentino in maniera significativa, la potenziale difficoltà di avviare azioni per responsabilità nei confronti di soggetti diversi dal produttore e di ottenere elementi di prova a sostegno di tali azioni.

Un approccio utile a risolvere i problemi evidenziati potrebbe essere quello che utilizza il criterio dell'*accountability,* prescindendo dagli elementi soggettivi della responsabilità e financo dall'individuazione dell'errore, mutuando, e adattando, il modello di responsabilità presente nel GDPR. *Ivi*, come noto, si impone al titolare del trattamento di adottare misure giuridiche, organizzative e tecniche a protezione dei dati personali e di dimostrarne, su richiesta, l'efficacia e l'effettiva attuazione [116].

Si tratta, cioè, di «superare il paradigma basato sull'errore e sulla colpa e, invece, af-

---

[113] Cfr. COM (2020) 64 final, p. 10.

[114] In COM (2020) 65 final, cit., p. 26 si precisa che un primo problema è ripartire gli obblighi tra gli operatori economici coinvolti. Il ciclo di vita di un sistema di IA coinvolge numerosi operatori, tra cui lo sviluppatore, il soggetto che lo applica (il "*deployer*", ossia la persona che utilizza un prodotto o servizio dotato di IA) e potenzialmente altri soggetti (il produttore, il distributore o l'importatore, i prestatori di servizi, gli utenti professionali o privati). Ciascun obbligo deve essere stabilito a carico dell'operatore o degli operatori che si trovano nella posizione migliore per affrontare eventuali rischi potenziali. Ad esempio, se da un lato gli sviluppatori dell'IA sono i più qualificati per affrontare i rischi derivanti dalla fase di sviluppo, dall'altro la loro capacità di controllare i rischi durante la fase di utilizzo può essere più limitata. In tal caso il pertinente obbligo dovrebbe essere stabilito a carico del soggetto che applica l'IA. In secondo luogo va affrontata la questione dell'ambito di applicazione geografico dell'intervento legislativo, in quanto è fondamentale che le prescrizioni siano applicabili a tutti gli operatori economici interessati che forniscono prodotti o servizi basati sull'IA nell'UE, indipendentemente dal fatto che siano stabiliti o meno nell'Unione; in caso contrario, gli obiettivi dell'intervento legislativo potrebbero non essere pienamente raggiunti.

[115] Cfr. COM(2020) 65 final, cit., p. 14.

[116] In questi termini G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e diritto – intelligenza artificiale e protezione dei dati personali,* in *Giur. it.*, 2019, p. 1676.

frontare il problema sotto il profilo dell'allocazione del rischio» [117]. Il diritto davanti al rischio non può che mostrare i suoi limiti, in quanto può intervenire o prima dell'azione, impedendo che sia compiuta, ma prima di sapere se l'eventualità del danno si sarebbe verificata oppure quando ormai l'evento si è verificato e, quindi non c'è più il rischio. Dunque, ciò che si può fare non è evitare il rischio ma, soltanto, canalizzare le conseguenze dannose. Il rischio è un concetto legato alla temporalità e al futuro ed è correlato al non sapere del futuro e alla necessità di scegliere. Si tratta, cioè, di un modo per costruire vincoli per il futuro, una strategia per imputare un danno futuro ad una decisione [118]. Se è vero che il rischio è correlato al non sapere, è vero anche che non può non es-

[117] G. FINOCCHIARO, *op. loc. cit.* Come noto ad aprire la strada del percorso che porta a ridimensionare il ruolo della colpa nel sistema della responsabilità extracontrattuale sono stati P. Trimarchi, nel 1960, con *Rischio e responsabilità oggettiva*, e S. Rodotà, nel 1964, con *Il problema della responsabilità civile.* Anche gli anni '70 sono stati fiorenti di studi sul punto. Si pensi, sull'imputazione del rischio all'impresa, con tecniche del tutto svincolate da ogni valutazione in chiave soggettiva, ad G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano 1975, spec. p. 375 e ss.; quanto alle problematiche sul punto, con particolare riferimento al rapporto tra produttore e consumatore, si rimanda a C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti,* Milano 1979, spec. p. 774 e ss. C'è da chiedersi se i problemi legati all'intelligenza artificiale daranno un maggiore impulso alla responsabilità oggettiva, considerata, invero, un pò in declino. Sulla "salute" della responsabilità oggettiva oggi Cfr. V. ROPPO, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi*, in *Juscivile*, 2017, p. 698. L'A. afferma che la sua impressione è che la responsabilità oggettiva abbia conosciuto un certo declino o appannamento, e sia entrata un po' in un cono d'ombra. Il dato è messo in evidenza anche fa F.P. PATTI, *Il declino della responsabilità oggettiva (a margine dell'art. 2051 c.c.),* in *Riv. dir. civ*., 2019, p. 978 e ss. All'A.si rimanda anche per l'accurata analisi del contesto europeo nel quale si è manifestato «un certo disfavore per modelli di responsabilità oggettiva che non riguardino attività pericolose o cose difettose».

[118] Si rinvia sul punto all'insegnamento di N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos,* Berlino, 1991, trad. it., *Sociologia del rischio,* Milano, 1996. L'A. afferma, p. 14 e ss., che se si cercano definizioni del concetto di rischio ci si trova subito nella nebbia fitta e si ha l'impressione di non poter vedere al di là del proprio naso. Basti pensare che, con riferimento al tema del rischio, si pone il problema di quale idea di razionalità, di decisione, di tecnica, di futuro o semplicemente di tempo sia presupposta. Di aiuto può essere la distinzione tra rischio e pericolo che presuppone «l'incertezza in riferimento a dei danni futuri. Ci sono allora due possibilità: o l'eventuale danno viene visto come conseguenza della decisione, cioè viene attribuito ad essa e parliamo allora di rischio, per la precisione di rischio della decisione; oppure si pensa che l'eventuale danno sia dovuto a fattori esterni e viene quindi attribuito all'ambiente: parliamo ora di pericolo». Di sicuro interesse è anche il superamento di una definizione del rischio come «misura» da determinare opponendola a quella di sicurezza, sulla base di un ragionamento che analizza «in maniera ragionieristica l'aspirazione alla sicurezza e la misura di ciò che può essere ragionevolmente raggiunto». Sul punto, l'A., p. 15, afferma che «se si tratta soltanto di un problema di misura, non si capisce proprio il perché di tanto rumore. I problemi di misurazione sono problemi di convenzione e in ogni caso i rischi della misurazione sono qualcosa d'altro rispetto a ciò che viene misurato come rischio». L' impossibilità di enunciare principi generali in termini di rischio è stata evidenziata anche con riferimento a singoli ambiti. Si pensi nello specifico a quello contrattuale, in quanto ogni tipo di contratto reca in sé criteri specifici di ripartizione che obbediscono a ragioni di giustizia distributiva. Si consideri il rischio dell'inadempimento, legato alla circostanza che una delle prestazioni non venga eseguita oppure al rischio di diminuita soddisfazione economica dell'affare per

sere correlato al sapere. Infatti, quanto più si estende il sapere, tanto più si estende il non sapere [119]. Possiamo averne una prova proprio pensando ai sistemi di intelligenza artificiale che palesano che quanto più si estende la conoscenza, più si estende il non sapere delle conseguenze.

Di fronte ai rischi dei sistemi di intelligenza artificiale l'*accountability* è un modo per rassicurare i potenziali utilizzatori sul fatto che, a prescindere dagli esiti di una costosa ricerca sull'errore, otterranno un risarcimento, affidando al soggetto che trae vantaggio dall'operazione economica l'onere di individuare le misure più adeguate alla fattispecie concreta [120].

Il concetto di *accountability* è suscettibile di diverse declinazione e, sebbene, in italiano è traducibile con la parola responsabilità, non è sovrapponibile alla responsabilità in senso tecnico alla quale siamo abituati a pensare [121]. Se la responsabilità è un *post*, l'*accountability* si riferisce ad un atteggiamento proattivo rispetto ad un'azione futura, sulla quale si deve essere poi in grado di rendicontare una volta che si è verificata [122].

---

la preesistenza o sopravvenienza di circostanze che non comportano inadempimento in senso tecnico ma sconvolgono l'economia originaria dell'affare. Sul punto cfr. G. ALPA, *Rischio*, *Enciclopedia del diritto,* 1989, vol. 40, p. 1144 e ss.; ID., *Rischio contrattuale*, in *Noviss. Dig*., appendice, Torino, 1986, vol. VI, pp. 863 e ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975; ALPA-BESSONE-ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia priva*ta, Napoli, 1982; R. NICOLÒ, *Alea, Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, I, pp. 1024 e ss.; nel senso che il rischio inerisca più alle obbligazioni che al contratto è G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, pp. 19 e ss. In diversa prospettiva G. PACCHIONI, *Obbligazioni*, Milano, 1898, p. 344.

[119] Cfr. M BORRELLO, *La rappresentazione del rischio e il non sapere saputo,* in R. DE GIORGI (a cura di), *Limiti del diritto,* Lecce, p. 499 e ss.

[120] G. FINOCCHIARO, *op. loc. cit.*

[121] Con riferimento al concetto di *accountability*, si tratta di saper individuare misure adeguate al rischio calcolato e saper anticipare il verificarsi di situazioni critiche, l'accadimento di eventi rischiosi possibili o molto probabili e trovare soluzioni che, *ex ante* in concreto, forniscano un certo margine di sicurezza. In questi termini, S. ATERNO, *Principio di* accountability *nel* Gdpr*, significato e applicazione*, in *https://www.agendadigitale.eu. Ivi* si precisa che «nella maggior parte delle altre lingue europee, principalmente a causa delle differenze tra i sistemi giuridici, il termine "*accountability*" non è facilmente traducibile. Da un punto di vista lessicale il termine in questione è una parola composta. Il verbo *to accoun*t è traducibile in italiano come "dar conto". Il sostantivo *ability* significa "essere in grado di" o "avere attitudine a". Il problema è che il termine è vago (anche Responsabilizzazione lo è) per capire cosa significa bisogna intendersi bene. Lo si potrebbe tradurre con "rendicontabilità" ma anche su questo termine potrebbero sorgere ipotesi e teorie interpretative».

[122] Cfr. M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità e accountability. Verso un nuovo paradigma?*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, p. 334. Si vedano, sul punto, F. DOSHI-VELEZ, M. KORTZ, R. BUDISH, C. BAVITZ, S. GERSHMAN, D. O'BRIEN, K. SCOTT, S. SHIEBER, J. WALDO, D. WEINBERGER, A. WELLER, A. WOOD, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explana-*

6. – L'intelligenza artificiale è una sfida che ancora non si è affrontata in tutta la sua complessità e, per di più, lo sviluppo tecnologico è così rapido che, quando si pensa di essere pronti, ci si accorge di disporre di strumenti ormai vecchi.

Capiremo via via come affrontarla, traendo insegnamento dagli errori per non ripeterli; ciò che, intanto, è opportuno fare è limitare al massimo il rischio di compierli e, a questo fine è necessario, prima di tutto, rifiutare una visione dell'intelligenza artificiale basata sull'idea che i sistemi di IA possano essere "umanizzati", trattandosi di sistemi che possono, semmai, sostituire le decisioni umane sul piano quantitativo, ma non qualitativo [123].

Va pure scartato un approccio antropocentrico all'intelligenza artificiale che concepisca i sistemi di IA quale strumento ad esclusivo servizio della persona umana. La pericolosità di una tale prospettiva è sotto gli occhi di tutti. L'IA deve essere posta a servizio di uno sviluppo sostenibile nell'interesse dell'ecosistema nel suo complesso, in una logica di coesistenza tra parte (uomo) e tutto (sistema ecologico). Le risorse naturali e la tutela anche degli esseri non umani non può essere intesa, da parte dei singoli, come «altro da sé», al contrario, deve prevalere una sorta di «immedesimazione» del soggetto con le risorse dalle quali dipende la qualità della sua vita e la sua stessa sopravvivenza [124].

La centralità dell'uomo, allora, viene meno? Deve essere superata? Direi di no, c'è un aspetto in relazione al quale la prospettiva non può che essere antropocentrica, nel senso letterale della parola. L'uomo deve essere posto al centro di quell'attività che lui solo può fare, date le funzioni cerebrali che lo rendono diverso da ogni intelligenza artificiale, dagli altri essere senzienti e anche dalla natura. Il riferimento è all'attività di "sorveglianza" su ciò che accade o ciò che egli stesso crea, ossia, nel nostro caso, i sistemi di

---

tion, in *https://arxiv.org/abs/1711.01134*, ove si afferma che «we posit that demanding explanations from AI systems is reasonable, and that we should start by asking of our AI systems what we ask of humans. Doing so avoids AI systems from getting a "free pass" to avoid the kinds of scrutiny that may come to humans, and also avoids asking so much of AI systems that it would hamper innovation and progress. Even this modest step will have its challenges, and as they are resolved, we will gain a better sense of whether and where demands for explanation should be different between AI systems and humans. As we have little data to determine the actual costs of requiring AI systems to generate explanations, the role of explanation in ensuring accountability must also be re-evaluated from time to time, to adapt with the ever-changing technology landscape».

[123] Si pensi a quanto ci insegna Blaise Pascal ne *I Pensieri*, ove si afferma che *l'esprit de géométrie* non basta per comprendere la realtà dell'uomo, ma occorre *l'esprit de finesse.*

[124] S. TOMMASI*, I beni comuni nel dialogo tra ecologia e diritto*, in M. MONTEDURO, S. TOMMASI, *Paradigmi giuridici di realizzazione del benessere umano in sistemi ecologici ad esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria,* in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi,* Atti del 9° Convegno Nazionale SISDIC in ricordo di Giovanni Gabrielli, Esi, Napoli, 2015, p. 167 e ss.

IA, per orientarne lo sviluppo in una direzione qualitativamente elevata. Si tratta, dunque, di una responsabilità importante che ha benefiche ricadute non solo sugli umani e sul loro futuro, ma anche sulle altre componenti del pianeta. Ciò è sufficiente per rendersi conto della necessità di una prospettiva che trascenda la propria "individualità", anche al fine di dare anche alla propria individualità le migliori *chances* possibili.

Occorre, altresì, non perdersi in declamazioni o mere affermazioni o, come spesso avviene a livello europeo, in una fitta mole di documenti ripetitivi e pieni di "media della comunicazione simbolicamente generalizzati", ossia media che forniscono alla comunicazione la possibilità di venire accettata [125]. Questo per dire che non basta affermare che si deve «assicurare che l'IA sia sviluppata e applicata in un quadro adeguato che promuova l'innovazione e rispetti i valori dell'Unione e i diritti fondamentali, oltre ai principi etici come la responsabilità e la trasparenza» [126]. Chi può non essere d'accordo sulla necessità di un'IA sicura, affidabile o rispettosa della dignità? Il punto è andare oltre i generici proponimenti e pensare a come rendere concretamente possibile tutto questo, scongiurando i rischi che intanto si profilano per la vita delle persone, vittime di profilazioni e discriminazioni spesso invisibili e silenziose, e per la dignità degli esseri viventi, appartenenti e non al genere umano.

[125] Sui "media della comunicazione simbolicamente generalizzati" si rimanda a R. DE GIORGI, N. LUHMANN, *Teoria della società,* cit., p. 103.

[126] Questo è quanto si legge in COM (2018) 237 final, cit., p. 3, ma espressioni simili sono generalizzate un po' in tutti i documenti europei relativi all'IA.

JUS CIVILE

ROBERTA COSIO

Dottore di ricerca in Diritto civile – Università Ca' Foscari di Venezia

LA RESPONSABILITÀ DEL PRESTATORE DI SERVIZI DI *HOSTING*

SOMMARIO*: 1. L'utilizzo illecito delle piattaforme online. – 2. Il quadro normativo. – 3. I caratteri della responsabilità dell'hosting provider. – 4. Sull'obbligo di sorveglianza attiva pro futuro: la recente pronuncia della Corte di giustizia. – 5. Verso una maggiore responsabilizzazione dell'hosting provider. – 6. Prospettive di riforma.*

1. – «Le piattaforme online sono importanti fattori di innovazione e di crescita nell'economia digitale. […] Esse costituiscono anche il principale punto di accesso a informazioni e altri contenuti su internet per gran parte delle persone, tramite motori di ricerca, social network, siti di microblogging o piattaforme di condivisione di video».

Si apre così la Comunicazione della Commissione europea del 28 settembre 2017, intitolata «Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online» [1], adottata al fine di dettare «una serie di orientamenti e principi affinché le piattaforme intensifichino la lotta contro i contenuti illegali online in cooperazione con le autorità nazionali, gli Stati membri e i portatori d'interessi pertinenti».

Considerata la crescente rilevanza di queste piattaforme, che costituiscono oggi la dimensione entro la quale si svolge la personalità di ciascun individuo [2], la realtà in cui si esercitano

[1] 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,* COM (2017) 555 *final* del 28 settembre 2017.

[2] Che i *social network* siano diventati il principale luogo digitale di espressione dell'identità personale è espressione condivisa. Sul punto, C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inform.*, 2018, 68, mette bene in luce come il fenomeno della digitalizzazione applicato alla persona dia luogo ad una frantumazione (irreversibile?) della stessa in una serie di pacchetti di dati: un'immagine, un post, un'opinione, un *like*. L'identità personale viene ad essere suddivisa in plurime componenti, percepite in forma autonoma, «come se non avessero più alcuna relazione con la persona che li genera». Tali informazioni, inoltre, una volta pubblicate, fuoriescono completamente dalla sfera di controllo del soggetto che le

e si negano i diritti, si dispiegano libertà e responsabilità [3], risulta necessario individuare il ruolo svolto dai gestori delle piattaforme nel garantire la tutela dei diversi diritti fondamentali che in questo contesto vengono in rilievo rispetto a possibili comportamenti lesivi [4].

In particolare, sottolinea la Commissione nella Comunicazione sopra citata, una delle sfide più urgenti per la società digitale di oggi è rappresentata dall'esigenza di contrastare l'enorme diffusione *online* di contenuti illegali i quali, una volta caricati dagli utenti, possono essere consultati e condivisi [5], con grande facilità e velocità, da cerchie estese di altri soggetti in ogni parte del mondo [6].

Il tema, dunque, si concentra sui profili di responsabilità dei gestori di piattaforme di *social media* [7]. Al riguardo, può preliminarmente rilevarsi che l'Internet *Service Provider* è un prestatore intermediario che esercita un'attività imprenditoriale in rete, basata sulla prestazione di servizi della società dell'informazione [8]. Per servizio della società dell'informazione si intende «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi» [9].

---

ha prodotte ed entrano nella disponibilità del gestore della piattaforma, il quale, normalmente, le usa o cede per trarne profitto.

[3] Descrive così l'ambiente Internet il Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, A. SORO, *La protezione dei dati personali nell'era digitale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, II, 343.

[4] Per una rassegna delle pronunce in tema di responsabilità del *provider* in caso di violazione dei diritti della personalità, si veda E. FALLETTI, *I social network: primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Corr. giur*., 2015, 7, 992 ss.; D. MUSCATELLA, *Libertà d'espressione in rete e tutela penale della reputazione digitale (Freedom of expression on the Net and the protection of digital reputation given by the criminal justice system)*, in *Ciberspazio e diritto*, 2015, 1, 113 ss.; D. AMRAM, *Spunti per nuovi studi in materia di danno alla persona nel cyberspazio*, in *Danno e resp.*, 2016, 5, 524 ss.

[5] Il meccanismo della condivisione, proprio di ogni *social network*, consente di copiare e riprodurre infinite volte un contenuto – fotografia, video, messaggio – pubblicato all'interno di bacheche, profili o pagine altrui.

[6] A tal proposito, il considerando n. 52 della direttiva 2000/31/CE afferma che «i danni che possono verificarsi nell'ambito dei servizi della società dell'informazione sono caratterizzati sia dalla loro rapidità che dalla loro estensione geografica». Di conseguenza, in base al medesimo considerando: «l'esercizio effettivo delle libertà del mercato interno rende necessario garantire alle vittime un accesso efficace alla soluzione delle controversie».

[7] Giova tener presente che i servizi di condivisione di dati caricati o creati dal consumatore e da altri utenti del servizio (tipicamente i *social networks*) oggi rientrano (anche) nell'ambito di applicazione della recente Direttiva UE n. 770 del 20 maggio 2019, relativa ai contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali, su cui si veda il commento di C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ*., 2019, 3, 499 ss.

[8] Cfr. E. TOSI, *Responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider*, in *Digesto disc. priv., sez. civ*., *X aggiornamento*, 2016, 688 ss.

[9] Definizione di servizi della società dell'informazione ai sensi dell'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34/CE come modificata dalla direttiva 98/48/CE.

In base all'attività svolta, si distinguono tre categorie di *providers*: il fornitore di servizi di accesso alla rete (c.d. *mere conduit*), il fornitore di servizi di memorizzazione temporanea (c.d. *caching)*, il fornitore di servizi di memorizzazione stabile (c.d. *hosting*). In quest'ultima categoria rientra il gestore di una piattaforma sociale, il quale mette a disposizione un'area del proprio server in cui vengono memorizzati – in maniera duratura – contenuti generati direttamente dagli utenti destinatari del servizio [10].

Per il vero, la nozione di *hosting provider* è più ampia e può comprendere diversi attori (tra loro assai eterogenei), quali i gestori di mercati online (es. eBay o Amazon), le piattaforme di condivisione di video (es. Youtube o Vimeo) o di foto (es. Instagram o Flickr), i social network (es. Facebook, Twitter o LinkedIn), i siti web di blogging o i siti web di recensioni (es. Tripadvisor), fino alle sezioni dei commenti degli utenti sulle pagine delle notizie [11]. Ma è con riferimento ai *social media* che – sempre più spesso – si pone il problema di capire in che tipo di responsabilità possa incorrere il *provider* a fronte della trasmissione o memorizzazione di contenuti illeciti da parte dei suoi utenti.

Tali comportamenti possono dar luogo alla violazione di diritti della personalità quali, ad esempio, il diritto all'onore, alla reputazione, all'identità personale, all'immagine o alla riservatezza, ovvero alla violazione di diritti della proprietà intellettuale, mediante la riproduzione di opere protette senza la necessaria autorizzazione.

Si prenderanno dunque le mosse dal dato normativo (europeo e interno), per poi interrogarsi sulla capacità del regime speciale di responsabilità, introdotto dal legislatore europeo nel 2000, di affrontare le trasformazioni cui è (nel frattempo) andato incontro il mondo del web.

2. – La disciplina in tema di responsabilità degli *Internet Service Providers* è contenuta nella direttiva europea sul commercio elettronico 2000/31/CE, poi attuata, a livello interno, con il d.lgs. n. 70/2003. Tanto nella direttiva, quanto nel decreto di recepimento,

[10] In tal senso Corte giust. UE, 16 febbraio 2012, causa C-360/10, par. 27, in *Nuova giur. civ. comm*., 2012, I, 580 ss., con nota di M. COLANGELO, *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog*, ove si legge: «è anzitutto pacifico che il gestore di una piattaforma di rete sociale in linea, quale la Netlog, memorizza sui propri server informazioni fornite dagli utenti di tale piattaforma e relative al loro profilo e che, pertanto, questi è un prestatore di servizi di hosting ai sensi dell'articolo 14 della direttiva 2000/31».

[11] Elenco riportato – ad eccezione delle indicazioni esemplificative aggiunte – nella 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*, cit.

sono quattro le disposizioni dedicate al regime di responsabilità dei prestatori intermediari di servizi della società dell'informazione [12]. Per il vero, le singole norme sembrano piuttosto dirette a individuare i presupposti in presenza dei quali il *provider* non risponde delle attività illecite commesse dall'utente; il che, ovviamente, non significa optare per un regime di esclusione della responsabilità, ma certamente, almeno in punto di tecnica di redazione normativa, circoscriverla il più possibile.

L'adozione di un siffatto modello si spiega richiamando gli obiettivi perseguiti dal legislatore europeo che, con la direttiva in esame, mirava a favorire lo sviluppo dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno per facilitare la crescita delle imprese europee (e quindi gli investimenti nell'innovazione del settore), nonché a rafforzare la competitività dell'industria europea [13]. In estrema sintesi, la scelta di limitare la responsabilità dei prestatori intermediari serviva a sostenere le scelte imprenditoriali nel settore in questione, con l'obiettivo di creare il mercato unico digitale.

Più nel dettaglio, le condizioni di esonero da responsabilità variano a seconda dell'attività svolta. Con riferimento all'attività di *mere conduit*, ossia l'attività di trasmissione di informazioni o di fornitura di accesso alla rete, non è configurata alcuna responsabilità del *provider*, a meno che lo stesso non partecipi alla produzione delle informazioni o non le modifichi, oppure non selezioni direttamente il destinatario della trasmissione [14]; quanto all'attività di *caching*, che consiste nella memorizzazione temporanea o transitoria delle informazioni trasmesse, non sussiste responsabilità del *provider*, a meno che lo stesso non intervenga sulle informazioni ospitate ovvero non agisca prontamente per rimuoverle o per disabilitarne l'accesso non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso [15]; con riferimento, infine, all'attività di *hosting*, consistente nella memorizzazione stabile delle informazioni, non sussiste responsabilità del *provider,* a meno che lo stesso non sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità del contenuto memorizzato ovvero, una volta al corrente di tali fatti, non agisca immediatamente per rimuoverli o disabilitarne l'accesso [16].

---

[12] Per una dettagliata analisi della disciplina in tema di responsabilità civile del *provider* si veda, da ultimo, A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2020, 278 ss.

[13] Considerando n. 2 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

[14] Art. 12 direttiva 2000/31/CE.

[15] Art. 13 direttiva 2000/31/CE.

[16] Art. 14 direttiva 2000/31/CE.

È possibile notare, sin da subito, come la direttiva non prenda in considerazione i *content providers*, ossia i soggetti che creano contenuti e svolgono un'attività editoriale, rispetto ai quali, dunque, resta fermo il normale regime di responsabilità aquiliana. Una tale scelta si spiega in ragione del fatto che il regime di *favor* previsto dalla direttiva è rivolto (esclusivamente) all'intermediario la cui attività sia di ordine «meramente tecnico, automatico e passivo», ossia l'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia alcuna conoscenza o controllo sulle informazioni trasmesse o memorizzate. Ciò emerge dalla lettura delle disposizioni sulla esclusione della responsabilità del *provider* (artt. 12, 13 e 14 della direttiva 2000/31/CE) in combinato disposto con il considerando n. 42 della direttiva [17].

La disciplina è poi completata dall'esclusione di un obbligo generale di sorveglianza in capo al prestatore di servizi, che esigerebbe un controllo selettivo *ex ante* sui contenuti pubblicati dagli utenti [18]. Regola da leggere insieme al considerando n. 47 della direttiva, il quale precisa che l'esclusione riguarda unicamente gli obblighi di sorveglianza di carattere generale e non anche quelli previsti in casi specifici e, in particolare, a seguito di ordinanze emesse dalle autorità nazionali secondo le rispettive legislazioni. Ne consegue che, ad esempio, a fronte di un'ingiunzione da parte dell'autorità giurisdizionale alla rimozione del contenuto illecito, il *provider* è tenuto ad attivarsi immediatamente per l'individuazione e la cancellazione del contenuto segnalato.

Il regime speciale di responsabilità del *provider* è stato riprodotto dal legislatore italiano negli artt. 14-17, d.lgs. n. 70/2003, con l'inserimento di alcune soluzioni (in parte) differenti rispetto a quelle previste nella direttiva.

Nel dettaglio, per quanto qui di interesse, l'art. 16, d.lgs. n. 70/2003, rubricato *Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni – hosting,* prevede che il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che egli a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle auto-

[17] Considerando n. 42 della direttiva 2000/31/CE: «Le deroghe alla responsabilità stabilite nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate».

[18] Art. 15 direttiva 2000/31/CE.

rità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

In ordine ai presupposti in presenza dei quali il *provider* è tenuto ad attivarsi per eliminare il contenuto illecito, il legislatore nazionale (a differenza di quello europeo) condiziona il formarsi dell'obbligo alla previa notifica da parte di un'autorità (amministrativa o giudiziaria). Di conseguenza, facendo esclusivamente leva sul dato letterale, l'*hosting provider* sarebbe tenuto a procedere alla rimozione del contenuto soltanto in presenza di una conoscenza "qualificata", ossia laddove la *notice* della manifesta illiceità gli pervenga da una delle sopra dette autorità. Tuttavia, sin dalle prime applicazioni dell'art. 16, d.lgs. n. 70/2003, la giurisprudenza si è diversamente orientata [19], ritenendo sufficiente, perché sorga l'obbligo di rimozione dei contenuti, la loro conoscenza, comunque ottenuta, da parte del *provider* [20]. In altri termini, sarebbe sufficiente una segnalazione [21] da parte dell'utente titolare del diritto leso [22]. Ciò risulta perfettamente in linea con gli obiettivi della direttiva, la quale «dovrebbe costituire la base adeguata per elabo-

---

[19] Trib. civile Napoli Nord, 3 novembre 2016, in *Giur. it.*, 2017, 3, 629 ss., con nota di R. BOCCHINI, *Responsabilità dell'*hosting provider *– la responsabilità di Facebook per la mancata rimozione dei contenuti illeciti*; in *Dir. Inform*., 2017, 2, 254 ss., con nota di M. MONTANARI, *La responsabilità delle piattaforme on-line (il caso Rosanna Cantone).*

[20] In particolare, Trib. civile Napoli Nord, 3 novembre 2016, cit., argomenta in modo articolato e completo la scelta di non richiedere – quale presupposto necessario dell'obbligo di attivarsi – la comunicazione da parte dell'autorità competente, basandosi non solo sul tenore letterale dell'art. 17, d.lgs. n. 70/2003, ma soprattutto sull'esigenza di garantire una tutela effettiva ai diritti lesi, rimuovendo tempestivamente il contenuto.

[21] Alcuni *social media* (es. Instagram e Facebook) già prevedono meccanismi di segnalazione di contenuti illeciti. Di regola viene apposto un apposito *link* accanto al contenuto (post, foto, commento, pagina, gruppo, profilo), che consente all'utente di segnalare il contenuto potenzialmente in violazione degli "*Standard della community*" al gestore della piattaforma. Il problema principale concerne, però, le conseguenze dell'eventuale violazione commessa. Al riguardo nelle Condizioni generali di contratto di Facebook si legge che «Le conseguenze per la violazione degli *Standard della community* dipendono dalla gravità della violazione e dai precedenti della persona sulla piattaforma. Ad esempio, nel caso della prima violazione, potremmo solo avvertire la persona, ma se continua a violare le nostre normative, potremmo limitare la sua capacità di pubblicare su Facebook o disabilitare il suo profilo. Potremmo anche informare le forze dell'ordine quando, a nostro avviso, sussiste la possibilità reale di seri rischi di danno fisico o minacce dirette alla sicurezza pubblica».

[22] Da ultimo, Cass. 19 marzo 2019, nn. 7708 e 7709, in *Foro it*., 2019, 2072 ss., con nota di F. DI CIOMMO, *Oltre la direttiva 2000/31/Ce o forse no. La responsabilità dei provider di Internet nell'incerta giurisprudenza europea*, il quale precisa «che il sorgere dell'obbligo in capo al prestatore del servizio non richiede una "diffida" in senso tecnico – quale richiesta di adempimento dell'obbligo di rimozione dei documenti illeciti – essendo a ciò sufficiente la mera "comunicazione" o notizia della lesione del diritto». Si veda altresì, E. TOSI, *La disciplina applicabile all'*hosting provider *per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, in *Riv. dir. ind*., 2019, II, 262.

rare sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l'accesso alle medesime» [23].

3. – La delineata fattispecie di responsabilità dell'*hosting provider* presenta non pochi tratti problematici. Può anzitutto rilevarsi che nella previsione di cui al richiamato art. 14 della direttiva e nella corrispondente formulazione dell'art. 16, d.lgs. n. 70/2003 rientra solo la figura dell'*hosting* passivo. Si tratta di una precisazione, attinente all'àmbito applicativo sotto il profilo soggettivo, particolarmente importante atteso che risulta ormai pacificamente accolta, sia dalla giurisprudenza sovranazionale [24] che da quella interna [25], la nozione di *hosting provider* attivo, ossia il prestatore di servizi che interviene sui contenuti, ospitati e trasmessi, manipolandoli, modificandoli o alterandoli.

Ora, quantunque tale ultima figura, di creazione giurisprudenziale, ancora oggi non risulti chiaramente delineata, i giudici hanno tuttavia elaborato una serie di "indici di interferenza" utili per l'attribuzione di questa qualifica. Si fa riferimento, a titolo esemplificativo, alle attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, nonché allo sfruttamento economico del materiale caricato attraverso meccanismi di pubblicizzazione.

I criteri così individuati per facilitare la distinzione tra le due figure di *provider* (attivo e passivo) possono tuttavia, a volte, risultare fuorvianti, posto che – come anche affermato dalla Corte di giustizia [26] – l'attività di catalogazione, categorizzazione e indi-

---

[23] Considerando n. 40 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

[24] In tal senso, Corte giust. UE, 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Google c. Louis Vuitton*, in *Foro it*., 2010, IV, 458 ss. e Corte giust. UE, grande sez., 12 luglio 2011, causa C-324/09, *L'Oréal c. eBay*, in *Giur. mer*., 2013, 2584 ss., con nota di M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'internet provider*.

[25] Sul punto Trib. Torino, 23 giugno 2014, in *AIDA*, 1684 ss.; Trib. Roma 1 febbraio 2019, in *Banca dati DeJure*; Trib. Roma 15 febbraio 2019, in *Banca dati DeJure*. Da ultimo, in dottrina, M. IASELLI, *I contorni della responsabilità dell'hosting provider attivo*, in *Dir. internet*, 2019, 387.

[26] Ossia Corte giust. UE, 12 luglio 2011, causa C-324/09, cit. Trattasi della nota causa L'Oréal contro eBay, ove la Corte chiarisce che, se per un verso, «la mera circostanza che [una piattaforma online] memorizzi sul proprio server le offerte in vendita, stabilisca le modalità del suo servizio, sia ricompensato per quest'ultimo e fornisca informazioni d'ordine generale ai propri clienti non può avere l'effetto di privarlo delle deroghe in materia di responsabilità previste dall'[articolo 14 della direttiva sul commercio elettronico]», per altro verso, «laddove detta [piattaforma online] abbia prestato un'assistenza consistente segnatamente nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi e nel promuovere tali offerte», non si potrà considerare il *provider* quale soggetto neutro, in quanto le predette attività gli attribuiscono un ruolo attivo, atto a conferirgli una conoscenza e un controllo sui dati relativi alle offerte presentate.

cizzazione non implica di per sé un intervento (e conseguente controllo) sui contenuti immessi dai destinatari dei servizi [27]. In alcuni casi, infatti, si tratta solo di espedienti tecnologici volti alla migliore fruibilità della piattaforma, non di strumenti diretti a manipolare o trasformare le informazioni o i contenuti memorizzati [28].

Quanto poi alla natura di tale responsabilità, «la regola accolta è quella in forza della quale il *provider* sarà responsabile dell'illecito posto in essere dall'utilizzatore del servizio allorché egli abbia piena consapevolezza del carattere antigiuridico dell'attività svolta da quest'ultimo» [29]. L'art. 16, d.lgs. n. 70/2003, infatti, pone l'accento sull'effettiva conoscenza dell'illecito da parte dell'intermediario, rifiutando, quindi, sia modelli di responsabilità oggettiva [30], che modelli di responsabilità fondati comunque sulla colpa [31].

---

[27] Basti pensare ai *social media* che, mediante l'uso di algoritmi, regolano l'aggiornamento dei post che appaiono sulla *home page* dell'utente mediante il ricorso ad una serie di criteri, quali, ad esempio, il numero di *likes* e commenti, l'affinità sulla base della frequenza delle interazioni, ovvero il criterio temporale collegato alla data di pubblicazione. O ancora, le piattaforme di condivisione di video, che creano, a fianco del video cercato e visualizzato dall'utente, una griglia di (ulteriori) video al primo correlati.

[28] Si pone in questa direzione Trib. Torino, 7 aprile 2017, in *Danno e resp.,* 2018, 1, 87 ss., secondo cui «il punto di discrimine fra fornitore neutrale e fornitore non neutrale deve essere individuato nella manipolazione o trasformazione delle informazioni o dei contenuti trasmessi o memorizzati».

[29] Cfr. L. NIVARRA, *Responsabilità del provider*, nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ*., 2003, 1196 ss. Si vedano, inoltre, le osservazioni di R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003, 118 ss., il quale evidenzia come la scelta operata dalla direttiva 2000/31/CE di ancorare la disciplina della responsabilità civile degli intermediari al criterio di collegamento della colpa, finisca col rappresentare un elemento di sostegno a favore dell'emergente industria elettronica europea. A sostegno della tesi della responsabilità colpevole, anche A. PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, spec. 144; S. SICA, *Recepita la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur*., 2003, 1254; F. DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criterio di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inform*., 2010, 829 ss.; L. BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'Host Provider alla luce del d.lgs. 70/2003: esegesi di una disciplina dimezzata*, in *Resp. civ. prev*., 2005, 70 ss.; ID., *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenza sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case*, in *Resp. civ. prev*., 2013, 6, 1997 ss.

[30] Osserva B. MARUCCI, *La responsabilità civile in rete: necessità di introdurre nuove regole*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2014, 17 «che il legislatore comunitario rifugge una responsabilità oggettiva del *provider* dal momento che a questi non viene imposto un obbligo di sorveglianza laddove, si sa, il monitoraggio dei contenuti della rete va di pari passo con una forma di responsabilità tendenzialmente oggettiva».

[31] Adottando un modello di responsabilità simile a quello contemplato, ad esempio, con riferimento all'esercente attività pericolosa (art. 2050 c.c.), il *provider*, per andare esente da responsabilità, dovrebbe fornire la prova «di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno». Prova che, verosimilmente, si tradurrebbe nell'onere di dimostrare di aver predisposto un capillare sistema di controllo sui contenuti gestiti, in contrasto col divieto generale di sorveglianza attiva sui materiali immessi nella piattaforma. Per adeguati approfondimenti sul tipo di responsabilità sottesa alla richiamata previsione dell'art. 2050 c.c., autorevolmente, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 454 ss., il quale evidenzia, tra l'altro, che l'art. 2050 c.c. costituisce una norma «che più di ogni altra mette in luce una certa intenzione di dare corso al nuovo, diretto

Di conseguenza, in capo al *provider* si configura una responsabilità colpevole qualora lo stesso, venuto a conoscenza dell'illecito (autonomamente o su comunicazione di terzi) non intervenga nei modi descritti dalla norma. Dal punto di vista del diritto penale, invece, ove il contenuto immesso in rete sia illecito, si configura un reato commissivo mediante omissione, avendo il prestatore concorso nel comportamento commissivo altrui, per non aver provveduto alla rimozione o al blocco del dato informatico [32]. In tal senso, la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto, in numerose pronunce [33], la possibilità che il reato di diffamazione, aggravato dall'utilizzo di altro mezzo di pubblicità (art. 595, comma 3, c.p.) possa essere commesso a mezzo internet, mediante la pubblicazione, su un *social network*, di un messaggio a contenuto lesivo dell'onore e della reputazione altrui. Più nel dettaglio, il reato risulta integrato ove, alla luce del carattere pubblico dello spazio virtuale, che consente la possibile incontrollata diffusione del messaggio, sia precisamente individuabile il destinatario delle manifestazioni ingiuriose e sussista in capo al soggetto agente la coscienza e volontà di usare espressioni oggettivamente idonee a recare offesa al decoro, onore e reputazione del soggetto passivo.

Tanto sotto il profilo penalistico, che sotto quello civilistico, dunque, la responsabilità del *provider* va ad aggiungersi a quella dell'utente, autore principale dell'illecito, in un momento successivo alla sua commissione. L'attività dell'intermediario, in altri termini, non è causa del prodursi dell'evento lesivo, mancando in capo allo stesso un obbligo di sorveglianza *ex ante* dei contenuti immessi, ma è causa del protrarsi del danno.

La valutazione circa la (co)responsabilità del *provider* va condotta tenendo conto del grado di diligenza che è lecito attendersi da un operatore della rete nello svolgimento della sua attività economica. Al riguardo, il considerando n. 48 della direttiva 2000/31/CE lascia liberi gli Stati membri di chiedere ai prestatori di servizi di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite.

Più di recente, inoltre, dalla Comunicazione della Commissione europea del 6 maggio

---

frutto della civiltà industriale, e in pari tempo l'incapacità di uscire dagli schemi di una responsabilità civile che tre quarti di secolo prima R. von Jhering aveva normalizzato all'insegna della colpa».

[32] Sulla responsabilità penale dell'*Internet service provider*, si veda B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Dir. pen. cont*., 2018, 5, 249 ss.

[33] Specificamente Cass. 12 gennaio 2014, n. 16712, in *Foro It*., 2014, 7-8, 2, 410; Cass. 28 aprile 2015, n. 24431, in *Foro It*., 2015, 12, 2, 691; Cass. 13 luglio 2015, n. 8328, in *Dir. pen. proc*., 2016, 4, 464; Cass. 14 novembre 2016, n. 4873, in *Foro It*., 2017, 4, 2, 251; Cass. 19 febbraio 2018, n. 16751, in *Banca dati DeJure*; Cass. 23 ottobre 2018, n. 1275, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Cass. 12 maggio 2019, n. 33495, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Cass. 19 marzo 2019, n. 19659, in *Banca dati Leggi d'Italia*.

2015, dal titolo «Strategia per un mercato unico digitale» [34], emerge un impegno ad innalzare il livello generale di protezione dal materiale illecito su internet, anche valutando «l'opportunità di imporre agli intermediari di esercitare una maggiore responsabilità e diligenza nella gestione delle reti e dei sistemi (dovere di diligenza)».

Il richiamo alla diligenza viene letto unanimemente, sia dalla dottrina [35] che dalla giurisprudenza [36], come un richiamo al parametro della diligenza professionale dell'operatore economico [37]. In particolare, sulla scorta di tale parametro, la Corte di giustizia ha affermato che non può beneficiare della deroga alla responsabilità il gestore della piattaforma che scopra, in qualunque modo, l'esistenza di un'attività o informazione illecita. Tale scoperta può avvenire, oltre che a seguito della segnalazione da parte di un soggetto terzo, anche per effetto di un'iniziativa autonoma da parte del *provider* [38]. Proprio per tale ragione, la Commissione europea incentiva le piattaforme ad adottare misure proattive efficaci, volte a individuare e rimuovere i contenuti illegali, anche mediante l'uso di tecnologie di individuazione e filtraggio automatico, specificando che il ricorso a tali misure non comporta automaticamente la perdita di neutralità (e la conseguente perdita del beneficio della deroga in materia di responsabilità) da parte del gestore della piattaforma [39]. Del resto, lo stesso considerando n. 40 della direttiva chiarisce che le disposizioni relative alla responsabilità non impediscono di sviluppare e utilizzare effettivamente sistemi tecnici di protezione e di identificazione, nonché strumenti tecnici di sorveglianza resi possibili dalla tecnologia digitale [40].

---

[34] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM (2015) 192 *final* del 6 maggio 2015.

[35] Così M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Napoli, 2006, 227 ss.; B. MARUCCI, *La responsabilità civile in rete: necessità di introdurre nuove regole*, cit., 22.

[36] Da ultimo, Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, cit., in linea con Corte giust. UE, 12 luglio 2011, causa C-324/09, cit., secondo cui la valutazione del giudice sulla conoscenza da parte del *provider* dell'esistenza di un'attività o di un'informazione illecita va condotta alla stregua della diligenza professionale esigibile dall'operatore economico.

[37] A livello normativo si rinviene un espresso richiamo alla diligenza nella recentissima direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale (art. 17, par. 4, lett. b), ove viene riconosciuta la responsabilità del prestatore di servizi che non abbia compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici rispetto ai quali non è stata concessa l'autorizzazione dal titolare dei diritti, ad esempio, mediante la conclusione di un accordo di licenza.

[38] Sul punto Corte giust. UE, grande sez., 12 luglio 2011, cit., *L'Oréal c. eBay* (par. 120, 121, 122).

[39] Comunicazione della Commissione, *Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, cit.

[40] Così, ad esempio, la direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale (direttiva *copyright*) all'art. 17, par. 9, prevede l'adozione di un meccanismo di reclamo celere ed

4. – Resta ancora da esaminare un problema, ossia quello relativo all'eventuale ricomparsa *online* di contenuti (già) identificati e accertati come illeciti [41]. Tale problema è stato recentemente affrontato da una pronuncia della Corte di giustizia [42], che risulta profondamente innovativa in tema di responsabilità dei gestori di piattaforme sociali, in quanto attribuisce loro maggiori doveri di controllo, in particolare, sotto il profilo della sorveglianza attiva pro futuro.

Prima di analizzare la decisione presa dalla Corte di Lussemburgo, pare opportuno procedere ad una breve ricostruzione del fatto. La sig.ra Eva Glawischnig-Piesczek, ex portavoce nazionale del Partito austriaco dei Verdi (die Grünen), agisce in giudizio contro il *social network* Facebook, chiedendo la rimozione, a livello globale, di una serie di commenti diffamatori su di lei espressi in un post del predetto *social*.

Il rinvio alla Corte di giustizia viene effettuato dalla Corte suprema austriaca, la quale chiede se la direttiva 2000/31/CE in materia di commercio elettronico osta a che un giudice di uno Stato membro possa ordinare ad un prestatore di servizi di *hosting* di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia identico e/o equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, nonché se il provvedimento inibitorio emesso nei confronti dell'*hosting provider* possa essere esteso a livello mondiale.

Fino a questa pronuncia il punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco era stato rinvenuto nella previsione di un sistema di controllo e attivazione successivi rispetto ad una segnalazione inviata dall'autorità (amministrativa o giudiziaria) o dall'utente.

Con questa decisione, invece, la Corte di giustizia configura un obbligo di sorveglianza attiva che guarda al futuro, in quanto volto alla ricerca e all'individuazione, tra i contenuti caricati, di informazioni identiche ovvero equivalenti a quella qualificata come illecita dal giudice adito, al fine di prevenire future violazioni della stessa natura di quella

---

efficace che fornisce agli utenti una procedura telematica per disabilitare l'accesso o domandare la rimozione di opere e materiali pubblicati sulla piattaforma del provider senza la necessaria autorizzazione da parte del titolare dei diritti. Viene, inoltre, precisato che i reclami così presentati saranno comunque sottoposti alla verifica umana.

[41] Sul punto la Comunicazione della Commissione, *Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online,* cit. si è espressa nel senso che «una volta individuati e rimossi, i contenuti illegali non dovrebbero ricomparire online. Una prevenzione efficace ed efficiente della ricomparsa basata sulle buone pratiche esistenti e su garanzie adeguate è essenziale per un sistema funzionante».

[42] Il riferimento è a Corte giust. UE, 3 ottobre 2019, causa C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, in *Dir. e giust.*, 2019, 3 ss., con nota di D. BIANCHI, *Facebook: filtraggio globale e specifico dei contenuti equivalenti per il diffamato*.

già verificatasi. Questo comporta l'estensione dell'obbligo di sorveglianza su tutti gli utenti e, di conseguenza, su tutte le informazioni diffuse tramite piattaforma. Con il limite, però, dell'individuazione precisa dell'oggetto della violazione, in modo tale che il prestatore di servizi di *hosting* nell'individuazione del contenuto equivalente non debba essere costretto ad effettuare una valutazione autonoma. I giudici di Lussemburgo ritengono che, in tal modo, vengano correttamente bilanciati i diritti in gioco. Infatti, per un verso, l'uso di strumenti informatici (filtri e mezzi di ricerca automatizzati) per ricercare il contenuto identico a quello qualificato come illecito non comporta l'imposizione di un onere straordinario a carico dell'impresa e, di conseguenza, non risulta (eccessivamente) lesivo del diritto alla libertà di impresa di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. D'altronde, secondo la Corte, considerata la facilità di riproduzione delle informazioni nell'ambiente internet, tale obbligo di sorveglianza attivo risulta necessario per assicurare la protezione efficace della vita privata e dei diritti della personalità. Diversamente, si potrebbe facilmente eludere l'effetto inibitorio della condotta illecita tramite il caricamento di messaggi appena diversi da quelli precedentemente dichiarati illeciti, conducendo l'interessato a dover moltiplicare le procedure al fine di ottenere la cessazione dei comportamenti di cui è vittima [43]. Per altro verso, si ritiene che non venga leso nemmeno il diritto fondamentale degli utenti di internet alla libertà di espressione e informazione, garantito dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella misura in cui la tutela di tale diritto non è assoluta, ma va bilanciata con la tutela di altri diritti fondamentali. A tal fine, la sentenza distingue tra informazioni identiche e informazioni equivalenti a quella qualificata come illecita. Nel primo caso, si tratta di ripetizioni di una violazione già concretamente qualificata come illecita. Tali ripetizioni, pertanto, meritano di essere oggetto di una identica qualificazione. Tuttavia, all'utente diverso ed estraneo rispetto al giudizio conclusosi con il provvedimento di rimozione del contenuto deve essere garantita la possibilità di contestare, dinanzi ad un giudice, la misura di esecuzione (rimozione e/o blocco) posta in essere dal *provider*.

Nel secondo caso, la questione risulta più spinosa, in quanto attiene alla (non facile) interpretazione della locuzione "informazione equivalente" o "dal contenuto equivalente", tenuto anche conto del fatto che – di solito – un'espressione diffamatoria non riprende gli esatti termini di una dichiarazione precedente; ciò anche in relazione al modo personalizzato di esprimere le idee. La Corte ritiene che per "informazione dal contenuto

[43] In tal senso, Corte giust. UE, 3 ottobre 2019, causa C-18/18, cit., par. 41.

equivalente" si faccia riferimento a informazioni che veicolano un messaggio il cui contenuto rimane, in sostanza, invariato rispetto a quello che ha dato luogo all'accertamento di illiceità [44]. In tal caso, il giudice, per garantire il principio della certezza del diritto, dovrà individuare in maniera chiara, precisa e prevedibile quali contenuti vadano rimossi, individuando gli elementi specifici da prendere in considerazione (ad es. il nome della persona interessata dalla violazione, oppure le circostanze in cui è stata accertata tale violazione) e consentendo, anche in questo caso, all'utente la possibilità di contestare la misura adottata dall'*hosting provider* nei suoi confronti [45].

Infine, la Corte di giustizia si pronuncia sull'estensione territoriale dell'obbligo di rimozione, affermando che la direttiva sul commercio elettronico non osta a che i provvedimenti di rimozione possano produrre effetti estesi a livello globale e non limitati al solo territorio dell'Unione [46].

In definitiva, la Corte di giustizia, nella pronuncia in esame, ritiene che non si ponga in contrasto con l'esclusione dall'obbligo generale di sorveglianza attiva *ex ante* dei contenuti pubblicati dagli utenti, previsto dall'art. 15 della direttiva, l'ordine del giudice al gestore del *social network* di rimozione delle informazioni dal contenuto identico e/o equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita, ove sia assicurato il rispetto di due condizioni. Da una parte, la sorveglianza e la ricerca attiva sia limitata a contenuti, in sostanza, invariati rispetto a quelli che hanno dato luogo all'accertamento di illiceità. Dall'altra parte, i contenuti equivalenti da rimuovere vengano individuati dall'autorità giurisdizionale o amministrativa in maniera chiara e precisa, in modo tale che il prestatore di servizi non debba essere costretto ad effettuare una valutazione autonoma sugli stessi, potendo ricorrere a procedure automatizzate [47].

---

[44] Puntualmente Corte giust. UE, 3 ottobre 2019, causa C-18/18, cit., par. 39.

[45] A ben vedere, la necessità di predisporre una possibilità di ricorso davanti ad un'autorità giurisdizionale da parte degli utenti terzi contro la rimozione di contenuti identici e/o equivalenti a quello precedentemente dichiarato illecito è prospettata (non nella sentenza della Corte, bensì) nelle conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar presentate il 4 giugno 2019, in relazione alla causa C-18/18, cit., par. 72.

[46] Sull'estensione territoriale dell'obbligo di rimozione v. O. POLLICINO, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *federalismi.it*, 2019, il quale mette a confronto il caso Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited con la sentenza (di poco precedente) della Corte giust. UE, 24 settembre 2019, causa C-507/17, *Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertès (CNIL)*, in *Banca dati DeJure,* ove la Corte afferma che il gestore di un motore di ricerca (Google), quando accoglie una domanda di deindicizzazione, è tenuto ad effettuare la rimozione dei *link* non in tutte le versioni del motore di ricerca, ma (solo) in quelle corrispondenti al territorio degli Stati membri.

[47] L'uso di algoritmi per l'individuazione di contenuti equivalenti a quelli già dichiarati illeciti implica

5. – Dall'emanazione della direttiva sul commercio elettronico sono trascorsi ormai vent'anni, durante i quali l'Unione europea ha affrontato il problema dei contenuti illegali *online* con diverse misure, sia vincolanti che non vincolanti [48].

Il trend normativo dell'ultimo periodo mostra una tendenza del legislatore europeo verso una linea di regolamentazione di tipo settoriale, basata sulla soluzione di specifici problemi.

In tal senso si può richiamare innanzitutto la direttiva relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia 2011/92/UE, che prevede l'adozione di misure per assicurare la tempestiva rimozione o il blocco delle pagine web che contengono o diffondono materiale pedopornografico [49]. Nella stessa direzione la direttiva antiterrorismo 2017/541/UE, che impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie a contrastare i contenuti *online* che incitano a commettere atti di terrorismo, adottando misure di blocco e di tempestiva rimozione di tali contenuti [50]. Ancora, la direttiva sui servizi di media audiovisivi 2018/1808/UE prevede che i fornitori di piattaforme per la condivisione di video adottino misure adeguate contro programmi, video caricati dagli utenti o comunicazioni audiovisive nocive per lo sviluppo fisico e mentale dei minori o, più in generale, di istigazione alla violenza, all'odio o di tipo discriminatorio [51]. Da ultimo, la direttiva *copyright* 2019/790/UE consente al *provider* di rendere accessibili sulla propria piattaforma materiali coperti dal diritto d'autore solo a seguito della stipula di un contratto di licenza d'uso con il titolare del diritto. Tale condizione si riflette anche sul regime di responsabilità, consentendo di ritenere civilmente responsabile il gestore della piattaforma che permette all'utente di caricare un contenuto coperto dal

---

certamente un rischio per la libertà di espressione sul web. I mezzi di ricerca automatizzati, infatti, possono non essere in grado di cogliere le sfumature del discorso. Di conseguenza, potrebbero essere rimossi e/o bloccati anche contenuti di critica o satira.

[48] Tra le misure non vincolanti occorre menzionare il «*Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio* online», che la Commissione europea ha sottoscritto con Facebook, Twitter, YouTube e Microsoft. Tale codice impone alle suddette aziende informatiche di vagliare entro 24 ore le segnalazioni degli utenti relative a messaggi di odio pubblicati sulle piattaforme, di rimuovere i contenuti odiosi e di promuovere nelle proprie linee guida i valori sottesi alla legislazione antidiscriminatoria.

[49] Art. 25 direttiva 2011/92/UE, rubricato «*Misure contro i siti web che contengono o diffondono materiale pedopornografico*».

[50] Art. 21 direttiva 2017/541/UE, rubricato «*Misure per contrastare i contenuti online riconducibili alla pubblica provocazione*». In questo settore, inoltre, le piattaforme *online* rimuovono volontariamente i contenuti terroristici sulla base delle segnalazioni inviate dall'unità addetta alle segnalazioni su Internet (IRU) di Europol.

[51] Art. 28-*ter* direttiva 2018/1808/UE, rubricato «*Disposizioni applicabili ai servizi di piattaforma per la condivisione di video*».

diritto d'autore in assenza di autorizzazione, qualora non ricorrano le condizioni di esonero, al verificarsi delle quali, invece, il prestatore di servizi non risponde del fatto illecito commesso dall'utente [52].

Ciascuna delle normative prese in considerazione richiede un intervento sempre più incisivo da parte del *provider* sui contenuti immessi nella piattaforma dagli utenti destinatari del servizio.

Emerge, dunque, un diverso atteggiamento nei confronti dei gestori delle piattaforme *online* rispetto al *favor* manifestato dal legislatore europeo ai tempi della direttiva *e-commerce*.

Sotto altro profilo, inoltre, occorre tener conto dell'evoluzione giurisprudenziale in materia. Come rilevato, infatti, si registra una tendenza delle corti a interrogarsi, caso per caso, sulla natura delle attività svolte dall'*hosting provider*, al fine di stabilire se considerarlo un soggetto neutro (con conseguente esenzione da responsabilità) ovvero un soggetto attivo, in grado di avere conoscenza ed esercitare un controllo sulle informazioni trasmesse o memorizzate nella piattaforma (con correlativa assunzione di responsabilità).

Questo duplice dato (normativo e giurisprudenziale) non può essere trascurato.

Esso mette in luce, per un verso, la tendenza del legislatore a intervenire, seppure settorialmente, imponendo (maggiori) obblighi di controllo in capo al *provider* e, per altro verso, la propensione della giurisprudenza a restringere il campo di applicazione del regime di esenzione da responsabilità in relazione all'attività svolta dal prestatore di servizi.

Si tratta di due fenomeni diversi, ma convergenti.

Da una parte, lo sviluppo della legislazione speciale tende ad invadere un àmbito prima interessato esclusivamente dalla normativa sul commercio elettronico, dettando regole nuove che si riflettono anche sul regime di responsabilità del prestatore di servizi di *hosting*.

---

[52] In particolare, l'art. 17, par. 4, della direttiva 2019/790/UE, rubricato «*Utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*», prevede che «Qualora non sia concessa alcuna autorizzazione, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore, a meno che non dimostrino di: a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione, e b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; e in ogni caso, c) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b)».

Dall'altra, l'evoluzione della giurisprudenza (europea e nazionale) mostra non solo una propensione al restringimento dell'àmbito di applicazione della figura dell'*hosting* passivo, ma anche, per effetto della più recente sentenza della Corte di giustizia in materia di *social network*, una tendenza a rileggere il divieto di sorveglianza generale, previsto dall'art. 15 della direttiva, in senso restrittivo. Infatti, l'obbligo di ricercare contenuti identici ovvero equivalenti ad altri, precedentemente dichiarati illeciti, non può che essere realizzato mediante una generalizzazione dei controlli compiuti dal *provider* sulle attività svolte dagli utenti in rete. Tali processi sono ancora in evoluzione, tuttavia dagli stessi può ricavarsi un atteggiamento di maggior rigore nella interpretazione (oggi sempre più restrittiva) della disciplina di particolare favore prevista in materia di responsabilità del prestatore di servizi di *hosting*.

6. – L'analisi condotta traduce la necessità di muoversi in una prospettiva di riforma (quantomeno parziale) del regime di responsabilità civile degli intermediari online.

Evidenti risultano infatti le lacune della disciplina attuale, nonché la persistente incertezza nell'applicazione delle norme esistenti, con conseguenti decisioni giudiziali, sia a livello nazionale che sovranazionale, tra loro contrastanti.

Considerato che dottrina e giurisprudenza prevalenti non mettono in discussione l'impostazione di fondo adottata dalla direttiva, la prospettiva di riforma preferibile appare quella volta ad adattare le regole esistenti al nuovo ambiente digitale [53].

Nella direzione di una modifica parziale del regime esistente potrebbe anzitutto mirarsi alla definizione di fornitore di servizio della società dell'informazione. Attualmente, infatti, le regole di responsabilità si applicano senza distinguere a seconda dell'intermediario che presta il servizio. Tuttavia, negli ultimi anni, è aumentato esponenzialmente il numero dei fornitori di servizi digitali, soggetti tra loro assai diversi sia in ragione dell'attività svolta che del potere di mercato. Alla luce di tale circostanza potrebbe risultare opportuno prevedere una disciplina differenziata nel correlativo trattamento normativo, in relazione al potere economico esercitato dall'intermediario all'interno del mercato. Questo (anche) al fine di definire una serie di obblighi aggiuntivi in capo ai

[53] In questa direzione il 12 maggio 2020 è stato pubblicato dal Parlamento europeo un documento redatto dal Servizio Ricerca dei deputati, nell'ambito della Direzione generale per i servizi di ricerca parlamentare (EPRS) del Segretariato del Parlamento europeo che riassume le proposte di riforma del regime di responsabilità degli *Internet service provider*. Si tratta del *Reform of the EU liability regime for online intermediaries: Background on the forthcoming digital services act*, in www.europarl.europa.eu.

grandi intermediari, in considerazione del loro ampio o significativo status di mercato [54]. A ben vedere, la necessità di riservare un trattamento normativo differenziato tra i providers che operano all'interno del mercato unico è stata già avvertita dal legislatore europeo e soddisfatta nella direttiva sul diritto d'autore, la quale prevede un regime di responsabilità del fornitore del servizio fondato sul principio di proporzionalità. L'adempimento degli obblighi gravanti sul prestatore del servizio viene così valutato in base a una pluralità di elementi: il tipo di opere o materiali oggetto del servizio, la dimensione del servizio, il pubblico destinatario del servizio e la disponibilità, in capo al prestatore, di strumenti adeguati ed efficaci di protezione del diritto d'autore [55].

Questo tipo di approccio, che porta a distinguere tra "grandi" e "piccoli" intermediari, imponendo obblighi di diligenza in misura diversa a seconda della forza economica del soggetto che viene in rilievo, implica la necessità di individuare, in sede legislativa, criteri di selezione certi. Il rischio, altrimenti, è quello di rimettere alla piena discrezionalità del giudice il compito di definire e circoscrivere la portata della nozione.

Un secondo aspetto sul quale ci si potrebbe soffermare attiene all'utilizzo, sempre più frequente, da parte delle piattaforme online di sistemi di filtraggio automatizzati. Tali misure risultano (già) conformi alla direttiva sul commercio elettronico, secondo la quale le disposizioni in materia di responsabilità non impediscono lo sviluppo e l'utilizzo effettivo di sistemi tecnici di protezione e di identificazione, nonché di strumenti tecnici di sorveglianza resi possibili dalla tecnologia digitale [56]. Sotto questo profilo si è rilevato in precedenza come, anche alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, il ricorso a questi sistemi possa essere inteso nel senso dell'introduzione di un obbligo di sorveglianza attivo generalizzato in contrasto con il divieto previsto dall'art. 15 della direttiva, da molti considerato pietra miliare di tutto il regime di responsabilità degli intermediari. D'altra parte, l'utilizzo di filtri di ricerca automatizzati, soprattutto per le piattaforme di grandi dimensioni, sembra essere, in concreto, l'unico strumento praticabile per garantire, da una parte, una tutela effettiva della vita privata e dei diritti della personalità degli utenti e, dall'altra parte, per non imporre oneri economici straordinari a carico del gestore del servizio.

---

[54] Così, A. HOFFMANN, A. GASPAROTTI, *Liability for illegal content online: Weaknesses of the EU legal framework and possible plans of the EU Commission to address them in a "Digital Services Act"*, CEP study, March 2020.

[55] Art. 17, par. 5, direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale.

[56] Considerando n. 40 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

Ciò considerato, sarebbe opportuno concentrare l'attenzione sugli strumenti da utilizzare per evitare che il ricorso a tali misure non si risolva nella lesione di interessi individuali e/o generali.

In primo luogo potrebbero essere introdotti meccanismi che consentano di garantire agli utenti un adeguato livello di trasparenza sul funzionamento delle tecnologie poste alla base degli algoritmi di filtraggio, così come previsto dalla normativa europea in altri settori. Si pensi, al riguardo, al regolamento generale sulla protezione dei dati personali (regolamento UE 2016/679), che subordina il trattamento automatizzato degli stessi a garanzie adeguate, tra cui l'obbligo di informativa specifica nei confronti dell'interessato, il diritto di ottenere l'intervento umano, il diritto di esprimere la propria opinione, il diritto di ottenere una spiegazione sulla decisione resa e di contestarla [57].

Inoltre, l'uso di sistemi di filtraggio automatizzati può esporre a rischi di compressione della libertà di espressione sul web. Spesso, infatti, l'algoritmo, non considerando il contesto e non essendo in grado di cogliere le sfumature del discorso, commette errori (i c.d. falsi positivi), procedendo alla rimozione e/o al blocco di contenuti non illegali. In questa prospettiva, dunque, il ricorso all'automazione andrebbe controbilanciato dall'introduzione di una procedura di notifica e rimozione del possibile contenuto illecito dettagliata e armonizzata a livello europeo, che assicuri il rispetto di adeguate garanzie procedurali minime e, in ogni caso, la possibilità di ricorrere alla tutela giurisdizionale. In particolare, sarebbe necessario assicurare una sorta di contraddittorio tra il soggetto presunto danneggiato, che effettua la segnalazione del contenuto illecito, e l'autore del contenuto stesso. Una tale procedura dovrebbe potersi svolgere in forme snelle e tempi rapidi, consentendo (in via sussidiaria) la possibilità di adire il giudice a fronte della decisione definitiva di rimozione del contenuto da parte del *provider*. Questo regime potrebbe essere modellato su quello statunitense del *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA), che, per un verso, esclude la responsabilità dell'ISP ove questi abbia provveduto a rimuovere il contenuto sulla base della mera comunicazione informale da parte del soggetto presunto danneggiato e, per altro verso, qualora il contenuto eliminato si riveli – in un

---

[57] Considerando n. 71 Regolamento (UE) 2016/679, su cui si veda, in termini generali, G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leg. civ. comm*., 2017, 10 ss.

Con particolare riferimento alla questione concernente la configurabilità di un diritto alla spiegazione delle decisioni automatizzate, nonché alla loro leggibilità cfr. E. PELLECCHIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove leg. civ. comm*., 2018, 1209 ss. e G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *Int. Data Priv. Law*, Vol. 7, 2017, 243 ss.

secondo momento – lecito, addebita al soggetto che ha inviato la diffida (e non al *provider*) l'obbligo di risarcire l'utente per il pregiudizio subito [58].

Si tratta di modifiche che certamente determinano una deviazione rispetto all'impianto originario messo a punto dal legislatore europeo, ma che appaiono necessarie alla luce dell'evoluzione verificatasi, dall'inizio del secolo, nell'ambiente digitale e, con esso, nei rapporti economici e giuridici tra le parti interessate.

[58] Sul punto, G. CASSANO, I.P. CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello «censore telematico»*, in *Contratti*, 2004, 88 ss.; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002, 178 ss.; più di recente, P. SAMMARCO, *La posizione dell'intermediario tra l'estraneità ai contenuti trasmessi e l'effettiva conoscenza dell'illecito: un'analisi comparata tra Spagna, Francia e regolamentazione comunitaria*, in *Dir. inform*., 2011, 285 ss.

JUS CIVILE

ANGELO MAGNANI

Notaio

IL CONTRATTO «UNICO» DI «VENDITA» DI IMMOBILI CON «PARTE SOGGETTIVAMENTE COMPLESSA» E CON «OGGETTO PLURIMO» O PIÙ SEMPLICEMENTE "NEGOZIO COMPLESSO"

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Fattispecie e concetto di parte soggettivamente complessa e di contratto con parte complessa e con oggetto plurimo (unico contratto). – 3. L'interesse unitario, unico centro di interessi (un'unitaria manifestazione di volontà negoziale e un'unica operazione economica ("unicum" dal lato dell'oggetto, delle prestazioni e delle obbligazioni). – 4. Esempi di varie tipologie di negozi con parte complessa: vendite di immobili con parte soggettivamente complessa e oggetto plurimo, cessioni di partecipazioni societarie e pacchetti azionari. – 5. Cenni sulle differenze tra il contratto unico di compravendita con parte soggettivamente complessa e oggetto plurimo e il negozio plurimo collegato (o negozio connesso).

1. – In questa sede si intendono affrontare i negozi traslativi cd. "complessi" e, in particolare, la vendita di immobili e di partecipazioni societarie con una parte complessa. Come di frequente avviene in diritto, il giurista viene aiutato: a) dalla «teoria generale del diritto» [1], intesa (α) nel suo senso preciso, riflessivo e programmatico, come «rela-

[1] L'origine della teoria generale del diritto si fa risalire convenzionalmente al 1847 con un saggio scritto da A. MERKEL, *Relazione della filosofia del diritto con la scienza del diritto positivo* [*Elemente der allgemeinen Rechtslehre*], in *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, Lipsia, 1890, ma nel 1926, con la nascita della rivista franco-tedesca dal titolo "*Rivista internazionale della teoria del diritto*" si esplicava la nascita della teoria generale del diritto. La teoria generale del diritto nacque dell'esigenza di assicurare l'autonomia della scienza giuridica dalle altre in collegamento con il diritto con l'intento di riflettere su se stesso e basata sul modello delle scienze cosiddette esatte. A ciò si aggiunse l'esigenza di creare un sorta di "enciclopedia del diritto" utile a collegarne ogni aspetto, cosa che avvenne anche in Italia ad opera di L. FILOMUSI GUELFI. Un'analoga tendenza si sviluppò nel frattempo in Francia dove si diede vita alla rivista bilingue tedesca-francese intitolata "*Revue internationale de la théorie du droit*", che iniziò con la pubblicazione nel 1926, sotto la direzione collegiale di L. DUGUIT, H. KELSEN, Fr. WEY, nell'articolo di presentazione della rivista scritto dal KELSEN. C. FARALLI, *Introduzione. Un* excursus *storico da Adolf Merkel ad oggi*, in *Argomenti di teoria del diritto*, a cura di C. Faralli, Torino, 2016, pp. 1-14.

zione della filosofia del diritto con la scienza del diritto positivo e con [la] sua parte generale» (A. Merkel); (β) come studio dei rapporti esistenti fra l'«esperienza giuridica» considerata sotto il profilo normativo e un'unità 'sistematica' e 'oggettiva' e apprezzabile nel mondo del diritto; (γ) come punto di approdo della scienza giuridica considerata nella sua totale complessità, nella ricerca del territorio ideale del diritto [2]; b) inoltre, dall'«etimologia» [dal gr. *ἐτυμολογία* = pron. *etymologhía*, lat. *etymològĭa*, che è lo studio dell''origine' delle parole (o meglio del 'significato originario' per cui è nata una parola), la cui tradizione risale ai Greci (Platone, *Cratilo*) e ai Romani (Varrone, *De lingua latina*).

Il negozio complesso [dal lat. *complèxus*, sostantivo e participio dal verbo *complector*, 'io abbraccio', 'intreccio', calco del verbo greco *συμπλέκω*], ossìa un «*insieme negoziale*» composto da '*più negozi*' '*con-giunti*' tra loro [dal gr. *συμπλέκω*, pron. *sumpléko*, intreccio] [3] e con la parte venditrice «soggettivamente complessa» e con un «oggetto plurimo», ossìa un oggetto «complesso» o 'plurimo'» [dal lat. '*plurĭmus*', superlativo dell'aggettivo '*multus*', molto]. Essendovi – in tale negozio – proprio una 'complessità', i problemi, insiti nel negozio o che derivano dal negozio, «non» si possono suddividere o segmentare, poiché la fattispècie da analizzare perderebbe il suo significato. Bisogna, allora, seguire una metodologia diversa: è necessario perciò applicare un «approccio di tipo sistemico», che consente di avere una visione del problema nell'interezza delle sue connessioni. Facendo un raffronto, per es., con la medicina, anche la malattia è un problema di 'tipo complesso' e la sua soluzione richiede un approccio sistematico. Il percorso storico della figura dell'atto complesso è stato elaborato nello studio monografico di S. D'Andrea [4], dove ampiamente illustra le due linee di pensiero percorse dalla dottrina. La prima linea, approvata dal Brondi [5] ritiene l'atto complesso un concetto di "terzo grado", comprensivo di «molte» classi [concetti di secondo grado] di atti tipici. La seconda linea, sostenuta da D. Donati [6], utilizza la formula per designare soltanto «una» delle classi e reputa che il concetto di atto complesso sia un concetto di "secondo grado". Tut-

---

[2] V. Fronsini, voce *Teoria generale del diritto*, in *Noviss. dig. it*., Vol. XIX, Torino, 1973, pp. 5-7, in part. p. 5.

[3] Questa espressione è usata in dottrina, ad es. in F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2002, p. 40.

[4] S. D'Andrea, *La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina*, Milano, 2002.

[5] V. Brondi, *L'atto complesso nel diritto pubblico*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer*, III, Torino, 1898, pp. 555 ss.

[6] D. Donati, *Atto complesso, approvazione, autorizzazione*, in *Arch. Giur.*, 1903, pp. 3-105 (sistemare l'impaginazione giusta, uguale a come sopra).

te le indagini successive hanno aderito all'uno o all'altro orientamento, anche se naturalmente, si siano distinte per la presenza di talune varianti [7].

Ciò premesso, va rilevato che il contratto con parte soggettivamente complessa è alquanto ricorrente nella prassi giuridica – specificamente in ambito notarile – e molto spesso viene interpretato, ai fini della sua tassazione, da parte dell'Amministrazione finanziaria, in modo unilaterale e non certo in angolo visuale strettamente giuridico, dal punto di vista della teoria pura del diritto, inteso come '*ius*', quale 'diritto *iustum*', e '*iustitia*', come 'giustizia', intesa nel senso di "conformità al diritto vero" [8] e con sentimento di giustizia – come negozio 'plurimo', piuttosto come contratto unico chiamato anche "complesso" [9]. *Ut dixi* il negozio «complesso» (o definito da alcuni [G. Alpa, *infra*] anche 'misto') è il 'risultato' di una 'combinazione' di 'distinti schemi negoziali', considerati unitariamente dalle parti in base a un'«unica operazione» e in dipendenza da un «unico nesso obiettivo e funzionale», così da dar vita ad una «convenzione unitaria», avente «individualità autonoma» [10]. Insomma, la figura consiste in un «contratto unico» di vendita di immobili con la parte venditrice «soggettivamente complessa» e con «oggetto plurimo» (in cui le prestazioni di ciascuno sono dirette al «conseguimento di uno scopo comune») e si può definire anche, più semplicemente, «negozio complesso» [11].

---

[7] S. D'ANDREA, *op. cit.*, pp. 28 e 29; B. CROCE, *La mia filosofia*, in *Quaderni della Critica diretti da B. Croce*, 1945, n. 2, p. 9, ripubblicato con il titolo di *Intorno al mio lavoro filosofico*, 1945, in ID, *Filosofia e storiografia*, 1949, a cura di S. MASCHIETTI, Napoli, 2005, pp. 56-67. Sulla mancanza di memoria storica e su una sensazione di estraneità alla tradizione e al passato, che il lettore coglie nelle opere dei nostri giorni, N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, in *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, p. 48, *ibi*, "In pochi e rari scrittori di diritto civile è il sentimento della continuità, il riannodarsi a profili e preannunci di altre epoche: nei più è come un'improvvisa acerbità, che si aggira in un povero e chiuso orizzonte storico. Di qui il tacere sulla storia dei problemi e sulle soluzioni, ad essi offerte nel corso del tempo".

[8] F. VIOLA, *Diritto vero e diritto giusto*, in *Persona y Derecho*, 24, Pamplona (Navarra), Univ. de Navarra, 1991, pp. 233-265, *et.* in *www1.unipa.it*.

[9] *Ibi* Cass., 23.6.2017, n. 15751, secondo cui "la stipulazione di due contratti preliminari di vendita cumulativa, aventi ad oggetto beni immobili considerati come un '*unicum*', con la pattuizione di 'un solo prezzo', può essere ricondotta ad una 'unitaria manifestazione negoziale', facente capo ad un contratto preliminare complesso".

[10] G. ALPA, *Manuale dir. priv.*, Padova, 10ª ed., 2017, pp. 433 ss.

[11] In merito al 'negozio complesso' si vedano in dottrina D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato italiano*, 6ª ed., Torino, p. 433 ss.; ID, *Il sistema del diritto privato*, 2ª ed. rielab. da A. LISERRE e G. FLORIDIA, Torino, 1993, p. 268 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, *t.* 1, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1973, p. 719 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, 9ª ed., Milano, 1957, p. 469; E. BETTI, *Negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, pp. 212-213; G.B. FERRI, *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, IVª ed., Torino, 1995, p. 80 ss.; A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, 24ª ed., a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, Milano, 2019, pp. 209-210; F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, 27ª ed., Napoli, 2015, pp. 92-826-827;

Pertanto, con il presente lavoro si vuole offrire un contributo dal punto di vista di uno studioso teorico del diritto e, nel contempo, di un giurista "sul campo". Si è cercato di sforzarsi di elaborarne un 'ordine giuridico' – nel nostro sistema del diritto civile – con l'identificazione delle caratteristiche specifiche, la cd. "fattispecie astratta"[12], individuandone i presupposti legali, in presenza dei quali si cercherà di rientrare nella fattispecie del «contratto unico». Di recente la sua definizione e la sua natura giuridica hanno 'già' determinato effetti rilevanti dal punto di vista della prassi giurisprudenziale e applicativa corrente[13].

2. – Fin dall'inizio del secolo scorso appare la distinzione tra parte e persona[14]. Il termine «parte» – *ut dixi* – non deve essere inteso come sinonimo del termine «soggetto» o «individuo», in quanto «unica parte» del negozio giuridico può essere anche una «pluralità di soggetti, che perseguono un «unico e inscindibile scopo» (la causa del negozio) e danno vita ad un'unica e inscindibile convenzione (un unico atto complesso)»[15]. La parte del negozio giuridico può essere, infatti, «unisoggettiva» (o semplice), quando è rappresentata da un unico soggetto, inteso come 'unica parte' (singola), oppure «pluri-

---

R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, 3ª ed., in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2004, p. 448 ss.; G. ALPA, *op. cit*., pp. 433-434.

[12] Dalla locuz. lat. '*facti species*', apparenza, circostanze oggettive. *Vocab.* Treccani *on line*.

[13] Cass., 7.6.2004, n. 10789,in *www.jstor.org* e Cass., 4 maggio 2009, n. 10180, in *www.ipsoa.it*.

[14] C. FERRINI, *Manuale di pandette*, Milano, 1908, p. 162, nt. [2]. L'A. precisava "diciamo parte e non persona, poiché 'non' è il numero delle persone, ma la loro posizione e la direzione della dichiarazione che importa. Ad es. è unilaterale la derelizione [*id*, nel diritto romano, è l'abbandono della cosa fatto con l'animo di rinunziare alla proprietà su di essa (*Vocab.* Treccani *on line*)], sebbene compiuta da 'vari comproprietari' della cosa o l'occupazione se più persone si adoperano alla cattura di un animale; C. FADDA, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909, p. 280, *ibi* "la parte può essere costituita da più persone. Non sembri inutile la nostra insistenza nel rilevare la differenza fra parte e persona. Spesso si vuole trascurare questa differenza, che serve a precisare il concetto della distinzione in esame"; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano* I, Milano, 1910, § 102, p. 304, *ibi* "parte è la persona o l'insieme delle persone che 'agiscono' per lo 'stesso interesse' proprio"; *etiam* "Dal negozio giuridico bilaterale o contratto bisogna distinguere l'atto complesso (…), fattispecie che ricorre quando "vi sono più soggetti che agiscono dalla stessa parte", quando "c'è manifestazione di volontà parallele" (…), vi è "l'unione di più volontà" (…), "l'atto complesso non è un atto speciale a sé, ma una 'speciale configurazione' di un atto giuridico: può costituire un negozio giuridico unilaterale e può non essere altro che un semplice elemento di un contratto".

[15] Cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale*, *cit.*, p. 209, *ibi* "si può avere una parte composta da una pluralità di persone (parte "soggettivamente complessa") e la figura dell'atto complesso consta di più volontà tendenti ad un fine comune, ma, a differenza di quanto avviene nell'atto collegiale, queste volontà si fondono in modo da formarne una sola".

soggettiva» (o complessa o composta), quando è rappresentata da «più soggetti», che fanno capo a un «unico e unitario centro di interessi», confluendo così in un'«unica direzione» e divenendo pertanto un «unico centro di riferimento» e pertanto un'«unica parte contrattuale» o un 'unico contraente' [16]. La nozione stessa di contratto, contenuta nell'art. 1321 c.c., è illuminante in tal senso: "il contratto è l'accordo di due o più parti [cioè contraenti, che siano semplici o plurisoggettive non è rilevante] per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale" [17]. In conclusione, parte deve essere intesa come «unico centro di interessi» [18], su cui possono gravitare sia un «solo soggetto» ('parte semplice'), sia più soggetti ('parte complessa'), che hanno 'unità di interessi', perché tendenti a realizzare un'unica "operazione economica" [19] attuata per il tramite di due o più parti che sono da ricondurre a 'unità' di 'parte contrattuale complessa'. D'altronde, dal punto di vista della sua definizione generale, anche l'atto o contratto complesso consta di 'più' volontà tendenti ad un 'fine comune', 'volontà' che addirittura 'si fondono' in modo da formarne 'una sola' [20]. Lo stesso codice civile all'art. 1420 espressamente definisce come contratto plurilaterale quello caratterizzato, oltre che dalla

---

[16] F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, vol. II, 3ª ed., Padova, 2015, p. 174; F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, *cit.*, p. 92; lapidario è anche F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 101 ss., *ibi* "può darsi pluralità di parti, la quale si distingue dalla pluralità di persone (plurisoggettività), nel senso che, potendo la parte 'essere anche complessa', resta 'unica' in ogni caso, pur se consti di più persone, sicché la plurisoggettività può 'non' escludere l'unità di parte. Ne consegue che è plurilaterale il contratto a più di due (...) parti (o centri d'interesse), mentre può non essere plurilaterale, ma soltanto plurisoggettivo, il contratto, alla cui formazione partecipano più persone; onde, plurilateralità e plurisoggettività di contratto non necessariamente coincidono".

[17] F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, cit., p. 153.

[18] *Etiam* F. MESSINEO, *Man. dir. civ. comm.*, cit., p. 101, *ibi* la definizione del concetto di parte è la seguente: "Parte significa centro di interessi cui il contratto giova e giova diversamente, secondo che varii la qualità della parte, oltre che secondo il vario contenuto del contratto medesimo" (F. MESSINEO, in *Il negozio giuridico plurilaterale*, in *Ann. Univ. Catt.*, 1926-27, pp. 5 ss.) e ancora "parte è il 'centro' (o 'nucleo'), intorno al quale, si dispone l'interesse di ciascun paciscènte" (F. MESSINEO, in *Contratto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 824, testo e nt. [132]) [dal lat. *paciscens*, *entis*, da '*pacisci*', pattuire, fare un accordo]; secondo N. COVIELLO, *op. cit.*, riv. da L. COVIELLO, Napoli, 1924, p. 304, pur non utilizzando la formula "centro di interessi", aveva già espresso lo stesso concetto: " parte è la persona o l'insieme delle persone che agiscono per lo stesso interesse proprio: onde è unica se unico è l'interesse; sono due, se due sono gli interessi".

[19] *Mirabiliter* E. GABRIELLI, *Contratto e operazione economica*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, *agg.*, Torino, 2011, pp. 243-257, *ibi ad litt.* "Contratto e operazione economica sono (...) concetti che esprimono un diverso significato giuridico e quindi anche applicativo, seppure rinvengono il loro punto di congiunzione nell'unità del negozio, attraverso il quale l'ordinamento secondo le diverse esigenze di tutela, valuta come operazione l'assetto dei privati interessi. L'operazione da mero fatto economico diviene fenomeno giuridico attraverso il contratto".

[20] F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, cit., vol. II, p. 356, 530, 640 nt. 14.

'partecipazione' di 'più parti', dal fatto che 'le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune'. Salvo i dubbi sollevati da alcuni autori e la critica di altri, l'affermazione secondo la quale la parte costituisce un «centro di interessi unitario» è accettata dalla dottrina maggioritaria [21]. L'alienazione da parte soggettivamente complessa, oltre a quella effettuata da parte di più comproprietari di un unico bene, comporta spesso che la vendita non abbia un oggetto 'semplice' (costituito da un solo bene o diritto), ma 'complesso', vale a dire più beni e diritti (chiamata anche "vendita in blocco" o "cumulativa"). Solo in apparenza può far ritenere che l'atto unico contenga vari contratti anziché uno solo, ma in realtà e in diritto per stabilire se si tratta di uno o più negozi occorre procedere *in primis* a una interpretazione della volontà delle parti [22]. Quindi è molto ricorrente e quasi pacifico che la distinzione fra 'contratto unico con parte complessa' e 'pluralità di contratti' sia una "questione di volontà [contrattuale]". Ne consegue che stabilire se si ha un unico contratto o una pluralità di contratti è questione di "interpretazione" del caso concreto e soprattutto del '*modus*' in cui si è manifestata la volontà delle parti. Infatti quando le parti esprimono in modo 'chiaro' e 'inequivocabile' la «volontà» di «stipulare» un «contratto unico e inscindibile» «non» vi sono i presupposti per una diversa interpretazione. Solo se le parti contraenti non hanno esplicitato chiaramente i loro intenti, può esservi spazio per interpretare il contratto come pluralità di negozi giuridici eventualmente collegati o autonomi [23]. Il 'negozio giuridico' o 'contratto' con una parte complessa (soggettiva o oggettiva) rientra nel più generico «negozio complesso»: nasce come un istituto di «fonte giurisprudenziale» e «dottrinale» elaborato di recente dalla prassi applicativa e non definita in una specifica «norma di natura civilistica». L'istituto – elaborato fin qui da qualche pronuncia di giurisprudenza di merito e di Cassazione – difficilmente sarà esposto a mutamenti sostanziali per effetto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, come può avvenire per altri istituti di fonte giurisprudenziale perché la sua elaborazione è sufficientemente avanzata – come si dimostre-

[21] Cfr. la manualistica F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, cit., p. 216; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 817; P. PERLINGIERI-V. DONATO, in *Manuale dir. civ.*, 2ª ed., Napoli, 2000, p. 343; P. RESCIGNO, *Manuale dir. priv. it.*, 8ª ed., 1989, Napoli, p. 693; A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale*, cit., p. 209; cfr. R. SACCO e G. DE NOVA, in *Il contratto*, IVª ed., Milano, 2016, p. 72, *ibi*, se la dichiarazione, giuridicamente parlando, è 'una sola', 'uno solo è il contratto' corrispondente. In modo armonico, si potrà dire che quella dichiarazione è da imputare ad un'unica parte. Quest'ultima si potrà chiamare 'parte complessa'.

[22] V. A. LUMINOSO, *La vendita*, Milano, 2014, p. 190, *ibi*, per stabilire se si abbia unità o pluralità di negozi, tanta è l'irrilevanza del profilo documentale dell'operazione, occorrerà procedere ad una interpretazione della volontà delle parti, utilizzando appositi indici, quali, ad es., l'unicità (o meno) del prezzo, l'esistenza di nessi funzionali o collegamenti economici tra i vari beni.

[23] Per un'ampia trattazione della parte soggettivamente complessa S. D'ANDREA, *op. cit.*

rà *ultra* – modellata dalla prassi e dall'applicazione di norme e princìpi civilistici. Ne deriva che la fattispecie dell'istituto giuridico del negozio complesso o contratto complesso ha ora ricevuto – nelle sue linee generali – una elaborazione pressoché definitiva. Tuttavia, la sua applicazione, nella prassi giuridica [24] di tutti i giorni, ha ancora tanti e nuovi cammini da percorrere. Si vuol fare riferimento, ad es., ad una sua corretta applicazione all'«istituto della cessione di partecipazioni societarie», a cui non è ancora stato studiato approfonditamente la sua applicazione [25].

Per negozio complesso e nella specie per contratto 'unico' di vendita con 'parte complessa' (e/o con 'oggetto complesso') si intende quel negozio in cui (α) «la causa è unica», (β) «l'accordo è unitario», (γ) «unitario è il risultato a cui le parti mirano» (la cd. "unica operazione economica"), (δ) unico è il prezzo [26]. La «causa unica» – intesa come singolarità – dell'«operazione economica» è, pertanto, l'elemento qualificante del negozio complesso, in cui le prestazioni e l'oggetto del negozio sono riconducibili ad un «unico rapporto», caratterizzato – per l'appunto – da un'unica causa. Per cui «il negozio è unico» e inscindibile, «sostanzialmente e formalmente». Il negozio complesso è, pertanto, il risultato della volontà delle parti contraenti, che, 'perseguendo tutte' un 'fine comune', divengono portatrici di una 'volontà unica' e 'inscindibile'. Infatti, l'operazione economica perseguita con la conclusione del contratto – come, d'altronde, ogni operazione economica – deve essere valutata 'non' in 'termini astratti e teorici', 'bensì' in 'termini concreti', come concreti sono gli scopi e gli interessi perseguiti dai contraenti, perché la «sostanza deve sempre prevalere sulla forma» [27]. Il negozio complesso può an-

---

[24] F. VIOLA, *Le sfide del diritto contemporaneo alla scienza giuridica*, in *Scienza giuridica e prassi*, Convegno Aristec, Palermo, 26-28 novembre 2009, a cura di L. VACCA, Univ. di Roma 3, Centro di eccellenza in diritto europeo "Giovanni Pugliese", Napoli, 2011, pp. 75-90.

[25] Si vuole far riferimento alla posizione [non condivisa, N.d.A.] assunta di recente dalla Corte di Cassazione in merito alle cessioni di partecipazioni societarie (cfr. Cass., 16.4.2015, n. 7809; Cass., 11.9.2014, n. 19245 e n. 19246; Cass., 29.10.2014, n. 22899; Cass., 5.11.2014, n. 23517, n. 23518 e n. 23519, in *online.leggiditalia.it*.

[26] D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1971, pp. 137, 138. L'indizio più indicativo per l'unicità o pluralità dei contratti è di solito costituito dal prezzo: a seconda, cioè, che questo sia indicato in cifra unica per tutte le varie cose o separatamente per ciascuna di esse.

[27] F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 827. L'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma, anche in diritto, è un principio richiamato spesso dalla giurisprudenza (Tar Campania, Napoli, 30.9.2011, n. 4585, in *www.anticorruzione.it*). Non solo sotto l'aspetto sostanziale, ma anche sotto il profilo fiscale, nell'interpretazione degli atti deve prevalere la sostanza sulla forma: il principio è espressamente previsto 'anche' dall'art. 20 del T.U.I.R. (T.U. delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, in base al quale "l'imposta è applicata secondo la 'intrinseca natura' e gli 'effetti giuridici' degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente".

che essere definito come il «risultato di più schemi negoziali tra loro funzionalmente e obiettivamente dipendenti», sicché l'«operazione» che è «unica» si concretizza in un «unico negozio giuridico» [28]. Come detto, è l'unicità della causa che caratterizza l'intero rapporto e che rende unico il negozio giuridico, quale unica e inscindibile convenzione e cioè un unico atto complesso. Sospinge verso la unicità del contratto e dell'unica operazione economica voluta espressamente dalle parti anche il principio giuridico generale del nostro diritto civile che è l'autonomia contrattuale [29]. È il principio fondamentale del ns. ordinamento giuridico, previsto dall'art. 1322, commi 1 e 2, c.c. e che rientra nel più generale concetto dell'autonomia privata (o autonomia della volontà): le parti – oltre che concludere contratti tipici o nominati, cioè espressamente previsti dalla legge – possono pure *(i)* concludere altri contratti ed elaborare schemi contrattuali, diversi da quelli tipici o nominati, non previsti dalla legge e possono *(ii)* liberamente determinarne il contenuto normativo, ossia, le clausole volte a regolare il loro rapporto (cd. autonomia contrattuale o libertà contrattuale o potere normativo delle parti) che ritengono rispondenti alle loro esigenze specifiche, darsi, cioè, un potere normativo (art. 1322), purché siano dirette a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, abbiano, cioè, requisiti di legalità (cioè, di 'rispetto della legge'), liceità (cioè, consentito dalla legge, intesa come diritto naturale) e meritevolezza (cioè l'intento di realizzare interessi meritevoli di tutela). Ne consegue che deve ritenersi meritevole di tutela e non risultare contrario alla legge l'accordo di due o più soggetti che si impegnano ad assumere la veste di membri di una parte complessa. Tale accordo comporta un rapporto interno fra i partecipanti, del tutto distinto dai rapporti con l'altra parte dello stesso atto e proprio perché è interno non può essere opposto all'altra parte che rispetto all'accordo è un terzo [30].

3. – Proprio dal codice civile può essere tratto lo spunto normativo per la costruzione teorica del contratto «unico» di «vendita» di immobili con «parte soggettivamente complessa» e con «oggetto plurimo» o più semplicemente "negozio complesso" [31]. Infatti,

---

[28] G. ALPA, *Manuale*, cit., p. 582.

[29] F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 782, *ibi* "Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge [e dalle norme corporative]. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, perché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico".

[30] S. D'ANDREA, *op. cit*., p. 53.

[31] Cfr. Cass., 20.6.2013, n. 15545, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*, la cui massima stabilisce che "la

quando la legge tratta delle obbligazioni indivisibili (o inscindibili) precisa, all'art. 1316 c.c., che l'obbligazione è indivisibile, quando la prestazione ha per oggetto "una cosa o un fatto che «non» è «suscettibile di divisione»" per «sua natura» o per il «modo [volontà] in cui è stato considerato dalle parti contraenti»" e, successivamente, all'art. 1319, parte 1ª, c.c., la stessa legge stabilisce che "ciascuno dei creditori può «esigere» l'«esecuzione dell'intera prestazione» indivisibile". Da queste due norme si evince che, qualora le obbligazioni siano, per la loro 'intrinseca natura' o anche 'per come sono state considerate dalle parti' indivisibili (inscindibili), «anche» il «negozio giuridico» (da cui derivano) risulta «indivisibile» (inscindibile), essendo caratterizzato da un'«unica causa» e da un'«unica operazione economica» finalizzata all'attuazione di un «unico affare» e preordinato alla realizzazione di un «solo regolamento di interessi». È una 'soluzione conseguente' derivante dalla cd. "logica giuridica", *rectius* 'logica applicata ai discorsi giuridici' e finalizzata a dimostrare la 'validità' dei 'ragionamenti giuridici', per i quali, in forza di ragionamenti deduttivi, dal 'generale' si passa al 'particolare', attraverso una cd. 'inferenza' [32], ossìa con un 'processo' deduttivo [o induttivo], cioè da una 'proposizione' assunta come 'vera' si passa a una 'seconda proposizione', la cui verità è derivata dal contenuto della prima, ovverossia dal 'dogma' [33] o 'paradigma' [34] si arriva al particolare, per cui tale procedimento logico consente nel 'derivare', da una o più 'premesse date', una 'conclusione' che ne rappresenta la conseguenza logicamente necessaria [dall'universale ⇒ al particolare] [35]. Come espressamente previsto dall'art. 1325 c.c., l'«accordo» delle parti contraenti «finalizzato alla conclusione di un unico affare» e la «causa» sono i «due» requisiti imprescindibili del contratto. Infatti, a norma di legge, al fine di costituire, regolare o estinguere un rapporto patrimoniale, oltre alla «volontà»

---

stipulazione di due contratti preliminari di vendita cumulativa, aventi ad oggetto beni immobili considerati come un '*unicum*' con la 'pattuizione' di un 'solo prezzo', può essere ricondotta ad una 'unitaria manifestazione negoziale' facente capo ad un 'contratto preliminare complesso', avente ad oggetto una 'prestazione unica' ed inscindibile, disciplinata dall'art. 1316 cod. civ.; ne consegue che l''impossibilità' di distinguere la 'parte' di prezzo riferibile all'una o all'altra promessa di vendita [*rectius*, soggetto alienante] 'non' determina la nullità dei preliminari medesimi [*rectius*, del negozio giuridico complesso]".

[32] Dal lat. *inferre*, lett.'portare dentro'.

[33] Dogma o enunciato, ossìa 'principio fondamentale', dal gr. δόγμα, dógma.

[34] Dal greco *para/deigma*, *parádeigma* = modello, esempio.

[35] La logica (o dogmatica) giuridica si è sviluppata dagli scritti fondamentali di logica giuridica – che risalgono ai primi anni '50 del secolo scorso – di E.G. MÁYNEZ, G.H. von WRIGHT e J. KALINOWSKI. Accanto a una 'logica dimostrativa', finalizzata a dimostrare la validità dei ragionamenti giuridici, per la quale solo i ragionamenti deduttivi, che dal generale pervengono al particolare – e non anche quelli induttivi – si sottomettono al controllo della logica, si è sviluppata una 'logica argomentativa' (PERELMAN, CHAÏM), il cui fine 'non' è dimostrare, ma 'persuadere' circa la 'ragionevolezza' dell''argomentazione giuridica'.

[*rectius* all'accordo] delle parti, occorre che vi sia la 'causa' [36]. Pertanto, nella fattispecie in esame: (α) la causa è, unitamente alla (β) volontà delle parti, il primo e più importante degli elementi da tenere in considerazione e verificare allorché si voglia stabilire se si è in presenza o meno di un'unica operazione economica [37]. L'interesse perseguito da una parte soggettivamente complessa, da un lato, e da una parte semplice dall'altra, nella loro ampia libertà contrattuale e con carattere quindi volontario, si può concretizzare nella «conclusione di un unico affare», seppur caratterizzato da una pluralità di interessi che si fondono in un'operazione economica da formalizzare con un unico negozio. L'operazione economica – come dimostra, per di più, l'orientamento interpretativo della giurisprudenza [38] – rileva nell'insieme delle vicende che riguardano l'autoregolamento di in-

[36] Cfr. F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, cit., p. 174, la causa è, infatti, la funzione economico-sociale dell'atto di volontà; è la giustificazione della tutela dell'autonomia privata; un vincolo al potere della volontà individuale. In merito al profilo causale del negozio e del contratto cfr., per tutti, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 78 ss.; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, in *Studi dir. civ*. Nicolò, Milano, 1970, p. 136; ID., *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, p. 2; nella manualistica per il requisito della causa *pro omnibus* A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale*, cit., pp. 591 ss., *ibi* l'esigenza della causa, che l'art. 1325 c.c. annovera espressamente tra i requisiti del contratto, senza però definirla, e soprattutto di una causa lecita (art. 1343 c.c.), indica la necessità che siano leciti e meritevoli di protezione giuridica non soltanto i singoli effetti perseguiti (il trasferimento di una proprietà, l'assunzione di una obbligazione, il riconoscimento di un debito, l'assunzione di una garanzia, *etc.*), ma soprattutto la loro 'combinazione' nell'ambito del complessivo regolamento che le parti, con il loro accordo, hanno voluto dettare; in altre parole, non sempre un certo risultato può realizzarsi solo perché voluto e promesso: un nudo consenso non è sufficiente per dare luogo ad effetti giuridici. L'ordinamento, per concedere efficacia al volere delle parti, sottopone l'atto di autonomia ad un controllo circa il suo fondamento razionale e giuridico.

[37] Per la nozione di operazione economica cfr. E. GABRIELLI, *Contratto e operazione economica*, cit., p. 243; ID., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 719; ID., *Il contratto e l'operazione economica*, *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 93 ss., *ibi* l'A. sostiene che la nozione di operazione economica, quale categoria concettuale, identifica una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento di tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata. La tesi è condivisa da G. LENER, *Profili del collegamento negoziale,* Milano, 1999, p. 181; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt.* Roppo, Milano, 2006, p. 119; G.B. FERRI, *Operazioni negoziali «complesse» e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 345 ss.; ID, *Id*, *Dir. giur.*, 2008, pp. 317 ss.; ID, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 161 ss.; *et.* nt. 39.

[38] Cfr. Cass., 23.4.2005, n. 8565, CED, Rv. 580637, che si serve della categoria dell'operazione economica; Cass., 11.6.2007, n. 13580, *Giur. comm.*, 2008, I, p. 729, con nota di E. GABRIELLI, *Il* "*contratto frazionato*" *e l'unità dell'operazione economica*", in *Giust. civ.*, 3, 2008, pp. 738-750, *ibi evidenter* la S.c. la quale ha stabilito che "affinché un atto possa essere qualificato come cessione di azienda, ai fini dell'applicabilità dell'imposta di registro, non rileva la circostanza che i singoli beni aziendali siano stati ceduti globalmente o con più atti separati, né la circostanza che il cedente sia un soggetto non munito di autorizzazioni all'esercizio alberghiero, e nemmeno la circostanza che al momento della cessione l'azienda fosse concretamente esercitata. Quel che «unicamente rileva», ai fini suddetti, è la «causa reale» del negozio e la

teressi, soprattutto nell'ambito di interpretazione complessiva dell'atto di autonomia privata che si può qualificare come negozio complesso [39]. Di recente G.B. Ferri, è tornato a più riprese sul tema della causa del contratto, ribadendo e raffinando ciò che aveva brillantemente argomentato circa cinquant'anni fa, ossìa che la causa, come elemento strutturale del negozio giuridico, appare, se la si considera in una dimensione funzionale, l'«espressione oggettivata delle finalità soggettive» che l'autore o gli autori del negozio intendono perseguire [40]. Difatti qualsiasi accordo – costitutivo, modificativo o estintivo di situazioni giuridiche soggettive – può essere analizzato sul piano funzionale e l'interprete dovrà tenerne in adeguato conto analizzare il regolamento concreto del negozio giuridico sul piano funzionale. Ogni pattuizione, come in un'equazione, potrà così essere risolta per la sua "causa". Dottrina e giurisprudenza hanno portato, via via, all'elaborazione della 'definizione' di causa come sopra riportata. In pratica si è avuto una sua «evoluzione dogmatica», che ha portato alla 'germinazione' della cd. "causa in concre-

---

«regolamentazione degli interessi effettivamente perseguiti dai contraenti», anche se mediante una «pluralità di pattuizioni» non contestuali, non potendo darsi valore preminente, rispetto all'«unitarietà dell'operazione economica, alle diversità di oggetto e di cause delle predette pattuizioni, per negare il loro collegamento e consentire l'elusione di una norma tributaria»".

[39] Per una bibliografia dell'istituto del negozio complesso come unitaria operazione economica: A.M AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000; ID., *Contratto e negozio nel "frazionamento" del rapporto giuridico*, Torino, 2009; P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, II, Torino, 1950; C.M. BIANCA, *Il contratto*, II, Milano, 2000; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID, *La causa nella teoria del contratto*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, a cura di Angelici e Ferri, Torino, 1997; ID., *I profili generali della teoria del negozio giuridico*, in *Id*, cit.; ID., *L'"invisibile" presenza della causa del contratto*, in *Id*., *Il potere e la parola*, Padova, 2008; ID., *L'accordo sufficiente e la funzione del contratto*, in *Id*., cit.; ID., *Operazioni negoziali «complesse» e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, *Dir. e Giur*., 2008; E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990; ID., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ*., 1997, I; ID., *Alea e rischio nel contratto*, Napoli, 1997; ID., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ*., 2003, I (e ora in E. GABRIELLI, *Contratto mercato e procedure concorsuali*, Torino, 2006); ID., «*Tipo contrattuale*», *in Enc. giur.*, agg. VIII, Roma, 2000 (e ora in ID., *Studi sui contratti*, Torino, 2000); ID., *Il pegno*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, 2005; ID., *Il "contratto frazionato" e l'unità dell'operazione economica*, in *Giust. civ.,* 2008, I; ID., *Doctrina general del contrato. I, El contrato y la operaciòn econòmica,* Montevideo, 2009; ID., *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, *Riv. dir. comm.*, 2009, I; ID., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2009; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970; ID., *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974; ID., *Contratto preliminare*, Padova, 1991; ID., *La trascrizione del contratto preliminare*, in LUMINOSO-PALERMO, Padova, 1998; ID., *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt.* Iudica-Zatti, Milano, 2001; R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1966; ID., in SACCO-DE NOVA, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2004.

[40] ID, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, *Eur. dir. priv*., 2011, p. 33.

to", guardando alla "funzione economica" perseguita, al fine perseguito in concreto dalle parti, per la cui individuazione è necessaria la ricerca dell'effettiva interpretazione del volere dei contraenti [41] riferita all'intero programma contrattuale. Insomma si deve aver riguardo alla «funzione pratico-economica» [42] perseguita in concreto (per l'appunto il fine pratico, ossìa la causa "in concreto"). La «causa unica» o «causa reale» è, in definitiva, l''elemento qualificante' del negozio complesso: quando la causa è unica perché *(i)* «la conclusione di parte del negozio» non può essere attuata senza la conclusione anche della o delle altre parti (cd. "inscindibilità o connessione oggettiva") o *(ii)* perché le parti hanno inteso «realizzare» e «portare a termine» un «unico negozio giuridico», seppur addirittura composto da «più schemi negoziali», tra loro uguali o differenti, si è in presenza di un negozio complesso (cd. «connessione volontaria»). Risulta poi evidente che la causa unica del negozio giuridico può derivare: *(i)* sia da una «connessione oggettiva» – attuazione di una parte del negozio solo con l'attuazione anche della o delle altre – *(ii)* sia da una «connessione volontaria» (volontà delle parti contraenti). La connessione oggettiva si ha – appunto – quando le singole fattispecie negoziali del contratto possono essere attuate e portate a compimento «solo unitamente» alla o alle altre fattispecie [43] senza alcuna possibilità oggettiva di rendere i singoli schemi negoziali, di cui è composto il contratto, distinti e autonomi: in virtù della connessione oggettiva le singole fattispecie negoziali perdono la loro autonomia per entrare a far parte di «una più ampia fattispecie negoziale unitaria», per l'appunto, il negozio complesso [44].

4. – Esempi tipici, molto frequenti nella prassi concreta, di negozio complesso sono:

(α) il contratto «unico» di «vendita» di «immobili» con la «parte soggettivamente complessa» e con «oggetto plurimo» [più semplicemente contratto «complesso» [45]], sono:

(β) la compravendita di un «fondo agricolo», costituito da vari appezzamenti di terreno, ciascuno dei quali è stato acquistato, a qualsiasi titolo, negli anni, in esclusiva pro-

---

[41] R. NICOLÒ, *Aspetti pratici del concetto di causa*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, II, p. 10 ss.

[42] L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 596.

[28] Dalla locuz. lat. *facti species*, apparenza del fatto, fatto per servire come 'paradigma', ossìa come l'insieme delle circostanze oggettive che hanno attinenza a un rapporto giuridico.

[44] Cass., 7.6.2004, n. 10789, cit.; Cass., 4.5.2009, n. 10180, cit.

[45] *Memento* dal lat. *complèxus-us*, comp. da '*cum*' + *plexum*, che è il nodo, l'intreccio, che significa con 'nodi', 'intrecciato', in quanto costituito di 'più' «parti» – ossìa di più 'persone', più 'manifestazioni di volontà' di 'più soggetti' che tendono al raggiungimento di un'unico scopo', perdendo, nella loro reciproca compenetrazione, ogni individualità – o di più «cose» (ossìa di '*res*'), cioè quale 'complesso' e 'insieme', che non si può sbrogliare, senza che si perda la sua stessa natura e la visione d'insieme che esso consente.

prietà da un 'singolo soggetto' (ad es. il componente della stessa famiglia), oppure in 'comproprietà' tra 'tutti' o anche tra alcuni solo di loro, fondo che è inteso dalle parti (parte venditrice e parte acquirente) alienato nella sua "unitarietà", per un "unico prezzo", convenuto a corpo, a un unico soggetto o a un'unica parte acquirente (anche più soggetti in comproprietà tra loro), in cui, ad es., è prevista la cessione di una porzione tramite una parte e la cessione della restante porzione da parte dello stesso soggetto unitamente ad altro soggetto (es. il coniuge o un fratello o una sorella), in cui la parte cointestata deriva, per es., da un acquisto congiunto o da una successione *mortis causa* o addirittura dall'acquisto effettuato da un solo coniuge in comunione legale con l'altro *ex* art. 177, lett. a), c.c. La vendita posta in essere dalle parti è proprio il caso in cui si sostanzia la fattispecie del contratto con parte complessa (o negozio complesso). La compravendita si configura come un «unico atto» [*rectius* un «solo» negozio giuridico], proprio perché la causa in concreto è 'unica', ossìa l'operazione economica, cioè l'affare è 'uno solo' (vale a dire il trasferimento del fondo agricolo a un «solo prezzo», con un'«unica trattativa», anche se da parte di «più venditori», che costituiscono, tuttavia, una sola «parte soggettivamente complessa») e il «risultato è unitario», in quanto derivante da un «accordo unitario e inscindibile» delle parti;

(γ) la vendita di un «unico» fabbricato di abitazione, di cui, ad es., la maggior porzione è di proprietà di un «solo» soggetto e la restante minor porzione è di proprietà del medesimo soggetto unitamente ad «altro» o altri soggetti, in quanto, per es., le due porzioni hanno una diversa provenienza, ossìa un altro titolo giuridico di origine. Si ipotizzi che la prima porzione di immobile abbia come provenienza un acquisto come bene personale (perché il soggetto alienante, pur essendo in regime di comunione legale, il bene è suo personale perché pervenutogli per donazione o successione, oppure prima del matrimonio o prima dell'entrata in vigore della l. 14.5.1975, n. 151 di "Riforma del diritto di famiglia" – 21.9.1975 – o perché gli è pervenuto per lo scambio di beni personali con l'intervento in atto del coniuge a escludere che il bene cadesse in comunione legale *ex* art. 179, comma 2, c.c.) e la seconda parte abbia come provenienza un acquisto in comunione legale dei beni con il coniuge. Il fabbricato è oggettivamente «unico» e «inscindibile» – è innegabile – seppur di proprietà di più soggetti aventi differenti diritti o diverse quote di comproprietà. Sarebbe impensabile – anche e soprattutto dal punto di vista concreto e oggettivo – il trasferimento di una porzione dell'immobile senza il trasferimento anche della restante parte: ci si troverebbe di fronte a un fabbricato sprovvisto, ad es., dei locali accessori (nel caso su riportato, senza cucina o servizio o altro) necessari e indispensabili perché tale fabbricato possa essere definito ad uso abitativo;

(δ) la vendita di un immobile abitativo intestato a due o più soggetti unitamente a un'area cortilizia pertinenziale intestata ai medesimi con i rispettivi coniugi in virtù del regime della comunione legale o ai medesimi soggetti oltre a un'altra persona. L'immobile, oggetto di compravendita, è costituito da una abitazione con i suoi accessori e la formale intestazione diversa della parte venditrice riguarda unicamente l'area cortilizia pertinenziale. Dal punto di vista oggettivo l'immobile alienato è «uno solo», perché l'abitazione e il cortile sono necessariamente, *de facto*, per la loro intrinseca natura un tutt'uno, nella realtà concreta e oggettiva, ma anche *ex lege*, come statuisce *ad litteram* il cod. civ. all'art. 817 ('Pertinenze'), in base a cui "sono pertinenze le cose destinate in modo durevole a servizio o ad ornamento di un'altra cosa". Anche la legge tributaria all'art. 21, comma 2, d.P.R. 26.4.1986, n. 131 (TU sull'imposta di registro) [46]. Non c'è certamente alcun dubbio che il cortile di un'abitazione, seppur avente un suo autonomo censimento catastale, sia a esclusivo e durevole servizio della casa stessa in un rapporto di servizio o ornamento tra cosa accessoria e cosa principale [47].

Ad ulteriore riprova di quanto affermato, l'art. 818 c.c. ('Regime delle pertinenze') prevede che "gli atti e i rapporti giuridici che hanno per oggetto la cosa principale [abitazione] comprendono anche le pertinenze [cortile], se non è diversamente disposto". Nel caso appena esposto, la vendita dell'abitazione ha già di fatto ed *ex lege* compreso – come statuisce l'art. 818 c.c. – anche il cortile pertinenziale, seppur non espressamente indicato nell'atto stesso [48]. È come quando si vende un appartamento in condominio, vendita che *ex lege* – anche se non espressamente indicato – comprende anche le «quote millesimali» di comproprietà sulle parti comuni, quali il cortile e gli altri enti condominiali. Il negozio giuridico, in tali casi, è pertanto «unico e inscindibile», come unica è la «disposizione alienativa», derivante da un'unica causa (il trasferimento di un immobile nella sua globalità e unitarietà): l'abitazione e il suo cortile pertinenziale sono 'beni inscindibili' per la loro intrinseca natura di bene principale e bene accessorio, come 'un tutto inscindibile' [49];

---

[46] V. *infra* par. 5.

[47] *Pro omnibus* A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale*, cit., p. 192.

[48] Cfr. L. PELLEGRINI, *Commento sub. art. 818*, in *Comm. br. c.c.* Cian-Trabucchi, 11ª ed., a cura di G. CIAN, Milano, 2018, pp. 818-819, *ibi* "la destinazione in modo durevole di una cosa a servizio od ornamento di un'altra «non» necessita di «alcuna forma solenne», neppure nel caso di immobili, mentre l'automatica estensione alla cosa pertinenziale degli atti e dei rapporti, che hanno per oggetto la cosa principale, può esser esclusa soltanto mediante la manifestazione espressa di una «volontà contraria», negoziale, non desumibile *aliunde*".

[49] A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale*, *cit.*, p. 198, dove si parla di "vincolo di accessorietà", e p. 199, *ibi*, si evidenzia che "le pertinenze seguono, di regola, lo «stesso destino» della cosa principale, a meno che non sia diversamente disposto (art. 818 c.c.). Se io vendo, dono, permuto un bene, l'atto ha ad oggetto «anche» le pertinenze, pur se di queste non si faccia cenno e, naturalmente, sempre che le parti non

(δ) la cessione congiunta e contestuale di tutte o parte delle partecipazioni sociali di una società o di un pacchetto azionario. Ricorre spesso il caso in cui, nell'ambito dei trasferimenti di partecipazioni societarie, la parte cessionaria (parte semplice) proponga a tutti o parte dei soci l'acquisto di parte o dell'intero capitale sociale detenuto da vari soggetti (parte complessa) offrendo un unico prezzo globale. Solo se tutti i soggetti [50], a cui è stata rivolta la proposta l'accettano, il contratto si conclude e si sostanzia in un «unico atto» [*rectius* un solo negozio giuridico], proprio perché la causa è unica, ma anche l'oggetto, poiché è interesse del proponente acquistare «solo *in toto*» le partecipazioni oggetto della sua proposta, anche se «da parte di più venditori», che costituiscono una «sola parte» 'soggettivamente complessa' con un 'risultato unitario'.

Negli esempi appena descritti si «combinano» e si «fondono insieme» sia elementi di connessione oggettiva, sia elementi di connessione volontaria: le parti, negli esempi riportati, hanno inteso portare a termine un unico contratto, retto da un'unica causa (la vendita del fondo agricolo o del fabbricato con le relative pertinenze, la cessione di partecipazioni societarie o dell'intero capitale sociale da parte di più soggetti, nella loro

---

manifestino una diversa volontà (Cass., 28.12.2011, n. 29468)». La Comm. Trib. Prov. di Pavia, Sez. I, 17.3.2016, n. 174, in un caso analogo (anzi identico) all'esempio appena fatto, ha affermato che «non» vi può essere dubbio che per il contratto *de quo* la causa del negozio è stata unica e l'accordo unitario, avendo come fine il medesimo risultato. 'Una' è la parte venditrice come del resto 'una' è la parte acquirente del negozio intervenuto. Oggetto della compravendita è senza dubbio un'«unica abitazione» con i suoi accessori e pertinenze, tra cui l'area cortilizia, aventi, questi ultimi 'complementi', solo per forza di cose (date le diverse "provenienze") un'intestazione diversa. In realtà il tutto costituisce, per intrinseca natura, un tutt'uno. Pertanto, il bene va assoggettato a un unico trattamento tributario, ossìa a unica tassazione ai fini dell'imposta di registro. Non è infatti ipotizzabile un trasferimento del fabbricato abitativo senza il cortile pertinenziale da cui si accede, perché così voluto dalle parti. I Giudici ritengono sussistere, nella fattispecie in esame, la ricorrenza di un 'negozio unico' avente ad oggetto tutto il 'cespite nel suo insieme' (casa e cortile), essendo stato indicato l'oggetto del negozio da intendersi come 'bene unitario' ed essendo stato previsto un 'prezzo globale' e perciò 'unico'; *et.* per altri casi analoghi, Comm. Trib. Prov. di Pavia, Sez. III, 14.7.2016, nn. 394 e 395 e ancora 15.12.2016, n. 632, in cui, in particolare, i Giudici, aderendo all'indirizzo della giurisprudenza di legittimità, hanno ritenuto che si è trattato di un solo negozio giuridico (negozio complesso) con un'unica manifestazione di volontà, con il comune intento di alienare i rispettivi immobili a un'unica parte acquirente, con un unico prezzo concordato a corpo e non a misura (Cass., 20.6.2013, n. 15545). La compravendita ha interessato un unico bene immobile, invero la cantina, l'autorimessa e l'orto [caso *de quo*] devono essere considerate pertinenze dell'unità immobiliare e la diversa ripartizione del prezzo di compravendita non sposta i termini della corretta tassazione applicata dal notaio.

[50] Talvolta, nella pratica corrente, le cessioni dell'intero pacchetto consegue in attuazione delle clausole di "*drag along*" e "*tag along*" previste negli statuti sociali. Dette clausole disciplinano il diritto del socio alienante (normalmente "socio di maggioranza) di "trascinare", nel contesto della cessione delle proprie partecipazioni ad un acquirente, anche quelle degli altri soci (normalmente "di minoranza) i quali saranno obbligati a subire il trascinamento del socio di maggioranza. Per un approfondimento sulle citate clausole P. DIVIZIA, *Le clausole di tag e drag along*, Milano, 2013; Mass. 88 Comm. Soc. Cons. not. Milano; Mass. H.I.19 Cons. not. Triv.

globalità, unitarietà e inscindibilità), per un unico e inscindibile prezzo, in quanto il bene ceduto è unico e, pertanto, l'alienazione di una parte di esso non potrebbe essere oggettivamente portata a termine senza l'alienazione anche dell'altra porzione [51]. La presenza di vari venditori in un unico contratto – inteso come unico documento contrattuale – è solo un semplice e superficiale indizio che ci si trova di fronte a più negozi giuridici (certamente in un unico contratto possono essere ricompresi più negozi giuridici, retti, cioè, da più cause). Ma l'assunto non è sempre vero. Occorre invece guardare alla realtà concreta e oggettiva, ossìa alla «causa reale» del negozio, al contratto "*come unica operazione economica*". In definitiva, ogni volta che le parti abbiano inteso alienare o rispettivamente acquistare più immobili congiuntamente (inscindibilmente) per un unico (inscindibile) prezzo, si è in presenza di un «solo negozio» e cioè di un «negozio con parte complessa».

In conclusione, la «complessità», caratteristica del negozio complesso, può essere: *(a)* «oggettiva» – in tal caso si parlerà, più specificamente, di «negozio complesso dal lato oggettivo», inteso come "prestazione unica e inscindibile", per cui non è possibile scindere la prestazione se è unica, inscindibile e indivisibile; *(b)* «negoziale», in quanto è «unitaria» la «manifestazione di volontà negoziale» e vi è, in conseguenza, 'unicità' del 'negozio giuridico': le parti, con un unico negozio (es. una sola vendita), inteso come «unica manifestazione di volontà» – secondo la formula collaudata "ciascuno per i propri diritti, nessuno escluso, e complessivamente per l'intera proprietà", alienano l'immobile per intero e per l'unitario prezzo convenuto. Da ciò discende anche l'«unicità del prezzo» – un *unicum* espressamente pattuito dalle parti – anch'esso inscindibile, indivisibile e non frazionabile.

---

[51] Cfr. Comm. Trib. Prov. Pavia, 15.3.2016, n. 148, *ibi* è stato evidenziato che, contrariamente a quanto ritenuto dall'AdE, la vendita di terreni agricoli, in un 'unico corpo', da parte di 'diversi soggetti alienanti' a un 'unico soggetto acquirente', per 'un solo ed inscindibile prezzo', deve essere considerata una «sola vendita», quale cd. «negozio complesso» (da assoggettarsi a un'unica tassazione); cfr. *etiam* Comm. Trib. Prov. Pavia, 17.3.2016, n. 173, in cui si precisa che nel caso *de quo* (compravendita di terreni agricoli alienati in parte da un 'unico soggetto' e in parte dal 'medesimo soggetto unitamente al coniuge'), le due volontà dei venditori, formanti l'atto, «non» sono distinte, ma si sono «fuse» in un'unica e sola volontà tesa a tutelare l'interesse della parte venditrice nei confronti della parte acquirente che ha versato un «unico prezzo globale»; *idem* Comm. Trib. Prov. Pavia, 15.12.2016, n. 631; Comm. Trib. Prov. Pavia, 21.11.2016, n. 585 e n. 590, *ibi* dopo aver precisato che nel caso *de quo* il prezzo delle compravendite è stato pattuito a corpo, nonostante la differente intestazione dei terreni venduti, si è ribadito che la «volontà» dei cedenti è stata «univoca» nel vendere con un «solo» e «unico atto negoziale».

5. – Cosa differenzia il "negozio complesso" e, nello specifico qui trattato, del "negozio con parte complessa" dai "negozi collegati o connessi"?[52] In apparenza il risultato dell'operazione economica è uguale. Nel caso di vendita con parte soggettivamente complessa, il negozio, caratterizzato da un'"unica causa", da un'unica trattativa (con l'altra parte) e da un "prezzo unitariamente convenuto", costituisce un'unica compravendita [*supra*]. Può anche verificarsi che la stessa operazione economica venga realizzata attraverso il compimento di più negozi giuridici, tra loro autonomi e indipendenti, con cause distinte, seppur preordinati al raggiungimento dell'unico scopo voluto, che renda la causa di ogni negozio connessa con tutti gli altri contratti, con la conseguenza che gli effetti dell'uno si ripercuotono necessariamente sugli altri, in quanto i negozi collegati '*simul stabunt simul cadent*' [ossìa 'insieme stanno insieme cadono'], giacché i singoli contratti sono tra loro legati da un nesso di interdipendenza – basati su una sola operazione economica – per cui la caduta di uno non potrà che travolgere gli altri essendo

[52] Si tratta di ipotesi in cui le parti stipulano sì negozi distinti [collegati], ma funzionalmente «preordinati» dalle parti per la realizzazione di un «disegno unitario» condiviso da tutti contraenti (Cass., 17.5.2010, n. 11974). Il 'collegamento' tra negozi diversi può essere esplicitato da precise 'disposizioni contrattuali' apposte dalle parti, ovvero essere desunto dall''obiettiva relazione funzionale' tra i due contratti. Per una bibliografia in tema di negozi collegati: G. ALPA, *Manuale*, cit., pp. 583-584; G.M. ARMONE, *Collegamento negoziale e revocatoria*; *qualche osservazione*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 767; F. AULETTA, *Il collegamento di negozi*: *note sul caso Maradona*, in *Giust. civ.*, 1992, p. 3213; V. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in Studi in onore di Giuseppe Benedetti, Napoli, 2008, p. 25; P. BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 487 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, I, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1986, p. 752; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, pp. 329 ss.; CASTIGLIA G., *Negozi collegati in funzione di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 398; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, pp. 216; DI NANNI C., *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm*., 1977, I, p. 279 ss.; F. GALGANO, *Tratt. dir. civ*., cit., p. 250 ss.; F. GAZZONI, *Manuale*, *cit.*, pp. 826 ss.; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2002; V.B. MEOLI, *I contratti collegati nelle esperienza giuridiche italiana e francese*, Napoli, 1999, p. 13; F. MESSINEO, *Contratto collegato*, voce *Enc. dir*., Milano, 1962, X, p. 48; ID, *Il contratto in genere*, cit., p. 719 ss.; S. ORLANDO CASCIO-C. ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati*, voce *Enc. giur.* Treccani, vol. IX, Roma, 1988, p. 1 ss.; C.A. PUPPO, *Credito al consumo e collegamento negoziale*, in *Giur. it*., 11/2009, p. 2392; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; F. ROLFI, *La causa come funzione economico sociale*: *tramonto di un* idolum tribus*?*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv*. Iudica-Zatti, Milano, 2000, p. 387; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 215; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, pp. 66-70; R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, voce *Enc. dir*., Milano, 1960, VII, p. 375 e *et.* in Scritti giuridici, I, Padova, 1996, p. 119; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale*, cit., p. 599 ss.; P. TROIANO, *Il collegamento contrattuale volontario*, Roma, 1999, pp. 3 ss. In giurisprudenza, per la distinzione tra negozio complesso e negozio collegato, si vedano Cass. 7.6.2004, n. 10789, *cit.*; Cass. 4.5.2009, n. 10180, *cit.*

l'accordo unitario, stretto e concatenato in un rapporto di reciproca dipendenza [53]. La principale e sostanziale differenza tra il negozio complesso e il collegamento negoziale è la stessa che sussiste tra causa unica (= contratto unico o negozio complesso) e cause distinte (= negozi plurimi collegati). La figura dei contratti «collegati» è tale poiché ciascuno non sarebbe stato concluso se non fosse stato concluso anche l'altro, ma ognuno conserva la sua individualità e ha pertanto una causa autonoma e distinta. In comune i contratti hanno un elemento oggettivo (finalità unitaria) e la volontà soggettiva delle parti contraenti che vincolano reciprocamente i due o più contratti a reciproca dipendenza [54]. Il collegamento tra contratti diversi può risultare 'tipico' e cioè un collegamento necessario (tra contratto e subcontratto) o 'atipico' (collegamento per volontà delle parti) [55]. Inoltre i contratti collegati possono intercorrere tra le stesse parti oppure tra parti diverse, chiamato collegamento "soggettivamente omogeneo" o "eterogeneo" [56]. A differenza del contratto "complesso" – negozio unico – ove le vicende che lo investono (invalidità, inefficacia, risoluzione), concernendo per forza 'tutto' il contratto (inteso come un '*unicum*'), travolgono conseguentemente tutto il negozio, la "capitolazione" del contratto collegato, invece, dovrà essere 'accertata' su istanza della parte interessata [57], fatto salvo

---

[53] In merito al collegamento negoziale G. BOVA CRISPINO, *L'innesco della clausola simul stabunt simul cadent e la sua operatività in regime di c.d. prorogatio del cda*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 11/2018, pp. 1584-1589 (con particolare applicazione al diritto societario); M. MARTONE, *Note sulla clausola simul stabunt simul cadent*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 822. *Ita* F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, cit., p. 418; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 826, *ibi*, è dunque questa unicità [di interesse] a caratterizzare la fattispecie, sia pure attraverso una pluralità di contratti, i quali, per l'appunto, '*simul stabunt simul cadent*', perché sono preordinati ad uno scopo pratico unitario. È la 'finalità complessiva' dell'unitaria operazione economica, voluta dai contraenti, che ha particolare rilievo e che ha spinto le parti a concludere il contratto (è la cd. "causa in concreto"), rendendo idoneo il progetto complessivo delle parti senza che venga frustrata la finalità complessiva dell'operazione economica voluta. [NdA].

[54] R. SACCO e G. DE NOVA, in *Il contratto*, IV[a] ed., Milano 2016, pp. 79-80.

[55] Cass., 27.4.1995, n. 4645, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1093 nota di G. CHINÉ, *Il collegamento contrattuale tra tipicità ed atipicità*, in *Id*, p. 1095 ss., *ibi* si evidenzia che il collegamento contrattuale può risultare tipizzato legislativamente, come nel caso della sublocazione, o può essere espressione dell'autonomia negoziale e che, in tale caso, si configura come un meccanismo, in base al quale le parti perseguono un 'risultato economico unitario e complesso', non per mezzo di un singolo contratto, bensì attraverso una pluralità coordinata di contratti, ciascuno dei quali, pur conservando una causa autonoma, è finalizzato ad un 'regolamento unitario di interessi'. Il criterio distintivo tra 'contratto unico' e 'contratto collegato' non è qui dato da elementi formali, quali l'unità o la pluralità dei documenti contrattuali e la mera contestualità delle stipulazioni, ma dall'elemento sostanziale dell''unicità o pluralità degli interessi' perseguiti dai contraenti.

[56] D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *Tratt. contratti* Rescigno-Gabrielli, t. 1, in *I contratti in generale*, I, Torino, 1999, II ed. agg., 2006, pp. 591-691, pp. 591-691.

[57] ID., *o.u.c.*, p. 641, *ibi*, *uti dicitur supra*, nel 'collegamento bilaterale' l'interdipendenza del regolamento negoziale rispetto al contratto 'unitario e complesso' potrebbe essere vista come un grado minore di in-

il caso 'atipico' – come questo – in cui, in forza dell'autonomia contrattuale, *ex* art. 1322, comma 2, c.c., le parti di ogni contratto, dopo aver preso accordi contrattuali distinti dalle parti degli altri negozi, abbiano tutti insieme convenuto, per interesse di una o più parti, ma con la volontà comune di tutte le parti, di «unire strettamente», ossìa "collegare", i vari negozi giuridici [uguali o anche diversi], sia se stipulati in unico atto sia con più atti. Questa correlazione – *rectius* 'connessione' – voluta inequivocabilmente dalle parti, comporta che se un negozio "cade", analogamente lo stesso destino si rifletterà su tutta la sequenza dei contratti collegati [58]. È questa l'indagine che si deve realizzare al fine di ponderare correttamente la fattispecie del negozio giuridico, partendo dall'assunto che il diritto è in continua trasformazione e non sempre – anzi raramente – è possibile schematizzare, all'interno di "modelli matematici" [59], i contratti che le parti intendono realizzare e portare a compimento.

terdipendenza degli effetti, perché, mentre in presenza di un contratto unico la caducazione potrà '*ipso iure*' e travolgere in un "sol colpo" tutti gli effetti stabiliti dalle parti, la caducazione "riflessa" del contratto collegato 'dovrà' essere oggetto di distinto accertamento – anzi *probabiliter* va ammesso che essa si verifichi se non sempre –necessariamente '*ope iudicis'*su apposita iniziativa della parte interessata, salvo che il suddetto principio "*simul simul"* sia stato previsto in un'«espressa clausola automatica», per cui "insieme staranno oppure insieme cadranno", ossìa '*ipso iure*' il venir meno di una situazione ha, per conseguenza e necessariamente, la fine contestuale di un'altra e viceversa [*hanc innuitur ultima* NdA].

[58] Cfr. Cass. 4.3.2010, n. 5195, in CED 2010, rv. 611671: "Il collegamento negoziale, il quale costituisce espressione dell'autonomia contrattuale prevista dall'articolo 1322 del c.c., è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un «risultato economico complesso», che viene 'realizzato', non già per mezzo di un autonomo e nuovo contratto, ma attraverso una 'pluralità coordinata di contratti', i quali conservano una loro «causa autonoma», anche se ciascuno è concepito, funzionalmente e teleologicamente, come collegato con gli altri, sì che le vicende che investono un contratto possono ripercuotersi sull'altro, seppure non necessariamente in funzione di condizionamento reciproco, ben potendo accadere che uno soltanto dei contratti sia subordinato all'altro, e non anche viceversa, e non necessariamente in rapporto di principale ad accessorio. 'Accertare' la natura, l'entità, le modalità e le conseguenze del collegamento negoziale realizzato dalle parti rientra nei «compiti» esclusivi del «giudice» di merito, il cui apprezzamento non è sindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua e immune da vizi logici e giuridici"; *et.* Cass., 4.9.1996, n. 8070, in *Mass. Foro it.*, 1996; Cass., 23.6.1982, n. 3827, in *Mass. Foro it.*, 1982, *ibi* "la 'causa' che giustifica la validità dell'interdipendenza voluta dalle parti sta nell'«unità dell'operazione economica» che più contratti sono chiamati a realizzare".

[59] È ciò che sembra invece fare *perperam* l'Agenzia delle Entrate nel caso in esame [*supra*].

JUS CIVILE

ROBERTO DANTE COGLIANDRO

Notaio

CREDITI INVOLONTARI DAL *COMMON LAW* AL NOSTRO ORDINAMENTO, GENERALIZZAZIONE DEL FENOMENO E STRUMENTI DI TUTELA

SOMMARIO*: Premessa. – 1. I crediti involontari: dalla prassi alla sedimentazione giurisprudenziale. – 2. Creditori contrattuali ed extracontrattuali. – 3. Credito involontario e veil piercing nel diritto comparato: prassi e giurisprudenza nell'esperienza anglosassone. – 4. Teoria del Piercing the corporate veil e creditori extracontrattuali nell'ordinamento italiano. –5. La responsabilità differenziata come modello generale. – 6. Il profilo del creditore debole. – 7. Conclusioni.*

L'indagine comparata della problematica del credito involontario e del superamento della personalità giuridica richiede una specifica individuazione degli scopi cui mira e dei metodi dei quali si avvale.

La finalità del presente lavoro è principalmente quella di inquadrare la categoria del credito involontario, descrivendone le origini e l'evoluzione; di individuare i tratti distintivi tra gli ordinamenti di *civil law* (ed in particolare quello italiano) e di *common law* con riguardo alle ipotesi di superamento della personalità giuridica (comunemente individuato, nei sistemi stranieri, con la locuzione *piercing the corporate veil*[1]), i rimedi adoperati nei rispettivi sistemi e gli obiettivi raggiunti.

L'esame che si intende effettuare, mediante un metodo positivistico classico con incursioni comparativistiche, concerne la delimitazione della fattispecie e l'individuazione dei tratti essenziali e caratterizzanti. Il metodo enunciato appare il più idoneo ai predetti scopi in quanto, partendo dal dato positivo e interrogandosi sul trattamento ricevuto dalle figure in analisi nell'ordinamento di *common law*, mira a trovare all'interno del nostro ordinamento rimedi a tutela delle situazioni descritte.

[1] WORMSER, *Piercing the Veil of Corporate Entity*, (12 Columbia Law Review Press 1912) pp. 496-518.

Nell'ambito dei sistemi di *civil law*, infatti, la questione è stata sollevata solo di recente, mentre negli ordinamenti di *common law* si poneva il problema già all'inizio del secolo scorso.

Va, tuttavia, anticipato che i due ordinamenti hanno approcci diversi alla tematica, differenza motivata essenzialmente dalle dissimili concezioni di persona giuridica presenti negli stessi.

Ad ogni buon conto, indipendentemente dalla configurazione di persona giuridica che si ritiene di dover accogliere, il superamento dello schermo della personalità giuridica rappresenta esclusione di tutte od alcune qualità della personalità giuridica, e quindi, in definitiva, della persona giuridica, con riguardo agli specifici atti e contegni od anche alla generale attività del gruppo personificato. Si rileva, infatti, come il sistema continentale abbia la tendenza a rispettare la separazione rigida tra ente-società di capitali e soci, difficoltoso frutto dell'evoluzione storica del fenomeno societario. All'opposto, nei sistemi di common law emerge una maggiore propensione a oltrepassare questa separazione in virtù di una maggiore sensibilità verso la realtà e concretezza della complessiva operazione economica di fondo, disciplinata mediante la conformazione nell'ente personificato, secondo un approccio che tiene meno conto degli sbarramenti formali, in una prospettiva di giustizia sostanziale.

1. – Il credito è una posizione giuridica soggettiva che viene generalmente inquadrata nella categoria dei diritti relativi e la cui sussistenza in capo ad una parte presuppone la corrispondente posizione di debito di un altro soggetto, portatore di un interesse contrapposto, con ciò dando vita al c.d. *rapporto obbligatorio*.

Accanto al dovere giuridico, infatti, l'altro elemento che concorre a delineare il concetto di obbligazione è il potere giuridico riconosciuto al soggetto attivo del rapporto obbligatorio, ossia il creditore.

Con riguardo alla definizione di obbligazione, la dottrina tradizionale, poneva in rilievo soprattutto la doverosità della condotta dell'obbligato [2]: l'essenza dell'obbligazione veniva condensata nel debito**.**

L'attenzione sul debitore era ancor più radicata in tempi più antichi e, in particolare, in epoca romana in cui il debitore inadempiente veniva fatto oggetto di dominio da parte

[2] La prevalente attenzione al momento vincolante del rapporto obbligatorio risale alla tradizione romana: cfr. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (diritto romano)*, in Enc. Dir., vol. XXIX, 1979, pp. 1 e ss.

del creditore ed erano previste sanzioni penali anche piuttosto gravi [3].

Nel tempo, tuttavia, si è assistito ad un cambio di prospettiva in proposito che trova la sua genesi anche nel rilievo riconosciuto, in caso di inadempimento, alla possibilità di sottoporre ad esecuzione il patrimonio del debitore (art. 2740 c.c.).

Oggi, infatti, si fa strada la tendenza a concentrare l'attenzione, in tema di rapporto obbligatorio, sulla responsabilità piuttosto che sul debito.

Ne deriva la frequente riflessione che sul debitore più che un dovere di adempiere si incardina una responsabilità in caso di inadempimento.

La formula che meglio esprime il concetto in esame è quella di origine tedesca secondo cui non può esservi responsabilità (*Schuld*) senza debito, né debito senza responsabilità (*Haftung*) [4].

L'obbligazione, dunque, è l'insieme di due elementi, uno soggettivo e personale (il debito), l'altro oggettivo e patrimoniale (la responsabilità).

Alla regola, tuttavia, c'è sempre l'eccezione, potendo individuarsi nel sistema, come affermato da attenta dottrina [5], ipotesi, derogatorie del principio enunciato, in cui sussiste responsabilità senza debito (garanzie) oppure debito senza responsabilità (obbligazioni naturali).

Il Codice vigente, tuttavia, non contiene alcuna definizione di obbligazione e tale omissione legislativa è stata letta come una scelta del Legislatore del 1942 di non decretare definizioni che avrebbero potuto rivelarsi riduttive, limitate o comunque di carente rilievo pratico.

Viceversa, sembra si sia voluta favorire l'elasticità dell'istituto per mantenere aperto il canale di aderenza alla continua evoluzione della realtà concreta.

Dell'obbligazione e delle sue componenti (credito e debito) non è stata fornita una definizione completa neanche dai giuristi romani, non potendo considerarsi tale neanche quella contenuta nelle *Institutiones* di Giustiniano (*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur, alicuius solvende rei, secondum nostrae civitatis iura*) che consiste piuttosto in una delineazione di alcuni elementi strutturali dell'obbligazione.

Proprio con riguardo alla struttura vi è da dire che l'obbligazione non è un concetto di creazione romanistica, essendo riscontrabile una struttura corrispondente a quella delle obbligazioni in tutti gli ordinamenti anche quelli più primitivi.

---

[3] Cfr. SALONO, voce *Debiti (arresto personale per),* in *Dig. disc. priv*., vol. I, Torino, 1989, p. 122 e ss.

[4] Cfr. BRINZ, *Obligatio und Haftung*, in *Arch. civ. prax*, vol. LXX, 1886, 371 e ss., e LASERRA, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, Napoli, 1966, p. 337.

[5] GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, 14°ed., Napoli, 2009, 1001.

Interessante, anche ai fini della presente specifica trattazione, è notare come già il diritto greco antico riveli tracce della nozione di obbligazione (cfr. Codice di Gortina III, 10 e 25).

In particolare, è riconducibile ad Aristotele la classificazione in due tipologie di "*συναλλαγματα*", concetto che sta ad indicare l'accordo e il relativo rapporto tra i soggetti.

Inoltre, merito di Aristotele è anche la distinzione dei rapporti obbligatori in due gruppi: i rapporti volontari sorti per accordo delle parti e i rapporti involontari che derivano da un fatto al quale la legge ricollega il sorgere delle obbligazioni. Ai primi corrispondono le *obligatione ex contractu* del diritto romano e ai secondi le *obligatione ex delicto* [6].

Come le obbligazioni e proprio in quanto sua componente anche il credito può essere volontario oppure non volontario.

La categoria dei crediti volontari è più agevolmente individuabile in quanto in tali ipotesi il diritto di credito nasce dalla volontà di entrambi i soggetti dell'obbligazione, trovando, dunque, la sua origine nel contratto.

Di meno agevole individuazione risulta, viceversa, la categoria dei crediti involontari.

Sebbene possa apparire di immediata facilità associare a questi ultimi i crediti nascenti da fatto illecito, sarebbe riduttivo limitare esclusivamente a tale genere di crediti il concetto di credito involontario.

Come noto, infatti, le fonti delle obbligazioni nel nostro ordinamento vengono indicate dall'art. 1173 c.c. nel contratto, nel fatto illecito e in ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico. La norma, abbandonando la quadripartizione giustinianea tra contratti, delitti, quasi contratti e quasi delitti (ripresa, invece, dal codice del 1865), accede alla tripartizione (di gaiana memoria) tra *obligationes ex contractu, ex maleficio, ex variis causarum figuris* [7].

I crediti involontari possono trovare la loro fonte nel fatto illecito che corrisponde al secondo gruppo della tripartizione.

---

[6] Cfr. *Novissimo Digesto,* Utet, Torino, 1957, voce *Obbligazioni. Diritto Greco,* vol. XI, p. 546.

[7] Cfr. G. DE SEMO, *Gestione di affari altrui* (dir. vigente), in *Noviss. Dig. It.*, Torino, VII, 815, ALPA BESSONE ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, Tratt. Dir. priv., diretto da Pietro Rescigno, VI, 14, Torino, 1995, pp. 23-24; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al codice civile*, Scialoja e Branca. A cura di Galgano. Libro IV. Delle obbligazioni (2043/2059), Bologna-Roma, 1993 p. 27 ss.) e anche la giurisprudenza spesso qualifica alcune fattispecie positivamente indicate in altre norme solo come applicazioni particolari del dovere generico di non cagionare ad altri un danno ingiusto (Cfr. Cass. 28 febbraio 1992 n. 2501, Giust. civ. Mass. 1992, fasc. 2, con riguardo alle norme in tema di concorrenza sleale di cui agli artt. 2598 oppure Cassazione 14 febbraio 1979 n. 971, in Fallimento 1979, 450, con riguardo all'art. 21, comma 3, l. fall., rispetto all'art. 96 c.p.c. e con riguardo a quest'ultimo rispetto all'art. 2043.c.c.).

La definizione generale di illecito è rinvenibile nell'art. 2043 c.c.

La norma trova la sua *ratio* nell'esigenza di tutela della vittima di un danno ingiusto.

Mentre nell'illecito contrattuale, infatti, si verifica una trasformazione dell'oggetto del preesistente rapporto obbligatorio con la sostituzione dell'obbligazione risarcitoria a quella dedotta in contratto, nell'illecito extracontrattuale, invece, l'obbligazione risarcitoria sorge *ex novo*, in conseguenza della violazione dell'obbligo dell'*alterum non laedere*. È da precisare, poi, che, secondo la dottrina prevalente, nel fatto illecito di cui all'art. 1173 c.c. va ricompreso non solo l'illecito acquiliano *ex* art. 2043 c.c., ma anche i fatti dannosi *ex* art. 2045 e 2047 c.c., i quali sono privi di antigiuridicità e potenziali fonti di obbligazioni indennitarie.

Si tratta, in particolare, della categoria dei c.d. atti leciti dannosi, che comprende tutti quegli atti che, pur ledendo la sfera giuridica dei destinatari, vengono disciplinati in modo particolare e diverso rispetto alla generalità degli atti illeciti.

Sono ipotesi presenti tanto nel codice civile quanto nelle leggi speciali in cui si individua la presenza di una norma autorizzatrice di un comportamento, tuttavia, comunque dannoso che produce conseguenze di natura indennitaria per l'autore della condotta [8].

Oltre che nel fatto illecito e nel fatto lecito dannoso, i crediti involontari possono tro-

---

[8] La qualificazione di "atti leciti dannosi", tuttavia, non è unanimemente condivisa, emergendo, sul punto diverse impostazioni.

In primo luogo, vi è chi, pur riconoscendo una categoria di atti leciti dannosi, esclude il collegamento della stessa con quella della responsabilità da illecito, difettando l'ingiustizia del danno richiesta dall'art. 2043 c.c.

Vi è poi, l'orientamento che, all'opposto, ne afferma la riconducibilità all'interno della categoria dell'illecito aquiliano, intravedendo la possibile produzione di un danno ingiusto anche da parte degli atti leciti, intendendo il danno come lesione dell'interesse del danneggiato.

Infine, vi è chi si oppone alla sussistenza di qualsivoglia forma di responsabilità civile, guardando al più all'indennità come ad un onere per l'esercizio di una determinata posizione giuridica soggettiva.

Sul punto può affermarsi che la prima impostazione pare affondare le sue radici nella concezione sanzionatoria della responsabilità civile, la quale impone il parallelismo e l'interdipendenza tra giudizio di riprovevolezza e responsabilità risarcitoria e guarda all'atto lecito, viceversa, come ad un'ipotesi eccezionale, in quanto tale, tassativa in cui l'atto, difettando dell'antigiuridicità tipica della responsabilità risarcitoria, produce ugualmente un danno risarcibile, ma non qualificabile come illecito.

In realtà, può dirsi che gli atti leciti dannosi rappresentano una categoria generale, suscettibile di interpretazione analogica, in cui la responsabilità sorge indipendentemente dalla colpa del soggetto, per la sola imputabilità al soggetto dal punto di vista causale (c.d. responsabilità oggettiva) oppure, in alcuni casi, in mancanza anche di quest'ultima, derivando la risarcibilità del danno da una valutazione da parte dell'ordinamento di natura prettamente economico-patrimoniale dei soggetti del rapporto.

È chiaro, quindi, che anche il fondamento della risarcibilità dei danni conseguenti ad attività lecita debba individuarsi nell'esigenza di tutela di ragioni che, di volta in volta, l'ordinamento ritiene meritevoli di salvaguardia, secondo un'opera di bilanciamento di interessi che conduce a privilegiare determinate posizioni giuridiche rispetto ad altre.

vare fonte anche nella terza categoria di fonti delle obbligazioni data dagli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni secondo l'ordinamento giuridico nei quali rientrano le promesse unilaterali, la gestione di affari altrui, l'arricchimento senza causa e la ripetizione di indebito [9].

Ciò che rappresenta un requisito vitale per il negozio (la sussistenza della volontà in relazione agli effetti dell'atto) non ha rilievo per il credito la cui nascita, come appena visto, può prescindere completamente dalla volontà del creditore, del debitore o di entrambi.

La tematica relativa ai crediti involontari involge necessariamente la questione dell'applicabilità anche ai crediti involontari dei mezzi posti, di regola, a tutela del credito. Ciò dipende dal rilievo che l'ordinamento accorda a tali crediti e dall'interesse che ha verso la tutela di tali situazioni giuridiche soggettive.

La tutela del credito può dirsi, sotto molteplici profili, differente a seconda della fonte da cui deriva, com'è immediatamente percepibile già dal differente regime di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale a sfavore di quest'ultimo che ha caratteristiche maggiormente onerose per il creditore (fondate peraltro, proprio sul difetto di un rapporto preesistente) [10].

---

[9] In particolare, le promesse unilaterali producono obbligazioni per effetto di una dichiarazione unilaterale di volontà, senza che occorra la concorde dichiarazione del destinatario. Queste sono rette dal principio di tipicità, producendo effetti obbligatori solo nei casi ammessi e disciplinati dalla legge (salve le aperture verso il riconoscimento di atti unilaterali atipici), e tra le quali debbono essere compresi anche i titoli di credito.

Quanto alla gestione di affari altrui; il pagamento dell'indebito e l'arricchimento senza causa, questi sono fatti che producono obbligazioni in maniera simile ai fatti illeciti (da qui l'antica dicitura di quasi-delitti), sorgendo l'obbligazione indipendentemente dalla volontà del soggetto obbligato. Esistono anche obbligazioni che derivano dalla legge, in forza di una disposizione specifica che le stabilisce, come l'obbligo agli alimenti, a cui sono tenuti reciprocamente gli appartenenti a un nucleo familiare quando uno di essi si trovi in condizioni di indigenza.

[10] Questo regime di evidente sfavore per il creditore emerge già dalla prima differenza fra i due tipi di responsabilità concernente la valutazione del danno. Nelle ipotesi di responsabilità extracontrattuale, la norma da tenere in considerazione è l'art. 2056 c.c., che contiene un espresso rinvio all'art. 1223 c.c. (secondo il quale il risarcimento deve comprendere sia il danno emergente sia il lucro cessante ove siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento), all'art. 1226 c.c. (secondo cui, in mancanza di prova sull'esatto ammontare del danno, spetta al giudice compiere una valutazione equitativa) e all'art. 1227 c.c. (che stabilisce una diminuzione del risarcimento, in caso di concorso colposo del danneggiato e la non risarcibilità dei danni che quest'ultimo avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza). L'art. 2056 c.c. non richiama l'art. 1225 c.c., applicabile, al contrario, ai casi di responsabilità contrattuale. Tale disposizione limita il risarcimento al danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione, allorché non sia ravvisabile, nella condotta del debitore, né dolo, né colpa. L'orientamento unanime, in proposito, è che il legislatore abbia volutamente tralasciato di richiamare l'art. 1225 c.c. e, quindi, il criterio della prevedibilità del danno non si applica alla responsabilità extracontrattuale.

La differente tutela del creditore a seconda della fonte del suo credito assume particolare rilievo in contesti normativi caratterizzati da una separazione patrimoniale come quello societario o dei patrimoni destinati in cui la differenza tra creditori volontari (di scopo o generici che siano) e involontari acquista fondamentale importanza.

La tematica del rapporto tra tutela del credito (in particolar modo se di origine involontaria) e separazione patrimoniale ha guadagnato progressivamente sempre maggiore rilevanza, anche in conseguenza dei cambiamenti che hanno interessato di recente il nostro ordinamento.

Sul punto, una certa incidenza è stata esercitata dall'introduzione generalizzata del *trust* nel nostro ordinamento (per chi accoglie la teoria estensiva) che, secondo il prevalente orientamento, ha posto in discussione i principi generali del nostro ordinamento, tra i quali quello della garanzia generica del debitore (art. 2740 c.c.).

Vi è, poi, da rilevare che, più recentemente, si è assistito ad un fenomeno di moltiplicazione ad opera del legislatore delle ipotesi (speciali rispetto al dettato degli artt. 2740 e 2741 c.c.) di separazione patrimoniale. Mentre, infatti, queste ipotesi in un primo momento restavano ancorate ad una rigidità (soggettiva e/o oggettiva) dei presupposti, oggi tendono ad assumere la forma di fattispecie aperte, a carattere generale, tanto da far persino dubitare della resistenza dei principi della unicità del patrimonio e della *par condicio creditorum*.

Ci si riferisce con tali osservazioni, in particolar modo, alle fattispecie di recente introduzione di cui agli artt. 2447-*bis* c.c. e ss. nonché l'art. 2645-*ter* c.c. [11].

Di fronte al mutato quadro normativo, in particolare ad opera degli artt. 2447-*bis* c.c. e ss. nonché dell'art. 2645-*ter* c.c., si fa più prepotente l'esigenza, da un lato, di chiarire

---

Altra differenza degna di nota è rinvenibile in materia di onere della prova. Mentre nella responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2697 c.c., spetta al danneggiato (creditore) dimostrare l'esistenza di tutti gli elementi indefettibili del fatto illecito, compreso l'atteggiamento soggettivo dell'autore (salve le fattispecie di responsabilità indiretta ovvero oggettiva), in quella contrattuale si ha un'inversione dell'onere della prova in favore del creditore. Il legislatore, difatti, ha introdotto una presunzione relativa di colpevolezza del debitore che si rende inadempiente, esonerando l'attore dal relativo onere probatorio. La relatività della presunzione fa salva, tuttavia, la possibilità del debitore di liberarsi da ogni responsabilità, dovendo costui provare l'assenza di una qualsiasi colpa propria, derivando l'impossibilità di adempiere da causa a lui non imputabile (cfr. art. 1218 c.c.).

[11] Quest'ultima norma, in particolare, nel consentire la trascrivibilità degli atti con cui di beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati "alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, secondo comma" – è di grande rilievo e interesse teorico, avendo riaperto la questione relativa al rapporto tra l'autonomia privata e la separazione patrimoniale, estendendola anche a sfere non specificamente appartenenti al diritto societario e commerciale.

meglio il ruolo dell'art. 2740 c.c., la cui *ratio* è da sempre individuata nella tutela del credito e, dall'altro, di definire meglio la particolare posizione dei creditori involontari rispetto alla limitazione di responsabilità derivante dalla separazione patrimoniale che richiederebbe una tutela rafforzata, rispetto ai creditori volontari, se non altro per l'opportunità di scelta rispetto all'insorgenza del loro credito, riconosciuta a questi ultimi e non ai primi.

La tematica attiene al fenomeno di origine anglosassone, sviluppato prima nella prassi e poi sedimentato dall'elaborazione giurisprudenziale, della distinzione, a fronte dell'esistenza di una separazione patrimoniale, a carattere solo oggettivo (patrimonio separato) o anche soggettivo (società con limitazioni di responsabilità), dei mezzi di tutela, a seconda della natura (volontaria o involontaria) della fonte dell'obbligazione.

In altri termini, la questione concerne l'indagine sulla possibilità o meno e, in caso positivo, sulla potenzialità espansiva, di far dipendere dalla differente natura della fonte dell'obbligazione i limiti del privilegio della limitazione della responsabilità, caratteristica di alcuni tipi di società e, più in generale, di fenomeni di separazione patrimoniale. Questo fenomeno ha condotto a congegnare forme di tutela a favore dei creditori extracontrattuali (in quanto involontari) che ipotizzano il superamento della persona giuridica a tutela dei titolari di un credito risarcitorio che andasse oltre (per dimensioni) la solvibilità del patrimonio della persona giuridica, neutralizzando, in tal modo la limitazione di responsabilità.

Viene, quindi, introdotta una fondamentale distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale fondata sull'idea che coloro che vantano ragioni creditorie ancorate ad un contratto precedentemente stipulato con la società meritino una tutela inferiore rispetto ai creditori c.d. «involontari», i quali hanno senza intenzione acquisito il loro diritto nei confronti della società [12].

Sono creditori del primo tipo tutti coloro che, nel prendere parte a delle trattative negoziali, hanno esercitato un potere contrattuale. Questa dinamica consente loro di preve-

[12] Cfr. *West v. Costen* [1983] W. D. Va., 558 F. Supp. 564, 586 ("*a victim of a statutory illegality or tort may be more entitled to pierce [a corporate veil] because, unlike contractual creditor, the former's dealings tivith the corporation are involuntary and uninformed"*; *United Papenworkers Int Union v. T.P. Property Corp*., 583 F. 2d 33 (1,1 Cir. 1978) ("(…) *because contracts are private, consensual relationships in which each party has a clear and egual obligation to weigh the potential benefits and risks of the agreement*»). In dottrina, tra gli altri, HACKNEY & BENSON, *Shareholder Liability for Inadeguate Capital*, (*U. Pill. L. Rev*. 1962) 837, 860: "*[M]ost courts make a distinction between tort creditors and contract creditors, on the ground that certain contract creditors – "voluntary creditors"– have a choice as to whether or not extend credit to the corporation, whereas the tort claimant is always an involuntary creditor*». Contra, *Labadie Coal Co. v. Black* [1982] D.C. Cir 672 F. 2d 92, 100.

dere il rischio derivante dall'operazione e, eventualmente, prima della definizione della trattativa, di svolgere indagini sulla solvibilità e affidabilità della società e dei suoi vertici, a domandare garanzie o che il rischio venga compensato da controprestazioni di valore superiore [13].

I creditori involontari hanno subito un pregiudizio a causa della condotta colposa della società e hanno diritto al risarcimento con un conseguente diritto a soddisfarsi sul capitale sociale della società.

Rientrano in tale categoria, poi, anche i consumatori finali del prodotto della società, per i danni subiti nell'utilizzazione del prodotto medesimo, rivelatosi difettoso (dunque non solo casi di responsabilità aquiliana per colpa ma anche casi di responsabilità oggettiva, o quella da prodotto difettoso).

Accanto a tali condotte societarie, un altro comportamento dei soci di una *business corporation* può dar luogo ad un'applicazione del *piercing the veil*, dato dall'inosservanza delle regole procedurali previste dall'ordinamento giuridico per il funzionamento della società («*disregard of corporate formalities*»).

I creditori involontari, come visto, a differenza di quelli volontari, non hanno alcun modo di prevedere ragionevolmente il loro ingresso in questo genere di rapporto giuridico obbligatorio con la società e, pertanto, non dispongono neanche di rimedi per annullare o ridurre il rischio connesso al rapporto in questione.

Il tema dei *tort creditors* è, nell'ambito del diritto anglosassone, al centro del dibattito dottrinale sulla responsabilità limitata, che mette in luce come la *doctrine* della *limited liability* crei una sorta di trasferimento del rischio d'impresa dai titolari ai creditori indipendentemente dalla natura volontaria o involontaria della fonte del loro credito.

Emerge, tuttavia, una tendenza prevalente dei giudici alla disapplicazione della *limited liability* ove sia invocata da un *tort creditor* [14].

---

[13] Cfr. *Brunswick Corp. v. Waxman [1979]* 2d Cir., 599 F. 2d 34, che ha confermato 1° precedente pronuncia della District Court pubblicata in 459 F. Suppl. 1222 (E.D.N.Y. Sep 15 1978) 1231: «*the plaintiff was not wronged by the fact that the corporation was organized with a trifling capital and could not live except upon borrowed money; nor by the fact that the lenders insisted upon security. He knew the essential facts and accepted the situation*»).

[14] Cfr., per una prima pronuncia in questo senso, *Hanson v. Bradley* [1937] N.E., 298 Mass. 371,10 2d 259, 24 *("(The plaintiff dealt with that corporation. There is nothing to show that he was deceived. Thefair inference is that he knew the wothlessness of the corporation with which he contracted (...)"*. Il punto è stato ed è ancora oggi oggetto di ampia discussione in dottrina. Sembra fuori discussione, tuttavia, il consolidamento di questa tendenza giurisprudenziale a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta: cfr. *United States v. jon-T Chemicals Inc*. [1985] 5th Cir., 768 F. 2d 686, 693; *Miller v. Dixon Industries Corp*. [1986] RT, 513 A. 2d 597, 604 "*(Courts (...) have been less likely to ignore corporate forms in contract cases*

Anche nel nostro sistema è rinvenibile una disciplina in materia di patrimoni destinati che appare ispirata dalla tutela dei creditori involontari, nella misura in cui conserva illimitata la responsabilità della società per i crediti derivanti da fatto illecito, rendendo in tal modo inopponibile la limitazione di responsabilità ai creditori involontari ed evitando che ricada su di essi il rischio.

Al tradizionale modello di organizzazione dell'attività della società per azioni il legislatore ha affiancato il nuovo modello dei patrimoni destinati a specifici affari, volto a realizzare forme di frazionamento della garanzia e del rischio tra i creditori a seconda della rispettiva categoria e classe con la graduazione della tutela in funzione dell'informazione resa disponibile, delle possibilità di previsione e controllo, fino ad approdare, nei casi più gravi, allo squarcio del velo della destinazione, ove le ragioni di credito derivino da fatti illeciti.

Analoghe considerazioni possono valere anche nell'ipotesi della sottopatrimonializzazione determinata da un abuso, in caso di sproporzione rispetto alla realizzazione dell'affare.

La normativa cui si ha riguardo è la disciplina della responsabilità da fatto illecito nei patrimoni destinati di S.p.A. (art. 2447-*quinquies*, comma 3, seconda parte), la quale attribuisce primario rilievo all'informazione a seconda delle differenti classi di creditori sociali e che, per la prima volta, contempla la fattispecie dello squarcio della segregazione (anche se con riguardo al solo effetto della inopponibilità della destinazione) nei confronti dei c.d. creditori involontari, ossia da illecito o comunque per violazione degli obblighi informativi.

La norma è dotata di una certa rilevanza pur senza spingersi, come accade nel sistema statunitense, verso il superamento del velo della personalità, ma limitandosi a rendere inopponibile un vincolo di scopo di un patrimonio che non ha personalità giuridica.

2. – Il *piercing the corporate veil* viene applicato dai giudici americani secondo la distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale.

Si ritiene, come visto, che coloro che fondano le ragioni creditorie su un contratto

---

where the plaintiff has made a knowing and deliberate choice in dealing with a particular entity»; *Molander v. Raugust – Mathwig, Inc. [1986]*, 44 Wash. App. 53, 722 P. 2d 103, 107 «*A professional architect doing business in a complex financial world cannot pierce a corporate veil and thereby escape the legal consequences of failure to protect himself by professing ignorance as to corporate and partnership liability. Subjective expectations or postdisaster wishful thinking is not a substitute for legal advice and appropriate contract language*».

precedentemente stipulato con la società meritino una tutela marginale rispetto ai creditori c.d. «involontari», che hanno, cioè, "involontariamente" maturato il loro diritto nei confronti della società.

Nella categoria dei creditori volontari rientrano la maggior parte dei creditori, i quali hanno partecipato a delle trattative negoziali nel corso delle quali hanno esercitato un potere contrattuale. Questi soggetti hanno avuto l'opportunità di prevedere il rischio derivante dall'operazione e, pertanto, avevano la possibilità, anteriormente alla conclusione delle trattative, di svolgere indagini sulla solvibilità della società e sull'affidabilità dei suoi dirigenti, oppure di domandare idonee garanzie del credito o la compensazione del rischio con una controprestazione di maggiore valore.

I creditori involontari sono invece i soggetti che, a causa dell'azione colposa della società, hanno ricevuto un danno ingiusto, conseguendo un diritto a soddisfarsi sul capitale sociale a titolo di risarcimento. Questi soggetti, come già visto, non avevano la possibilità di immaginare la nascita del rapporto giuridico obbligatorio con la società e, dunque, non avevano a disposizione rimedi per l'annullamento o l'abbassamento del rischio ad esso connesso.

La tematica del *tort creditors* negli Stati Uniti è particolarmente sentita in relazione alla responsabilità limitata e ha condotto, come già visto, la *doctrine* della *limited liability* a realizzare una traslazione del rischio d'impresa dai dirigenti a coloro che ne sono creditori, a prescindere dalla natura volontaria o involontaria del credito.

I giudici restano, in ogni caso, inclini a disapplicare la limitazione di responsabilità quando sorga in capo ad un creditore extracontrattuale.

Tuttavia, l'aver subito un pregiudizio non è circostanza di per sé sola e automaticamente sufficiente a trasgredire l'impegno dell'ordinamento giuridico nei confronti di imprenditori e risparmiatori sorto al momento della nascita della società.

In una prospettiva metodologica porre l'attenzione sul patrimonio della società in veste di luogo di confronto e indice della coesistenza di interessi di diversa natura riconducibili a differenti categorie di soggetti si rivela utile a trattare le questioni relative alla responsabilità patrimoniale del debitore in modo non esclusivamente circoscritto al singolo rapporto di debito-credito tra soggetti, ma guardando al patrimonio nella globalità. Per questa via, l'interesse dei creditori non si limita a relazionarsi esclusivamente con l'interesse del titolare dei beni, ma con quello di eventuali altri soggetti che su quel patrimonio possono rivendicare pretese o interessi giuridicamente rilevanti, costituendo la tecnica della separazione il mezzo di regolazione di tali relazioni. In caso di insolvenza del debitore il confronto tra creditori rivela un fenomeno per cui ciò che guadagna un credi-

tore viene perduto da un altro e, in questo contesto, ad avere la meglio saranno i creditori che hanno più possibilità di autotutelarsi. In tal senso, i provvedimenti normativi che riconoscono molto margine all'autotutela creditoria, risultano nuocere ai creditori meno capaci di autotutelarsi.

Nella specie, con riguardo, esemplificativamente, ai patrimoni destinati, la disciplina prevista pone in modo inedito l'attenzione ai creditori sociali involontari i cui diritti sorgono da torti subiti e, pertanto, si rivelerebbe iniquo esternalizzare su di essi i costi delle manovre sociali ed il relativo rischio di cui non hanno alcuna contezza. Il legislatore italiano, tra i primi a riconoscere un rimedio in tal senso, fa salva la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito, rendendo così inopponibile la limitazione della responsabilità, al fine di scongiurare che la separazione provochi un incoraggiamento a ripartire il rischio d'impresa riversandolo sui creditori involontari, preordinando, invece la portata del rischio alla quale esporre i singoli ambiti dell'attività.

Lo spaccatura del velo della personalità giuridica è generalmente inerente proprio a fatti illeciti piuttosto che a contratti. La ragione di tale distinzione proviene dall'economia del rischio morale: nelle ipotesi in cui le società rispondono del rischio in capo ai creditori in conseguenza della responsabilità limitata, diminuisce la probabilità che diano inizio ad operazioni i cui costi per la collettività siano maggiori dei vantaggi per la medesima.

Dal quadro del *lifting the corporate veil* nel sistema della *common law* deriva una rinuncia a principi precisi e sicuri tipici della forma mentis del giurista continentale. Nel *common law* la giurisprudenza è orientata, piuttosto, verso la ricerca della giustizia del caso concreto che rifugge dalla cristallizzazione di principi fissi.

Viceversa, gli ordinamenti continentali sono maggiormente orientati alla ricerca di principi di portata generale applicabili al caso concreto, per cui non è questo a esprimere un principio specifico, ma è il principio astratto esistente nell'ordinamento la fonte della soluzione del caso concreto.

Resta, in ogni caso, da osservare che, nonostante nel nostro ordinamento l'applicazione del principio dello squarcio del velo assuma una rilevanza nettamente inferiore, non potendo trascurare la differenza tra superamento del diaframma della personalità giuridica in caso di abuso della stessa e semplice inopponibilità ai creditori involontari di un vincolo di destinazione, in un contesto in cui non vi è alcuna alterità soggettiva, le ragioni economiche fondanti la disciplina in questione sono analoghe a quelle che ispirano la tecnica giurisprudenziale del c.d. piercing the corporate veil. Peraltro, vi è la particolarità che quest'ultima tecnica non ha ricevuto riconoscimento legale a differenza della disposizione codicistica che è tra le poche ipotesi positive in tema di creditori involontari al mondo.

3. – La tematica trae la propria origine nel diritto comparato [15] e, in particolare con il caso statunitense Walkovsky v. Carlton nel 1966 [16] in cui la vittima di un incidente vedeva il mancato riconoscimento del risarcimento dei danni per insufficienza del patrimonio della società titolare dell'autoveicolo causa dell'incidente.

Veniva invocata l'illegittimità della sottocapitalizzazione delle singole società operative operata in modo fraudolento, in quanto comandate da un'unica entità e la possibilità di agire direttamente nei confronti del socio, chiedendo il superamento della responsabilità limitata.

Tuttavia, malgrado il rigetto della richiesta da parte dei giudici dello Stato di New York (che, nel caso di specie, ritennero non dimostrata la confusione patrimoniale tra la società convenuta, il socio e le altre società del gruppo), il caso costituì il pretesto per sollevare una questione già particolarmente sentita in ambito dottrinale.

In particolare, veniva in rilievo l'interrogativo (delineato, nel caso di specie, dal giudice Keating nella sua relazione di minoranza) se il riconoscimento in via esclusiva a coloro che esercitano impresa del vantaggio della responsabilità limitata tramite il modello della società per azioni si fondi su ragioni così inderogabili da consentire che tale privilegio possa valere sempre, a prescindere da quanto se ne abusi, dal grado di irresponsabilità e dalle ricadute sulla collettività.

Tale riflessione pone in evidenza i pericoli derivanti da un'operazione che si manifestava come potenzialmente capace, attraverso tali espedienti, di ridurre drasticamente e, in modo probabilmente sproporzionato, il rischio per società di capitali in condizioni di sottocapitalizzazione materiale.

Emerge, quindi, la necessità di contemperamento tra due opposte esigenze, quella, da un lato, di valorizzare la funzione della responsabilità limitata come strumento per il massimo sviluppo dell'impresa e, dall'altro di garantire l'effettività della tutela con particolare riferimento alla responsabilità civile.

---

[15] Nell'ambito dei sistemi di *civil law* il problema è stato affrontato solo di recente, mentre negli ordinamenti di *common law* già iniziava ad assumere rilievo all'inizio del secolo scorso, quando, nel 1912, la dottrina americana aveva già fornito i primi contributi alla ricerca. Cfr. WORMSER, *Piercing the Veil of Corporate Entity,* (12 *Columbia Law Review* 1912), 496-518.

[16] Nel diritto statunitense si è sviluppata già da anni un'ampia elaborazione con riferimento alla disciplina delle garanzie patrimoniali e, più in generale, alla questione delle regole di riparto tra creditori. In particolare, poi, è stata posta in relazione la tematica della separazione con quella della limitazione della responsabilità del debitore (tendenzialmente l'impresa), considerando la separazione come sistema di regolazione dei conflitti, oltre che come incentivo nella definizione dei rapporti tra i diversi operatori economici che ruotano intorno all'organizzazione (Hansmann – Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, NYU Law and Economics Working Paper No. 00-006, Id. *Il ruolo essenziale dell'organizational* law, in *Riv. soc.,* 2001, 21).

La soluzione immaginata rappresenta un tentativo di contemperamento tra la necessità di colpire condotte di volontaria sottocapitalizzazione rispetto al rischio prevedibile di incidenti e quella di conservare la responsabilità, sottraendo quelle iniziative poste in essere in modo proporzionato ed equilibrato rispetto alle condizioni patrimoniali e finanziarie della società, anche se dovessero poi trovarsi in situazioni di insolvenza per cause non imputabili ad un'organizzazione premeditata e abusiva dei soci.

Ulteriore percorso tracciato per realizzare una forma di contemperamento degli interessi suddetti è quello di congegnare una responsabilizzazione degli amministratori per *mala gestio* che esula del tutto dalle dinamiche della responsabilità limitata e si configura come responsabilità separata. In tal senso si profila una tendenza giurisprudenziale alla creazione di una sorta di "ultraresposabilità" degli amministratori che si affianca alla responsabilità della compagine societaria.

L'impostazione in parola, in ogni caso, non è scevra da osservazioni critiche [17] che hanno ritenuto che il meccanismo del superamento della responsabilità limitata può riconoscersi ai creditori extracontrattuali di una controllata quando si tratti di un'impresa di gruppo a compagine sociale ristretta, sempre nei limiti dei beni appartenenti alle società del gruppo o delle partecipazioni di queste. Infatti, in tali ipotesi, la suddivisione dell'attività in più centri di imputazione non svolge alcuna funzione di diversificazione del rischio, ma mira esclusivamente ad una socializzazione (ben poco efficiente) del costo dei torti.

Nell'evoluzione giurisprudenziale successiva la questione viene affrontata con una più acuta coscienza, sviluppandosi ulteriormente la dottrina del c.d. *Veil piercing*, tant'è che è emersa la tendenza di diverse corti nord-americane a conferire rilievo alla natura della pretesa creditoria, considerandolo uno dei parametri da valutare per verificare l'applicabilità del superamento della responsabilità limitata [18].

Questa tendenza giurisprudenziale alla disapplicazione della responsabilità limitata, differenziata a seconda che l'abuso venga posto in essere in pregiudizio di creditori contrattuali o extracontrattuali, ha iniziato a trovare terreno sempre più fertile dagli anni ottanta in poi. È iniziata, così, a farsi strada l'idea (sensibilmente fondata) che, in caso di abuso, i creditori extracontrattuali necessitino di una tutela più vigorosa rispetto ai creditori contrattuali, in quanto questi ultimi, a differenza dei primi, sono maggiormente in grado di curare la propria sfera di interessi mediante l'esercizio di autonomia privata.

---

[17] Cfr. sul punto D.W. LEEBRON, *Limited Liability, Torts Victims, and Creditors*, (Colum. L. Rev.1991) 1565, 1650.

[18] Cfr. TONELLO, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali,* Padova, 1999, 67-168.

Pertanto, la natura extracontrattuale del credito inizia a rivestire un significativo rilievo anche nella configurazione o meno di una condotta come abusiva, ai fini del superamento o meno della responsabilità limitata.

Tuttavia, un tale esito porta inevitabilmente con sé dei dubbi quanto alla costruzione teorica, mancando un'organizzazione sistematica del fenomeno, destinato, così, a restare sul terreno della singola esigenza emergenziale del momento, fondata su ragioni equitative.

D'altra parte, la considerazione appena espressa rivela una maggiore coerenza dell'approccio in questione con una *forma mentis* tipica dei sistemi di *common* law, i quali, a differenza di quelli di impronta continentale, sono caratterizzati da un'elaborazione giurisprudenziale che tende a rifuggire dalle costruzioni teoriche e dall'inquadramento rigoroso e minuzioso del singolo caso in un predeterminato sistema di principi, di norme e di concetti, ma realizza un accostamento di fondo approssimativo, in un'ampia e aperta ispirazione a criteri generali, per poi procedere in via autonoma alla ricerca della soluzione che nella specie appare giusta.

L'atteggiamento fondamentale della giurisprudenza è, tendenzialmente, quello rivolto alla ricerca della giustizia del caso concreto, che guarda con timore la fissazione di saldi principi.

Lo squarcio del velo della personalità giuridica è, come visto, di regola, connesso proprio ai fatti illeciti piuttosto che ai contratti. A fondamento della distinzione si pone la c.d. economia del rischio morale: ove le società si trovino a dover pagare per il rischio affrontato dai creditori a causa della responsabilità limitata, saranno disincentivate dall'intraprendere attività i cui costi per la collettività superino i vantaggi.

Con maggior impegno esplicativo, può dirsi che mentre i creditori contrattuali vengono remunerati *ex ante* per l'aumento del rischio di inadempimento *ex post*, i creditori extracontrattuali, diversamente, non trovano remunerazione.

In effetti, i creditori extracontrattuali resterebbero privi di tutela, non essendo in grado di imporre all'impresa garanzie o clausole contrattuali di salvaguardia né di elevare il tasso di interesse a titolo di corrispettivo per la concessione del credito non garantito che li remuneri per il rischio assunto. Questi ultimi, infatti, non possono "adattare" il proprio contratto di debito per far sì che tenga conto della rischiosità dell'impresa, essendo necessario, in linea di principio, che i creditori siano nelle condizioni di conoscere e misurare il rischio di inadempimento [19], al fine di ottenere una remunerazione adeguata [20].

[19] La distinzione tra creditori contrattuali ed extracontrattuali è destinata a venire meno ove il debitore si impegni allo sviamento con dolo o falsa rappresentazione, non potendo essere, in tale ipotesi, i costi dell'assunzione di rischi sproporzionati, integralmente internalizzati.

Questa dinamica porterà con sé un'assunzione di rischi sproporzionati da parte delle imprese, le quali tenderanno a trasferire la gran parte dei rischi sui creditori.

In alcuni ordinamenti, come visto, è riconosciuta, a fronte di tali situazioni, a condizioni particolari, il superamento del velo della responsabilità, in modo da poter aggredire il patrimonio della società in caso di dolo o falsa informazione [21]. I casi più frequenti si verificano quando una società offre una falsa rappresentazione della natura della propria operatività, delle proprie attività, ovvero delle condizioni finanziarie. Oggi la questione è particolarmente sentita come dimostrato dalla circostanza che, attualmente, le banche nei mutui richiedono alla parte mutuataria una dichiarazione contenente l'attestazione di veridicità della dichiarazione dei redditi. Ciò anche in conseguenza dell'attuale normativa bancaria che rende obbligatorio per le banche avere i dati reddituali dei clienti che hanno contratto un mutuo, un fido, o un prestito. Tali accorgimenti sono funzionali a scongiurare ogni genere di alterazione della percezione in ordine alle capacità di soddisfare il finanziamento richiesto, generando, quindi, affidamento sulla solvibilità delle debitrici e sulla genuinità delle operazioni intraprese.

Possono, poi, verificarsi anche ipotesi più velate in cui l'impresa induce il creditore a credere erroneamente di potersi soddisfare sul patrimonio di altre società [22], creando, così, la falsa rappresentazione della solvibilità delle società tale da ingenerare un affidamento sulle prospettive di un debitore che si trova, invece, in condizioni di insolvibilità.

Frequenti applicazioni della dottrina del *piercing the corporate veil* si sono registrate con riguardo a società di capitali unipersonali o con un numero ristretto di soci, essendo

---

[20] La remunerazione richiesta dai creditori volontari (dipendenti, clienti, fornitori, finanziatori) dipende dal rischio che si trovano ad affrontare.

[21] Non risultano ordinamenti in cui siano riconosciute ipotesi di superamento dello schermo societario in relazione a società quotate o quando gli azionisti non partecipino alla gestione, mentre i casi più importanti includono ipotesi di dolo contrattuale o di condotte opportunistiche dei soci (cfr. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, 76, (Cornell Law Review, 1991) 1036, per gli Stati Uniti; Mitchell, *Lifting the Corporate veil in the english courts: an empirical study*, (Company, financial and Insolvency Law Review 1999) 15, per il Regno Unito; Huffer, *Gesellshaftsrecht*, VI ed., 2003, 334 s. per la Germania 34. Sul punto cfr. anche Krendl – Krendl, *Piercing the Corporate veil: Focusing the Inquiry*, 55 (Den L. J 1, 1978) 31-34, e Blumberg, *The law of corporate groups: tort, contract and other Common law problems in the substantive law of parent and subsidiary corporations*, 1987; Easterbrook – Fischel, op. cit., 303; sul tema cfr. pure Verrucoli, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano 1964.

[22] Come quando gli amministratori comunichino espressamente l'accollo da parte di una società controllante dei debiti della controllata oppure quando controllante e controllata hanno nomi simili, atti a fare credere al creditore di interfacciarsi direttamente con la controllante. In tali ipotesi i creditori non sono in condizioni di valutare adeguatamente il rischio di inadempimento, aumentando così la probabilità che l'impresa assuma iniziative con rischi sproporzionati.

il meccanismo invocato da creditori involontari della società (come visto, da individuarsi nei danneggiati da fatto illecito della società o dei beneficiari finali dei prodotti di consumo o dei servizi offerti dalla società).

I giudici, malgrado la dottrina miri a considerare illimitatamente responsabili i singoli soci individuali, tuttavia, giungono molto più di frequente al riconoscimento della responsabilità di una società per i debiti assunti da una società collegata o partecipata.

Con particolare riguardo alle società collegate con la riforma societaria del 2003, il legislatore ha individuato nell'art. 2497 cod. civ. il fulcro normativo della responsabilità a cui è sottoposta la società che esercita l'attività di direzione e di coordinamento nei confronti dei soci e dei creditori della società sottoposta a tale attività.

Nella Relazione al d.lgs. n. 6/2003 la questione relativa alla responsabilità della controllante nei confronti dei soci e dei creditori della controllata è stata segnalata come centrale con riguardo al fenomeno dei gruppi di società.

Modificando l'art. 2497 cod. civ. il legislatore ha altresì individuato il punto di equilibrio tra la liceità del modello organizzativo che prevede l'utilizzo dello schema dei gruppi di società e i legittimi vantaggi competitivi scaturenti da tale sistema con l'abuso dell'utilizzo di tale schema organizzativo, che la società capogruppo potrebbe perpetrare in danno dei soci e creditori della società controllata.

La novità normativa, come precisato anche dalla giurisprudenza di legittimità [23], costituisce una modifica rivoluzionaria nel nostro sistema giuridico, scardina il "dogma", dell'autonomia patrimoniale delle singole società controllate.

La problematica della responsabilità della società controllante per gli atti formalmente compiuti dalla società controllata è stata trattata anche dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea [24] che l'ha risolta affermativamente nell'ipotesi in cui la società control-

[23] Una delle prime massime giurisprudenziali successive alla riforma del 2497 cod. civ. è rappresentata dalla Cass. pen. 18.11.2004, n. 10688 "A partire dal 1° gennaio 2004, nel nostro ordinamento giuridico è ormai configurabile l'impresa di gruppo. La direzione unitaria del gruppo vulnera il principio, finora imperante, di autonomia patrimoniale delle singole società controllate, in quanto l'art. 2497 c.c. configura una vera e propria responsabilità dell'impresa-holding (individuale o societaria), nei confronti dei soci e dei creditori sociali delle società controllate, per fatti riferibili al loro patrimonio, ma riconducibili ad una mala gestio unitaria del gruppo".

[24] Secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, punto 37, della Sentenza del 20.1.2011: "*Per quanto riguarda la questione relativa alle circostanze in cui una persona giuridica che non ha commesso l'infrazione possa tuttavia essere sanzionata, deriva da costante giurisprudenza che il comportamento di una controllata può essere ascritto alla società controllante in particolare qualora, pur avendo una personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, alla luce in particolare dei nessi economici, organizzativi e giuridici che uniscono le due entità giuridiche*".

lata, anziché avere una propria autonomia, si limiti a seguire le direttive impartite dalla società controllante.

La regola della responsabilità illimitata viene talvolta utilizzata dai giudici ove i partecipanti ad un'attività economica societaria non abbiano osservato rilevanti formalità procedurali proprie dell'organizzazione della società (come ad esempio le procedure di emissione delle azioni, di elezione degli amministratori, di indizione e svolgimento dell'assemblea, di tenuta delle scritture contabili) oppure ove i soci non si siano preoccupati di mantenere la separazione tra il loro patrimonio e quello societario, o ancora, ove non si sia disposto di un capitale adeguato a far fronte ai rischi derivanti dall'attività economica.

4. – Dall'analisi effettuata emerge chiaramente che negli ordinamenti anglosassoni la persona giuridica è formalmente un soggetto differenziato dai suoi membri finché non emerga un buon motivo per squarciare il velo della personalità giuridica. Tale motivo è da individuarsi, da una parte, nelle ipotesi in cui il legislatore straniero ritiene necessario il superamento dello schema societario e, dall'altra, nelle ipotesi in cui si debba impedire un abuso della persona giuridica.

Interessante, ai fini dell'analisi in oggetto, è indagare nel nostro ordinamento, la presenza di fenomeni di superamento della personalità giuridica.

L'esame delle fattispecie di *piercing the corporate veil* estere pone in rilievo come a tale categoria sia possibile ricondurre ipotesi molto diverse tra di loro. Rientrano, infatti, in tale fenomeno anche casi in cui non vi sia alcun superamento dello schema societario, ma che realizzano un "allargamento dei soggetti responsabili" rispetto ai creditori di una società (*rectius* l'affiancamento, alla società, di ulteriori soggetti che vengono resi responsabili per le obbligazioni della prima).

Ci si riferisce, per esempio, allo *shadow director* inglese che, riteniamo, trova un valido corrispondente nella figura dell'amministratore di fatto.

Con riguardo, invece, al *piercing the corporate veil* più strettamente inteso, cioè il superamento dello schema societario nel caso di abuso della personalità giuridica, possono dirsi presenti ipotesi analoghe all'interno del nostro ordinamento e importante sarebbe sondare anche la possibilità di rinvenire, nel nostro ordinamento, forme di superamento della personalità giuridica distinte da quelle espressamente previste dal legislatore e da quelle relative all'abuso della personalità giuridica.

Utile si rivela rintracciare alcune ipotesi di superamento della personalità giuridica

individuabili nel nostro ordinamento come la figura dell'amministratore dai fatto e quella del socio unico e di abuso della personalità giuridica

Con riguardo all'amministratore di fatto, l'accertamento e la declaratoria di tale qualità in capo ad un soggetto comporta l'operatività di tutte le norme relative all'amministrazione della società, come affermato in dottrina: "le norme in tema di responsabilità degli amministratori si applicano anche ai soggetti che di fatto (pur in mancanza di qualsiasi nomina) esercitano le funzioni proprie degli amministratori".

Tale impostazione è confermata anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte[25] secondo cui: "le regole che disciplinano l'attività degli amministratori ….sono applicabili anche a coloro che si sono inseriti nella gestione della società senza avere ricevuto da parte dell'assemblea alcuna investitura, neppure irregolare o implicita" ed "è configurabile la responsabilità *ex* artt. 2392 e 2393 c.c. anche a carico di chi (…) risulti inserito nella organizzazione sociale e riferisca alla società l'attività svolta".

L'operatività delle norme sulla responsabilità degli amministratori di diritto nei confronti del soggetto agente solo di fatto genera l'automatica comparsa in capo a quest'ultimo di una responsabilità solidale, con quella degli amministratori di diritto, per le condotte realizzate.

È chiaro, dunque, come la figura dell'amministratore di fatto costituisca il preciso corrispondente dello *shadow director* anglosassone sì da potersi ricondurre nella categoria delle ipotesi di *piercing the corporate veil* del nostro ordinamento. Si tratta di un soggetto responsabile di cui i terzi non hanno conoscenza e sulla cui responsabilità non possono confidare nel momento in cui contrattano con la società.

Un'ulteriore ipotesi di *piercing the corporate veil* riguardava, prima della recente riforma del diritto delle società, il socio unico di s.r.l. La fattispecie è stata ora modificata e, nello stesso tempo, ampliata dal legislatore, con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge delega 2 ottobre 2001, n. 366".

Nella vigenza della precedente disciplina, l'art. 2362 c.c. sanciva il principio della de-

---

[25] Cfr. Cass. 27 febbraio 2002, n. 2906, e nello stesso senso, Cass. 14 settembre 1999, n. 9795. Come affermato dalla Suprema Corte: "le regole che disciplinano l'attività degli amministratori regolano, in realtà, il corretto svolgimento dell'amministrazione della società, e sono quindi applicabili non solo a coloro che sono stati immessi, nelle forme stabilite dalla legge, nelle funzioni di amministratore, ma anche a coloro che si sono ingeriti nella gestione della società senza aver ricevuto da parte dell'assemblea alcuna investitura, regolare o implicita", e dalla dottrina: "accanto all'amministratore di fatto vi è, di norma, anche un amministratore di diritto, regolarmente nominato ed in carica. In questi casi …, ovviamente, l'amministratore di diritto risponde assieme all'amministratore di fatto, delle violazioni commesse".

cadenza dell'azionista dal beneficio della responsabilità limitata, prevedendo la detta norma che "In caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni risultano essere appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamente".

Tale norma era considerata un superamento legislativo dello schermo.

Con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge delega è stata introdotta nel nostro ordinamento la figura della s.p.a. unipersonale, con il quale il legislatore delegato ha portato a compimento un lungo iter propositivo. La riforma del diritto societario, innovando sul punto, ha stabilito che la società per azioni può essere costituita, oltre che per contratto, anche per atto unilaterale (art. 2328 ex d.lgs. n. 6/2003) ed ha introdotto una specifica disciplina in materia di s.p.a. unipersonale, seppur frammentata in varie disposizioni.

L'art. 2325 c.c., come novellato dalla riforma, ha così introdotto nel nostro ordinamento la s.p.a. "originariamente" unipersonale caratterizzata, in via generale, dalla responsabilità limitata dell'unico azionista. Ne consegue che oggi la costituzione di tale tipo di società è possibile in ragione di iniziative, non già collettive, ma individuali, che permettono di accedere alla separazione del patrimonio dell'impresa dal residuo patrimonio del soggetto cui l'iniziativa imprenditoriale risale.

Va evidenziato come, in tema di responsabilità, se è vero che la regola generale è quella della esclusiva imputabilità alla società degli atti compiuti e dell'attività svolta in suo nome, nonché delle relative conseguenze patrimoniali sfavorevoli, con conseguente irresponsabilità dell'unico azionista (art. 2325, comma 1), è anche vero che permangono nella nuova disciplina societaria, seppur drasticamente ridotte rispetto al attuale testo dell'art 2362 c.c., ipotesi di responsabilità illimitata dell'unico azionista.

La responsabilità illimitata dell'unico socio ha natura eccezionale, sussidiaria ed ambito oggettivo ristretto. Sotto il primo profilo, infatti, si deve osservare che nel nuovo testo il legislatore delegato ha previsto la responsabilità dell'unico socio esclusivamente "in caso d'insolvenza" della società. Si deve desumere, vista la continuità rispetto al passato nell'uso di tale "ambigua" espressione, che la corretta interpretazione dovrà essere la medesima cui erano pervenute, nel vigore della vecchia disciplina, dottrina e giurisprudenza.

Oltre alle ipotesi presentate, nel nostro ordinamento sono presenti svariati casi di superamento della personalità giuridica in relazione ai casi di abuso della personalità giuridica da parte dai soci.

Si registra un'impostazione dottrinale piuttosto diffusa favorevole alla possibilità di superare lo schermo della personalità giuridica imputando i rapporti giuridici posti in essere dalla società direttamente ai suoi soci, tuttavia, questo orientamento ritiene fermamente che ciò possa aver luogo solo nel caso in cui si configuri un abuso della personalità giuridica.

L'abuso della personalità giuridica rientra nella più generale figura dell'abuso del diritto.

Il concetto di abuso del diritto viene generalmente ricondotto a tutte le ipotesi in cui vi sia un esercizio anormale di un diritto, tale da generare un pregiudizio o un pericolo di danno per altri soggetti, senza soddisfare l'interesse del titolare.

La figura in questione è stata oggetto di molteplici studi e controverso ne è il suo riconoscimento all'interno dell'ordinamento giuridico, dal momento che non è espressamente e specificamente prevista dal codice civile.

Con riferimento alla questione specificamente affrontata in questa sede, in ambito societario, la materia dell'abuso del diritto è stata esaminata con riferimento al fenomeno dell'abuso della personalità giuridica quando essa costituisca uno schermo formale per eludere la più rigida applicazione della legge [26].

In tal caso, proprio richiamando l'abuso, ne sarà possibile, per così dire, il suo "disvelamento" (piercing the corporate veil).

Per abuso della personalità giuridica si intende la circostanza di beneficiare della disciplina speciale in condizioni diverse da quelle che ne giustificano l'applicazione: in altri termini, fruire dell'esenzione dal diritto comune oltre i limiti entro i quali il legislatore aveva inteso contenerla.

I rimedi sanzionatori differiscono a seconda del tipo di abuso: ove una società di capitali risulti costituita al solo scopo di fornire ai soci il vantaggio della responsabilità limitata e agendo questi ultimi in violazione della disciplina di organizzazione e di funzionamento del tipo di società prescelto, il superamento dello schermo della personalità giuridica consente di considerare responsabili i soci, illimitatamente e solidalmente, per tutte le obbligazioni sociali.

In altri casi, superando lo schermo della personalità giuridica si giunge ad imputare direttamente ai soci i rapporti giuridici della società ovvero, in caso di gruppo di società, scardinare l'alterità soggettiva delle singole società del gruppo imputando a ciascuna, o alla sola holding, i rapporti giuridici facenti formalmente capo ad ognuna.

Spesso l'abuso viene sanzionato attraverso quel rimedio repressivo c.d. *exceptio* (o

[26] Cass. 25.1.2000 n. 804; Cass. 16.5.2007, n. 11258.

replicatio) doli: in presenza di un comportamento scorretto del socio o del legale rappresentante della società qualificabile in termini di abuso della personalità giuridica è possibile paralizzare la sua azione (o eccezione) opponendogli appunto una eccezione di dolo.

Peculiare ipotesi di abuso della società viene individuato nella società sottocapitalizzata, ossia la società per azioni, o società a responsabilità limitata, che si costituisce con un capitale esiguo sproporzionato rispetto alla tipologia di attività economica indicata nell'atto costitutivo come oggetto sociale. Del vantaggio della responsabilità limitata (spesso limitata ad un capitale irrisorio) beneficiano i soci solo nei confronti dei creditori deboli, ossia di coloro che non hanno la possibilità di subordinare il credito che fanno alla società alla concessione di garanzie da parte dei soci, e che pertanto si vedono costretti ad assumersi il rischio dell'insolvenza della società loro debitrice. Accanto alla garanzia prestata dai soci ai creditori forti della società spesso si associa la prassi dei sistematici finanziamenti dei soci, volti a rendere possibile alla società di far fronte ai propri impegni finanziari. Per tal via, dietro la veste formale di una società di capitali, i soci si comportano in sostanza come soci di una società di persone con conferimenti non predeterminati, essendo tenuti *ex* art. 2253, comma 2, c.c. «a conferire, in parti uguali fra loro, quanto è necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale».

L'abuso della personalità giuridica, dunque, consiste nell'abuso dei diritti scaturenti dalle norme che la legge pone per delineare e disciplinare il concetto di persona giuridica, fra i quali il diritto di tenere il proprio patrimonio separato dal patrimonio della persona giuridica, anche identificato nel beneficio della responsabilità limitata. Sanzionare l'abuso della persona giuridica, andando oltre lo schermo, significa disapplicare quelle norme disconoscendo agli autori dell'abuso, i diritti nascenti da esse. Significa ritornare al generale principio della illimitata responsabilità patrimoniale del debitore.

Il nostro ordinamento, in sintesi, riconosce la possibilità di invocare l'abuso della personalità giuridica il superamento dello schermo ove una società di capitali risulti costituita al solo scopo di fornire ai soci il vantaggio della responsabilità limitata, avendo agito questi ultimi in violazione delle fondamentali regole del tipo di società prescelto.

In tali ipotesi la personalità giuridica della società viene ridotta a mero simulacro formale, al riparo del quale i soci hanno agito come se fossero soci di una società di persone. Pertanto, va sancita la loro decadenza dal beneficio della responsabilità limitata o, in caso di fallimento della società, il loro personale fallimento.

Il socio che pone in essere l'abuso è il c.d. «socio tiranno», il quale «con l'assoluto disprezzo delle regole fondamentali del diritto societario, degrada la società a suo mero strumento mediante confusione di patrimoni, utilizzando la società come cosa propria».

Altro settore in cui si registra la presenza di un possibile superamento della personalità giuridica è quello della separazione patrimoniale e, in particolare, della responsabilità differenziata *ex* art. 2447-*quinquies*, comma 3 c.c.

Nell'analisi della responsabilità differenziata si può delineare una prospettiva più ampia che estrae delle ipotesi di responsabilità differenziata che non fanno capo solo alla disciplina della destinazione, ma che sono presenti anche in altri settori dell'ordinamento.

Si rinvengono, infatti, almeno altre tre ipotesi in cui l'autonomia patrimoniale tende ad eclissarsi per rispondere a specifiche esigenze di tutela dei creditori da torto o involontari.

Una prima ipotesi è data dalle s.p.a. in mano pubblica risultante dalla trasformazione della Cassa Depositi e Prestiti la cui disciplina ricalca quella prevista dall'art. 2447-*quinquies*, comma 3 c.c.

Un'altra ipotesi presente nel codice civile è quella dell'autonomia del fondo patrimoniale tra coniugi.

Sul punto emerge la questione del trattamento dei creditori di fonte legale o extracontrattuale nell'ambito di una separazione patrimoniale che preclude la soddisfazione sui beni e sui frutti del fondo per tutti quei debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei alla famiglia (art. 170 c.c.).

È da rilevare che il riconoscimento da più parti dell'involontarietà del credito non contrattuale viene in un certo modo valorizzato.

Da una parte, si ritiene che i creditori che vantano diritti estranei ai bisogni della famiglia non possono soddisfarsi in quanto la loro soddisfazione resta esclusa dalle obbligazioni assunte nell'interesse della famiglia. Ciò però trova un temperamento alla luce di esigenze di affidamento, potendo il divieto di soddisfarsi sul fondo essere opposto solo ai creditori coscienti dell'estraneità dell'obbligazione ai bisogni familiari.

In aggiunta, si tende a ritenere che questo criterio di ripartizione si possa estendere analogicamente anche alle obbligazioni di fonte legale o extracontrattuale, tuttavia, in caso di creditori involontari, ogni esigenza di tutela dell'affidamento dei creditori viene meno restando a galla solo il criterio dell'estraneità all'interesse della famiglia.

Sul punto conviene oggi l'opinione prevalente anche se resta un orientamento minoritario che tende a circoscrivere alla materia contrattuale il regime di autonomia del fondo patrimoniale, valorizzando l'interpretazione letterale che fa leva sul termine "crediti contratti" utilizzato dall'art. 170 c.c., per tal via escludendo ogni possibilità di soddisfazione di crediti extracontrattuali o involontari.

Altra ipotesi di indebolimento dell'autonomia patrimoniale è quella del fallimento

come strumento di esdebitazione del debitore meritevole (art. 142-144 l. fall. e modifiche alla disciplina previste dagli artt. 278 e ss. del Codice della crisi d'impresa).

Questo strumento si affianca alle società di capitali come ulteriore strumento di limitazione della responsabilità patrimoniale. Interessante è notare che il Legislatore ha previsto anche con riferimento a questo istituto la caduta della responsabilità patrimoniale nei confronti delle vittime dei torti (artt. 142, comma 3, lett. b), l. fall. e modifiche alla disciplina previste dagli artt. 278 e ss. del Codice della crisi d'impresa).

Lo strumento dell'esdebitazione promuove l'attività produttiva e l'assunzione del rischio, ma aumenta il costo del credito, tuttavia tale dinamica non funziona nei confronti delle vittime dei torti e, più in generale, dei creditori involontari che subiscono il rischio senza poter rifiutare.

Il legislatore ripropone, dunque, una forma di tutela dei creditori da torto o involontari dell'impresa ispirata alle stesse ragioni poste a fondamento della responsabilità differenziata del patrimonio destinato (art. 2447-*quinquies*, comma 3 c.c.).

Un'importante novità si è avuta di recente con il d.lgs. n. 14/2019 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) che ha previsto l'inserimento del quinto comma all'art. 2476 cod. civ. che stabilisce la responsabilità degli amministratori delle società a responsabilità limitata nei confronti dei creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.

In altre parole, a seguito di questa norma di nuova introduzione, ove una SRL entri in stato di crisi e l'amministratore non aveva predisposto in società gli strumenti indicati dalla legge per prevenirla, quest'ultimo ne risponderà personalmente anche con il suo patrimonio personale.

Dalla disamina appena effettuata emerge quindi un'esigenza di carattere sistematico di elevare a principio generale il sistema di valori che ispirano la responsabilità differenziata che caratterizza più di un istituto all'interno del sistema.

È d'uopo, a tal proposito, evidenziare una recente pronuncia della Corte Costituzionale (n. 90/2018) che può avere una certa incidenza tema di responsabilità differenziata e, in particolare, sulla generalizzazione del fenomeno [27].

---

[27] V. Corte cost. 26 aprile 2018, n. 90, in corso di pubblicazione in Società con nota di F. FIMMANÒ, La Consulta introduce la "supersolidarietà" tributaria nella scissione. La Cassazione esclude, sul piano generale, che la norma civilistica configuri la specie del beneficio di escussione, osservando che, nei casi in cui viene ammesso, tale beneficio è sempre riferito al patrimonio o al debitore da sottoporre a esecuzione forzata, mentre l'art. 2506-*quater*, comma 2 pone unicamente l'accento sulla mancata soddisfazione dei crediti. Di qui l'immediata conclusione che la stessa norma evochi piuttosto il c.d. *beneficium ordinis*, essendo sufficiente a integrare la specie del difetto di soddisfazione del credito non già la compiuta preventiva

La Corte Costituzionale afferma un principio che apre le porte all'ammissibilità della responsabilità differenziata e, in particolare, alla possibilità che, in omaggio ad un principio di uguaglianza sostanziale, più che formale, e alla luce di un'interpretazione teleologica della normativa, si riconosca, a seconda delle finalità di tutela degli istituti di volta in volta in questione, una responsabilità illimitata alla società a determinate condizioni, ove vi siano ragioni di interesse pubblico o comunque interessi superiori che ne giustifichino l'illimitatezza.

La Corte afferma, infatti, la legittimità costituzionale della responsabilità solidale illimitata delle società beneficiarie per i debiti tributari, dichiarando non fondate le q.l.c. dell'art. 173, comma 13, TUIR e dell'art. 15, comma 2, d.lgs. n. 472/1997 sollevate in riferimento agli artt. 3 e 53 Cost., ritenendo giustificato il trattamento differenziato dei debiti civilistici rispetto a quelli tributari.

Più nel dettaglio, con la sentenza n. 90 del 2018 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 173, comma 13, TUIR, nella parte in cui prevede, in caso di scissione parziale di una società, la responsabilità solidale e illimitata della società beneficiaria per i debiti tributari riferibili a periodi di imposta anteriori alla data dalla quale l'operazione ha effetto, e dell'art. 15, comma 2, d.lgs. n. 472/1997, nella parte in cui prevede, in caso di scissione parziale, che ciascuna società beneficiaria è obbligata in solido al pagamento delle somme dovute a titolo di sanzione per le violazioni commesse anteriormente alla data dalla quale la scissione produce effetto.

La vicenda prende le mosse dalla decisione della CTP di Pisa di sollevare questione di legittimità costituzionale della disciplina fiscale che prevede un trattamento di favore per l'Erario in caso di scissione.

L'art. 173 TUIR, infatti, dispone che per i debiti tributari rispondono illimitatamente le società beneficiarie di scissione parziale. Le disposizioni censurate disciplinano, dunque, i debiti tributari in modo diverso rispetto ai debiti civilistici, per i quali gli artt. 2506-*bis*, comma 3 e 2506-*quater*, comma 3 c.c. prevedono una responsabilità limitata alla quota di patrimonio netto attribuita alla società beneficiaria.

La sentenza in questione, che assume un'importanza significativa in relazione al tema oggetto di trattazione, fonda la sua decisione su alcune argomentazioni chiaramente esposte.

---

escussione del debitore principale (cioè la società assegnataria del passivo), ma solo la sua messa in mora (Cass. 7 marzo 2016 n. 4455, con nota di M. CAVANNA, La responsabilità sussidiaria delle società partecipanti alla scissione per i debiti non soddisfatti dall'assegnataria, tra *beneficium ordinis* e *beneficium excussionis*, in Giur. comm., 2018, 74 s.).

La prima argomentazione viene rinvenuta dalla Corte nella specialità dei crediti tributari.

I crediti tributari, infatti, hanno nel nostro ordinamento "*una marcata connotazione di specialità*", in quanto vanno ad alimentare la finanza pubblica, affinché sia assicurato il prescritto equilibrio di bilancio tra entrate e spese. Da tale vincolo deriva un'esigenza superiore di regolare l'adempimento delle obbligazioni tributarie con norme *ad hoc*, con conseguente impossibilità di equiparare integralmente l'inadempimento di tali obbligazioni e quello delle obbligazioni civili. Peraltro, anche nel diritto societario si rinvengono elementi di specialità che tutelano i crediti tributari.

In secondo luogo, la Corte Costituzionale valorizza il particolare regime di solidarietà delle obbligazioni tributarie. In particolare, vige una sostanziale parificazione dell'obbligazione solidale tributaria a quella civile, con conseguente applicazione della disciplina della solidarietà civilistica, in virtù della quale l'atto compiuto da uno dei condebitori, o contro uno di essi, spiega efficacia anche nei riguardi degli altri solo se a questi giova.

Con specifico riferimento alla scissione, per i debiti tributari rispondono tutte le società beneficiarie: il regime di solidarietà è illimitato e senza *beneficium excussionis*, *ex* art. 15, comma 2, d.lgs. n. 472/1997. Per i debiti non tributari della società scissa, invece, la solidarietà è limitata al valore effettivo del patrimonio netto attribuito a ciascuna società beneficiaria, *ex* art. 2506-*bis*, comma 3, c.c.

L'amministrazione finanziaria può vantare una situazione più favorevole rispetto ad altri creditori sociali, ma tale trattamento differenziato appare giustificato, sul piano costituzionale del rispetto del principio di uguaglianza e di ragionevolezza, proprio dalla connotazione di specialità dei crediti tributari. La Consulta rileva come "la necessità che sia assicurato il regolare adempimento delle obbligazioni tributarie si traduce, infatti, nell'esigenza di conservazione della piena garanzia *ex* art. 2740 c.c. sul patrimonio della società originaria".

La mancata limitazione della responsabilità solidale appare, dunque, giustificata dalla specialità dei crediti tributari e risponde ad un criterio di adeguatezza e proporzionalità.

In conclusione, la Corte Costituzionale dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 173, comma 13, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (Approvazione del testo unico delle imposte sui redditi), e dell'art. 15, comma 2, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 (Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, a norma dell'articolo 3, comma 133, della legge 23 dicembre 1996, n. 662), sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 53 Cost.

5. – Come già accennato, la responsabilità differenziata *ex* art. 2447-*quinquies*, comma 3 c.c. costituisce uno dei possibili rimedi utilizzati dal legislatore per gestire situazioni analoghe a quelle che richiedono (negli ordinamenti anglosassoni) lo strumento del piercing the corporate veil.

Il problema che si pone, con riguardo ad essa è quello di verificare se può costituire un principio di diritto dell'impresa applicabile, in via diretta o analogica, anche alle società di capitali.

La personalità giuridica delle società di capitali non presuppone sempre l'irresponsabilità dei soci per le obbligazioni sociali essendovi, infatti, ipotesi di responsabilità illimitata dei partecipanti che assumono valenza eccezionale, derivando da una responsabilità senza debito o per un debito altrui. È poi interessante comprendere se tali elementi di discontinuità della persona giuridica siano volti a sanzionare una posizione di dominio o tirannia sull'impresa.

Altra indagine di significativo interesse è se tali disposizioni possano esprimere una presunzione *ex lege* di abuso della personalità giuridica capace di sancire la responsabilità personale dei soci in funzione di tutela dei creditori in presenza di evidenti abusi del privilegio della responsabilità limitata.

In ogni caso è rinvenibile un punto in comune del pensiero giuridico in tema di personalità giuridica: la natura giuridica degli enti personificati non mette più in discussione il riconoscimento del suo valore relativo e positivo.

L'indebolimento del dogma della personalità giuridica come ente assoluto e insuperabile ha conseguenze anche in tema di responsabilità differenziata.

Affermato il valore relativo della personalità giuridica l'idea che contrappone la responsabilità per debito proprio a quella senza debito o per debito altrui si riferisce solo ai differenti effetti prodotti dal superamento dell'autonomia patrimoniale, mentre resta da verificare se il fondamento dello stesso sia da rinvenirsi nelle particolari caratteristiche della destinazione o da elementi ricorrenti anche nelle società di capitali.

Ne consegue un possibile rovesciamento di prospettiva essendo la portata dell'autonomia patrimoniale di una persona giuridica o di un patrimonio separato una conseguenza della disciplina a seconda delle caratteristiche organizzative e dei fini di politica del diritto perseguiti.

Alla luce di tali considerazioni, in relazione all'art. 2447-*quinquies*, comma 3 c.c. ci si interroga se questo possa considerarsi un rimedio di diritto societario o dell'economia a protezione dei creditori da torto o involontari che assuma le forme del *Durchgriffshaftung* con la propagazione in capo ai soci della responsabilità di una società di capitali

mediante il superamento o la disapplicazione della sua personalità giuridica. Sul punto sono emerse due impostazioni.

Una prima lettura è volta a stabilire se la responsabilità differenziata del patrimonio destinato possa giustificare il superamento della separatezza tra soci e società di capitali, generando un principio di diritto dell'impresa secondo cui in presenza di determinati elementi sia da considerarsi abusiva o comunque contraria a buona fede l'opponibilità della responsabilità limitata delle società di capitali ai propri creditori da torto o involontari.

Una ricostruzione alternativa, si emancipa dalla teoria dell'abuso e guarda allo scopo della norma, indagando se il contesto normativo possa giustificare una disapplicazione, restrizione o riduzione teleologica delle norme d'imputazione che stabiliscono l'alterità soggettiva della società di capitali.

Dall'analisi della responsabilità differenziata si può enucleare, quindi, in un'ottica più estesa un principio di responsabilità differenziata più generale che non attenga esclusivamente alla destinazione, ma anche ad altre aree dell'ordinamento.

6. – L'impostazione che si fonda sulla distinzione delle classi di creditori ai fini del superamento della responsabilità limitata, collegando l'involontarietà del credito all'illecito e la volontarietà al contratto non è sempre coerente con le finalità di tutela dei creditori deboli e la natura volontaria o involontaria del credito non può derivare de plano dall'elemento formale del titolo giuridico dell'obbligazione. Ciò tanto più se si considera che la realtà dei traffici giuridici e commerciali si presenta come molto variegata e, spesso, l'impresa è tenuta ad adempiere obbligazioni nei confronti di creditori contrattuali, ma involontari oppure extracontrattuali, ma volontari.

Tale considerazione nasce dal riscontro che talvolta esigenze di tutela di creditori involontari sorgono anche con riguardo a creditori contrattuali posti in condizione di particolare debolezza. Questi ultimi rappresentano creditori che hanno espresso la volontà di assumere il credito, ma non quella di subire l'applicazione dello statuto che, invece, è imposto.

Questa tipologia di creditori, per così dire, volontari, ma comunque deboli, ricomprende soggetti quali i lavoratori non qualificati, i fornitori medio-piccoli, i creditori non professionali per prestazioni di modesto valore e gli enti erogatori di servizi pubblici, i consumatori.

Questi, infatti, si trovano di frequente nella situazione di non poter rifiutare il credito [28].

[28] F. FIMMANÒ, *Patrimoni,* cit., p.167. Cfr. anche M. LUTTER, *Gesetzliches GarantieKapital als Problem europaischer und deutscher Rechspolitik,* in AG, 1998, p. 375 ss.

Si precisa, infatti, che la presunta piena capacità di autotutela dei creditori volontari presuppone condizioni di mercato perfetto e la parità di informazioni e capacità di valutazione e monitoraggio del rischio.

Tuttavia, queste condizioni hanno carattere astratto e teorico, in quanto le condizioni di autotutela piena possono riconoscersi a creditori come le banche e grandi fornitori, ma non certo in altri casi riferiti a creditori di media statura.

Tale considerazione rivela una prima criticità della responsabilità differenziata non potendo presumersi in modo assoluto che tutti i creditori da contratto abbiano accettato e correttamente valutato nel rapporto con il patrimonio destinato il rischio della sua insolvenza.

Inoltre, l'assunto della volontarietà del credito è da verificare in concreto anche per i crediti derivanti da illecito nell'esecuzione di rapporti contrattuali conclusi da soggetti in condizioni di parità negoziale.

Vi sono ipotesi, infatti, in cui il credito risarcitorio proviene da una tipologia di illecito che può recidere la presunzione di accettazione del rischio da parte del creditore [29].

È quanto accade nel caso della responsabilità precontrattuale o delle restituzioni da invalidità o risoluzione contrattuale, trattandosi di illeciti di significativa gravità che non potevano essere ragionevolmente previsti e, dunque, accettati al momento della conclusione del contratto.

Le considerazioni sull'adeguamento alle concrete relazioni creditizie fatte in tema di creditori volontari, ma deboli, possono essere svolte anche in tema di creditori involontari.

La presunzione d'involontarietà del credito extracontrattuale, infatti, è il frutto di una concezione del l'illecito come l'esito di un incontro incidentale non voluto tra soggetti estranei [30].

La responsabilità aquiliana è considerata come la "responsabilità del chiunque o del passante" intendendosi come un soggetto che venga a collidere casualmente con altro soggetto al quale arrechi un danno.

---

[29] F. FIMMANÒ, *Patrimoni,* cit., p.145-156.

[30] In tal senso si esprime H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten,* in *Zeitschr. F.d.gesam. Staatswissen,* 1943, p. 82. Cfr. anche C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano 2006, p. 551. L'autore, in particolare, circoscrive la responsabilità extracontrattuale alla risarcibilità tra soggetti estranei mentre fa rientrare la responsabilità derivante dagli obblighi senza prestazione nella responsabilità contrattuale. In materia si veda la nota sentenza della Corte di Cassazione Sez. III 22 gennaio 1999 n. 589 secondo cui l'obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale" ha natura contrattuale. Consegue che relativamente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale. Recente conferma proviene da Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile, nella sentenza del 13 ottobre 2017, n. 24073.

In tal senso è naturale presumere che la vittima del torto non sia stata in condizioni di accettare e assumersi il rischio del verificarsi del danno, non potendo preventivamente valutare l'utilità prodotta dall'attività che lo espone al rischio.

Tuttavia, si discute se sia possibile parlare di responsabilità aquiliana esclusivamente tra soggetti estranei oppure si possa estendere anche a soggetti tra i quali intercorra un previo contatto sociale tra danneggiante e danneggiato [31]. E pur volendo accogliere l'impostazione maggioritaria che qualifica la responsabilità da contatto sociale come contrattuale, resta da chiedersi se i relativi creditori possano essere trattati anch'essi come creditori deboli.

Ne deriva una possibile messa in discussione della presunzione di involontarietà del credito ricollegato all'illecito.

A seconda dell'orientamento abbracciato si può ammettere oppure escludere la configurabilità di un credito extracontrattuale di tipo volontario o di un risarcimento derivante da un rischio accettato dal danneggiato. In alcuni casi, infatti, sarebbe possibile considerare volontario o autoresponsabile il credito derivante da un danno.

È il caso, secondo alcuni, del danno da prodotto, in cui l'acquisto di un prodotto che presenta vizi riconosciuti o riconoscibili, in base a normali standard di sicurezza per quel tipo di prodotto, pur essendo generalmente inquadrato nell'ambito responsabilità extracontrattuale può assumere profili di volontarietà con riferimento al credito risarcitorio in capo al consumatore danneggiato.

Sul punto, senza pretese di elevare a sistema una generale volontarietà di un credito risarcitorio come quello appena descritto, è sufficiente osservare che pur tracciando linee generali di orientamento tra volontarietà e involontarietà del credito, non sempre queste ultime possono assurgere a presunzioni assolute del sistema.

Tali considerazioni rivelano, piuttosto, la sempre più forte esigenza di bilanciamento degli interessi e, in particolare, tra le esigenze di liberalizzazione della responsabilità civile, in omaggio ad una maggiore valorizzazione dell'autonomia privata, e le esigenze di salvaguardia della sua funzione sociale, nella perenne dialettica tra autorità e libertà.

Prescindendo, quindi, dall'esatto punto di equilibrio che si trova tra torto e contratto, si ritiene che siano individuabili ipotesi in cui la vittima del torto possa preventivamente disporre della protezione riconosciutale dalla responsabilità civile in condizioni che non sono considerate meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

---

[31] F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, in Contr. impr., 1991, p. 538 ss., p. 571-5722.

In tali casi ci si interroga se il credito della vittima in questione abbia natura volontaria o involontaria ai fini del possibile superamento della responsabilità limitata dell'ente che ha prodotto il torto.

Occorre, in tal senso, indagare se l'accettazione o assunzione del rischio da parte del danneggiato ove non escluda la pretesa risarcitoria possa escludere, invece, il superamento della responsabilità limitata del patrimonio destinato

Altra ipotesi in cui emerge il conflitto tra le finalità dell'autonomia patrimoniale differenziata e il criterio che discrimina il trattamento dei creditori in base alla natura giuridica del loro diritto riguarda gli obblighi di fonte non contrattuale la cui natura è controversa.

Si tratta delle ipotesi di responsabilità da affidamento da individuarsi in quelle ipotesi di responsabilità professionale per lesione dell'affidamento della vittima generato dalla professionalità o dal peculiare status del danneggiante che lo onera di specifici obblighi di protezione.

Tali ipotesi sono spesso ricondotte nell'ambito del contatto sociale che in qualche modo presuppone l'identificabilità del potenziale danneggiante e un giudizio di attendibilità sulle qualità derivante da una scelta consapevole del danneggiato.

Ove sia trattata questa ipotesi come responsabilità extracontrattuale (tesi attualmente minoritaria) bisognerebbe indagare sul trattamento del credito risarcitorio a fronte di un ente ad autonomia patrimoniale differenziata, potendo immaginare che il danno sia riconducibile ad una scelta di volontaria assunzione del rischio da parte del danneggiato che ha riposto affidamento su determinati standard di comportamento rimasti insoddisfatti.

Viceversa, ove l'ipotesi in questione sia inquadrata nell'ambito della responsabilità contrattuale (anche se da contatto sociale) resterebbe aperta la valutazione dei crediti risarcitori derivanti da dolo, da violazione degli obblighi informativi o da altre ipotesi di inadempimento particolarmente gravi che escluderebbero ogni presunzione di accettazione del rischio da parte del danneggiato-creditore.

Altro ambito che crea ulteriori complicazioni è quello rappresentato dalle obbligazioni di fonte legale.

In tali ipotesi, all'incertezza in relazione alla natura della responsabilità si somma quella derivante dalla difficoltà di ricondurre determinati soggetti all'uno o all'altro regime di responsabilità nei casi in cui l'obbligazione derivi non da contratto o da fatto illecito, ma dall'ultima categoria di Giustinianea memoria (*variis causarum figurae*) data dagli altri atti o fatti ai quali l'ordinamento ricollega la produzione dell'obbligo (art. 1173 c.c.) [32].

[32] L'impostazione prevalente riconduce tali ipotesi alla responsabilità contrattuale, cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova*, cit. p. 455 e ss.

Emerge quindi l'esigenza di indagare se la differenziazione della responsabilità vada fatta sulla base del titolo del rapporto obbligatorio oppure del contenuto e, quindi, alla natura giuridica della responsabilità.

Sul punto un'interpretazione letterale dell'art. 2447-*quinquies*, comma 3 c.c. propenderebbe non riferirsi esclusivamente alla natura della responsabilità.

È discutibile la ragionevolezza di un'impostazione che consideri il creditore da torto maggiormente tutelato perché il risarcimento del danno ingiusto è dotato di una tutela inferiore a quello da inadempimento dell'obbligazione, di fonte legale o contrattuale.

Se si seguisse tale impostazione si finirebbe per consentire sempre alle vittime dei torti il superamento della responsabilità limitata e per negarlo sempre per gli altri creditori indipendentemente dalla volontarietà o involontarietà dei loro diritti.

Guardando, invece, al criterio di ripartizione dell'autonomia patrimoniale basato sul titolo dell'obbligazione esso deve confrontarsi con la tripartizione delle fonti dell'obbligazioni riconosciuta nel nostro ordinamento (art. 1173 c.c.).

In tal senso, l'art. 2447-*quinquies*, comma 3 c.c. terrebbe fuori dal superamento della limitazione di responsabilità non solo i crediti derivanti dal contratto, ma anche i crediti di fonte legale.

Ne conseguirebbe che i creditori che fondano la loro pretesa su promesse unilaterali, titoli di credito, gestione di affari altrui, indebito, ingiustificato arricchimento o su qualunque violazione di un preesistente obbligo legale [33], non potrebbero invocare il superamento della responsabilità del patrimonio destinato.

Tuttavia, ben può accadere che un'obbligazione di fonte legale sia sorta in condizioni di involontarietà.

Un esempio è rinvenibile nella fase precontrattuale con riguardo alle patologie insorte in questa fase come il dolo o la violazione di obblighi informativi anche se riguardanti parti in condizioni di equilibrio contrattuale.

Tale impostazione, tuttavia, è ammissibile solo ove si riconosca natura contrattuale alla responsabilità precontrattuale in quanto derivante dalla violazione dell'obbligo legale di osservare il canone di buona fede nelle trattative [34].

Altra ipotesi di smottamento del terreno della presunzione di volontarietà dell'obbligazione contrattuale di fonte legale si rinviene nei titoli di credito emessi dal patrimonio

---

[33] TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2007, p. 97 e ss.

[34] L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in Riv. Dir. comm., 1956, II, p. 360 ss. Sul dibattito in merito alla natura della responsabilità precontrattuale cfr. G.B. PORTALE, *Informazione societaria e responsabilità dell'intermediario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, p.3 ss., p. 25.

destinato nell'ipotesi in cui i titoli siano sottoscritti o acquistati in caso di false o omesse informazioni da parte dell'emittente.

Al pari dell'ipotesi precedente, ove si riconosca natura contrattuale alla responsabilità dell'emittente per violazione degli obblighi informativi, in omaggio alla teoria degli obblighi di protezione senza prestazione, questa rientrerebbe in un caso di credito contrattuale di fonte legale a carattere tendenzialmente involontario.

In definitiva si tratta di ipotesi c.d. atipiche che si discostano dalla ricostruzione tipica della responsabilità differenziata. È possibile, infatti, che vi siano creditori titolari di un diritto di fonte contrattuale o legale in contratto in condizioni d'involontarietà oppure di creditori da torto il cui credito sia sorto a seguito di una volontaria e consapevole esposizione della vittima a pericolo.

Tuttavia, tali ipotesi, sebbene atipiche, sono caratterizzate da un'eccezionalità che non ha la forza di scardinare il sistema di responsabilità differenziata con il quale conservano una certa compatibilità.

Con riguardo alle vittime dei torti il valore presuntivo del titolo su cui è fondato il diritto riduce i pericoli, non solo di trattare in modo uguale creditori in posizioni diverse, ma anche si pregiudicare superiori esigenze di certezza e sicurezza dei traffici giuridici.

Diverso è quando si prende in considerazione la posizione degli altri creditori (di fonte contrattuale o legale) in quanto la difficoltà di formulare una presunzione di generale volontarietà del credito oppure di individuare un criterio formale che possa adeguatamente distinguere tra diritti volontari e involontari ha scoraggiato la ricerca di una soluzione che fosse da preferire in punto di parità di trattamento dei creditori.

In tale ambito (riferito al credito di fonte contrattuale o legale) la minor influenza della classe involontaria ha posto in secondo piano l'esigenza in questione, producendo una sorta di tollerabilità del trasferimento del rischio sulle classi più deboli del ceto creditorio.

Il problema si pone in particolar modo per i casi atipici.

Ci si interroga sulla possibilità che il criterio formale del titolo giuridico del credito possa subire contemperamenti sulla base di un apprezzamento in concreto della volontarietà o involontarietà.

Da un lato vi è un orientamento che impone una scelta a monte. Le esigenze di diminuire il trasferimento del rischio all'esterno dell'impresa e ridurre le disuguaglianze tra creditori non costituiscono una tutela autonoma e indipendente dell'ordinamento, ma vengono valorizzate solo ove vi sia una lesione degli interessi delle vittime degli illeciti e dei principi ispiratori della responsabilità civile.

La problematica in questione sottende scelte politiche più profonde, rispecchiando

uno scontro tra modi diversi di concepire la natura dell'ordinamento, da una parte, e il ruolo del giudice nell'interpretazione della legge, dall'altro.

In particolare, il contrasto si dipana tra i valori liberali e quelli solidali sottesi allo Stato sociale di diritto, venendo in gioco il confronto tra eguale diritto e diritto alla parità.

In altri termini, se da un lato va valorizzata l'uguaglianza formale dei privati innanzi alla legge (art. 3, comma 1 Cost. c.d. principio di uguaglianza formale), dall'altro vi è la presa d'atto che i privati non agiscono nelle medesime condizioni, pur se vengono considerati come uguali innanzi alla legge, producendo, in tal modo disparità sociali ed economiche [35].

Alla luce di tali considerazioni, l'impostazione che limita il superamento della responsabilità limitata alle sole vittime dei torti, circoscrive la contrapposizione dei suddetti valori esclusivamente all'ambito della responsabilità civile.

Ne consegue una selezione delle differenti classi di creditori sulla base di un criterio formale oggettivo e statico in un approccio conforme ai principi liberali che optano per una prevalenza della certezza del diritto con la determinazione *ex ante* e in astratto da parte dell'ordinamento giuridico sul ruolo del giudice di contemperamento *ex post* e in concreto.

All'opposto, una differente ricostruzione propone una verifica in concreto che il bilanciamento operato in astratto dall'ordinamento possa nel caso specifico esplicare effetti equilibrati, aprendosi, in tal modo, alla possibilità di consentire nei casi atipici un trattamento differenziato dei creditori che trascenda il titolo giuridico del diritto e guardi, invece, alle sue effettive e concrete condizioni di volontarietà o involontarietà.

In tale prospettiva, tuttavia, la riduzione del costo dei torti o i valori tutelati dalla responsabilità civile non assumerebbero un ruolo dominante.

I limiti alla libertà d'iniziativa privata non verrebbero quindi giustificati solo dalle ragioni di utilità sociale (art. 41, comma 2 Cost.), dai doveri di solidarietà (art. 2, comma 2 Cost.) o dagli altri interessi di rango costituzionale su cui si fonda la responsabilità civile.

Il superamento del criterio formale fa in modo di aggiungere accanto alla funzione di riconduzione dei costi all'interno dell'impresa quella di attenuare le disparità prodotte dalla responsabilità limitata che tratta in modo uguale creditori in condizioni diverse.

La responsabilità differenziata, quindi, rivela il punto di crisi del sistema di valori della società liberale, facendo sì che, attraverso il superamento del criterio formale nella di-

---

[35] Sul tema cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. civ*., 1965, I, p. 205 ss.; cfr. G. OPPO, *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, in Riv. dir. civ., 1974, p. 352 ss. L'autore, in particolare, pone in rilievo la differenza tra parità di diritti (*Gleichberechtigung*) e parità di trattamento (*Gleichbehandlung*).

stinzione tra creditori che hanno o meno il potere di dissolvere il velo della responsabilità limitata, si conferisca nuovo valore allo Stato sociale all'interno dello Stato di diritto, riconoscendo che le libertà individuali, l'eguaglianza di fronte alla legge e la certezza del diritto sottopongono i creditori alle disparità del mercato.

Così emerge la necessità di adottare dei temperamenti promuovendo, da un lato, finalità di utilità sociale e, dall'altro si opera per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale limitativi della libertà e eguaglianza dei cittadini, richiedendo l'osservanza di doveri di solidarietà politica, economica e sociale (artt. 3, comma 2 e 2 Cost.).

Per tal via, risulta chiaro il bilanciamento di interessi sotteso all'art. 2447-*quinquies*, comma 3. c.c., mostrandosi come la responsabilità differenziata possa essere ricondotta a quell'ordine pubblico di protezione volto a contenere lo sfruttamento della posizione economica più forte rispetto a quella più debole nelle relazioni commerciali [36].

La peculiarità, in tal caso, però, è data dalla circostanza che la tutela è fornita indipendentemente dalla natura giuridica del diritto tutelato, ponendosi come tutela trasversale al mondo del contratto, dell'illecito, delle obbligazioni legali per i soggetti che subiscono una determinazione unilaterale del contenuto dei loro diritti.

7. – Alla luce dell'analisi svolta sembrerebbe possibile affermare che anche l'ordinamento italiano conosce ed applica il *piercing the corporate veil*, nel senso inteso nei paesi anglosassoni.

A tale istituto, come visto, è possibile ricondurre una serie di casi in cui un soggetto che non ha speso il proprio nome nei confronti dei terzi, si ritrova responsabile per obbligazioni, mettendo così a disposizione dei creditori un ulteriore patrimonio su cui potersi soddisfare. Tale espansione di responsabilità è possibile individuarla, per le obbligazioni da atti leciti, nelle figure dell'amministratore di fatto (corrispondente allo shadow director anglosassone), nell'ipotesi disciplinata dall'art. 2362 c.c., ante riforma, e nelle ipotesi di abuso della personalità giuridica, in cui, come visto, la sanzione consisterebbe nel sottrarre ai soci tiranni il beneficio della responsabilità limitata.

Volendo rintracciare le origini della responsabilità limitata in generale, la società anonima nasce, infatti, come istituto avente carattere eccezionale, al punto da essere ignorato per molto tempo dai giuristi (ma non solo) proprio per tale sua natura. Per la

[36] Sul punto L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in Banca, borsa, tit. cred., 1997, I, p. 14 che parla di "paternalismo contrattuale" a tutela dell'interesse pubblico a correggere la disparità di potere economico fonte di limitazione della libera scelta individuale.

precisione, occorre sottolineare come a rigore la responsabilità limitata non faccia il suo ingresso nel diritto con la società anonima o con la sua antesignana Compagnia delle Indie, ma fosse già nota grazie alla società in accomandita. Il privilegio nasceva dal patto che la classe mercantile stipulava con il sovrano: i primi erano disposti a rischiare i loro capitali a condizione che gli si riconoscesse il beneficio della responsabilità limitata.

Dal canto suo, il sovrano aveva interesse a questi traffici, che portavano all'espansione coloniale e facevano affluire nuove ricchezze entro lo Stato, ciò che faceva aumentare il consumo, la base monetaria in circolazione e, da ultimo, la ricchezza.

Mettendo da parte le origini della responsabilità limitata, pur utili a comprenderne le dinamiche anche odierne, si è mostrato come, mediante la disciplina dei patrimoni separati, il Legislatore della riforma del diritto societario abbia aperto un varco verso la possibilità del superamento della personalità giuridica nei casi di illecito extracontrattuale imputabili ad una società di capitali.

In relazione alla possibilità di superare lo schermo giuridico in caso di illecito extracontrattuale secondo i crismi del *piercing the corporate veil*, l'esame del patrimonio separato condurrebbe ad ammettere l'idea di un'apertura del nostro legislatore, con i temperamenti e le cautele in precedenza esposte.

La problematica che emerge riguarda la dicotomia tra l'esigenza di osservare complessivamente e unitariamente tutti gli interessi della persona giuridica e quella di tenere in considerazione il verificarsi di ipotesi e situazioni singole che indurrebbero a superare la valutazione complessiva, in quanto inadeguata o inapplicabile.

L'intero impianto regolatorio a tutela dei creditori sociali si rivela significativamente circoscritto alla categoria dei creditori volontari, essendo stato predisposto per un creditore capace di negoziare l'equilibrio contrattuale e titolare di mezzi di conoscenza e valutazione della situazione patrimoniale e finanziaria della società debitrice.

Tali considerazioni conducono verso una revisione del concetto di persona giuridica relativamente alla responsabilità limitata del socio.

In tale contesto si inserisce la recentissima riforma del diritto societario italiano, con l'istituto del patrimonio separato che apre ad ipotesi di superamento della personalità giuridica nel caso di illeciti extracontrattuali.

Siamo, quindi, all'orizzonte dell'ingresso nel nostro ordinamento di rimedi per i creditori involontari di una società di capitali per poter aggredire, in casi particolarmente gravi, il patrimonio dei soci con lo squarcio del velo della limitazione di responsabilità.

Ancor più di recente, inoltre, si segnala la l. 28 febbraio 2020, n. 8 di Conversione in legge, con modificazioni del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, recante disposizioni urgenti

in materia di proroga di termini legislativi di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 29 febbraio 2020, n. 51) reca all'art. 4-*bis* (Disposizioni in materia di cartolarizzazioni) alcune novità nella disciplina delle cartolarizzazioni, di cui alla l. 30 aprile 1999, n. 130 (Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti).

In specie, si interviene sulla fattispecie di cui all'art. 7, primo comma, lett. a), che prevede l'applicazione delle disposizioni di cui alla l. n. 130/1999 anche alle operazioni di cartolarizzazione dei crediti realizzate mediante l'erogazione di un finanziamento da parte della società per la cartolarizzazione dei crediti emittente i titoli.

Si fa riferimento alla fattispecie, riscontrata di frequente nella prassi anglosassone, di c.d. *subparticipation*, nella quale il soggetto finanziato non cede formalmente i crediti alla società di cartolarizzazione; quest'ultima acquisisce le risorse necessarie all'erogazione emettendo titoli e destina le somme provenienti dal rimborso del finanziamento al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi – oltre che al pagamento dei costi dell'operazione

L'obbligo di restituzione del finanziamento dovrà essere condizionato all'avvenuto adempimento da parte dei debitori di un ben determinato portafoglio di crediti. A conferma di questa dinamica, legislatore con l'art. 1, comma 1088, della legge di bilancio 2019 – l. 30 dicembre 2018, n. 145, ha previsto un'integrazione della descrizione dell'operazione di cartolarizzazione realizzata mediante l'erogazione di un finanziamento, di cui al primo comma, lett. a), art. 7, l. n. 130/1999: «avente per effetto il trasferimento del rischio inerente ai crediti nella misura e alle condizioni concordate».

Viene riconosciuto al MEF il compito di definire le modalità e le finalità con le quali il soggetto finanziato, nelle operazioni sopra descritte, «effettua la destinazione dei crediti cartolarizzati, gli effetti dell'eventuale segregazione, le modalità di costituzione delle garanzie sui beni, sui diritti e sui crediti segregati, anche nel caso in cui il soggetto finanziato sia soggetto a procedura concorsuale, e l'eventuale conferimento alla società di cartolarizzazione per l'amministrazione e la gestione dei crediti cartolarizzati».

L'ulteriore fattispecie introdotta dalla legge di conversione al d.l. "milleproroghe" è prevista dal secondo comma dell'art. 4-*bis*, che introduce una forma di "patrimonio destinato", disponendo quanto segue: «Nelle operazioni di cui all'articolo 7, comma 1, lettera a), della citata l. n. 130/1999, il soggetto finanziato, ai fini della costituzione del patrimonio destinato, adotta un'apposita deliberazione contenente l'indicazione dei diritti e dei beni destinati, anche individuabili in blocco, dei soggetti a cui vantaggio la destinazione è effettuata, dei diritti a essi attribuiti e delle modalità con le quali è possibile disporre, integra-

re e sostituire elementi del patrimonio destinato, nonché i limiti e le circostanze in cui il soggetto finanziato può utilizzare le somme derivanti dal patrimonio destinato [37].

I rimedi gradualmente introdotti dal Legislatore fino ad oggi, dunque, si inseriscono in un contesto generale di avvicinamento, sotto questo profilo, del civil law al modello anglosassone, con la valorizzazione di prospettive di giustizia sostanziale che trovano precedenti anche in altre sfere dell'ordinamento giuridico, ma che potrebbero essere ricondotte ad unità di principio.

Ci si riferisce alla necessità sempre più avvertita di contemperare il conflitto tra due valori di rilievo costituzionale: libertà e autonomia contrattuale (sub species di responsabilità limitata) e solidarietà (sub species di buona fede) che entra nel contratto e lo modifica dall'esterno per assicurare il rispetto di valori superiori (squarcio del velo) in conformità con il filone oggi molto seguito dalla giurisprudenza che mira all'attuazione di principi di giustizia sostanziale.

Sul punto, sono varie le pronunce sia della Corte di Cassazione che della Corte Costituzionale da cui emerge la tendenza a valorizzare istanze di giustizia sostanziale. In particolare, ci si riferisce alla recente *Corte Costituzionale* del 2.4.*2014*, n. 77 chiamata a pronunciarsi su qlc art. 1385.2 c.c. nella parte in cui non prevede la possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio il carattere manifestamente eccessivo della caparra confirmatoria [38].

Il giudice costituzionale ha nella sostanza affermato che, in presenza di una clausola contrattuale non equa e gravemente sbilanciata in danno di una parte, non vi sono le condizioni per dichiarare incostituzionale la norma, ma è compito del giudice comune trovare il rimedio nella singola controversia per risolvere quella grave iniquità.

Questa pronuncia costituisce una svolta e, da una parte, potrebbe condurre ad un ampliamento del sindacato del giudice in funzione correttiva anche ai contratti comuni,

---

[37] La deliberazione deve essere depositata e iscritta ai sensi dell'art. 2436 cod. civ. Dalla data di iscrizione della deliberazione, tali crediti, beni, diritti e rapporti giuridici sono destinati esclusivamente al soddisfacimento dei diritti dei soggetti a cui vantaggio la destinazione è effettuata e costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello del soggetto finanziato e dagli altri patrimoni destinati. Fino al completo soddisfacimento dei diritti dei soggetti a cui vantaggio la destinazione è effettuata, sul patrimonio oggetto di destinazione, come identificato nella deliberazione, sono ammesse azioni soltanto a tutela dei diritti dei predetti soggetti. Delle obbligazioni nei confronti dei soggetti a cui vantaggio la destinazione è effettuata il soggetto finanziato risponde esclusivamente nei limiti del patrimonio ad essi destinato e dei crediti, beni e diritti ad essi attribuiti, salvo che la deliberazione non disponga diversamente.

[38] In tale pronuncia la Corte Costituzionale dichiara inammissibile la questione "*perché il giudice a quo non ha tenuto conto dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice di fronte a un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente squilibrato a danno di una parte. Contratti del genere eccessivamente squilibrati si espongono a profili di nullità per contrasto con clausola di buona fede e quindi art. 2 solidarietà che entra direttamente nel contratto*".

d'altra parte, potrebbe essere foriera di un nuovo principio generale applicabile tutte le volte in cui la ragione dello squilibrio sia da ricercare nella patente debolezza di uno dei contraenti, similmente a quanto avvenuto in altri ordinamenti (ad es. quello tedesco), poiché, in fondo, il regolamento contrattuale è frutto dell'autonomia privata, a sua volta sussumibile nel principio di autodeterminazione della persona tutelato dall'articolo 2 della Costituzione, che deve essere salvaguardato non solo dal giudice, ma anche e soprattutto dal contraente "forte" che abusa della sua posizione. Trasportata nel campo d'indagine che qui interessa (lo squarcio del velo della responsabilità limitata), tale prospettiva condurrebbe ad ammettere un controllo non nell'interesse della parte, ma nell'interesse dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma.

JUS CIVILE

FRANCESCO FELIS

Notaio

BITCOIN: TRA ECONOMIA E DIRITTO

SOMMARIO*: Introduzione. – 1. La moneta. – 2. La moneta come mezzo di pagamento e sua natura giuridica. Dalla moneta scritturale alla moneta elettronica. – 3. Il bitcoin. – 4. Le caratteristiche del bitcoin. – 5. I bitcoin e il codice civile. – 6. Uso di criptovalute e acquisto immobiliare. – 7. Conclusioni.*

L'economista Paul Krugman si definisce cripto scettico. L' entusiasmo per le criptovalute va nella direzione opposta alla tendenza storica a lungo termine perché, dice, invece che transazioni prive quasi di attriti abbiamo costi per fare impresa perché il "trasferimento di un bitcoin o di un'altra unità di criptovaluta richiede la presentazione dello storico completo delle transazioni passate. Invece di denaro creato con un clic del mouse, abbiamo soldi che vanno minati, ossia generati attraverso calcoli a uso intensivo di risorse ". Aggiunge "le banconote funzionavano perché le persone conoscevano le banche che le emettevano e queste banche avevano tutto l'interesse a proteggere la loro reputazione ". È vero che gli Stati possono e hanno abusato del potere di creare moneta a corso forzoso ma anche qui, avendo a cuore la propria reputazione, i governi e le banche centrali si comportano con cautela. Nel caso delle criptovalute bisogna essere certi che un bitcoin sia reale senza sapere chi lo ha emesso e "in altre parole, i fanatici delle criptovalute celebrano sostanzialmente l'uso di una tecnologia all'avanguardia per riportare indietro il sistema monetario di trecento anni".

Usare un conto corrente significa fidarsi di una banca, ma esse sono più affidabili di aziende che detengono i token delle criptovalute e nella vita normale le persone non si domandano "da dove venga il valore dei pezzi di carta verde con i ritratti dei presidenti morti". Si accettano i dollari cartacei perché gli altri li accettano. Il valore di un dollaro non deriva dalle aspettative che si autoavverano, come per le criptovalute. Il valore di un dollaro è basato sul semplice fatto che lo Stato americano accetta i dollari per pagare le

imposte, debiti che può far valere perché è uno Stato. Il loro valore non può crollare solo perché le persone perdono fiducia. Per le criptovalute non vi è alcun ancoraggio nella realtà e il loro valore dipende interamente dalle profezie che si autoavverano. Se si ritenesse ad un certo punto, in un momento di dubbio collettivo, che i bitcoin siano inutili, essi diverrebbero inutili. Krugman conclude dicendo che "morto il sogno di un futuro basato sulla blockchain", la delusione farà crollare tutta la struttura e chiede che si risponda ad una semplice domanda "quale problema risolve la criptovaluta?". La risposta, a parte il possibile suo uso per evasione fiscale o attività illecite, richiede, conclude, che non si usino paroloni tecnici o "stupidaggini libertarie [1]".

Sullo stesso tenore di Krugman sono altri economisti. Nel luglio 2018 Joseph Stiglitz ha detto "Non si può avere un mezzo di pagamento basato sulla segretezza se si sta cercando di creare un sistema bancario trasparente; se apri un buco come il bitcoin, tutta l'attività nefasta passerà da quel buco, e questo nessun governo può permetterselo; l'unica ragione per cui le autorità globali non lo hanno ancora vietato è che il mercato è ancora relativamente piccolo; appena diventerà significativo useranno il martello".

Rogoff, l'ex capo economista FMI, ha rincarato "Fra 10 anni il bitcoin potrebbe facilmente valere solo 100 dollari. Le persone al potere si muoveranno per regolamentare le transazioni anonime; questo è certo".

E Roubini "Perché il bitcoin sia una valuta deve essere un'unità di conto, un mezzo di pagamento e una riserva stabile di valore. Non ha nessuna di queste caratteristiche. Il bitcoin non viene neanche accettato alle conferenze sui bitcoin, e non può essere una riserva stabile di valore qualcosa che un giorno cade del 20%, un giorno sale del 20%" [2].

Queste considerazioni di illustri ed autorevoli economisti che guardano all'aspetto reale, ai rischi concreti per il sistema economico, più che ad aspetti formali o di classificazioni date da norme giuridiche legislative o regolamentari, devono essere considerati

---

[1] P. Krugman. *Discutere con gli zombi. Le idee economiche mai morte che uccidono la buona politica*. in Garzanti.2020., p.410-412; M. Hulliet, "*Il Bitcoin è 'un'epidemia di entusiasmo*", afferma il vincitore del Premio Nobel per l'Economia Robert Shiller"; in CoinTelegraph 28 giugno 2018; C. Gagliarducci, *Bitcoin e criptovalute*? Per il Nobel Robert Shiller sono esperimento fallimentare" 23 maggio 2018; Bitcoin, il premio Nobel Stiglitz è critico: preda di attività illegali" in Money.it, M. Ciotola 14 luglio 2018; *Bitcoin. Da Bankitalia al Nobel Stiglitz, tutti i dubbi sulla criptovaluta*, in Money.it di L. Garofalo in Key4biz 30 novembre 2017; P. Licata, *Bitcoin, l'attacco di Stiglitz: "Va vietato". La Ue apre il dossier 23 gennaio 2018*.

[2] S. Bruno, *Le initial coin offerings in una prospettiva comparatistica*, in *Riv. del notariato*, vol. LXXII, novembre-dicembre 2018, p. 1313, che fa un panorama di diversi Stati e si mette anche in evidenza come nei diversi paesi le criptovalute vengano considerate uno strumento finanziario, che include un contratto di investimento o un mezzo di pagamento o assimilabili alle azioni ed obbligazioni ecc. con prevalenza per il primo aspetto.

quando si affronta questo tema che, in Italia, di recente, a livello pratico si è presentato per due note sentenze, una del Tribunale di Brescia del 25 luglio 2018, un'altra della Corte di appello di Brescia del 30 ottobre 2018, entrambe negative sulla possibilità di conferire in una Srl, in sede di aumento di capitale sociale, una criptovaluta. Decisioni basate tra l'altro sulle considerazioni che risulta impossibile attribuire un valore economico attendibile al conferimento prospettato e perché il "bene" valuta virtuale non può essere oggetto di forme di esecuzione forzata

Al di là della esattezza delle motivazioni e delle decisioni sulle quali in altra sede mi sono occupato [3], certamente le criptovalute in genere, non solo quella oggetto di conferimento societario presentano problemi di carattere generale, non solo per la tenuta del sistema economico, ma anche circa la loro natura. In particolare a tale proposito sono significative le parole di Nouriel Roubini.

Vorrei affrontare proprio questo tema, su cosa sono le criptovalute, se sono moneta in senso economico, per poi passare a trattare se esse possono rientrare in una classificazione più strettamente giuridica di moneta. Per esempio quella che si ricava dal nostro codi-

[3] F. Felis. *L'uso di criptovalute in ambito societario. Può creare apparenza?*, in Le società" Ipsoa ed. n. 1/2019; M. Miola, *La stima dei conferimenti in natura e di crediti*, in *S.R.L. Commentario*, Milano, 2011, p. 192, in particolare circa la possibilità di vari conferimenti in società e i controlli nell'ambito delle srl; sulla relazione di stima v. *Studio n. 276-2015/I del Consiglio Nazionale del Notariato Apporti*. in natura nelle società di capitali e relazione giurata di stima, 2018, p. 203; F. Revigliono, *Il contenuto del controllo notarile di iscrivibilità sugli atti societari: prime considerazioni*, in *Riv. not*., 2001, p. 311; F. Bricola, *Giudizio di omologazione e relazione di stima dei conferimenti*, in *Giur. comm*., 1999, II, p. 167 ss; R. Romano. *Le entità conferibili in Srl,* in *Commentario*, Milano, 2011, p. 149 ss.; G. Zanarone. *Della società a responsabilità limitata*, in *Il codice civile*. *Commentario* fondato da M. Schlesinger e diritto da O. Busnelli, 2, Milano, 2010, p. 282; V. Salafia, *Il conferimento di opere e servizi secondo la riforma del diritto societario*, in Società, 2003, p. 13; A. Busani, *Massimario delle operazioni societarie*, p. 510; A. Busani, *Massimario delle operazioni societarie completato con la giurisprudenza di Merito e di legittimità*, Wolters Kluwer, II Edizione. 2016, p. 2122, Massima n. 9 del 18 marzo 2004; A. Busani, op. cit., 2122 "La locuzione "beni in natura o crediti" di cui all'art. 2465, comma 1, c.c., va intesa in senso ampio, comprendente tutti i conferimenti diversi dal denaro, nei cui confronti sussiste infatti la medesima esigenza di assicurare la copertura del capitale sociale, mediante l'attestazione che "il loro valore è almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo" (art. 2465, comma 1, c.c.). Proprio nei confronti delle prestazioni d'opera o di servizi, del resto, la legge attribuisce espressamente rilevanza al "valore" ad esse attribuito, imponendo la sussistenza di una polizza assicurativa o di una fideiussione bancaria "con cui vengono garantiti, per l'intero valore ad essi assegnato, gli obblighi assunti dal socio" (art. 2464, comma 6, c.c.). Per le s.r.l., in altre parole, il legislatore estende l'area delle entità conferibili a capitale, includendovi tra l'altro anche le prestazioni d'opera o di servizi, mantenendo ferma la tutela della relazione giurata di stima, ma aggiungendo (per tali ultimi conferimenti) la garanzia data mediante la polizza assicurativa o la fideiussione bancaria [...]"; "[...] è in ogni caso necessario che alle prestazioni d'opera o di servizi oggetto di conferimento venga attribuito un valore complessivo, rapportato all'intera prestazione [...]". Massima n. 9 del 18 marzo 2004, p. 2122; C. Michi, *Criptovalute e capitale sociale: un binomio imperfetto?* in *Riv. del notariato*, Vol. LXXIII, maggio giugno, 2019, p. 604 ss.

ce agli artt. 1277 e seguenti per quanto gli articoli del codice civile presuppongono una nozione economica di moneta più che darne una definizione. Per questo è opportuno affrontare la nozione economica di moneta cui il codice implicitamente rinvia.

Evidentemente la soluzione del primo problema, se sia moneta o no come in modo negativo risolve la questione Roubini (e non solo lui) influenza la seconda più strettamente giuridica cioè se possano rientrare e in che limiti nell'ambito di applicazione degli artt. 1277-1278 c.c. e da qui discende anche se in modo indiretto la questione di che tipo di conferimento in società può essere prospettato e quali regole deve seguire.

Comunque per questo ultimo tipo di problema presumibilmente l'applicazione degli artt. 2342, 2343, 2464 c.c. aggiungono altri argomenti specifici per la soluzione del problema conferimento in società. Su questo ultimo tema non mi soffermerò avendolo già trattato anche se è influenzato dal primo.

In un primo approccio si può dire che le monete o valute virtuali si generano mediante protocolli informatici senza ricorrere ad emissione e controllo da parte di autorità centrali (Banche o autorità governative) e il ritmo di crescita non è governato da una persona o organizzazione ma è il risultato di un algoritmo. Un registro contabile (blockchain, catena di blocchi) tiene traccia di tutti gli spostamenti monetari evasi ed accreditati su ogni borsellino elettronico. Oltre al valore speso, la blockchain regista le credenziali digitali del portafoglio elettronico dal quale è disposto l'ordine di pagamento e i dati del beneficiario. Il pagamento non è intermediario da banche, ma da utenti, miners, che collegati alla rete internet con un software, validano le transazioni. Può esistere una blockchain pura o aperta dove non vi sono barriere di accesso e "i beneficiari finali delle posizioni giuridiche detengono direttamente le chiami crittografiche che consentono di disporre delle posizioni giuridiche "dove nessuno identifica le parti, e la blockchain permissioned, cioè chiusa, che può essere sottoposta a regole convenzionali. Perciò nell'ambito di tali regole non solo e non tanto si può (ri)scoprire i c.d. gatekeepers, anche i notai, creando *ex novo*, utilizzando per un nuovo strumento, mezzi antichi (scoprire l'acqua calda, direi ...) quanto prevedere regole in generale. E sarà bene verificare il loro contenuto [4].

[4] V. per la differenza tra blockhain pubblica e privata, permissionless/permissioned, le criticità in tema di privacy e antiriciclaggio nella blockchain, Ugo Bechini. *Da Berlino a Dublino e Pechino: sulle tracce della blockchain,* in *Riv. del notariato.* Vol. LXXII. novembre-dicembre 2018, p. 1181 ss.; G. Arcella e M. Manente, *Le criptovalute e le loro contraddizioni: tra rischi di opacità e di eccessiva trasparenza*, in *Notariato Ipsoa*, n. 1/2020 che a proposito dei bitcoin dopo aver enunciato le differenze tra monete a valore intrinseco, monete rappresentative e monete fiat o fiduciarie e le funzioni delle monete fiduciarie (cioè essere unità di conto, mezzo di scambio o di pagamento, riserva di valore),individuano la differenza tra monete a corso legale (emesse dagli Stati a prescindere dalla loro convertibilità in oro) e le monete complementari,

Prima di risolvere i problemi se le criptovalute siano moneta o no e in che modo rientrano nello schema legislativo del nostro codice civile affronto il tema di cosa deve intendersi per moneta e dico già che l'evoluzione storica mi farà propendere per una risposta ai problemi sopra prospettati che tiene conto del fatto che oggi esiste la c. d .moneta fiat e per me la moneta è quella riconducibile al controllo ed emissione, in un quadro normativo oramai definito, della Banca centrale, come avviene quasi sin dall'istituzione della Banca d'Inghilterra [5].

---

intese come monete usate all'interno di un gruppo di una rete o di una comunità .Esse per me solo in senso improprio si possono chiamare monete e mi ricordano quando da ragazzo andai in Spagna ad un Club Mediteraneè e al suo interno per fare acquisti o altro si potevano sol usare delle biglie…ma poi a fine settimana le biglie diventavano, per pagare il conto, lire; M. Rubino De Ritis, *Virtuale la quarta generazione di moneta*, in *Riv. del notariato*. Vol. LXXII novembre-dicembre 2018 p 1314; M. Krogh, *Bitcoin, blockchain e le transazioni in valute virtuali. Il ruolo del notaio ed i rischi riciclaggio*, in Notariato, 2/2018 2018 p.155 e ss. Krogh sostiene "Il bitcoin, come unità di misura, non ha valore intrinseco, né diretto né indiretto, il suo valore non è legato alla ricchezza economica di una comunità, ma è dato dal volume di scambi con altre valute ed è condizionato dalla domanda e dall'offerta all'interno di un mercato virtuale. Il suo valore non è condizionato da nessun tipo di politica monetaria, non esistendo un ente sovraordinato o una banca centrale a cui sono attribuiti poteri di indirizzo o di intervento sull'emissione e circolazione della moneta; ciò costituisce, da un lato, una caratteristica essenziale ed un punto di forza del bitcoin, che nella sua genesi ha avuto come obiettivo principale la decentralizzazione della politica monetaria attraverso l'eliminazione di banche centrali ed intermediari e, da altro lato, rappresenta anche il suo maggior punto di debolezza essendo il valore del bitcoin rimesso alla volubilità del mercato senza possibilità di correzione e protezione del valore della valuta virtuale attraverso manovre di politica monetaria da parte di una banca centrale. Ciò determina un'elevatissima volatilità del valore (*rectius*: tasso) della moneta virtuale condizionato esclusivamente dal volume degli scambi, dalla domanda e dall'offerta e dalla fiducia nel sistema o più precisamente nelle piattaforme informatiche che gestiscono gli scambi. Il rischio concreto è che ad una regolamentazione legale da parte di una banca centrale o di altro intermediario finanziario si sostituisca una regolamentazione di fatto da parte di soggetti in grado di alterare le dinamiche della domanda e dell'offerta".

[5] La Banca d'Inghilterra venne fondata nel 1694 e il Bank Charter Act del 1884 le diede del 1884 diritti esclusivi riguardo alla emissione delle banconote. Le banche private che avevano ricevuto il diritto di stampare cartamoneta, lo conservarono a patto che avessero sede fuori Londra e che depositassero il controvalore delle banconote stampate. Cosicché solo poche banche continuarono a stampare moneta fino a che l'ultima fu rilevata nel 1927: tali banconote ebbero corso legale fino al 1964; E. De Simone, *Moneta e Banche attraverso i secoli*, FrancoAngeli editore 2016; L. Fantacci, *La moneta. Storia di un Istituzione mancata*, Marsilio, 2005, che mette in evidenza come tutte le valute nazionali sono state redimibili in oro, attraverso la mediazione del dollaro, fino all'estate del 1971, quando gli Stati Uniti hanno dichiarato una "temporanea sospensione" della convertibilità che ancor oggi perdura. Nel frattempo, il dollaro ha continuato a fungere da moneta globale, pur avendo rimosso la base che legittimava tale funzione: un rapporto predeterminato e legalmente sancito con l'oro. E, come il dollaro, ogni valuta circola ormai senza base. In mancanza di una sanzione istituzionale, la moneta non può fornire una misura stabile; G. Ingham, *La natura della moneta*, Fazi editore.2016 che è considerato un contributo imprescindibile per quanti desiderino comprendere non solo "che cosa è la moneta", e cosa dunque essa rappresenti sul piano sociologico, antropologico e politico (e dunque anche giuridico: perché solo con la lettura di questo libro si possono comprendere i presupposti della regolazione delle obbligazioni pecuniarie fatta propria anche dal nostro ordinamento), ma anche per quanti intendano cogliere meglio i problemi economico-giuridici e politici sottintesi nell'in-

1. – Veniamo dunque a definire quali sono, soprattutto in termini economici, le caratteristiche della moneta. Cosa sia la moneta oggi. Abbiamo visto cosa diceva Roubini [6].

Una moneta per svolgere un ruolo nella moderna economia deve essere un mezzo di scambio, una riserva di valore e un'unità di conto. Non è più concepibile, non è mai qua-

---

troduzione dell'euro; G. Ingham, *Capitalismo*, in Piccola Biblioteca Einaudi.2010; J. Kenneth Galbraith, *Storia dell'economia*, Rizzoli, 1990; J. Kenneth Galbraith, *Soldi. Conoscere le logiche del denaro per capire le grandi crisi*, Rizzoli, 2013: Ma lettere di cambio del Medioevo erano molto diverse dalle odierne criptovalute, dai bitcoin? Forse erano più sicure circa l'identità delle persone ma erano moneta privata che coesisteva con quella battuta dagli Stati. È stata la prima forma di cartamoneta, una moneta cioè priva esplicitamente di qualsiasi valore intrinseco, una moneta fiduciaria, basata sulla fiducia.

Poniamo ad esempio che un mercante di Barcellona sia in affari con un suo collega di Bruges. Il mercante di Barcellona deve pagare un terzo soggetto a Bruges; spedisce dunque al collega una lettera il cui contenuto è la richiesta di saldare il debito in vece sua ("E per me pagherete il latore della presente" è la formula di rito). Per riprendersi poi i suoi denari il mercante di Bruges o chiede al collega spagnolo di fare un'operazione analoga oppure sconta la somma in un affare che ha con lui. Oltre ad evitare i rischi del viaggio il mercante ha il vantaggio di conservare presso di sé il denaro liquido, che può utilizzare in vario modo, ad esempio prestandolo a interesse .La lettera di cambio può anche essere triangolare, quadrangolare, eccetera, cioè può essere ceduta a terzi e da questi ad altri ancora e costituisce quindi la prima forma di circolante in cartamoneta .Forse era come moneta privata più sicura dei bitcoin perché le persone erano identificate e all'inizio nasceva come atto notarile con il quale un banchiere (prenditore) che aveva ricevuto un versamento da un cliente (datore) ordinava a un altro banchiere operante su un'altra piazza (trattario) di pagare un beneficiario. Questo tipo di documento costituì la prima forma rudimentale di cambiale, ma anche di traveler's checks, ordini di trasferimento di denaro via mail ecc. Quelli che si entusiasmano per i bitcoin dovrebbero ricordare che:

1– la Banca d'Italia poteva emettere lire (dal 1936 divenne istituto di emissione e il monopolio di emettere lire lo ha avuto solo dal 1926) perché lo prevedeva una legge e oggi esiste appunto in ogni Stato la moneta fiat o moneta fiduciaria in cui non vi è alcun valore intrinseco tipo oro o argento;

2– ma soprattutto, in uno Stato sovrano si applica la *lex monetae* cioè lo Stato decide quale moneta usare che è poi quella che accetta per il pagamento delle tasse e che impone per le transazioni interne al paese.

In Italia l'art 1227 c.c. afferma che i debiti pecuniari si estinguono con una moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale e l'art 1278 c.c. aggiunge, a proposito per esempio dei bitcoin, che se la somma dovuta è determinata in una moneta non avente corso legale nello Stato, il debitore ha facoltà di pagare in moneta legale al corso del cambio nel giorno della scadenza e nel luogo stabilito per il pagamento.

Perciò chi ha debiti o crediti in bitcoin si regoli … o chi ha bitcoin che poi non sono moneta avente corso legale in nessuno Stato, non sono dollari o sterline ecc. … che hanno una valutazione di cambio ufficiale ma è una moneta occulta oppure paragonabile a un qualsiasi bene o prodotto che viene commerciato come le pere o le mele che hanno una loro quotazione e valore o prezzo giornaliero ma sempre pere e mele rimangono. Perché è uno Stato o complesso di Stati che fanno una moneta.

[6] In questo lavoro si indaga, perciò, sulla natura della moneta, cercando di risalire alla genesi del suo valore, alla luce di quanto già nell'antichità era osservato da Aristotele ed analizzando la relazione, sotto il profilo logico, tra le tre funzioni universalmente riconosciute alla moneta, ossia unità di conto, mezzo di scambio e riserva di valore. Si indaga sul rapporto tra moneta merce (da cui scaturisce la necessità della convertibilità delle banconote) e moneta segno (da cui scaturisce il concetto di moneta fiat). Cosa diceva Aristotele circa 2.300 anni fa: "Tutto ciò che è oggetto di scambio deve essere in qualche modo commensurabile. A questo scopo è stata inventata la moneta, che è diventata una sorta di termine medio, dato che misura tutto.

Misura sia l'eccesso che il difetto e quindi anche quante scarpe siano uguali a una casa o a ad una determinata quantità di viveri. Bisogna, dunque, che il rapporto che c'è tra un architetto ed un calzolaio ci sia tra un determinato numero di scarpe e una casa o una certa quantità di cibo. Infatti, se non vi è commensurabilità non si possono avere né scambio né comunità. E questo non si attuerà se i beni da scambiare non siano in qualche modo uguali. Quindi è necessario che tutto venga misurato con un qualcosa di unitario, come abbiamo già detto prima. Questo, in verità, è il bisogno, che tiene unita la comunità; se infatti non vi fosse bisogno di nulla, o se non vi fosse bisogno in modo comparabile, lo scambio non avrebbe luogo o non sarebbe lo stesso. E come mezzo di scambio per soddisfare il bisogno è nata, per accordo comune, la moneta, e per questo ha il nome di nomisma (moneta), perché non è per natura ma per convenzione e dipende da noi cambiarne il valore o renderla senza valore. (…) Se in un certo momento non abbiamo bisogno di nulla, la moneta è una sorta di garanzia che gli scambi saranno possibili anche in futuro (funzione di riserva di valore, n.d.r.), quando saranno necessari, giacché deve essere possibile a chi porta moneta ricevere ciò di cui ha bisogno. Anche la moneta subisce l'inconveniente di non avere sempre il medesimo potere d'acquisto, tuttavia il suo valore tende a rimanere piuttosto stabile. È per questo che tutte le merci devono essere valutate in moneta; così, infatti, sarà sempre possibile uno scambio e, se sarà possibile lo scambio, sarà possibile anche la comunità. Dunque la moneta, come misura, parifica le merci perché le rende tra loro commensurabili, infatti non ci sarebbe comunità senza scambio, né scambio senza parità, né parità senza commensurabilità. In verità sarebbe impossibile rendere commensurabili cose tanto differenti, ma ciò è possibile in misura sufficiente in rapporto al bisogno. Per conseguenza ci deve essere una unità, ma questa c'è per convenzione, perciò si chiama nomisma (moneta) perché è questa che rende tutte le cose commensurabili: tutto, infatti, si misura in moneta. Sia A una casa, B dieci mine, C un letto. A è la metà di B se la casa vale cinque mine, cioè è uguale a cinque mine; il letto C, poi, vale un decimo di B: è chiaro allora, quanti letti sono uguali ad una casa: cinque. Ma che così lo scambio fosse possibile anche prima che ci fosse la moneta è chiaro: non c'è, infatti, alcuna differenza tra dare per una casa cinque letti o il valore di cinque letti in moneta". (Aristotele, *Etica Nicomachea*, V, 1133). Cioè già 2300 anni fa Aristotele individuava le tre caratteristiche della moneta. Come oggi Roubini. Allora, ancorché d'oro, di argento, o di qualsiasi altro materiale prezioso, la moneta ha valore solo se consente di ottenere qualcos'altro. "Il denaro pare una cosa vana e puro frutto di convenzione, senza un fondamento naturale perché, se quelli che lo usano preferiscono una moneta ad un'altra, la prima perde valore e non serve più a soddisfare alcuna necessità della vita, e chi è ricco di denaro potrà mancare del nutrimento necessario. Sarebbe una ben strana ricchezza quella la cui abbondanza non salvasse dalla morte di fame, come narrano di quel Mida, il quale, con la sua esagerata preghiera, ottenne che tutte le cose che gli venivano accanto si mutassero in oro". "La moneta non è per natura ma per convenzione e dipende da noi cambiarne il valore o renderla senza valore" (Aristotele, *Politica*, I, 1257b.). La moneta non è qualcosa che cresce sugli alberi, qualcosa che si trova nelle miniere, qualcosa che dobbiamo realizzare, la moneta non è per natura, è per convenzione, e dipende da noi modificarla o renderla senza valore. Ciò che conta, quindi, non è l'oggetto che decidiamo di utilizzare come moneta, ma la decisione di utilizzare quell'oggetto come moneta. Ciò che conta non è l'oro, l'argento, la carta o i bit del computer, ciò che conta è la convenzione, l'accordo tra noi raggiunto nell'individuare qualcosa come unità di conto e mezzo di scambio. Qualcosa che ci consenta di soddisfare i nostri bisogni, i differenti bisogni dei vari membri della comunità. Ma nel mondo odierno la convenzione, anche per motivi di politica monetaria ed economica, si concretizza nello Stato e si esprime in quello che è detta la moneta fiat. In tal modo, la moneta ottenuta cedendo un bene diventa una garanzia di uno scambio futuro, giacché sappiamo che ci sarà qualcuno che accetterà quella moneta cedendoci un proprio bene, un bene di cui avremo bisogno in futuro. Senza accettazione convenzionale, ciò che abbiamo in mano non è moneta. Aristotele, come sempre, analizza con estrema lucidità ciò che accade, e lo fa partendo dalle finalità: qual è l'obiettivo da raggiungere? Agevolare gli scambi. Qual è il modo migliore per raggiungerlo? Rendere gli oggetti da scambiare in qualche modo commensurabili. Come fare? Con una moneta. Quindi Aristotele ha perfettamente individuato le funzioni caratteristiche di ogni moneta, che sono, in ordine decrescente di importanza sotto il profilo logico:

1) unità di conto ossia misura del valore;

si stato concepibile, che possa essere un mezzo di pagamento solo se volontariamente accettato. Lo deve essere da tutti, deve esserci un apparato normativo che assicuri tale caratteristica. Proprio per dare certezza ai traffici, ai rapporti interpersonali ecc. …

Poi uno o più individui possono anche accettare, come mezzo di pagamento, ad esempio, anche qualsiasi altro bene (una sigaretta, una mela anche se è un bene deteriorabile ecc.).Questa loro volontà e possibilità, però non ha niente a che fare con la caratteristica che, per la certezza e lo sviluppo dei traffici, deve esserci una moneta che abbia caratteristiche tali che, in certo qual modo, si soprapponga alla eventuale volontà privata.

Questo discorso ci porta allo Stato. Logica conseguenza è il riferimento alle due opposte impostazioni sulla definizione di moneta, statalista, da un lato, e sociale, dall'altro, che finiscono per accogliere uno o l'altro orientamento, spesso in modo aprioristico, sulla base delle conclusioni cui si intende arrivare, ma che cercherò di motivare evidenziando anche una precisa evoluzione storica.

Vediamo quindi cosa è la moneta dal punto di vista economico e la sua evoluzione storica [7].

---

2) mezzo di scambio;

3) riserva di valore.

Per ottenere queste tre funzioni serve un'unica cosa: una convenzione sociale. Ne consegue che il valore meramente convenzionale della moneta avrebbe dovuto essere ben chiaro già prima della soppressione della convertibilità della banconota in oro. Invero, il 15 agosto 1971 è stata formalizzata la soppressione della convertibilità dei dollari in oro, e quindi della convertibilità indiretta in oro di ogni altra banconota (cosiddetto sistema del Gold Exchange Standard nato con gli accordi di Bretton Woods del 1944).Quando il presidente degli Stati Uniti Nixon, parlando in televisione, dichiarò che da quel momento gli Stati Uniti non avrebbero più convertito in oro i dollari detenuti dai non residenti (quelli detenuti dai residenti erano già inconvertibili in oro), qualcuno avrebbe potuto interrogarsi su cosa conferisse valore alla moneta, ossia perché le persone avrebbero continuato ad usare i dollari – o le altre banconote in essi convertibili – sapendo che non erano più convertibili in oro. Se lo avessero fatto, forse sarebbero arrivati ad una risposta cui Aristotele era arrivato 2.300 anni prima di loro. La moneta, come visto, è mera convenzione (anche quando ha ad oggetto un bene reale), per cui invece di moneta-merce o di moneta-credito è opportuno parlare di moneta-segno. Come ha evidenziato Aristotele, la costituzione di una moneta non è un fatto naturale, dipendente da accadimenti fuori controllo, ma un fatto sociale, dipendente dalla volontà dei consociati. Solo i consociati possono decidere cosa impiegare come moneta, e quindi solo i consociati possono "dare corso" ad una moneta oppure portarla "fuori corso". Solitamente tale scelta, nelle moderne democrazie, avviene attraverso un atto legislativo, in base al quale il Parlamento, in rappresentanza del popolo, statuisce che da quel momento in avanti una data moneta ha "corso legale" in quella data comunità statale. Altrettanto correttamente la BCE definisce la moneta: "una istituzione sociale" – European Central Bank, Virtual Currency Schemes, 2012, p. 10, in https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf, – e non a caso Aristotele, nell'Etica Nicomachea, tratta la moneta al libro V, ossia proprio il libro dedicato alla giustizia: altro che neutralità della moneta o della funzione monetaria (Il titolo del libro è: "La giustizia come reciprocità. La moneta".

[7] v. P. Krugman, R. Wells, K. Graddy, *L'essenziale di economia*, in Zanichelli, seconda edizione. 2012.p 432 ss.; P. Krugman e R. Wells, *Macroeconomia*, in Zanichelli, Seconda edizione italiana condotta sulla terza edizione americana 2013, p. 396 ss.; O. Blanchard, A. Amighini, F. Giavazzi, *Macroeconomia.*

In prima approssimazione, la moneta è qualsiasi "attività patrimoniale che possa essere utilizzata per facilitare e perfezionare lo scambio di beni e servizi" (Krugman). Ma questo in prima approssimazione. È liquida se può essere facilmente convertita in denaro contante e la moneta è costituita dal contante stesso che è liquido per definizione o da altre attività altamente liquide. La moneta permette di realizzare i benefici dello scambio e Adam Smith la paragonava, in un celebre passo della sua opera la Ricchezza delle Nazioni, ad una strada che permette di far circolare e giungere al mercato tutto il fieno e il granturco del paese, ma non ne produce la benché minima quantità.

Essa svolge tre funzioni:

a) è un mezzo di scambio;
b) è una riserva di valore;
c) è un'unità di conto.

a) Un'attività che gli individui detengono allo scopo di utilizzarla per lo scambio di beni e servizi, anziché consumarla .Gli individui non possono mangiare le banconote ma possono cederle per lo scambio di cibo e servizi .In tempi normali la valuta ufficiale di un paese è un mezzo di scambio di tutte le transazioni che in quel paese hanno luogo .A volte, come nel caso delle sigarette, nei campi di prigionia, si può usare come mezzo di scambio questi beni, accettati anche dai non fumatori .Così durante l'iperinflazione tedesca del 1923,beni come le uova e i sacchi di carbone divennero mezzi di scambio.

b) La moneta deve essere anche un mezzo che permette di conservare il potere di acquisto nel tempo. Se il mezzo di scambio fosse un cono gelato, l'economia avrebbe presto un tracollo monetario. Naturalmente qualsiasi attività che conservi il proprio potere di acquisto nel tempo può essere una riserva di valore. Non solo la moneta. Pertanto la riserva di valore è una funzione necessaria ma non distintiva.

c) È un'unità di misura che gli individui usano per fissare i prezzi ed eseguire i calcoli economici. Ai contadini nel medioevo veniva richiesto di lavorare sulla terra di un padrone e consegnare una parte del raccolto. Oggi i prezzi sono espressi in termini monetari per facilitare gli scambi: si utilizza una unità di misura universalmente accettata.

Per la maggior parte della storia umana gli individui hanno utilizzato la moneta-merce. Con la c.d. moneta merce si utilizzava un tempo quale mezzo di scambio un bene (in gene-

---

Una prospettiva europea, Il Mulino, 2016; O. Blanchard, A. Amighini, F. Giavazzi, *Scoprire la macroeconomia. I. Quello che non si può non sapere*, Il Mulino, 2016; O. Blanchard, A. Amighini, F. Giavazzi, *Scoprire la macroeconomia. II. Un passo in più*, Il Mulino, 2017; R. Dornbusch, S. Fischer, R. Startz, G. Canullo, P. Pettenati, *Macroeconomia,* in McGraw Hill 2014; W. N. Goetzmann, *Denaro. Come la finanza ha reso possibile la civiltà*, Il Saggiatore, 2017.

re oro o argento) che poteva essere destinato ad altri usi. Questi altri usi conferivano alla moneta merce un valore che non dipendeva dalla sua funzione come mezzo di scambio.

Per esempio le sigarette usate come moneta erano beni di valore, perché alcuni prigionieri fumavano e l'oro aveva valore perché poteva sia essere coniato ma sia essere usato per fabbricare gioielli e ornamenti. Ai tempi di Adam Smith, 1776, ai tempi del famoso libro "La Ricchezza delle Nazioni "e della Dichiarazione di Indipendenza statunitense, le banconote erano già in uso oltre l'oro e l'argento.

Male banconote erano emesse da banche private che promettevano di cambiare a richiesta la carta moneta con una quantità prestabilita di oro e argento. Cioè la carta moneta che circolava in Scozia nel 1776 era una moneta cartacea garantita da merci: un mezzo di scambio privo di valore intrinseco e il cui valore finale era determinato dall'impegno di chi lo emette a convertirlo in beni di valore su richiesta.

Il vantaggio della moneta merce garantita da merci sulla moneta merce (come le monete di oro e argento) era il fatto di vincolare una minor quantità di risorse di valore. Anche se la banca emittente la moneta cartacea doveva tenere a disposizione una certa quantità di oro e argento, bastava che ne tenesse in quantità sufficiente per far fronte alle domande di rimborso delle proprie banconote. Faceva affidamento che in un dato giorno solo una piccola percentuale di banconote veniva presentata i banca per essere convertita in oro e argento. Perciò poteva conservare l'oro e l'argento solo in una frazione corrispondente alle banconote in circolazione, dando in prestito la parte restante a chi chiedeva. Si utilizzava il metallo prezioso per altri scopi senza perdere la capacità di realizzare i benefici dello scambio.

Per tornare ad Adam Smith e alla sua Ricchezza delle Nazioni, in un passo famoso, a proposito della carta moneta, si procede ad un paragone. La paragona ad una "strada carreggiabile attraverso l'aria".

Una vera strada offre un servizio utile ma ha un costo: il terreno potrebbe essere coltivato anziché asfaltato. Se la strada è costruita in aria non distrugge terreno utile.

Quando le banche sostituirono le monete d'oro e d'argento (moneta merce) con la carta moneta (moneta cartacea garantita da merci) fecero un'operazione simile a costruire una strada in aria che non consuma terreno: cioè ridussero la quantità di risorse reali utilizzate dalla società per svolgere la funzione di moneta.

A quel punto, andando avanti con l'evoluzione monetaria, ci si cominciò a domandare perché usare comunque oro e argento in un sistema monetario solo per garantire la carta moneta.

Infatti oggi, i sistemi monetari moderni, andando oltre Smith, hanno eliminato ogni

ruolo per l'oro e l'argento. Una banconota da 10 euro non è una moneta merce. Non è neppure una moneta cartacea garantita da merci. Il suo valore nasce solo dal fatto di essere universalmente accettata come mezzo di pagamento, un ruolo stabilito per decreto dallo Stato.

La moneta il cui valore dipende interamente dallo status ufficiale di mezzo di scambio è detta moneta fiat.

Per questo, oggi, è decisivo e non si può prescindere dal ruolo del decreto dello Stato che serve per far accettare universalmente, diciamo così, la moneta come mezzo di pagamento e questo ne determina il suo valore.

Altrimenti il suo valore a cosa sarebbe ancorato?

Perciò la moneta, oggi, il cui valore dipende interamente dal suo status ufficiale di mezzo di scambio è detta moneta fiat (o moneta a corso legale o forzoso), perché esiste in forza di un decreto del governo: il termine fiat era storicamente usato per indicare appunto un ordine.

Le c.d. moneta convenzionali, complementari che fuoriescono da un'impostazione statalista, per arrivare a una c.d. impostazione sociale nascono sulla base di una contraddizione. Vogliono replicare all'interno della rete, della comunità in cui sono usate la forza dello Stato. Ma non possono coesistere due Stati in un medesimo luogo. Tali monete possono essere accettate e usate su base volontaria certamente ma finché lo Stato lo permette e nei limiti relativi, cioè dettati da un ordinamento, ma con la consapevolezza che l'unica moneta che può svolgere le funzioni sopra indicate e soprattutto quella di mezzo di pagamento, è la moneta fiat. Creata da un decreto dello Stato e che, di conseguenza, si applica a tutti indipendentemente da una accettazione volontaria. Questo facilita e dà certezza ai traffici.

La moneta fiat, a corso legale o a corso forzoso, cioè quella riconosciuta da un decreto dello Stato ha due vantaggi rispetto alla precedente moneta cartacea garantita da merci.

In primo luogo, come è stato detto (Krugman) è una forma più efficiente di strada carreggiabile attraverso l'aria dal momento che non vincola risorse reali (oro o argento o altro) se non la carta sulla quale è stampata. In secondo luogo può essere gestita e garantita (dallo Stato) sulla base delle necessità dell'economia (politica monetaria e fiscale) anziché essere determinata dalla quantità di oro e argento che si scopre.

I bitcoin non hanno, si potrebbe dire ma lo vedremo, la possibilità di essere sottoposti a questa gestione e garanzia.

Gestione e garanzia che fa parte di un ordinamento. Che è imprescindibile e fa un tut-

to uno con la moneta. In quanto emessa per un decreto statale, la moneta fiat prevede una responsabilizzazione di chi emette il decreto. In questo senso si capisce perché Krugman parla a proposito dei bitcoin come un ritorno un po' all'indietro, di trecento anni, quando esisteva la moneta merce, neanche la moneta cartacea garantita da merci. Infatti, oggi, banalmente solo gli Usa hanno il diritto legale di stampare, emettere, dollari e così gli organi dell'UE, per l'euro.

2. – Dopo aver esposto alcuni concetti economici della moneta come mezzo di pagamento, accenno qui ad alcuni aspetti giuridici che completerò nei prossimi paragrafi.

Ma essi sono funzionali per spiegare la moneta elettronica nell'ambito della quale, a torto, spesso viene compreso il bitcoin.

La moneta è un bene dotato di utilità universale (punte di freccia, ossidiana, sale, pelli, ecc.) e in tale approccio utilitaristico vennero usati alcuni tipi di metalli adatti ad essere forgiati, quali l'oro e l'argento. Ma già all'origine queste monete avevano una caratteristica, cioè quella di presentare un marchio riferibile al Sovrano e cioè essere controllate nell'emissione dallo Stato [8]. Già dall'epoca romana, la moneta aveva la caratteristica di avere corso legale ed essere accettata come mezzo di adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Oggi con l'art. 1277 abbiamo il principio per il quale l'estinzione avviene al valore nominale della moneta e tale principio, nominalistico, serve a semplificare la circolazione monetaria e rendere indifferente la variazione del valore della moneta, del suo potere di acquisto: la quantità di moneta viene identificata al momento in cui l'obbligazione pecuniaria sorge e, se nel frattempo il valore della moneta diminuisce, per esempio per fenomeni inflattivi, non si verifica l'adeguamento corrispondente della prestazione del debitore di moneta rispetto a quella di colui che debba dare il bene o fornire il servizio per il quale la dazione di moneta è stata pattuita.

La moneta è discusso se sia un bene in senso giuridico (art.810 c.c., "cosa che può formare oggetto di diritti"). Molti lo negano, in base alla considerazione che rispetto ai beni, il diritto di proprietà, come definito dall'art. 832 c.c., cioè possibilità di godere e

[8] Già dall'antichità, come riporta Tito Livio, durante l'assedio di Roma ad opera dei Galli, nel V secolo, alcuni invasori arrivarono in città e le oche presenti nel tempio di Giunone, svegliarono gli assediati e fecero respingere l'assedio. Da allora il tempio sito su Campidoglio venne dedicato a Giunone Moneta (da monere, avvertire) e sullo stesso luogo fu edificata dopo circa un secolo la zecca di Roma. Perciò il termine "moneta "prese ad indicare il denaro, cfr. a cura di G. Lemme, *Diritto ed economia del mercato*, Cedam, 2020, p. 463.

disporre in modo esclusivo di un bene troverebbe per la moneta un ostacolo insormontabile [9]. Disposizione si intende l'alienazione a terzi o il mutamento della destinazione produttiva del bene, per godimento si intende l'utilizzazione diretta.

Della moneta si può disporre ma difficilmente se ne può godere. A parte casi patologici, il godimento scisso dalla disposizione non ha molto senso: la funzione della moneta, la sua essenza, giuridica, intesa come mezzo di pagamento consiste nel cederla ad altri come corrispettivo di beni o servizi.

La moneta legale tradizionalmente veniva fatta coincidere con la moneta fisica (cartacea o metallica) basandosi sulla nozione contenuta nell'art. 1277 c.c. e se ne faceva discendere la funzione solutoria dell'obbligazione pecuniaria che si realizzava con la dazione di moneta legale. In base all'impostazione originaria del codice civile (1942) l'unico modo di adempiere l'obbligazione pecuniaria era la dazione di moneta fisica. Il pagamento con moneta scritturale o elettronica poteva essere rifiutato.

Oggi vi è l'equivalenza tra moneta bancaria o scritturale e moneta legale e moneta elettronica, di volta in volta usate a seconda dei contesti [10]. La moneta fisica al pari delle

---

[9] A cura di G. Lemme, cit., p. 470.

[10] La moneta bancaria o scritturale è quella che nasce in conseguenza di mere scritture contabili effettuate dalle banche nei propri database. Sono moneta bancaria o scritturale, per esempio, i bonifici bancari, gli assegni circolari, gli addebiti diretti, i versamenti mediante carte di credito, di debito o prepagate, e così via. Le banche sono in grado di gestire i pagamenti in moneta scritturale grazie ad una camera di compensazione interbancaria (gestita dalla banca centrale), che consente loro di regolare le rispettive partite creditorie e debitorie, ossia le disposizioni monetarie da una banca all'altra. Un meccanismo analogo si riscontra per le transazioni internazionali, mentre i pagamenti transfrontalieri nell'Unione Europea vengono gestiti da una camera di compensazione definita sistema Target 2 (dove Target sta per Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer System). Il creditore può legittimamente rifiutarsi di ricevere dal proprio debitore un pagamento che non sia in contanti. Cosa succede se il pagamento in questione dovesse superare la soglia prevista dalla legge per i pagamenti in contanti? In questo caso potrebbe sorgere un conflitto normativo, poiché in buona sostanza, tale previsione normativa vieta di usare la moneta a corso legale oltre una certa soglia, quindi tale norma colliderebbe con la fondamentale norma di cui all'art. 1277 c.c., che detta un principio cardine per l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie? Certamente non si può, allo stesso tempo, imporre e vietare una certa modalità di estinzione delle obbligazioni pecuniarie. Una volta statuito che le obbligazioni pecuniarie si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato, non ha particolarmente senso statuire, con un differente provvedimento normativo, che per alcune obbligazioni pecuniarie (ossia quelle al di sopra di una certa soglia) la moneta avente corso legale nello Stato è inidonea al relativo adempimento. O tale moneta è idonea, anzi è legalmente prescritta, o non lo è. In pratica il Legislatore sta evidenziando che, per tutta una serie di obbligazioni pecuniarie (ossia quelle al di sopra della soglia prefissata), la moneta avente corso legale ha una efficacia liberatoria inferiore rispetto alla moneta bancaria (che è moneta privata) anzi, la moneta a corso legale perde il proprio corso legale a favore del corso, divenuto legale oltre tale soglia, della moneta bancaria? Non sarebbe una considerazione di poco conto. In pratica la moneta a corso legale sarebbe tale solo sotto una certa soglia, superata la quale, la moneta a corso legale diverrebbe illegale mentre la moneta bancaria (privata) diverrebbe la nuova moneta a corso legale.

altre è un mezzo trasmissivo della moneta legale: la natura stessa della moneta con il suo rapporto con il potere dispositivo rendono centrale il momento della circolazione che viene definito da un contesto di norme che disciplinano l'emissione, la sua trasmissione come mezzo di pagamento.

Affronto, dunque il problema e le vicende come si sia passati dalla moneta fisica alla moneta scritturale o bancaria e alla moneta elettronica, per poi verificare se il bitcoin possa far parte di quest'ultima.

Aspetto sul quale ho fondati dubbi.

Già un tempo esisteva l'ecu de marc, una moneta non costituita da banconote o metallo ma da un semplice accordo tra i soggetti presenti e partecipanti, nel XVI secolo, alla fiera di Lione. Poteva circolare sulla base di un accordo tra più parti, e solo tra esse, ed era privo di fisicità, essendo una scrittura su appositi libri. Piuttosto che scambiare moneta effettiva si usava un'unità convenzionale che consentiva il meccanismo della compensazione tra debiti e crediti reciproci e una maggiore agilità negli scambi.

Le banche, poi, crearono la c.d. free money che prescindeva dall'intervento del sovrano, cui restava la coniazione della moneta metallica, ma si basava sul consenso di più soggetti. Infine la moneta fisica venne sostituita da una moneta basata su annotazioni o scritture: appunto la moneta scritturale o bancaria [11].

Non si deve risolvere così la questione .La Giurisprudenza italiana maggioritaria, poi nel 2007, con la sentenza n. 26617, la Corte di Cassazione, pronunciandosi a Sezioni Unite, ossia nella massima funzione di nomofilachia (garanzia dell'uniforme interpretazione della legge e dell'unità del diritto nazionale) ha statuito che il debitore ha facoltà di liberarsi dalla propria obbligazione pecuniaria, quand'anche essa fosse al di sotto della soglia legislativamente prevista, non soltanto mediante un pagamento in moneta avente corso legale nello Stato ma anche mediante moneta bancaria (nella specie, assegno circolare). – Cass., Sez. Un., n. 26617 del 18/12/2007: "Nelle obbligazioni pecuniarie, il cui importo sia inferiore a 12.500 euro o per le quali non sia imposta per legge una diversa modalità di pagamento, il debitore ha facoltà di pagare, a sua scelta, in moneta avente corso legale nello Stato o mediante consegna di assegno circolare; nel primo caso il creditore non può rifiutare il pagamento, come, invece, può nel secondo solo per giustificato motivo da valutare secondo la regola della correttezza e della buona fede oggettiva; l'estinzione dell'obbligazione con l'effetto liberatorio del debitore si verifica nel primo caso con la consegna della moneta e nel secondo quando il creditore acquista concretamente la disponibilità giuridica della somma di denaro, ricadendo sul debitore il rischio di inconvertibilità dell'assegno". Quindi la massima Autorità giudiziaria italiana ha praticamente sostenuto che non solo la moneta bancaria è moneta a corso legale al di sopra della soglia legislativamente prevista, ma lo è anche al di sotto di tale soglia. Questo nonostante pareri anche della BCE (European Central Bank, Virtual Currency Scheme – A Further Analysis, 2015, p. 24) in base ai quali la Banca Centrale Europea aveva risposto che la moneta scritturale, o moneta bancaria, non è moneta a corso legale e facendo supporre, in base a questa impostazione, che il creditore può legittimamente rifiutarsi di ricevere dal proprio debitore un pagamento che non sia in contanti.

[11] V. circa l'evoluzione storica, R. C. Allen, *Storia economica globale*, Il Mulino. 2013. D. Felisini in Storia economica (a cura di) T. Fanfani. Mc-Graw-Hill, 2010; G. Feliu e C. Sudrià. Introduzione alla storia

La moneta scritturale viene creata (e rappresenta) dalla banca mediante una "scrittura" ossia una annotazione.

Una prima annotazione nasce in un contratto non bancario, quello previsto dall'art. 1823 c.c. Non ha rapporto con il conto corrente bancario ma la norma prevede comunque un'annotazione numerica che rappresenta un certo quantitativo di moneta. Per la prima volta, il legame tra "denaro" e "scrittura" scinde il denaro dal legame con un entità fisica rappresentata dal denaro contante Di annotazione si parla anche nell'art 1835 c.c. che fa riferimento al deposito bancario e a versamenti e prelevamenti da annotare sul libretto.

Nel conto corrente bancario, che ha una regolamentazione nascente molto da prassi, l'annotazione diventa centrale e ha la funzione di rendere possibile al cliente di operare nei rapporti con la Banca e verso i terzi, eseguendo i pagamenti e estinguendo le obbligazioni pecuniarie senza avvalersi della moneta fisica. Si forma un saldo, distinto in saldo contabile, per valuta e disponibile.

Cioè con il contratto di conto corrente bancario, che è la base dei rapporti tra Banca e cliente, la moneta scritturale diventa analoga se non uguale a quella fisica sia come strumento di circolazione, sia di trasmissione di una disponibilità di moneta.

Tra i mezzi con i quali si gestisce la moneta scritturale vi è l'assegno (bancario e circolare, ordine del correntista diretto alla banca di pagare una somma, il primo, e promessa di pagamento che la Banca fa al beneficiario previa costituzione della provvista da parte del cliente, il secondo).

Se i modi di trasmissione di moneta scritturale come l'assegno, nelle sue varie forme, sono legati ad un titolo cartaceo che viene trasmesso al beneficiario, in altre circostanze il pagamento è eseguito tra soggetti distanti che non si scambiano oggetti materiali. È il caso del bonifico bancario, che è un ordine di trasferimento di denaro dal conto corrente dell'ordinante a quello del beneficiario. Con le carte di credito il pagamento dell'acquisto di un bene (sempre in sede di trasmissione di moneta scritturale) avviene con l'intermediazione di un soggetto (l'emittente) che gestisce il trasferimento di moneta interponendosi tra venditore e acquirente.

---

economica mondiale. Cedam, 2013; L. Neal, *Storia della finanza internazionale. Dalle origini a oggi*, Il Mulino, 2017; R. Cameron e L. Neal, *Storia economica del mondo* Vol. I e Vol. I, Il Mulino, 2005; P. Ferro-Luzzi, *Lezioni di diritto bancario*, Giappichelli, Terza edizione corretta ed integrata, 2012; L. Randall Wray e Y. Nersisyan, *Capire la moneta e la politica macroeconomica*; a cura di M. Mazzuccato e M. Jacobs, *Ripensare il capitalismo*, Laterza, 2017. P. Samuelson, W. D. Nordhaus, C. A. Bollino *Economia*, Mc-Graw-Hill. XIX edizione. 2009. R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, V edizione, 2012. F. Giorgianni e C. M. Tardivo, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Giuffrè, Terza edizione, 2012; a cura di G. Lemme, *cit.*

La moneta elettronica. In cosa consiste?

Come ogni moneta deve essere destinata ad adempiere le obbligazioni pecuniarie (art. 1277 c.c.).

Se mancasse questa funzione non si potrebbe parlare quasi di moneta perché come abbiamo visto essa è destinata ad estinguere i debiti di denaro.

Seconda caratteristica è la spendibilità generalizzata. Cioè è volta ad estinguere le obbligazioni pecuniarie ma ad estinguerle verso una serie almeno potenzialmente non delimitata di soggetti.

Terza caratteristica è che circola in forma elettronica. Questo la distingue sia dalla moneta fisica ma anche dalla moneta scritturale o bancaria che potrebbe anche circolare in forma elettronica (esecuzione di bonifici ad esempio).

La distinzione sta che per la moneta elettronica la circolazione in forma elettronica è esclusiva. Per l'assegno o il bonifico, la circolazione assume in una certa fase la forma elettronica ma tale forma non è "funzionale alla fattispecie, venendo a costituire una mera modalità" [12].

In teoria un assegno potrebbe circolare sempre in forma cartacea o un bonifico eseguito tramite uno scambio di documenti.

Con la moneta elettronica non si può neanche astrattamente concepire una circolazione in forma diversa da quella elettronica.

È stata definita la moneta elettronica un modo di adempimento delle obbligazioni pecuniarie a spendibilità generalizzata, almeno ampia e potenzialmente indeterminata, che si attua strutturalmente e necessariamente in forma elettronica.

Comprende:

– i trasferimenti elettronici di fondi;

– la moneta elettronica cioè la creazione di una vera e propria disponibilità monetaria su supporto elettronica, come la moneta elettronica memorizzata su Smart card o su file.

Il bancomat è solo apparentemente moneta elettronica. Il tesserino non può essere considerato un titolo di credito perché non può circolare, anzi è incedibile e il suo uso avviene sotto l'esclusiva responsabilità del suo titolare.

È, in realtà, un documento di legittimazione e serve per identificare il titolare di una prestazione.

Il bancomat conferisce il diritto alla prestazione, è un titolo di legittimazione.

---

[12] A cura di G. Lemme, cit., p.481.

Il relativo e collegato contratto di rilascio è un contratto atipico non regolato dal codice civile ma con una normativa che riecheggia quella sui libretti di deposito a risparmio (art. 1835 c.c.) con l'annotazione che avviene tramite un'apparecchiatura automatica.

Rispetto alla moneta elettronica il bancomat ha un ruolo marginale e serve solo per identificare in via elettronica l'avente diritto ad una certa prestazione.

L'elettronica serve per consentire che l'operazione si svolga mediante apparecchi automatizzati. La moneta elettronica, al contrario, circola ed è espressa in forma elettronica ed adempie ad una funzione di pagamento.

Il POS, (*point of sale*) è un'apparecchiatura in grado di leggere e trasmettere i dati di una carta magnetica e i pagamenti con tale apparecchiatura eseguiti. Il pin sostituisce la sottoscrizione che avviene nella carta di credito, anche se per essa oggi, si diffonde il pin. Nel Pos il trasferimento fondi avviene in tempo reale a differenza della carta di credito. È stato considerato una delegazione di pagamento nella quale la forma elettronica è caratteristica del pagamento.

Così sono moneta elettronica le Smart cards o le e-cash.

Ma per le monete virtuali si può considerare che sia del tutto simile a quanto sopra descritto?

Non sembra che possano avere le caratteristiche della moneta fiat che è, oggi, essenziale per parlare di moneta. Ho sopra descritto le caratteristiche necessarie della moneta fiat.

Inoltre per esse lo *ius monetae* è stabilito da privati attraverso meccanismi che non prevedono alcun intervento da parte di autorità centrale e tantomeno statale [13].

Mentre la moneta elettronica può essere considerata moneta legale, il bitcoin no. Non ha quelle caratteristiche.

La normativa sulla moneta elettronica prevede diverse direttive europee (Direttiva 2000/46/CE sugli Istituti di moneta elettronica, IMEL, che sono soggetti diversi dalle banche ai quali viene riservata la sola, limitata funzione di emissione e gestione della moneta elettronica, non possono raccogliere risparmio tra il pubblico ed erogare credito; Direttiva 2009/110/ CE, c.d. direttiva IMEL 2; d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 che recepisce in Italia la PSD, di cui alla direttiva 2007/64/CE, *payment services directive*, che crea un Codice unico europeo per i trasferimenti monetari eseguiti in moneta scritturale). Tut-

[13] V. M. Mancini, *Valute virtuali e bitcoin,* in *Anal. Giur. Economia*, 1/2015 p. 117; G. Lemme e S. Peluso, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Riv. Dir. Banc*. 11/2016 p. 382, 383, che notano come nessuno ha mai dubitato che la moneta bancaria e la moneta elettronica si ponessero all'interno della sovranità monetaria (nazionale o, per i Paesi dell'area euro, europea) e di conseguenza che queste forme fossero protagoniste e non certo antagoniste rispetto al concetto di moneta legale.

ti elementi di ordinamento e di normativa riconducibili allo Stato, o agli Stati intesi come UE che manca nel bitcoin [14]. Dove non è concepibile che possa esistere un decreto come quello della Banca d'Italia del 15 febbraio 2010 intitolato "Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica".

Perché la moneta elettronica è comunque una moneta fiat, a corso legale o forzoso, secondo le caratteristiche sopra descritte. E assolve alle funzioni, nuove e diverse ed innovative rispetto alla moneta merce o alla moneta cartacea garantita da merci di un tempo, ma rimane una moneta riconducibile ad un "decreto" dello Stato con i relativi obblighi e poteri circa la politica monetaria più in generale.

Ma allora il bitcoin se non è una moneta perché essenziale alla definizione di moneta sono le caratteristiche che abbiamo detto, cosa è?

3. – Certamente come ho detto in prima approssimazione per moneta si può intendere "qualsiasi attività patrimoniale che possa essere utilizzata per facilitare e perfezionare lo scambio di beni e servizi" come dice Krugman nel suo manuale e qualsiasi altro economista.

Ma se si scende nel dettaglio, come lo stesso Krugman fa, sia nell'analisi sia economica sia giuridica, che può essere, la seconda soprattutto anche variabile da Stato a Stato, si vede che per moneta deve intendersi la moneta fiat, avente corso legale o corso forzoso. Questa serve per adempiere ed estinguere i debiti pecuniari.

Dal punto di vista economico più generale è quella che facilita i traffici e serve le moderne esigenze economiche che comprendono le esigenze microeconomiche dello scambio individuale ma anche quelle macroeconomiche che, poi si ripercuotono a livello micro.

Dal punto di vista strettamente giuridico, il capo VII del nostro codice civile affronta il tema delle obbligazioni pecuniarie alla sezione I e fa riferimento alla moneta fiat .Ciò non toglie che le obbligazioni, qualsiasi obbligazione anche quelle pecuniarie non possano essere adempiute in modo diverso, se le parti vogliono .Ma che le parti vogliano adempiere e scelgano, in modo concorde, un modo alternativo, tra quelli previsti dal codice, non toglie che il modo di adempiere le obbligazioni pecuniarie sia quello della moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento .Questo soprattutto non tan-

[14] V. A cura di F. Capriglione *Manuale di diritto bancario e finanziario* Cedam, 2019; *Le forme di vigilanza di Concetta Brescia Morra*. p. 129 ss.; *I servizi di pagamento* di V. Lemma, p. 285 e soprattutto *Il fintech e le nuove frontiere dell'innovazione finanziaria* di V. Canalini, p. 299 ss.

to per ragioni formali o di vuoto formalismo (perché così dice l'art 1277 c.c. e cosi il legislatore ha voluto) quanto per l'evoluzione storica economica, per ragioni economiche sottostanti che più sopra ho riassunto, che facevano dire ad Adam Smith che la moneta era una strada carreggiabile più conveniente e utile di altre perché essendo nell'aria non sprecava terreno. E questo porta alla moneta fiat, che è tale per decreto dello Stato. Salvo come dicono molti economisti tornare indietro di 300 anni, tornare all'ecu de marc o ad altro. Ma la convenienza di tornare indietro dove sta? Tutto dovrebbe essere declinato nel campo commerciale e delle obbligazioni in termini di utilità. Se le parti vogliono possono adempiere le obbligazioni nel modo che meglio convengono, ma il modo legale, cioè l'unico modo è quello cui la scienza economica oggi è giunta.

Perciò, per molti versi, richiamare il dibattito sulla convertibilità in oro delle monete, delle monete fiduciarie, richiamare come una circolare dell'Agenzia delle Entrate fa concetti circa la moneta virtuale come se essa fosse una moneta come un'altra, una moneta alternativa a quella tradizionale, come se potessero esistere monete tradizionali e monete non tradizionali (monete che affondano le loro radici sulla tradizione o consuetudine o la storia e altre no) è fuorviante e contradditorio [15]. È vero, come dice l'Agenzia delle Entrate che la moneta alternativa, se così la vogliamo chiamare, a quella tradizionale, anche se per quanto detto a rigore non dovrebbe chiamarsi moneta, si fonda sull'accettazione volontaria da parte degli operatori del mercato sulla base della fiducia e la ricevono in corrispettivo nello scambio di beni e servizi e ne riconoscono il valore di scambio indipendentemente da un obbligo di legge .Ma questo può avvenire con qualsiasi bene, anche molto lontano apparentemente dal concetto di moneta. Può avvenire con una conchiglia, con le pelli di castoro ecc. … con qualsiasi oggetto cui le parti si vogliono riferire in modo fiduciario in relazione allo scambio di beni e servizi. Ma moneta è altro e non può prescindere da quella evoluzione economica sommariamente descritta che ha giustificato il passaggio da moneta cartacea garantita da merci, oro e argento ad esempio, a moneta fiat e prima ancora ha giustificato il passaggio da moneta merce a moneta cartacea garantita da merci.

Ed è riduttivo e fuorviante affermare che la principale differenza tra moneta tradizionale è riconducibile ad un problema di governance" ovvero le monete con corso legale sono sotto il controllo degli Stati tramite le Banche centrali, mentre le monete complementari tra cui le criptovalute non sono soggette al controllo statale" [16]. La tradizione

[15] V. Agenzia delle Entrate, n. 72/E del 2016; G. Arcella e M. Manente, cit., p. 35.

[16] V. G. Arcella e M. Manente, cit., p. 36.

sembrerebbe allora considerare come moneta le pelli di castoro, il wampum, le conchiglie ecc. … ma in realtà non esiste una tradizione ma solo un'evoluzione di concetti e di strumenti in base alle esigenze, mutevoli, economiche, storiche e politiche; per cui se si formano degli Stati grossi, se il commercio si tramuta da locale in mondiale, se sorgono organizzazioni internazionali che vogliono darsi, con decreto, una moneta-euro-ecco che l'evoluzione determina in modo utilitaristico una moneta e parlare di moneta tradizionale contrapposta ad altro è ambiguo.

In realtà il processo non sta in una presunta voglia di governance statale contrapposta ad una governance volontaria e privatistica ma in ragioni già enucleate da Adam Smith, poi sviluppate tramite un complessivo sistema normativo ed economico che si fonda su motivi macroeconomici che affondano le loro radici in quello che si chiama politica monetaria e fiscale. Senza la quale l'economia non potrebbe funzionare e reggere. E la moneta elettronica, in quanto gestita nell'ambito di quel sistema economico-monetario non ha nulla a che fare con le valute virtuali.

La moneta elettronica, anzi, si coordina nello sviluppo di quel sistema economico-monetario con tutti i controlli relativi. Le monete virtuali come quelle complementari sono beni o mezzi per adempiere le obbligazioni se le parti vogliono. Ma come ci sono sempre stati, senza che per questo debbano essere per forza chiamate monete. La rete di soggetti paritari (*peer to peer*) ci sono già state nella storia anche per le monete, anche se progressivamente qualcuno è diventato, per ragioni macroeconomiche meno paritario [17].

---

[17] I manuali di economia ricordano, per rimanere agli Usa, come per il dollaro statunitense, moneta a corso forzoso, senza valore intrinseco e non convertibile in alcuna merce che ne abbia, non è sempre stata una sua caratteristica. Oltre ad usare, ai tempi dei primi insediamenti europei nelle colonie una moneta merce, costituita da monete d'oro e argento coniate in Europa, sulle sponde occidentali dell'Atlantico, dove le monete metalliche erano scarse, i coloni utilizzavano foglie di tabacco(in Virginia),i coloni degli Stati nordorientali utilizzavano il wampum, conchiglia di una specie di mollusco .Con il passare del tempo la moneta cartacea si diffuse sempre di più e prima della guerra civile il governo non emetteva cartamoneta .I dollari erano emessi da banche private con la promessa di convertirli su richiesta in monete d'argento .Ma le promesse non sempre erano credibili. Alcune analogie con i bitcoin ci sono sia per i wampum sia anche per il fatto che oggi il dollaro non ha un valore intrinseco ma il suo valore come ogni moneta lo trae solo dal fatto che è emesso dal governo e reca la firma del segretario al Tesoro, altrimenti sarebbe quasi indistinguibile dal wampum o dai bitcoin; poi viene negoziato in un mercato regolato da leggi nazionali ed internazionali. Spesso le banche fallivano e le persone non accettavano di buon grado i biglietti di una banca sospettata di essere in difficoltà: in altre parole alcuni dollari valevano meno di altri (la volatilità dei bitcoin?). Le banconote emesse dalla Citizens' Bank of Lousiana con sede a New Orleans divennero le più diffuse negli Stati meridionali (anche adesso diverse criptovalute hanno una diffusione maggiore di altre). Le banconote erano stampate in inglese su un lato e in francese sull'altro (a New Orleans c'erano molti francofoni) e in quella da dieci dollari c'era scritto Ten su una faccia e Dix sull'altra. Furono battezzate dixies e poi gli Stati meridionali presero il nome di Dixieland (anche i nomi da dare alle criptovalute possono essere molteplici). Il governo cominciò ad emettere cartamoneta ufficiale, chiamata greenback, verdoni, durante la guerra civi-

4. – Nell'ambito delle monete c.d. alternative possono distinguersi monete ad utilità intrinseca o digitali.

Le prime si andarono diffondendo in contesti particolari, come nel caso delle sigarette in contesti carcerari e durante la Seconda Guerra Mondiale, ma sono tuttora diffuse in alcuni Paesi africani, dove le ricariche per telefono cellulare vengono scambiate ed usate come moneta.

Il fenomeno di gran lungo più rilevante è però quello delle monete virtuali di tipo digitale.

Bitcoin è la moneta complementare di tipo digitale più decisamente simile alla vera e propria moneta [18].

Ma la Bce si è espressa chiaramente e (in Virtual currency schemes – a further analysis, Febbraio 2015) ha dedotto infatti che le monete virtuali, in quanto prive di un apparato normativo che ne stabilisca la funzione di mezzo di adempimento delle obbligazioni pecuniarie, non sarebbero moneta.

---

le, solo circa 150 anni fa (a proposito di moneta che affonda nella tradizione…). Dopo il 1873 il governo statunitense cominciò a garantire il valore del dollaro in termini di oro (prima non lo faceva) trasformando così i dollari in moneta cartacea garantita da merci. Nel 1933 il presidente Roosevelt spezzò il legame tra il dollaro e l'oro e il direttore del bilancio federale, abituato a quel sistema, temendo che il pubblico avrebbe perso fiducia nel dollaro se non fosse più garantito dall'oro –ma era in qualche modo garantito dal fatto che esistevano gli Usa, si potrebbe aggiungere, caratteristica assente per le criptovalute-disse che vi sarebbe stata la fine della civiltà occidentale .Comunque il legame venne ripristinato dopo qualche anno (anche in Italia in momenti di crisi erano stati presi provvedimenti analoghi, ma anche da noi esisteva, come lo stato Usa, l'Italia) e fu definitivamente abbandonato nell'agosto del 1971. Ma il dollaro è la valuta ancora più usata e i cataclismi non sono avvenuti, così come per altre monete, perché dietro ci sono gli Stati e un complesso normativo nazionale ed internazionale da loro creato: questa è la caratteristica essenziale di una moneta, perché un bene possa chiamarsi moneta e svolgere il suo ruolo. Il resto, anche ritenuto vitale, come la convertibilità non conta o conta meno. Cfr. M. Friedman e A.J. Schwartz, *Il dollaro. Storia monetaria degli Usa (1867-1960)*. Utet, 1979; M. Mazziero e A. Lawford, *La crisi economica e il macigno del debito*. Hoepli, 2018, p.61 e ss. per le crisi del passato; C. Bastasin e G.Toniolo, *La strada smarrita. Breve storia dell'economia italiana*. Laterza 2020 p. 32 e ss., per i provvedimenti di sospensione della convertibilità della lira o del ripristino della convertibilità aure della medesima avvenuti dopo il 1870 e nei primi del novecento, a testimonianza che la convertibilità di una moneta è un suo carattere ma non essenziale; G. Toniolo, *Storia economica dell'Italia liberale*, Il Mulino, 1988.

[18] G. Hileman, *A history of alternative currencies,* London, 2014, p.15 ss., distingue tra "money" e "currency": la prima sarebbe la moneta in senso lato, in tutte le sue funzioni, mentre la seconda sarebbe mezzo di scambio. Sotto questo profilo, posso dire stante le considerazioni esposte al precedente paragrafo di presentazione di bitcoin, che Bitcoin è più "currency" che "money"; le reazioni incredule quando non decisamente ostili di parte della comunità virtuale agli annunci quando qualcuno asserisce di essere l'inventore di questa c.d. moneta sono una tangibile testimonianza della natura "anarchica" di questa moneta. Si badi bene, che Bitcoin allo stato potrebbe assumere la funzione di moneta legale; perché ciò avvenisse, occorrerebbe che un determinato contesto normativo, come detto nel testo, ne definisse la legge di circolazione, ma sarebbe contraddetta dallo stesso meccanismo "anarchico" al quale più volte ho fatto cenno. E non serve neanche la nuova formulazione dell'art. 126-*octies* del TULB, che rimanda all'accordo delle parti la valuta di pagamento, si applica alle sole valute europee, in quanto la norma recepisce direttive comunitarie.

O meglio: lo sarebbero, ma solo nel senso di moneta contrattuale, valida dunque nei meccanismi di scambio in quanto vi sia un accordo tra le parti.

Le monete virtuali, continua la Banca, non sarebbero dunque soggette ai meccanismi normativi previsti dalla PSD. Le conclusioni sono dunque che "As a result, analysis from the economic and legal perspectives leads to the conclusion that virtual currencies should not be bundled into the generic words of money or currency, even though their technical appearance takes a form which has some similarities to scriptural money and/or electronic money".

La BCE mantiene una posizione conservatrice sull'uso del termine moneta; lo stesso rapporto citato, ad esempio, afferma che "*scriptural money, or bank money, in euro and electronic money (e-money) in euro are not legal tender. Nevertheless, these forms of money are widely accepted for all kinds of payments by choice*".

Come ho già detto, se riconoscere valore di moneta legale alla sola moneta fisica appare oggi un concetto fondamentalmente superato, in quanto la moneta bancaria e quella elettronica, a seconda del contesto, hanno valore di mezzo di adempimento delle obbligazioni pecuniarie assolutamente analogo a quello della moneta fisica, ciò posto, le conclusioni cui giunge la BCE sono fondamentalmente condivisibili, in quanto Bitcoin, e con esso tutte le monete virtuali, non facendo riferimento ad un sistema normativo specifico stabilito da una autorità centrale, non possono assolvere funzione di mezzo di adempimento delle obbligazioni pecuniarie se non, al limite, in base al meccanismo previsto dall'art. 1278 c.c. (vedremo più oltre il dibattito relativo).

Il problema, peraltro, diviene quello di stabilire entro che misura Bitcoin possa assolvere la funzione di estinzione di obbligazioni pecuniarie in determinate circostanze. La sin troppo facile (ed immediata) risposta (assunta anche dalla BCE nel citato rapporto) è che tale funzione è limitata al solo contesto in cui, previo accordo delle parti, Bitcoin venga accettata in pagamento. Cioè sono un mezzo di adempimento alternativo e volontario.

Tornerò nell'prossimo paragrafo sul nostro sistema codicistico e sull'art. 1278 c.c. per capirne la portata.

Bitcoin allo stato potrebbe assumere la funzione di moneta legale; ma perché ciò avvenisse, occorrerebbe che un determinato contesto normativo ne definisse la legge di circolazione.

Però, evidentemente entrerebbe in contraddizione con se stesso perché esiste un meccanismo "anarchico" al quale più volte ho fatto cenno che è alla sua base.

Solo, forse, la Corte di Giustizia UE ha fatto un'apertura. Un passo nel senso di rico-

noscere il valore di Bitcoin come moneta è stato compiuto dalla Corte di Giustizia UE, con la sentenza 22.10.15 (in causa C-264/14, Skatteverket c/ David Hedqvist).

La Corte ha infatti stabilito, proprio con riferimento a Bitcoin, che "le operazioni relative a valute non tradizionali, vale a dire diverse dalle monete con valore liberatorio in uno o più paesi, costituiscono operazioni finanziarie, in quanto tali valute siano state accettate dalle parti di una transazione quale mezzo di pagamento alternativo ai mezzi di pagamento legali e non abbiano altre finalità oltre a quella di un mezzo di pagamento".

Nella sentenza, di fatto, l'operazione di cambio da Bitcoin a moneta legale è stata riconosciuta alla stregua di una operazione finanziaria di cambio tradizionale. Personalmente, come diversi progetti di legge di diversi paesi sono propenso a vedere in bitcoin uno strumento finanziario, al pari anche di un 'azione o una obbligazione. Che possono essere usate, se c'è la volontà concorde come pagamento o adempimento di qualsiasi obbligazione, anche pecuniaria. Perciò interpreto le parole della Corte di Giustizia più in questo senso. Caratteri e principi di politica monetaria, di macroeconomia impediscono un diverso comportamento.

In effetti, il timore principale delle autorità centrali è quello che la diffusione non regolata di Bitcoin possa minare alla base gli strumenti di controllo delle politiche monetarie. Inoltre la base "consensuale" di circolazione è attualmente troppo ridotta perché si possa parlare quantomeno di equivalenza alla moneta legale, se anche volessimo dire che il diritto deve adeguarsi alla storia, alla sostanza.

Nella letteratura corrente è possibile individuare due principali e contrastanti correnti di pensiero sulla capacità o meno da parte di Bitcoin di assolvere le tre principali funzioni della moneta quale mezzo di scambio, unità di conto e riserva di valore [19].

Altri ritengono Bitcoin una forma di investimento speculativo più che una moneta vera e propria [20].Al massimo e a tutto concedere si può considerare Bitcoin una moneta vir-

---

[19] Più favorevole N.G. Mankiw, *Macroeconomics,* New York: Worth Publishers, 2007, 6th ed.

[20] F.R. Velde, *"Bitcoin: a primer"*, Chicago Fed Letters, 2013, p. 317, B. P. Hanley, *The Federal Reserve Bank of Chicago*, 2014; D. Yermack, *"The False Premises and Promises of Bitcoin"*, Cornell University Library, 2014; M. T. Williams, *"Is Bitcoin a real currency? An economic appraisal"* NBER Working Paper 19747, National Bureau of Economic Research, 2014; N.A. Plassaras, *"Virtual Currencies – Bitcoin Risk"* Paper presented at the World Bank Conference, Washington, D.C. October 21, 2014. 42, 2013; S. Satran, *"Regulating Digital Currencies: Bringing Bitcoin within the Reach of the IMF"* Chicago Journal of International Law 14 (1): 377-407; 2013; W. L. Luther and L.H. White, *"How Did Bitcoin Become a Real Currency?"* U.S. News & World Report, 2014; D. M. Lennon and T. Reilly, "Can Bitcoin Become a Major Currency?" GMU Working Paper in Economics No. 14-17, George Mason University. Folkinshteyn, 2015; "The Bitcoin Mirage: An Oasis of Financial Remittance" Journal of Strategic and International Studies 10: 118-124.

tuale globale con un enorme potenziale quale futuro sostituto delle valute standard. Uno dei suoi vantaggi economicamente parlando è che potrebbe avere un potenziale deflattivo, sempre che sia un vantaggio.

Infatti la moneta chiamiamola "normale" essendo creata da Autorità centrali, può essere modulata nella quantità. E non è detto che questo sia sempre un male o porti sempre e solo a inflazione.

Comunque, si dice, ma non sono un esperto, che secondo l'algoritmo corrente quando la quantità massima di unità in circolazione raggiungerà 21 milioni, con tutta probabilità intorno al 2140, il tasso di crescita di bitcoin convergerà a zero.

Infatti la sua produzione prescinde da un 'Autorità che ordina l'emissione essa non ha alcun supporto fisico, può essere memorizzata in portafogli installati localmente mediante apposito software su dispositivi elettronici (ad esempio pc, smartphone, tablet etc. …) o in portafogli online la cui gestione è demandata a specifici portali che offrono questo tipo di servizio. Gli utenti interagiscono gli uni con gli altri in modo diretto e in forma anonima, senza l'intervento di alcun intermediario. Attualmente, è possibile acquisire Bitcoin scambiandoli con valuta standard su una borsa Bitcoin o da un rivenditore Bitcoin, ottenendoli all'esito di una transazione per la vendita di beni o servizi, prendendo direttamente parte ad un processo di data mining sul quale non mi soffermo perché non mi sembra rilevante dal punto di vista economico o giuridico. A parte l'anonimato che genera e che per molti è l'unica ragione della nascita di questa c.d. moneta.

Comunque vediamo alcuni caratteri di bitcoin.

a) Bitcoin come mezzo di scambio

Difatti, una delle principali funzioni di qualsiasi moneta è quella di fungere da mezzo di scambio ovvero da strumento di pagamento nella compravendita di beni e servizi e nelle altre transazioni commerciali. A tal proposito, è possibile rilevare come Bitcoin quale mezzo di scambio differisca in modo sostanziale dalle valute standard in positivo e in negativo almeno in riferimento ai seguenti aspetti: costi di transazione, anonimato e trasparenza, corso legale, costi fissi, esternalità di rete, risoluzione delle controversie e credito e riserva frazionaria.

– Costi di transazione

Il vantaggio comparativo di Bitcoin quale mezzo di scambio rispetto alle valute standard risiede senz'altro nei costi di transazione notevolmente inferiori. Non essendoci un sistema centrale da remunerare, i costi di transazione di Bitcoin devono coprire solo i costi di mantenimento, o meglio di compensazione, del sistema di mining, e, non esistendo

alcun supporto fisico, si alleggeriscono anche di tutte le voci relative al trasferimento delle valute standard quali stoccaggio, autenticazione, trasporto e sicurezza.

Si dice che in media i costi per una transazione in Bitcoin oscillino tra lo 0% e l'1% del valore della transazione stessa mentre quelli per una transazione in valuta standard arrivino a una percentuale dal 2% al 5%. [21]

– Corso legale

Una caratteristica distintiva di Bitcoin, come si è visto, è che non è una moneta a corso legale al contrario delle valute standard. Il suo uso come mezzo di scambio dipende esclusivamente dalla volontà degli attori del mercato che non sono legalmente vincolati ad accettarla come strumento di pagamento. [22]

Secondo alcuni, la diffusione di Bitcoin come mezzo globale di scambio sarebbe ostacolata proprio dalla concomitanza di tale limite soggettivo legato all'adesione su base volontaristica con il limite oggettivo legato alla difficoltà per i più di entrare in possesso di Bitcoin [23]. In quest'ottica dunque il fatto che Bitcoin non sia una moneta a corso legale può in effetti costituire un elemento a sfavore dell'uso generalizzato rispetto alle valute standard.

– Risoluzione delle controversie

Le transazioni in Bitcoin sono irreversibili e una volta eseguite non possono essere in alcun modo contestate. A causa dell'assenza di strumenti di risoluzione delle controversie a tutela delle parti, le transazioni commerciali in Bitcoin comportano pertanto sempre un certo livello di rischio a carico degli utenti. Alcuni ritengono che sia mitigato dall'immunità dal controllo statale e all'eventuale confisca da parte di un'autorità centrale. Francamente non so se sia un pregio.

La correzione di una transazione errata, che si tratti di inadempimento di contratto o di frode, è possibile solo attraverso un accordo volontario delle parti coinvolte nello scambio.

Quest'aspetto non può che avere un forte effetto sfavorevole sull'uso di Bitcoin rispetto a quello delle valute standard, in particolare a voler considerare la categoria degli operatori dei mercati finanziari avversi al rischio.

---

[21] G Lemme e S. Peluso, cit., p. 398.

[22] EBA Opinion on 'virtual currencies'. EBA/Op/2014/08, European Banking Authority.

[23] D. Yermack, *"Is Bitcoin a real currency? An economic appraisal."* NBER Working Paper No. 19747, 2014. La sua emissione può essere ottenuta solo mediante attività di mining, operazioni di scambio e transazioni online.

– Credito e riserva frazionaria

Nell'analisi comparativa con le valute standard, un altro elemento peculiare a sfavore di Bitcoin è legato al fatto che il numero di Bitcoin in circolazione è noto e tutti i Bitcoin vivono all'interno della Blockchain.

In sostanza non è possibile possedere Bitcoin al di fuori della Blockchain, si possono possedere solo indirizzi della Blockchain che danno il diritto a "spendere" o "ottenere" Bitcoin.

Si può al limite distruggere un certo numero di Bitcoin inoltrandoli in indirizzi non più spendibili nella Blockchain.

In nessun modo però è possibile creare un meccanismo di riserva frazionaria dentro la Blockchain.

Gli unici che possono ottenere nuovi Bitcoin dal nulla sono i miners, ovvero gli estrattori che esercitano l'attività di mining ma possono farlo solo in maniera fissa e predicibile.

Quindi un soggetto che voglia esercitare l'attività congiunta di raccolta di Bitcoin e concessione del credito in Bitcoin in realtà potrà prestare solo se avrà ottenuto l'intera chiave privata dal depositante e la sua autorizzazione e potrà prestare Bitcoin solo nella misura di quanti ne possiede. Nessun ente esterno potrà prestargliene qualcuno a tasso zero, creandoli dal nulla. I Bitcoin infatti sono unici e non possono essere duplicati, esistono solo come univoca informazione elettronica. Se non verranno operate modifiche all'attuale algoritmo, questo aspetto rischierà di limitare non poco gli orizzonti futuri della valuta anche perché la quota delle operazioni di prestito e acquisto a credito negli attuali mercati finanziari è piuttosto elevata e sempre crescente.

b) Bitcoin come unità di conto

Per assolvere la funzione di unità di conto al pari di qualsiasi altra valuta standard Bitcoin dovrebbe essere in grado di misurare il valore di scambio e di mercato di beni e servizi nonché di misurare il valore di tutte le transazioni economiche mediante la fissazione dei prezzi e la contabilizzazione dei debiti e dei crediti associati al passaggio di proprietà dei beni o dei servizi senza un contestuale regolamento in moneta. Nello specifico, a voler saggiare Bitcoin come unità di conto bisogna in particolare prendere in considerazioni due aspetti per i quali la valuta virtuale si differenzia non poco dalle valute standard, ovvero divisibilità e volatilità di prezzo.

– Divisibilità

Bitcoin si caratterizza per la sua divisibilità pressoché infinita, il che implica che i

prezzi in Bitcoin possono essere espressi in svariate cifre decimali. Se da un lato la divisibilità è caratteristica necessaria perché una moneta possa misurare il valore di beni e transazioni di qualunque tipo ed entità, dall'altro è innegabile che le differenze di prezzo espresse in svariati decimali possano confondere i consumatori e rendere molto arduo il compito di individuare l'effettivo valore dei beni e dei servizi d'interesse nonché quello di confrontare i prezzi relativi di tali beni e servizi con altri di altro valore Le valute standard impiegano non più di due decimali nell'esprimere i prezzi di mercato.. Questa disparità può essere letta sia in senso favorevole laddove la divisibilità pressoché infinita può in realtà essere percepita come sinonimo di maggiore accuratezza nel dare un valore alle cose sia in senso sfavorevole laddove nel breve termine l'utente, prima che subentri l'abitudine, potrebbe al contrario non riuscire ad impiegare Bitcoin come efficiente unità di conto proprio a causa dei valori espressi in modo complesso.

– Volatilità dei prezzi

I prezzi in Bitcoin si caratterizzano per una volatilità di breve periodo estremamente elevata, la qual cosa chiaramente impatta sulla prestazione di Bitcoin quale unità di conto. Le frequenti variazioni di prezzo di Bitcoin determinano costi diretti e indiretti a carico degli attori del mercato. I venditori che utilizzano Bitcoin devono, ad esempio, ripetutamente adeguare i prezzi per evitare cali di redditività o competitività, a seconda che le variazioni siano rispettivamente verso il basso o verso l'alto. Questo è particolarmente problematico per i soggetti che vendono i prodotti finali in Bitcoin ma acquistano materie prime e semilavorati in valuta standard perché ovviamente l'alta volatilità dei prezzi di Bitcoin rischia di creare sostanziali discrepanze tra i prezzi di mercato dei prodotti finiti e i costi sostenuti per la produzione di tali prodotti.

c) Bitcoin come riserva di valore

Per poter consentire scambi in momenti diversi nel tempo, il valore di Bitcoin dovrebbe rimanere stabile nel tempo. Una moneta quale riserva di valore deve conservare il proprio valore nel tempo proprio perché possa essere utilizzata in futuro senza il pericolo che tale valore si deteriori e non a caso è uno dei possibili modi in cui gli operatori economici possono accumulare e mantenere la ricchezza accumulata nel tempo. Il carattere di riserva di valore non può essere assente negli strumenti di pagamento, in quanto l'uso di uno strumento di pagamento presuppone proprio il fatto che la temporanea detenzione non faccia perdere potere d'acquisto. Nel caso delle valute standard, a differenza di Bitcoin, la stabilità del potere d'acquisto risiede nella garanzia fornita dalla gestione anti-inflazionistica della politica monetaria da parte di una banca centrale. La questione di-

venta fondamentale laddove è possibile rilevare che si può avere una riserva di valore che non funga da strumento di pagamento, ma non si può avere uno strumento di pagamento che non abbia un minimo di proprietà di conservare il proprio valore nel tempo. Per le problematiche legate a bitcoin come riserva di valore un ruolo fondamentale lo svolgono la tendenza deflazionistica e sicurezza informatica.

– Tendenza deflazionistica

Le valute standard sono generalmente inflazionistiche, nel senso che il loro valore tende a ridursi nel tempo in relazione alla quantità di moneta immessa sul mercato e al rapporto di questa quantità con la ricchezza reale prodotta in termini di beni e servizi. Per scongiurare abusi nell'emissione di moneta, si affida la coniazione ad autorità indipendenti che hanno il compito di regolarne la quantità sul mercato in modo da evitare l'inflazione e mantenere la stabilità dei prezzi sulla base di politiche monetarie espansive o restrittive, a seconda delle necessità. Per le valute standard vi sono Autorità indipendenti, Banche centrali, che regolano la quantità di moneta. Perché queste non sono operazioni solo tecniche ma hanno risolti politici.

Il punto di arrivo di questo assetto è stato frutto del recepimento di diverse teorie economiche, di scelte fatte, in modo democratico in tal senso. Ma si può tornare indietro e comunque sono sempre possibili politiche monetarie restrittive o espansive, politiche fiscali restrittive o espansive a seconda delle necessità e delle scelte o di organi politici o di Autorità in base a sollecitazioni di vario genere. Che un sistema automatico di produzione quantitativa di moneta non permette, perlomeno rende difficile. Basta ricordare il dibattito, che riporto in nota per chi è interessato[24], che si è sviluppato a proposito

[24] Jean-Paul Fitoussi va oltre il discorso economico, spingendosi fino a legare economia e democrazia e sostenendo che, su scala europea, la cosa pubblica non è governata basandosi su principi democratici, ma che il governo economico europeo si avvicina a quello di un despota illuminato .Infatti, l'attuale assetto monetario conseguente all'Euro, mette molti Paesi nella condizione di non poter gestire autonomamente la propria politica monetaria e limita in parte anche la loro politica fiscale a causa del noto Patto di stabilità e crescita. Questo tipo di politica monetaria decisa al di fuori degli Stati che però ha effetti sull'attività economica degli Stati stessi, secondo Fitoussi, è tipica di un despota. Infatti, questa politica monetaria decisa al di fuori degli Stati, ha ripercussioni concrete sulla vita dei singoli Paesi. L'Europa si pone un obiettivo monetario dichiarato: ad esempio il raggiungimento di un certo tasso di inflazione o di una certa massa monetaria, ma contemporaneamente si pone anche una serie di obiettivi non dichiarati; nascosti alla collettività che possono causare concrete sofferenze alle popolazioni. Se ad esempio la BCE decide di modificare il tasso di interesse, le conseguenze ricadono sul tasso di cambio, cioè sul livello di competitività di un'economia, ma ricadono anche sulle decisioni da prendere riguardo alle condizioni di credito e al valore delle azioni, e sulla facilità o meno con cui le famiglie e le imprese possono finanziare i propri investimenti. In breve, una decisione sul tasso di interesse presa dalla BCE, influenza concretamente l'occupazione e il reddito dei cittadini. La politica monetaria sottratta agli Stati persegue dunque l'obiettivo che si era prefissata

dell'euro accusato di essere una moneta sottratta agli Stati, di cui gli Stati non hanno il controllo.

– Sicurezza informatica

Mentre le valute standard forniscono agli attori del mercato la possibilità di proteggersi dal furto depositando in banca o addirittura nascondendo fisicamente una certa quantità di moneta, per esempio in cassaforte, Bitcoin è una moneta virtuale e in quanto tale può essere detenuta solo in portafogli virtuali e certamente non si presta a essere fisicamente nascosta, ed ecco che quindi la sicurezza riveste un ruolo fondamentale sul suo futuro.

5. – Il codice civile e recenti sentenze sembrano confermare quello che ho esposto. Veniamo prima alla giurisprudenza sia perché molto recente, anche se alcuni commenti non concordano con essa.

Il T. A. R del Lazio con sentenza del 27 gennaio 2020 in relazione ad una controversia relativa all'Agenzia delle Entrate, proprio in relazione alla questione della natura di moneta, ancorché convenzionale afferma che le valute virtuali devono qualificarsi come "beni" immateriali, non svolgendo le funzioni tipiche della moneta benché convenzionale, di unità di conto e riserva di valore, per via dell'estrema volatilità, nonché della mancanza di potere liberatorio nei pagamenti. E aggiunge che in materia di obblighi dichiarativi per il monitoraggio fiscale, le valute virtuali devono qualificarsi redditi finanziari di provenienza estera e come tali vanno indicate nel quadro RW[25]. A mio parere, come

esplicitamente sull'inflazione, ma contemporaneamente ottiene anche risultati che si ripercuotono sull'attività economica e che invece non ha reso espliciti e di cui la collettività non è a conoscenza, in modo antidemocratico. Cfr. J.P. Fitoussi, *Il dittatore benevolo. Saggio sul governo dell'Europa*, in Il Mulino 2003, pp. 8, 11, 41-42; v. G. Ingham, cit., p. 226.

[25] In Riv. Le Società, Ipsoa, n 5/2020 p.566 con nota di N. de Luca e M. Passaretta, L*e valute virtuali: tra nuovi strumenti di pagamento e forme alternative d'investimento*, p 571 ss. La stessa amministrazione finanziaria cui il TAR aderisce, vede nelle valute estere attività estere di natura finanziaria v. risoluzione n. 72/E del 2 settembre 2016, confermata dall'interpello n. 956/2018. La giurisprudenza definisce le valute virtuali o come beni riconducibili all'art. 810 c.c. (Trib. Firenze 19 dicembre 2018 in Contratti, 2019, 661) o come strumenti finanziari (Trib. Verona 24 gennaio 2017 in Banca, borsa, tit. cred., II, 2017, p. 476) che mi convince maggiormente.

A parte quanto detto nel testo circa la riconduzione delle valute virtuali ai beni *ex* art. 810 c.c., hanno ragione i commentatori della sentenza del Tar, nel fare notare che la tesi del Tribunale di Firenze non tiene conto che per esserci un bene dovrebbe esserci una situazione giuridica attiva ed ad oggi la disciplina per queste valute è solo in relazione all'antiriciclaggio per i timori connessi .Ma il Tribunale di Verona invece ha una tesi più esatta quando le inquadra negli strumenti finanziari o nei prodotti finanziari non solo perché esiste una

meglio detto in nota, i bitcoin, le monete virtuali sono una forma di investimento, più che monete, un prodotto finanziario, cioè uno strumento finanziario di cui all'ampia definizione ricavabile dall'art.1 comma 1, lett. u) T.U.F.

Per cui prodotti finanziari, e al loro interno ci sono gli strumenti finanziari, sono sia gli strumenti finanziari sia ogni altra forma di investimento di natura finanziaria.

Perciò sarebbero, almeno per il trattamento fiscale, redditi finanziari esteri, non moneta e comunque quali "beni" non svolgerebbero le funzioni della moneta mancando di potere liberatorio nei pagamenti. Questo potere liberatorio spetta solo alla moneta. Secondo i commentatori della sentenza, invece, vi sono argomenti per poter considerare le valute virtuali come strumento di pagamento qualora siano impiegate come monete o come forma alternativa di investimento qualora le stesse siano acquistate con finalità speculativa o di risparmio. Avrebbero doppia natura.

Veniamo alla normativa che può emergere dal codice civile.

Le norme che vengono in rilievo per il nostro discorso sono essenzialmente due: gli artt. 1277 e 1278 c.c.

---

normativa ma perché nella nozione di prodotto finanziario può rientrare ogni strumento idoneo alla raccolta del risparmio rappresentativo di un impiego di capitale. Inoltre può essere collegato un contratto di investimento ad un titolo, con un impiego di capitali, un capitale corrispondente ad una valuta virtuale, con un aspettativa di rendimento (v .M. Cian, *La nozione di strumento finanziario*, in Studium Iuris, 2018, p, 145).Del resto se le valute virtuali possono, forse assolvere a diverse funzioni, essere valori digitali di legittimazione per accedere a certe piattaforme, valori di investimento, valori digitali di pagamento anche se occorre il consenso esplicito delle parti, il legislatore nazionale ed europeo non solo non distingue i vari tipi ma dà una disciplina unitaria anche se embrionale, ai fini soprattutto dell'antiriciclaggio e, perciò diventa prevalente la funzione di investimento perché le parti a questa spesso sono interessate, anche quando le usano per un pagamento(è spesso un pagamento per un investimento). Ci sarebbero anche i rapporti tra criptovalute e notariato da affrontare ma non per motivi corporativi ma perché si può ricorrere ai notai intesi come una categoria di professionisti terzi e che esercitano in modo imparziale per assicurare certezza delle transazioni e con moneta virtuale che presenta problemi in tema di antiriciclaggio ma anche circa il funzionamento il ruolo notarile diventa rilevante. Il problema è la certezza e il suo rapporto con il funzionamento delle criptovalute: per esempio esiste un disallineamento temporale tra l'esecuzione delle prestazioni, perché le modalità di trasferimento delle criptovalute non consentono l'immediatezza della traslatio con altro bene o altre valute virtuali, rendendo difficile anche al notaio verificare la correttezza dell'adempimento delle controprestazioni. Difficoltà solo attenuata dall'adozione di sistemi con firme multiple; v. C. Michi, *cit.,* p 618; G. Laurini, *Il notaio e le valute virtuali*, in Notariato, 2018, 2, p.141; C. Licini, *Il notaio dell'era digitale: riflessioni gius-economiche*, in Notariato,2018, 2, p. 142 ss.; M. Miccoli, *Bitcoin fra bolla speculativa e controllo antiriciclaggio*, in Notariato, 2018, 2, p.151 ss.; M. Krogh, *Transazioni in valute virtuali e rischi di riciclaggio. Il ruolo del notaio*, in Notariato, 2018, 2, p.155 ss.; M. Nastri, *Registri sussidiari, Blockchain: notaio oltre la lezione di Carnelutti?*, in Notariato, 2017, 4, p. 369 ss.; D. Restuccia, *Il notaio nel terzo millennio, tra sharing economy e blockchain,* in Notariato, 2017, 1, p. 53 ss.; M. Manente, *Blockchain: la pretesa di sostituire il notaio*, in Notariato, 2016, 3, p. 211; M. Manente, *Deposito prezzo e criptovalute. Come entrano i bitcoin nel conto dedicato, Verona 2 marzo 2018*, in Notariato, 2018; M. Nastri, *Nuove tecnologie: l'ultima domanda*, in Notariato,2018, 5, p. 485; M. Ferraris, *La blockchain e Sant'Agostino*, in Notariato, 2018, 1, p. 9.

A-Circa il primo, l'impostazione prevalente in dottrina è che non si dia una definizione né di debito pecuniario né di moneta, ma si presupponga la nozione.

Perciò i giuristi richiamano la nozione economica [26], come ho fatto, e tale nozione si definisce non per dati strutturali ma in relazione alle funzioni tipiche svolte da quelle entità chiamate convenzionalmente "moneta". Anche la sentenza sopra citata del TAR prosegue in questa linea e verifica se le monete virtuali hanno le funzioni tipiche delle entità qualificate moneta [27].

Circa il modo con cui l'ordinamento individua gli oggetti ai quali la qualificazione monetaria viene attribuita vi sono storicamente varie concezioni. La teoria realista della moneta la vede come una *res*, accettata come mezzo di pagamento o dì tesaurizzazione in vista di virtù intrinseche. La teoria sociale della moneta ritiene che sia tale qualsiasi oggetto che, in un determinato contesto storico viene considerato socialmente idoneo a svolgere le funzioni tipiche della moneta (cioè mezzo di pagamento, criterio di misurazione del valore attribuibile a beni e servizi, oggetto di proprietà o almeno di diritti esclusivi e disponibili).

La teoria statalista della moneta, cui aderisco, ritiene che giuridicamente moneta sia quell'oggetto e quello soltanto che le leggi dello Stato qualifichino come tale. L'attribuzione legale della qualifica di moneta avrebbe carattere costitutivo e non dichiarativo.

L'adesione alla teoria statalista è determinata sia perché il codice non definisce la moneta e l'evoluzione storica monetaria porta alla teoria statalista, per certi versi dopo il

---

[26] Nel corso degli anni si sono succedute varie teorie che spiegano il valore della moneta. Nel XVIII secolo due sono state le principali teorie che si sono affermate e contrapposte: la teoria metallica; la teoria cartalista. Secondo la prima il valore della moneta dipende dal valore del metallo contenuto in essa. La seconda è nota anche come teoria nominalista o teoria statale. Secondo questa teoria, il valore della moneta, dipende esclusivamente dallo Stato che stabilisce il valore nominale della moneta: in altre parole, il valore impresso sulle banconote. Entrambe queste teorie presentano dei limiti, dei punti deboli. La teoria metallica è valida solamente in un sistema monetario metallico e, di conseguenza, oggi appare ampiamente superata. La teoria cartalista, invece, si ritiene che non tenga conto del fatto che lo Stato, nello stabilire il valore della moneta, non può agire in maniera del tutto arbitraria, ma deve sempre tenere conto della situazione del mercato al fine di evitare di turbare l'equilibrio del sistema. (v. S. Bell-Kelton, *Il ruolo dello stato e la gerarchia della moneta. Centro Studi Economici per il Pieno Impiego*, Traduzione a cura di Jacopo Foggi. Originale in Cambridge Journal of Economics, 2001, n. 25, pp. 149-163).

[27] A. Di Majo, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1990; B. Inzitari, *Le funzioni giuridiche del danaro nella società contemporanea*, in Rivista di diritto civile, 1982; *La moneta*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1983; voce Moneta, in *Digesto*, IV ed., vol. XI, Torino, 1995; voce Obbligazioni pecuniarie, in *Digesto*, IV, Torino, 1995; *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca, Borsa e tit. cred*., 2007; *Le obbligazioni pecuniarie*, artt. 1277-1284, in *Commentario al Codice Civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2011; a cura di P. Cendon, *Commentario al codice civile*, Utet, 1991.

1971 ancora di più, sia perché la teoria sociale può essere il substrato eventualmente di una sanzione legislativa e normativa che alla fine inquadra un bene detto moneta nell'ambito di uno Stato o nel caso dell'euro di un "super Stato": questo per ragioni di certezza dei traffici giuridici e di tipo macroeconomico.

L'art. 1277 c.c. almeno si può dire che non prende posizione ma nel presupporre come moneta quell'entità che assolve certe funzioni.

Per quanto sopra esposto mi sembra chiara la soluzione.

Comunque la dottrina dominante (B. Inzitari, Quadri) ha seguito la concezione statalista. L'autorità dello Stato costituisce l'unica fonte di garanzia del valore monetario attribuibile a singoli oggetti. Ciò non toglie naturalmente che la fiducia dei privati verso la moneta statale non conti e non possa oscillare nei vari momenti storici e che, in momenti di fiducia declinante, il diritto attraverso gli strumenti previsti dall'autonomia privata (ad esempio clausole di salvaguardia monetaria, ecc.) possa registrare e amplificare questo stato di cose. Il controllo della creazione e circolazione di moneta, il c.d. Governo della liquidità, è comunque uno strumento fondamentale di politica economica di tutti gli Stati contemporanei. Ne ho già parlato, anche con le connesse polemiche sull'euro.

In base all'art. 1277 c.c. abbiamo il principio che impone il corso legale della moneta dello Stato. Anche questo principio è presupposto più che definito dall'articolo in esame. Esso comprende la regola della determinazione da parte dello Stato dell'unità valutaria ufficiale e delle regole di cambio e di conversione della stessa in altri valori. Oggi il principio si esercita e si coordina con le norme relative al sistema euro. Al giorno d'oggi il principio del corso legale si presenta anche, costantemente, nella forma di corso legale forzoso cioè comprendente la regola del "dovere di ricevere in pagamento la valuta dello Stato", cioè gli oggetti che rappresentano determinati multipli dell'unità valutaria ufficiale. Pure costante è oramai la regola della inconvertibilità della moneta statale ufficiale in moneta avente valore intrinseco, in contrasto con la tradizione storica, forse rispecchiata dall'art. 1280 c.c., che considerava la moneta cartacea come titolo rappresentativo di oro o argento.

Tali insieme di regole per la dottrina dominante si ricavano da questo articolo (A. Di Maio, B. Inzitari). E si considera che il principio del corso legale, nelle sue varie manifestazioni, costituisca parte integrante dell'ordine pubblico economico. Perciò, conseguentemente, si avrà nullità (*ex* art. 1343 c.c.) degli atti di autonomia privata che creino ostacoli alla piena esplicazione del diritto.

L'impostazione tradizionale vede l'obbligazione pecuniaria come un obbligazione generica: suo corollario è che l'obbligazione sarebbe esattamente adempiuta solo conse-

gnando pezzi monetari ufficiali (una volta biglietti della Banca d'Italia, oggi comunque euro; monete e biglietti di Stato). Qualsiasi altro mezzo di pagamento (fosse anche un vaglia cambiario di una banca, o un assegno circolare) anche se accettati nella prassi costituirebbero, secondo una concezione tradizionale, "cosa diversa" rispetto alla moneta legale. Esso costituirebbe possibile oggetto di *datio in solutum* e non potrebbe pertanto estinguere l'obbligazione senza il consenso alla ricezione del creditore (Cass. 1051/70; Cass. 1708/72; Cass. 1752/79; Cass. 4205/80; Cass. 24/81). Naturalmente questa concezione deve tenere conto come ho già detto delle affermazioni in tema di uso del contante che ha avuto una sanzione giurisprudenziale con le Sezioni unite della Cassazione e degli sviluppi in tema di moneta scritturale o bancaria ed elettronica. Ma non sposta il mio discorso per quella virtuale.

La concezione tradizionale è apparsa eccessivamente formalistica di fronte ad una realtà sociale in movimento e che vede sempre più limitato l'uso di pezzi monetari materiali per i pagamenti, salvo piccole transazioni della vita quotidiana. La giurisprudenza perciò, oltre che in base a novità legislative, si pensi a tutta la normativa anti riciclaggio, ha affermato che l'offerta di mezzi di pagamento liquidi, benché diversi dai pezzi monetari ufficiali, è sufficiente ad escludere la mora del debitore ai sensi dell'art. 1220 c.c., e poi è giunta anche alla sentenza già vista della Cassazione a sezioni unite. Si è anche progressivamente proposto di allargare le ipotesi di *datio in solutum*, ravvisando un'accettazione implicita del creditore in tutti i comportamenti idonei a creare un affidamento nella disponibilità del creditore medesimo ad accettare mezzi di pagamento diversi dalla materiale consegna dei pezzi monetari (ad esempio l'adesione a un sistema elettronico di trasferimento fondi). Ma una cosa è accettare un tale pagamento, anche via bancomat o Pos o altri sistemi regolati di pagamento elettronico (direttive IMEL sopraindicate), altro sarebbe accettare e presumere un accettazione implicita in bitcoin che non si sa 'dove siano, in quale conto, chi li emette ecc. …'.

Il distacco dalle soluzioni tradizionali si è avuto valorizzando il principio di correttezza che presiede all'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.). Si è affermata la contrarietà a correttezza o buona fede oggettiva il rifiuto da parte del creditore di un mezzo di pagamento socialmente tipico, che dia disponibilità liquida di una somma di denaro, senza la necessità per il creditore di compiere operazioni materiali di riscossione per lui onerose (Trib. Milano 26.3.75 Orientamenti giurisprudenza del lavoro, 1975, 1047; Trib. Milano 30.9. 82. OGL, 1983, 177; Trib. Milano 30.4.83 Notiziario giurisprudenza del lavoro,1983, 577; Cass.2827/85 in tema di assegni circolari).

Ma un mezzo socialmente tipico che abbia queste caratteristiche è il bitcoin? Perlomeno non lo è ancora.

Comunque quello che conta è la disponibilità liquida di denaro: perciò se l'esatto adem-

pimento avviene con la creazione di una disponibilità monetaria liquida in capo al creditore, ne deriva che è rispetto al momento in cui è creata tale disponibilità che può determinarsi il tempo del pagamento. Perciò in questo quadro si afferma che forma normale del denaro deve intendersi la moneta bancaria (Inzitari). Perciò questo articolo più che dettare norme imperative sulla modalità del pagamento imporrebbe il rispetto del sistema valutario nazionale (ora quello che fa capo all'euro) nel disciplinare le modalità di pagamento. Le parti occorre che impieghino mezzi monetari che si riferiscono al sistema valutario nazionale.

L'art. 1277 c.c. afferma il c.d. principio nominalistico che fissa cioè l'unità valutaria nel tempo e prevede la liquidazione dei pagamenti in tale valuta e un nominalismo come regola determinante l'entità della prestazione pecuniaria nel tempo. In base a questo secondo aspetto l'oggetto dell'obbligazione pecuniaria rimane fissato nel valore nominale cioè in una certa quantità di unità valutarie nazionali indipendentemente dalle oscillazioni di caratteristiche e di valore effettivo, che tali unità valutarie possano subire nel periodo intercorrente tra il sorgere dell'obbligazione e il pagamento della stessa. Il riconoscimento del principio nominalistico da una parte afferma che l'oggetto formale della prestazione rimane identico anche se l'effettivo valore economico della prestazione dovuta in un 'obbligazione pecuniaria è soggetto a continue variazioni, dall'altra fa giustizia, mi sembra di vecchie concezioni che determinavano l'estensione dell'obbligazione pecuniaria alla stregua del principio metallistico (l'indicazione di una somma di denaro come corrispondente di una determinata quantità di metallo prezioso, che tale somma rappresentava al momento del sorgere dell'obbligazione) o del principio valoristico (l'indicazione di una somma di denaro come corrispondente di un determinato valore o potere di acquisto, che tale somma aveva al momento del sorgere dell'obbligazione).

L'affermazione di questo principio è di natura politica oltre che tecnica. La semplificazione che realizza nella circolazione monetaria e la conseguente certezza dei rapporti; la base che esso fornisce alle manovre statali di politica monetaria (costituendo un fondamento formale degli interventi statali sul valore della moneta, da cui alcune discussioni a proposito, oggi, del sistema euro); il vantaggio che esso comporta nel lungo periodo in corrispondenza della tendenziale diminuzione del potere di acquisto, per i grandi debitori istituzionali, che sono le imprese e lo Stato. Tutte ragioni legate all'utilità e passate da un 'evoluzione storica. Come ho detto a proposito delle concezioni che risalgono ad Adam Smith.

Il principio nominalistico addossa al creditore il rischio delle variazioni del potere di acquisto della moneta. Questo si accorda con la considerazione tutta economica che tra inflazione e deflazione è preferibile la prima [28].

[28] V. L. Zingales, *Europa o no. Sogno da realizzare o incubo da cui uscire*, Rizzoli, 2014, pp. 47 ss., ha

L'art. 1278 c.c., il secondo dei due articoli che prendo in considerazione, mi sembra evidente che non possa riferirsi alle monete virtuali ma solo a quelle straniere nel senso che hanno corso legale non nel nostro Stato ma in un altro.

Perché il debitore può liberarsi ed è un suo diritto di pagare in moneta legale al corso del cambio nel giorno della scadenza e nel luogo stabilito per il pagamento, senza che il creditore possa farci nulla.

---

fatto riferimento a quello che avviene in Australia che si avvaleva del boom cinese. I cinesi chiedono prodotti australiani che soddisfano i loro bisogni. Perciò crescono i salari e i prezzi, in genere, australiani, perché il boom economico e la scarsità di lavoro, in Australia, producono aumento di salari e prezzi. Ma quando diminuisce lo sviluppo cinese e così la richiesta di materie prime australiane, la soluzione diventa il taglio dei salari australiani, per esempio del 30% o una svalutazione del dollaro australiano di pari entità. L'Australia ha una scelta. In Europa questa scelta, all'interno degli Stati aderenti all'Euro non c'è. Anzi peggio si può verificare la deflazione che è una iattura. Diminuiscono i prezzi e, almeno in teoria, anche i salari. Come ha spiegato Fischer sin dagli anni '30 si può innescare la spirale debito-deflazione.

Con la deflazione, i debitori vedono aumentare il valore dei loro debiti. Si riduce la domanda perché se si crede che i prezzi diminuiscano, tutti aspetteranno per acquistare che effettivamente la diminuzione avvenga, come si aspettano i saldi per comprare. Ma posticipando il consumo, diminuisce la domanda e vanno in crisi i produttori. Due gli effetti:

1 – i debitori vedono i salari, i prezzi e i profitti che si riducono, ma i loro debiti, con le banche o con i creditori in genere, non si riducono, anzi il valore reale dei loro debiti (se i salari, prezzi e profitti scendono) cresce;

2 – i produttori e gli imprenditori che sanno che produrranno meno per la diminuita domanda, e che non riusciranno a ripagare i loro debiti, non si occuperanno delle aziende, al massimo saranno preda della disperazione. Si crea un eccesso di debito. L'inflazione e la deflazione hanno effetti perversi sull'economia.

• La prima, l'inflazione, trasferisce risorse dai creditori ai debitori.

Avvantaggia i debitori e danneggia i creditori: ma essi hanno già dato il loro contributo e perciò il danno influisce meno.

• La seconda, la deflazione, trasferisce risorse dai debitori ai creditori ed è peggio. Gli imprenditori non chiedono più prestiti essendo sempre più onerati, la deflazione colpisce gli incentivi a ripagare il debito, i debitori diminuiranno gli sforzi per la loro attività, ci sarà stagnazione e recessione. v. sul tema J.R. Hicks, *Una teoria di mercato della moneta*, Il Mulino, 1992 e le note affermazioni di Keynes. Infatti come scrive magistralmente sempre Keynes nel Trattato sulla riforma monetaria del 1922, in pagine che meritano anch'esse una citazione:

"Dunque l'inflazione è ingiusta e la deflazione dannosa. Delle due, se trascuriamo le inflazioni esagerate come quella della Germania, la deflazione è forse la peggiore; perché è peggio, in un mondo impoverito, provocare la disoccupazione che disilludere i rentier. Ma non è necessario confrontare i due mali. È più facile accordarci che l'uno e l'altro sono mali da evitare [...]" v. Keynes, (1923), *A Tract on Monetary Reform* Trad. it. La riforma monetaria, Feltrinelli, 1975, Milano; – (1930), *A Treatise on Money*. Trad. it. *Trattato della moneta*, Feltrinelli, 1979, Milano, in particolare questo corposo libro era stato concepito negli anni '20, soprattutto per contestare la politica deflazionista del governo inglese, mentre con la crisi del '29 l'attenzione di Keynes si concentra sugli effetti reali delle politiche economiche e in un altro grande saggio mette al primo posto il problema della crescita e del lavoro: nasce così, nel 1936, la "Teoria generale dell'occupazione, degli interessi e della moneta". Da notare che oggi una teoria considerata neo keynesiana detta Teoria Moderna della Moneta (MMT) si basa sostanzialmente sull'idea, in passato sostenuta dai cartalisti, che sia lo Stato a creare moneta, di conseguenza il denaro circolante è denaro emesso dal governo per cui non occorre la tassazione dei cittadini perché lo stato possa disporre della valuta corrente. Caso mai la tassazione potrebbe contribuire al regolare funzionamento del sistema in quanto permetterebbe di attenuare una eventuale inflazione.

Sostenere che gli artt. 1278 e 1279 c.c. .ammettono l'utilizzo di una moneta non avente corso legale nello Stato, senza richiedere espressamente che tale moneta debba avere corso legale in altro Stato, oltre che contrastare con l'art 1277 c.c. dove il ricorso ad una moneta non legale deve trovare un consenso delle parti e, perciò, si torna al principio generale che mai nessuno ha negato che se le parti vogliono, un'obbligazione di qualsiasi genere si può adempiere anche senza far ricorso a moneta legale, ma soprattutto la lettura degli artt. 1278 e 1279 è parziale.

Perciò il pagamento avviene con altra moneta legale ma se avvenisse con le monete virtuali o convenzionali dovrebbero esserci un accordo perché l'adempimento avvenga con una moneta che non ha corso legale nel nostro Stato e non l'ha in nessun altro [29].

Una moneta straniera può essere presa in considerazione in atti di autonomia privata come indice parametrico per un'obbligazione in euro, prima lire; come oggetto di un ob-

[29] In relazione alla facoltà legale di conversione si afferma che l'obbligazione in moneta estera è un obbligazione ad oggetto mobile con un oggetto principale, la moneta estera che rimane almeno parametro fondamentale per determinare la prestazione dovuta ed un oggetto sussidiario, la moneta nazionale, che rimane in ogni caso dovuto anche se manca l'oggetto principale. Questo per il principio della "indistruttibilità" dell'obbligazione pecuniaria che si ricava dal complesso degli artt. 1279 e 1280 c.c. Che l'articolo richiami un'altra moneta legale, di altro Stato, sembra chiaro dalla facoltà di conversione che fa riferimento "al corso del cambio … nel luogo del pagamento "e il riferimento è ai soli mercati ufficiali dei cambi e non a quelli ufficiosi, anche se correnti nel luogo del pagamento (Pret. Como 24.9.85, Informazione previdenziale, 1985, 1324). Se un mercato ufficiale non esiste nel luogo del pagamento né sia individuato nel titolo dell'obbligazione, Ascarelli ritiene che si debba far riferimento al corso della borsa più vicina o alla più vicina borsa estera. Quando il debitore esercita la facoltà di conversione in moneta nazionale, la giurisprudenza afferma che deve ragguagliare la somma in lire (oggi in euro) al cambio del giorno del pagamento senza che occorra una prova specifica del danno subito da parte del creditore (Cass. 1888/58; Cass. 1525/63; Cass. 5694/77; Cass. 3414/83; Cass. 2691/87; Trib. Varese 6.3.89, F. I, 1989, I, 1210). Questa soluzione è sostenuta con vari argomenti: il rispetto della volontà delle parti, che hanno indicato la moneta straniera come oggetto principale dell'obbligazione; il principio della *perpetuatio obligationis*; l'inammissibilità di un indebito lucro per il debitore moroso. La dottrina è stata più critica (Inzitari) perché comporterebbe una diversa distribuzione del rischio da oscillazioni monetarie, a seconda che, nel periodo del ritardo, si abbia deprezzamento della moneta nazionale o viceversa deprezzamento della moneta straniera. Nel primo caso, deprezzamento della moneta nazionale, il debitore sopporterà interamente il rischio e dovrà sborsare più lire (oggi euro) di quante ne avrebbe date pagando alla scadenza (non importi che eserciti la facoltà di conversione o si procuri direttamente la valuta straniera). Nel secondo caso (deprezzamento della moneta straniera), il debitore non avrà interesse ad esercitare la facoltà di conversione e potrà pagare in moneta straniera svalutata; per procurarsi la stessa dovrà sborsare meno lire o euro di quante ne avrebbe date pagando alla scadenza. Infine l'art. 1289 c.c., si riferisce a prassi correnti al tempo della circolazione monetaria metallica che coesisteva con quella cartacea e già era un fenomeno superato quando entrò in vigore il codice. La volontà legislativa è chiara nell'ammettere la clausola– oro o altre simili. Solo che non esistendo in pratica monete preziose che abbiano corso legale, o avendo solo al massimo un valore numismatico, tali clausole si applicano oggi come dice il secondo comma dell'articolo e cioè si convertono in clausole oro–valore. Il riferimento alla moneta aurea è da intendersi con riferimento alla quantità di oro in essa contenuta al momento dell'assunzione dell'obbligazione e al prezzo di mercato attuale dell'oro, cfr. Cass. 2643/84.

bligazione alternativa o facoltativa in cui la moneta legale, euro, rappresenti l'altro possibile oggetto di prestazione; come oggetto esclusivo di un'obbligazione pecuniaria; come oggetto di negozi traslativi (cessione di valuta, operazioni di cambio).

L'art 1278 c.c. prende in considerazione solo un'ipotesi tra quelle indicate: la previsione di una valuta straniera come oggetto di una obbligazione pecuniaria tipica indipendentemente dalla causa della stessa (prezzo, finanziamento o altro).

Si applica a tutti i pagamenti da eseguire in Italia indipendentemente dalla legge regolatrice dell'obbligazione. Ascarelli riteneva che le obbligazioni in valuta straniera di questo articolo fossero esclusivamente quelle contrattuali, mentre nei casi di obbligazione *ex lege* il giudice dovrebbe sempre determinare la prestazione in moneta nazionale.

Circa la facoltà di conversione del debito in moneta nazionale, la regola fondamentale *ex* art. 1278 c.c., è che il debitore può convertire il debito in moneta estera in un debito in moneta italiana o nazionale ed adempie esattamente se offre euro al cambio del giorno della scadenza.

Questa regola è derogabile con la clausola "effettivo", *ex* art 1279 c.c., che limita ma non esclude la facoltà di conversione.

Alcuni sostengono una diversa interpretazione.

In particolare si sostiene gli artt. 1278 e 1279 c.c. ammetterebbero l'utilizzo di una moneta non avente corso legale nello Stato "senza tuttavia richiedere espressamente che tale moneta debba anche avere corso legale in altro Stato" [30].

---

[30] G. Arcella e M. Manente, cit., p. 37; N. de Luca e M. Passaretta, cit., p. 576, circa l'interpretazione dell'art. 1278 e 1279 sostengono che si può far riferimento ad una moneta straniera nel senso che non sia nazionale ma non debba necessariamente essere di un altro Stato. A me sembra un'interpretazione riduttiva e che non tiene non solo della lettera della legge ma anche dell'impostazione generale come detto. Ma circa il sistema internazionale dei cambi che in pratica non contempla monete virtuali che esso nasca e viva con gli Stati è un dato di fatto oltre che giuridico. v. P. Krugman, M. Obstfeld, M. J. Melitz. *Economia internazionale*, *Vol.1 e 2 Economia monetaria internazionale. Quinta edizione*, Pearson, 2012. È evidente che il cambio e il corso del cambio cui l'art. 1278 c.c. cui faceva riferimento al tempo della sua stesura vedeva protagonisti gli Stati ma comunque anche l'evoluzione successiva è significativa e tutto il sistema è collegato al commercio Internazionale dove la bilancia dei pagamenti e il cambio di valute avviene per valute appartenenti a Stati. È vero che il forex, mercato dei cambi, fu creato nel 1971 quando cominciarono ad apparire tassi di cambio fluttuanti. Ma comunque prima del 1971 non è che non ci fossero regole sui cambi anche se diverse dalle attuali e dopo cioè oggi non ci siano regole. Regole che riguardavano e riguardano cambi tra valute nazionali. E Gli scambi avvengono con monete nazionali cioè appartenenti ad uno Stato o che comunque tramite prodotti che ad esse fanno riferimento. Prima del 1971 un accordo internazionale denominato Bretton Woods Agreement impediva la speculazione sui mercati valutari. Gli accordi di Bretton Woods erano stati conclusi nel 1944 con il fine di stabilizzare le valute internazionali e prevenire la fuga dei capitali tra le nazioni. Questi accordi fissarono un tasso di cambio tra tutte le valute ed il dollaro e fissarono il tasso di cambio tra il dollaro e l'oro (35 dollari per oncia). Prima di tale accordo il gold standard era in

Ma per quanto riguarda un discorso generale e sistematico, in pratica questa tesi afferma in modo aprioristico quello che si deve dimostrare.

Si fa riferimento ad altra moneta non avente corso legale nello Stato, ma per quello che ho detto, le monete virtuali e digitali si è sicuri che possano essere definite monete?

L'evoluzione storica lo smentirebbe.

Anche a non seguire la tesi statalista per cui è costitutivo, per la definizione di moneta, il decreto dello Stato (anche a non seguire questa teoria in contraddizione non solo con quella evoluzione storica ma con l'assetto economico monetario e normativo odierno che vede la presenza della Fed, della Bce, della Banca d'Inghilterra ecc. .con funzioni ben precise date loro non solo dagli Stati ma dal consesso internazionale, anche per la recente crisi Covid ecc.), i bitcoin e le monete digitali non assolvono di fatto a quelle che devono essere le funzioni di una moneta e non hanno la diffusione e la sanzione sociale di consenso per essere considerate monete secondo la teoria sociale. Anzi spesso in testi normativi di vario tipo sono ricondotte ai prodotti finanziari e di investimento.

---

uso fino dal 1876. Il gold standard prevedeva l'uso dell'oro come base di ciascuna valuta e in questo modo impediva a re e governanti di svalutare arbitrariamente il denaro. Il gold exchange standard presentava, comunque, numerosi problemi. Al crescere, un'economia avrebbe importato beni dall'estero fino all'esaurimento delle riserve auree. Il risultato di ciò era una restrizione dell'offerta di moneta nel paese che causava un innalzamento dei tassi di interesse comportante un rallentamento dell'attività economica che avrebbe potuto portare anche alla recessione. Infine la recessione avrebbe causato una caduta dei prezzi dei beni così in basso che essi sarebbero apparsi convenienti ad altri paesi. Ciò a sua volta portava ad un flusso inverso di oro in entrata nell'economia e il risultante aumento nell'offerta di moneta causava una caduta del tasso d'interesse ed un rafforzamento dell'economia. Tali pattern di boom-recessione erano frequenti nel mondo durante gli anni del gold exchange standard e fino allo scoppio della Prima guerra mondiale che interruppe il libero flusso degli scambi e di conseguenza i movimenti dell'oro. Dopo la guerra fu adottato il Bretton Woods Agreement, col quale le nazioni partecipanti accettavano di mantenere il valore delle loro valute all'interno di uno stretto margine di cambio con il dollaro. Un tasso era anche fissato per stabilire il rapporto del dollaro rispetto all'oro. Alle nazioni era proibito di svalutare la propria valuta oltre il 10% per migliorare la propria posizione commerciale. In seguito alla Seconda guerra mondiale il commercio internazionale si espanse rapidamente per via delle esigenze di ricostruzione post-bellica e ciò comportava massicci movimenti di capitali. Ciò destabilizzava i tassi di cambio che erano stati fissati per mezzo degli accordi di Bretton Woods. Tali accordi furono infine abbandonati nel 1971, e in seguito a ciò il dollaro non fu più convertibile in oro. A partire dal 1973, le valute delle nazioni maggiormente industrializzate divennero più liberamente fluttuanti, essendo spinte principalmente dalle forze dell'offerta e della domanda. I prezzi erano formati da volumi, velocità e volatilità crescenti durante gli anni settanta. Ciò portò alla nascita di nuovi strumenti finanziari, alla deregolamentazione del mercato e al libero scambio. Comportò inoltre un aumento del potere degli speculatori. Il tasso di cambio può essere lasciato variare liberamente nei mercati, con o senza dei limiti al di là dei quali la Banca Centrale interviene in difesa della valuta nazionale, oppure in un regime di cambi fissi. Un impegno "diretto" a mantenere un cambio fisso con un'altra moneta (come era il dollaro con i Patti di Bretton Woods) privava le Banche Centrali della facoltà di regolare la quantità di moneta in base alle esigenze nazionali, sia di liquidità interna del sistema economico, che per una politica monetaria espansionistica per un tasso di cambio favorevole alle esportazioni.

Poi dal punto di vista letterale si legge l'art 1278 c.c. in modo monco e parziale.

L'articolo nel dare la facoltà di conversione al debitore fa riferimento ad "una moneta legale al corso del cambio nel giorno della scadenza e nel luogo stabilito per il pagamento".

Cioè richiama un mercato dei cambi.

Ora, almeno per adesso, un mercato dei cambi, con valutazioni giornaliere tra monete esiste, in pratica, solo per quelle legali cioè che appartengono ad uno Stato.

Poi si fa riferimento a "moneta legale" dove l'aggettivo conta.

Per legale si può anche non intendere come appartenente ad uno Stato ma almeno intendere come moneta sottoposta ad un quadro normativo nazionale o internazionale: mi sembra necessario e naturale.

Del resto il mercato dei cambi è proprio quel luogo (mercato) che le transazioni internazionali richiedono e in cui le valute, secondo certe regole, possono essere scambiate e in questo mercato si determinano i tassi di cambio, i prezzi ai quali si scambiano le valute e se il valore di una valuta espresso in termini di un'altra valuta, aumenta, si dice che si apprezza; se diminuisce, si dice che si deprezza. Questo avviene (influenzando i prezzi relativi di beni, servizi e attività finanziarie in paesi diversi) a seguito di operazioni economiche che trovano la loro corrispondenza nelle bilance dei pagamenti dovute al commercio internazionale, in base alle importazioni ed esportazioni reciproche in un "ambiente regolato": se gli europei desiderano acquistare beni e servizi e attività finanziarie statunitensi si presenteranno sul mercato dei cambi per acquistare dollari in cambio di euro, cioè gli europei domandano dollari nel mercato dei cambi e corrispondentemente offrono euro; gli statunitensi che vogliono acquistare beni e servizi e attività finanziarie europei si presentano sul mercato dei cambi per acquistare euro in cambio di dollari, offrono dollari nel mercato dei cambi e domandano euro. Il tasso di cambio influenza le importazioni e le esportazioni.

La bilancia dei pagamenti si compone del saldo del conto corrente e del saldo del conto finanziario e i due saldi sommano a zero.

Vuol dire che un paese che riceve un afflusso netto di capitali deve avere un deficit di conto corrente di pari ammontare e un paese che ha un deflusso netto di capitali deve avere un surplus del conto corrente di pari ammontare. Il saldo del conto finanziario che riflette i flussi netti di capitale in entrata e in uscita è descritto dall'equilibrio nel mercato internazionale dei fondi mutuabili. Simultaneamente, il saldo del conto delle merci e dei servizi, la componente principale del conto corrente della bilancia dei pagamenti, è determinato dalle decisioni prese nei mercati internazionali di beni e servizi. Così il conto finanziario riflette i movimenti di capitali e il conto corrente riflette i movimenti di beni

e servizi. Chi garantisce che la bilancia dei pagamenti abbia un saldo nullo? Chi garantisce cioè che i due conti si compensino a vicenda?

La risposta sta nel tasso di cambio che è determinato nel mercato dei cambi Questo complesso sistema è impensabile per i bitcoin, perché si riferisce agli Stati ed è retto da regole nazionali ed internazionali. Comunque ancora non esiste per i bitcoin. Che per questo, neanche per la teoria sociale possono chiamarsi moneta ma neanche per la lettera degli artt. 1278 e 1279 che dove fanno, il primo soprattutto riferimento "al corso del cambio "a questo sistema complesso e sommariamente descritto fa riferimento. Non solo per un'interpretazione storica ma anche attuale.

6. – La dottrina sul fenomeno criptovalutario è divisa tra chi le ritiene una peculiare forma di investimento speculativo, e chi invece le considera una moneta virtuale globale potenzialmente in grado di sostituirsi alle valute standard. Ad oggi, le criptovalute non possono considerarsi valuta di scambio globale, sia per l'esistenza delle peculiari difficoltà dovute all'esternalità di rete, sia per il loro utilizzo limitato alla sola dimensione consensuale. Molti ritengono che il limite intrinseco per una completa diffusione sia dato dal suo marginale utilizzo rispetto ad un volume di pagamenti giornalieri pari a 295 milioni di operazioni effettuate in valuta standard all'interno dei soli confini europei. Procedendo ad una valutazione funzionale, si deve osservare che il denaro si distingue dagli altri beni giuridici per la sua capacità di soddisfare un bisogno nel tempo, e non necessariamente nell'immediato, grazie alla sua elevata accettazione. Questa particolarità è in parte riscontrabile anche nel sistema criptovalutario, attesa la capacità di conservazione delle criptovalute in particolari sistemi informatici che consentono di posticiparne l'utilizzazione. Peculiarità condizionata però da un'accettazione incerta ed imprevedibile in virtù di una circolazione, ricordiamo, esclusivamente consensuale.

Un'ulteriore problematica è data dall'irreversibilità delle transazioni effettuate mediante criptovalute e dalla conseguente irripetibilità. A causa dell'assenza di strumenti di risoluzione delle controversie a tutela delle parti, le transazioni commerciali in criptovaluta sono caratterizzate da un elevato livello di rischio per gli utenti. Di conseguenza, la correzione di una transazione per inadempimento, o per frode, potrà realizzarsi solo mediante un accordo tra le parti, che ad oggi appare impensabile.

Veniamo pertanto ad un possibile uso delle criptovalute nel trasferimento immobiliare.

In Italia per il trasferimento immobiliare, come per qualsiasi contratto, vige il principio consensualistico. La proprietà si trasmette per effetto del consenso delle parti, nel ri-

spetto delle forme prescritte secondo la natura dei vari beni. Al contrario, in Spagna e Germania la proprietà si trasferisce con la *traditio*, con la trasmissione del possesso. In Spagna per il trasferimento occorre la transazione del possesso ma esso si presume trasmesso con la sottoscrizione dell'atto notarile, se non è espressamente escluso. In Germania, la trasmissione del possesso e della proprietà segue ad un decreto di intavolazione del giudice e l'atto notarile è un mero presupposto a seguito della domanda della parte interessata per conseguire la proprietà.

Perciò in Italia, come in Francia, le modalità di pagamento del prezzo al momento della sottoscrizione del contratto assume una particolare rilevanza, stante il principio consensualistico enunciato.

Le criptovalute, per un acquisto immobiliare, sembrano in Italia essere già state utilizzate.

Si conosce il discredito di cui sono circondate da parte di autorevoli economisti: i Premi Nobel Stiglitz e Shiller. Ne ho già accennato.

Negli Usa – come ricorda Restuccia [31] – sembrava che le criptovalute fossero state utilizzate per un acquisto immobiliare in Texas, ma in realtà si è saputo che in quel caso l'Agenzia ha fatto da tramite, cioè ha preso i bitcoin, cambiandoli in dollari e consegnando i dollari al venditore secondo un cambio definito.

In Italia alcune società avrebbero pubblicizzato una vendita tramite pagamento con moneta virtuale, ma l'acquisto avvenuto a Torino si sarebbe svolto in modo tale che nell'atto si sarebbe indicata che, per il passaggio di proprietà, i due contraenti si avvalevano della moneta virtuale.

Ma, in realtà, per l'adempimento dell'obbligazione del prezzo, che veniva comunque indicato in euro (moneta avente corso legale); si prevedeva una prestazione "avente ad oggetto il trasferimento di bitcoin ... configurare il negozio come una permuta in cui a fronte del trasferimento della proprietà vi sia il trasferimento della criptovaluta nell'ammontare pattuito".

Dalle vicende citate, quella torinese in particolare, emergono vari aspetti rilevanti per la configurazione dei bitcoin.

Prima di tutto non possono configurarsi come valuta avente corso legale (visto quello che emerge dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, art. 1, comma 2, lett. qq), come è appunto stabilito dalla definizione di valuta virtuale che viene così descritta "la rappresentazione

---

[31] D. Restuccia, *Ma tu ce li hai i bitcoin.it Federnotizie, 5 febbraio 2018; R. Razzante. Bitcoin: tra diritto e legislazione*, in *Notariato*, 2018, p. 383.

digitale di valore, non emessa da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente".

Uno dei vari aspetti in rilievo è che il pagamento del prezzo della vendita di un bene immobile in bitcoin – o altra criptovaluta – potrebbe violare le norme in materia di limitazione all'uso del denaro contante (art. 49, d.lgs. n. 231/2007, come modificato dal d.lgs. n. 90/2017) nonché quello in materia di indicazione analitica dei mezzi di pagamento (art. 35, comma 22, d.l. n. 223/2006, convertito con modificazioni nella l. n. 248/2006).

C'è chi considera i bitcoin strumenti finanziari. È la mia tesi preferita.

Altri ritengono, invece, che sarebbero strumenti di pagamento, anche se non valuta avente corso legale.

Per le vendite immobiliari si pongono dei particolari problemi circa il pagamento del prezzo in bitcoin e/o criptovalute, come già indicato stante uno sfasamento temporale

La criptovaluta come mezzo di pagamento. Ad oggi l'operazione di pagamento rappresenta l'insieme di procedure manuali o elettroniche, nonché materiali o virtuali, con cui la circolazione della moneta si realizza negli scambi di merci e servizi e nelle operazioni finanziarie. In Europa, con la Direttiva 2007/64/CE viene regolamentato il sistema dei servizi di pagamento applicabile all'intero territorio dell'Unione. In detta disposizione non ritroviamo alcun riferimento, neppure analogico, al sistema criptovalutario. In tal modo, non potremmo ricondurre, nemmeno in via estensiva, il concetto di fondi o di operazioni di pagamento alle criptovalute, in quanto le stesse, data la loro dimensione informatica, non consentono agli operatori di individuare un atto disposto dal pagatore o dal beneficiario di collocare, trasferire o ritirare fondi dal proprio conto di pagamento, indipendentemente da eventuali obblighi esistenti tra le parti. Nel sistema criptovalutario, difatti, l'interazione tra gli utenti e la rete avviene attraverso l'indirizzo, il quale non può essere considerato un conto dato, ma rappresenta uno pseudonimo della chiave pubblica non collegato all'utente utilizzatore, se non nella particolare forma della pseudonimia, per l'appunto.

Spesso si fa ricorso al concetto di permuta. La compravendita è un contratto disciplinato dagli articoli dal 1470 fino al 1509 del codice civile, che la chiama semplicemente vendita. L'art. 1470 afferma che «La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo.» Per prezzo si può parlare anche quando non ci si riferisce a moneta avente corso legale, per me a moneta tout-court? Se il termine prezzo si identifica con il

termine mezzo di pagamento generico si potrebbe dire che nel caso di specie siamo in presenza di una vendita. Ma, al di là dei nominalismi e formalismi che spesso contraddistinguono il diritto, ci si intenda sulla sostanza. Le criptovalute possono essere mezzi di pagamento se le parti lo vogliono, come possono esserlo tanti altri beni o rapporti. Ma non sono moneta. Perciò se prezzo è uguale a moneta siamo al di fuori della vendita. Se prezzo è uguale a mezzo di pagamento possiamo anche essere dentro lo schema della vendita, salvo capire la distinzione tra vendita e permuta.

In genere nella vendita, però, si Si possono individuare due parti: il venditore trasferisce il diritto e il compratore o acquirente, che si obbliga pagare un prezzo, (espresso in una somma di denaro contante o sotto forma di altri mezzi di pagamento quali carte di credito o di debito assegni e cambiali, cioè moneta bancaria ma moneta e precisamente moneta avente corso legale), come corrispettivo.

Che le criptovalute siano o possano strumenti di pagamento sembra confermato dalla giurisprudenza, ma questo non sposta le osservazioni sopra fatte. .A tal fine è significativo l'orientamento della Corte di Giustizia europea .Si afferma che le "operazioni relative a valute non tradizionali, vale a dire diverse dalle monete con valore liberatorio in uno o più paesi, costituiscono operazioni finanziarie in quanto tali valute siano state accettate dalle parti di una transazione quale mezzo di pagamento alternativo ai mezzi di pagamento legali e non abbiano altre finalità oltre a quella di un mezzo di pagamento" e che "la valuta virtuale a flusso bidirezionale bitcoin, che sarà cambiata contro valute tradizionali nel contesto di operazioni di cambio, non può essere qualificata come "bene materiale" ai sensi dell'articolo 14 della direttiva IVA, dato che ... questa valuta virtuale non ha altre finalità oltre a quella di un mezzo di pagamento". L'Agenzia delle Entrate aggiunge che: il bitcoin è una moneta alternativa a quella tradizionale e la sua circolazione si basa sull'accettazione volontaria basata sulla fiducia senza che vi sia autorità centrale che la governa [32]. Perciò sembrerebbe che le criptovalute, al di là di quella speci-

[32] Corte di Giustizia Europea 22 ottobre 2015, n. C 264/14; e in Economia e Diritto, n. 31/2015, in D&G; [condivisa dall'Agenzia delle Entrate] (risoluzione n. 72/E del 2 settembre 2016). "Il bitcoin è una tipologia di 'moneta virtuale' o meglio 'criptovaluta', utilizzata come moneta alternativa a quella tradizionale avente corso legale emessa da un'autorità monetaria. La circolazione dei bitcoin, quali mezzi di pagamento, si fonda sull'accettazione volontaria da parte degli operatori del mercato che, sulla base della fiducia, la ricevono come corrispettivo nello scambio di beni e servizi, riconoscendone, quindi, il valore di scambio indipendentemente da un obbligo di legge. Si tratta, pertanto, di un sistema decentralizzato, che utilizza una rete di soggetti paritari (peer to peer) non soggetto ad alcuna disciplina regolamentare specifica né ad una autorità centrale che ne governa la stabilità nella circolazione"; sulla natura giuridica delle criptovalute dei bitcoin vedi A. Paletta, *Criptovalute: diritto e finanza delle monete virtuali senza Stato sovrano e prima sentenza sull'uso di Bitcoin*, in Diritto 24. Il Sole 24 Ore. Affari / Mercati Impresa / 2017-07-14; A.

fica utilizzata, possono essere mezzi di pagamento anche se non possono classificarsi come valuta avente corso legale. Ma vedremo che il concetto di moneta si identifica con quello di moneta avente corso legale, o moneta fiat.

Il sistema "criptovalute" prescinde del tutto dalla presenza di intermediari finanziari; donde potrebbe essere incongruo richiedere un "mercato più o meno ufficiale" per la sua valutazione. O queste si accettano con certe caratteristiche che ne sono l'essenza o non si accettano. Saranno pure mezzi di pagamento, realizzano una sorta di permuta in caso di trasferimento immobiliare ma la determinazione del valore può non risultare da un "mercato più o meno ufficiale".

Infatti nessuna Autorità centrale emette nuova moneta o traccia le transazioni; tutti i passaggi vengono gestiti, quindi, autonomamente e collettivamente dalla rete. L'Agenzia delle Entrate, descrivendo il fenomeno, aggiunge "Le criptovalute hanno due ulteriori

---

Capagna – L. Peirano – S. Perugi – M. Cecili – J. Zbrowski – A. Ruffo, *Bitcoin: profili giuridici e comparatistici. Analisi e sviluppi futuri di un fenomeno in evoluzione*, in Diritto Mercato Tecnologia, n. 3 – 2015, 32.; J. Hicks, *Una teoria di mercato della moneta*, Il Mulino.1992 nella sua opera postuma scritta nel 1989 ma pubblicata dopo la sua morte, ad esempio mette in evidenza il ruolo essenziale della Banca centrale nella gestione dell'attività bancaria e della moneta, ruolo imprescindibile, v.p.89-90 e p.137: infatti le banche possono rivolgersi, e Hicks scrive nel 1989 ma descrive il fenomeno che si è verificato nel 2008, ad altre banche per ottenere prestiti e se esiste un gruppo di banche disposte a concedersi vicendevolmente dei prestiti, il gruppo è più forte di ciascuno dei suoi membri preso isolatamente ;perciò è necessario un certo grado di associazionismo e a chi difende la concorrenza "anche se crolla il mondo" risponde che le virtù della concorrenza, nei casi in cui il fallimento comporta pesanti ripercussioni ,ammettono eccezioni .Fino a che i problemi vengono appunto risolti dalla creazione di una banca centrale, una banca del governo: il sistema bancario per sua natura tende verso un centro, il centro può anche essere costituito da una singola banca o gruppo di banche alle quali tutte le altre banche possono fare affidamento e ,cioè, senza intervento del governo, come è avvenuto durante la crisi del 1893 e la successiva, più grave, del 1907, ma può non bastare ed infatti l'insegnamento del 1907, appunto l'evoluzione storica-monetaria, dopo la crisi del 1907 ha portato alla creazione della Fed per evitare che il sistema potesse collassasse. Purtroppo un atteggiamento troppo timido della Fed nel 1932 dominata da persone che ancora non sapevano comportarsi da banchieri centrali, v. p.138,portò all'aggravamento della crisi degli anni trenta .Ma è necessario, sii potrebbe domandare, un sistema bancario, i bitcoin ne fanno a meno e non si potrebbe farne a meno .Da una parte nei pagamenti in bitcoin c'è uno sfasamento temporale per il quale chiunque che vende un bene, non parliamo di un immobile, potrebbe domandarsi se l'acquirente li ha, un po' come quando ci si domanda se l'assegno è coperto, dall'altra parte un sistema bancario, e soprattutto creditizio, nella moderna economia sembra necessario. La moneta è una misura del valore usata dalla gente per i propri calcoli e per esprimere i debiti. Ma il pagamento di un debito è in realtà" uno scambio di debiti": "Io pago il mio creditore con un assegno bancario; egli lo accetta perché ritiene più sicuro avere un credito nei confronti della banca piuttosto che nei miei confronti [e come avverrebbe con i bitcoin, il credito sarebbe nei miei confronti…]. Anche se il suo conto è presso una banca diversa dalla mia, di solito accetterà l'assegno come fosse un pagamento in moneta; dal punto di vista di tutte le parti interessate, entrambe le banche sono degne di fiducia per cui i debiti dell'una e dell'altra si equivalgono. Tuttavia, se io avessi emesso un assegno su una banca del tutto sconosciuta al mio creditore e che (per quanto può saperne) potrebbe essere puramente immaginaria, egli non l'avrebbe accettato come pagamento" (Hicks, p. 143).

fondamentali caratteristiche. In primo luogo, non hanno natura fisica, bensì digitale, essendo create, memorizzate e utilizzate non su supporto fisico bensì su dispositivi elettronici (ad esempio smartphone), nei quali vengono conservate in "portafogli elettronici" (c.d. wallet) e sono pertanto liberamente accessibili e trasferibili dal titolare, in possesso delle necessarie credenziali, in qualsiasi momento, senza bisogno dell'intervento di terzi. In secondo luogo, i bitcoin vengono emessi e funzionano grazie a dei codici crittografici e a dei complessi calcoli algoritmici".

È stato affermato in dottrina: "Infatti, il sistema bitcoin, secondo quanto da più parti affermato, consisterebbe in un innovativo sistema elettronico di pagamento che ha l'ambizione realizzare il cosiddetto 'contante digitale'. Il sistema in parola utilizza la crittografia a chiave pubblica, cioè un algoritmo crittografico asimmetrico che si serve di due chiavi, generate matematicamente: la chiave privata, impiegata per 'crittografare' o firmare digitalmente il documento, il 'denaro digitale', e la chiave pubblica, che viene usata per 'decrittografare' il messaggio o per verificare la firma. Il legame matematico presente tra le due chiavi fa sì che la chiave pubblica funzioni solo se esiste la corrispondente chiave privata" [33].

"Lo scambio dei predetti codici criptati tra gli utenti (user), operatori sia economici che privati, avviene per mezzo di un'applicazione software. Per utilizzare i bitcoin, gli utenti devono entrarne in possesso: 1) acquistandoli da altri soggetti in cambio di valuta legale; 2) accettandoli come corrispettivo per la vendita di beni e servizi" (Risoluzione Agenzia Entrate).

Pertanto tale sistema presenta molte criticità circa la normativa anti-riciclaggio, e a tale proposito il notariato con uno dei suoi esperti in materia ha esposto la criticità in tema di antiriciclaggio, criticità legate alla mancanza di una banca centrale [34].

---

[33] U. Bechini – M. C. Cignarella, *Quesito antiriciclaggio Antiriciclaggio Compravendita. Pagamento del prezzo in bitcoin*. n. 3 – 2001/B. pubblicato su CNN Notizie del 13 marzo 2018; e U. Bechini – M. C. Cignarella, *Comprare casa coi bitcoin: i notai rispondono* – Consiglio Nazionale del Notariato su rivista telematica Monitore Immobiliare, 14 marzo 2018.

[34] M. Krogh, *Bitcoin, blockchain e le transazioni in valute virtuali. Il ruolo del notaio ed i rischi riciclaggio*, in Notariato, 2, 2018, 155 ss. Krogh sostiene "Il bitcoin, come unità di misura, non ha valore intrinseco, né diretto né indiretto, il suo valore non è legato alla ricchezza economica di una comunità, ma è dato dal volume di scambi con altre valute ed è condizionato dalla domanda e dall'offerta all'interno di un mercato virtuale. Il suo valore non è condizionato da nessun tipo di politica monetaria, non esistendo un ente sovraordinato o una banca centrale a cui sono attribuiti poteri di indirizzo o di intervento sull'emissione e circolazione della moneta; ciò costituisce, da un lato, una caratteristica essenziale ed un punto di forza del bitcoin, che nella sua genesi ha avuto come obiettivo principale la decentralizzazione della politica monetaria attraverso l'eliminazione di banche centrali ed intermediari e, da altro lato, rappresenta anche il suo maggior punto di debolezza essendo il valore del bitcoin rimesso alla volubilità del mercato senza

Accanto alle criptovalute in generale come mezzi di pagamento, utilizzabili astrattamente nei trasferimenti, negli acquisti, come una sorta di permuta, ci sarebbe il fenomeno dell'assoluto anonimato che presidia il possesso e la circolazione dei bitcoin.

Veniamo ai riflessi sul piano della tracciabilità dei pagamenti e delle norme sulla limitazione all'uso del contante.

Questo elemento potrebbe aver rilievo anche ai fini del loro utilizzo in un conferimento per aumento di capitale. Le stesse esigenze, tracciabilità, limitazione all'uso del contante, che hanno rilievo per una compravendita, potrebbero averlo per un aumento di capitale. Anzi potrebbero avere un rilievo maggiore. Posto che l'omologazione del verbale societario deve farsi quando sussistono le condizioni di legge per l'iscrizione nel Registro delle imprese e non bisogna guardare solo alle cause di nullità.

Forse ostacoli maggiori vi sono per l'omologa societaria che per una vendita (nonostante il ricorso allo schema della permuta). In un caso esaminato dal Tribunale di Brescia, non avevamo una determinazione del valore che invece nella vendita torinese, tramite il ricorso alla fissazione del prezzo di vendita in euro, esisteva.

Comunque, nel caso di vendita immobiliare, benché non si tratti di un fatto solo tra due privati, non ci sono esigenze, presenti in campo societario, (connesse all'integrità del capitale sociale e alla sua funzione in generale anche verso i creditori o di informazione verso i soci circa l'andamento della società, per valutare l'operato degli amministratori). In una vendita, se il prezzo non viene in realtà corrisposto tra le parti, essa sarà nulla per simulazione, ma l'atto, se il notaio non conosce la situazione, è ricevibile.

"Le operazioni in bitcoin – o in altre criptovalute – sono sicuramente tracciabili in senso informatico; in un pubblico ed immutabile registro rimane infatti traccia indelebile del fatto che l'ignoto detentore di una chiave privata, corrispondente ad una data chiave pubblica, ha trasferito bitcoin ad un altro ignoto detentore di altra chiave privata corrispondente, a sua volta, ad altra chiave pubblica" dicono Bechini e Cignarella. Ma in pratica aggiungono può, ai fini pratici, voler dire ben poco. Tutti i sistemi di accesso informatici, senza eccezioni, non si fondano sul concetto di "identificazione" bensì sulla mera verifica di credenziali informatiche.

---

possibilità di correzione e protezione del valore della valuta virtuale attraverso manovre di politica monetaria da parte di una banca centrale. Ciò determina un'elevatissima volatilità del valore (*rectius*: tasso) della moneta virtuale condizionato esclusivamente dal volume degli scambi, dalla domanda e dall'offerta e dalla fiducia nel sistema o più precisamente nelle piattaforme informatiche che gestiscono gli scambi. Il rischio concreto è che ad una regolamentazione legale da parte di una banca centrale o di altro intermediario finanziario si sostituisca una regolamentazione di fatto da parte di soggetti in grado di alterare le dinamiche della domanda e dell'offerta".

Cioè detto molto in "soldoni" non posso sapere chi in effetti lo ha utilizzato. Per la normativa antiriciclaggio, anche nell'ambito societario e l'omologazione, non è irrilevante.

L'utilizzo del sistema informatico non può mai garantire l'identità del soggetto che effettua un accesso.

Nel caso della vendita torinese la società si era affidata ad una piattaforma (Coinbase) che non garantiva l'anonimato negli scambi in bitcoin. L'acquirente si registrava sul sito, fornendo i documenti, e provvedeva al pagamento. Il notaio procedeva alle verifiche sulla provenienza dei bitcoin. Il Consiglio Nazionale del Notariato (risposta al quesito n. 3-2018/B) trattando della vendita con prezzo di acquisto, espresso in euro, ma corrisposto in bitcoin, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, dell'Agenzia dell'Entrate, ha sostenuto che le operazioni che coinvolgono criptovalute sono operazioni finanziarie e in quanto monete elettroniche vengono "accettate dalle parti di una transazione quale mezzo di pagamento alternativo ai mezzi di pagamento legali e non abbiano altre finalità oltre a quella di un mezzo di pagamento" ed avendo natura non fisica sono "liberamente accessibili e trasferibili dal titolare, in possesso delle necessarie credenziali, in qualsiasi momento, senza bisogno dell'intervento di terzi".

Cioè, posto che l'identificazione avviene sulla mera verifica di credenziali informatiche, non si può stabilire con certezza l'identità del soggetto che effettua la transazione, perché il "sistema abilita un (qualsiasi) utente provvisto delle corrette informazioni di blocco (codici, pin, password)" come sostiene K. Fedorova sostanzialmente avvallata del parere del Consiglio Nazionale del Notariato di U. Bechini e M.C. Cignarella di cui *infra* [35].

Il Consiglio Nazionale del Notariato definisce una transazione in bitcoin apparente perché entrambi i soggetti coinvolti dichiarano di essere titolari dei rispettivi conti, senza tuttavia fornire una minima prova di tali affermazioni.

Certamente nel sistema criptovalute-bitcoin, l'irreperibilità delle parti effettive non

[35] U. Bechini – M.C. Cignarella, cit. "Ne deriva, pertanto, che la possibilità di un tracciamento, meramente informatico, nel senso appena accennato potrebbe essere del tutto ininfluente ai fini della normativa che ci occupa. Neppure l'autore del pagamento può infatti identificare il destinatario.". Altrettanto problematica è, di conseguenza, anche la possibilità di procedere ad indicare analiticamente in atto i mezzi di pagamento dal momento che se l'indicazione delle chiavi pubbliche non soddisferebbe il requisito della tracciabilità, in quanto non consente di risalire al titolare del portafoglio virtuale, l'indicazione delle chiavi private associate alle chiavi pubbliche (che comunque non dà certezze legali sulla titolarità del conto virtuale) è improponibile giacché renderebbe pubblico lo strumento per disporre della valuta virtuale" (Bechini e Cignarella).

deriva da una forma di protezione (in qualche modo reversibile o sospendibile) del dato, bensì da un anonimato intrinseco alla stessa tecnologia adottata.

Infatti si mette in evidenza che la possibilità di un tracciamento diventa estremamente problematica.

Nei verbali societari non si chiede che il pubblico ufficiale sia testimone di una traditio che avviene in sua presenza.

Vi sono dichiarazioni del presidente dell'assemblea. Naturalmente l'operazione è le relative dichiarazioni potrebbero avere quei requisiti dell'apparenza che il Consiglio Nazionale del Notariato metteva in evidenza a proposito della vendita immobiliare, per giungere a consigliare prudenza. Anche se non c'era un divieto perché lo schema della permuta riconduceva l'operazione in canoni tradizionali e la normativa sull'antiriciclaggio o sulla tracciabilità non è posta a pena di nullità.

Anche se costringe / consiglia il notaio a fare una serie di adempimenti.

Nel caso di vendita, l'operazione in bitcoin costituisce una transazione che potrebbe essere definita apparente perché essa proviene, infatti, da un "conto", che l'acquirente dichiara essere proprio, ad un altro conto del quale, parimenti, il venditore asserisce la titolarità, ma il tutto senza che possa esservi il benché minimo riscontro della veridicità di tali dichiarazioni. Nel caso del verbale societario è il presidente dell'assemblea che dichiara, nel momento del conferimento, come esso è avvenuto.

Piuttosto bisogna, per l'aspetto societario soffermarsi sugli aspetti dei conferimenti in natura. Se venisse osservata la relativa disciplina, probabilmente, al di là del caso specifico, il conferimento potrebbe essere legittimo.

Posto che il conferimento in esame venga considerato un conferimento in natura. Può essere la criptovaluta uno strumento finanziario? La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea tende a dire che la valuta virtuale bitcoin non può essere considerata "bene materiale". Cioè non è un conferimento in natura. Il verbale societario, invece, nel caso di specie così lo definisce.

Certamente permangono, al di là della discussione sulla natura dei bitcoin, perplessità circa la normativa anti riciclaggio e soprattutto la quasi impossibilità di esecuzione a garanzia dei creditori.

Questo può essere l'aspetto più problematico.

7. – Allo stato difficile, per una serie di motivi, parificare del tutto Bitcoin alla moneta.

Da un punto di vista strettamente giuridico, questo è dovuto sia all'assenza di un ap-

parato normativo che possa regolarne la funzione di mezzo di adempimento di obbligazione pecuniarie, sia all'assenza di una base consensuale sufficientemente ampia da favorirne una diffusione capillare tale che, pur in assenza di una normazione specifica, possa parificare Bitcoin ad una moneta de facto.

Da un punto di vista empirico-economico, il maggior ostacolo è evidentemente costituito dalla volatilità di Bitcoin, certamente più simile a quella di uno strumento finanziario speculativo (*ex* art. 1, comma 1, lett. u) TUF) che di una moneta, come un'azione o una obbligazione o un qualsiasi strumento finanziario che, in quanto cedibile, può ben, per volontà delle parti servire per adempiere ad una prestazione e per estinguere un obbligo, ma non per questo sono moneta legale.

Per poter adempiere alla triplice funzione di unità di conto, mezzo di pagamento e mezzo di accumulo di ricchezza una moneta deve essere il più possibile stabile, per non disorientare le persone nella percezione dei valori, per non indurre criticità nei casi in cui tra il momento in cui viene stabilito un ammontare monetario ed il momento in cui tale ammontare viene pagato trascorra un periodo notevole di tempo (in ossequio al rigore del principio nominalistico) e per evitare che la moneta accantonata possa subire significative riduzioni di valore nel tempo. Ovviamente, la volatilità di Bitcoin potrebbe tendere a diminuire una volta che questo si diffonda più capillarmente come mezzo di pagamento; tuttavia, la tendenza deflazionistica, se da un lato è una virtù, quando lo è, da un lato può divenire un problema proprio perché Bitcoin, raro e limitato, tenderebbe a divenire più un bene rifugio che un mezzo normale di adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

JUS CIVILE

CAROLINA MAGLI

Ricercatore a tempo determinato di Diritto privato – Università di Bolzano

LE CONSEGUENZE GIURIDICHE DEL *LOCKDOWN* E DEL *POST-LOCKDOWN* SUI CONTRATTI DI LOCAZIONE AD USO COMMERCIALE TRA BUONA FEDE *IN EXECUTIVIS* E TUTELA DELL'AUTONOMIA PRIVATA

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. La normativa emergenziale concernente i contratti di locazione ad uso non abitativo. – 3. L'impossibilità temporanea e l'impossibilità parziale. – 4. Il diritto di recesso. – 5. Il ricorso ai rimedi risolutori. – 6. La presupposizione. – 7. La rinegoziazione ed il potere del giudice di rideterminare il nuovo assetto di interessi. – 8. Il rischio di una "epidemia di ritorno" ed autonomia privata.*

1. – L'emergenza sanitaria dovuta al diffondersi del Covid-19 ha condotto il Governo e le Regioni ad adottare una serie di misure – urgenti e di carattere straordinario – che hanno determinato rilevanti implicazioni nell'ambito negoziale. In particolare, i provvedimenti *de quibus* [1], disponendo la chiusura di quasi tutte le attività commerciali, hanno

[1] La dichiarata pandemia e i relativi provvedimenti legislativi adottati in Italia nell'ultimo periodo sono classificabili come *factum principis* caratterizzato da essere un evento estraneo alla sfera di controllo del contraente ed inevitabile trattandosi, appunto, di provvedimenti a tutela della collettività. Sul c.d. *factum principis*, v. *ex multis*, Miraglia, *L'impossibilità sopravvenuta per "factum principis" esclude l'obbligo di erogare la retribuzione*, in *Giur.it*., 2018, 2, 417; Musolino, *Il caso fortuito come causa di estinzione del diritto di abitazione*, in *Riv. not*., 2012, 6, 1401; Tandoi, *Impossibilità sopravvenuta parziale e* factum principis, in *Contratti*, 2004, 12, 1105; Veirana, "Factum principis" *e impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ*., 1977, 2, 915; Id., Factum principis *e distribuzione del rischio contrattuale*, in *Giur. di merito*, 1976, 4-5, 228; Dolmetta, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per "misure di contenimento" pandemico*, in 23 aprile 2020, secondo cui ai fini di individuare su chi debba nel caso di specie ricadere il rischio della sopravvenienza occorre prendere le mosse dall'art. 1575 comma 2 c.c. ove si stabilisce che il locatore ha l'obbligo di mantenere la cosa locata in stato da servire all'uso convenuto. Con riguardo al tema dell'incidenza del fenomeno Covid-19 nell'ambito delle relazioni giuridiche, v. Berti, De Paola, *Il "fatto storico" Covid-19 come criterio di riqualificazione dell'"atto" e del "rapporto"*, in *Resp. civ. prev*., 2, 2020, 578. Per una visione comparativa, v. Masieri, *Emergenza coronavirus e contratti: i provvedimenti adottati in alcuni paesi europei*, in *Nuova giur. civ. e comm*., 3, 2020, *suppl*., 122.

inciso sui contratti di durata in corso e sulla loro regolare esecuzione, rendendo talvolta impossibile – o comunque parzialmente diversa rispetto all'assetto di interessi programmato fin dall'inizio dalle parti medesime – l'attuazione del vincolo contrattuale.

Proprio partendo, quindi, dalla suddetta constatazione, l'obiettivo della presente analisi è quello di verificare come, ed in che termini, l'emergenza sanitaria abbia influito nell'ambito delle relazioni giuridiche ed in particolare sui rapporti contrattuali pendenti [2], concentrando nello specifico l'analisi su una determinata categoria di contratti tipicamente colpiti dalla suddetta sopravvenienza, ossia, appunto, sui contratti di locazione ad uso commerciale [3]. In primo luogo, focalizzare l'attenzione sui suddetti contratti risulta di grande interesse a causa dell'impatto che le predette limitazioni normative hanno portato alle attività commerciali ed imprenditoriali dei conduttori medesimi ed al conseguente squilibrio che si è verificato nel corso del rapporto a discapito degli imprenditori o lavoratori autonomi ai quali è stato inibito, per un certo lasso di tempo, di godere e di servirsi degli immobili locati secondo le specifiche attività di impresa o professionali previste nel contratto medesimo [4].

Non solo. Se è lapalissiano che il c.d. *lockdown* ha portato con se' conseguenze economiche c.d. immediate per il conduttore di un bene immobile adibito ad uso commerciale – si pensi, per esempio, alla immediata contrazione di fatturato che una attività ha subito a seguito delle misure restrittive adottate – occorre però anche riflettere sulle presumibili e prevedibili ripercussioni c.d. a lungo termine che detta situazione avrà nel prossimo futuro sulle attività medesime; si consideri, a tal riguardo, sia l' enunciata crisi economica destinata a durare nel tempo, sia anche il costo delle misure di sicurezza che dovranno essere adottate (a titolo esemplificativo, possono essere indicate le misure di distanziamento sociale oppure agli strumenti finalizzati a contenere il contagio quali l'utilizzo dei guanti o delle mascherine e tutte le procedure finalizzate alla sanificazione degli ambienti) che impongono al titolare dell'attività costi di non poco conto. Senza contare anche i cambiamenti che questo fenomeno ha portato e porterà con sé e che inci-

[2] La pandemia incide in uguale misura su tutti i contratti interessati dalle misure di contenimento e su entrambe le parti contraenti. Di qui la questione concernente la funzionalità e la tenuta del sistema giudiziario. Sul punto, Scognamiglio, *L'emergenza Coviid 19: quale ruolo per il civilista*, in *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020; Id., *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia Covid-19*, in *Corr. giur.*, 5, 2020, 581.

[3] Nel predetto frangente temporale, il bene immobile non ha avuto più alcuna utilità per il conduttore o, nella migliore delle ipotesi, ha mantenuto una utilità significativamente inferiore, potendo, per esempio, essere impiegato per depositare o conservare la merce.

[4] Con riguardo ai rapporti privatistici simile è il caso della locazione abitativa a studenti fuori sede che hanno intrapreso la c.d. didattica a distanza.

dono sui contratti che qui interessano; si consideri a proposito il mutamento del modo (o meglio il luogo) di lavoro che oggi si fa sempre più in *smart* (o *remote*) con la conseguenza che, anche qui, alcune locazioni (si pensi, per esempio, ai grandi studi professionali o agli uffici) potrebbero non soddisfare più (o meglio non soddisfare più totalmente) l'interesse del conduttore.

Ecco dunque che, il tema di fondo che occorre indagare è quindi, non solo quali sono i rimedi utilizzabili dal conduttore al fine di ripristinare l'alterazione del sinallagma funzionale di un bene immobile adibito ad uso commerciale che durante il limitato e temporaneo periodo di *lockdown* si trova a non potere utilizzare il bene (od utilizzarlo parzialmente) ma anche quali strumenti giuridici sono effettivamente adottabili in tutte le ipotesi in cui un evento straordinario ed imprevedibile come quello di cui si tratta – ossia appunto la pandemia – abbia alterato (se non addirittura sconvolto) nel lungo periodo l'equilibrio contrattuale, così come originariamente voluto dalle parti, con la conseguenza che, per esempio, trovandosi il conduttore oggi ad operare in un contesto situazionale differente rispetto a quello sussistente al tempo della conclusione del contratto, le condizioni contrattuali originariamente pattuite potrebbero divenire per lui non più sostenibili tenuto conto anche della generale cornice di recessione economica [5].

L'analisi delle questioni indicate impone anzitutto il loro inquadramento nell'ambito delle disposizioni emanate dalla pubblica autorità dirette a contrastare l'emergenza sanitaria specificatamente applicabili ai contratti di locazione; in un secondo momento, occorrerà soffermare l'attenzione sugli effetti dell'impossibilità temporanea (art. 1256, comma 2, c.c.) legata al *lockdown*. In tale ottica – e quindi a fronte della temporanea impossibilità di esercitare l'attività di impresa – occorrerà poi verificare se durante il periodo di *lockdown* il canone possa essere legittimane sospeso e/o ridotto e, sotto quest'ultimo profilo, sarà necessario poi indagare quali siano, in concreto, i criteri utilizzabili ai fini della quantificazione della riduzione della prestazione stessa.

Successivamente, si analizzeranno le conseguenze che alla lunga il fenomeno emergenziale porta con sé e quindi le ripercussioni che quanto di recente accaduto avrà sulla nuova situazione in cui si viene a trovare il conduttore, concentrando l'attenzione sugli strumenti demolitori. In tale ottica, dopo avere evidenziato i limiti del rimedio tipico previsto dalla legislazione concernente le locazioni ad uso commerciale – ossia appunto il recesso – ci si soffermerà sull'istituto della risoluzione (ed in particolare, della risolu-

[5] Per quanto concerne l'analisi della problematica nel sistema giuridico anglosassone, v. Scaldaferri, *I contratti di locazione nel mondo anglosassone ai tempi del Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com, 3 giugno 2020*.

zione per impossibilità sopravvenuta *ex* art. 1463 c.c. e per eccessiva onerosità *ex* art. 1467 c.c.) nonché sulla applicabilità della presupposizione.

Inoltre, preso atto della generale tendenza, peraltro seguita anche a livello internazionale [6], di garantire la conservazione dei rapporti giuridici ed in linea con l'esigenza di favorire la collaborazione nonché la solidarietà tra le parti [7], si concentrerà la riflessione sugli strumenti manutentivi del rapporto e specificatamente sull'istituto della rinegoziazione, indagando quale sia la fonte del suddetto obbligo e le conseguenze in caso inadempimento e verificando, in particolare, se, nel caso di specie, il giudice, qualora le parti non raggiungano un accordo in sede di trattativa rinegoziativa, possa o meno intervenire modificandolo lui stesso.

Da ultimo, tenuto anche conto del paventato (anche se al momento scongiurato) rischio di una c.d. pandemia di ritorno, ci si domanda altresì se le parti medesime possano, nella prospettiva diretta appunto ad attribuire maggiore spazio alla loro autonomia, addossare pattiziamente l'intero rischio dell'evento sopraggiunto sul conduttore stesso. Nello specifico, data la generale attenzione sempre più prestata – pure qui anche a livello europeo ed internazionale – alla c.d. flessibilità del rapporto [8](si pensi, a solo titolo

---

[6] D'altra parte la tendenza a ricorrere a rimedi manutentivi tesi appunto a preservare il regolamento contrattuale, non è estraneo al panorama internazionale; si pensi, al riguardo, ai *Principle of European Contract Law* redatti dalla Commissione Lando (art. 6:111) o al *Draft Common Frame of Reference* o anche agli stessi Principi *Unidroit* (artt. 6.2.1-6.2.3). In argomento, v. tra i tanti, Alpa, Iudica, Perfetti, Zatti (a cura di), Il Draft common frame of reference *del diritto private europeo*, Cedam, 2009; Alpa, *Prime note di raffronto tra Principi Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. impr./Europa*, 1996, 316; Di Gregorio, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'*imprevision *nel codice civile francese*, in *Nuova giur. civ. e comm*., 3, 2018, 392). Sempre a conferma di come l'esigenza di conservazione del contratto sia sentita anche a in altri contesti giuridici, vedi anche le recenti esperienze di ri-codificazioni della disciplina del contratto in generale operata in altri sistemi giuridici come, per esempio, il sistema francese (che ha accolto la teoria dell'*imprevision*) ma anche il al codice argentino ove si prevedeche la parte in difficoltà abbia la "*oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos*").

[7] Mattei, Quarta, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi del diritto dei contratti*, in *Giustiziacivile.com*; Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; Id., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2, 2020, 129; Alpa, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm*., 1994, 365; Grisi, *La lezione del coronavirus*, in *Jus civile*, 2020, I, 190; Tampieri, *La riscoperta del principio di solidarietà*, in *Jus civile*, 2020, III, 612.

[8] Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica, Zatti, 2° ed., Milano, 2011, 970; Cass. 26 settembre 2019, n. 23986, in *Guida al dir.*, 2019, 44, 66. Sul punto, v. anche La Rosa, *Clausole di gestione delle sopravvenienze e giudizio di vessatorietà*, in *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, 267, la quale sottolinea come "La dottrina della "razionalità" del contratto, di matrice americana, evidenzia la necessità di adottare una prospettiva dinamica nella quale l'adattamento del contratto sia la regola e non l'eccezione" ed evidenzia come anche nel nostro sistema giuri-

esemplificativo, non solo alla diffusione nella prassi contrattuale dei contratti internazionali della clausola di *hardship*, ma anche ad alcuni schemi contrattuali tipici adottati dal stesso nostro ordinamento)[9] e posta l'esigenza di non trovarsi più impreparati nell'ipotesi in cui dovesse ripresentarsi, ancora una volta, una situazione sanitaria di tale portata, occorre altresì indagare i limiti con cui le parti medesime possano gestire autonomamente il rischio *ex ante*, al fine di auto-adeguare il contratto alla circostanze sopravvenute.

2. – Prima di procedere ad analizzare più nello specifico la problematica che qui ci occupa – ossia l'incidenza (sia immediata, che a lungo termine) dei provvedimenti emanati dalla pubblica autorità sui contratti di locazione ad uso commerciale in corso di esecuzione – occorre ricordare come tra le norme adottate al fine di sostenere le imprese, tre soltanto sono applicabili anche ai contratti che qui ci occupano; tutte però nulla dicono specificatamente in merito agli strumenti civilistici a diposizione del conduttore che, a seguito delle misure restrittive, si è visto costretto a sospendere o a comprimere la propria attività produttiva. In particolare, ripercorrendo la normativa emergenziale – che va ad integrare le norme del Codice civile e dalle leggi complementari concernenti l'istituto in esame – occorre ricordare l'art. 65 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18[10], convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27[11] nonché il successivo art. 28 del decreto

---

dico emerga la necessita di adattare flessibilmente il contratto, obiettivo questo raggiungibile efficacemente con la predisposizione di clausole dirette ad adeguare il rapporto alle circostanze sopravvenute.

[9] Così risponde all'obiettivo di un rapporto flessibile la possibilità di lasciare indeterminato (e determinabile solo in un momento successivo l'oggetto del contratto; si pensi anche a come nella fideiussione per debiti futuri (art. 1938 c.c.) si può commisurare l'impegno di garanzia a un'entità del credito che, pur non essendo nota al momento della conclusione del contratto, lo divenga successivamente.

[10] D.l. 17 marzo 2020, n. 18 (Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. (20G00034) *(GU n.70 del 17-3-2020)*, c.d. "Decreto Cura Italia". Esso ha riconosciuto per l'anno 2020 ai soggetti esercenti l'attività di impresa (ad eccezione dei casi previsti dall'allegato 1 e 2 del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'11 marzo 2020) un credito di imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020 di immobili rientranti nella categoria catastale C/1 (*i.e.* negozi e botteghe). La norma concerne esclusivamente le locazioni di una specifica categoria di immobili e non riguarda quindi altri rapporti di locazione anche essi diversi dall'abitazione ma aventi ad oggetto immobili con una differente classificazione catastale (come, per esempio, magazzini e laboratori, farmacie e parafarmacie, punti vendita di generi alimentari di base). Sul punto, v. *inter alia*, Cuffaro, *Il contratto di locazione nelle disposizioni emergenziali*, in *Giustiziacivile.com*, in *Emergenza Covid-19, Speciale, Uniti per l'Italia*, 1, 2020, 233; D'Onofrio, *L'impatto del covid-19 sui contratti di locazione ad uso commerciale: l'eccezionalità dei fatti non impone un diritto eccezionale*, in *www.diritto.it.*, 3 aprile 2020.

[11] Legge 24 aprile 2020, n. 27 (Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, la-

legge del 19 maggio 2020, n. 34 [12] (c.d. "Decreto Rilancio") che ha esteso sia sotto il profilo temporale, che sotto quello dei soggetti beneficiari [13], il credito di imposta per i canoni di locazione degli immobili a uso non abitativo, applicandolo peraltro ai contratti di affitto di azienda [14]. Entrambe le normative, finalizzate a rianimare il mercato immobiliare rimasto bloccato dal Covid-19, producono effetti soltanto sotto il profilo tributario, concedendo appunto un'agevolazione fiscale al conduttore stesso [15], il quale sarà comunque obbligato al pagamento del canone.

Una ulteriore norma applicabile per analogia anche ai contratti di locazione ad uso commerciale è poi costituita dall'art. 91 del sopra indicato decreto legge del 17 marzo 2020, n. 18 [16] il quale stabilisce, invece, che il rispetto delle misure dettate per il contenimento dell'epidemia "è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazioni di eventuali decadenze o penali connesse a ritardi o omessi adempimen-

---

voratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi. (20G00045) *(GU n.110 del 29-4-2020 – Suppl. Ordinario n. 16).*

[12] Decreto del 19 maggio 2020, n. 34 (Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19. (20G00052), GU n. 128 del 19 maggio 2020 – Suppl. Ordinario n. 21). C.d. "Decreto Rilancio". Sul punto, v. anche la circolare dell'Agenzia delle entrate del 6 giugno 2020, avente ad oggetto Credito d'imposta per i canoni di locazione degli immobili a uso non abitativo e affitto d'azienda – articolo 28 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, che fornisce i primi chiarimenti di carattere interpretativo e di indirizzo operativo agli uffici dell'Agenzia delle entrate.

[13] Sulla base dell'art. 28 del decreto del 19 maggio 2020, n. 34 viene riconosciuto per i mesi di marzo, aprile e maggio ai soggetti esercenti attività d'impresa, arte o professione, con ricavi o compensi non superiori a 5 milioni di euro nel periodo d'imposta precedente a quello in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto, spetta un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare mensile del canone di locazione, di *leasing* o di concessione di immobili ad uso non abitativo destinati allo svolgimento dell'attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, di interesse turistico o all'esercizio abituale e professionale dell'attività di lavoro autonomo. Il credito d'imposta, in caso di contratti di servizi a prestazioni complesse o di affitto d'azienda, comprensivi di almeno un immobile a uso non abitativo destinato allo svolgimento dell'attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, di interesse turistico o all'esercizio abituale e professionale dell'attività di lavoro autonomo, spetta nella misura del 30 per cento dei relativi canoni. Il predetto credito d'imposta spetta anche agli enti non commerciali, compresi gli enti del terzo settore e gli enti religiosi civilmente riconosciuti in relazione al canone di locazione, di *leasing* o di concessione di immobili ad uso non abitativo destinati allo svolgimento dell'attività istituzionale.

[14] V. comma 2 dell'art. 28 del c.d. Decreto Rilancio.

[15] Ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. 9 luglio 1997 n. 241 essa è utilizzabile solamente in compensazione.

[16] Sulla applicazione dell'art. 91 anche al settore dei contratti di diritto privato, v. Verzoni, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*, cit., 215; Federico, *Adeguamento del contratto e doveri di solidarietà: per un'ermeneutica della dignità*, in *Questionegiustizia.it*., 9 aprile 2020; Benedetti, *Il "rapporto" obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020.

ti". Disposizione che, anche se finalizzata a regolare specificatamente la materia dei contratti pubblici [17], in considerazione del generale riferimento all'impossibilità della prestazione come causa di esclusione della responsabilità contrattuale da inadempimento o da ritardo ed esenzione del conseguente obbligo risarcitorio, pare dotata di portata generale e sembra applicabile anche al settore dei contratti di diritto privato e, quindi, anche ai contratti di locazione ad uso commerciale [18].

3. – Ripercorsa quindi la normativa emergenziale finalizzata a contenere il diffondersi del contagio e specificatamente applicabile anche ai contratti di locazione di cui si tratta, occorre ora ritornare ad indagare la questione che qui ci occupa, soffermando l'attenzione in primo luogo sui c.d. effetti immediati del *lockdown*, ossia sulle conseguenze limitate strettamente al periodo circoscritto di sospensione dell'attività svolta nel locale. Con riguardo a tale profilo, è opportuno constatare come l'attività è stata qui sospesa per lo più parzialmente (art. 1464 c.c.) [19] (si pensi, per esempio, ai locali utilizzati solo in parte dalle imprese che a seguito delle misure restrittive, siano ricorse al lavoro agile o c.d. *smartworking*) o più frequentemente (si considerino gli esercizi commerciali non essenziali quali a titolo esemplificativo ristoranti, negozi di abbigliamento o alle attività di estetista e parrucchiere), l'attività medesima, dato appunto il limitato periodo di tempo in cui è durata l'interruzione, è cessata solo temporaneamente, con la conseguente applicazione al caso che qui ci occupa dell'art. 1256, comma 2, c.c. [20].

Resta inteso che l'impedimento delle attività svolte dai conduttori dovuto ai divieti normativi diretti a contenere l'emergenza non inciderebbe ovviamente sulla possibilità intesa in senso oggettivo/naturalistico delle prestazioni a cui le parti sono obbligate; tuttavia, dette restrizioni imposte appunto dalla normativa emergenziale, rappresentano de-

[17] L'art. 91 della suddetta legge è rubricato "Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici".

[18] Per tutti, v. Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Giustiziacivile.com.*

[19] La disciplina della impossibilità parziale tende anche essa alla conservazione del contratto stabilendo il diritto della parte che ha perduto la prestazione ad una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta e le attribuisce il diritto di recesso dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale.

[20] Il Legislatore non ha disposto con riguardo ai contratti a prestazioni corrispettiva ma ha disciplinato solamente la fattispecie dell'impossibilità totale (art. 1463 c.c.) e quella dell'impossibilità parziale (art. 1464 c.c.). Tuttavia, le disposizioni in tema di impossibilità temporanea della prestazione vengono in sostanza trasferite al campo dei contratti a prestazioni corrispettive.

gli impedimenti sopravvenuti estranei alla sfera di controllo del creditore che hanno avuto una ripercussione sul profilo funzionale dei contratti, incidendo sull'utilità nonché utilizzabilità della prestazione eseguita dai locatari e danneggiando, per tale via, gli interessi dei conduttori medesimi [21]. Ciò detto – ed evidenziato come in questo specifico caso si tratta più che impossibilità, di inutilizzabilità della prestazione – ai fini di individuare i rimedi giudici atti a far fronte alle conseguenze immediate della chiusura forzata delle attività, focalizzando l'attenzione sull'impossibilità temporanea – con riferimento al quale ci si potrebbe poi chiedere, per esempio, quando un impedimento assuma i caratteri della temporaneità [22]; oppure ancora se un impedimento che si prevede di superare in futuro (come nel caso sottoposto alla nostra attenzione) possa o meno essere ritenuto temporaneo [23] – occorre verificare se, a fronte dell'impossibilità, ancorché momentanea, di utilizzare l'immobile, il conduttore possa o meno sospendere il pagamento del canone (ed eventualmente se ciò possa sospenderlo di sua sponte in via di autotutela) e/o chiedere la riduzione della prestazione stessa [24].

Con riferimento alla prima questione posta all'attenzione – e quindi la possibilità di sospendere la prestazione – occorre osservare come, è vero che l'art. 1256, comma 2, c.c. afferma che se l'impossibilità è solo temporanea il debitore finche' essa perdura non

---

[21] Nello stesso senso, Cass. 24 aprile 2008, n. 10651, in *Giust. civ*., 2009, 1061, in *Contr.*, 2009, 309, con nota di Galati. Più di recente, Cass. 29 marzo 2019, n. 8766, in *Giust. civ. mass*.; Cass. 2 dicembre 2014, n. 20811, in *Giust. civ. mass*. Aderendo al predetto orientamento, la Suprema Corte vuole attribuire alla causa quel contenuto concreto che la concezione oggettiva di causa come "funzione economico-sociale" aveva finito per annullare, con la conseguenza di appiattire la causa sul tipo.

[22] Al riguardo, occorre precisare come il carattere definitivo o temporaneo dell'impossibilità non sempre è rinvenibile *ex ante*, ma va accertato caso per caso tendendo in considerazione la natura, l'oggetto delle parti nonché anche le finalità e l'interesse perseguito dalle parti stesse.

[23] Con riguardo alle suddette questioni, in giurisprudenza si afferma che ai fini di determinare la temporaneità dell'impedimento occorre avere riguardo al singolo rapporto obbligatorio, atteso che la valutazione della temporaneità dell'impedimento non possa effettuarsi sulla base di un semplice dato temporale, ben potendo un impedimento di ore considerarsi definitivo e uno di mesi considerarsi temporaneo a seconda del singolo caso concreto. Né esistono impedimenti tipicamente temporanei e impedimenti intrinsecamente definitivi. Si è poi ritenuto opportuno rigettare la soluzione di chi, anche sulla scorta della Relazione ministeriale (n. 577), ha ritenuto temporaneo – e come tale privo di efficacia estintiva dell'obbligazione – l'impedimento per il quale sia prevedibile il superamento in futuro, senza agganciare tale valutazione ad un'attenta considerazione degli interessi di creditore e debitore. Del resto, è la stessa norma a richiamare alla concretezza del singolo rapporto obbligatorio, dove menziona il titolo dell'obbligazione e la natura dell'oggetto (in ogni caso, la valutazione della temporaneità o definitività dell'impedimento costituisce un giudizio di fatto, come tale non censurabile in Cassazione). In argomento, anche Cuffaro, *Delle obbligazioni*, *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, *sub* art. 1256 c.c.

[24] Con la conseguenza che, una volta rimossa la causa di impossibilità della prestazione, il debitore sarà obbligato ad adempiere, salvo il disposto del secondo comma dell'art. 1256 c.c.

è responsabile del ritardo nell'inadempimento (*perpetuatio obligationis*) [25]. Tuttavia, con specifico riferimento ai contratto di locazione, occorre ricordare anche però quella giurisprudenza consolidata che – nell'interpretare le disposizioni di cui agli artt. 1578, 1583 1584 c.c. applicabili per analogia anche ai casi che qui ci occupano – ha affermato come detta sospensione sia legittima solamente qualora venga completamente a mancare la controprestazione del locatore, costituendo altrimenti un' alterazione del sinallagma contrattuale che determina uno squilibrio tra le prestazioni delle parti [26]; il locatore, quindi, nel caso di specie, sarebbe pregiudicato dal comportamento del conduttore che mantenga la detenzione dell'immobile, limitandosi a sospendere il pagamento delle rate posto che la condotta del conduttore che non rilasci l'immobile nel momento in cui cessa di pagare il canone testimonia peraltro l'interesse del medesimo a conservare il godimento del bene, [27] presumibilmente funzionale ad evitare il fallimento dell'attività in attesa della riapertura e, pertanto, tale atteggiamento non può giustificare la sospensione del canone medesimo [28]. Senza contare che nelle ipotesi qui considerate non sussiste alcuna impossibilità sopravvenuta che consenta al debitore di sospendere l'esecuzione delle proprie obbligazioni di pagamento ai sensi dell'art. 1256, comma 2, c.c., atteso che non vi è alcuna impossibilità oggettiva per il debitore di adempiere la propria obbligazione ma semmai solamente una (presunta) impossibilità soggettiva (in ogni caso tutta da dimostrare nel singolo caso concreto) derivante, per esempio, dell'interruzione di flussi di cassa la quale non consente comunque l'applicazione dell'art. 1256, comma 2, c.c. e la relativa sospensione delle obbligazioni di debitore [29].

---

[25] *Contra*, Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Giustizia civile.com*, 31 marzo 2020 secondo cui durante il periodo di *lockdown* il mancato pagamento del canone non potrà essere motivo di risoluzione del contratto di locazione, atteso che il conduttore medesimo potrà sempre giustificarsi adducendo che la sospensione dell'adempimento dell'obbligazione è dovuta all'emergenza pandemica contingenziale.

[26] Cass. 22 agosto 2018, n. 20908, in *De jure*; Cass. 27 settembre 2016, n. 18987, in *Diritto e giustizia*, 2016, 28.

[27] In altre parole ancora, in forza del principio *inadimplenti non est adimplendum*, la sospensione della controprestazione è legittima solo se conforme a lealtà e buona fede con la conseguenza che il conduttore qualora abbia continuato a godere dell'immobile, anche se per un utilizzo limitato rispetto a quello originariamente stabilito, non può sospendere la sua prestazione atteso che, in tal modo ragionando, mancherebbe la c.d. proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti (Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, cit.; Cass. 8 gennaio 2010, n. 74, in *Giust. civ*., 2020, 3, I, 584).

[28] Sul punto, v. anche Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, cit.; Id., *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, in *Nuova giur. civ. e comm*., 3, 2020, *Suppl*., 110.

[29] Sul punto, v. Trib. Roma 29 maggio 2020, cit.

La predetta linea interpretativa sembra anche coerente con l'art. 91, comma 1 del decreto c.d. Cura Italia del 17 marzo 2000, n. 18 che si limita ad individuare ed introdurre, con riferimento al rispetto delle misure di contenimento (incluse quindi le chiusure degli esercizi commerciali) un elemento suscettibile di valutazione ai soli fini della responsabilità del debitore che non adempia parzialmente o del tutto alle proprie obbligazioni, senza liberare il debitore dalle proprie obbligazioni contrattuali. In altri termini, la disposizione in esame prevede solamente la possibilità per il giudice di valutare l'emergenza sanitaria in corso al fine di "mitigare l'obbligo del debitore inadempiente di risarcire il danno causato dal proprio tardivo o mancato adempimento ma non intendeva liberare il debitore dai propri obblighi contrattuali, ne' tantomeno intende rendere possibile l'estinzione dell'obbligazione"[30], con la conseguenza che la parte conduttrice non può essere obbligata a rispondere del ritardo nel pagamento dei canoni[31], pur rimanendo obbligata al pagamento dei ratei di canone.

Inoltre, sempre a conferma della permanenza dell'obbligo di pagare i canoni e della circostanza per cui la normativa emergenziale non ha inteso attribuire ai debitori una moratoria generalizzata a discapito degli interessi dei creditori, occorre considerare come non vi sia alcuna norma di carattere generale che preveda la sospensione dell'obbligo di corrispondere i canoni di locazione; infatti, se si avesse voluto effettivamente assumere che l'attuale emergenza sanitaria legittimi una dilazione dei termini di pagamento, ciò sarebbe stato espressamente sancito come è accaduto, per esempio, con l'art. 10, comma 4 del. d.l. 2 marzo 2020, n. 9[32], atteso che il legislatore emergenziale nulla ha disposto

---

[30] Trib. Roma 29 maggio 2020, cit.

[31] Detta constatazione trova conferma in alcune pronunce ove, in accoglimento del ricorso cautelare presentato dalla conduttrice, a causa della situazione emergenziale e delle sue ripercussioni sull'attività svolta dal conduttore nell'immobile locato, hanno inibito al locatore l'incasso degli assegni prestati a garanzia del regolare pagamento dei canoni. V. sul punto, Trib. Venezia, 14 aprile 2020; Trib. Rimini, 25 maggio 2020; Trib. Genova, 1° giugno 2020.

[32] Il quale dispone in maniera espressa ed univoca per il soli residenti con sede operativa o esercenti la propria attività nella prima zona rossa di Lodi e dintorni che "il decorso ... dei termini per gli adempimenti contrattuali è sospeso dal 22 febbraio 2020 fino al 31 marzo 2020 e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione". Sul punto, v. Trib. Bologna ord., 7 maggio 2020, n. 21047. Anche l'ordinanza del Tribunale di Roma del 29 maggio 2020 esclude che la normativa emergenziale autorizzi il debitore a sospendere l'adempimento delle proprie obbligazioni e specifica come la presenza di una miriade di regole speciali (sospensione dei termini di versamento di alcune imposte; proroga dei termini di pagamento delle rate di mutuo e dei finanziamenti; sospensione dei termini processuali) dimostra come il legislatore "ha inteso, in relazione a talune, pur numerose, fattispecie, assumere iniziative di agevolazione ma nulla ha voluto disporre in ordine al *quantum* ed al *quando* del pagamento dei canoni di locazione commerciale o di affitto di azienda".

con specifico riguardo al *quantum* ed al *quando* del pagamento dei canoni di locazione commerciale o di affitto di azienda mentre con riferimento ad altre fattispecie ha assunto iniziative di agevolazione.

Senza contare che, tale soluzione – secondo cui, appunto, il canone di locazione di un bene immobile ad uso commerciale non può essere sospeso qualora sopravvenga una circostanza che renda il bene stesso inutilizzabile per un circoscritto periodo di tempo – sembra anche conforme alla stessa *ratio* della normativa emergenziale che – tramite appunto la concessione al conduttore di sempre più incisive agevolazioni fiscali [33] – vuole proprio evitare che si crei un blocco generale dei paganti ed intende incentivare il conduttore stesso, nonostante i provvedimenti restrittivi, a non sospendere l'esecuzione della controprestazione. Nella stessa prospettiva (diretta appunto ad evitare la completa interruzione della prestazioni) [34], si pone, d'altra parte, anche quell'indirizzo interpretativo che, con riguardo alla questione sopra prospettata circa la possibilità o meno per il conduttore di sospendere di sua sponte il pagamento del canone, afferma che l'autoriduzione del canone costituisce fatto arbitrario ed illegittimo del conduttore medesimo [35], posto che il diritto di riduzione del corrispettivo è un diritto potestativo del conduttore che deve essere giudizialmente accertato con sentenza costitutiva, con la conseguenza che il conduttore non è dunque autorizzato a sospendere la prestazione o a ridurla di sua iniziativa, subendo, in caso contrario, gli effetti del proprio inadempimento quali la risoluzione del contratto.

Ciò premesso, per quanto concerne, invece, la seconda problematica posta all'attenzione relativa, appunto, alla possibilità per il conduttore che si trovi nella temporanea impossibilità di utilizzare l'immobile di chiedere, oltre alla sospensione dell'obbligazione, anche la riduzione del canone [36], pare opportuno constare che nei contratti di dura-

---

[33] V. *Supra*, § 2.

[34] Tanto che, infatti, l'agevolazione fiscale viene concessa solamente una volta avvenuto il pagamento dei canoni (v. art. 28, comma 6, del c.d. Decreto Rilancio) e la Circolare n. 8 del 3 aprile 2020 ha precisato che il predetto credito maturerà solo a seguito dell'avvenuto pagamento del canone medesimo, così garantendo per il conduttore il parziale ristoro della spesa, per il proprietario l'effettivo incasso del canone.

[35] Cass. 27 settembre 2016, n. 18987, in *Condominioelocazione.it*, 20 settembre 2017; Trib. Milano 8 settembre 2017, in *Guida al dir*., 2018, 8, 62.

[36] Trib. Roma, 29 maggio 2020, cit., secondo cui trattandosi di impossibilità parziale temporanea il riflesso sull'obbligo di corrispondere il canone di locazione sarà comunque quello di subire *ex* art. 1464 c.c. una riduzione del canone che cesserà quando la prestazione potrà tornare ad essere eseguita per intero (nel caso di specie di porre nuovamente a disposizione della ricorrente un ramo di azienda utilizzabile secondo la destinazione di luogo di vendita al dettaglio prevista dal regolamento contrattuale come effettivamente accaduto d partire dal 18 maggio 2020).

ta il carattere parziale dell'impossibilità può manifestarsi sul piano temporale, con la conseguenza che l'impossibilità temporanea viene equiparata all'impossibilità parziale, tramite l'applicazione analogica dell'art. 1464 c.c. [37]. Una soluzione di tal genere – secondo cui, appunto, in caso di impossibilità temporanea di utilizzare la prestazione il conduttore medesimo di fronte alla pretesa del locatore di ottenere il pagamento dell'intero del canone potrà opporgli, in via di eccezione, non già il diritto a restare nella cosa locata senza corrispondere il canone di locazione in attesa di ripristinare il rapporto ma bensì, il diritto ad una riduzione del canone medesimo [38]– sarebbe pertanto coerente con l'interesse al mantenimento del contratto e si pone in linea con la buona fede contrattuale ed i principi costituzionali finalizzati a preservare l'economia degli scambi [39].

Tuttavia, l'accoglimento del suddetto orientamento – che peraltro ha trovato applicazione in recenti provvedimenti giurisprudenziali [40] – oltre che esporsi a molteplici rilievi critici [41] (in primo luogo il riconoscimento di un credito di imposta pari al 60% del cano-

[37] In tal caso, sempre in forza dell'analogia con l'art. 1464 c.c. si ritiene che l'estinzione dell'obbligazione e la risoluzione del contratto non si verifichino automaticamente atteso che, ai fini di garantire la certezza del diritto, occorre una dichiarazione di recesso del creditore che ha effetto retroattivo ma non può essere esercitata dal creditore a suo arbitrio essendo la ragionevolezza del recesso assoggettata a controllo giudiziale. (Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 228. Ciò, oltre ad essere conforme ai principi generale, risulta chiaro dal testo della norma stessa che richiede "un interesse apprezzabile all'adempimento parziale" (art. 1464 c.c.)). Verzoni, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*, *Giustiziacivile.com*, in *Emergenza Covid-19, Speciale, Uniti per l'Italia*, 1, 2020, 221; Delfini, *Autonomia privata e contratto*, Milano, 2019, 11.

[38] In argomento, v. anche Carnevali, *Contratti di durata e impossibilità temporanea di esecuzione*, in *Contr*., 2000, 2, 113.

[39] Sul punto, v. Trib. Roma 29 maggio 2020, cit., ove si specifica che restano comunque integralmente dovute le somme maturate per morosità pregresse della ricorrente (ossia per morosità generatesi in tempi e per ragioni indipendenti dell'emergenza sanitaria dovuta dal diffondersi del Covid-19) atteso che "la circostanza che la chiusura delle attività commerciali possa rendere più difficile la restituzione di tale debitoria pregressa rappresenta una questione di mero fatto che non trova alcuna protezione normativa". Restano anche dovuti i c.d. "oneri comuni" (ossia i servizi comuni del centro commerciale) diretti ed indiretti in quanto "connessi alla disponibilità materiale dei locali che è rimasta, anche nel periodo di chiusura" in capo alla ricorrente".

[40] In tale direzione sembra deporre anche l'ordinanza del 9 giugno 2020 con cui il Giudice delle Esecuzioni del Tribunale di Bari, in considerazione "della peculiarità del momento storico ed economico, della specifica situazione commerciale del conduttore e della limitata ripresa delle attività nazionali" ha accolto la proposta del conduttore di ridurre temporaneamente il corrispettivo previsto nel contratto nella misura del 60% per i canoni di marzo e aprile 2020 e nella misura del 50% per i canoni da maggio a luglio 2020. Sempre nella medesima prospettiva, si pone anche l'ordinanza del Tribunale di Roma del 29 maggio 2020 che, anche se con riferimento ad un contratto di affitto di azienda si è espressa a favore dell'applicazione dell'art. 1464 c.c. ipotizzando una riduzione del canone del 70% in relazione al periodo marzo-maggio 2020.

[41] Massa, *Oltre la crisi.* Lockdown *e locazioni commerciali*, in *GiustiziaCivile.com*, 16 giugno, 2020.

ne di mesi di marzo, aprile e maggio presuppongono che lo stesso sia stato interamene dovuto anche durante il periodo di *lockdown*)[42] pone all'interprete l'ulteriore problema di determinare i criteri utilizzabili in concreto per stabilire, nel singolo caso di specie, la quantificazione della riduzione del canone stesso[43]. In altri termini ancora, a fronte della temporanea impossibilità di esercitare l'attività di impresa, occorre individuare quali siano i parametri da seguire al fine di stabilire in concreto quanto deve essere limitata la controprestazione del conduttore. A tal fine, vista la tendenza a dare sempre maggiore importanza all'interesse del creditore[44] ed a fare emergere gli interessi reali delle parti[45], ossia lo scopo che la prestazione è diretta a realizzare (interesse, peraltro, che entra nel contenuto del rapporto, che è quello che risulta dal titolo e che assurge anche a criterio per determinare la prestazione) è vero che occorre tenere in debita considerazione che, se il contratto di locazione è stato stipulato con lo scopo, risultante dal contratto stesso, di utilizzare il bene a fini di esercitare una determinata attività commerciale, qualora detta attività non possa essere svolta (o possa essere solo parzialmente svolta) per le ragioni contingenziali di cui si è detto, viene meno l'interesse del creditore stesso alla prestazio-

---

[42] Massa, *Oltre la crisi.* Lockdown *e locazioni commerciali*, in *GiustiziaCivile.com*, 16 giugno, 2020, il quale osserva come, mentre in caso di affitto di azienda (oppure, più generalmente di affitto di cosa produttiva) l'art. 1623 c.c. contempla il diritto dell'affittuario alla riduzione della prestazione nell'ipotesi in cui sopravvengano disposizioni che comportino una modifica in termini negativi del rapporto contrattuale, in materia di locazione non è prevista una normativa analoga.

[43] Il diritto del conduttore di chiedere la riduzione del canone potrebbe poi trovare ulteriore fondamento nell'applicazione in via analogica al principio espresso dagli artt. 1578, 1583 e 1584 c.c. In tal modo operando, quindi, al fine di evitare comportamenti opportunistici del conduttore appare ragionevole applicare in via analogica gli artt. 1578 e 1584. In tale ottica, si realizza un assetto di interessi equilibrato atteso che il conduttore deve scegliere tra la richiesta giudiziale di una riduzione dei canoni – che consentirebbe in linea di principio di modulare il corrispettivo sull'interesse a mantenere il godimento dell'immobile – e la risoluzione del contratto. Sul punto, v. anche Cass. 13 luglio 2005 n. 14739, in *Vita not*., 2006, 1, 296.

[44] Ai sensi dell'art. 1256, comma 2, c.c. in caso di impossibilità temporanea della prestazione l'obbligazione si estingue l'impossibilità perdura fino a quando in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto il debitore non può più essere tenuto obbligato ad eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla. Il riferimento all'interesse creditorio è poi necessario per accertare la gravità dell'inadempimento; con riguardo la risoluzione per inadempimento l'art. 1455 c.c. esclude espressamente tale rimedio quando l'inadempimento di una parte abbia scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra (art. 1455 c.c.). Anche la violazione del termine comporta la risoluzione di diritto del contratto se esso è essenziale nell'interesse del creditore (art. 1457 c.c.)

[45] V. al riguardo, gli artt. 1256; 1467; 1464, comma 2. V. anche l'indirizzo giurisprudenziale richiamato ma anche dall'ampio utilizzo da parte della giurisprudenza del concetto di causa in concreto (sul punto, si consideri, *inter alia*, i precedenti in tema di *sale and lease back*; contratto di rendita vitalizia e la giurisprudenza sui contratti di viaggio ecc. ecc.) perseguito proprio al fine di fare emergere interessi ultimi e reali delle parti.

ne per tutto il tempo in cui perdura l'impossibilita di utilizzare il bene. Tuttavia, occorre considerare, data la crescente importanza attribuita alla buona fede nella esecuzione del rapporto (art. 1375 c.c.) e posta anche l'esplicita intenzione del legislatore a tarare e modulare il corrispettivo sulla base (e quindi in proporzione) all'interesse a mantenere il godimento dell'immobile [46], anche i cd. interessi ulteriori [47] rispetto a quelli che risultano dal titolo e che entrano nel contenuto obbligatorio costituendo la c.d. "utilità mediata" della prestazione, ossia la concreta utilità economica che la prestazione apporta al creditore [48]; in tale prospettiva, dunque, dovrebbe tenersi altresì conto dell'ipotesi in cui l'immobile durante il periodo emergenziale non sia stato utilizzato al fine di soddisfare l'interesse risultante dal titolo (e, quindi, nel caso di specie, lo scopo di godere del bene per l' uso commerciale previsto) ma abbia comunque apportato un vantaggio economico per il conduttore medesimo il quale sia rimasto nel godimento dell'immobile anche se per soddisfare una diversa utilità rispetto a quella originariamente concordata; si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui, durante il periodo emergenziale, un ristoratore non abbia potuto svolgere all'intero del locale l'attività ristorazione usufruendo comunque del bene, seppure per finalità diversa, per esempio, utilizzandolo come deposito merci o esercitando attività di *delivery* in attesa della cessazione del fenomeno emergenziale [49]. Ecco dunque che, in casi di tal genere, è vero che il bene non è stato usato sulla base dell'interesse creditorio risultante dal titolo, tuttavia, lo stesso ha apportato un certo beneficio al creditore e, pertanto, il canone dovrebbe essere ri-

[46] L'art. 1584 c.c. – applicabile in via analogica anche all'ipotesi di specie – sancisce, infatti, che, qualora nel corso della locazione la cosa abbisogni di riparazioni che non possono differirsi fino al termine del contratto, il conduttore ha diritto ad una riduzione del corrispettivo "proporzionata all'intera durata delle riparazioni stesse ed all'entità del mancato godimento".

[47] L'interesse del creditore è l'interesse che la prestazione è diretta a realizzare ed è un interesse che entra nel rapporto obbligatorio; gli interessi ulteriori che non entrano nel contenuto del rapporto obbligatorio rappresentano l'utilità mediata della prestazione che acquista rilevanza secondo il principio della buona fede e di essa il debitore deve tenere conto entro i limiti di un apprezzabile sacrificio. Sul punto, v. C. M. Bianca, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, Rist. aggiornata, 2019, 41. L'importanza dell'interesse viene bene evidenziata da Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, 9; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, 56.

[48] In questa direzione pare porsi la stessa giurisprudenza. V. Trib. Roma 29 maggio 2020, cit., che nel determinare la riduzione del canone limitatamente al solo periodo di impossibilità parziale ha riguardo alla sopravvissuta possibilità di utilizzazione del ramo di azienda nella più limitata funzione di ricovero delle merci, correlata al diritto di uso dei locali ed al fatto che il ramo di azienda è pur sempre rimasto nella materiale disponibilità della ricorrente.

[49] In tale ottica, il canone stesso dovrebbe essere quindi ridotto in proporzione all'utilità che il bene aveva al momento della conclusione del contratto ed a quella che possiede successivamente al verificarsi della sopravvenienza.

bassato in proporzione anche alla convenienza in concreto [50].

Ecco dunque che, nel caso di specie, il giudice nella valutazione equitativa della riduzione del canone ed al fine di eliminare la sproporzione di valori che eccede l'alea contrattuale ed in modo tale da riportare il contratto in una dimensione sinallagmatica [51], potrà tenere in debita considerazione, per esempio, oltre che la contrazione di fatturato avuto dal conduttore nel corso del periodo considerato, la durata della impossibilità di utilizzare l'immobile e la somma di denaro necessaria al fine di ottenere la regolarizzazione della prestazione, anche e soprattutto l'entità del mancato godimento o meglio l'entità del godimento cosi come modificato alla luce della sopravvenienza [52].

Tenuto conto poi però che, sempre in forza dei principi di buona fede e solidarietà, la riduzione del canone può avvenire solamente entro comunque i limiti di un apprezzabile sacrificio ed al fine di contemperare anche le esigenze della controparte nell'ottica di una più equilibrata allocazione dei rischi, si dovranno considerare non solo i criteri *pro domo* conduttore – ossia quelli che conducono ad una soluzione maggiormente confacente con l'interesse di quest'ultimo (*i.e.* la riduzione de canone) – ma bensì anche altri parametri che tengano conto pure delle ragioni del proprietario, come, per esempio, i contributi di sostegno che assumono rilevanza sotto il profilo fiscale [53] nonché anche l'utilità attesa dal locatore stesso; in tale ottica, assumono rilevanza, a titolo esemplificativo, il c.d. vantaggio economico che quest'ultimo si aspettava di ottenere – e su cui aveva fatto legittimo affidamento – qualora non si fosse verificata la situazione contingenziale in at-

---

[50] Quindi, sempre a titolo esemplificativo, si pensi anche all'ipotesi in cui se il locale (per esempio, un negozio di abbigliamento) durante il periodo emergenziale viene utilizzato non già per finalità commerciali, ma bensì come magazzino il canone dovrebbe essere parametrato e rimodulato anche (ma non solo) in ragione della nuova funzione svolta; nello stesso ottica, qualora l'immobile venga usato solo in parte (si pensi, per esempio, al caso in cui a seguito dell'incentivazione al c.d. *smartworking* uno studio professionale rimanga in gran parte inutilizzato durante il periodo di *lockdown*) il canone dovrebbe essere ridotto considerando anche la limitata e contratta utilità del bene per il creditore.

[51] Tale che se fosse sussistita al momento della stipulazione, la parte onerata non avrebbe avuto diritto di domandarne la risoluzione. Cass. 11 gennaio 1992, n. 247, in *Giur. it*., 1993, I, 1, 2018; ed in *Vita not*., 1992, 548.

[52] In alternativa, sempre nell'ottica della quantificazione della riduzione del canone ed ai fini di determinare in maniera più puntuale la quantificazione della riduzione stessa, nell'ipotesi di specie, si potrebbe ricorre anche a metodi di calcolo c.d. assoluti e quindi ridurre il canone in proporzione all'incidenza della sopravvenienza sul canone originariamente pattuito. In tale ottica, il canone stesso, in forza del principio di adeguatezza, dovrebbe essere ridotto in relazione al valore oggettivo di mercato della locazione del bene ed a quello attribuibile allo stesso bene – sempre secondo il valore di mercato – a seguito delle circostanze emergenziali (Oliviero, *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, Napoli, 2015, 135).

[53] Sul punto, v. *supra*, § 2.

to [54] nonché anche le somme sostenute per rendere il locale utilizzabile secondo lo specifico interesse del creditore [55].

Fermo restando quanto precede, qualora si intendesse applicare ai fini della determinazione della quantificazione della riduzione del canone criteri maggiormente certi e prevedibili rispetto a quelli sopra prospettati e volti ad evitare il proliferarsi di contenziosi anche in questa specifica materia, si potrebbe, per esempio, ricorrere per analogia alla presunzione prevista dall'art. 216, comma 3 del Decreto Rilancio, ai sensi della quale la sospensione delle attività sportive disposta dalla normativa emergenziale è sempre valutata si sensi degli artt. 1256, 1464, 1467 e 1468 c.c. e decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio – prosegue la norma citata ed è questo il punto che qui interessa – il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che "salvo la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito". Ecco dunque che, in tal modo ragionando, e quindi ricorrendo alla presunzione di cui si è detto, si potrebbe applicare, anche nel caso che qui interessa, in relazione al periodo sopra considerato, una riduzione del canone di locazione dei beni immobili ad uso commerciale di detto importo [56], salvo che il conduttore stesso non si sia in grado di dimostrare nel singolo caso concreto di avere diritto ad una maggiore riduzione (per esempio, provando che durante il suddetto periodo il bene ha avuto una utilità effettiva inferiore rispetto a quella presunta) [57].

---

[54] Sul punto, v. Massa, *Oltre la crisi.* Lockdown *e locazioni commerciali*, cit., secondo cui un criterio equo di riduzione del canone nel periodo di *lockdown* sia quello di riconoscere al locatore il 100% del canone che sarebbe dovuto se il locale fosse adibito a deposito visto che il conduttore anche durante il periodo di chiusura ha comunque goduto di tale tipo di utilità. Mentre nel periodo successivo di contrazione del godimento della cosa a causa del distanziamento sociale, la soluzione maggiormente equa appare quella di individuare il valore economico del mancato godimento, per entità e durata, e di disporre una riduzione del canone di entità pari alla metà della perdita di godimento subita dal conduttore.

[55] App. Torino 28 febbraio 2018, ove si riconosce che qualora una parte abbia già eseguito parzialmente la propria obbligazione questa deve essere tenuta indenne delle spese in cui è incorsa.

[56] La disposizione richiamata (art. 216, comma 3 del d.l. n. 34/2020 (c.d. Decreto Rilancio) potrebbe anche essere interpretata diversamente ossia nel senso che il legislatore tramite la predetta normativa abbia inteso riconoscere una riduzione dei canoni solo ai conduttori delle predette categorie, escludendosi qualsivoglia applicazione ad altre tipologie di immobili. In argomento v. Massa, *Oltre la crisi.* Lockdown *e locazioni commerciali*, cit., il quale osserva come quando la locazione ha ad oggetto beni differenti da quelli indicati dall'art. 216 del Decreto Rilancio non pare potersi configurare un analogo diritto del conduttore alla riduzione del canone di locazione.

[57] V. sul punto Trib. Roma 29 maggio 2020, cit., ove tenuto conto delle circostanze di fatto (ossia della

4. – Se dunque le conseguenze del *lockdown* limitate al periodo di interruzione delle attività sono riconducibili all'istituto dell'impossibilità temporanea (e quindi banalmente il conduttore/imprenditore che si è dovuto forzatamente fermare per due mesi si potrà eventualmente porre il problema se può o meno sospendere la prestazione e/o ridurre il pagamento del canone), più problematica e complessa è invece la risoluzione della seconda questione che qui interessa concernente appunto le conseguenze c.d. a lungo termine dei provvedimenti legislativi in essere che, imponendo l'adozione di misure di sicurezza dirette a fronteggiare il contagio, hanno finito per modificare sostanzialmente la situazione fattuale in cui si viene in concreto a trovare attualmente il conduttore.

Nel silenzio della legislazione medesima in merito alle specifiche ricadute dei provvedimenti restrittivi sui contratti di locazione ad uso commerciale in essere, ai fini di comprendere quali strumenti giuridici il conduttore può utilizzare per contrastare gli effetti negativi della pandemia successivi alla ripresa delle attività (si pensi, per esempio, ad un bar che vista la predisposizione del locale non riesce a garantire il distanziamento sociale se non ad un costo eccessivo) occorre prendere le mosse dal rimedio tipico previsto per i contratti di cui si tratta, ossia dal diritto di recesso ed in particolare del recesso per i c.d. "gravi motivi", disciplinato dall'art. 27, comma 8, della legge n. 392/1978. Posto infatti che la *ratio* della suddetta legge, non è altro che quella di salvaguardare la continuità dei rapporti nella prospettiva di uno sviluppo favorevole delle attività produttive, proprio per tali ragioni, al fine di evitare che la scelta di proseguire il rapporto di locazione derivi dalla mera volontà del conduttore, viene effettuata dalla giurisprudenza una applicazione rigorosa della suddetta disposizione [58], sia sotto il profilo formale [59], ma an-

---

limitata funzione svolta dall'immobile nel periodo di *lockdown* ed al fatto che il ramo di azienda è rimasto nella disponibilità della ricorrente) si ipotizza una riduzione del canone della misura del 70% tenuto conto che "la porzione di prestazione rimasta ineseguita è oggettivamente quella di maggiore significato economico nell'ambito del sinallagma". In particolare, nel caso di specie, l'immobile era stato preso in locazione essenzialmente al fine di esercitare attività di vendita al dettaglio (di articoli di pelletteria, borse, valigeria, portafogli ed accessori) e da ciò la ricorrente traeva le risorse necessarie per il pagamento del canone.

[58] Il recesso in questo specifico caso deve essere c.d. "titolato" in quanto non può prescindere – in ciò distinguendosi dal recesso c.d. "ad nutum" – dalla specificazione dei motivi. Per tutti, Trib. Palermo, 22 febbraio 2017, *Redazione Giuffrè,* 2017.

[59] Grisi, *Il recesso anticipato del conduttore nella locazione di immobile adibito ad uso diverso da quello abitativo*, in, *Giust. civ*., 1998, I, 511; Carrato, *Osservazioni essenziali sull'interpretazione dei gravi motivi giustificativi del recesso anticipato del conduttore*, in *Rass. loc. cond*., 1998, 339; Del Prato, *"Formalismo" e leggi speciali: il recesso del conduttore e la comunicazione dei "gravi motivi"*, in *Giur. it*., 1998, 1584; Bucci, Malpica, Redivo, *Manuale delle locazioni*, Padova, 1989; Trifone, *La locazione. Disposizioni generali e locazione di fondi urbani*, in *Trattato diritto provato diretto da Rescigno*, XIII, Torino, 1984, 547; Cosentino, Vitucci, *Le locazioni dopo le riforme del 1978-1985*, Torino, 1986, 392; Gabrielli, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 2005, 607.

che e soprattutto sotto quello sostanziale e quindi relativo alle specifiche condizioni legittimanti la cessazione anticipata della locazione stessa [60]. Tuttavia, la giurisprudenza ha, per esempio, più volte chiarito che, in riferimento alla locazione commerciale, può integrare "grave motivo" legittimante il recesso anche un andamento della congiuntura economica che, pur non rientrando nel c.d. "rischio di impresa", sia sopravvenuto ed oggettivamente non prevedibile al tempo della stipula del contratto e che renda particolarmente gravosa – anche quindi sotto il profilo dell'eccessività dell'onere economico per il conduttore – la persistenza del rapporto locativo [61].

Ecco dunque che, applicando i predetti principi all'ipotesi di specie [62], qualora, a seguito delle misure emesse al fine di contenere e gestire il fenomeno epidemico, il conduttore di un bene immobile ad uso commerciale non possa più esercitare l'attività o la possa continuare ad esercitare ma con un aggravio economico eccessivo [63], potrebbe avva-

---

[60] Il recesso in discussione è qualificabile come "titolato", dal momento che il contenuto del preavviso che lo sorregge in funzione della produzione degli effetti a ciò correlato non può prescindere dalla specificazione dei motivi ad esso sottostanti.

[61] Trib. Udine 11 dicembre 2018, n. 1175, in *Redazione Giuffrè*, 2019; Cass. 21 aprile 2010, n. 9443, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 4, 572.

[62] In tale ottica, dunque, può integrare grave motivo di recesso anche un andamento della congiuntura economica – da valutarsi oggettivamente e in concreto, utilizzando come parametri comparativi da una parte la dimensione e le caratteristiche dell'immobile locato e dall'altra parte le sopravvenute e nuove esigenze e di commercio dell'azienda – tale da rendere particolarmente gravosa la persistenza del rapporto locatizio; oppure, sempre nella stessa ottica, ossia appunto nella prospettiva di individuare i c.d. gravi motivi legittimanti il recesso in quelli collegati alle vicende economiche concernenti l'attività svolta dal conduttore del bene locato, si colloca anche quell'orientamento che ha riconosciuto la gravosità dei motivi – ed ha quindi ritenuto legittimo l'esercizio del diritto di recesso da parte di un conduttore medesimo – in un caso in cui nel corso del rapporto locatizio l'emanazione di nuove normative avessero reso l'attività esercitata all'interno del bene locato antieconomica (Cass. 13 dicembre 2011, n. 26711, in *Giust. civ*., 2012, I, 25. In argomento, v. Scalettaris, *A proposito del recesso del conduttore per gravi motivi*, in *Riv. giur. ed*., 5, 2012, 1111).

[63] L'eccessività deve essere valutata oggettivamente e in concreto, utilizzando come parametri comparativi da una parte, la dimensione e le caratteristiche dell'immobile locato e dall'altra parte, le sopravvenute e nuove esigenze e di commercio dell'azienda. Essi però non possono attenere alla soggettiva ed unilaterale valutazione del conduttore circa l'opportunità o meno di continuare ad occupare l'immobile locato, poiché, in tal caso, si ipotizzerebbe il riconoscimento della facoltà del conduttore di recesso *ad nutum*, in contrasto con quanto prevede la normativa medesima (i fatti, per essere tali da rendere oltremodo gravosa la prosecuzione del contratto, devono presentare una connotazione oggettiva, non potendo risolversi nella unilaterale valutazione effettuata dal conduttore in ordine all'opportunità o meno di continuare a occupare l'immobile locato, poiché, in tal caso, si ipotizzerebbe la sussistenza di un recesso *ad nutum*, contrario all'interpretazione letterale, oltre che allo spirito della suddetta norma. Sul punto, Cass. 29 febbraio 2008, n. 5393, in *De Jure*; Cass. n. 5328/2007, in *Giust. civ.*,2008, 5, I, 1265, con nota di Izzo, *Il recesso del conduttore nelle locazioni non abitative e le condizioni di validità ed efficacia*; Cass. 13 giugno 2017, n. 14623, in *Diritto & Giustizia 2017*, 14 giugno; Cass. 27 marzo 2014, n. 7217, in *Giustizia Civile Massimario*, 2014; Cass. 28

lersi del diritto di recesso [64], costituendo appunto l'emergenza *de qua* un evento di per se non preventivabile ed intervenuto nel corso del rapporto che qualora determini una crisi finanziaria del conduttore può giustificare l'applicazione del predetto istituto [65]. Tuttavia, occorre considerare come, seppure è vero che la situazione emergenziale e la relativa normativa di restrizione possono rappresentare un "grave motivo" legittimante il recesso, il ricorso a tale strumento appare però una soluzione inadatta ad affrontare la situazione contingente non solo perché, in tal modo procedendo, non si esonera il conduttore medesimo dall'obbligo di versare i canoni maturati durante il semestre di preavviso [66], (obbligazione questa che, seppure ha la funzione di riequilibrare il rischio dello scioglimento del rapporto, può risultare particolarmente gravosa e potenzialmente idonea a causare una crisi aziendale, data appunto la cessazione, anche se solo temporanea, dell'attività produttiva) ma considerato anche la circostanza per cui il recesso comporta la rottura del rapporto contrattuale e presumibilmente quindi pure dell'attività commerciale esercitata all'interno del bene locato, ponendosi in contraddizione, non solo con i principi generali diretti alla conservazione del contratto [67], ma anche e soprattutto con l'esigenza più volte

---

febbraio 2019, n. 5802, in *Guida al dir*., 2019, 32, 56; Cass. 13 dicembre 2011, n. 26711, in *Corr. giur*., 4, 2012, 508, con nota di Carrato, *I presupposti per il legittimo esercizio del recesso da parte del conduttore di immobile commerciale*. Ovviamente il giudizio circa la legittimità del recesso e la gravosità dei motivi viene demandata all'apprezzamento del giudice di merito (che dovrà appunto valutare, caso per caso) il quale, se adeguatamente e logicamente motivata, rimane insindacabile in sede di legittimità.

[64] Cass. 20 marzo 2006, n. 6089, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 4; Cass. 30 aprile 2005, n. 9023, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4.

[65] Cass. 28 febbraio 2019, n. 5803, in *Guida al dir*., 2919, 18, 52, ove si afferma che la crisi finanziaria del conduttore è un motivo legittimo per il recesso anticipato del conduttore.

[66] Salvo che non sia fissato convenzionalmente un termine inferiore. Sul punto, Cass. 24 maggio 2017, n. 13092, in *Diritto & Giustizia*, 2017, 25 maggio. Sulla questione della validità della pattuizione di un termine di preavviso maggiore di quello legale per il recesso convenzionale, v. Cass. 24 marzo 2004, n. 5841, in *Giust. civ. Mass*., 2004, 3; Trib. Genova 7 aprile 1987, in *Arch, Loc. cond*., 1987, 523; Izzo, *Il recesso del conduttore nelle locazioni non abitative*, cit. Sulle problematiche concernenti il c.d. recesso convenzionale, in particolare il problema dei limiti alla derogabilità per volontà delle parti, delle forme e delle modalità del suo esercizio e sulla necessità di trovare un punto di equilibrio tra l'interesse del conduttore a liberarsi in anticipo di un rapporto giudicato non più conveniente e quello, contrapposto, del locatore di riparare le conseguenze negative dello scioglimento *ante tempus* del contratto v. *inter alia* Petti, *Recesso convenzionale del conduttore di immobili urbani ed uso non abitativo e termine di preavviso*, in *Contratti*, 8-9, 2007, 745; A. Jannarelli, *sub art. 27*, in AA.VV., *Equo canone. Disciplina delle locazioni di immobili urbani*, a cura di C.M. Bianca-N. Irti, N. Lipari, A. Proto Pisani, G. Tarzia, *Sub. Art. 27*, in *Nuove leggi civ. e comm*., 1978, 1044; G. Galli, *Della locazione di fondi urbani*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1996, 205; F. Trifone, voce *Locazioni ad uso non abitativo*, in *Enc. Giur*., XIX, 2001, 7 ss.; Miccio, *La locazione*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1980, 502.

[67] Sul punto, v. *infra*.

esplicitata dalla stessa legislazione emergenziale volta proprio a tutelare la continuità delle attività produttive [68].

5. – Gli evidenti limiti che lo strumento del recesso manifesta sotto il profilo della rottura del rapporto e del pagamento dei canoni relativi al periodo di preavviso induce a soffermarsi su altri istituti – sempre appartenente alla tradizione civilistica – che possono essere invocati nell'ipotesi in esame, ossia appunto qualora nel periodo *post-lockdown* il conduttore debba esercitare la propria attività in un contesto differente rispetto a quello esistente nel momento della conclusione del contratto. In particolare, pare necessario prendere le mosse dalle norme concernenti l'impossibilità sopravvenuta *ex* art. 1463 ss. c.c., disposizione quest'ultima peraltro, espressamente richiamata – ancorché con riguardo a contratti diversi da quelli ora esaminati (ossia a i contratti di soggiorno, e contratti di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura) – anche dall'art. 88 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 [69]). In secondo luogo, occorrerà poi indagare l'applicabilità o meno all'ipotesi che qui ci occupa dell'istituto della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità (1467 ss. c.c.), concentrando anche l'attenzione sulla figura della presupposizione.

Ciò premesso, muovendo dalla disciplina di cui all'art. 1463 c.c. [70], si osserva fin da subito come, seppure l'indirizzo interpretativo [71] secondo cui l'impossibilità che estingue

---

[68] Si pensi, a tal riguardo, al d.l. 8 aprile 2010, n. 21 (*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché' interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*) che al capo II rubricato "misure urgenti per garantire la continuità delle imprese colpite dall'emergenza Codid-19" ed ancora più recente al c.d. Decreto Rilancio, il cui fine è proprio quello di rianimare il mercato immobiliare rimasto bloccato dal Covid-19.

[69] D.l. 17 marzo 2020, n. 18, cit.

[70] In argomento, v. *inter alia*, Delfini, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2003.

[71] Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur*., 7, 2008, 921, con nota di Rolfi, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*; in *Nuova giur. civ. e comm*., 2008, I, 531, con nota di Nardi, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta"*; Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *Contr*., 2008, 241, in *Obbl. e contr*., 2010, 6, con nota di Trimarchi, *L'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione*; in *Contr*., 2008, 241, con nota di Cavajoni, *La "finalità turistica" come causa in concreto del contratto di viaggio*; in *Giur. it*., 2008, 1133, con nota di Izzo, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*; Cass. 2 ottobre 2014, n. 20811; cit.; Giudice di Pace di Pozzuoli, 3 maggio 2010; Trib. Di L'Aquila, 20 marzo 2012, in *Giurisprudenzabarese.it 2012*; Trib. Torino 2 ottobre 2014, cit. Sul punto, v. anche Arrigo, *Sopravvenuta impossibilità di beneficiare della prestazione: ovvero la discussa "liberalizzazione" della risoluzione contrattuale nei contratti sinallagmatici*, in *Jus civile*, 2019, 4, 300.

l'obbligazione non è solamente quella che concerne la prestazione, ma bensì, anche quella che pregiudica la possibilità della sua utilizzazione [72], ha il pregio di estendere l'applicazione della normativa di cui all'art 1463 c.c. anche all'ipotesi di obbligazione pecuniaria (rispetto alla quale la concezione rigidamente obiettiva dell'inadempimento nega la configurabilità stessa della "impossibilita'" della prestazione), cionondimeno l'applicazione in via diretta ed analogica della norma di cui all'art. 1463 c.c. al caso che qui ci occupa non convince pienamente [73].

In primo luogo, con specifico riguardo alle ripercussioni che i provvedimenti emanati dalla pubblica autorità diretti a contenere e prevenire il diffondersi del contagio hanno avuto nel c.d. lungo periodo sui contratti che qui interessano, occorre constatare come, in questo caso, la prestazione del locatore (ossia il godimento dei locali) non sia divenuta

---

[72] In altri termini ancora, quest'ultimo indirizzo giurisprudenziale, richiamandosi, appunto, anche all'art. 1174 c.c. – che enuncia proprio il principio per cui l'obbligazione deve rispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore – afferma quindi che, ogniqualvolta in un momento successivo alla conclusione del contratto l'assetto di interessi programmato dalle parti obiettivato nel contratto (e fuoriuscendo quindi dalla sfera del mero motivo individuale) diviene irrealizzabile perché, per esempio, il creditore (in questo caso il conduttore) è impossibilitato a seguito dell'adozione delle misure restrittive ad utilizzare la prestazione di controparte il contratto potrebbe essere risolto in quanto strumento non più idoneo a soddisfare le esigenze delle parti stesse. Ai fini di evitare che nelle obbligazioni contrattuali la valorizzazione dell'interesse delle parti si ponga in contrasto con il principio dell'irrilevanza dell'errore sui motivi, si è sottolineato come l'interesse che rileva non sia ulteriore (o utilità mediata) che ciascuna parte persegue con il contratto che spesso non viene espresso, ma bensì l'interesse che risulta dal titolo, come tale non qualificabile come mero motivo ma costituente elemento funzionale del vincolo obbligatorio. Sul punto, v. Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ*., 1968, I, 206; Di Majo, *Delle obbligazioni in generale (trattato Scialoja-Branca)*, Bologna-Roma, 1988, 269; Id., *voce Obbligazione (Teoria generale)*, *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 21; Breccia, *Le Obbligazioni (trattato Iudica-Zatti)*, Milano, 1991, 41; Rescigno, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir*., XXIX, Milano, 196). Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur*., 2006, 1718, con nota di Rolfi, *La causa come "funzione economico sociale": tramonto di un idolumtribus?*; in *Contr. e impr*., 2007, 416, con nota di Rolli, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*; Cass. 26 gennaio 1996, n. 975, in *Giust. civ*., 1995, 662, il quale seppure in un *obiter dictum* afferma che "nella realtà viva delle contrattazioni, l'interesse di una parte, ove compresente all'altra ed anzi da questa alimentato, potrebbe anche, con ciò obiettivizzarsi nella causa negoziale, intesa come funzione pratica che le parti hanno effettivamente assegnato al loro accordo. Nello stesso senso, Cass. 6 ottobre 1997, n. 7266. Breccia, *Causa e "consideration"*, in *Riv. critica dir. priv*., 2007, 580; Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; C. M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 3° ed., 2019, 320; Izzi, *La causa del contratto come funzione economico-individuale*, in *Giust. civ*., 2007, I, 1985; Roppo, *Causa in concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ*., 4, 2013, 947.

[73] Izzi, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*, in *Giur.it*., 2008, 1133; Rolfi, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa in del contratto*, in *Corr. giur*., 7, 2008; Trimarchi, *L'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione*, in *Obbl. e contr*., 2010, 6. Con riferimento al rischio contrattuale, v. anche Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969.

qui oggettivamente impossibile, né la prestazione medesima è stata resa inutilizzabile (gli immobili sono infatti rimasti pienamente fruibili e sfruttabili e l'attività stessa svolta all'interno dei locali esercitabile) ma tutt'al più detti provvedimenti hanno imposto, per ragioni di sicurezza, al conduttore di rispettare alcune regole (per esempio, il distanziamento sociale) che, in determinate circostanze, hanno reso la prosecuzione del rapporto non più conveniente (o non più tanto vantaggiosa come prima del diffondersi dell'emergenza) per il conduttore stesso. In altre parole ancora, sempre concentrando l'attenzione sul c.d. periodo di *post-lockdown*, occorre constatare come nel caso di specie non sia stato per esempio emanato un provvedimento dalla pubblica autorità che ha impedito di esercitare l'attività commerciale/imprenditoriale specificatamente prevista nel contratto – cosa che è avvenuta, invece, seppure con riguardo ad un circoscritto e limitato periodo di tempo nella fase di *lockdown* – ma quello che è accaduto è che, in molti casi, l'esercizio delle attività svolte nei locali (si pensi a ristoranti, alberghi, negozi di abbigliamento) a causa delle misure precauzionali in atto, è divenuto economicamente gravoso (o comunque non più conveniente) per il conduttore medesimo.

Inoltre, è condivisibile valorizzare il legame tra sopravvenuta carenza di interesse di uno dei contraenti e funzione concreta del contratto [74] ed è altrettanto vero che il rimedio della risoluzione per impossibilità sopravvenuta opera automaticamente e di diritto e quindi rispetto ad altri strumenti – si pensi, appunto, al recesso – avrebbe il pregio, per esempio, di non obbligare il conduttore a pagare i canoni di preavviso; tuttavia, nell'ipotesi in cui – cosa che, preme evidenziare, non è accaduta nella realtà dei fatti – fosse stato emanato un provvedimento che avesse reso, a titolo esemplificativo, determinate attività non più esercitabili (si pensi, per esempio, e per assurdo, al caso in cui fosse disposto la chiusura definitiva e totale di tutte le palestre) e si volesse ritenere nella fattispecie proposta il contratto di locazione risolvibile *ex* art. 1463 c.c., in tal modo procedendo, si porrebbe solamente sul debitore (e, quindi, nel caso di specie, sul proprietario) il rischio dell'estinzione del rapporto locatizio, in tutte le ipotesi in cui intervenga un evento che renda impossibile per il creditore (conduttore) medesimo usufruire della pre-

[74] Anche se è vero che non tutte le ipotesi in cui il creditore si trova impossibilitato a utilizzare la prestazione possono condurre allo scioglimento del rapporto (si pensi, per esempio, come dalle norme in tema di *mora accipiendi* deriva un principio per cui non si avrà liberazione del creditore dall'obbligo di effettuare la controprestazione ogni volta che la inutilizzabilità della prestazione derivi da un fatto ad esso stesso imputabile o nella stessa ottica, anche il venire meno dell'interesse non potrà assumere rilevanza nei casi in cui esso derivi da vicende "personali" del creditore stesso anche se qualora non preventivate). Si pensi per esempio a come il naufragio del matrimonio a ridosso della celebrazione non può giustificare una risoluzione per sopravvenuta difetto di interesse del viaggio prenotato.

stazione; tale soluzione, seppure nel caso prospettato potrebbe condurre a risultati coerenti con la *ratio* della stessa legge n. 392/1978, non parrebbe però tenere in debito conto l'esigenza di equilibrare i diversi interessi in gioco, compreso appunto quello del proprietario che, per esempio, ai fini di adempiere l'obbligazione potrebbe avere sopportato dei costi (si pensi, in ipotesi, alle spese per mettere a norma il locale e per renderlo idoneo all'uso a cui è destinato) facendo affidamento sul canone e/o rinunciando ad altre possibilità di guadagno o anche solo si sia privato della possibilità di utilizzare lui stesso il locale in questione. Detto in altri termini, pur essendo vero che l'evento sopravvenuto – in questo specifico ed ipotetico caso una legge emergenziale che disponga la chiusura totale di una specifica attività – non dovrebbe essere ascrivibile al conduttore, tuttavia, è altrettanto vero che esso non sarebbe parimenti attribuibile al proprietario. Pertanto, si porrebbe in contrasto con il principio di ragionevolezza [75] e buona fede [76], in una ipotesi siffatta, allocare solamente su una parte contrattuale il costo derivante da un evento imprevedibile ed incalcolabile che presenta delle connessioni oggettive con il programma contrattuale anche alla luce della circostanza per cui, non solo il rischio appartiene alla sfera del creditore e non può pertanto essere trasferito *in toto* sul locatore [77], ma, in tal modo ragionando, il proprietario potrebbe trovarsi costretto a dovere sopportare totalmente il rischio di dovere ricollocare in un mercato (magari anche depresso) un immobile su cui, peraltro, proprio al fine di percepirne una rendita, aveva anche investito per renderlo idoneo allo specifico uso (nell'esempio, effettuato, di palestra) risultante dal titolo stesso.

---

[75] Sul principio di ragionevolezza, v. *ex multis*, Fachechi, Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità; Napoli, 2019; Lipari, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019; Francario, Sandulli (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018; *Patti, Ragionevolezza e clausole generali*, 2° ed., Milano, 2016; Cerri, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1994; Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002; Ruggeri, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Diritto e società*, 2000, 567.

[76] Sulla buona fede, v. *ex multis*, Nanni, *La buona fede*, Milano, 1988; Villanacci, *La buona fede oggettiva*, Roma-Napoli, 2013; Gallo, *Contratto e buona fede: buona fede in senso oggettivo e trasformazione del contratto*, Torino, 2009.

[77] L'eventuale crisi di liquidità del debitore è un rischio che deve sopportare proprio quest'ultimo anche qualora derivi da una crisi di mercato in quanto rientra nella sfera organizzativa individuale che egli, in piena libertà e secondo diligenza, è tenuto a gestire al meglio al fine di estinguere i debiti assunti. Sulla irrilevanza della condizione soggettiva di impotenza finanziaria del debitore e della causa a questi imputabile, v. la Relazione del Ministro Guardasigilli a codice civile ove si afferma che agli effetti liberatori non può "essere presa in considerazione l'impossibilità di adempiere l'obbligazione, originata da cause inerenti alla persona del debitore o alla sua economia, che non siano obiettivamene collegate alla prestazione dovuta".

Fermo restando quanto precede ed evidenziati i limiti che l'applicazione all'ipotesi che qui interesse dell'art. 1463 c.c. porta con se, occorre concentrare l'attenzione sulla seconda fattispecie richiamata (ossia, appunto sulle disposizioni di cui all'art. 1467 c.c.) [78] al fine di constatare come neanche il ricorso alla predetta normativa sembra percorribile nel caso di specie; infatti, è vero che, qualora a seguito di un evento straordinario ed imprevedibile – come appunto potrebbe essere (vista l'intensità nonché la portata del fenomeno) l'emergenza di cui si tratta – si sia verificato uno squilibrio tra i valori delle prestazioni non rientranti nell'ambito della normale alea contrattuale, il contratto è risolvibile *ex* art. 1467 c.c., tuttavia, salvo gli effetti dell'offerta di modificazione, la risoluzione comporta la inesorabile caducazione del contratto e ciò in contrasto con l'esigenza di conservazione del rapporto [79]. Inoltre, sempre a dimostrazione di come la normativa richiamata non trovi applicazione nel caso di specie, è stato efficacemente osservato [80] come la prestazione che si ritiene divenuta eccessivamente onerosa sarebbe qui il pagamento dei canoni; tuttavia, detti canoni diventerebbero eccessivamente onerosi non già perché è aumentato il costo del denaro (e neanche perché l'attività non permetterebbe margini di profitto tali da permettere il pagamento dei canoni) quanto piuttosto perché non corrisponderebbero più al valore di godimento dell'immobile secondo l'uso convenuto che si è drasticamente limitato. Se per un verso, si dovrebbe pertanto richiamare quella giurisprudenza che ritiene possibile la risoluzione anche nell'ipotesi di svilimento della controprestazione [81], tuttavia, per altro verso, come è stato evidenziato, detto orientamento riguarda una ipotesi simile – ma di dubbia estensibilità alla fattispecie in esame – in cui il denaro si sia svalutato e la prestazione dovuta sia divenuta eccessivamente

[78] Tale norma rappresenta una innovazione del codice civile del 1942 ed è del tutto sconosciuta ad altri ordinamenti come quello francese e tedesco. V. Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ*., 2014, 834.

[79] In altri termini ancora, deve escludersi, nel nostro sistema giuridico, l'esistenza di un diritto della parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta di ottenere l'equa rettifica delle condizioni del negozio, la quale può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione del negozio medesimo a norma dell'art. 1467 c.c., atteso che il contraente a carico del quale si verifica l'eccessiva onerosità della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto, ma non può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite, poiché la riduzione ad equità del contratto costituisce solo una facoltà della controparte che può essere esercitata quando essa sia convenuta in giudizio per la risoluzione.

[80] Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *Giustizia civile.com*, 21 aprile 2020.

[81] V. per tutte, Cass. 8 agosto 2003, n. 11947, in *Giust. civ. mass*, 2003, 7-8. *Contra*, Cass. 28 gennaio 1995, n 1027, in *Foro it*., 1995, I, 2898.

onerosa atteso che i suoi costi di produzione, essendo rimasti invariati, non possono più essere sopportati al prezzo concordato [82].

6. – I rimedi ablativi da ultimo prospettati non sembrano quindi applicabili a quelle ipotesi in cui, finito il *lockdown*, e quindi terminato il periodo di sospensione di determinate attività produttive, il conduttore possa sì riaprire la propria attività commerciale o professionale, ma sulla base di precise regole e protocolli diretti appunto a salvaguardare il bene salute ed a contrastare il diffondersi del contagio e quindi in un contesto generale radicalmente diverso rispetto a quello sussistente prima del diffondersi della pandemia ed in relazione al quale il conduttore stesso potrebbe avere perso in tutto (o più realisticamente in parte) l'interesse alla prosecuzione del rapporto.

Ecco dunque che occorre ricercare se sussista un rimedio non codificato applicabile nel caso di specie ed in tale prospettiva l'attenzione si sposta inevitabilmente sulla presupposizione [83] (o anche detta condizione non sviluppata o inespressa) [84]. Essa consente di attribuire rilevo a quei fatti e quelle circostanze che, pur non attenendo né all'oggetto, né alla causa, né ai motivi del contratto [85], consistono in una circostanza ad esso "esterna", che anche se non specificatamente dedotta [86] come condizione ne costituisce speci-

---

[82] Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *Giustizia civile.com*, 21 aprile 2020.

[83] Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2007, I, 1177, con nota di Azzarri; Cass. 13 ottobre 2015, n. 20620, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 3, 875; Cass. 24 marzo 1998, n. 3084, in *Gius. Civ.*, 1998, I, 3161. In dottrina, v. Windscheid, Die Lehredesromischen Rechts von der Voraussetzung, Dusseldorf, 1850, 7; Belfiore, *La presupposizione*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2011, 967; Al Mureden, *Le sopravvenienze contrattuali. Tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004, 29 ss.; Bianca, *Diritto civile*, III, cit., 421; Cassottana, *Presupposizione e rischio contrattuale negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenz*a, in *Riv. dir. comm.*, 1977, II 374; Carbone, *Il principio della presupposizione*, in *Corr. giur.*, 2007, 8998; Caccavale, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005; Segreto, *Presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 57; Pennazio, *La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim., dir. e proc.*, 2006, 673; Barbera, *La presupposizione nel sistema dei rimedi contrattuali, in Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, 277.

[84] Cataudella, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 3, 789. *Contra*, Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, cit., in cui si attribuisce alla figura un autonomo e specifico rilievo che la distingua dagli elementi, essenziali ed accidentali, del contratto.

[85] Estranei alla presupposizione vanno ritenuti i motivi quali meri impulsi psichici alla stipulazione concernenti interessi che, rimasti nella sfera volitiva interna della parte, esulano dal contenuto del contratto, laddove se obiettivati divengono viceversa interessi che il contratto è funzionalizzato a realizzare, concorrendo pertanto ad integrare la causa.

[86] Con il termine presupposizione si fa riferimento a circostanze che, non disciplinate dalle parti in ma-

fico ed oggettivo presupposto di efficacia, in base al significato proprio del medesimo, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse – con riconoscimento da parte dell'altra [87] – valore determinante ai fini del mantenimento dell'accordo [88].

La questione su cui occorre concentrare l'attenzione in questa sede è consiste nello stabilire se il rimedio della presupposizione possa essere invocato in tutte le ipotesi in cui, a seguito della pandemia e cessato il ristretto periodo di *lockdown*, il conduttore si trovi ad operare in un frangente differente rispetto a quello sussistente nel momento della conclusione del contratto [89].

Certo che, se in tema di negozio giuridico, la presupposizione è configurabile esclusivamente qualora dal contenuto del contratto risulti che le parti abbiano inteso stipularlo subordinatamente all'esistenza di una situazione di fatto o di diritto considerata quale presupposto imprescindibile della volontà negoziale, ecco che occorre in primo luogo indagare quali sono gli elementi di fatto da tenere in considerazione al fine di ricostruire la volontà contrattuale stessa [90]. Il problema è quindi accertare quale sia stato il presup-

---

niera espressa, ciononostante appaiono necessarie affinché il contratto possa assolvere la propria funzione (concezione oggettiva) ovvero possa ritenersi che siano state tenute presenti dalle parti come condizionamento implicito della loro volontà (concessione soggettiva); in tale ottica, essa deve richiamarsi quando "una determinata situazione di fatto o di diritto possa ritenersi tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso – pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali – come presupposto condizionante il negozio (….) richiedendoli pertanto a tal fine: 1) che la presupposizione sia comune ad entrambi i contraenti; 2) che l'evento supposto sia stato assunto come certo nella rappresentazione delle parti (e in ciò la presupposizione differisce dalla condizione); 3) che si tratti di un presupposto obiettivo, consistente cioè in una situazione di fatto il cui venir meno o il cui verificarsi sia del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione" (Cass. 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Rass. giur. Enel*., 1991, 523). In argomento, Roppo, *Il contratto*, cit., 967).

[87] Il richiamo alla presupposizione al fine di fare valere un interesse frustrato, può avvenire solamente se tale possibilità era stata *ab origine* condivisa dai contraenti.

[88] Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, cit.

[89] Si pensi allo storico c.d. *coronation case* (locazione di un balcone per assistere ad un corteo reale che si tiene a causa della malattia del sovrano) o i casi relativi a contratti concernenti terreni dei quali viene supposto uno stato urbanistico diverso da quello reale. Si pensi anche alla costruzione per fornitura di carburante e connessa costruzione di una stazione di servizio come da progetto allegato e la sopravvenuta normativa regionale impone una radicale variazione del progetto. Al preliminare di costituzione di una servitù funzionale a un'opera da realizzare e viene negata la concezione edilizia. All'appalto per rimozione di rifiuti tossici ospedalieri e diventa inagibile la discarica dove l'appaltatore pensava di avviare i rifiuti. All'acquisto delle quote di società proprietaria d'immobili effettuato al fine di avere a disposizione gli immobili e gli immobili sono sottoposti a sequestro. Dall'analisi della casistica giurisprudenziale emerge che la presupposizione si applica prevalentemente nelle vendite aventi ad oggetto beni immobili, in materia di cessione di quote societarie, rapporti di lavoro subordinato nel contratto di mutuo e nella transazione. Sul punto, Petrone, *Recenti orientamenti in tema di presupposizione e sopravvenienze*, in *Obbl. e contr*., 2005, 2, 163.

[90] Cass. 6 dicembre 2018, n. 31629, in *Guida al dir*., 2019, 20, 78.

posto inespresso per il quale le parti avevano stipulato il contratto ed in particolare, concentrando l'attenzione sui negozi che qui interessano, occorre indagare quando, nei contratti di locazione ad uso commerciale, la situazione di fatto e di diritto possa essere considerata un presupposto implicito della volontà contrattuale, con la conseguenza che un mutamento radicale della stessa – cosa che appunto è avvenuta con l'introduzione della legislazione emergenziale – possa comportare la caducazione del vincolo.

Ecco dunque che, al fine di accertare se la situazione possa, pur in assenza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali [91] – ritenersi tenuta presente dai contraenti medesimi nella formazione del loro consenso, come presupposto avente valore determinante ai fini dell'esistenza e del permanere del vincolo [92] (indagine questa che si colloca sul piano propriamente interpretativo del contratto, e costituisce, quindi, una valutazione di fatto, riservata, come tale, al giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità se immune da vizi logici o giuridici) [93] il primo criterio da considerare è sicuramente il titolo stesso del contratto ed il suo significato letterale. Pertanto nell'ipotesi in cui una parte prenda in locazione un bene immobile per "uso commerciale" si presuppone che la stessa intenda concludere l'affare ai fini di potere esercitare una attività imprenditoriale (di ristorazione, di commercio al dettaglio, ecc.), quale risultante dal titolo stesso. Ulteriori criteri per ricostruire la volontà contrattuale sono l'oggetto del contratto (così il canone pattuito potrebbe essere considerato indice della presupposizione della destinazione dei beni) [94], la natura del soggetto locatario [95] nonché anche il contegno delle parti prima, durante e successivamente alla conclusione del negozio [96]. In tale prospet-

---

[91] Le circostanze presupposte dalle parti potrebbero essere valorizzate con formulazioni enunciative che assumono come pacifiche premesse di fatto determinate situazioni, oppure mediante l'inserimento di un'apposita condizione oppure ancora tramite il sistema presuppositivo che subordina il contratto ad una determinata circostanza. Sul punto, Cataudella, *I contratti*, Torino, 1990, 77; Scialoja, *Condizione volontaria e condizione legale*, in *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, 13.

[92] Cass. 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giust. civ*., 1998, I, 3161.

[93] Cass. 21 novembre 2001 n. 14629, in *Giust. civ. mass*., 2001, 1971

[94] Cass. 14 giungo 2016, n. 15025, in *Giust. civ. mass*., 2013. Sul punto, v. anche Comporti, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, in *Giust. civ*., 1985, 103; Roppo, *Rischio contrattuale ed autonomia privata*, Napoli, 1982, 198.

[95] Trib. Modena 20 febbraio 2013, n. 249, in *Giurisprudenza locale – Modena*, 2013.

[96] Infatti, l'esistenza nel contratto di una clausola di tacita presupposizione sulla base della quale risalire alla comune intenzione delle parti e ricostruire il complessivo comportamento anche posteriore alla stipulazione del negozio nonché il senso globale delle relative pattuizioni qualora la situazione considerata ma non espressamente enunciata in sede di stipulazione del contratto muti per il sopravvenire di circostanze non imputabili alla parte stessa cosi da determinare un assetto ai propri interessi fondato su basi diverse da quello in virtù del quale era stato concluso (Cass. 23 ottobre, 2014, n. 22580, in *Guida al dir*., 2015, 6, 64).

tiva decisivo sarà sempre il supporto della buona fede al fine di determinare se, date le circostanze volta a volta creatasi, la pretesa di uno dei contraenti "non esorbita da ciò che una valutazione dell'economia del contratto condotta secondo il metro della buona fede in senso oggettivo dimostra corretto esigere dall'altro" [97].

Una volta ricostruita la volontà delle parti e quindi accertata l'intenzione del conduttore di prendere il locazione il bene con l'intento di svolgere una determinata attività sulla base di una specifica situazione di fatto e di diritto, al fine di determinare l'ambito di operatività della presupposizione, occorre operare una netta differenziazione e verificare se, nel singolo caso concreto, a seguito del verificarsi della sopravvenienza di cui si tratta, il mutamento della situazione di fatto e di diritto abbia scardinato l'equilibrio negoziale e quindi accertare se, successivamente all'emanazione della normativa emergenziale che impone il rispetto di regole di sicurezza che prevedono un più alto livello di precauzione [98] nella singola fattispecie fattuale, il locatore possa o meno continuare ad esercitare la propria attività anche se a condizioni economicamente non più cosi favorevoli, oppure, se, invece, il rispetto della predetta normativa impedisca *tout court* la continuazione dell'attività medesima o imponga al conduttore di utilizzare il bene per una finalità differente rispetto a quella originariamente prevista.

Nella prima ipotesi prospettata, se a seguito della sopravvenienza (ossia delle norme emergenziali) rimane in essere lo scambio contrattuale anche se a condizioni economicamente più sconvenienti per il locatore medesimo (si pensi al ristoratore che a seguito delle disposizioni normative può sì continuare ad esercitare l'attività commerciale per cui aveva originariamente preso in locazione il locale, ma realizzando un profitto inferiore rispetto a quello atteso) [99] non è possibile invocare la presupposizione al fine di sciogliere il regolamento contrattuale. In altri termini ancora, se a seguito della normativa emergenziale, il conduttore stesso, pur usufruendo del bene, non tragga più dall'attività

---

[97] Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 333.

[98] Sul principio di precauzione, v. *inter alia*, De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, 56; Del Prato, *Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 637; Busnelli, *Il principio di precauzione e l'impiego di biotecnologie in agricoltura*, in *Regole dell'agricoltura, regole del cibo*, a cura di Goldoni e Sirsi, Pisa, 2005, 115; Busnelli, *Il principio di precauzione e l'impiego di biotecnologie in agricoltura*, in *Regole dell'agricoltura, regole del cibo*, a cura di Goldoni e Sirsi, Pisa, 2005, 115; Al Mureden, *I danni da utilizzo del cellulare tra conformità del prodotto agli "standard" legislativi, principio di precauzione e auto responsabilità' dell'utilizzatore*, in *Corr. giur*., 2017, 8-9, 1082.

[99] Perché, per esempio, negli esercizi di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, al fine di rispettare le misure di distanziamento sociale è possibile predisporre un numero limitato di coperti. In argomento, Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd. 27 dicembre 2010, n. 1526, in *Ragiusan*, 2011,329-330, 88.

commerciale svolta nel locale quel vantaggio economico che esso stesso si aspettava qualora non si fosse verificato l'evento pandemia, ecco dunque che, in situazioni di tal genere, non è possibile ricorrere alla figura qui analizzata al fine di sottrarsi dai rischi propri della stessa attività imprenditoriale. Infatti, seppure la prima decisione circa l'allocazione del rischio contrattuale spetta alle parti che, nel rispetto dei limiti imposti dall'ordinamento, possono decidere come distribuirlo dal momento della conclusione del contratto tramite la stessa scelta del tipo contrattuale ovvero inserendo nel contratto clausole di adeguamento o ancora in un momento successivo mediante la formazione di un nuovo accordo [100], in mancanza di una diversa volontà dei contraenti, detto rischio, non può essere addossato totalmente sul proprietario che, diversamente ragionando, ossia qualora si ritenesse possibile sciogliere il vincolo ricorrendo all'istituto della presupposizione, si troverebbe costretto – anche in questo caso – a sopportare *in toto* la perdita economica. In termini conclusivi, dunque, è vero che il ricorso alla figura della presupposizione come criterio di integrazione del contratto ha il merito di dare rilevanza giuridica a quegli interessi che, seppure non regolati pattiziamente e normativamente, siano stati determinanti per la conclusione dell'affare ed a quegli eventi modificativi della dinamica negoziale, permettendo di accogliere nell'ambito della sua disciplina tutte quelle ipotesi di sopravvenienze non altrimenti inquadrabili [101]; tuttavia, occorre tenere presente che non tutte le aspettative sono tutelabili e che non può parlarsi di presupposizione quando una solo delle parti abbia fatto affidamento su una maggiore o minore convenienza economica del contratto stipulato, atteso che ciascun contraente (compreso il conduttore), cosi come fa propri gli utili, deve farsi carico dei rischi della propria iniziativa economica non potendoli addossare per intero sull'altra parte [102].

Diversa è la seconda situazione ipotizzata, ossia quella in cui, invece, successivamente alla emanazione della normativa emergenziale viene meno, in concreto, lo stesso scambio negoziale ovvero venga totalmente sconvolto l'equilibrio sinallagmatico a causa di fatti e circostanze che influenzino la realizzazione della causa concreta [103], intesa quale

---

[100] Costanza, *La presupposizione nella giurisprudenza*, in *Quadrimestre*, 1984, 597

[101] Grisafi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, Milano, 2016, 163

[102] Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd. 27 dicembre 2010, n. 1526, in *Ragiusan*, 2011, 329-330, 88.

[103] Il controllo sulla causa in concreto – che costituisce un indice rivelatore degli scopi pratici che il negozio è volto a conseguire e della ragione giustificatrice della operazione complessivamente considerata nella sua globalità – implica un'indagine sulla situazione complessiva per svelare i reali effettivi intenti pratici emergenti dal contratto della intera operazione negoziale. Sul punto, v. anche La Rosa, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali. Qualità delle regole e nuovo assetto dei valori*, Milano, 2012, 142 ss.; Ead, *Le dinamiche evolutive della causa (a margine degli scritti di S. Pugliatti)*, in Salvatore Pugliatti, a cura di Ciccarello, Gorassini, Tommasini, Napoli, 2016.

sintesi degli interessi che il contratto è concretamente diretto a realizzare al di là del modello astratto utilizzato [104]. Si pensi al caso in cui il rispetto della disciplina emergenziale renda di fatto impossibile la continuazione dell'attività perché – sempre a titolo esemplificativo – la predisposizione e la struttura dell'immobile preso il locazione per l'esercizio dell'attività di ristorazione ha una dimensione talmente ridotta da non consentire il rispetto del c.d. distanziamento sociale; oppure, si consideri anche, l'ipotesi in cui un bene venga preso in locazione sulla base di una specifica situazione di fatto e di diritto al fine di svolgere una determinata attività (per esempio di ristorazione) ed a seguito dell'intervento delle norme emergenziali lo stesso bene possa essere sì utilizzato, ma solamente per altre finalità (supponiamo come deposito merci) [105]. In altri termini ancora, in ipotesi di tal genere, nella prospettiva diretta ad indagare gli interessi concreti che i privati intendono realizzare in una visione dinamica della causa che permetta di disvelare la mancanza di una ragione giustificatrice valida, se le parti hanno elevato a presupposto fondamentale del contratto una situazione di fatto o di diritto che nel corso del rapporto subisce delle modifiche tali da sovvertire la finalità economica individuale e da togliere al contratto stesso la sua base [106], in tali specifiche ipotesi, sarebbe contrario al principio di

---

[104] Grisafi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, Milano, 2016, 198; Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ*., 2014, 2, 251; Aiello, *L'applicabilità del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente* revirement *della cassazione*, *in Nuova giur. civ. e comm*., 2011, 305. Per un approccio critico alla teoria causale della presupposizione, v. Sacco, *Motivi, fini, interessi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 1982, X, 2, 334.

[105] Occorre anche tenere conto che il principio della generale irrilevanza dei motivi non è nel nostro sistema giuridico considerato tassativo. Il motivo contrattuale assume rilevanza quando viene dedotto in condizione o quando debba rientrare nel contenuto della prestazione dovuto da una parte o ancora esso può emergere quale risultato in cui in concreto è diretta l'operazione contrattuale posta in essere. Esso può assumere rilevanza anche accogliendo una nozione di causa come funzione economico individuale ed ad esso può essere attribuito rilevanza ricorrendo all'istituto della presupposizione. Sul punto, Scognamiglio, *Motivo (del negozio giuridico)*, voce, in *Dig. Disc. priv., sez. civ*., XI, Torino, 1994, 468; Ambrosoli, *Il motivo tra vizi del consenso e causa del contratto*, in *Contratti*, 1995, 4, 362; Guzzi, *Motivo nel negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It*., X, Torino, 1968, 971. Si afferma anche che seppure i motivi – intesi come gli interessi che la parte tende a soddisfare mediante il contratto ma che non rientrano nel contenuto di questo – rimangono indifferenti all'ordinamento, ciononostante può accadere che se inseriti esplicitamente o tacitamente nell'economia dell'affare essi assumano rilevanza come appunto potrebbe accadere tramite il ricorso alla presupposizione (su punto, v. Grisafi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 184, il quale sottolinea come occorre tenere bene distinti i motivi dalla presupposizione atteso che mentre il motivo sarebbe una sorta di pulsione psichica che spinge all'atto, la presupposizione genererebbe la "rappresentazione e la connessa spinta motivazionale". Non tutti i motivi rilevano ma solo quelli che hanno determinato in modo comune l'assetto di interessi disciplinato nel contratto (Girino, *Presupposizione, La dottrina di Windscheid*, in *Noviss. dig. it*., XIII, Torino, 1966, 783. In argomento, v. anche Marinelli, *La tutela civile dei soggetti deboli*, in *Giust. civ*., 1994, II, 162; Sacco, *La nozione di contratto*, in *Trattato di diritto privato*, X, Torino, 1983, 333).

[106] Trib. Sez. lavoro Nuoro, 14 aprile 2016, n. 66, *Redazione Giuffrè*, 2016.

ragionevolezza [107] e buona fede nonché con la generale tendenza ad una maggiore considerazione alle sopravvenienze sulla causa del contratto [108] – non tenere in debito conto le predette sopravvenienze e pretendere lo stesso l'esecuzione della prestazione. Conseguentemente, visto i limiti di applicabilità concernenti gli altri rimedi solutori di gestione delle sopravvenienze codificati, ecco che in presenza delle predette circostanze, al fine di tutelare gli equilibri degli scambi, potrebbe invocarsi proprio la presupposizione che completa il sistema affiancandosi ai rimedi solutori di gestione delle sopravvenienze codificati. Una simile soluzione, muovendo dall'assunto per cui la presupposizione determina lo scioglimento del rapporto non appare funzionale alla richiamata esigenza di conservazione del contratto, che costituirebbe la soluzione preferibile nella maggioranza dei casi di difficoltà temporanea determinati dall'attuale emergenza) [109]. La predetta linea interpretativa, oltre che confermare la rilevanza che la presupposizione assume nel nostro contesto giuridico [110], si pone in linea con la stessa *ratio* della normativa concernente le locazioni commerciali – tesa appunto ad apprestare una forte tutela a favore del conduttore medesimo – e con la generale tendenza sempre più sentita a dare maggiore rilevanza al venire meno dell'interesse del creditore a ricevere la prestazione, alla finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto ed ai potenziali riflessi della stessa causa concreta sul piano della funzionalità del rapporto [111].

---

[107] Sul principio di ragionevolezza, v. *retro*.

[108] Cass. 16 maggio 2017, n. 12069, in *Giust. civ., mass*., 2017. Sulla rilevanza della causa in concreto, v. anche la giurisprudenza in materia di clausola "claims made" Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Resp. civ. prev*., 2019, 1, 163. V. altresì Tucci, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 2016, 2, 2 141; Id., *Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi in investimento: il caso "My Way"*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2015, 3, 2, 372; Scardino, *Il contratto di "sale and lease back" tra causa in concreto e cautela marciana*, in *Corr. giur*., 201, 4, 489; Semeraro, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto*, in *Giust. civ*., 2016, 2, 333; Giusti, *Il contratto di investimento "foryou" e la nullità per immeritevolezza degli interessi*, in *Foro Napoletano*, 2017, 1, 198; Grassi, *Una disciplina per la causa del contratto. Riflessioni in memoria di una nozione a tramonto*, in *Rass. dir. civ*., 2017, 3, 838.

[109] Dolmetta, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com*, 4 giugno 2020.

[110] In argomento, v. Caccavale, *Giustizia del contratto e presupposizione*, cit., 26.

[111] Cass. 29 marzo 2019, n. 8766, cit. Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Corr. giur*., 2007, 7, 902; Cass. 10 maggio 2005, n. 9747, in *Obbl. e contr*., 2006, 1, 33. In argomento, v. anche La Rosa, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014, 89, la quale si chiede se possa essere configurata una ipotesi di nullità successiva per irrealizzabilità della causa. Ci si potrebbe domandare se qualora sia impossibile realizzare la causa per il verificarsi di vicende successivamente alla conclusione del contratto comporti una sopravvenuta mancanza della causa in concreto e dette vicende debbano essere governate delle regole della validità. Se infatti la causa che si concretizza nell'assetto di interessi perseguito dalle parti, è la ragione che spinge i contrenti ad accordarsi, essa deve essere ritenuta assente tutte le volte in cui detto assetto non sia in concreto realizzabi-

Tuttavia, l'accogliento *tout court* della predetta soluzione non convince pienamente nella misura in cui la stessa finisce per non tenere in debito conto la necessita di ricercare soluzioni maggiormente equilibrate che non sacrifichino eccessivamente le ragioni del proprietario sul quale non può essere posto interamente il rischio della sopravvenienza di cui si tratta; infatti, i principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c. impongono che il rischio stesso derivante da un evento così eccezionale debba essere equamente ripartito tra le parti; senza contare che i provvedimenti limitativi della specifica attività svolta rientrano nell'ambito del rischio di impresa che grava sul soggetto esercente l'attività economica e che ha liberamente scelto il tipo di attività da esercitare nel locale commerciale. Ecco dunque che, al fine di contemperare i diversi interessi in gioco, potrebbe assumere rilevanza, nel giudizio diretto ad accertare la rilevanza nel caso concreto della presupposizione ai fini della caducazione del vincolo contrattuale, valorizzare il criterio della durata della sopravvenienza in rapporto alla durata del contratto e quindi, in presenza di un *factum principis* come quello di cui si tratta che alteri l'equilibrio sinallagmatico ritenere risolvibili solamente i contratti di locazione di immobili ad uso commerciale qualora, tenuto conto anche di tutte le circostanze di fatto [112], il suddetto evento imponderabile abbia pregiudicato lo scambio contrattuale per sempre o un lasso di tempo così lungo, rispetto alla complessiva durata del rapporto, da fare venire meno l'interesse del creditore alla prosecuzione del contratto; di contro, si dovrebbe negare, invece, la possibilità di sciogliere il rapporto in tutte le ipotesi in cui, invece, la causa concreta del contratto sia venuta meno per un lasso di tempo che – commisurato all'intera durata del contratto – debba ritenersi nel singolo caso concreto tollerabile [113].

---

le. In argomento, v. Tommasini, *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio*, Torino, 2003; Donisi, *In tema di nullità sopravvenute*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1967, 755. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ*., 2014, 2, 251, secondo cui le cause di invalidità del contratto possono subentrare "anche dopo il perfezionamento della fattispecie quando si tratta di cause incompatibili con il perdurare del rapporto contrattuale". Secondo l'autore l'invalidità successiva si poe come una vicenda risolutiva; Russo, *Nullità successiva di protezione da inadempimento*, *Obbl e contr*. 2012, 11, 802. A dimostrazione di come nel diritto interno sussistono ipotesi di nullità sopravvenuta si consideri alla nullità del contratto di locazione per omessa registrazione (art. 1, comma 346, della l. n. 311/2004. In argomenti Cuffaro, *Il problema della mancata registrazione del contratto*, in *Giur. it*., 2014, 3, 537; Rizzuti, *Sanatoria delle nullità*, in *Giur it*., 2013, 5, 1082).

[112] Al riguardo assumono per esempio rilevanza le eventuali clausole inserite nei contratti di locazione che prevedono la sospensione del pagamento del canone al ricorrere di determinate circostanze o la possibilità di destinare ad altra attività l'immobile nell'ipotesi di impossibilità di continuare l'attività in principio pattuita oppure la sublocazione dell'immobile per espressa previsione contrattuale.

[113] Detta soluzione, diretta appunto a contemperare i diversi interessi in gioco valorizzando l'incidenza temporale della sopravvenienza in proporzione alla durata complessiva del contratto e l'interesse del credi-

Detta soluzione, diretta appunto a contemperare i diversi interessi in gioco valorizzando l'incidenza temporale della sopravvenienza in proporzione alla durata complessiva del contratto e l'interesse del creditore al mantenimento del rapporto, oltre che coerente con il nostro stesso sistema giuridico [114], si pone in linea con lo stesso principio di proporzionalità [115] nonché anche con quanto avviene in altri ordinamenti giudici diversi dal nostro. Nello stesso senso, si pensi, per esempio, alla Corte di Hong Kong (*caso Li ChingWing v. XUAN YiXiong* del 2004) in cui il conduttore di un bene immobile dato in locazione per due anni, a seguito delle misure restrittive adottate dalle pubbliche autorità a causa dell'epidemia di SARS, era stato reso inutilizzabile per solo dieci giorni. La domanda è stata rigettata avendo riguardo al circoscritto periodo di tempo di operatività del divieto di utilizzare l'immobile rispetto alla durata complessiva del contratto di locazione. Nella stessa direzione si pone anche *National Carriers Ltd v – Panlpina (Northern) Ltd* del 1981, con cui è stata rigettata la richiesta del conduttore di un magazzino che non aveva potuto utilizzare il bene per soli venti giorni a causa di un provvedimento della pubblica autorità atteso che si è ritenuta sostanzialmente tollerabile la restrittiva a fronte della durata complessiva del contratto (nel caso di specie dieci anni) [116].

---

tore al mantenimento del rapporto, oltre che coerente con il nostro stesso sistema giuridico (si pensi solo all'art. 1256, comma 2, ove in materia di impossibilità temporanea si afferma che l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando (…) il debitore non può più essere ritenuto obbligato ad eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla, si pone in linea con lo stesso principio di proporzionalità nonché anche con quanto avviene in altri ordinamenti giudici. Nello stesso senso, v. Corte di Hong Kong (*caso Li ChingWing v. XUAN YiXiong* del 2004) in cui il conduttore di un bene immobile dato in locazione per due anni, a seguito delle misure restrittive adottate dalle pubbliche autorità a causa dell'epidemia di SARS, era stato reso inutilizzabile per solo dieci giorni. La domanda è stata rigettata avendo riguardo al circoscritto periodo di tempo di operatività del divieto di utilizzare l'immobile rispetto alla durata complessiva del contratto di locazione. V. anche *National Carriers Ltd v – Panlpina (Northern) Ltd* del 1981, con cui è stata rigettata la richiesta del conduttore di un magazzino che non aveva potuto utilizzare il bene per soli venti giorni a causa di un provvedimento della pubblica autorità atteso che si è ritenuta si è ritenuta sostanzialmente tollerabile la restrittiva a fronte della durata complessiva del contratto (nel caso di specie). In argomento, v. Scaldaferri, *I contratti di locazione nel mondo anglosassone ai tempi del Coronavirus*, in *Giustizia civile*, 3 giugno 2020. Sul principio di proporzionalità, v. *inter alia*, Lillo, *Eccezione di inadempimento e proporzionalità dei rispettivi inadempimenti*, in *Contr*., 2013, 11, 981; Quaranta, *Usura sopravvenuta e principio di proporzionalità*, in *Banca borsa e tit. di cred*., 2013, 5, 491.

[114] Si pensi solo all'art. 1256, comma 2, ove in materia di impossibilità temporanea si afferma che l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando (…) il debitore non può più essere ritenuto obbligato ad eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla.

[115] Sul principio di proporzionalità, v. *inter alia*, Lillo, *Eccezione di inadempimento e proporzionalità dei rispettivi inadempimenti*, in *Contr*., 2013, 11, 981; Quaranta, *Usura sopravvenuta e principio di proporzionalità*, in *Banca borsa e tit. di cred*., 2013, 5, 491.

[116] In argomento, v. Scaldaferri, *I contratti di locazione nel mondo anglosassone ai tempi del Coronavirus*, in *Giustizia civile*, 3 giugno 2020.

7. – I rimedi appena analizzati (tranne appunto le ipotesi di impossibilità temporanea e/o parziale della prestazione) sono tutte finalizzate allo scioglimento del vincolo e approdano al medesimo risultato non favorevole alla conservazione del rapporto, spingendo, pertanto, l'interprete, in linea con i principi di correttezza e buona fede nonché con l'esigenza largamente avvertita di favorire la collaborazione e la solidarietà tra le parti, a ricercare soluzioni alternative che consentano, anche nell'ipotesi in esame, di garantire la prosecuzione del rapporto.

Tuttavia, quello che emerge dall'analisi dell'apparato di regole che governano il diritto dei contratti è la circostanza per cui, nel nostro ordinamento, i rimedi legali contro le sopravvenienze sono generalmente ablativi e quindi manchi, nell'attuale legislazione, la valorizzazione di alcuni strumenti – come, per esempio, la rinegoziazione [117] – che, ponendosi in contrasto con il principio dell'intangibilità del vincolo contrattuale, realizzino il passaggio dal contratto "intangibile" (rigidamente vincolato alla regola "pactasuntservanda") al contratto c.d. "evolutivo", ossia dotato di margini di flessibilità in relazione alle modificazioni fattuali.

Ciononostante, occorre prendere atto che, come il legislatore italiano in varie occasioni [118] ha inteso valorizzare [119] le istanze riequilibrative dell'assetto di interessi [120]. Il

---

[117] In argomento, v. tra i tanti, Grande Stevens, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di Lipari Napoli, 1998; Traisci, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e common law*, Napoli, 1993; Gambino, *Problemi di rinegoziazione*, Milano, 2004; Id., *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Jus Civile*, 2019, 4, 397; Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ*., 2002; Id., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. II, Milano, 2008. Con specifico riferimento alla situazione emergenziale dovuto al diffondersi di Covid-19, v. Dolmetta, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com*, 4 giugno 2020; Thobani, *Il contenuto dell'obbligo di rinegoziare*, in *Corr. giur*., 5, 2020, 631. Sulla rilevanza della rinegoziazione nei contratti che qui interessano anche nell'ordinamento tedesco, v. D'Onofrio, *La tutela dei debiti di prestazioni pecuniarie nella legislazione tedesca a fronte dell' emergenza Covid-19*, in *Giustizia civile.com*, 10 luglio 2020; Gemma, *La rinegoziazione nell'emergenza Covid-19 è modalità obbligata di attuazione in buona fede del contratto e l'esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. ne è lo specifico rimedio*, in *Jus Civile*, 3, 724; De Pamphilis *Rinegoziazione e* default rule*. Il mantenimento dei contratti esposti a sopravvenienza nella prospettiva* de jure condendo, Bologna, 2020.

[118] Il legislatore anche in ambiti diversi da quello contrattuale ha inteso assicurare l'adeguamento dei valori economici delle prestazioni dovuti al cambiamento delle circostanze. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle disposizioni concernenti la revisione periodica dell'assegno alimentare (art. 440 c.c.), dell'assegno di mantenimento (156, comma 7 c.c.) e dell'assegno di divorzio (art. 9 L. 898/1970). Sul punto, v. *ex multis*.

[119] Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, cit., 467; Mauceri, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. e dir. priv*., 2007, 1095; Gallo, *Sopravvenienze contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Villanacci, *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Persone e mercato*, 2015, 59.

nostro ordinamento infatti, anche se in maniera discontinua, in diverse circostanze (si pensi, non solo all'art. 1467 c.c. [121], ma a solo titolo esemplificativo, anche alla disciplina concernente l' adeguamento del prezzo nel contratto di appalto [122] o alle norme dettate in materia di affitto [123] nonché anche alla normativa codicistica diretta a regolare il fenomeno della diminuzione del rischio nel contratto di assicurazione (art. 1897 c.c.) [124]) ha elevato a valore fondamentale il principio della conservazione del rapporto contrattuale, ga-

---

[120] Il *favor* per i rimedi c.d. conservativi finalizzati quindi a neutralizzare le sperequazioni contrattuali determinate da eventi non previsti dalle parti può rinvenirsi anche nelle norme con cui viene manifestata la riluttanza del legislatore verso la scelta dei rimedi risolutori nei contratti di durata. Si pensi, per esempio, all'art. 1455 c.c. che richiede, ai fini risolutivi, l'accertamento dell'importanza dell'inadempimento.

[121] Vero è che l'art. 1467 c.c. è diretto a disciplinare le conseguenze delle sopravvenienze imprevedibili che determinano l'eccessiva onerosità della prestazione; tuttavia, come ricordato, ciò avviene nel quadro del rimedio risolutorio e solamente in via sussidiaria di quello conservativo e con limite che la riconduzione ad equità può esser azionata dalla sola parte avvantaggiata. Sul punto, v. *retro*. In argomento, Andreoli, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ*., 1938, 309; 309; Osti, voce *"Clausola rebus sic stantibus"*, nel *Noviss. Digesto it*., III, Torino, 1957, 356; Id., *Appunti per una teoria della "sopravvenienza". La cosiddetta clausola "rebus sic stantibus" nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. dir. civ*., 1913, 471.

[122] Ove nei casi di sopravvenuta onerosità della prestazione si è attribuito alla parte svantaggiata non già il diritto a chiedere la risoluzione del contratto ma bensì, al fine di salvaguardare il rapporto di corrispettività tra le prestazioni di procedere alla revisione del prezzo (artt. 1657 e 1664 c.c.). Sul tema dell'adeguamento del prezzo nel contratto di appalto, v. tra i tanti, Macario, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, in *Appalto pubblico e privato. Problemi e giurisprudenza attuali*, a cura di Iudica, Padova, 1997, 135; Cagnasso, *Appalto e sopravvenienza contrattuale. Contributo a una revisione della dottrina dell'eccessività sopravvenuta*, Milano, 1979; Franceschelli, *L'appalto come contratto a struttura elastica*, in *Contratti*, 1994, 385.

[123] Ai fini di una disamina attenta alle norme dirette a regolare gli effetti delle sopravvenienze nel contratto di affitto, v. Romagnoli, *Affitto. Disposizioni generali*, in *Comm. Del cod. civ*., a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1978, 185; Lazzara, *La locazione: l'affitto*, in *Tratt. di dir. priv*., diretto da Rescigno, Torino, 1984, 653; Mirabelli, *Dei singoli contratti*, in *Commentario del codice civile*, IV, t. 3, Torino, 1968. Anche con riguardo alla normativa concernente le locazioni ad uso abitativo il legislatore aveva previsto una tecnica attraverso cui garantire la conservazione dell'equilibrio sinallagmatico originariamente stabilito; infatti, ai sensi dell'art. 24 della l. 27 luglio 1978, n. 392 il canone di locazione concordato doveva subire un aggiornamento pari al 75% della variazione accertata dall'ISTAT dell'indice dei prezzi al consumo (la l. 9 dicembre 1998 n. 431 ha abrogato la norma rimettendo pertanto all'autonomia delle parti la facoltà di avvalersi di strumenti idonei ad assicurare il mantenimento dell'equilibrio contrattuale).

[124] In particolare, la fattispecie disciplinata dall'art. 1897 c.c. prevede l'ipotesi in cui nel corso del rapporto si verifichino mutamenti che cagionino una diminuzione del rischio tale per cui, se fosse stata conosciuta al momento della conclusione del contratto, avrebbe condotto alla stipulazione di un premio minore. In tal caso l'assicuratore può esigere il minor premio ed ha la facoltà di recedere dal contratto entro due mesi dal giorno in cui è stata fatta la comunicazione. Sul punto, v. Salandra, *Dell'assicurazione*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1996, 265; Scalfi, *Manuale delle assicurazioni provate*, Milano, 1994, 120; Gambino, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964.

rantendo in tal modo la ricomposizione dell'assetto di interessi cosi come originariamente predisposta tra le parti e pregiudicata da fatti sopravvenuti nel corso del rapporto.

Quindi, pur mancando nel nostro sistema giuridico una norma di carattere generale che disciplini la rinegoziazione [125] – figura vocata a condurre verso la prosecuzione del rapporto ampiamente diffusa nell'esperienza degli altri Paesi e che peraltro potrebbe assumere importanza pure nell'ambito dei contratti *de quibus* ed anche a prescindere dalla congiuntura attuale – la revisione del contratto è un rimedio ampiamente riconosciuto dall'ordinamento per il superamento delle alterazioni dell'equilibrio contrattuale [126] ed in tale ottica, si afferma che la rinegoziazione [127], in assenza di una clausola *ad hoc*, trovi la propria fonte nel dovere delle parti di eseguire il contratto secondo il dovere generale di buona fede [128]. In altri termini ancora, in una prospettiva contraria alla logica egoistica dell'*advantagetaking* ma caratterizzata da un approccio collaborativo [129] (definita negli

[125] L'esigenza di rinegoziare è emersa in alcune pronunce giurisprudenziale. Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Italgiure*.

[126] In tema di clausole di rinegoziazione, v. Landini, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. e impr*., 2016, 1, 179; Pignalosa, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. e comm*., 2015, 7-8, 20411; De Prato, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ*., 3, 2016, 801; Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; Costanza, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Milano, 1992, 311.

[127] In tema di rinegoziazione, v. anche Gallo, voce Revisione e rinegoziazione del contratto, in *Dig. Disc. priv., sez. civ*., *Agg*. VI, Torino, 2011; Crea, *Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, Napoli, 2013

[128] Sulla buona fede integrativa v. *ex multis* Rizzo, *L'evoluzione dell'integrazione del contratto secondo buona fede ed equità*, in *Contr. e impr*., 2018, 1, 455; Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ*., 2001, I, 537; Gallo, *Contratto e buona fede*, Torino, 2014; G.M. Uda, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 67; C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., 205. Secondo altra parte della dottrina l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziazione è da ricondurre ad una interpretazione evolutiva della regola contenuta nell'art. 1467 c.c. la quale consentirebbe di configurare il diritto della parte danneggiata dal mutamento delle circostanze esterne di mantenere in vita il contratto adeguato alla nuova situazione. Su punto, Sicchiero, *Rinegoziazione*, cit., 778.

[129] In particolare, la buona fede nell'esecuzione del contratto, espressione del principio di solidarietà *ex* art. 2 Cost. gioca un ruolo fondamentale e in funzione integrativa arricchisce il contenuto del singolo contratto, con l'estrapolazione di obblighi collaterali – di protezione, di cooperazione e di informazione – che in relazione al concreto evolversi della vicenda negoziale vanno in definitiva ad individuare la specifica regola di diritto concretamente applicabile al caso di specie ed a salvaguardare la funzione obiettiva e lo spirito del regolamento di interessi che le parti hanno inteso raggiungere. Secondo la dottrina, attribuire alla buona fede efficacia integrativa del regolamento pattizio non rappresenta deroga all'autonomia atteso che tramite la buona fede non si vuole imporre alle parti quello che le stesse non hanno voluto, ma solamente ciò che è coerente con la compiuta realizzazione del programma economico (Criscuolo, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, in, 77, il quale specifica che la buona fede "non crea essa stessa e in

ordinamenti anglosassoni di *sharing and cooperation*) nell'ambito della quale le parti devono contribuire lealmente a superare le sopravvenienze di fatto e di diritto incidenti sull'equilibrio contrattuale, la buona fede – che, appunto, attribuisce portata generale all'obbligo di rinegoziazione [130] e vincola le parti indipendentemente da una espressa previsione di una clausola di rinegoziazione [131] – impone alle parti di tenere quei comportamenti collaborativi (come, per esempio, nel contesto della trattativa rinegoziativa l'elaborazione di proposte modificative che possono essere ragionevolmente accolte dalla controparte in quanto conformi con l'assetto di interessi originariamente concordato) volti alla ridefinizione del relativo programma negoziale e che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, sono idonei a preservare gli interessi della controparte, facendo aderire il regolamento contrattuale alle reali situazioni di fatto e correggendo, in tal modo, l'attuazione del regolamento stesso e rendendolo "congruo rispetto agli interessi dei contraenti" [132].

Una volta individuata la base sulla quale giustificare l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione [133] – la cui opportunità risulta, peraltro, avvalorata anche da considerazioni di analisi economica del diritto [134] – ed a prescindere dai dubbi su come il suddetto obbligo possa realmente conciliarsi con la rigidità della disciplina vincolistica concernente i contratti di cui si tratta che impedisce di dare effettiva elasticità alla rinegoziazione stessa [135], con specifico riguardo alla normativa emergenziale occorre constatare come, nonostante il legislatore della presente pandemia non abbia espressamente previsto un dovere di ri-

---

via autonoma un nuovo fine – l'interesse tutelato – ma modella il mezzo (cioè, il comportamento) in funzione del fine concreto alla cui realizzazione si tende").

[130] In argomento, v. Sicchiero, *Rinegoziazione*, in *Dig. Disc. priv. sez. civ. Aggiornamento*, II, Torino, 2003.

[131] Castelli, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *Contratti*, 2, 2016, 185; Pignalosa, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 7-8, 2015, 411.

[132] Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine,* in *Biblioteca di diritto privato coordinata da* Rescigno, Napoli, 1996, 320.

[133] Trattandosi di un obbligo non previsto nel contratto esso si presenta come un obbligo legale ed il meccanismo che lo inserisce *ex lege* nel contratto stesso è l'integrazione.

[134] Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 385, secondo cui è più efficiente un sistema che consente la traslazione del rischio in capo al beneficiario finale della prestazione, il quale potrebbe comunque scegliere se mantenere o meno in vita il rapporto contrattuale adeguato alle nuove sopravvenienze o invece liberarsi qualora si ritenga l'affare non più conveniente, salvo ovviamente il risarcimento del danno.

[135] Si pensi, al fine di dimostrare come la rigidità della disciplina delle locazioni di immobili adibiti ad uso diverso dall'abitazione impedisce la c.d. flessibilità della rinegoziane, per esempio, a come, *rebus sic stantibus*, non sia possibile attenuare l'onere dell'indennità di avviamento di fine rapporto (qualora dovuto) a fronte della riduzione del canone di locazione.

negoziare il rapporto contrattuale pendente al momento della sopravvenuta emergenza (e quindi un obbligo delle parti di trattare al fine di ridistribuire in maniera equa (artt. 2 Cost. e 1371 c.c.), gli effetti negativi della pandemia rispetto all'assetto di interessi concordato originariamente nel contratto), tuttavia in alcune particolari fattispecie il legislatore stesso, dichiarata la sopravvenuta impossibilità della prestazione, ha previsto espressamente norme di carattere "sostitutivo" e non eliminatorio dirette appunto a garantire la prosecuzione del rapporto [136].

Ecco dunque che, accertato appunto la sussistenza dell'obbligo di rinegoziazione [137] – dovere, peraltro, caratterizzato dalla continuità atteso che ad oggi non è possibile prevedere tutti gli effetti negativi della pandemia e quindi allocare in maniera definitiva e compiuta il relativo rischio su una sola delle parti [138] – occorre verificare quali siano le conseguenze della violazione del suddetto obbligo e quindi i rimedi che ha a disposizione la controparte svantaggiata dalla sopravvenienza – (nel nostro caso, appunto, il conduttore di un bene immobile adibito ad uso commerciale che, durante il periodo di *lockdown*, abbia dovuto sospendere (totalmente o parzialmente la propria attività)) qualora subisca gli effetti della violazione del suddetto obbligo. In altri termini ancora, si tratterà di accertare se in una situazione siffatta – si pensi, sempre riportando l'attenzione al contratto che qui ci occupa, all'ipotesi in cui, finita l'emergenza, il conduttore possa sì riaprire il *business*, ma a determinate condizioni di sicurezza che rendono particolarmente gravosa la continuazione dell'affare – siano azionabili i rimedi risolutivi e risarcitori e se sia anche possibile, proprio al fine di soddisfare le esigenze dirette al mantenimento del rapporto, chiedere un intervento del giudice determinativo del nuovo assetto di interessi [139].

Con specifico riguardo alla questione posta all'attenzione, ossia l'individuazione degli strumenti avviabili dal conduttore qualora non si riesca a raggiungere un accordo modificativo per il comportamento ostruzionistico del proprietario che, per esempio, si rifiuti senza giustificato motivo di rinegoziare il contenuto del contratto di locazione, op-

---

[136] Si pensi, per esempio, all'art. 88 della legge Cura Italia che ha assegnato al contraente liberato la facoltà di fornire all'altro un "voucher" per un diverso spettacolo o per un'altra vacanza. Sempre nella stessa ottica diretta alla conservazione del rapporto si pone anche l'art. 216, comma 3 del Decreto Cura Italia nonché lo stesso art. 91 del Decreto Cura Italia. Sul punto, v. Dolmetta, *Il problema della rinegoziazione*, cit.

[137] Si pone in evidente contrasto con la tendenza a dare rilevanza alle sopravvenienze contrattuali la Cass., sez. un., 19 ottobre 2017, n. 24675, in *Guida al dir.*, 2018, 5, 23; in *Foro it. 2017, 11, I, 3274 Banca Borsa Titoli di Credito 2018, 3, II, 304*.

[138] Dolmetta, *Il problema della rinegoziazione*, cit.

[139] Bellissario, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020.

pure ancora, conduca una trattativa pur mancando una effettiva intenzione di rivedere le condizioni contrattuali (c.d. negoziazione maliziosa) [140], sicuramente attivabili ed idonei a costruire un efficace deterrente contro eventuali comportamenti abusivi del proprietario sono gli strumenti della risoluzione negoziale e del risarcimento del danno [141].

Infatti, una volta ricondotto l'obbligo di rinegoziazione nell'ambito del generale dovere di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto, seppure è vero che il ricorso ai rimedi risolutori si pongono in contrasto con il risultato che lo stesso obbligo di rinegoziazione intende evitare (*i.e.* lo scioglimento del vincolo), si deve necessariamente concludere che la violazione di un obbligo siffatto permette alla parte non inadempiente di agire, oltre che per il risarcimento del danno, anche per la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1453 c.c. [142], sempre che, ovviamente, l'inadempimento di rinegoziare sia caratterizzato dalla "gravita'" [143].

Fermo restando quanto precede, ci si interroga poi – ed è questa la questione su cu si concentra maggiormente il dibattito e su cui si vuole soffermare ora l'attenzione – se, nel

---

[140] Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr*., 2005, 560.

[141] Oltre che la tutela risolutoria, il contraente "fedele" all'obbligo rinegoziativo – trattando la modificazione del regolamento contrattuale con il massimo spirito collaborativo – può agire anche per chiedere, in via autonoma o accessoria all'azione diretta allo scioglimento del rapporto contrattuale, la tutela risarcitoria. Sul punto, v. *inter alia*, Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr*., 2003, 719; Gorni, *Le clausole di rinegoziazione*, in AA.VV., *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento risoluzione in uno scenario di crisi, Quaderni per l'arbitrato e per i contratti internazionali*, Milano, 1992, 59.

[142] Sulla possibilità di ottenere la risoluzione del contratto in caso di violazione dell'obbligo di correttezza e buona fede, v. anche la decisione della Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giust. civ*., 2008, 5, II, 1175, ove si afferma che, la violazione delle norme di comportamento dei contraenti, sia nella fase rinegoziale, sia in quella esecutiva del rapporto contrattuale genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto. Il contratto si risolve, quindi, non solo quando non viene eseguita l'obbligazione principale, ma anche quando non si rispettano tutti gli obblighi – compreso quello di buona fede – che fanno parte del regolamento negoziale nei contratti a prestazione corrispettiva (Benatti, in *Digesto*, voce *Doveri di protezione*, 221).

[143] Tale accertamento risulta non agevole posto che l'interpretazione dell'art. 1455 c.c. da ancora adito a incertezze concernenti soprattutto il riferimento alla misura della non importanza dell'inadempimento. In particolare, si afferma che ai fini dell'accoglimento della domanda risolutoria l'inadempimento deve essere apprezzato per la sua consistenza oggettiva tenendo conto del valore che l'obbligazione inadempiuta ha rispetto agli interessi previsti nel contratto.

È pertanto, anche ai fini della risoluzione del contratto di locazione ad uso commerciale, occorre non solo che l'inadempimento produca una mera modificazione dell'equilibrio contrattuale, ma anche che detto turbamento sia sostanziale e di non poco conto e che quindi realizzi ai danni del conduttore una rilevante modificazione dell'equilibrio sinallagmatico, incidendo in maniera sostanziale sull'economia negoziale originariamente concordato tra le parti.

caso in esame, ossia qualora a seguito del verificarsi di una sopravvenienza, una delle parti non rinegozi il contratto di locazione secondo il canone della buona fede (e quindi, per esempio, si rifiuti di cooperare per apprestare la propria disponibilità alla modificazione del negozio al fine di renderlo effettivamente aderente alla concreta realtà del mercato [144)] il giudice stesso, in conformità con l'interesse alla salvaguardia ed attuazione del rapporto contrattuale, su iniziativa della parte adempiente, possa o meno intervenire nella vicenda rinegoziativa con una pronuncia tramite la quale, sostituendosi all'autonomia privata [145], proceda – sulla base dei principi di ragionevolezza e proporzionalità [146] – alla rideterminazione di nuove e diverse condizioni contrattuali conformi agli equilibri stabiliti dalle parti in sede di elaborazione dello stesso regolamento negoziale [147]. In altre parole, calando la suddetta problematica nell'ipotesi di specie, si pone il problema di accertare se, a fronte di una situazione di emergenza, qualora una delle parti di un rapporto locatizio non si comporti in maniera conforme al principio di buona fede *in executivis* [148],

---

[144] Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467-1469*, in *Il codice civile commentato*, diretto da Schlesinger, Milano, 1995, 248.

[145] Sul punto, v. anche Irti, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Jus civile*, 2018, 3, 376.

[146] Villanacci, *Ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione ex officio della clausola pena,* cit., 683. Sul principio di proporzionalità, v. *inter alia*, Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torno, 2011; P. Perlingieri*, Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in Ferroni (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002.

[147] In argomento, v. Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, 266. Oltre alla tutela risarcitoria ritengono possa ammettersi anche una tutela in forma specifica, Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica-Zatti, Milano, 2001, 1047; Galgano, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2009, II, 574; Gallo, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Digesto*, IV ed., disc. priv., agg. VI, 812. V. anche Trib. Bari ord. 14 giugno 2011, in *Contr*., 2, 2016, 185, con commento di Patti, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*; Trib. Bari 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm*., 2013, 117, con nota di Patti, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*.

[148] Con riferimento alla buona fede *in executivis*, v. *inter alia*, Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, 345; C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ*., I, 1983, 205; G.M. Uda, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ. e comm*., 1992, II, 203; Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 60; Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, rist., 1975, 340; Rodotà, *Le clausole generali*, in *Giur. sist. Dir. civ. e comm*., fondata da Bigiavi, Torino, 1991, I, 405; Nanni, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. e impr*., 1994, 475; Id., *La buona fede contrattuale. I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Collana diretta da Galgano, Padova, 1988, 336; Di Majo, *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, in *Corr. giur*., 1991, 7, 791; Carbone, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corr. giur*., 1994, 5, 570; Morelli, *La buona fede come limite dell'autonomia negoziale e fonte di integrazione del*

la parte adempiente che abbia interesse alla continuazione del rapporto, oltre ai rimedi della risoluzione del contratto e del risarcimento del danno, possa o meno ottenere un intervento del giudice rideterminativo del nuovo assetto di interessi e volto a ripristinare l'equilibrio tra sfere giuridiche.

In presenza di tali circostanza, è vero che ammettere la possibilità per il giudice di modificare il contenuto del contratto *de quo*, potrebbe determinare una limitazione eccessiva dell'autonomia privata e della libertà di iniziativa economica garantita dalla Costituzione (art. 41) [149] (in contrasto con il principio per cui i rapporti tra privati devono essere regolati solamente dalle parti con esclusione di ogni altro potere di intervento [150]). Tuttavia, occorre prendere atto, in primo luogo, che come è stato sottolineato dalla Relazione della Suprema Corte n. 56 dell'8 luglio 2020, l'adeguamento del contenuto del contratto connesso all'obbligo di rinegoziare non contraddice l'autonomia privata (il giudice, infatti, ha la funzione di portare a compimento il risultato negoziale prefigurato

---

contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti, in *Giust. civ*., 1994, I, 1, 2196; Di Paola e Pardolesi, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1984, II, 1, 26.

[149] Sicchiero, *Rinegoziazione*, cit., secondo cui il contenuto del contratto appartiene alla sfera decisionale riservata ai contraenti ed un intervento di rideterminazione delle regole del rapporto, attraverso il conferimento al giudice di un potere sostitutivo, spetta solo al legislatore.

[150] Il problema si pone soprattutto qualora l'obbligo di rinegoziazione trovi la propria fonte nell'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede, oppure, nell'ipotesi in cui vi sia sì una clausola rinegoziativa ma la stessa non disciplina dettagliatamente i criteri sulla base dei quali il contratto deve essere adeguato al verificarsi di una sopravvenienza. Qualora infatti vi sia una clausola *ad hoc* dettagliata la rinegoziazione risulta un mero atto esecutivo di una volontà già precedentemente espressa tramite la predisposizione dei c.d. criteri di adeguamento e l'intervento del giudice assumerebbe una funzione meramente ricognitiva che non si sostituisce in maniera creativa all'autonomia delle parti, ma si limita a individuare una soluzione alla luce dei parametri predeterminati nel contratto anche se con alcuni margini di elasticità tecnico-valutativo. Tuttavia, al di là delle predette ipotesi – in cui, appunto, l'intervento giudiziale è ammissibile perché dal regolamento emerge come le parti abbiano voluto ripartire il rischio – all'infuori delle altre specificatamente previste dalla legge si pone il problema dell'ammissibilità o meno di una determinazione giudiziale dell'adeguamento negoziale (Cesareo, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, 51; Marasco, *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006, 189, secondo cui l'adeguamento negoziale da parte del giudice potrebbe altresì ammettersi qualora il contratto, nell'ipotesi in cui fallisca la rinegoziazione, ne rimetta la determinazione all'equo apprezzamento del terzo, atteso che in tal caso si presenterebbe una fattispecie analoga a quella prevista dall'art. 1349, comma 1, c.c. Sul punto, v. anche Cass. 14 febbraio 1986, n. 873, in *Rass. dir. civ*., 1987, I, 481). La circostanza per cui nel nostro sistema giuridico si ha difficoltà a concedere ai giudici tali poteri determinativi viene confermata anche dalla giurisprudenza che si è pronunciata in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta. Si afferma, infatti, che l'offerta prevista dall'art. 1467 c.c. deve essere precisa e concreta e costituisce comunque una scelta discrezionale della parte avvantaggiata dalla eccessiva onerosità sopravvenuta con riguardo alla quale non è permessa nessun intervento integrativo del giudice.

ab initio dalle parti, allineando il regolamento pattizio a circostanze che sono mutate) [151] ed, in secondo luogo, che, all'interno del nostro stesso ordinamento giuridico, sussistono fattispecie negoziali in relazione alle quali il giudice stesso viene chiamato ad esercitare funzioni determinative [152] e che anche la stessa giurisprudenza [153] ha talvolta riconosciuto al medesimo [154] il potere di sostituirsi, in certe circostanze, all'autonomia privata.

Senza contare che, l'accoglimento della predetta soluzione [155], secondo cui, appunto,

---

[151] Relazione della Suprema Corte n. 56 dell'8 luglio 2020, avente ad oggetto "Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale".

[152] Si pensi, per esempio, all'ipotesi in cui il giudice è tenuto a determinare il corrispettivo del contratto di appalto (art. 1657 c.c.) o a procedere alla revisione del canone enfiteutico (art. 962 c.c.).

[153] Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Riv. dir. civ*., 2010, 2, 577, sul c.d. caso Renault.

[154] Il potere del giudice di intervenire direttamente sul contratto, modificando le pattuizioni contrattuali al fine di ricondurle ad equità trova conferma anche in quell'orientamento giurisprudenziale in tema di riconducibilità d'ufficio della pena ad equità della penale che ammette la facoltà di intervento del giudice tesa a ricondurre ad un giusto equilibrio le prestazioni (Cass. S.U. 13 settembre 2005, n. 18128, in *Obbl. e contr*., 2006, 5, 415; Cass. 6 dicembre 2012, n. 21994, in *Giust. civ*., 2013, 1, I, 91; Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Mass. Giust. civ*., 2009, 9, 1331; Nanna, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, 2010, 117 e 118; Riccio, *L'equità correttiva è dunque, assurta a regola generale*, in *Contr. e impr*., 2005, 928).

L'esercizio del potere del giudice di ridurre la penale è subordinato all'assolvimento degli oneri di allegazione e prova, incombenti sulla parte, circa le circostanze rilevanti per la valutazione dell'eccessività della penale, che deve risultare *ex actis*, ossia dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo, senza che il giudice possa ricercarlo d'ufficio. V. da ultimo Cass. 19 dicembre 2019, n. 34021, in *Giust. civ. com*, 25 febbraio 2020. In senso conforme, v. Cass. 1° ottobre 2018, n. 23750, in *Giust. civ. mass*., 2018; Cass. 21 aprile 2010, n. 9504, in *Giust. civ. mass*., 2010, 4, 578; Cass. 28 marzo 2008, n. 8071, in *Diritto e giustizia online* 2008; Cass. 1° ottobre 2018, n. 23750, in *Giust. civ. mass*., 2018; Cass. 21 aprile 2010, n. 9504, in *Giust. civ. mass*., 2010, 4, 578; Cass. 28 marzo 2008, n. 8071, in *Diritto e giustizia online* 2008. La pronuncia delle Sezioni Unite del 13 settembre 2005, n. 18128 è stata oggetto di numerosi commenti, tra cui Bitetto, *Riduzione "ex officio della penale: equità a tutti i costi?*, in *Foro it*., I, 2006, 432; Di Majo, *La riduzione della penale ex officio*, in *Corr. giur*., 2005, 1534; Medici, *Controllo sulla penale "manifestamente eccessiva" ed equilibrio degli scambi contrattuali*, in *Danno e resp*., 2006, 416; Spoto, *La clausola penale eccessiva tra riducibilità di ufficio ed eccezione di usura*, in *Europa e dir. priv*., 2006, 360. In argomento, v. anche Battelli, *La riduzione della clausola penale* ex officio, in *I contratti*, 5, 2007, 487; Marini, *Clausola penale*, in *Enc. Giur*., VI, Roma, 1988; Id., *Clausola penale*, Napoli, 1988; Febbrajo, *La riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*, in *Rass. dir. civ*., 2001, 597; Perfetti, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, in *Nuova giur. civ. e comm*., 2006, 189. In argomento, v. anche Villanacci, *Ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione ex officio della clausola pena, in Jus civile*, 2017, 6, 683.

[155] Inoltre, occorre altresì considerare come, diversamente ragionando, qualora il sinallagma contrattuale venga "stravolto" dalla pandemia e la parte avvantaggiata violi gli obblighi di protezione nei confronti dell' altra, non ammette la possibilità di un intervento eteronomo del giudice di integrazione del rapporto divenuto iniquo e limitare la tutela di questa alla risoluzione ed al risarcimento del danno significherebbe demolire il rapporto contrattuale, "incanalandolo in quell'imbuto di rapporto che la clausola di buona fede e la rinegoziazione dovrebbero valere a scongiurare" (Relazione della Suprema Corte n. 56 dell'8 luglio 2020,

si permette al giudice di intervenire anche in senso modificativo sul contenuto del contratto [156] al fine di scongiurare squilibri illogici ed irragionevoli, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti [157] allo scopo di approdare a soluzioni sostanziali che abbiano come punto di riferimento la giustizia commutativa tra gli scambi, oltre che rappresentare un elemento da cui non si può prescindere per conferire effettività all'obbligo di rinegoziare [158], si pone anche in linea [159] non solo con gli orientamenti della Cassazione [160] e con le decisioni delle Corti di merito (con cui si afferma espressamente che la buona fede impone l'obbligo di rinegoziare il contenuto del contratto in caso di eventi sopravvenuti e che, se ciò non avviene spontaneamente, può provvedervi il giudice con sentenza costitutiva) [161], ma anche con l'intento dello stesso legislatore che, in diverse occasioni, ha attribuito al giudice medesimo un ruolo attivo sul governo del contratto [162], riconoscendogli, per esempio, il potere di ri-

---

avente ad oggetto "Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale").

[156] Sul punto, v. *inter alia*, anche De Mauro, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Milano, 2000, 83.

[157] Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Riv. dir. civ*., 2010, 2, 577.

[158] Sulla buona fede, v. anche Carbone, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corr. giur*., 1994, 572; Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, Digesto, IV edizione, 172; Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, 1968, 172; Alpa, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, cit., 629; Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ*., 2001, I, 537.

[159] Resta inteso che, anche al fine di evitare una eccessiva invasione della sfera dell'autonomia negoziale ad opera del giudice, la possibilità di ricorrere, in forza della clausola generale di buona fede, al rimedio che consente di ottenere con sentenza il contratto modificativo è ammesso solamente in presenza degli elementi che consentano al giudice di stabilire il contenuto dell'obbligazione che sarebbero scaturite dal corretto svolgimento della trattativa rinegoziativa, con la conseguenza che il giudice dovrà quindi raccogliere tutti gli elementi rilevanti ai fini di addivenire al risultato che le parti avrebbero raggiunto rinegoziando il contenuto in base alla clausola di buona fede.

[160] D'altra parte, anche lo stesso Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione con la relazione del 10 settembre n. 116 del 2010 ha constatato come possa "ritenersi consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il criterio della buona fede costituisce, per il giudice, uno strumento atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli interessi".

[161] Trib. Bari 31 luglio 2012, in *Foro it*., I, c. 375; Trib. Bari 14 giugno 2001, in *Contratti*, 2012, 571.

[162] Sul principio per cui al giudice è consentito intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale qualora ciò sia necessario al fine di garantire l'equo contemperamento degli interessi dei contraenti, v. *inter alia*, Cass. sez. un. 5 maggio 2016, n. 9140, in *Giur. comm*., 2017, 6, II, 983; Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Rass. dir. civ*., 2010, 2, 577. *Contra*, Cass. 30 giugno 2014, n. 14776, in *Foro it*., 2015, 3, I, 1040 ove si afferma che il potere del giudice di riduzione della penale previsto dall'art. 1384 c.c. non può essere esercitato per la caparra confirmatoria. In argomento, v. anche Corte Cost. (ord.)

condurre ad equità le clausole contrarie ai principi di correttezza e buona fede o il potere di rilevare d'ufficio la nullità [163].

In termini conclusivi dunque, se a seguito di una sopravvenienza come quella di cui si tratta, in sede di trattativa rinegoziativa i contraenti di un contratto di locazione ad uso commerciale non raggiungano un accordo e/o una delle parti abbia violato l'obbligo di rinegoziare in buona fede, il potere e dovere del giudice di intervenire al fine di consentire la prosecuzione tramite la modificazione delle relative condizioni non può essere negato [164] sulla base del principio dell'intangibilità del contratto e del ruolo giudiziale esterno rispetto al regolamento contrattuale, atteso che si tratta di "preconcetti" [165] ormai costantemente smentiti dal diritto vivente (si pensi, per esempio, a come la stessa Cassazione abbia espressamente affermato che l'intervento modificativo del giudice sul contratto non deve essere considerato eccezionale ma "semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata" [166]) e dai principi uniformi delineati a livello europeo ed internazionale [167], con la conseguenza che la tenden-

---

24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it*., 2014, 2, 382; Corte Cost. (ord.) 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it*., 2014, 7-8, I, 2035.

Sul punto, v. anche Granelli, *Autonomia privata e intervento del giudice*, cit.

[163] V. art. 7, comma 2 del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, in tema di interessi di mora nelle transazioni commerciali e l'art. 8 del d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170. Si pensi, per esempio, alle norme in tema di usura (legge 7 marzo 1996, n. 108) di subfornitura (art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192); diritti dei consumatori (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)

[164] *Contra*, Trib. Roma 29 maggio 2020, cit. ove si osserva che la circostanza per cui non sussista nel caso di specie un obbligo di rinegoziare trova conferma anche nella legislazione emergenziale ove si è prevista una ipotesi eccezionale (non applicabile analogicamente o estensivamente) in cui era possibile (ma non obbligatorio) rinegoziare il contratto (v. art. 78, comma 4-*sexies* del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito in legge 24 aprile 2020, n. 27). Inoltre, si afferma che "nell'ordinamento civilistico attuale le ipotesi di intervento giudiziale nelle condizioni del rapporto contrattuale privato rappresentano eventualità del tutto eccezionali, ed in quanto tali non potevano essere applicate né estensivamente né tantomeno analogicamente. Nella stessa direzione, La Rosa, *Le rinnovate logiche di conservazione del contratto nell'evoluzione del sistema*, in *Contr. e impr*., 4-5, 2014, 942 che richiama la normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. n. 192/2012 che ha attuato la dir. UE n. 7/2011.

[165] Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ*., 3, 2014, 845.

[166] Resta inteso che nell'applicazione della clausola di buona fede il giudice "non è chiamato a volteggiare, senza rete, nei cieli dell'etica" ma, in tale compito, deve seguire "una partitura quasi 'a rima obbligata'" atteso che "nella realtà delle singole fattispecie contrattuali, in relazione alle specifiche circostanze di tempo e di luogo in cui lo strumento negoziale è destinato ad operare" egli deve "individuare quel minimo di cooperazione e solidarietà, all'un tempo irrinunciabile ed adeguato ad evitare lo sbilanciamento degli interessi del contratto". Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Riv. dir. comm*., 2003, II, 231.

[167] In argomento, v. anche Granelli, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Jus civile*, 2018, 3, 396. Occorre infatti considerare che i poteri correttivi dell'autonomia contrattuale sono riconosciuti al giudice anche a livello internazionale (si pensi, per esempio, all'importanza assunta all'interno dell'ordina-

za espansiva dei poteri del giudice anche, in sede di rinegoziazione di un contratto come quello di cui si tratta, risulta essere in continua ampliamento ed una suo "cambiamento di rotta" è difficilmente immaginabile soprattutto alla luce di una sempre più ampia globalizzazione [168] ed esigenza di armonizzazione [169].

Ciononostante, l'accoglimento della predetta soluzione, seguita, peraltro, dallo stesso disegno di legge recante delega al Governo per la revisione del codice civile (DDL Senato 1151) [170], sacrifica l'esigenza di certezza del diritto e si pone in contraddizione con

---

mento tedesco la buona fede integrativa (sul punto, v. Izzo, *L'evoluzione dell'integrazione del contratto secondo buona fede ed equità*, cit., 466 ss.) oppure ai principi di diritto europei dei contratti (*Principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, ed. it. a cura di C. Castronovo, Milano, 2001, 361 s. e v. le valutazioni sul punto di C. Castronovo, *Un contratto per l'Europa*, ivi, XXXIX) e da ultimo all'art. 1195 *Code Civil* introdotto con la riforma entrata in vigore il 1° ottobre 2016 che ha recepito nel diritto positivo la teoria dell'i*mpresion.* Sul punto, v. *inter alia*, A. Louveau, Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif (Rennes 1920); J. Magnan De Bornier, Essai sur la théorie de l'imprévision (Montpellier 1924); v. la sintesi di J. Ghestin, Leseffetsducontrat 2, Traité de Droit Civil (Paris 1994), 310 s. Con riguardo all'atteggiamento di chiusura della giurisprudenza francese nei confronti della suddetta teoria cfr. E. Labront, L'imprévision. Étudecomparée droit public-droit privé des contrats (Paris 2016), passim. Sull'art. 1195 code civil riformato cfr. G. Chantepie-M. Latina, La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil (Paris 2016), 441 s.; Benatti, *L'imprévision nel code civil riformato*, in *Giur. it*., 2018, 1302 s.; V. Di Gregorio, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *Nuova giur. civ. e comm*., 2018, II, 392 s.; E. Tuccari, *Note sull'introduzione della "révision pour imprévision" nel codice civile francese*, in *Europa e dir. priv*., 2017, 4, 1517 nonché Id., *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018, 324 ss. e Id., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, in *Jus Civile*, 2, 465.

[168] Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione Tematica, n. 116 del 10 settembre 2010.

[169] In tema di armonizzazione, v. *inter alia*, Rolli, *Problemi e questioni sull'armonizzazione del diritto privato*, in *Riv. dir. priv*., 2018, 3, 385; Al Mureden, *L'apertura delle Sezioni Unite ai punitive damages tra limiti del diritto interno e nuove prospettive di armonizzazione*, in *Giur. comm*., 2018, 6, 1, 995. Sulla tendenza a ricercare soluzioni alternative non finalizzate alla cessazione del vincolo contrattuale ma bensi sulla prosecuzione del rapporto, v. anche il c.d. *Coronation Act 2020* che non soltanto dispone la sospensione delle procedure di sfratto per morosità fino al 30 giugno 2020 ma ha altresì' invitato i conduttori in difficoltà ad adempiere la propria obbligazione di pagamento dei canoni a mettersi temporaneamente d'accordo (c.d. *short-termworkouts*) con i proprietari al fine di conseguire una dilazione o la possibilità' di provvedere oltre i termini pattuiti (in argomento, Scaldaferri, *I contratti di locazione nel mondo anglosassone ai tempi del Coronavirus*, cit.

[170] La delega al Governo per la revisione del codice civile" (DDL Senato 1151), coerente con le considerazioni svolte dispone il "*diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti*".

Sul punto, v. anche la proposta dell'Associazione Civilisti Italiani che ha auspicato, riprendendo, in parte, un punto contenuto nel soprarichiamato DDL Senato 1151 – l'adozione di un decreto delegato che inserisca dopo l'art. 1468 c.c. un nuovo art. 1468-*bis* che consenta alla parte pregiudicata di chiedere la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali (sul punto, v. *Una riflessione e una proposta per*

l'opinione di chi sostiene che il contenuto del contratto appartenga alla sfera decisionale riservata ai contraenti ed un intervento su di esso, tramite, appunto, il conferimento al giudice di un potere sostituivo, non può che spettare solo al legislatore [171]; l'adesione ad una simile soluzione rischia poi soprattutto anche di appesantire eccessivamente il sistema giudiziario e ciò in aperto contrasto peraltro con l'obiettivo perseguito anche dal nostro stesso ordinamento volto appunto a ridurre il contezioso stesso [172].

8. – L'accresciuta consapevolezza riguardo ai rischi del ripetersi di future pandemie agevolate dall'incremento della globalizzazione, dell'urbanizzazione e del cambiamento dell'uso del suolo e del maggiore sfruttamento dell'ambiente naturale, induce ad una ulteriore riflessione circa la rilevanza dell'autonomia privata nella gestione del rischio di una sopravvenienza come quella in esame [173]; problematica questa che riveste in questa sede assoluta importanza considerato, da un lato, la rigidità della disciplina concernente la legge del 1978, n. 392 che, nella finalità di proteggere il contraente debole, finisce per porre ostacoli alla c.d. flessibilità del rapporto, e dall'altro lato, il concreto e già prean-

---

la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia, sul sito dell'Associazione, 7 s.). Critica la suddetta proposta, Dolmetta, *Il problema della rinegoziazione*, cit.

[171] Sicchiero, *Rinegoziazione*, cit., 776. Sul punto, v. anche la Relazione della Suprema Corte n. 56 dell'8 luglio 2020, avente ad oggetto "Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale", ove si specifica che l'intervento sostitutivo del giudice sembra ammissibile ogni qual volta dal regolamento negoziale emerga come le parti intendessero ripartire il rischio, fornendo al giudice i parametri diretti a ristabilire l'equilibrio negoziale. In tal modo procedendo, dunque, come è stato efficacemente osservato dalla stessa Suprema Corte, il giudice, "più che intervenire dall' esterno, opererebbe all'interno del contratto e in forza di esso, servendosi di tutti gli strumenti di interpretazione forniti dal legislatore (…) precipuamente quello disciplinato dall'art. 1366 c.c. sulla buona fede nell'interpretazione del contratto". L'obbligo di rinegoziazione implica quindi il dovere di contrarre secondo le condizioni ritenute "giuste" con riferimento al contratto originario riconsiderato alla luce dei nuovi eventi sopravvenuto e, proprio in tale ottica, l'intervento del giudice da un lato, attua la volontà delle parti rideterminandone il contenuto ma, dall'altro lato, non muta il regolamento precostituito. In altre parole, dunque, la decisione del giudice non viene presa casualmente in maniera soggettiva ed arbitraria ma deve modellarsi su elementi previsti del regolamento contrattuale stesso e di centrale importanza – ai fini della decisione – risulta essere quindi l'attività di contrattazione prima che il processo rinegoziativo di interrompa.

[172] Direttiva 2008/52/CE e Relazione della Commissione Europea al Parlamento Europeo del 28 giugno 2016. Bellissario, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020; Mandrioli-Carratta, *L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, l'arbitrato, la mediazione e la rinegoziazione assistita*, Torino, 2019; Isoni-Pascquale (a cura di), *Mediazione e conciliazione delle controversie: strumenti ADR e tecniche di rinegoziazione*, Milano, 2018; Danovi-Ferraris, *ADR: una giustizia complementare*, Milano, 2018.

[173] Sul punto, Landini, *Pandemia e autonomia privata: sopravvenienza o rischio da gestire. Piani aziendali, contratti di assicurazione,* pandemic bond, in *Giustiziacivile.com*, 4 maggio 2020.

nunciato pericolo di una c.d. "epidemia di ritorno" [174], con la conseguenza che, *rebus sic stantibus*, occorre chiedersi come le parti potranno in futuro gestire un simile evento [175] qualora si dovesse presentare una nuova eventuale (benché fortemente scongiurata) situazione emergenziale.

Nello specifico, ci si chiede, a titolo esemplificativo, se le parti di un contratto di locazione ad uso commerciale possano in futuro legittimamente rinunciare, escludendo pattiziamente, nell'ipotesi in cui fossero emanate nuove misure restrittive per fronteggiare una ulteriore emergenza, il diritto del conduttore di recedere per gravi motivi o possano introdurre – sempre con riferimento a quest'ultimo istituto – disposizioni più favorevoli per il conduttore (si pensi, per esempio, alla pattuizione che consenta la manifestazione di un recesso previa spedizione di e-mail o introduca un termine di preavviso inferiore ai sei mesi). Inoltre, nella prospettiva diretta appunto alla gestione del rischio, ci si domanda altresì se possono essere inserite nell'accordo negoziale clausole contrattuali che con riguardo alla rimodulazione del canone si pongano in senso più favorevoli al conduttore (per esempio, una pattuizione che preveda espressamente una diminuzione del canone nell'ipotesi in cui si dovesse verificare di nuovo una situazione come quella di cui si tratta) oppure se il conduttore, possa altresì rinunciare, ora per allora, al diritto di richiedere la riduzione della prestazione [176] o, sussistendone i presupposti, di ricorrere alla presupposizione, accollandosi quindi interamente il rischio dell'evento sopraggiunto.

Al riguardo, con specifico riferimento al diritto di recesso, occorre constatare come, data la portata percettiva dell'inciso "indipendentemente dalle previsioni contrattuali" contenuto nell'art. 27 ultimo comma della legge n. 392/1978, le parti non possono escludere convenzionalmente il predetto diritto del conduttore, posto che una esclusione legale di tale diritto deve dunque considerarsi nulla *ex* art. 1418, comma 1. No solo, ma posto

---

[174] Sul punto, v. *https://www.ansa.it/canale_saluteebenessere/notizie/sanita/2020/03/20/epidemiologo-rischio-alto-di-un-ritorno-dellepidemia-di-coronavirus_6b9a99e1-cb5c-4c88-a58d-e5f892e3716a.html*, ove si afferma che sussiste un alto rischio di ritorno dell'epidemia di Coronavirus.

[175] Sul tema di come gestire il rischio di pandemie in via di autonomia privata tramite determinate previsioni contrattuali e su come prevedere specifici strumenti di gestione del rischio, v. Landini, *Pandemia e autonomia privata: sopravvenienza o rischio da gestire. Piani aziendali, contrateti di assicurazione,* pandemic bond, in *Giustizia civile.com*, 4 maggio 2020.

[176] Sulle clausole di gestione del rischio, v. tra i tanti, La Rosa, *Clausole di gestione delle sopravvenienze e giudizio di vessatorietà*, cit., 239; Gasparro, *In tema di* leasing *finanziario e di inversione del rischio contrattuale*, in *Giur. it*., 2009, 7, 1667; Berti De Marinis, *Le clausole di inversione del rischio nei contratti di locazione finanziaria*, in *Riv. giur. sarda*, 2014, 2, 281. Sulla validità de clausole di irresolubilità del contratto, v. *ex multis*, Gallarati*, Il contratto irresolubile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola "Exclusiveremedy" nell'economia delle parti*, in *Contr. e impr*., 2016, 4-5, 1022 ss.; Bertino, *Sulla validità di una clausola di irresolubilità' del contratto per inadempimento*, in *Nuova giur. civ. e comm*., 2013, 536.

che la portata imperativa della disposizione in commento dipende dalla sua stessa formulazione e non dal collegamento con l'art. 79, ult. comma, l. n. 392/1979, la predetta disposizione è quindi sottratta a qualunque tipo di deroga anche ove quest'ultima si riveli più favorevole al conduttore, con la conseguenza che non sono ammesse neanche pattuizioni che, riguardo al recesso per gravi motivi, comportino un maggiore vantaggio per il conduttore stesso (come, per esempio, potrebbero essere, appunto, quelle che consentono la manifestazione di un recesso previa spedizione di e-mail o introducono un termine di preavviso inferiore ai sei mesi) [177].

Per quanto concerne invece la seconda questione prospettata, ossia la possibilità di introdurre una clausola con cui si adegua il canone in senso favorevole al conduttore nell'ipotesi in cui si dovesse ripresentare l'emergenza, occorre osservare come le clausole di variazione del canone di locazione di un bene immobile ad uso non abitativo sono valide quando mirano obiettivamente ad adeguare il canone alla concreta capacità produttiva di reddito dell'immobile; ecco dunque che sotto tale profilo nessun dubbio dovrebbe suscitare una clausola con cui le parti dispongono la riduzione del canone in misura aderente alle concrete e specifiche esigenze del conduttore [178]. Inoltre, se possono essere considerate legittime le clausole che colleghino l'aumento del canone al raggiungimento di un certo obiettivo di fatturato o di utile del conduttore (come, per esempio, pattuizioni che annettano l'aumento a eventi esterni e futuri non dipendenti dal locatore ma comunque incidenti sull'appetibilità commerciale del cespite) non è revocabile in dubbio, anche alla luce del principio generale della libera determinazione convenzionale del canone locativo per gli immobili destinati a uso non abitativi e della legittimità della clausola in cui venga pattuita l'iniziale predeterminazione del canone in misura differenziata e crescente per frazioni nell'arco del rapporto [179], la possibilità di ammettere clausole prevedenti l' aggiornamento in negativo del canone di locazione qualora la variazione sia appunto ancorata ad elementi predeterminati ed idonei ad influire sull'equilibrio del sinallagma contrattuale [180].

---

[177] Zaccaria, *Commentario breve alla disciplina delle locazioni immobiliar*i, cit., 175

[178] Nel senso della legittimità della clausola con cui si preveda una riduzione iniziale del canone annuo pattuito per agevolare il conduttore nel primo periodo della sua attività economica. Cass. 13 febbraio 1992, n. 1738, in *Arch. Loc*., 1992, 544; Cass. 25 maggio 1992, n. 6246, in *Re. Giur. it*., 1992, che giunge ad analoga conclusione con riguardo ad una clausola che fissa il canone in misura crescente nel tempo commisurandolo ai vantaggi che il godimento presumibilmente assicurerà. Gabrielli, Padovini, *La locazione di immobili urbani*, cit., 362.

[179] Cass. 26 settembre 2019, n. 23986, in *Guida al dir*., 2019, 44, 66.

[180] Trib. Roma 6 maggio 2019, n. 9538, in *Redazione Giuffrè*, 2020.

Con riferimento invece all'ultima questione sopra prospettata circa la possibilità o meno per il conduttore di rinunciare al diritto di chiedere la riduzione del canone qualora si dovesse verificare un evento come quello di cui si tratta che rendesse temporaneamente impossibile utilizzare il bene locato oppure di rinunciare di ricorrere alla presupposizione al fine di fare caducare il vincolo contrattuale qualora ne ricorrano i presupposti, occorre considerare che, seppure è vero che la *ratio* della legislazione speciale è quella di apprestare una forte tutela a favore del conduttore di un bene immobile adibito ad uso commerciale [181] (*ratio* che, per inciso, potrebbe suscitare qualche perplessità dato anche che, nel caso di specie, il conduttore è esso stesso un imprenditore e quindi non si comprende pienamente per quale valida ragione debba essere trattato come la parte debole del contratto), tuttavia, cosi come per quanto concerne le clausole in deroga agli artt. 1463 e 1467 c.c., anche con riferimento all'art. 1464 c.c. rappresenta orientamento ormai consolidato quello secondo cui le suddette norme abbiano natura dispositiva [182] e quindi possano essere oggetto di preventiva disposizione abdicativa [183], atteso che le parti possono distribuire i rischi dell'impossibilità in maniera differente da come disposto dalla

[181] Si pensi, a tal riguardo, e solo a titolo esemplificativo all' art. 79 della legge n. 392/1978 che attua una più ampia tutela del conduttore, comprendendo la nullità non solo delle clausole volte alla maggiorazione del canone, ma anche di quelle dirette ad attribuire altro vantaggio economico e normativo, tanto che tutte le norme sono derogabili solamente in seno favorevole al conduttore. Con specifico riguardo alla legge 392/1978, pensi, per esempio, al diritto all'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale (art. 34) o alla facoltà di cedere il contratto o sublocare senza il consenso del locatore in caso di vendita o affitto dell'azienda (art. 36) al diritto di prelazione in caso di vendita (38-40); oppure ancora a quell'orientamento che, pure prendendo atto che nell'ambito della disciplina di cui ala l. n. 92/1978 la misura del canone quale corrispettivo delle locazioni ad uso abitativo è rimessa alla libera autodeterminazione delle parti, ritiene nulla la pattuizione che preveda, nel corso del rapporto, veri e propri aumenti del canone, con la conseguente possibilità per il conduttore di non corrispondere gli aumenti non dovuti. In argomento, v. *ex multis*, Gabrielli – Padovini, *La locazione di immobili urbani*, 2° ed., Padova, 2005; De Giorgi, Maffei, Marvasi (a cura di), *Le locazioni. Profili sostanziali, processuali e della nuova mediazione*, Padova, 2015, 109, Zaccaria, *Commento all'art. 79 della legge 27 luglio 1978, n. 392*, in *Commentario breve alla disciplina delle locazioni immobiliari*, Padova, 2017, 373 ss.

[182] Delfini, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., 199; C. M. Bianca, *Diritto civile*, IV, cit., 403; in giurisprudenza, Cass. 2 agosto 1995, n. 8464, in *Foro it*., 1995, I, c. 173; Trib. Roma 7 novembre 1994, in *Gius*., 1995, 448; Cass. 29 gennaio 1976, n. 275, in *Giur. it*., 1976, I, 1306.

[183] Sulla derogabilità convenzionale della disciplina dell'impossibilità sopravvenuta v. la giurisprudenza che si è formata in materia di contratto di *leasing* in particolare in tema di validità delle clausole di inversione del rischio. Cass. 2 agosto 1995, n. 8464, in *Foro it*., I, c. 173. Sulla nullità delle clausole che accollano *tout court* all'utilizzatore il rischio della mancata consegna del bene per contrarietà con il principio di buona fede (art. 1375 c.c.) v. Cass. 30 giugno 1998, n. 6412, in *Rep. Foro.it*., 1998, voce *Contratto in genere*, nn. 299, 302, 308; Cass. 2 ottobre 1998, n. 9785, in *Rep. Foro.it*, 1998, voce *Contratto in generale*, n. 307; e sulla piena validità delle clausole di accollo all'utilizzatore del rischio del perimento del bene dopo la consegna Cass. 19 febbraio 2008, n. 4235, in *De jure*; Cass. 14 ottobre 2011, n. 21301, in *Rep. Foro. it*, 2011. In argomento, v. da ultimo, App. Firenze, 17 giugno 2019, n. 1456, in *De Jure*.

normativa codicistica [184]; ne deriva che, nell'ambito della autonomia dei contraenti, è possibile ammettere una modifica consensuale alla normativa stessa – compreso, appunto, quella di rinunciare al diritto alla riduzione della prestazione o alla possibilità di fare scegliere il vincolo ricorrendo alla presupposizione – atteso che, con le suddette disposizioni il legislatore ha provveduto, non già ad apprestare tutela ad interessi superiori, ma bensì a bilanciare gli interessi dei privati [185].

In altri termini ancora, nella prospettiva diretta a valorizzare l'autonomia privata [186], se è ammesso regolare le conseguenze delle sopravvenienze con apposite clausole ridistributive del rischio (si pensi, per esempio, alle clausole di indicizzazione che nell'ipotesi in cui si verifichi un sopravvenuta riduzione del potere di acquisto della moneta preceda all'aumento della quantità di moneta dovuta) e tenuto conto della circostanza per cui, nel nostro sistema giuridico, in determinate circostanze, è possibile rinunciare all'esercizio di un proprio diritto (si pensi, per esempio, l'artt. 1487 e 1488 c.c. ove, in tema di modificazione o esclusione convenzionale delle garanzia dell'evizione, si stabilisce che i contraenti possono aumentare o diminuire gli effetti della garanzia o possono altresì pattuire che il venditore non sia soggetto a garanzia alcuna) sarebbe contrario al principio di ragionevolezza [187] non ritenere valide anche quelle clausole di distribuzione del rischio che stabiliscano che, a fronte di una certa sopravvenienza, non si applichi il rimedio previsto dalla legge a favore della parte gravata [188].

In tale ottica, quindi, occorre considerare anche come l'autonomia privata possa esprimersi sia nel senso di rendere aleatorio un contratto appartenente ad un tipo astrattamente commutativo – come, peraltro, consente l'art. 1469 c.c. nella parte in cui am-

---

[184] Sacco, *Il contratto*, cit., 654; Luminoso, *I contratti tipici ed atipici*, in *Tratt. di dir. priv*., a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, 77; Cass. 20 dicembre 1977, n. 5592, in *Giust. civ*., 1978, I, 1886. *Contra*, Zaccheo, *Rischio e sopravvenienze*, Roma, ed. provv., 1994, 69; De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, 349.

[185] Trimarchi, *Il contratto: inadempimenti e rimedi*, cit., 22.

[186] In argomento, v. Gallo, *Trattato del contratto*, t. III, *I rimedi la fiducia l'apparenza*, Torino, 2010, 2363. In senso contrario, Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice*, in *Contr. e impr*., 2005, 539.

[187] Sul principio di ragionevolezza, v. *retro*.

[188] A conferma del predetto assunto si pensi anche a come il codice civile faccio riferimento alla ripartizione del rischio tra le parti contraenti ed alla possibilità di contrarre a "proprio rischio e pericolo". Si pensi per esempio all'art. 765 c.c. in materia di vendita del diritto ereditario fatta al coerede ove si prevede che l'azione di rescissione non è ammissibile contro la vendita del diritto ereditario fatta senza frode a uno dei coeredi a suo rischio e pericolo da parte degli altri coeredi o di uno di essi. Al riguardo, si consideri anche l'art. 1637 c.c. in materia di accollo dei rischi dell'affittuario oppure 2254 c.c. in materia di assunzione del rischio del socio conferente. Sul punto, v. anche Landini, *Pandemia e autonomia privata*, cit.

mette il contratto aleatorio per volontà delle parti – sia estendendo il rischio economico, ossia l'alea normale connesso al contratto concreto che conserva in tal modo inalterato il suo carattere commutativo [189]; ecco dunque allora che, proprio in questa prospettiva, volta, appunto, a valorizzare il potere dei privati di determinare liberamente il contenuto del negozio nei limiti imposti dalla legge, le parti possono anche disporre una diversa regolamentazione degli effetti dello scioglimento del contratto o escluderne l'applicabilità con riguardo a determinati eventi [190] o anche – come nelle ipotesi di cui si tratta – rinunciare di comune accordo al diritto di chiedere la riduzione del canone, decidendo quindi di accollare il rischio del verificarsi dell'evento "pandemia" su una delle parti.

Vero è che l'accoglimento di tale impostazione potrebbe porsi in contrasto con la tutela degli equilibri degli scambi, ciononostante, la protezione dei predetti principi non può essere spinta a tal punto da sacrificare totalmente la volontà delle parti, soprattutto qualora la stessa sia stata palesata in maniera inequivoca in un contratto con una pattuizione espressa [191]. Dette considerazioni trovano poi conferma specialmente nel caso in esame dove la suddetta clausola si inserirebbe all'interno di una negoziazione isolata tra soggetti di cui la parte debole – quindi il conduttore – è comunque esso stesso un imprenditore. Infatti, cosi come per il patto di irresolubilità, anche per quelli che hanno ad oggetto la derogabilità dell'art. 1464 c.c. una restrizione del raggio di azione della autonomia privata non può essere ammessa nell'ipotesi in cui l'accordo sia frutto di una negoziazione tra parti che operano sullo stesso piano atteso che, in tale caso, l'accordo stesso deve ritenersi valida espressione dell'autonomia privata [192].

Infine, sempre a dimostrazione di come debbano essere accolte con favore clausole di ridistribuzione del rischio anche nell'ipotesi che qui interessa, ossia all'interno di un contratto di locazione ad uso commerciale, si consideri altresì come l'accoglimento della tesi che sponsorizza il ricorso al giudice nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di rinegoziare – attribuendo peraltro al giudice stesso poteri modificativi ed integrativi sull'accordo delle parti cosi come predisposto in origine – conduca ad una difficilmente prevedibile alea giudiziale che varia nel singolo caso concreto; proprio per tali ragioni –

---

[189] Delfini, *Autonomia e contratto*, cit.

[190] Cass. 23 giugno 1984, n. 3694, in *Giust. civ.*, 1985, I, 93.

[191] Si pensi, per esempio, come in materia di limitazione della garanzia per evizione, la giurisprudenza abbia affermato che ogni limitazione deve risultare da una pattuizione espressa ed inequivoca e quindi mediante una clausola specifica con cui risulta l'intento di aumentare, diminuire od escludere gli effetti della garanzia (Trib. Velletri, 21 aprile 2020, n. 654, in *Redazione Giuffre*, 2020; Cass. 9 gennaio 2013, n. 314, in *Guida al dir.*, 2013, 16, 59).

[192] Delfini, *Autonomia privata e contratto*, cit., 295.

ossia visto come l'adesione ad un tale orientamento comporta un incremento del potere attribuito all'autorità giudiziaria che conduce a soluzioni applicative non completamente prevedibili *ex ante* – occorre concedere ancor più spazio all'autonomia privata qualora fin dal momento della conclusione del negozio intenda precludere il ricorso alle norme di cui si tratta [193]. In altri termini ancora, se si conferisce al giudice la possibilità di adeguare il regolamento contrattuale cosi come lo stesso sarebbe stato modificato qualora la trattativa rinegoziativa fosse stata condotta secondo il canone della buona fede, ecco allora che, anche alla luce della generale esigenza diretta ad alleggerire il contenzioso giudiziale ed al fine di non sacrificare eccessivamente l'esigenza della certezza del diritto, sulla base del quale ogni persona deve essere posta in condizione di valutare e prevedere, in base alle norme generali dell'ordinamento, le conseguenze giuridiche della propria condotta al fine di garantire la libertà dell'individuo e l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, occorre anche attribuire specifica rilevanza al potere dei privati di regolare autonomamente i propri interessi che sia esplicitata in una clausola di ridistribuzione del rischio e ciò pure nell'ipotesi in cui, per esempio, con detta pattuizione le parti rinuncino (inequivocabilmente ed espressamente), ora per allora, al proprio diritto qualora si dovesse verificare un fenomeno – come, appunto, quello di cui si tratta – che ha proprio l'effetto di scardinare l'equilibrio del rapporto.

[193] Delfini, *Autonomia privata e contratto*, cit., 320.

CASSAZIONE CIVILE SEZ. I, 26/09/2019, n. 24044

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA CIVILE

Omissis...

FATTI DI CAUSA

D.G.P., P.A. e P.R. propongono ricorso con tre motivi nei confronti della Banca Promos SPA, che replica con controricorso corroborato da memoria, chiedendo la cassazione della sentenza della Corte di appello di Napoli pronunciata in controversia concernente l'opposizione al decreto ingiuntivo n. 6989/2015 ottenuto dalla stessa banca relativamente ad un credito di Euro 651.976,75= maturato a titolo di saldo del residuo mutuo chirografario di Euro 1.000.000,00= nei confronti di A.DI.S. dei Fratelli P. SNC e degli appellanti nella loro qualità di fideiussori della società. Sono rimasti intimati B.S., D.G.M., Po.An., P.E.

Gli attuali ricorrenti, nella qualità di fideiussori unitamente agli altri fideiussori P.E., Po.An., B.S. e D.G.M., avevano proposto opposizione al decreto ingiuntivo sostenendo che il contratto di fideiussione era nullo per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa: a loro dire la Banca aveva concesso il mutuo non per finanziare la società richiedente, ma per estinguere preesistenti debiti della società verso la stessa banca mutuante. Il Tribunale aveva respinto l'opposizione.

Nel corso del giudizio di appello, i fideiussori appellanti avevano anche eccepito la nullità delle fideiussioni segnatamente deducendo che le dichiarazioni fideiussorie, predisposte unilateralmente dalla banca e sottoscritte dagli appellanti in forma di negozio unilaterale in data 8/7/2013, erano nulle perché riproducevano le Norme Bancarie Uniformi (di seguito, NBU), da qualificarsi come intese illecite l. n. 287/1990, *ex* art. 2 con l'effetto che la nullità delle intese si ripercuoteva sugli atti negoziali (le fideiussioni in esame) nei quali erano state, pedissequamente recepite.

La Corte territoriale ha respinto l'appello.

Innanzi tutto ha disatteso l'eccezione di nullità totale delle fideiussioni, per contrarietà alla Legge anti trust n. 287 del 1990.

In particolare la Corte di appello ha ritenuto "Nel caso in esame, sebbene effettivamente nel contratto di fideiussione stipulato tra gli appellanti e la Promos, siano presenti le clausole sopra riportate (2, 6 e 8) riproducenti nella sostanza il contenuto delle clausole ABI, dichiarate illegittime dall'Autorità Garante, tuttavia la nullità delle stesse non può condurre ad una declaratoria di nullità dell'intero contratto, in mancanza di allegazione che quell'accordo, in mancanza delle dette clausole, non sarebbe stato concluso. Ne consegue che, benché le clausole 2, 6 e 8 del contratto di fideiussione siano nulle, il contratto è tuttora valido ed esistente tra le parti." (fol. 4 della sent. imp.).

Sotto altro profilo la Corte partenopea ha escluso che il contratto di finanziamento intercorso tra la banca e la società potesse essere qualificato come mutuo di scopo, in quanto l'art. 3 prevedeva "la Società dovrà utilizzare il finanziamento allo scopo di approvvigionamento scorte", tale indicazione non coinvolgeva l'interesse dell'istituto finanziario, di guisa che non si ravvisava un accordo programmatico tra le parti in favore della banca, quanto piuttosto l'esclusivo interesse del mutuatario e non si ravvisava la presenza dello scopo nella struttura causale del negozio.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.1. Con il primo motivo si denuncia la violazione e/o falsa applicazione e/o falsa interpretazione dell'art. 115 c.p.c.

I ricorrenti si dolgono che la Corte di appello nell'esaminare l'eccezione di nullità della fideiussione si sia focalizzata sul parere dell'Autorità Garante, che aveva riconosciuto la violazione della L. n. 287 del 1990, art. 2 esclusivamente per le clausole nn. 2, 6 ed 8 delle NBU, ponendo a fondamento della decisione "una prova documentale palesemente diversa da quella valorizzata dagli attuali ricorrenti" laddove essi avevano ricondotto l'eccezione di nullità all'ordinanza di questa Corte n. 29810/2017, che – a loro parere aveva qualificato le Norme Bancarie Uniformi ABI in materia di fideiussione in toto come "intese vietate" perché contrarie alla L. n. 287 del 1990, art. 2 (fol. 6/7 del ricorso).

1.2. Il motivo è inammissibile.

1.3. Invero, a prescindere dall'interpretazione propugnata circa il decisum contenuto nell'ordinanza n. 29810/2017, va osservato che il provvedimento giudiziario in questione è stato reso tra parti del tutto diverse da quelle che compaiono nel presente giudizio ed in relazione a distinte ed autonome vicende giudiziarie – di talché nemmeno sarebbero stati invocabili gli effetti *ex* art. 2909 c.c. – ed integra un precedente giurisprudenziale a valenza nomofilattica che, pertanto, non poteva assumere alcuna efficacia probatoria nel giudizio di merito.

Va, peraltro osservato, che – contrariamente a quanto sembrano suggerire i ricorrenti – la Corte di appello ha preso in esame la pronuncia in questione nel corso della articolata motivazione.

2.1. Con il secondo motivo si denuncia la violazione e/o falsa applicazione e/o falsa interpretazione della L. n. 287 del 1990, art. 2 e dell'art. 1419 c.c., nonché del principio di diritto enunciato con l'ordinanza della S.C. n. 29810/2017.

I ricorrenti si dolgono che la Corte di appello, interpretando ed applicando in maniera riduttiva il precedente richiamato, abbia dichiarato la nullità di singole clausole e non dell'intero contratto di fideiussione, da ritenersi invece nullo perché concluso in applicazione di intese illecite concluse "a monte", tali dovendosi ritenere le NBU dell'ABI in materia di contratti di fideiussione contenenti clausole contrarie a norme imperative.

A parere dei ricorrenti la Corte di appello ha errato nel valorizzare il Provvedimento n. 55 del 2/5/2005 della Banca d'Italia, che limitava la lesività anticoncorrenziale esclusivamente alle clausole 2, 6 ed 8 della NBU, nel caso in cui non fosse emerso che in mancanza di quelle clausole il contratto non sarebbe stato concluso (art. 1419 c.c., comma 1); secondo i ricorrenti dall'ordinanza n. 29810/2017 si evince, invece, che la nullità delle NBU, qualificate come intese illecite e vietate dalla L. n. 287 del 1990, art. 2 travolge l'intero contratto fideiussorio.

Infine osservano che la prova circa la rilevanza delle clausole in merito alla conclusione del contratto risulterebbe impossibile, atteso che dette clausole venivano riprodotte dalla banca nel singolo contratto e la concessione del finanziamento era condizionata alla firma del contratto fideiussorio.

2.2. Il motivo è infondato.

2.3. Come già affermato da questa Corte "La Legge "antitrust" 10 ottobre 1990, n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata, tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti. Pertanto, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto "ex" art. 2043 c.c., il consumatore finale, che

subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione "a monte", ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 33 azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello." (Cass. Sez. U. 2207 del 20/2/2005), così sottolineando la differenza che ricorre tra gli accordi a monte, e cioè le intese, – oggetto di valutazione in merito alla illiceità per violazione della normativa antitrust e sanzionate dalla nullità – ed i contratti stipulati a valle, in relazione ai quali può essere esercitata l'azione risarcitoria.

In proposito, quanto agli effetti della nullità di un'intesa, questa Corte ha già avuto modo di chiarire che "Dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 2 non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti." (Cass. n. 9384 del 11/06/2003; in tema Cass. n. 3640 del 13/02/2009; Cass. n. 13486 del 20/06/2011).

Questi principi trovano conferma anche nella recente ordinanza, richiamata dai ricorrenti, la secondo la quale, "In tema di accertamento del danno da condotte anticoncorrenziali ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 2 spetta il risarcimento per tutti i contratti che costituiscano applicazione di intese illecite, anche se conclusi in epoca anteriore all'accertamento della loro illiceità da parte dell'autorità indipendente preposta alla regolazione di quel mercato." (Cass. n. 29810 del 12/12/2017).

Va tuttavia rimarcato che tale ultima pronuncia non risulta del tutto pertinente, atteso che affronta il peculiare tema della ricaduta degli effetti del provvedimento della Banca di Italia del 2 maggio 2005 sui contratti stipulati prima del maggio 2005, mentre il contratto in esame venne stipulato nel 2013. Inoltre – contrariamente a quanto propugnano i ricorrenti (fol. 8 del ricorso) – dalla motivazione di detta ordinanza non può farsi discendere, né si può presumere la qualificazione tout cairt delle "Norme Bancarie Uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione" quali intese illecite, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative, né la nullità in toto del contratto di fideiussione di cui si discute: in disparte dalla mancanza di specificità del motivo circa il puntuale contenuto delle norme cui si intende far riferimento diverse dalla clausole 2, 6 e 8, tale assunto non appare affatto né preliminare, né logicamente conseguenziale

al tema trattato nell'ordinanza che – si ribadisce concerne la efficacia temporale del provvedimento della Banca d'Italia, così come esattamente ritenuto anche dalla Corte di appello partenopea (fol. 13 della sent. imp.), e non già il complessivo apparato delle NBU in tema di fideiussione.

Tornando al caso in esame, va quindi osservato che, avendo l'Autorità amministrativa circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle NBU trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di dette intese (fol. 3 della sent. imp.), ciò non esclude, ne è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 c.c. e ss. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c., come avvenuto nel presente caso, laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite.

Non merita condivisione il profilo di doglianza relativo alla impossibilità di provare la decisività delle clausole ai fini della conclusione del contratto, in ragione della predisposizione unilaterale dello schema contrattuale da parte della banca: in disparte dalla assertività della censura, risulta decisiva la preliminare considerazione che le clausole in questione erano funzionali all'interesse della banca e non dei fideiussori e che quindi, logicamente, solo la banca avrebbe potuto dolersi della loro espunzione.

Va osservato in proposito che la decisione della Corte di appello, che ha ritenuto di preservare la dichiarazione fideiussoria espungendo le clausole frutto di intese illecite, favorevoli alla banca, che non incidevano sulla struttura e sulla causa del contratto, non ha pregiudicato la posizione dei garanti, che risulta meglio tutelata proprio in ragione della declaratoria di nullità parziale.

3.1. Con il terzo motivo si denuncia la violazione e/o falsa applicazione e/o falsa interpretazione dell'art. 1176 c.c. e dell'art. 1418c.c., nonché dell'art. 183 c.p.c., comma 7, in merito alla statuizione che ha escluso che il contratto di finanziamento in esame potesse qualificarsi come "mutuo di scopo".

3.2. Il motivo è inammissibile.

3.3. La doglianza, proposta come violazione di legge, sostanzialmente sollecita un diverso esame di una serie di elementi concernenti i risalenti ed articolati rapporti intercorsi tra la banca, la società ed i fideiussori, che involgono un sindacato di fatto.

In proposito, da un lato va rimarcato che, in merito alle circostanze riferite nel motivo, non è dato sapere, per difetto di specificità, nemmeno se ed in che termini siano state sottoposte ai giudici di merito; dall'altro che la doglianza avrebbe dovuto essere formulata, ove ne ricorressero i presupposti, come vizio motivazionale, prospettando fatti deci-

sivi non esaminati, diversi da quelli accertati dalla Corte di appello e posti a fondamento della decisione sul punto.

4.1. La richiesta di valutare la natura temeraria della lite, con conseguente liquidazione equitativa del danno, formulata dalla controricorrente, va respinta.

4.2. Invero per la richiesta condanna è necessario l'accertamento, in capo alla parte soccombente, della mala fede (consapevolezza dell'infondatezza della domanda) o della colpa grave (per carenza dell'ordinaria diligenza volta all'acquisizione di detta consapevolezza) – venendo in considerazione, a titolo esemplificativo, la pretestuosità dell'iniziativa giudiziaria per contrarietà al diritto vivente ed alla giurisprudenza consolidata, la manifesta inconsistenza giuridica delle censure in sede di gravame ovvero la palese e strumentale infondatezza dei motivi di impugnazione (Cass. Sez. U. n. 22405 del 13/09/2018; cfr. anche Cass. n. 7901 del 30/03/2018) – e, nel presente caso, tali presupposti non ricorrono.

5. In conclusione il ricorso va rigettato.

Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza nella misura liquidata in dispositivo.

Si dà atto della sussistenza dei presupposti di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater.

P.Q.M.

– Rigetta il ricorso;

– Condanna i ricorrenti in solido alla rifusione delle spese del giudizio di legittimità che liquida in Euro 8.000,00=, oltre ad Euro 200,00= per esborsi, alle spese generali liquidate forfettariamente nella misura del 15% ed agli accessori di legge;

– Dà atto, ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, il 4 aprile 2019.

Depositato in Cancelleria il 26 settembre 2019

JUS CIVILE

PIETRO LIBRICI

Dottore di ricerca in Diritto privato – Università di Palermo

CLAUSOLE ABI E NULLITÀ DEL CONTRATTO DI FIDEIUSSIONE. ANCORA SULL'INVALIDITÀ DEI CONTRATTI "A VALLE" PER CONTRASTO DELLE "NORME BANCARIE UNIFORMI" CON LA DISCIPLINA ANTITRUST

SOMMARIO: *1. Il caso. – 2. I precedenti. – 3. Le ragioni della nullità del contratto a valle. – 4. La nullità è solo parziale? – 5. Rimedio risarcitorio e rimedio invalidativo: alternativa o cumulo?*

1. – Con la sentenza che si annota [1] la prima Sezione della Corte di Cassazione torna ad occuparsi della sorte dei singoli contratti "a valle", conclusi tra le banche e i singoli propri clienti, che recepiscano nel loro contenuto le "norme bancarie uniformi".

Nel caso di specie, nel corso del giudizio di appello, e precisamente all'udienza di discussione *ex* art. 281-*sexies* cod. proc. civ., gli appellanti, nella qualità di fideiussori, avevano eccepito la nullità totale delle fideiussioni predisposte unilateralmente dalla banca e da essi sottoscritte in forma di negozio unilaterale in data 8/7/2013, in quanto riproducevano le Norme Bancarie Uniformi (di seguito, NBU), da qualificarsi come intese illecite *ex* art. 2, l. n. 287/1990, con l'effetto che la nullità dell'intesa si ripercuoteva sugli atti negoziali nei quali era stata pedissequamente recepita.

L'illegittimità delle clausole era stata accertata infatti dalla Banca d'Italia – all'epoca investita delle funzioni di autorità garante della concorrenza nel settore bancario – che aveva concluso la propria istruttoria sui modelli contrattuali in questione rilevando che gli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale tipo predisposto dall'ABI "contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto" con l'art. 2, comma 2, lett. *a*), l. 10 ottobre 1990, n. 287" [2].

[1] Cass. 26 settembre 2019, n. 24044 in *Banca dati Pluris*.

[2] Banca d'Italia, Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 "ABI – Condizioni generali di contratto per la

La Corte d'appello partenopea, sebbene effettivamente nel contratto di fideiussione sottoscritto dagli appellanti fossero presenti clausole riproducenti nella sostanza il contenuto delle clausole ABI, dichiarate illegittime dall'Autorità Garante, aveva respinto l'eccezione di nullità totale delle fideiussioni rilevando che, in assenza di allegazione che quell'accordo, in mancanza delle dette clausole, non sarebbe stato concluso, la nullità delle stesse non poteva condurre ad una declaratoria di nullità dell'intero contratto. I fideiussori proponevano ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte di Appello di Napoli sostenendo che dovesse invece dichiararsi la nullità totale delle fideiussioni.

2. – Sono trascorsi quasi due anni da quando la stessa Prima Sezione della Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 29810 del 2017, seppur in un evidente *obiter dictum* rispetto all'errore di diritto imputato alla corte territoriale, ha ritenuto nulle per violazione dell'art. 2 della legge antitrust le fideiussioni *omnibus* bancarie predisposte sullo schema ABI[3], contenenti clausole di deroga agli artt. 1941, 1939 e 1957 cod. civ., frutto di una "intesa vietata", ravvisando dunque nella fattispecie un caso di nullità derivata del contratto a valle. Sulla scorta dei principi enunciati dalla Suprema Corte nella richiamata or-

---

Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie". Le clausole censurate, contenute nei moduli di fideiussioni predisposti dalle banche per obbligazioni anche future (c.d. fideiussioni omnibus) seguendo lo schema di contratto predisposto dall'ABI, sono quelle che hanno il seguente contenuto materiale: 1) "il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo" (deroga alla disciplina fallimentare e al 1941 cod. civ.); 2) "qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate" (deroga all'art. 1939 cod. civ.); 3) "i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato" (deroga all'art. 1957 cod. civ.).

[3] V. Cass. 12 Dicembre 2017 n. 29810, in *Foro it.*, 2018, 1, I, 152 la quale ha affermato il principio di diritto secondo cui: "in tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dalla l. n. 287/1990, art. 2, la stipulazione «a valle» di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse «a monte» (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato [nella specie, per quello bancario, la Banca d'Italia, con le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi della l. n. 287/1990, artt. 14 e 20, (in vigore fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la l. n. 262/2005, a far data dal 12 gennaio 2016)] a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza".

dinanza una parte della giurisprudenza si è orientata per la declaratoria di nullità totale del contratto [4].

In alcune pronunce, a sostegno di tale conclusione, si è rilevato che, non potendosi ricostruire la "volontà del fideiussore", dal momento che le parti dell'intesa "a monte" non coincidono con quelle che negoziano il contratto a "valle", deve escludersi l'applicabilità della nullità parziale, con conseguente nullità dell'intero contratto [5].

Sembravano, pertanto, lontani i tempi in cui la giurisprudenza [6] (ponendosi in contrasto con una parte della dottrina) aveva escluso che la eventuale nullità delle intese interbancarie volte alla predisposizione in via uniforme dei modelli contrattuali (cosiddette "norme bancarie uniformi") adottati dalle banche associate all'ABI (Associazione bancaria italiana) potesse riversarsi sui singoli contratti bancari stipulati fra le banche e i clienti con l'utilizzo di tali clausole predisposte [7]. Non erano però mancate voci fuori dal coro che, prendendo le distanze dalla tesi propugnata dalla richiamata ordinanza, avevano prospettato dubbi sulla natura assoluta o relativa, totale o parziale della nullità in questione.

Nel frattempo, nella giurisprudenza di merito si erano registrate delle pronunce che, anticipando la sentenza che si annota, avevano affermato che l'inserimento delle clausole contrattuali presenti nello schema di contratto predisposto dall'ABI nel 2003 nel contratto di fideiussione può determinare unicamente la nullità parziale della fideiussione limi-

---

[4] App. Bari 21 marzo 2018, n. 526, in *http://www.ilcaso.it/*; Trib. Salerno 23 agosto 2018, n. 3016, in *banca dati DeJure*; Trib. Fermo 24.09.2018, in *http://www.ilcaso.it/*; Trib. Belluno 31 gennaio 2019, n. 53, in *Banca dati Pluris* e con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *La conferma del Tribunale di Belluno: nulle la fideiussione bancaria redatta su schema ABI*, in *Quot. Giur*, 17 aprile 2019.

[5] Trib. Salerno 23 agosto 2018, n. 3016, in cit.; si vedano altresì Trib. Roma 26 luglio 2018, in *http://www.ilcaso.it*; App. Firenze 18 luglio 2018, in *http://www.ilcaso.it*; App. Bari 21 marzo 2018, n. 526, cit.

[6] Cass. 04 marzo 1999, n.1811, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, 421, con nota di G. TASSONI, *Le norme bancarie uniformi nel diritto della concorrenza*; Cass. 13 aprile 2000, n. 4801 in *Foro it. Rep.*, 2000, voce "Contratto in genere", n. 367, 867; Cass. 11 giugno 2003, n. 9384, in *Giust. civ.*, 2004, I, 275 ss., ove si legge "dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dall'Autorità antitrust ai sensi dell'art. 2, l. n. 287/1990, non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti"; Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, 325 ss. Nella giurisprudenza di merito, T.A.R. Lazio, 10 marzo 2003, n. 1790, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 906 ss.; Trib. Torino 16 ottobre 1997, in *Banca borsa*, 2001, II, p. 87.

[7] Sotto questo profilo non può non considerarsi che la Commissione Europea nelle osservazioni 26 settembre 1996 redatte dalla Commissione Europea ai sensi dell'art. 20 dello Statuto della Corte di giustizia CE nelle cause riunite C-215/96 e C-216/96, 31 ha rilevato che "non vi è nessuna base giuridica né nel trattato né nel regolamento n. 17/62 per affermare che la nullità delle intese anticoncorrenziali «a monte» comporta automaticamente una nullità e per di più una nullità di diritto nazionale dei contratti, o di alcune clausole di questi, stipulati tra le imprese partecipanti all'intesa con i propri clienti in applicazione dell'intesa stessa".

tatamente alle relative clausole (articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI), sempre che il fideiussore abbia dato la prova che dette intese siano confluite nel contratto in questione e che vi sia stata lesione della sua libertà contrattuale [8].

Tale soluzione è stata, tuttavia, criticata in dottrina. Muovendo da una prospettiva funzionale si è, infatti, evidenziato che, considerata l'applicazione uniforme dei testi contrattuali e non solo delle tre clausole ritenute invalide, "non è possibile ricostruire la «volontà ipotetica» del fideiussore, perché nessuna volontà egli ha mai potuto, in realtà, manifestare, se non una mera adesione alle condizioni contrattuali unilateralmente predisposte dall'intero ceto bancario" [9].

Malgrado la posizione della Suprema Corte, peraltro, non si erano sopiti i dubbi sulla stessa praticabilità del rimedio invalidante nel caso di specie, e cioè sull'ammissibilità di una nullità "derivata".

Il Tribunale di Verona, con ordinanza dell'1.10.2018, richiamando le argomentazioni svolte dalla pronuncia a sezioni unite della Corte di Cassazione n. 2207/2005, ha ritenuto che l'unica tutela riconoscibile al fideiussore (quale soggetto estraneo alla intesa anticoncorrenziale, che abbia stipulato il contratto che di quella intesa costituisce lo sbocco) fosse quella risarcitoria.

A sostegno di quest'impostazione il giudice scaligero ha richiamato anche il d.lgs. n. 3/2017 che, secondo quanto precisa l'art. 1, comma 1: "disciplina anche con riferimento alle azioni collettive di cui all'articolo 140-*bis* del codice del consumo di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese", senza fare nessun accenno ad una tutela reale del soggetto danneggiato dall'intesa restrittiva della concorrenza [10].

La recente sentenza del 22 maggio 2019 – occupandosi della diversa problematica inerente al valore probatorio da attribuire al provvedimento dell'autorità garante – ha lasciato impregiudicata la questione se l'eventuale violazione della normativa antitrust da parte del contratto "a valle" comporti la nullità totale di quest'ultimo ovvero solo delle singole clausole in ipotesi nulle [11].

---

[8] Trib. Roma 03 maggio 2019, n. 9354, in *banca dati DeJure*; Trib. Padova 29 gennaio 2019, n. 7767 in *http://www.ilcaso.it*.

[9] G. CALABRESE, *Fideiussione omnibus "a valle": illecito antitrust e nullità (parziale?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, III, 522.

[10] Trib. Verona 1 ottobre 2018, in *http://www.ilcaso.it*. In tal senso anche Trib. Milano 27 settembre 2017, n. 9708, in *banca dati DeJure*.

[11] In tal senso si v. F. RALL, *Nullità fideiussioni redatte su schema abi. Cassazione Civile, Sentenza n.*

3. – Con la recente decisione in commento, la prima sezione della Suprema Corte conferma la tesi secondo cui la violazione dell'art. 2 legge antitrust, concretizzatasi "a monte" nella predisposizione e nell'adozione uniforme di uno schema contrattuale restrittivo e condizionante della concorrenza, causa la nullità dei contratti stipulati "a valle" in conformità allo schema. Rispetto al precedente del 2017 afferma, però, sulla base di un ragionamento non sempre lineare anche se dall'esito condivisibile, che, avendo l'Autorità amministrativa delimitato l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle NBU (in genere presenti agli articoli 2, 6 e 8 dei moduli fideiussori) rese in attuazione di intese illecite, ciò non esclude, ne è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 cod. civ. e ss. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 cod. civ. laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite.

In particolare, la Suprema Corte perviene a tali conclusioni sulla base di una motivazione che può essere così sintetizzata:

i) le norme antitrust – come ampiamente riconosciuto dalla giurisprudenza a partire dalle S.U. del 2005 – sono dettate a tutela non solo degli imprenditori, ma anche degli altri soggetti del mercato, che abbiano un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo, compresi i consumatori;

ii) ciò comporta che anche il consumatore è legittimato a far valere la nullità dell'intesa anticoncorrenziale e a chiedere il risarcimento del danno subito;

iv) dalla nullità di un'intesa tra imprese per la lesione della libera concorrenza "non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azioni di risarcimento del danno";

v) l'ordinanza n. 29810/2017 evocata dal ricorrente a favore della tesi della nullità, essendo stata pronunciata tra parti diverse e riguardo a separate e autonome vicende giudiziarie, può solo integrare un "precedente giurisprudenziale a valenza nomofilattica" ma non può assurgere al rango di precedente vincolante anche perché "concerne la efficacia temporale del provvedimento della Banca d'Italia [...] e non già il complessivo apparato delle NBU in tema di fideiussione";

13846 del 22 Maggio 2019, in *https://www.expartedebitoris.it/nullita-fideiussioni-redatte-su-schema-abi-cassazione-civile-sentenza-n-13846-del-22-maggio-2019/*; V. Pisapia, *Fideiussione omnibus e normativa antitrust. Prime considerazioni su Cassazione, 22 maggio 2019, n. 13846*, in *http://www.dirittobancario.it*. *Contra* A. Sganzerla, *La Cassazione ribadisce la nullità delle fideiussioni omnibus redatte su schema Abi*, *in www.diritto24.ilsole24ore.com*.

vi) l'eventuale nullità del contratto a valle deve essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 c.c. e ss. e può trovare applicazione, in tale sede, l'art. 1419 c.c. sulla nullità parziale.

La pronuncia non rivela però con chiarezza il percorso logico della soluzione cui sono pervenuti i giudici di legittimità. Infatti l'*iter* argomentativo sorvola sulla questione dell'ammissibilità, a monte, e sotto il profilo sistematico, di una nullità a valle, sul meccanismo in base al quale l'accertata nullità della intesa restrittiva della concorrenza determinerebbe la nullità anche dei singoli contratti a valle e sul rapporto tra nullità e rimedio risarcitorio. Ciò in quanto quest'ultima si limita a citare diffusamente la recente pronuncia della Cassazione n. 29810/2017 che, però, ha esaminato solo incidentalmente la questione e la sentenza a S.U. n. 2207/2005.

Prima di entrare nel merito della sentenza ed in generale affrontare, dunque, il nodo della sorte del contratto dopo l'eliminazione della clausola abusiva, appare, pertanto, opportuno riportare sia pure brevemente i termini del dibattito dottrinale formatosi sul punto.

Mentre la nullità dei negozi con cui le imprese fissano la restrizione della concorrenza è pacificamente ammessa, oltre che espressamente prevista dall'art. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287, le opinioni rispetto alla sorte di quelli mediante i quali viene realizzato il programma sono, come noto, le più disparate. A fronte di quanti propendono per la nullità [12], altri accordano al giudice il potere di correggere il regolamento contrattuale secondo equità [13] oppure ammettono l'annullabilità dei negozi [14] o, ancora, escludono ogni

[12] *Ex multis* A. GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali a valle: alcune considerazioni sulla invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 449. L'autore rileva che le clausole trasfuse nei contratti stipulati a valle "costituiscono una violazione del principio di libertà di concorrenza che, in linea di principio, si configura come una delle caratteristiche della libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 Cost. In tal modo risulta violato il cosiddetto ordine pubblico economico e la clausola contrattuale è nulla per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1343 cod. civ.". Anche secondo L. DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 237, i *downstream contracts* sono "nulli, *ex* art. 1418, comma 2, c.c. per illiceità della causa perché conclusi in violazione della norma imperativa rappresentata dal comma 2 dell'art. 2 che vieta la fissazione concordata dei prezzi di vendita". In tal senso già Cass. 1 febbraio 1999, n. 827, in *Danno resp.*, 2000, 1, 57 con nota di L. NIVARRA, *"Interesse pubblico" e antitrust: qualche osservazione*; in *Giur. it.*, 1999, 1223 ss., con nota di B. LIBONATI, *Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della Cassazione*; ivi, 2000, 939 ss., con nota di G. AFFERNI, *Le intese restrittive della concorrenza anteriori alla legge antitrust: legge retroattiva o nullità speciale?*; C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2004, V, 469 ss., ID., *Responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2018, 136 ss.

[13] A favore di questa tesi v., G. GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro it.*, 2004, I, 484; ID., *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 109 ss.; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a valle"*, Esi, 2009, 140 ss. A questa impostazione sembra aderire Cass. 18

forma di invalidità riservando al contraente danneggiato dall'accordo la sola possibilità di chiedere il risarcimento del danno ingiusto [15].

La nullità del contratto a valle è stata, inoltre, variamente giustificata dalla dottrina. Vi è infatti chi ritiene che il negozio a valle attuativo dell'intesa si ponga in diretto contrasto con la norma imperativa che vieta le intese anticoncorrenziali [16]. Altri ipotiz-

---

agosto 2011, n. 17351, in *Giur. it.*, 2012, VII, 1548, con nota di T. FEBBRAJO, *Contratti "a valle" dell'intesa antitrust e riconduzione ad equità del corrispettivo*.

[14] Così V. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese concorrenziali*, Giuffrè, 2001, 196 ss., per il quale il contratto "a valle" realizzerebbe l'abuso di un contraente sull'altro, da regolare secondo la disciplina stabilita dagli artt. 1425 ss. cod. civ.

[15] La conclusione secondo cui il contratto sarebbe valido, ma suscettibile di determinare una responsabilità *ex* art. 2043 cod. civ. nei confronti degli utenti di mercato, è sostenuta da M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 452; La tesi contraria all'invalidità del contratto "a valle" sembra condivisa da numerosi precedenti giurisprudenziali: Trib. Alba 12 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 212 ss.; Cass. 4 marzo 1999, n. 1811, cit., 421; Cass. 11 giugno 2003, n. 9384, in *Foro it.,* 2004, I, 466, con note di P. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, F. FERRO-LUZZI, *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale e «aurea aequitas» (ovvero delle convergenze parallele)*, G. GUIZZI, *Struttura*, cit., ove si afferma che "se l'accordo antitrust può essere dichiarato nullo, i contratti scaturiti in dipendenza di tale accordo o intesa mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento del danno nei confronti dei distributori da parte degli utenti"; App. Torino 27 ottobre 1998, in *Banca borsa,* 2001, II, 87, con nota di G. FALCONE, *Ancora sull'invalidità dei contratti «a valle» per contrasto delle «norme bancarie uniformi» con la disciplina antitrust*; Trib. Torino 16 ottobre 1997, ivi, 2001, II, 87; T.A.R. Lazio 10 marzo 2003, n. 1790, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 906, che in tema di contratti con la pubblica amministrazione preceduti da un'intesa tra i concorrenti sostiene che "la nullità prevista dall'art. 2, l. n. 287/1990 è da questo riferita [...] alle intese restrittive della concorrenza, e come tali vietate. La norma, invero, qualifica come nulle ad ogni effetto "le intese vietate", e quindi gli accordi nei quali si estrinsechino i comportamenti restrittivi della concorrenza identificati dallo stesso art. 2. Sicché già da un punto di vista strettamente letterale risulta che la nullità non coinvolge i contratti che possano essere stati conclusi, a valle dell'intesa, tra (una o più delle) imprese aderenti, da un lato, ed un terzo a questa estraneo dall'altro, contratti i quali non ricadono nell'ambito della previsione letterale della norma sulla nullità, hanno una propria causa a sé stante (in questo caso, la causa tipica dell'appalto) e realizzano il corrispondente schema di interessi"; App. Milano 2 febbraio 2005, in *Contr.*, 2006, II, 141, con nota di E. BATTELLI, *Illeciti antitrust e rimedi civili del consumatore*; App. Napoli 14 marzo 2007, n. 763, in *banca dati DeJure*; App. Napoli 28 giugno 2007, n. 2513, inedita; Trib. Treviso 6 ottobre 2016, n. 2429, in *banca dati DeJure*, in cui si legge che la nullità "non si estende ai contratti che, sulla base di tali intese, le imprese che ne sono parti abbiano concluso con i terzi"; Trib. Treviso 26 luglio 2018, n. 1623 in *http://www.dirittobancario.it,* con nota di P. CECCHINATO, *Sulla validità delle fideiussioni rilasciate in conformità al modulo predisposto dall'ABI*; Trib. Verona 1 ottobre 2018, cit. Contro l'invalidità del contratto "a valle", in sede di commento al primigenio progetto legislativo n. 2076 sulla "tutela della libertà di concorrenza", anche P. SCHLESINGER, *Sul problema della responsabilità per i danni derivanti dalla violazione dei divieti previsti dal progetto governativo di legge a tutela della concorrenza*, in *Riv. soc.*, 1960, 737.

[16] Tale tesi è sostenuta da M. SCHININÀ, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, II, 439 s. Per la stessa soluzione sembrano orientarsi anche M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, Milano, Giuffrè, 2012, 179 ss., il quale però lascia spazio all'ipotesi della nullità testuale; C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca borsa*, 2004, I,

zano un'invalidità derivata di secondo grado trasmessa a valle da un precedente contratto a monte.

Nella pronuncia che si annota, ancora una volta, come anticipato, la Suprema Corte si è basata sul presupposto, ampiamente riconosciuto dalla sentenza n.2207/2005, che la legge antitrust abbia come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato. Il legislatore ha, infatti, inteso proibire in via generale la distorsione della concorrenza, che può essere anche frutto di comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali", anche successivi al negozio originario, ma che realizzino un ostacolo al gioco della concorrenza.

Tale principio si rinviene e matura in ambito comunitario con l'adozione dell'Atto Unico Europeo del 1986, per poi trovare espressa menzione sia nel TUE del 1992 (Trattato di Maastricht) che nell'attuale TFUE (art. 3 e artt. 101 e ss.). Non si può poi non considerare che lo stesso ha trovato riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia [17] ed è stato ribadito di recente dalla direttiva 2014/104/UE che riconosce al consumatore la legittimazione a domandare la tutela risarcitoria per il danno derivante da violazioni della disciplina antitrust europea e nazionale.

Indubbia la necessità di tutela del consumatore o utente finale, non ne risultano tuttavia immediatamente acclarate le conseguenze sulla sorte del contratto che dell'illecito antitrust sia stato veicolo.

La Cassazione non esplicita, facendo un generico riferimento all'art. 1418 cod. civ. *tout court*, quale sia la ragione che porta a considerare nulli i contratti a valle, non chiarendo se la nullità di quest'ultimi sia una nullità derivata o viceversa diretta.

La considerazione che segue può aiutare a far luce sul punto.

Gli accordi interbancari, estremamente analitici nelle loro clausole, si traducono, ai fini dei rapporti con la clientela, nei testi delle condizioni generali di contratto le quali

---

205. Per il contrasto tra contratto "a valle" e norme imperative, anche App. Brescia 29 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2679.

[17] In tal senso CGUE 20 settembre 2001, Causa C-453/99, *Courage Ltd v. Crehan*, in *Racc.*, 2001, I-6297. Per un'analisi più approfondita si vedano, tra gli altri, i seguenti contributi: A. PALMIERI E R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: "chi è causa del suo mal ... si lagni e chieda i danni"*, in *Foro it.*, 2002, IV, 76 ss.; G. ROSSI, *Take Courage! La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in *Foro it.*, 2002, IV, col. 90 ss.; E. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro. It.*, 2002, IV, col. 84 ss. Nonché CGUE 13 luglio 2006, cause da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e a. v. loyd Adriatico Assicurazioni SpA e a*, in *Racc.*, 2006, I-6619, in *Danno e resp.*, 2007, 1, 19, con nota di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile, e prescrizione.*

vengono proposte alla firma del singolo ed esprimono la posizione unilaterale e generale del predisponente.

Dunque il singolo cliente sottoscrive con la banca un contratto per adesione il cui contenuto corrisponde, spesso alla lettera, e per il tramite delle condizioni generali, a quello dell'intesa. Per mezzo di queste si assiste, in tale modo, al trasferimento del contenuto delle clausole di un'intesa nel contenuto del corrispondente "contratto a valle". E così le norme bancarie uniformi conseguono la finalità resa palese dalla loro stessa denominazione, quella di realizzare una posizione comune degli istituti nei confronti dei clienti ed a tutto vantaggio dei primi mediante attuazione dell'intesa.

Come riconosce la Corte, infatti, le dichiarazioni unilaterali dei fideiussori costituiscono uno strumento di attuazione delle intese illecite *ex* art. 2, l. n. 287/1990 [18].

Nella delineata prospettiva, dunque, il contratto cosiddetto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti. Esso in realtà, oltre ad estrinsecarla, la attua [19].

Talché l'autonomia tra i due piani è solo apparente e ne discende che l'illegittimità dello schema ABI non può non riflettersi sul contratto a valle [20].

Questa considerazione non risolve in sé il problema tant'è che la pronuncia a Sezioni Unite 2207/2005 non porta ad abbandonare il piano della tutela risarcitoria.

A riprova di ciò basti considerare che, con la recente sentenza del 27-11-2019, il Tribunale di Treviso ha affermato che la Suprema Corte di Cassazione, con la pronuncia che si annota, ha ribadito che l'unico rimedio astrattamente invocabile dal terzo contraente a fronte di una intesa tra imprese restrittiva della concorrenza sia quello risarcitorio [21].

---

[18] Osserva la Corte che l'accertamento della illiceità deve essere circoscritto ad alcune specifiche clausole delle Norme Bancarie Uniformi trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese *in attuazione* di intese illecite *ex* art. 2, l. n. 287/1990.

[19] A simili conclusioni la Corte di Cassazione era già giunta con l'arresto a S.U. del 2005. Secondo A. VIGLIANISI FERRARO, *Diritto antitrust e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. "contratti a valle". Un problema ancóra aperto*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, I, 273, "pur non comparendo un esplicito riferimento al rimedio della nullità dei negozi conclusi con gli utenti finali, dalle parole dell'organo di legittimità parrebbe evidente che la "prospettiva risarcitoria" non rappresenta la sola da prendere in esame".

[20] Questa impostazione viene condivisa da P. IANNUCCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. soc.*, 2006, IV, 760 il quale ritiene che "Al di là delle ricostruzioni «panprivatistiche» che appaiono «faticose ed incerte», quello che bisogna considerare è l'insieme della pratica restrittiva che trova nel contratto a valle il suo momento attuativo".

[21] Trib. Treviso 27 novembre 2019, in *Banca dati Pluris* secondo cui: "Ad ogni buon conto, che l'unico rimedio astrattamente invocabile dal terzo contraente a fronte di una intesa tra imprese restrittiva della con-

Il Tribunale di Napoli, Giudice Paolo Andrea Vassallo, con ordinanza del 17.10.2019 ha ritenuto che l'unica forma di tutela esperibile a fronte di intese anticoncorrenziali o di altre violazioni rilevanti *ex* art. 2, l. n. 287/1990 non è quella della nullità, ma quella risarcitoria [22].

L'accento sembra messo, nella pronuncia che si commenta, sulla partecipazione dei singoli contratti alla pratica anticoncorrenziale, quale sbocco dell'intesa. Del resto ad analoga conclusione gli Ermellini giungono sia con l'ordinanza del 2017 che con la sentenza 22 maggio 2019, n. 13846 [23] nella quale si afferma che "ciò che assume rilievo, ai fini della predicata inefficacia delle clausole del contratto di fideiussione di cui agli artt. 2, 6 e 8 è, all'evidenza, il fatto che esse costituiscano lo sbocco dell'intesa vietata, e cioè che attraverso dette disposizioni si siano attuati gli effetti di quella condotta illecita".

Pertanto, quella prospettata dalla Corte sembrerebbe una nullità che colpisce il singolo regolamento negoziale di interessi in quanto legato all'intesa a monte, che è direttamente assoggettata alla comminatoria di cui all'art. 2, comma 3, della legge 287/1990, da una "relazione di strumentalità necessaria" sufficiente per renderlo nullo [24].

Come sottolineato in dottrina, infatti, "il contratto che lega l'impresa all'utente finale costituisce lo strumento attraverso cui la prima attualizza l'oggetto della collusione predisposta con i suoi pari e, nella misura in cui consente alle imprese coinvolte di trarre i frutti della propria condotta, finisce inevitabilmente per assorbirne la natura illecita" [25].

---

correnza sia quello risarcitorio non lo afferma soltanto la citata e fin troppo commentata sentenza n. 1623/2018 di questo Tribunale, bensì la stessa Suprema Corte di Cassazione, la quale, con la recente sentenza 24044/2019 ha ribadito che «Dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi della l. n. 287 del 1990, art. 2 non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti» (Cass. n. 9384 del 11/06/2003; in tema Cass. n. 3640 del 13/02/2009; Cass. n. 13486 del 20/06/2011)".

[22] In particolare il Trib di Napoli, con ordinanza del 17 ottobre 2019, consultabile online su *www.ex partecreditoris.it*, a sostegno di tale conclusione, così afferma: "la tesi della nullità derivata (che parrebbe accolta da Cass. Civ. 12.12.2017 n. 29810, seppur in un evidente *obiter dictum* rispetto all'errore di diritto imputato alla corte territoriale quello dell'irrilevanza del dato cronologico della stipulazione del contratto rispetto agli effetti, astrattamente invalidanti, del provvedimento dell'autorità amministrativa) non appare convincere questo giudicante stante il principio cardine del sistema, la non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità degli atti, alla stregua della quale la violazione di regole comportamentali o di correttezza giustifica soltanto l'adozione di rimedi risarcitori".

[23] Cass. sentenza 22 maggio 2019, n. 13846 in *http://www.dirittobancario.it*. Muovendo da quest'affermazione Trib. Bari 17 agosto 2007, in *banca dati DeJure*, ha argomentato la nullità del contratto "a valle" poiché parte dell'intesa.

[24] Così R. PARDOLESI, *Cartello*, cit., 472.

[25] Così R. PARDOLESI, *op. ult. cit.*, 472. Anche secondo G. GIOIA, *Vecchie intese e nuove nullità*, in *Giust.*

È evidente che secondo questa impostazione non si può ricercare un collegamento negoziale in senso tecnico e volontaristico, che in effetti non c'è, perché è la norma stessa che attribuisce rilievo a qualsiasi manifestazione dell'intesa vietata e che, sanzionando quest'ultima con la nullità "ad ogni effetto", riverbera l'invalidità sulle stesse manifestazioni (sugli "effetti") dell'accordo a monte.

Tant'è vero che, i fautori della tesi della nullità derivata, che pure si avvicina a quanto espresso dalla giurisprudenza [26], per superare l'obiezione fondata sull'assenza di un collegamento negoziale civilistico "bilaterale", rilevano che "sono già stati evidenziati dalla dottrina casi in cui tale collegamento contrattuale si presenta in forma unilaterale" e perciò è ben possibile ipotizzare che l'illiceità dei contratti a valle discende in via oggettiva dalla distorsione del mercato indipendentemente dalla consapevolezza delle parti [27].

Le critiche cui è stata assoggettata quest'interpretazione in dottrina e giurisprudenza [28] rendono però quanto mai evidente che la Cassazione, quale organo nomofilattico, ha ancora una volta perso l'occasione per fare chiarezza su una questione che solleva notevoli incertezze in punto di diritto.

Non a caso una parte della dottrina suggerisce un percorso logico che emerge in alcune pronunce della stessa Corte, ma mai sviluppato pienamente e che avrebbe consentito anche di lasciarsi alle spalle la discussione sull'eventuale nullità del contratto a valle [29]. Si allude

---

civ., 2000, II, 12, l'intesa "non dà vantaggi immediati ad alcuna delle parti, ma attraverso la successiva attuazione, finisce indirettamente con l'avvantaggiare tutte le parti. In questo caso, la funzione del contratto non si esaurisce con l'esecuzione delle obbligazioni delle parti, la quale costituisce, invece, la premessa d'una attività ulteriore, la cui realizzazione rappresenta la finalità del contratto e l'interesse delle parti".

[26] In tal senso R. FEDERICO, *Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale*, in *Corr. giur.*, 2018, VIII-IX, 1072.

[27] R. FEDERICO, *op. ult. cit.*, 1073.

[28] In tal senso v. per tutti E. CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, 2008. In giurisprudenza v. Cass. 11 giugno 2003, n. 9384, cit., 275 ss. nonché con riferimento al caso delle fideiussioni sullo schema A.B.I. Trib. Treviso 26 luglio 2018, n. 1623, cit., il quale ha rigettato l'eccezione di nullità della fideiussione, sancendo, con puntuale analisi, l'assenza di un nesso di indissolubile dipendenza tra il contratto "a monte" – ed in particolare le clausole censurate – e i sottostanti contratti "a valle". Orientamento, peraltro, ribadito da Trib. Napoli 1 marzo 2019, n. 2338, consultabile online su *www.expartecreditoris.it* il quale ha espressamente sostenuto che i contratti conclusi in aderenza agli schemi ABI non possono qualificarsi *ex se* illeciti, essendo necessario dimostrare un nesso di dipendenza delle fideiussioni con la deliberazione dell'ABI ovvero un collegamento negoziale nel suo significato tecnico.

[29] Si veda in tal senso Cass. 1 febbraio 1999, n. 827, cit. 57, nella quale si era evidenziato che l'art. 2 della l. n. 287/1990, nel predicare "la nullità delle "intese", non *ha* [abbia] inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario – la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza".

a quella ricostruzione che, qualificando la fissazione della clausola non quale negozio separato dall'intesa vietata, ma quale comportamento anticoncorrenziale, e dunque ancora intesa vietata essa stessa, riconduce la legittimazione del consumatore all'impugnativa per nullità ai sensi dell'art. 2 [30]. La Cassazione sembra confortare la bontà di tale approdo, senza tuttavia manifestare e soprattutto argomentare una piena adesione.

4. – Ipotizzato che la conclusione di un'intesa illecita non può non avere refluenze in termini di nullità sul contratto "a valle", "si tratta di passare dall'individuazione del rimedio (nullità) al suo statuto per capire quali siano le soluzioni in grado di condizionare gli interessi in gioco e, in termini più generali, conformare in maniera diversa l'ordine giudico del mercato" [31].

Una sostanziale difformità di vedute si registra, infatti, non solo a proposito delle cause della nullità dei contratti a valle (*ex* art. 1418, commi 1 o 2, cod. civ.), ma anche della natura (totale o parziale) di tale nullità.

---

[30] E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, in *Foro it.*, 2003, I, 1128 che richiamando la sentenza Cass. 1° febbraio 1999, n. 827 afferma che "la nozione di intesa eccede la pura dimensione negoziale, e si identifica con un dato comportamentale, «avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica» (in *Foro it.*, 1999, I, 831, con osservazioni di LAMBO)". Nello stesso senso M. NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arret*, in *Corr. giur.*, 2005, III, 347. Recentemente, proprio in relazione alla vicenda della nullità del contratto a valle riproduttivo dello schema ABI, tenta una simile ricostruzione S. D'ORSI, *Nullità dell'intesa e contratto "a valle" nel diritto antitrust*, in *Giur. Comm.*, III, 2019, 584/II il quale prendendo le mosse dalla circostanza che la Cassazione dichiara di condividere l'affermazione secondo cui l'art. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287, "allorché [...] stabilisce la nullità delle «intese», non abbia inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza" ipotizza "che nel caso specifico possano configurarsi due intese. La prima consiste nell'adozione del modello contrattuale da parte dell'ABI ed assume la forma della deliberazione di un'associazione di imprese, nulla anche in mancanza della condotta pianificata. La seconda, quella della pratica concordata, realizzata dall'allineamento delle banche nel proporre la medesima offerta commerciale". Il Tar Lazio, con la sentenza n. 8368 del 3 settembre 2004 in *Giur. merito*, 2005, II, 415, in occasione della nota vicenda relativa all'approvazione e diffusione da parte di alcune associazioni di categoria di determinati prezziari per l'attività di amministrazione di condominio e alla raccomandazione del Consiglio nazionale dei geometri ai Collegi provinciali diretta a far adottare una nuova tariffa professionale, richiamando la sentenza della Corte di Cassazione n. 827/1999 ha affermato che l'art. 2 della Legge antitrust italiana, nello stabilire la nullità delle intese, "non intende dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione, anche successiva, che realizzi un ostacolo all'operare della libera concorrenza".

[31] S. D'ORSI, *op. ult. cit.*, 584/II.

Il provvedimento n. 55/2005 di Banca d'Italia, invero, dispone al capo a) della parte dispositiva che "gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione *omnibus*) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90", mentre al capo b) afferma che "le altre disposizioni dello schema contrattuale non risultano lesive della concorrenza".

La Cassazione, prendendo le mosse dall'accertamento della Banca d'Italia, conferma l'approccio della Corte d'appello di Napoli, affermando che: "avendo l'Autorità amministrativa delimitato l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle Norme Bancarie Uniformi (in genere presenti agli articoli 2, 6 e 8 dei moduli fideiussori) rese in attuazione di intese illecite, ciò non esclude, ne è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 cod. civ. e ss. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 cod. civ., come avvenuto nel presente caso, laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite" [32].

L'ABF di Milano [33], dopo aver passato in rassegna critica i contrapposti orientamenti, ha ritenuto che nonostante la particolare natura della nullità in questione non vi sia ragione per non applicare la disciplina della nullità parziale, con la conseguente necessità di applicare la norma (art. 1419 cod. civ.) che dispone la nullità dell'intero contratto quando risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità. Tuttavia, alla luce delle peculiarità della fattispecie, ha osservato che l'indagine sulla effettiva volontà dei contraenti deve essere condotta tenendo conto di due condizioni:

– il contesto in cui è stato stipulato il contratto;
– la convenienza del contratto garantito principale, in quanto, più forte è la garanzia, migliori saranno le condizioni contrattuali del debitore principale.

E, perciò, ha rilevato, concludendo, in sostanza, per la nullità totale, che un contratto identico a quello stipulato, ma privo della parte colpita dalla nullità, da una parte non sarebbe stato probabilmente offerto e dall'altra non è detto che sarebbe stato accettato.

---

[32] Cass. 26 settembre 2019, n. 24044, cit. In tal senso anche, App Brescia 29 gennaio 2019, n. 161, in *banca dati DeJure*; Trib. Mantova, 16 gennaio 2019. Est. Bernardi, in *http://www.ilcaso.it/*.

[33] Cfr. ABF, Collegio di Milano 04 luglio 2019, n. 16558 (est. Denozza).

La soluzione prospettata dalla S.C. sembra, però, preferibile per due ordini di ragioni.

In primo luogo in quanto maggiormente aderente all'interpretazione data dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione alla nullità ad ogni effetto derivante dalla violazione dell'art. 101 TFUE.

La prima nella Sentenza *Société Technique Minière/Machinenbau Ulm* [34] ha, infatti, affermato che solo le clausole di un accordo che violano il divieto di intese anticoncorrenziali sono colpite dalla "nullità ad ogni effetto".

Dal canto suo la Commissione ha rilevato che tale opzione è maggiormente coerente con la soluzione offerta dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *Société Technique Minière* e *Kerpen & Kerpen* [35]. Ciò in quanto, il principio, ivi stabilito con riferimento ad una pluralità di clausole contenute nello stesso accordo, secondo cui la nullità *ex* art. 85, comma 2, del Trattato colpisce solo le parti dell'accordo che siano incompatibili, ma non si estende alle altre, rispetto alle quali le conseguenze della nullità esulano dal diritto comunitario, vale a maggiore ragione nei confronti delle pattuizioni, addirittura esterne all'accordo tra imprese, intercorse con i consumatori [36].

In secondo luogo, poiché, sul piano interno, poi, non si può fare a meno di notare che l'art. 1419 cod. civ., primo comma, prevede che la nullità parziale o di singole clausole comporta nullità del contratto solo se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza la parte colpita da nullità.

La Corte non chiarisce se tale valutazione debba essere effettuata secondo l'interpretazione c.d. volontaristica dell'art. 1419 cod. civ. oppure se debba accedersi ad un'impostazione "oggettivistica", alla stregua della quale il giudice dovrebbe non già ricercare la comune volontà delle parti, ma guardare (oggettivamente, appunto) allo scopo pratico da esse conseguito, operando un giudizio di compatibilità tra l'efficacia del regolamento residuo e il rispetto del piano di interessi originariamente convenuto.

Bisogna, però, considerare che nel caso delle fideiussioni, confrontando gli interessi in gioco, come affermato dal Tribunale di Rovigo [37], sembra del tutto evidente che il garante avrebbe certamente concluso il contratto anche senza quelle clausole che invero lo

---

[34] CGCE 30 giugno 1966, Causa 56/65, *Société Technique Minière v. Machinenbau Ulm*, in *Racc.*, 1966, 262.

[35] CGCE 14 dicembre 1983, Causa 319/82, *Société de vente de ciments et bétons de l'Est SA v. Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG*, in *Racc.*, 1983, 4173.

[36] Osservazioni 26 settembre 1996 redatte dalla Commissione Europea ai sensi dell'art. 20 dello Statuto della Corte di giustizia CE, p. 31.

[37] Trib. Rovigo 09 settembre 2018, consultabile su *http://www.ilcaso.it/*.

penalizzano rispetto a sopravvenienze sfavorevoli o a fatti imputabili alla negligenza del creditore garantito. D'altro lato, essendo le clausole in parola assolutamente funzionali ad assecondare l'interesse della banca e non dei fideiussori, anche questa, verosimilmente, avrebbe concluso il contratto ugualmente senza le clausole vietate, limitandosi al vantaggio garantito dalle norme codicistiche in materia di fideiussione, pur di ottenere comunque una garanzia aggiuntiva a tutela del proprio credito.

E così stando le cose, appare effettivamente difficile ipotizzare che entrambe le parti non avrebbero stipulato la fideiussione senza la parte colpita da nullità. Se, infatti, la banca avrebbe magari ricercato una garanzia diversa (per esempio ipotecaria), appare davvero arduo sostenere che il cliente non avrebbe stipulato, poiché senza le clausole censurate la fideiussione sarebbe stata per lui più vantaggiosa [38].

D'altra parte, anche adottando un criterio di tipo oggettivo, basato, al contrario, sulla verifica della possibilità di conservare il contratto compatibilmente con il rispetto della pattuizione originaria e secondo parametri rigorosamente oggettivi, non è possibile pervenire ad una declaratoria di nullità totale.

Come la giurisprudenza ha avuto modo di affermare "in caso di nullità parziale di un negozio, l'indagine diretta a stabilire, ai fini della conservazione del negozio stesso, se la pattuizione nulla debba ritenersi essenziale va condotta con criterio oggettivo, con riferimento alla perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti; pertanto, il principio di conservazione deve escludersi solo quando la clausola e il patto nullo si riferiscono ad un elemento essenziale del negozio oppure si trovino con le altre pattuizioni in tale rapporto d'interdipendenza che queste non possano sussistere in modo autonomo" [39].

In base a tale criterio, solo se l'assetto di interessi che scaturisce dalla declaratoria di nullità parziale stravolge l'equilibrio originario del contratto come "plasmato" in origine dalla libertà negoziale, la nullità delle singole clausole può condurre a una declaratoria di nullità totale.

---

[38] In tal senso R. FEDERICO, *Operazione*, cit., 1073. *Contra* G. CALABRESE, *Fideiussione*, cit., 522 che, pur convenendo sul fatto che da una dogmatica-positivista la fideiussione debba essere conservata, rileva tuttavia che, da una prospettiva "funzionale" del diritto antitrust, tale soluzione è inaccettabile in quanto "non è possibile ricostruire la "volontà ipotetica" del fideiussore, perché nessuna volontà egli ha mai potuto, in realtà, manifestare, se non una mera adesione alle condizioni contrattuali unilateralmente predisposte dall'intero ceto bancario" nonché M. BUFFONI, *Fideiussioni conformi al modello ABI: una possibile nuova lettura*, in *www.altalex.com/*.

[39] Cass. 19 aprile 1982, n. 2411, in *Foro it. Rep.*, 1982, voce "Contratto in genere [1740]", n. 224. Conforme, sul principio di cui alla prima parte della massima, Cass. 1 marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, I, 2438.

Nel caso di specie, l'eliminazione delle clausole in oggetto non sembra essere tale da alterare l'equilibrio originario, facendo sopravvivere un contratto diverso da quello che le parti avevano concluso. Del resto a una simile valutazione sembra alludere la Corte quando osserva che "la decisione della Corte di appello, che ha ritenuto di preservare la dichiarazione fideiussoria espungendo le clausole frutto di intese illecite, favorevoli alla banca, che *non incidevano sulla struttura e sulla causa del contratto*, non ha pregiudicato la posizione dei garanti, che risulta meglio tutelata proprio in ragione della declaratoria di nullità parziale" [40].

5. – Se appare condivisibile l'argomentazione proposta dalla Corte a sostegno della nullità parziale, lascia perplessi l'*obiter dictum* con cui la stessa apre le motivazioni in diritto della sentenza.

In proposito la Corte, richiamando alcuni precedenti [41], osserva che: "quanto agli effetti della nullità di un'intesa, questa Corte ha già avuto modo di chiarire che dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi della l. n. 287/1990, art. 2 non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo *solo* ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti".

Tuttavia, proseguendo, rileva che, "avendo l'Autorità amministrativa circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle NBU trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di dette intese (fol. 3 della sent. imp.), ciò non esclude, ne è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 cod. civ. e ss. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 cod. civ., come avvenuto nel presente caso, laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite".

Il riconoscimento della nullità del contratto a valle operato in sentenza, così, pare scontrarsi con l'affermazione ivi contenuta secondo cui la tutela risarcitoria sarebbe la sola riconoscibile al contraente a valle [42].

---

[40] Cass. 26 settembre 2019, n. 24044, cit.

[41] Cass. 11 giugno 2003, n. 9384, cit., 275 ss.; in tema Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, 1901; Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, in *Foro it.*, 2011, I, 2674.

[42] In tal senso anche E. CAMILLERI, *Validità della fideiussione* omnibus *conforme a schema-tipo*

Si pone, pertanto, il problema di capire come può essere ricostruito il rapporto tra i due principali rimedi privatistici esperibili a garanzia sia degli interessi del mercato che degli utenti immediatamente pregiudicati dalla condotta anticoncorrenziale, ossia la sanzione della invalidità negoziale e quella della responsabilità civile.

La necessita di una tutela "reale" oltre che "risarcitoria" in seguito alla nullità di una clausola frutto di intesa anticoncorrenziale si pone in modo evidente nel contenzioso in materia di fideiussioni bancarie, perché in questo caso è indubitabile che vi è un preminente interesse del fideiussore contraente ad ottenere una declaratoria di nullità per sottrarsi all'obbligazione "viziata" dalla violazione anticoncorrenziale, prima ancora che il danno spieghi le sue conseguenze più gravi.

Sotto questo profilo, però, non si può negare che la sentenza a Sezioni Unite di più due lustri fa rappresenti "un'occasione perduta per fare chiarezza sul nodo dei rimedi, contrattuali e/o extracontrattuali e così anche di stampo inibitorio, che il consumatore e più in generale gli acquirenti in un mercato alterato da collusioni anticompetitive possono invocare" [43].

La perdurante attualità di tale riflessione risulta comprovata dalla circostanza che la citata pronuncia a sezioni unite viene richiamata a fondamento sia degli arresti giurisprudenziali favorevoli al rimedio caducatorio (v. *supra*), che della giurisprudenza di merito pervenuta ad esiti opposti. Quest'ultima, infatti, ha richiamato proprio le argomentazioni svolte dalle S.U. per affermare che l'unica tutela concessa al fideiussore (quale soggetto rimasto estraneo alla intesa anti-concorrenziale, che abbia stipulato il contratto che di quella intesa costituisce lo sbocco) è quella risarcitoria [44].

E su tale questione, come rilevato, non fa luce nemmeno la sentenza che si annota, la quale anzi alimenta dubbi e perplessità, visto il richiamo al rimedio aquiliano quale unico strumento di tutela esperibile dal contraente a valle.

Tale conclusione, tuttavia, non risulta condivisibile. Alla luce del complessivo tenore della pronuncia in commento, infatti, pare plausibile escludere che la Corte abbia voluto scartare la praticabilità del rimedio caducatorio. Se così fosse non si spiegherebbe, infatti, il motivo per cui si sforza di escludere la fondatezza della doglianza relativa all'impossibilità di provare la decisività delle clausole ai fini della conclusione del contratto, al fine di sciogliere l'alternativa tra nullità totale o parziale. Esclusa in radice ogni possibilità di optare

---

dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2020, 399 s.

[43] M. NEGRI, *Il lento*, cit., 348 ss.

[44] In tal senso anche Trib. Milano 27 settembre 2017, n. 9708, cit.

per il rimedio caducatorio, infatti, non avrebbe pregio alcuno l'argomentazione volta a salvare il contratto da una nullità totale sulla base della considerazione che "le clausole in questione erano funzionali all'interesse della banca e non dei fideiussori e quindi, logicamente, solo la banca avrebbe potuto dolersi della loro espunzione"[45].

Appare, pertanto, ragionevole ritenere che con la pronuncia in commento, ponendosi sulla scia dell'ordinanza 29810/2017[46], la Corte abbia voluto compiere un ulteriore passo in avanti riconoscendo anche per i contratti "a valle" l'operatività del rimedio della nullità sia pure circoscritta alle singole clausole rinvenienti dalle intese illecite.

È ovvio poi che il contraente a valle potrà domandare il risarcimento del danno (riconosciuto nelle ipotesi tradizionali solo *sub specie* di interesse contrattuale negativo), dovendosi ravvisare in capo all'impresa quella particolare forma di responsabilità precontrattuale *ex* art. 1338 cod. civ. cui soggiace la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto (nella specie, la violazione dell'art. 2, l. n. 287/90), omette di darne notizia all'altra parte[47], così da suscitare in quest'ultima l'affidamento incolpevole nella validità del contratto.

Anche la giurisprudenza, infatti, ha riconosciuto che l'art. 1338 cod. civ. possa applicarsi finanche all'ipotesi di nullità parziale del contratto[48].

---

[45] In tal senso E. CAMILLERI, *Validità*, cit., 400, fa opportunamente notare che "Vale, del resto, la pena di sottolineare che, in tanto si dà nullità parziale del contratto, in quanto del vizio invalidante sia già dato parlare, l'una risolvendosi nella possibile circoscrizione di perimetro dell'effetto caducatorio, altrimenti radicale, scaturente dall'altro". Anche M. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2020, 379 fa notare che «la sentenza dichiara una massima di decisione (quella per cui i contratti ''a valle'' sono validi, anche se illeciti *ex uno latere*, e possono essere dichiarati nulli solo se affetti, di per se′, da vizi rilevanti *ex* art. 1418 ss. cod. civ.), ma in realtà conferma la massima di decisione, molto diversa, che era stata applicata dalla Corte d'Appello (quella per cui i contratti ''a valle'' sono affetti da nullità derivata, in quanto atti di esecuzione di un'intesa vietata, ma la nullità può essere anche parziale *ex* art. 1419 cod. civ.)».

[46] Cass. 12 Dicembre 2017, n. 29810, cit., 152.

[47] In tal senso, A. VIGLIANISI FERRARO, *Diritto*, cit., 318 ss il quale addirittura ritiene che la *liability for competition law infringiments* parrebbe poter assumere i connotati della responsabilità extracontrattuale qualora rilevino "danni rappresentati da altre perdite" subite dal cliente, che magari "la tutela contrattuale non copre"; Si v. anche E. CAMILLERI, *Validità*, cit., 404 s. il quale ritiene che in presenza di un contratto a valle, la cui conclusione e i cui termini abbiano scontato forme di abuso di potere negoziale da parte di un contraente (cartellista) nei riguardi dell'altro ("vittima") e non tali però da attingere la soglia del vizio invalidante, la tutela accordabile al danneggiato è quella risarcitoria di marca contrattuale nelle forme della repressione del dolo incidente (*ex* art. 1440 cod. civ.).

[48] V., Cass. 8 luglio 2010, n. 16149, in *Fam. e dir.*, 2011, 2, 137, con nota di G. OBERTO, *Le responsabilità conseguenti all'atto dispositivo Compiuto da un solo coniuge su beni immobili o mobili registrati in regime di comunione legale*.

In tali ipotesi si è evidenziato che concorso di nullità e risarcimento si spiega poiché mentre nel contratto classico, essendo ambedue le parti autrici e vittime della nullità, una questione di responsabilità non si poteva porre, diversa è la situazione nelle nullità speciali. Queste ultime sono nullità unilaterali, causate da una parte e subite dall'altra [49] e correlativamente volte a proteggere la parte che per la sua debolezza abbia subito l'iniziativa dell'altra. Pertanto, la coniugazione della responsabilità con l'invalidità può dirsi tipica [50].

In questo caso addirittura, per dirla con le parole di autorevole dottrina, la responsabilità «non nasce dalla mancata comunicazione di un vizio che invalida il contratto bensì direttamente dall'aver dato causa alla nullità» [51].

Allora visto che «dare causa alla invalidità è condotta più grave della semplice mancata comunicazione di una causa di invalidità, ... la responsabilità è un esito *a fortiori* se si intende ancorarlo all'art. 1338; esito che diventa ancora più agevole ove si faccia capo all'art. 1337, nel cui obbligo di comportarsi secondo buona fede nelle trattative è certamente suscettibile di essere ricompresa anche la condotta invalidante di una delle parti» [52].

Se così è, risulta agevole ritenere che il risarcimento del danno precontrattuale debba essere parametrato "al minor vantaggio o al maggior aggravio economico" che il contraente leso è chiamato a sopportare per effetto del contegno sleale di una delle parti [53].

Si è tuttavia ben lungi da un punto di arrivo non solo poiché i due recenti arresti della Cassazione divergono fra loro già in punto di estensione dell'effetto demolitorio, ma soprattutto in quanto la sentenza che si pubblica appare contraddittoria.

---

[49] Si consideri che in tal senso, ancorché ad altro scopo, V. STELLA, *Fideiussioni omnibus conformi allo schema abi*, in *questa rivista*, II, 2020, nota 114 fa notare che le clausole in esame potrebbero essere considerate vessatorie *ex* art. 33 ss. cod. cons.

[50] C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile,* Milano, Giuffrè, 2018, 150 ss.

[51] C. CASTRONOVO, *Vaga* culpa in contrahendo*: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, I, 2010, 29.

[52] In tal senso ancora C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 29.

[53] Cass. 29 settembre 2005, n. 19024 in Foro it. anno 2006, I, col. 1107 con nota di E SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*. Si è però sottolineato (Cfr. V. STELLA, *Fideiussioni*, cit., 296) che «nella fattispecie delle fideiussioni ABI, la tutela risarcitoria risulta, almeno *prima facie*, davvero di ardua applicazione».

CORTE GIUSTIZIA UNIONE EUROPEA, Sent., Sez. I, 19-12-2019, n. 453/18

SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)

19 dicembre 2019

"Rinvio pregiudiziale – Cooperazione giudiziaria in materia civile – Procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento – Regolamento (CE) n. 1896/2006 – Fornitura di documenti complementari a fondamento del credito – Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori – Direttiva 93/13/CEE – Controllo da parte del giudice adito nel quadro di una domanda d'ingiunzione di pagamento europea".

Nelle cause riunite C-453/18 e C-494/18, aventi ad oggetto le domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dallo Juzgado de Primera Instancia n. 11 de Vigo (Tribunale di primo grado n. 11 di Vigo, Spagna) e dallo Juzgado de Primera Instancia n. 20 de Barcelona (Tribunale di primo grado n. 20 di Barcellona, Spagna), con decisioni del 28 giugno e del 17 luglio 2018, pervenute in cancelleria l'11 e il 27 luglio 2018, nei procedimenti.

...Omissis

contro

…Omissis

LA CORTE (Prima Sezione),

composta da J.-C. Bonichot, presidente di sezione, M. Safjan, L. Bay Larsen, C. Toader (relatrice) e N. Jääskinen, giudici,

avvocato generale: E. Sharpston cancelliere: (OMISSIS) vista la fase scritta del procedimento, considerate le osservazioni presentate: – per il governo spagnolo, da (OMISSIS), in qualità di agenti,

– per il governo ungherese, da (OMISSIS), in qualità di agenti;
– per il Parlamento europeo, da (OMISSIS), in qualità di agenti;

– per il Consiglio dell'Unione europea, da (OMISSS), in qualità di agenti;

– per la Commissione europea, da (OMISSIS), in qualità di agenti, sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 31 ottobre 2019, ha pronunciato la seguente.

Sentenza

Svolgimento del processo – Motivi della decisione

1 Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'articolo 6, paragrafo 1, e dell'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GU 1993, L 95, pag. 29), dell'articolo 7, paragrafo 2, lettere d) e e), del regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento (GU 2006, L 399, pag. 1), dell'articolo 38 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la "Carta") nonché sulla validità del regolamento n. 1896/2006.

2 Tali domande sono state presentate nel contesto di due procedimenti europei d'ingiunzione di pagamento tra la B.A., da una parte, e C. V.C. e XY, dall'altra, riguardo al recupero, da parte della prima, di crediti derivanti da contratti di prestito.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Direttiva 93/38/CEE

3 L'articolo 1 della direttiva 93/13 così recita:

"1. La presente direttiva è volta a ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti le clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore.

2. Le clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative e disposizioni o principi di convenzioni internazionali, in particolare nel settore dei trasporti, delle quali gli Stati membri o la Comunità sono parte, non sono soggette alle disposizioni della presente direttiva".

4 A termini dell'articolo 3, paragrafo 1, di detta direttiva:

"Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto".

5 L'articolo 6 di detta direttiva prevede quanto segue:

"1. Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive (...)".

6 L'articolo 7 della stessa direttiva prevede:

"1. Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori.

2. I mezzi di cui al paragrafo 1 comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole

(...)".

Regolamento n. 1896/2006

7 I considerando 9, 13, 14 e 29 del regolamento n. 1896/2006 sono così formulati:

"(9) Il presente regolamento intende semplificare, accelerare e ridurre i costi dei procedimenti per le controversie transfrontaliere in materia di crediti pecuniari non contestati, istituendo un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento e assicurare la libera circolazione in tutti gli Stati membri dell'ingiunzione di pagamento europea definendo norme minime il cui rispetto rende superflui, nello Stato membro di esecuzione, procedimenti intermedi per il riconoscimento e l'esecuzione.

(...)

(13) Nella domanda d'ingiunzione di pagamento europea, il ricorrente è obbligato a fornire informazioni sufficienti ad identificare chiaramente la richiesta e la relativa giustificazione in modo da consentire al convenuto di scegliere in piena cognizione di causa se presentare opposizione o non contestare il credito.

(14) In questo contesto il ricorrente dovrebbe essere tenuto a inserire una descrizione delle prove a sostegno della domanda. A tal fine il modulo di domanda dovrebbe includere un elenco il più completo possibile di tipi di prove generalmente presentate a sostegno dei crediti pecuniari.

(...)

(29) Poiché l'obiettivo del presente regolamento, in particolare l'istituzione di un meccanismo uniforme, rapido ed efficace per il recupero dei crediti pecuniari non contestati in tutta l'Unione europea, non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può dunque, a motivo delle dimensioni e degli effetti del presente regolamento, essere realizzato meglio a livello comunitario, la Comunità può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato. Il presente regolamento si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo".

8 L'articolo 1, lettera a), di tale regolamento così dispone: "Il presente regolamento intende

a) semplificare, accelerare e ridurre i costi dei procedimenti per le controversie transfrontaliere in materia di crediti pecuniari non contestati, istituendo un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento".

9 L'articolo 2, paragrafo 1, del regolamento n. 1896/2006 dispone:

"Il presente regolamento si applica, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale, indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale (...)".

10 Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, di detto regolamento:

"Ai fini del presente regolamento si definisce transfrontaliera una controversia in cui almeno una delle parti ha domicilio o residenza abituale in uno Stato membro diverso da quello del giudice adito".

11 L'articolo 5 di detto regolamento dispone quanto segue:

"Ai fini del presente regolamento si applicano le seguenti definizioni:

(...)

3) "giudice": qualsiasi autorità dello Stato membro competente per l'ingiunzione di pagamento europea o per qualsiasi altra materia connessa;

4) "giudice d'origine": il giudice che emette l'ingiunzione di pagamento europea". 12 L'articolo 7 del medesimo regolamento dispone quanto segue:

"1. La domanda d'ingiunzione di pagamento europea è presentata utilizzando il modulo standard A riprodotto nell'Allegato I.

2. Nella domanda sono indicati:

a) il nome e l'indirizzo delle parti e, se del caso, dei loro rappresentanti, nonché del giudice a cui è presentata la domanda;

b) l'importo del credito, compreso il capitale e, se del caso, gli interessi, le penalità contrattuali e le spese;

c) qualora siano richiesti interessi sul credito, il tasso d'interesse ed il periodo di tempo per il quale gli interessi sono richiesti, a meno che non venga aggiunto automaticamente al capitale un tasso d'interesse legale ai sensi della legislazione dello Stato membro d'origine;

d) il fondamento dell'azione, compresa una descrizione delle circostanze invocate come base del credito e, se del caso, degli interessi richiesti;

e) una descrizione delle prove a sostegno della domanda;

f) i motivi della competenza giurisdizionale;

g) il carattere transfrontaliero della controversia a norma dell'articolo 3. (...)".

13 In base all'articolo 8 del regolamento n. 1896/2006:

"Il giudice a cui è presentata la domanda d'ingiunzione di pagamento europea valuta, quanto prima e sulla scorta del contenuto del modulo di domanda, se siano soddisfatte le condizioni di cui agli articoli 2, 3, 4, 6 e 7 e se il credito sia fondato. Tale esame può essere effettuato mediante una procedura automatizzata".

14 L'articolo 9 di detto regolamento dispone quanto segue:

"1. In caso di mancato rispetto dei requisiti di cui all'articolo 7 e a meno che il credito sia manifestamente infondato o la domanda irricevibile, il giudice dà al ricorrente la possibilità di completare o rettificare la domanda. Il giudice utilizza il modulo standard B riprodotto nell'Allegato II.

2. Se chiede al ricorrente di completare o rettificare la domanda, il giudice stabilisce il termine che ritiene adeguato nella fattispecie. Il giudice può, a sua discrezione, prorogare tale termine".

15 L'articolo 12 di detto regolamento, rubricato "Emissione di un'ingiunzione di pagamento europea", prevede quanto segue:

"1. Se sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 8, il giudice emette quanto prima, di norma entro 30 giorni dalla presentazione della domanda, un'ingiunzione di pagamento europea utilizzando il modulo standard E riprodotto nell'Allegato V.

Il periodo di 30 giorni non comprende i tempi utilizzati dal ricorrente per completare, rettificare o modificare la domanda.

2. L'ingiunzione di pagamento europea viene emessa insieme a una copia del modulo di domanda. Non contiene le informazioni fornite dal ricorrente nelle appendici 1 e 2 del modulo A.

3. Nell'ingiunzione di pagamento europea il convenuto è informato della possibilità di:

a) pagare al ricorrente l'importo indicato nell'ingiunzione;

oppure

b) opporsi all'ingiunzione presentando opposizione dinanzi al giudice d'origine, da inviare entro 30 giorni che decorrono dal momento in cui l'ingiunzione è stata notificata al convenuto.

4. Nell'ingiunzione di pagamento europea il convenuto è informato del fatto che:

a) l'ingiunzione è stata emessa soltanto in base alle informazioni fornite dal ricorrente e non verificate dal giudice;

b) l'ingiunzione acquista forza esecutiva salvo nel caso in cui sia stata presentata opposizione dinanzi al giudice conformemente all'articolo 16;

c) se è presentata opposizione, il procedimento prosegue dinanzi ai giudici competenti dello Stato membro d'origine applicando le norme di procedura civile ordinaria, a meno che il ricorrente non abbia esplicitamente richiesto in tal caso l'estinzione del procedimento.

5. Il giudice garantisce che l'ingiunzione sia notificata al convenuto in conformità della legislazione nazionale, secondo un metodo conforme alle norme minime di cui agli articoli 13, 14 e 15".

16 L'articolo 16 dello stesso regolamento dispone quanto segue:

"1. Il convenuto può presentare opposizione all'ingiunzione di pagamento europea dinanzi al giudice d'origine utilizzando il modulo standard F riprodotto nell'Allegato VI, che gli viene consegnato unitamente all'ingiunzione di pagamento europea.

2. Il termine per l'invio dell'opposizione è di 30 giorni che decorrono dal momento in cui l'ingiunzione è stata notificata al convenuto.

3. Il convenuto indica nell'opposizione che contesta il credito senza essere tenuto a precisarne le ragioni. (...)".

17 A termini del punto 11 del modulo standard A, riprodotto nell'allegato I del regolamento n. 1896/2006, dichiarazioni aggiuntive e altre informazioni possono essere aggiunte, se necessario.

Diritto spagnolo

18 La ventitreesima disposizione finale della Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (L. n. 1 del 2000, codice di procedura civile), del 7 gennaio 2000 (BOE n. 7, dell'8 gennaio 2000, pag. 575) (in prosieguo: la "LEC"), che introduce nel diritto spagnolo misure intese all'applicazione in Spagna del regolamento n. 1896/2006, ai suoi paragrafi 2 e 11 dispone quanto segue:

"2. La domanda d'ingiunzione di pagamento europea è presentata mediante il modulo standard A di cui all'allegato I del regolamento n. 1896/2006, senza che occorra produrre alcuna documentazione; qualora venga prodotta, detta documentazione è irricevibile.

(...)

11. Le questioni procedurali non contemplate dal regolamento n. 1896/2006 per l'emissione di un'ingiunzione di pagamento europea sono disciplinate dalle disposizioni [della LEC] relative all'ingiunzione di pagamento".

19 L'articolo 815, paragrafo 4, della LEC così dispone:

"Se il credito azionato è fondato su un contratto tra una società o un professionista e un consumatore o utente, il Letrado de la Administración de Justicia (cancelliere) deve comunicarlo al giudice prima [dell'emissione] dell'ingiunzione di pagamento affinché questi possa valutare l'eventuale carattere abusivo di tutte le clausole che costituiscono il fondamento della domanda o intervengono nella determinazione dell'importo esigibile.

Il giudice esamina d'ufficio se una delle clausole che costituiscono il fondamento della domanda o intervengono nella determinazione dell'importo esigibile possa essere qualificata come abusiva. Qualora ritenga che una clausola possa essere considerata abusiva, concede alle parti un termine di cinque giorni per presentare le loro osservazioni. Dopo avere sentito le parti, il giudice si pronuncia con ordinanza entro cinque giorni. Questa fase non richiede l'intervento di un avvocato o di un procuratore.

Ove il giudice riconosca il carattere abusivo di una o più clausole contrattuali, l'ordinanza emanata stabilisce le conseguenze di tale accertamento dichiarando l'infondatezza della domanda o disponendo la prosecuzione del procedimento senza applicazione delle clausole considerate tali.

Ove non ravvisi la presenza di clausole abusive, il giudice rende una dichiarazione in tal senso e il Letrado de la Administración de Justicia (cancelliere) invia al debitore un'ingiunzione nei termini previsti nel paragrafo 1.

L'ordinanza così pronunciata è in ogni caso direttamente impugnabile".

Procedimenti principali e questioni pregiudiziali Causa C-453/18.

20 La B. ha concluso un contratto di prestito di un importo di EUR 755,27 con un consumatore, il sig. V.C. Il 21 marzo 2018, detta società ha presentato dinanzi al giudice del rinvio una domanda d'ingiunzione di pagamento europea a carico del sig. V.C.

21 Ritenendo che il credito fosse fondato su un contratto di prestito concluso tra un professionista e un consumatore, a norma dell'articolo 815, paragrafo 4, della LEC, il giudice del rinvio chiedeva alla B. di produrre i documenti a fondamento del credito corrispondenti ai mezzi di prova previsti dal punto 10 del modulo standard A, vale a dire il contratto di prestito e la determinazione dell'importo del credito, al fine di verificare l'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali ivi contenute.

22 La B. rifiutava di produrre tali documenti affermando, in primo luogo, che, con-

formemente alla ventitreesima disposizione finale, paragrafo 2, della LEC, nel caso di una domanda d'ingiunzione di pagamento europea, non è necessario produrre i documenti a fondamento del credito e, in secondo luogo, che gli articoli 8 e 12 del regolamento n. 1896/2006 non fanno alcun riferimento alla produzione di documenti ai fini dell'emissione di un'ingiunzione di pagamento europea.

23 Secondo il giudice del rinvio, una siffatta interpretazione della normativa, citata al punto precedente, può sollevare difficoltà nell'ipotesi in cui il credito di cui si chiede l'esecuzione si fondi su un contratto stipulato con i consumatori. La società creditrice, infatti, non allega alla domanda di ingiunzione di pagamento europea i documenti necessari per valutare, conformemente a quanto prevede l'articolo 815, paragrafo 4, della LEC l'eventuale carattere abusivo di una clausola posta a fondamento della domanda o che determina l'importo esigibile. Orbene, detto giudice sottolinea che l'articolo 815, paragrafo 4, della LEC, nella sua versione applicabile ai fatti di causa, ha trasposto nel diritto spagnolo la giurisprudenza della Corte relativa alla direttiva 93/13 e, segnatamente, le sentenze del 14 giugno 2012, B.E.C. (C-618/10, EU:C:2012:349), nonché del 21 aprile 2016, R. e R. (C-377/14, EU:C:2016:283), affinché il giudice spagnolo possa esaminare d'ufficio il carattere asseritamente abusivo delle clausole contrattuali da cui risultano i crediti.

24 Date tali circostanze, lo Juzgado de Primera Instancia n. 11 de Vigo (Tribunale di primo grado n. 11 di Vigo, Spagna) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, come interpretato dalla giurisprudenza, debba essere interpretato nel senso che osta a una norma nazionale, quale la ventitreesima disposizione finale [della LEC], secondo cui, ai fini della domanda d'ingiunzione di pagamento europea, non è necessario produrre alcuna documentazione e, qualora sia prodotta, detta documentazione non deve essere ammessa.

2) Se l'articolo 7, paragrafo 2, lettera e), del regolamento n. 1896/2006, debba essere interpretato nel senso che detta disposizione non osta a che [il giudice] imponga alla società creditrice di produrre la documentazione sulla quale essa fonda la sua pretesa derivante da un prestito al consumo concordato tra un professionista e un consumatore, nel caso in cui il giudice ritenga indispensabile esaminare detta documentazione al fine di accertare l'eventuale sussistenza di clausole abusive nel contratto stipulato tra le parti e dare così attuazione al disposto della direttiva 93/13, come interpretata dalla giurisprudenza".

Causa C-494/18

25 La B. ha stipulato con XY un contratto di prestito per un importo di EUR 1 818,66. Il 17 maggio 2018 la B. ha chiesto al giudice del rinvio di emettere, a suo favore, un'ingiunzione di pagamento europea nei confronti di quest'ultimo.

26 Nel modulo standard A, che si trova nell'allegato I del regolamento n. 1896/2006, la B. ha indicato che XY era un consumatore e che essa disponeva del contratto di prestito che giustificava la richiesta e la quantificazione dell'importo del credito.

27 Avendo constatato lo status di consumatore di una delle parti della controversia, il giudice del rinvio chiedeva alla B. di compilare il punto 11 di detto modulo A, rubricato "Dichiarazioni aggiuntive e altre informazioni", precisando la ripartizione del credito in questione e riportando inoltre le clausole del contratto invocate a fondamento di esso.

28 La B. rifiutava di fornire dette informazioni sostenendo che, in forza dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 1896/2006, non era tenuta a produrre ulteriori elementi di prova a sostegno del proprio credito. Infatti, conformemente alla ventitreesima disposizione finale, paragrafo 2, della LEC, in caso di domanda d'ingiunzione di pagamento europea, non sarebbe necessario fornire documenti a fondamento del credito. Detta società sosteneva anche che altri giudici avevano già accolto analoghe domande d'ingiunzione senza chiederle di soddisfare ulteriori criteri.

29 Il giudice del rinvio nutre dubbi quanto all'interpretazione del regolamento n. 1896/2006 alla luce della protezione dei consumatori e della giurisprudenza della Corte. A suo avviso, un'ingiunzione di pagamento europea emessa senza effettuare un controllo d'ufficio quanto all'eventuale esistenza di clausole abusive può violare l'imperativo della tutela dei consumatori, sancito dall'articolo 38 della Carta, letto in combinato disposto con l'articolo 6, paragrafo 1, TUE.

30 Inoltre, secondo detto giudice, l'articolo 38 della Carta, l'articolo 6, paragrafo 1, TUE e l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 non ostano a una disposizione nazionale, come quella della ventitreesima disposizione finale, paragrafo 4, della LEC, purché consenta al giudice di esaminare il contenuto delle clausole accessorie del contratto in parola al fine di poter esercitare un controllo d'ufficio sulle clausole abusive.

31 Di contro, detto giudice ritiene che, se l'interpretazione del regolamento n. 1896/2006 non consentisse di ottenere alcuna precisazione ulteriore nell'ottica di verificare l'esistenza di clausole abusive, detto regolamento dovrebbe essere considerato invalido per violazione dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE e dell'articolo 38 della Carta.

32 In tale contesto, lo Juzgado de Primera Instancia n. 20 de Barcelona (Tribunale di

primo grado n. 20 di Barcellona, Spagna) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se sia compatibile con l'articolo 38 della Carta, con l'articolo 6, paragrafo 1, [TUE] e con gli articoli 6, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1, della direttiva 13/93, una normativa nazionale come il paragrafo [2] della ventitreesima disposizione finale della [LEC], che non consente di fornire né di richiedere un contratto né il dettaglio del credito in una domanda [del credito] in cui il convenuto è un consumatore e vi sono elementi indicanti che potrebbero essere reclamati importi basati su clausole abusive.

2) Se sia compatibile con l'articolo 7, paragrafo 2, lettera d), del regolamento 1896/2006 che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, richiedere, nelle domande nei confronti di un consumatore, che il ricorrente specifichi nella sezione 11 del modulo standard A [che si trova all'allegato I del regolamento n. 1896/2006] il dettaglio del credito reclamato. Parimenti, se sia compatibile con tale disposizione esigere che nella stessa sezione 11 si trascriva il contenuto delle clausole del contratto poste a fondamento delle richieste nei confronti di un consumatore, oltre all'oggetto principale del contratto, per valutare se le stesse siano o meno abusive.

3) In caso di risposta negativa alla seconda questione, se sia possibile, ai sensi della formulazione attuale del regolamento 1896/2006, verificare d'ufficio, in via preliminare all'emissione dell'ingiunzione di pagamento europea, la presenza di clausole abusive in un contratto con un consumatore e, eventualmente, in base a quale disposizione si possa effettuare tale verifica.

4) Nell'ipotesi in cui, nell'attuale formulazione del regolamento 1896/2006, non sia possibile verificare d'ufficio l'esistenza di clausole abusive in via preliminare all'emissione dell'ingiunzione di pagamento europea, si chiede alla Corte di pronunciarsi sulla validità del regolamento citato alla luce della sua eventuale violazione dell'articolo 38 della Carta e dell'articolo 6, paragrafo 1[, TUE]".

Procedimento dinanzi alla Corte

33 Con decisioni del presidente della Corte del 6 settembre 2018 e della Corte del 18 giugno 2019, le cause C-453/18 e C-494/18 sono state riunite.

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima e seconda questione nei procedimenti C-453/18 e C-494/18, nonché sulla terza questione nel procedimento C-494/18

34 Con le questioni prima e seconda nei procedimenti C-453/18 e C-494/18 nonché con la terza questione nel procedimento C-494/18, i giudici del rinvio chiedono, in sostanza, se l'articolo 7, paragrafo 2, lettere d) e e), del regolamento n. 1896/2006 nonché

l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, quali interpretati dalla Corte e letti alla luce dell'articolo 38 della Carta, vadano interpretati nel senso che consentono a un "giudice", ai sensi di detto regolamento, adito nel contesto di un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento, di chiedere al creditore informazioni complementari relative alle clausole del contratto invocate a fondamento del credito in questione, al fine di effettuare il controllo d'ufficio del carattere eventualmente abusivo di dette clausole e, di conseguenza, nel senso che ostano a una normativa nazionale che dichiara irricevibili i documenti complementari forniti a tal fine.

35 In limine, occorre rilevare che, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, del regolamento n. 1896/2006, il regolamento medesimo si applica nelle controversie transfrontaliere. A termini dell'articolo 3, paragrafo 1, di detto regolamento, una controversia è transfrontaliera quando almeno una delle parti ha domicilio o residenza abituale in uno Stato membro diverso da quello del giudice adito. Nella specie, con riserva di verifiche che incombe ai giudici del rinvio effettuare, risulta dagli elementi del fascicolo sottoposto alla Corte che la B. è una società la cui sede sociale si trova in Estonia. Pertanto, il regolamento n. 1896/2006 va applicato.

36 In primo luogo, occorre rilevare, come risulta dall'articolo 1 del regolamento n. 1896/2006, letto in combinato disposto con i considerando 9 e 29 di detto regolamento, che detto regolamento intende semplificare, accelerare e ridurre i costi nelle controversie transfrontaliere in materia di crediti pecuniari non contestati, istituendo un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento.

37 È proprio al fine di garantire l'obiettivo di rapidità e di uniformità in detto procedimento che la domanda di ingiunzione di pagamento è presentata mediante il modulo standard A riprodotto nell'allegato I del regolamento n. 1896/2006, conformemente all'articolo 7 di detto regolamento, il paragrafo 2 del quale elenca gli elementi che devono figurare in detta domanda. In particolare, l'articolo 7, paragrafo 2, lettere d) ed e), del regolamento n. 1896/2006 prevede che la domanda di ingiunzione comprenda il fondamento dell'azione, compresa una descrizione delle circostanze invocate come base del credito e, se del caso, degli interessi richiesti nonché una descrizione delle prove a sostegno della domanda.

38 In forza dell'articolo 8 di questo stesso regolamento, il giudice a cui è presentata la domanda d'ingiunzione valuta, quanto prima e sulla scorta di detto modulo standard A, se le condizioni enunciate, segnatamente, all'articolo 7 del regolamento n. 1896/2006 siano soddisfatte e se la domanda risulti fondata. In tal caso, detto giudice rilascia l'ingiunzione di pagamento europea conformemente all'articolo 12 di tale regolamento. Se

non ricorrono le condizioni di cui a detto articolo 7, a termini dell'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento n. 1896/2006, il giudice dà al ricorrente la possibilità di completare o rettificare la domanda, utilizzando il modulo standard B riprodotto nell'allegato II.

39 In secondo luogo, occorre determinare se, nell'ambito di un tale procedimento europeo di ingiunzione di pagamento, il giudice investito della domanda di ingiunzione è assoggettato ai requisiti previsti dall'articolo 6, paragrafo 1, e dall'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, quali interpretati dalla Corte e letti alla luce dell'articolo 38 della Carta.

40 A tal riguardo occorre ricordare, in primo luogo, che il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 si fonda sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il livello di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni previamente predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse (sentenza del 27 febbraio 2014, Pohotovost', C-470/12, EU:C:2014:101, punto 39 e giurisprudenza ivi citata). Inoltre, l'articolo 38 della Carta prevede che nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori. Tale imperativo vale per l'attuazione della direttiva 93/13 (sentenza del 27 febbraio 2014, Pohotovost, C-470/12, EU:C:2014:101, punto 52).

41 In secondo luogo, a termini dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali.

42 In terzo luogo, data la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si basa la tutela dei consumatori, la direttiva 93/13 impone agli Stati membri, come risulta dal suo articolo 7, paragrafo 1, in combinato disposto con il ventiquattresimo considerando della medesima, di fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati da un professionista con i consumatori (sentenza del 13 settembre 2018, P.C.P., C-176/17, EU:C:2018:711, punto 40 e giurisprudenza ivi citata).

43 Infatti, secondo giurisprudenza costante della Corte, il giudice nazionale è sì tenuto ad esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale che ricade nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13 e, in tal modo, a ovviare allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista, ma a condizione che quest'ultimo disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine (sentenze del 4 giugno 2009, P.G., C-243/08, EU:C:2009:350 punto 32, e del 13 settembre 2018, P.C.P., C-176/17, EU:C:2018:711, punto 42 nonché la giurisprudenza ivi citata).

44 A tal riguardo, occorre sottolineare che, nel contesto dei procedimenti nazionali di ingiunzione di pagamento, la Corte ha statuito che l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 osta a una normativa nazionale che consente di emettere un'ingiunzione di pagamento quando il giudice investito di una domanda di ingiunzione di pagamento non dispone del potere di procedere a un esame dell'eventuale carattere abusivo delle clausole del suddetto contratto, una volta che le modalità di esercizio del diritto di proporre opposizione avverso una simile ingiunzione non permettono di assicurare il rispetto dei diritti che il consumatore trae dalla direttiva in parola (v., in tal senso, sentenza del 13 settembre 2018, P.C.P., C– 176/17, EU:C:2018:711, punto 71, e ordinanza del 28 novembre 2018, P.B.P., C– 632/17, EU:C:2018:963, punto 49).

45 In tal senso, la Corte ha affermato che un giudice investito di una domanda di ingiunzione di pagamento deve determinare se le modalità del procedimento di opposizione previste dal diritto nazionale possano far sorgere il rischio non trascurabile che il consumatore interessato non proponga un ricorso richiesto (v., in tal senso, sentenza del 13 settembre 2018, P.C.P., C-176/17, EU:C:2018:711, punto 61 e giurisprudenza ivi citata).

46 Tali esigenze si impongono anche quando un "giudice", ai sensi del regolamento n. 1896/2006, è investito di una domanda di ingiunzione di pagamento europea, ai sensi di detto regolamento.

47 Pertanto, occorre determinare se il regolamento n. 1896/2006 consente al giudice investito di una domanda di ingiunzione di pagamento europea di chiedere al creditore, al fine di procedere a un esame d'ufficio del carattere eventualmente abusivo delle clausole del contratto, conformemente alle esigenze che risultano dall'articolo 6, paragrafo 1, e dall'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, informazioni complementari relative alle clausole invocate a sostegno del suo credito.

48 A tal riguardo, si deve rilevare che, anche se l'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 1896/2006 disciplina in modo esauriente i requisiti che una domanda d'ingiunzione di pagamento europea deve rispettare (sentenza del 13 dicembre 2012, S., C-215/11, EU:C:2012:794, punto 32), il richiedente deve tuttavia utilizzare il modulo standard A, riprodotto nell'allegato I di detto regolamento, ai fini dell'introduzione di una siffatta domanda di ingiunzione, conformemente all'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento medesimo. Orbene, risulta, da una parte, dal punto 10 del modulo standard A, che il richiedente ha la possibilità di indicare e descrivere il tipo di elementi di prova disponibili, compresa una prova documentale e, d'altra parte, dal punto 11 di tale modulo risulta che possono essere aggiunte informazioni complementari a quelle espressamente richieste dai precedenti punti di tale modulo, sicché esso consente di fornire informazioni complementari relative

alle clausole invocate a sostegno del credito e consistenti, segnatamente, nella riproduzione integrale del contratto o nella produzione di una copia di esso.

49 A ciò si aggiunge che l'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento n. 1896/2006, prevede che il giudice investito di detta domanda dispone del potere di chiedere al creditore di completare o rettificare le informazioni fornite sul fondamento dell'articolo 7 del regolamento n. 1896/2006, utilizzando il modulo standard B riprodotto nell'allegato II di tale regolamento.

50 Ne consegue che il giudice adito deve poter chiedere, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento n. 1896/2006, informazioni complementari al creditore quanto alle clausole invocate a fondamento del suo credito, quali la riproduzione integrale del contratto o la produzione di una copia di esso, al fine di poter esaminare il carattere eventualmente abusivo di dette clausole, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, e all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 (v., in tal senso, sentenza del 6 settembre 2018, C.E., C-21/17, EU:C:2018:675, punti 44 e 50).

51 Una diversa interpretazione dell'articolo 7, paragrafo 2, lettere d) ed e), del regolamento n. 1896/2006 sarebbe tale da consentire ai creditori di eludere le esigenze che derivano dalla direttiva 93/13 e dall'articolo 38 della Carta.

52 Occorre, ancora, sottolineare che la circostanza che un giudice nazionale chieda al ricorrente di produrre il contenuto del documento o dei documenti su cui si fonda la sua domanda rientra semplicemente nell'ambito probatorio del processo, poiché tale richiesta mira soltanto a verificare il fondamento del ricorso, sicché essa non contrasta con il principio dispositivo (v., per analogia, sentenza del 7 novembre 2019, P.C.P., C-419/18 e C-483/18, EU:C:2019:930, punto 68).

53 Conseguentemente, l'articolo 7, paragrafo 2, lettere d) ed e), del regolamento n. 1896/2006, letto in combinato disposto con l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, quali interpretati dalla Corte e letti alla luce dell'articolo 38 della Carta, osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che dichiara irricevibili documenti complementari oltre al modulo standard A riprodotto nell'allegato I del regolamento n. 1896/2006, come una copia del contratto in parola.

54 Alla luce dell'insieme delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla prima e alla seconda questione nei procedimenti C-453/18 e C-494/18 nonché alla terza questione nel procedimento C-494/18 affermando che l'articolo 7, paragrafo 2, lettere d) ed e), del regolamento n. 1896/2006 nonché l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, quali interpretati dalla Corte e letti alla luce dell'articolo 38

della Carta, devono essere interpretati nel senso che consentono a un "giudice", ai sensi di detto regolamento, adito nel contesto di un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento, di chiedere al creditore informazioni complementari relative alle clausole del contratto invocate a fondamento del credito in questione, al fine di effettuare il controllo d'ufficio del carattere eventualmente abusivo di dette clausole e, di conseguenza, nel senso che ostano a una normativa nazionale che dichiara irricevibili i documenti complementari forniti a tal fine.

Sulla quarta questione nella causa C-494/18

55 Alla luce della risposta apportata alla prima e alla seconda questione nei procedimenti C-453/18 e C– 494/18 nonché alla terza questione nella causa C-494/18, non occorre rispondere a questa quarta questione.

Sulle spese

56 Nei confronti delle parti nei procedimenti principali la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

P.Q.M.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

L'articolo 7, paragrafo 2, lettere d) ed e), del regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, nonché l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, quali interpretati dalla Corte e letti alla luce dell'articolo 38 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che consentono a un "giudice", ai sensi di detto regolamento, adito nel contesto di un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento, di chiedere al creditore informazioni complementari relative alle clausole del contratto invocate a fondamento del credito in questione, al fine di effettuare il controllo d'ufficio del carattere eventualmente abusivo di dette clausole e, di conseguenza, nel senso che ostano a una normativa nazionale che dichiara irricevibili i documenti complementari forniti a tal fine.

JUS CIVILE

FABRIZIO PONZÙ DONATO

Dottorando di ricerca – Università di Messina

IL POTERE OFFICIOSO DEL GIUDICE A TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEL CONSUMATORE

SOMMARIO: *1. Il caso. – 2. Tutela del consumatore nel procedimento europeo d'ingiunzione e art. 38 Carta di Nizza. – 3. Art. 7 Direttiva 93/13 CEE ed intervento "in melius" del giudice. – 4. Potere officioso del giudice e diritti del consumatore. – 5. La prospettiva rimediale del potere officioso.*

1. – Con la sentenza in esame [1] la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, affronta il caso di una domanda d'ingiunzione di pagamento europeo [2] avanzata dalla società B. nei

[1] CGUE, 19 dicembre 2019, in *www.iusexplorer.it*.

[2] Vedasi sul punto G. ROSSOLILLO, *L'osservatorio comunitario,* in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 3, 270 in cui si analizza il procedimento d'ingiunzione europeo come meccanismo volto a garantire un recupero rapido ed efficace dei crediti che non sono oggetto di una controversia giuridica, non sostituendosi ai meccanismi di recupero dei crediti non contestati previsti dai vari ordinamenti nazionali, bensì volendo rappresentare un mezzo supplementare e facoltativo per il ricorrente.

Il meccanismo configurato dal regolamento si fonda sul principio secondo cui "un'ingiunzione di pagamento emessa in uno Stato membro e divenuta esecutiva dovrebbe essere trattata, ai fini dell'esecuzione, come se fosse stata emessa nello Stato membro in cui viene richiesta l'esecuzione".

Tale procedura opera in caso di controversie transfrontaliere (dove almeno una delle parti ha domicilio o residenza abituale in uno degli Stati membri dell'Unione Europea diverso da quello del giudice adito) ed è applicabile ai crediti liquidi, esigibili e non contestati nel settore civile e commerciale.

Sono escluse le controversie che riguardano l'ambito doganale, amministrativo, fiscale, in materia di fallimenti, quelli inerenti il regime patrimoniale dei coniugi, i testamenti, le successioni e i crediti derivanti da obbligazioni non contrattuali tranne ove abbiano formato oggetto di un accordo tra le parti o vi sia stato riconoscimento del debito.

Successivamente alla presentazione del ricorso il giudice dovrà verificare la sussistenza delle condizioni indicate nel regolamento, la fondatezza del credito e, in caso di esito positivo della verifica, emettere, di norma entro 30 giorni dalla presentazione della domanda, un'ingiunzione di pagamento europea utilizzando un modulo standard secondo gli oneri formali previsti dal regolamento.

L'ingiunzione dovrà essere poi notificata al convenuto, il quale potrà proporre opposizione entro il termine di dieci giorni decorrente dalla data di notifica innanzi ai giudici membri dello Stato d'origine.

confronti del sig. V.C., a seguito dell'inadempimento di quest'ultimo consumatore in relazione al pagamento degli oneri previsti in un contratto di mutuo.

Il Tribunale di Vigo (Spagna) originariamente adito, ritenendo il contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, chiedeva alla B. di produrre i documenti a fondamento del credito quale mezzo di prova per verificare l'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali ivi contenute ai sensi dell'art. 815, paragrafo 4 della Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

La B. rifiutava di produrre tali documenti affermando che non era obbligata ai sensi della ventitreesima disposizione finale paragrafo 2 della LEC e degli artt. 8 e 12 del regolamento n. 1896/2006.

Tale interpretazione della normativa veniva contestata dal Tribunale, che sottoponeva alla CGUE in sede pregiudiziale alcune questioni inerenti l'interpretazione degli artt. 7, par. 1 della direttiva 93/13 e dell'art. 7, paragrafo 2, lettera e) del regolamento CE n. 1896/2006 in raccordo con la ventitreesima disposizione finale paragrafo 2 della LEC. In particolare l'art. 7 del regolamento fa riferimento nella lettera e) ad una generica descrizione delle prove oggetto della domanda presentata dal creditore, non chiarendo in che termini debba intendersi tale regime probatorio e, lasciando dunque ampio margine d'interpretazione alla giurisprudenza ed alle normative nazionali.

La CGUE, richiamando costante giurisprudenza sul punto [3], concludeva riconoscendo la necessità di interpretare le norme sopra menzionate nel senso di consentire al giudice l'esercizio di un potere di controllo d'ufficio tale da permettere di chiedere al creditore professionista informazioni complementari relative al contenuto contrattuale stipulato con un consumatore, anche se in contrasto con la normativa spagnola di riferimento.

Tali conclusioni sono supportate in dottrina [4], nel senso di riconoscere la possibilità di un controllo giudiziale, anche mediante l'esercizio di poteri officiosi da parte del giudice, necessari specie quando la parte ingiunta sia un consumatore, dal momento che lo stesso regolamento 1896/2006 si orienta in un'ottica di tutela del consumatore in quanto "parte debole" del rapporto.

2. – L'esercizio del potere officioso esercitabile da parte del giudice nel corso del procedimento d'ingiunzione europeo deve essere letto, secondo la sentenza in commen-

[3] Vedasi CGUE, 5 marzo 2009, in *Foro it.,* 2009, 10, IV, 455, con nota di A. Palmieri.

[4] G. L. BARRECA, *Il decreto ingiuntivo europeo*, in *Esecuzione forzata*, 2010, 208 ss.

to [5], alla luce dell'art. 38 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, che riconosce un livello elevato di protezione dei consumatori.

La normativa di settore a tutela del consumatore, confluita nel nostro ordinamento all'interno del Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) – lungi dal costituire semplicemente lo statuto di un nuovo soggetto (peraltro, non identificabile in modo preciso), che si contrappone ed afferma i propri diritti nei confronti della categoria degli imprenditori e a svantaggio di questi – ha rivestito l'importante ruolo di aver contribuito alla strutturazione di un nuovo mercato, dall'impetuosa potenza espansiva [6], seppur rimanendo nell'ottica di salvaguardare la posizione c.d. debole del consumatore ed i suoi diritti fondamentali.

L'eventuale lesione dei diritti attribuiti ai consumatori incide direttamente sulla loro libertà di scelta, ma è destinata a gravare, al contempo, sul regime dello scambio, dal momento che alcuni diritti fondamentali si manifestano esclusivamente in occasione dello svolgimento del rapporto contrattuale: legittimo è allora l'interrogativo se la normativa che va sotto il nome di tutela del consumatore attenga al diritto dei contratti o al diritto delle persone [7].

Il controllo esercitato dall'autorità giudiziaria in passato si è basato sulla possibilità di sindacare nel merito le scelte contrattuali compiute dal consumatore e l'equilibrio contrattuale tra le prestazioni [8], invece di basarsi sulla possibilità di regolare semplicemente le modalità di svolgimento dell'attività economica, connotandosi nell'ottica di un controllo di carattere sostanziale sulla stipulazione dei contratti conclusi mediante la mera adesione alle altrui condizioni contrattuali, incidendo in tal modo sull'autonomia privata [9].

Tale forma di controllo veniva esercitata dall'autorità giudiziaria competente per la risoluzione di controversie che inerivano rapporti contrattuali in cui erano coinvolti i consumatori.

---

[5] CGUE, 19 dicembre 2019, in *www.iusexplorer.it.*

[6] M. BARELA, *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli,* in *Rivista di Diritto Industriale*, 2019, 171 ss.

[7] G. DE NOVA*, I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni,* in *I contratti*, 1998, 545 ss.; v. anche G. ALPA*, La legge sui diritti dei consumatori,* in *Corr. Giur.*, 1998, 998 ss.

[8] Per la dottrina favorevole all'introduzione di un controllo sostanziale sull'equivalenza delle prestazioni, vedi P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, I, 84 ss.; G. ALPA, *La protezione della parte debole*, in M.J. Bonell – F. Bonelli (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, Milano, 1997, 241 ss.; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, cit., 417 ss.; A. SOMMA, *Tecniche di tutela del contraente debole nella disciplina della contrattazione standard: riflessioni sull'esperienza tedesca*, in S. PATTI (a cura di), Annuario di diritto tedesco, Milano, 1998, 141 ss.

[9] M. BARELA, *op. cit.*, 171 ss.

Si trattava per lo più di interventi che seguivano una linea direttrice parzialmente diversa da quella finalizzata al riequilibrio delle posizioni contrattuali poiché erano inseriti nel quadro della tutela volta a soccorrere la "parte debole" più che a responsabilizzarla [10].

Permanevano tuttavia in dottrina [11] legittime perplessità in relazione all'applicabilità delle regole inerenti il rapporto tra consumatore e professionista, con riferimento principalmente alla scelta relativa alla collocazione delle disciplina inerente le clausole vessatorie, alla traduzione della direttiva comunitaria alle volte eccessivamente letterale e non attenta agli istituti inerenti la disciplina sottesa e alla nozione stessa di consumatore.

I diritti fondamentali del consumatore che sono stati oggetto di analisi e di tutela secondo le norme dell'apparato normativo di settore riguardavano dunque l'esigenza di fare in modo che quest'ultimo non subisse in maniera spropositata gli effetti della posizione dominante rivestita dal "professionista" nel rapporto contrattuale.

Tuttavia appare particolarmente difficoltoso in casi come quello inerente la vicenda ivi in commento, delimitare le modalità ed i poteri d'intervento dei giudici a tutela dei consumatori bilanciando questi poteri con quelli che sono i diritti e le esigenza di tutela che questi ultimi vantano nell'ambito di rapporti contrattuali intercorrenti con i c.d. professionisti.

3. – La sentenza in commento [12] fornisce rilevanti spunti di riflessione per valutare le modalità d'intervento *in melius* del giudice a tutela del consumatore ma con l'obiettivo di salvaguardare il contenuto contrattuale.

I giudici della Corte di giustizia hanno interpretato le norme di cui all'art. 7, paragrafo 2, lettere d) ed e) del Regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, e l'art. 6, paragrafo 1 e 7 paragrafo 2, della direttiva

---

[10] V. sul punto N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari,1998, 75. Per le diverse interpretazioni date in dottrina con riferimento al significato da attribuire alla disciplina sulle clausole vessatorie, si vedano, tra gli altri, R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 1994, 523; V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.,* 1994, 277.

[11] V. sul punto, tra gli altri, G. ALPA, *Breve glossa,* in *Il recepimento della direttiva*, Appendice a C.M. Bianca – G. Alpa, (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori,* Padova, 1996, 711; S. PATTI, *Il controllo delle condizioni generali di contratto: alcune recenti tesi dottrinali e la direttiva comunitaria*, in *Scritti in onore di R. Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del III millennio*, a cura di P. Cendon, II, Milano, 1994, 833 ss.; V. ROPPO, *La definizione di clausola "vessatoria" nei contratti dei consumatori*, in *I contratti*, 2000, 83 ss.

[12] CGUE, 19 dicembre 2019, in *www.iusexplorer.it.*

93/13 del Consiglio del 5 aprile 1993 [13], nel senso di riconoscere un intervento del giudice *in melius* per salvaguardare la posizione contrattuale del consumatore e valutare l'eventuale vessatorietà di clausole contrattuali, anche nel caso in cui tali norme contrastino con normative nazionali.

In dottrina [14] si ritiene che la correzione giudiziale del contratto, qualora sia *in melius* rispetto al diritto dispositivo applicabile, permetta di esaltare anziché deprimere l'effetto dissuasivo di cui all'art. 7 dir. 93/13, garantendo nel contempo al consumatore il massimo effetto utile.

Tuttavia la mancata delimitazione del potere correttivo esercitabile *in melius* dal giudice per salvaguardare la posizione consumeristica nei rapporti contrattuali, potrebbe comportare la mancata tutela di quell'equilibrio che necessariamente deve essere il pilastro del contratto stipulato tra due soggetti posti in una posizione di *asimmetria informatica*.

Proprio per ovviare a tale problematica vi è chi [15] sostiene l'argomentazione di una *legittimazione regolativa* dei rimedi nell'area della contrattazione asimmetrica, all'insegna di una razionalità che deve essere riconducibile al mercato e non alle singole operazioni economiche; il che implica l'esigenza di un paradigma rimediale la cui funzionalità seriale non muti in ragione dell'aversi oppure no un "effettivo pregiudizio individuale".

Giova in tale ottica rimarcare come la direttiva 93/13/CEE abbia come scopo la protezione di un interesse alla salvaguardia del contratto e non al recesso, di modo che la funzione integrativa del diritto dispositivo sia destinata a riespandersi nel momento in cui la disapplicazione pura della clausola finisca per determinare l'inefficacia del contratto, esponendo conseguentemente il consumatore ad una regola che non lo protegge adeguatamente [16].

---

[13] L'art. 7 della direttiva 93/13 recita testualmente nei primi due commi: *"Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori. 2. I mezzi di cui al paragrafo 1 comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole*".

[14] S. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, 67 ss.

[15] A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.,* 2004, 575.

[16] S. PAGLIANTINI, *Vecchio e nuovo sull'integrazione del contratto abusivo nel sistema delle fonti (partendo da un caso recente), con una postilla sulla sistematica attuale dell'integrazione*, in *Correzione e integrazione del contratto,* diretta da F. Volpe, Bologna, 96.

Il ricorso al diritto dispositivo dunque potrebbe rilevare come forma esaltativa del meccanismo d'integrazione del contratto, ovvero quale momento in cui si concretizza il diritto del consumatore ad un'effettività della tutela di cui all'art. 38 della Carta di Nizza [17].

Tale principio potrebbe essere applicato, alla luce del meccanismo dell'interpretazione conforme di modo che la non applicazione della clausola abusiva e la regola di cui all'art. 7 della direttiva 93/13/CEE debba ritenersi prevalente anche con riferimento alle disposizioni previste dalle norme di diritto interno.

Nel caso in commento, la volontà di non produrre documentazione nel corso del procedimento d'ingiunzione europea da parte dei cittadini spagnoli era fondata su quanto dedotto dalla ventitreesima disposizione finale della Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil del 7 gennaio 2000, la cd. "LEC".

Tale norma statuiva che la domanda d'ingiunzione europea dovesse essere presentata mediante il modulo standard previsto dal regolamento n. 1896/2006 ma senza che occorresse produrre ulteriore documentazione, la quale se prodotta era da considerarsi addirittura irricevibile.

La menzionata disposizione di diritto spagnolo, appariva fortemente in contrasto con i principi di diritto europeo e della legislazione di settore cui si è precedentemente fatto riferimento, ma in assenza di chiarezza nell'apparato normativo vigente, si rendeva necessario un orientamento giurisprudenziale ben preciso sul punto.

I giudici della CGUE nella sentenza che si analizza [18], salvaguardavano l'esercizio del potere officioso del giudice sulla base della necessità di ovviare allo squilibrio che esiste tra il consumatore ed il professionista nel rapporto contrattuale.

In assenza di una delimitazione chiara dei poteri del giudice, ci si è interrogati in dottrina [19] in merito alle modalità con cui questi dovessero essere intesi, partendo dall'idea che in alcun modo il potere esercitabile dal giudice potesse pregiudicare il giudizio di vessatorietà, con l'annessa soppressione pura ove invece l'accertamento ne appurasse il carattere abusivo.

La tutela del consumatore nel rapporto contrattuale nel quale risulta coinvolto e le modalità di esercizio del potere officioso del giudice sono state problematiche affrontate recentemente anche in altre sentenze dalla CGUE [20], nell'ottica di riconoscere poteri

---

[17] S. PAGLIANTINI, *op. cit*., 96.

[18] CGUE, 19 dicembre 2019, in *www.iusexplorer.it*.

[19] A. FALZEA, *Effettività del diritto europeo*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998, 19.

[20] *Ex multis* nella sentenza caso CGUE, 14 giugno 2012, causa C– 618/10, Banco Espanol de Crédito

d'intervento volti a salvaguardare l'interesse del consumatore a mantenere il rapporto contrattuale.

4. – Nella vicenda analizzata dalla sentenza della CGUE in commento [21] è evidente la volontà del consumatore di mantenere il contenuto contrattuale con l'esclusione degli elementi vessatori ma per giungere a questa soluzione è necessario l'intervento dell'autorità giudiziale di modo da effettuare una valutazione che vada oltre il contenuto delle normative nazionali (nella specie quella spagnola) che vietano l'esercizio del potere officioso da parte del giudice di richiedere informazioni complementari.

Invero, la normativa europea ha lasciato margini di libertà ai paesi membri, in merito alla scelta dei rimedi da attuare in ottemperanza alla normativa in caso di lesione dell'interesse del consumatore.

L'ordinamento italiano ha espressamente statuito quale rimedio, la nullità di protezione delle clausole vessatorie ai sensi dell'art. 36 cod. cons., secondo il quale tale nullità può operare solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice, di modo da salvaguardare comunque il contenuto contrattuale ma eliminando solo la clausola abusiva.

Il rimedio di cui all'art. 36 è stato introdotto nell'ordinamento italiano per far fronte ad una forse eccessiva discrezionalità del diritto di fonte europea in materia di rimedi, come ad esempio nella Direttiva sui Diritti dei Consumatori, 2011/ 83, in cui il legislatore europeo continuava a lasciare agli Stati membri il compito di prevedere rimedi efficaci per il caso di violazione delle proprie regole al fine di garantire i diritti previsti dalle Direttive.

SA c. Joaquin Caldéron Camino, i giudici hanno interpretato la direttiva 93/13/CEE nel senso che debba intendersi ostativa ad una normativa di uno Stato membro che non consente al giudice nell'ambito di un procedimento per ingiunzione di pagamento europeo, di esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola sugli interessi moratori inserita in un contratto stipulato tra un consumatore ed un professionista. I giudici europei dunque riconoscevano un potere d'intervento officioso al giudice nazionale al fine di tutelare la posizione del consumatore nell'ottica di una salvaguardia degli interessi sottesi al regolamento contrattuale. Sempre in tale ottica la CGUE si è pronunciata a tutela del consumatore nell'ambito di vicende che hanno dato corso ad un granitico orientamento giurisprudenziale.

L'opinione prevalente dei giudici europei è quella di favorire l'interpretazione della direttiva 93/13 di modo che qualora il giudice nazionale fosse chiamato a pronunciarsi nell'ambito di un'azione proposta dal professionista nei confronti di un consumatore vertente sull'esecuzione di un contratto e abbia il potere di valutare d'ufficio il contrasto tra le clausole e le norme nazionali di ordine pubblico, sia tenuto anche a valutare d'ufficio il carattere eventualmente abusivo della predetta clausola con riferimento ai criteri enunciati dalla citata direttiva.

[21] CGUE, 19 dicembre 2019, in *www.iusexplorer.it*.

La rilevanza dell'interesse del consumatore appare certamente a fondamento del rimedio della nullità di cui all'art. 36 ed è pienamente compatibile con la rilevabilità d'ufficio della nullità della clausola.

Tale regime permette di rispettare il principio del contraddittorio tra le parti in giudizio, all'esito del quale il giudice non sarà paralizzato nel potere officioso di dichiarare la nullità della clausola da una opposizione del consumatore, ma semmai potrà tenere conto della posizione da questi assunta in giudizio onde apprezzare diversamente la posizione sostanziale della parte nella adesione alle clausole contrattuali si da escludere l'abusitività di quella sotto esame [22].

Il potere officioso del giudice nel caso in analisi ed in generale in tutti i casi inerenti giudizi che si riferiscono alla tutela contrattuale in rapporti tra consumatori e professionisti, deve essere visto come volto a favorire l'introduzione in giudizio di ulteriori elementi di fatto a partire dai quali il giudice possa diversamente valutare la convinta adesione del consumatore alla clausola o l'effetto di quest'ultima all'interno del contratto, sì da poter escludere l'esito squilibrante.

Alla luce di queste valutazioni si potrebbe ritenere che il ruolo del consumatore e del suo eventuale interesse al mantenimento della clausola ed in determinati casi anche del contratto, risulti tale da non incrinare il potere officioso del giudice e, a monte, la preminente considerazione dell'interesse generale implicato [23].

Nei casi in cui il giudice utilizzi lo strumento della nullità di protezione di cui all'art. 36, tale azione può ritenersi rispondente in parte ad un interesse privato ed in parte ad un interesse pubblico [24], senza che ciò possa indurre a ritenere che ciò determini una deviazione dal canone generale della rilevabilità d'ufficio della nullità, di modo che il giudice sarebbe chiamato di volta in volta a risolvere un preteso conflitto tra i due interessi, conseguentemente decidendo la sorte del contratto in funzione della preminenza da accordare a quello del consumatore.

Secondo autorevole dottrina [25] l'obiettivo di protezione dell'interesse del consumatore è da intendersi intrinseco alla struttura del rimedio della nullità prima citata, nei termini

---

[22] S. PAGLIANTINI, *Clausole vessatorie e contratti negoziati fuori dai locali commerciali: il nuovo corso della Corte di Giustizia,* in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista – A. Plaia, Milano, 2011, 241 ss.

[23] R. ALESSI, *op. cit.*, 394.

[24] A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. not.*, 2010, 297.

[25] V. SCALISI, *Autonomie private e regole di validità. Le nullità conformative, le tutele contrattuali e il diritto europeo – Scritti per Adolfo di Majo,* a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, 649.

della non azionabilità da parte del professionista ed è consegnato già ai presupposti di diritto sostanziale di una nullità funzionale.

Ciò comporta che il giudice si astenga dal dichiarare la nullità della clausola, pur quando ne riscontri i presupposti, ove ritenga che in quel caso il rimedio possa risolversi in svantaggio per il consumatore o, all'opposto, possa decidere di optare per la caducazione totale del contratto che pur potrebbe sopravvivere senza clausola, assumendolo come esito più vantaggioso per la parte debole [26].

La possibilità riconosciuta all'autorità giudiziaria di intervenire ai fini della correzione del contratto può ritenersi volta a ripristinare, nell'assetto di interessi affidato al contratto, un equilibrio interno allo scambio di prestazioni, il che, nel caso di intervento di supplenza a seguito della caducazione della clausola abusiva, chiamerebbe il giudice a riformulare, seppure in forma a suo avviso più paritaria, proprio quella distribuzione di diritti ed obblighi che il professionista ha inteso condizionare con la clausola abusiva vietata.

Il contratto, nel caso di eliminazione delle clausole ritenute abusive in vista di un obiettivo di conservazione dello stesso nell'interesse del consumatore, potrebbe ammettere integrazioni per via legale.

La Suprema Corte di Cassazione [27] ha manifestato scetticismo in relazione all'efficacia di un intervento giudiziale realizzato nell'ottica di recupero di una giustizia contrattuale, ponendosi in contrasto con l'orientamento dottrinale [28] che ha tentato di rinvenire in alcune discipline di fonte europea la presunta legittimazione all'intervento da parte del giudice atto ad integrare il contenuto contrattuale, nella misura in cui tale intervento sia necessario per tutelare l'interesse del consumatore.

Il riconoscimento del potere officioso del giudice di richiesta d'informazioni complementari volte a verificare l'eventuale vessatorietà delle clausole inerenti il rapporto contrattuale professionista – consumatore nell'ambito del procedimento d'ingiunzione europeo deve essere letto nell'ottica della tutela di quest'ultimo secondo quanto previsto dal dettame normativo vigente.

---

[26] R. ALESSI, *op. cit.*, 401.

[27] Cass. civ. sez. VI, 8 febbraio 2012, n. 18751 in *Giust. civ. Mass,* 2013, 2, 143, in cui la Suprema Corte ha ritenuto che l'obiettivo di regolazione del mercato non può mai essere utilizzato al fine di giustificare l'utilizzo di soluzioni poste dalla disciplina a tutela del consumatore, anche in pregiudizio dell'interesse di quest'ultimo.

[28] R.ALESSI, *Transazioni commerciali e redistribuzione tra le parti del costo del ritardato pagamento: per una lettura del d.lgs. 231/2002 al riparo dall'ambiguo richiamo all'"equità",* Studi in onore di Antonio Palazzo – vol. III, Torino, 2009, 1 ss.

La direttiva 93/13 è stata concepita ed interpretata nel nostro ordinamento in quanto fondata sull'idea che il consumatore si trovi in una posizione d'inferiorità rispetto al professionista per quanto concerne sia il potere nelle trattative che il livello d'informazione.

Tale condizione di asimmetria informativa, comporta la conseguenza che il consumatore aderisca alle condizioni proposte dal professionista, il più delle volte senza possibilità di poter incidere sul contenuto contrattuale.

La sentenza che qui si commenta, deve ritenersi giustificativa dell'intervento officioso di richiesta d'informazioni complementari da parte del giudice, in quanto volto a salvaguardare non necessariamente il contenuto contrattuale tra professionista e consumatore, quanto più propriamente gli interessi sottesi al contratto, partendo dalla necessità di tutelare la posizione del consumatore anche ai sensi dell'art. 38 della Carta di Nizza.

5. – La natura del potere officioso del giudice può essere intesa come avente carattere rimediale, in quanto volta a tutelare la posizione debole del consumatore, e pertanto secondo autorevole dottrina deve ritenersi che il rimedio non ha sempre bisogno di appoggiarsi ad un diritto, in quanto è sufficiente un interesse protetto e che il rimedio "*gode di autonomia rispetto al diritto e/o interesse alla cui tutela è preordinato e si distingue dalla natura processuale*" [29].

In questa prospettazione il rimedio può comportare anche il superamento della fattispecie in virtù di un sintomatico bisogno o esigenza di tutela che la fattispecie non ha avuto la volontà o l'occasione di individuare [30].

La prospettiva rimediale europea, soprattutto in una fase successiva alla conclusione del contratto, può dunque ritenersi proiettata verso gli obiettivi di conservazione e ripristino dell'equilibrio tra le parti, tenendo sempre in considerazione l'asimmetria informativa sussistente nel rapporto tra consumatore e professionista [31].

Vi è stato anche chi in dottrina ha autorevolmente sostenuto come il rimedio possa dunque essere inteso come espressione di un potere di reazione del singolo anche nel caso in cui sia officioso, in quanto richiedente comunque l'impulso della parte in giudizio,

---

[29] A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile,* Torino, 2010, 6 ss.

[30] M. BARCELLONA, *La responsabilità nella prospettiva dei rimedi. A proposito del libro dei rimedi. A proposito del libro di A. Di Majo, Profili della responsabilità civile*, in *Europa dir. priv.,* 2011, 1235.

[31] M. ASTONE, *cit.*, 33.

a fronte della violazione di un ordine giuridico già esistente e della necessità di tutela alla presenza di un determinato conflitto [32].

L'intervento del giudice mirato ad ottenere informazioni necessarie al fine di valutare la vessatorietà delle clausole contenute nel contratto stipulato tra professionista e consumatore può essere letto nell'ottica rimediale di tutela dell'interesse di quest'ultimo, di modo da evitare il prodursi di effetti manifestamente eccessivi dovuti all'asimmetria informativa sussistente tra le due parti contrattuali.

Tuttavia l'intervento officioso da parte del giudice può ritenersi efficace con riferimento al contenuto contrattuale, anche nel caso in cui ciò conducesse alla nullità parziale della sola clausola vessatoria, in quanto anche tale nullità può ritenersi realizzata nell'ottica di una correzione del regolamento contrattuale che non è più identico a quello voluto inizialmente dalle parti [33].

Il potere riconosciuto in capo al giudice di richiedere alle parti ulteriori informazioni volte a valutare la vessatorietà di alcune clausole contrattuali potrebbe dunque ritenersi giustificativo non solo della necessità di tutela del consumatore quale parte debole del contratto ma anche quale strumento prodromico per la regolamentazione del rapporto contrattuale.

---

[32] S. MAZZAMUTO, *Ricordo di Vincenzo Scalisi,* in *Europa e Diritto Privato,* 2019, 1, 116 ss.

[33] A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2013, 1, 28.

JUS CIVILE

FABRIZIO PONZÙ DONATO

Dottorando di ricerca – Università di Messina

IL POTERE OFFICIOSO DEL GIUDICE A TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEL CONSUMATORE

SOMMARIO: *1. Il caso. – 2. Tutela del consumatore nel procedimento europeo d'ingiunzione e art. 38 Carta di Nizza. – 3. Art. 7 Direttiva 93/13 CEE ed intervento "in melius" del giudice. – 4. Potere officioso del giudice e diritti del consumatore. – 5. La prospettiva rimediale del potere officioso.*

1. – Con la sentenza in esame [1] la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, affronta il caso di una domanda d'ingiunzione di pagamento europeo [2] avanzata dalla società B. nei

[1] CGUE, 19 dicembre 2019, in *www.iusexplorer.it*.

[2] Vedasi sul punto G. ROSSOLILLO, *L'osservatorio comunitario,* in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 3, 270 in cui si analizza il procedimento d'ingiunzione europeo come meccanismo volto a garantire un recupero rapido ed efficace dei crediti che non sono oggetto di una controversia giuridica, non sostituendosi ai meccanismi di recupero dei crediti non contestati previsti dai vari ordinamenti nazionali, bensì volendo rappresentare un mezzo supplementare e facoltativo per il ricorrente.

Il meccanismo configurato dal regolamento si fonda sul principio secondo cui "un'ingiunzione di pagamento emessa in uno Stato membro e divenuta esecutiva dovrebbe essere trattata, ai fini dell'esecuzione, come se fosse stata emessa nello Stato membro in cui viene richiesta l'esecuzione".

Tale procedura opera in caso di controversie transfrontaliere (dove almeno una delle parti ha domicilio o residenza abituale in uno degli Stati membri dell'Unione Europea diverso da quello del giudice adito) ed è applicabile ai crediti liquidi, esigibili e non contestati nel settore civile e commerciale.

Sono escluse le controversie che riguardano l'ambito doganale, amministrativo, fiscale, in materia di fallimenti, quelli inerenti il regime patrimoniale dei coniugi, i testamenti, le successioni e i crediti derivanti da obbligazioni non contrattuali tranne ove abbiano formato oggetto di un accordo tra le parti o vi sia stato riconoscimento del debito.

Successivamente alla presentazione del ricorso il giudice dovrà verificare la sussistenza delle condizioni indicate nel regolamento, la fondatezza del credito e, in caso di esito positivo della verifica, emettere, di norma entro 30 giorni dalla presentazione della domanda, un'ingiunzione di pagamento europea utilizzando un modulo standard secondo gli oneri formali previsti dal regolamento.

L'ingiunzione dovrà essere poi notificata al convenuto, il quale potrà proporre opposizione entro il termine di dieci giorni decorrente dalla data di notifica innanzi ai giudici membri dello Stato d'origine.

confronti del sig. V.C., a seguito dell'inadempimento di quest'ultimo consumatore in relazione al pagamento degli oneri previsti in un contratto di mutuo.

Il Tribunale di Vigo (Spagna) originariamente adito, ritenendo il contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, chiedeva alla B. di produrre i documenti a fondamento del credito quale mezzo di prova per verificare l'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali ivi contenute ai sensi dell'art. 815, paragrafo 4 della Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

La B. rifiutava di produrre tali documenti affermando che non era obbligata ai sensi della ventitreesima disposizione finale paragrafo 2 della LEC e degli artt. 8 e 12 del regolamento n. 1896/2006.

Tale interpretazione della normativa veniva contestata dal Tribunale, che sottoponeva alla CGUE in sede pregiudiziale alcune questioni inerenti l'interpretazione degli artt. 7, par. 1 della direttiva 93/13 e dell'art. 7, paragrafo 2, lettera e) del regolamento CE n. 1896/2006 in raccordo con la ventitreesima disposizione finale paragrafo 2 della LEC. In particolare l'art. 7 del regolamento fa riferimento nella lettera e) ad una generica descrizione delle prove oggetto della domanda presentata dal creditore, non chiarendo in che termini debba intendersi tale regime probatorio e, lasciando dunque ampio margine d'interpretazione alla giurisprudenza ed alle normative nazionali.

La CGUE, richiamando costante giurisprudenza sul punto [3], concludeva riconoscendo la necessità di interpretare le norme sopra menzionate nel senso di consentire al giudice l'esercizio di un potere di controllo d'ufficio tale da permettere di chiedere al creditore professionista informazioni complementari relative al contenuto contrattuale stipulato con un consumatore, anche se in contrasto con la normativa spagnola di riferimento.

Tali conclusioni sono supportate in dottrina [4], nel senso di riconoscere la possibilità di un controllo giudiziale, anche mediante l'esercizio di poteri officiosi da parte del giudice, necessari specie quando la parte ingiunta sia un consumatore, dal momento che lo stesso regolamento 1896/2006 si orienta in un'ottica di tutela del consumatore in quanto "parte debole" del rapporto.

2. – L'esercizio del potere officioso esercitabile da parte del giudice nel corso del procedimento d'ingiunzione europeo deve essere letto, secondo la sentenza in commen-

[3] Vedasi CGUE, 5 marzo 2009, in *Foro it.,* 2009, 10, IV, 455, con nota di A. Palmieri.

[4] G. L. BARRECA, *Il decreto ingiuntivo europeo*, in *Esecuzione forzata*, 2010, 208 ss.

to [5], alla luce dell'art. 38 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, che riconosce un livello elevato di protezione dei consumatori.

La normativa di settore a tutela del consumatore, confluita nel nostro ordinamento all'interno del Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) – lungi dal costituire semplicemente lo statuto di un nuovo soggetto (peraltro, non identificabile in modo preciso), che si contrappone ed afferma i propri diritti nei confronti della categoria degli imprenditori e a svantaggio di questi – ha rivestito l'importante ruolo di aver contribuito alla strutturazione di un nuovo mercato, dall'impetuosa potenza espansiva [6], seppur rimanendo nell'ottica di salvaguardare la posizione c.d. debole del consumatore ed i suoi diritti fondamentali.

L'eventuale lesione dei diritti attribuiti ai consumatori incide direttamente sulla loro libertà di scelta, ma è destinata a gravare, al contempo, sul regime dello scambio, dal momento che alcuni diritti fondamentali si manifestano esclusivamente in occasione dello svolgimento del rapporto contrattuale: legittimo è allora l'interrogativo se la normativa che va sotto il nome di tutela del consumatore attenga al diritto dei contratti o al diritto delle persone [7].

Il controllo esercitato dall'autorità giudiziaria in passato si è basato sulla possibilità di sindacare nel merito le scelte contrattuali compiute dal consumatore e l'equilibrio contrattuale tra le prestazioni [8], invece di basarsi sulla possibilità di regolare semplicemente le modalità di svolgimento dell'attività economica, connotandosi nell'ottica di un controllo di carattere sostanziale sulla stipulazione dei contratti conclusi mediante la mera adesione alle altrui condizioni contrattuali, incidendo in tal modo sull'autonomia privata [9].

Tale forma di controllo veniva esercitata dall'autorità giudiziaria competente per la risoluzione di controversie che inerivano rapporti contrattuali in cui erano coinvolti i consumatori.

---

[5] CGUE, 19 dicembre 2019, in *www.iusexplorer.it.*

[6] M. BARELA, *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli,* in *Rivista di Diritto Industriale*, 2019, 171 ss.

[7] G. DE NOVA*, I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni,* in *I contratti*, 1998, 545 ss.; v. anche G. ALPA*, La legge sui diritti dei consumatori,* in *Corr. Giur.*, 1998, 998 ss.

[8] Per la dottrina favorevole all'introduzione di un controllo sostanziale sull'equivalenza delle prestazioni, vedi P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, I, 84 ss.; G. ALPA, *La protezione della parte debole*, in M.J. Bonell – F. Bonelli (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, Milano, 1997, 241 ss.; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, cit., 417 ss.; A. SOMMA, *Tecniche di tutela del contraente debole nella disciplina della contrattazione standard: riflessioni sull'esperienza tedesca*, in S. PATTI (a cura di), Annuario di diritto tedesco, Milano, 1998, 141 ss.

[9] M. BARELA, *op. cit.*, 171 ss.

Si trattava per lo più di interventi che seguivano una linea direttrice parzialmente diversa da quella finalizzata al riequilibrio delle posizioni contrattuali poiché erano inseriti nel quadro della tutela volta a soccorrere la "parte debole" più che a responsabilizzarla [10].

Permanevano tuttavia in dottrina [11] legittime perplessità in relazione all'applicabilità delle regole inerenti il rapporto tra consumatore e professionista, con riferimento principalmente alla scelta relativa alla collocazione delle disciplina inerente le clausole vessatorie, alla traduzione della direttiva comunitaria alle volte eccessivamente letterale e non attenta agli istituti inerenti la disciplina sottesa e alla nozione stessa di consumatore.

I diritti fondamentali del consumatore che sono stati oggetto di analisi e di tutela secondo le norme dell'apparato normativo di settore riguardavano dunque l'esigenza di fare in modo che quest'ultimo non subisse in maniera spropositata gli effetti della posizione dominante rivestita dal "professionista" nel rapporto contrattuale.

Tuttavia appare particolarmente difficoltoso in casi come quello inerente la vicenda ivi in commento, delimitare le modalità ed i poteri d'intervento dei giudici a tutela dei consumatori bilanciando questi poteri con quelli che sono i diritti e le esigenza di tutela che questi ultimi vantano nell'ambito di rapporti contrattuali intercorrenti con i c.d. professionisti.

3. – La sentenza in commento [12] fornisce rilevanti spunti di riflessione per valutare le modalità d'intervento *in melius* del giudice a tutela del consumatore ma con l'obiettivo di salvaguardare il contenuto contrattuale.

I giudici della Corte di giustizia hanno interpretato le norme di cui all'art. 7, paragrafo 2, lettere d) ed e) del Regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, e l'art. 6, paragrafo 1 e 7 paragrafo 2, della direttiva

---

[10] V. sul punto N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari,1998, 75. Per le diverse interpretazioni date in dottrina con riferimento al significato da attribuire alla disciplina sulle clausole vessatorie, si vedano, tra gli altri, R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 1994, 523; V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.,* 1994, 277.

[11] V. sul punto, tra gli altri, G. ALPA, *Breve glossa,* in *Il recepimento della direttiva*, Appendice a C.M. Bianca – G. Alpa, (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori,* Padova, 1996, 711; S. PATTI, *Il controllo delle condizioni generali di contratto: alcune recenti tesi dottrinali e la direttiva comunitaria*, in *Scritti in onore di R. Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del III millennio*, a cura di P. Cendon, II, Milano, 1994, 833 ss.; V. ROPPO, *La definizione di clausola "vessatoria" nei contratti dei consumatori*, in *I contratti*, 2000, 83 ss.

[12] CGUE, 19 dicembre 2019, in *www.iusexplorer.it.*

93/13 del Consiglio del 5 aprile 1993 [13], nel senso di riconoscere un intervento del giudice *in melius* per salvaguardare la posizione contrattuale del consumatore e valutare l'eventuale vessatorietà di clausole contrattuali, anche nel caso in cui tali norme contrastino con normative nazionali.

In dottrina [14] si ritiene che la correzione giudiziale del contratto, qualora sia *in melius* rispetto al diritto dispositivo applicabile, permetta di esaltare anziché deprimere l'effetto dissuasivo di cui all'art. 7 dir. 93/13, garantendo nel contempo al consumatore il massimo effetto utile.

Tuttavia la mancata delimitazione del potere correttivo esercitabile *in melius* dal giudice per salvaguardare la posizione consumeristica nei rapporti contrattuali, potrebbe comportare la mancata tutela di quell'equilibrio che necessariamente deve essere il pilastro del contratto stipulato tra due soggetti posti in una posizione di *asimmetria informatica*.

Proprio per ovviare a tale problematica vi è chi [15] sostiene l'argomentazione di una *legittimazione regolativa* dei rimedi nell'area della contrattazione asimmetrica, all'insegna di una razionalità che deve essere riconducibile al mercato e non alle singole operazioni economiche; il che implica l'esigenza di un paradigma rimediale la cui funzionalità seriale non muti in ragione dell'aversi oppure no un "effettivo pregiudizio individuale".

Giova in tale ottica rimarcare come la direttiva 93/13/CEE abbia come scopo la protezione di un interesse alla salvaguardia del contratto e non al recesso, di modo che la funzione integrativa del diritto dispositivo sia destinata a riespandersi nel momento in cui la disapplicazione pura della clausola finisca per determinare l'inefficacia del contratto, esponendo conseguentemente il consumatore ad una regola che non lo protegge adeguatamente [16].

---

[13] L'art. 7 della direttiva 93/13 recita testualmente nei primi due commi: *"Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori. 2. I mezzi di cui al paragrafo 1 comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole*".

[14] S. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, 67 ss.

[15] A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.,* 2004, 575.

[16] S. PAGLIANTINI, *Vecchio e nuovo sull'integrazione del contratto abusivo nel sistema delle fonti (partendo da un caso recente), con una postilla sulla sistematica attuale dell'integrazione*, in *Correzione e integrazione del contratto,* diretta da F. Volpe, Bologna, 96.

Il ricorso al diritto dispositivo dunque potrebbe rilevare come forma esaltativa del meccanismo d'integrazione del contratto, ovvero quale momento in cui si concretizza il diritto del consumatore ad un'effettività della tutela di cui all'art. 38 della Carta di Nizza [17].

Tale principio potrebbe essere applicato, alla luce del meccanismo dell'interpretazione conforme di modo che la non applicazione della clausola abusiva e la regola di cui all'art. 7 della direttiva 93/13/CEE debba ritenersi prevalente anche con riferimento alle disposizioni previste dalle norme di diritto interno.

Nel caso in commento, la volontà di non produrre documentazione nel corso del procedimento d'ingiunzione europea da parte dei cittadini spagnoli era fondata su quanto dedotto dalla ventitreesima disposizione finale della Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil del 7 gennaio 2000, la cd. "LEC".

Tale norma statuiva che la domanda d'ingiunzione europea dovesse essere presentata mediante il modulo standard previsto dal regolamento n. 1896/2006 ma senza che occorresse produrre ulteriore documentazione, la quale se prodotta era da considerarsi addirittura irricevibile.

La menzionata disposizione di diritto spagnolo, appariva fortemente in contrasto con i principi di diritto europeo e della legislazione di settore cui si è precedentemente fatto riferimento, ma in assenza di chiarezza nell'apparato normativo vigente, si rendeva necessario un orientamento giurisprudenziale ben preciso sul punto.

I giudici della CGUE nella sentenza che si analizza [18], salvaguardavano l'esercizio del potere officioso del giudice sulla base della necessità di ovviare allo squilibrio che esiste tra il consumatore ed il professionista nel rapporto contrattuale.

In assenza di una delimitazione chiara dei poteri del giudice, ci si è interrogati in dottrina [19] in merito alle modalità con cui questi dovessero essere intesi, partendo dall'idea che in alcun modo il potere esercitabile dal giudice potesse pregiudicare il giudizio di vessatorietà, con l'annessa soppressione pura ove invece l'accertamento ne appurasse il carattere abusivo.

La tutela del consumatore nel rapporto contrattuale nel quale risulta coinvolto e le modalità di esercizio del potere officioso del giudice sono state problematiche affrontate recentemente anche in altre sentenze dalla CGUE [20], nell'ottica di riconoscere poteri

---

[17] S. PAGLIANTINI, *op. cit*., 96.

[18] CGUE, 19 dicembre 2019, in *www.iusexplorer.it*.

[19] A. FALZEA, *Effettività del diritto europeo*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998, 19.

[20] *Ex multis* nella sentenza caso CGUE, 14 giugno 2012, causa C– 618/10, Banco Espanol de Crédito

d'intervento volti a salvaguardare l'interesse del consumatore a mantenere il rapporto contrattuale.

4. – Nella vicenda analizzata dalla sentenza della CGUE in commento [21] è evidente la volontà del consumatore di mantenere il contenuto contrattuale con l'esclusione degli elementi vessatori ma per giungere a questa soluzione è necessario l'intervento dell'autorità giudiziale di modo da effettuare una valutazione che vada oltre il contenuto delle normative nazionali (nella specie quella spagnola) che vietano l'esercizio del potere officioso da parte del giudice di richiedere informazioni complementari.

Invero, la normativa europea ha lasciato margini di libertà ai paesi membri, in merito alla scelta dei rimedi da attuare in ottemperanza alla normativa in caso di lesione dell'interesse del consumatore.

L'ordinamento italiano ha espressamente statuito quale rimedio, la nullità di protezione delle clausole vessatorie ai sensi dell'art. 36 cod. cons., secondo il quale tale nullità può operare solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice, di modo da salvaguardare comunque il contenuto contrattuale ma eliminando solo la clausola abusiva.

Il rimedio di cui all'art. 36 è stato introdotto nell'ordinamento italiano per far fronte ad una forse eccessiva discrezionalità del diritto di fonte europea in materia di rimedi, come ad esempio nella Direttiva sui Diritti dei Consumatori, 2011/ 83, in cui il legislatore europeo continuava a lasciare agli Stati membri il compito di prevedere rimedi efficaci per il caso di violazione delle proprie regole al fine di garantire i diritti previsti dalle Direttive.

SA c. Joaquin Caldéron Camino, i giudici hanno interpretato la direttiva 93/13/CEE nel senso che debba intendersi ostativa ad una normativa di uno Stato membro che non consente al giudice nell'ambito di un procedimento per ingiunzione di pagamento europeo, di esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola sugli interessi moratori inserita in un contratto stipulato tra un consumatore ed un professionista. I giudici europei dunque riconoscevano un potere d'intervento officioso al giudice nazionale al fine di tutelare la posizione del consumatore nell'ottica di una salvaguardia degli interessi sottesi al regolamento contrattuale. Sempre in tale ottica la CGUE si è pronunciata a tutela del consumatore nell'ambito di vicende che hanno dato corso ad un granitico orientamento giurisprudenziale.

L'opinione prevalente dei giudici europei è quella di favorire l'interpretazione della direttiva 93/13 di modo che qualora il giudice nazionale fosse chiamato a pronunciarsi nell'ambito di un'azione proposta dal professionista nei confronti di un consumatore vertente sull'esecuzione di un contratto e abbia il potere di valutare d'ufficio il contrasto tra le clausole e le norme nazionali di ordine pubblico, sia tenuto anche a valutare d'ufficio il carattere eventualmente abusivo della predetta clausola con riferimento ai criteri enunciati dalla citata direttiva.

[21] CGUE, 19 dicembre 2019, in *www.iusexplorer.it*.

La rilevanza dell'interesse del consumatore appare certamente a fondamento del rimedio della nullità di cui all'art. 36 ed è pienamente compatibile con la rilevabilità d'ufficio della nullità della clausola.

Tale regime permette di rispettare il principio del contraddittorio tra le parti in giudizio, all'esito del quale il giudice non sarà paralizzato nel potere officioso di dichiarare la nullità della clausola da una opposizione del consumatore, ma semmai potrà tenere conto della posizione da questi assunta in giudizio onde apprezzare diversamente la posizione sostanziale della parte nella adesione alle clausole contrattuali si da escludere l'abusitività di quella sotto esame [22].

Il potere officioso del giudice nel caso in analisi ed in generale in tutti i casi inerenti giudizi che si riferiscono alla tutela contrattuale in rapporti tra consumatori e professionisti, deve essere visto come volto a favorire l'introduzione in giudizio di ulteriori elementi di fatto a partire dai quali il giudice possa diversamente valutare la convinta adesione del consumatore alla clausola o l'effetto di quest'ultima all'interno del contratto, sì da poter escludere l'esito squilibrante.

Alla luce di queste valutazioni si potrebbe ritenere che il ruolo del consumatore e del suo eventuale interesse al mantenimento della clausola ed in determinati casi anche del contratto, risulti tale da non incrinare il potere officioso del giudice e, a monte, la preminente considerazione dell'interesse generale implicato [23].

Nei casi in cui il giudice utilizzi lo strumento della nullità di protezione di cui all'art. 36, tale azione può ritenersi rispondente in parte ad un interesse privato ed in parte ad un interesse pubblico [24], senza che ciò possa indurre a ritenere che ciò determini una deviazione dal canone generale della rilevabilità d'ufficio della nullità, di modo che il giudice sarebbe chiamato di volta in volta a risolvere un preteso conflitto tra i due interessi, conseguentemente decidendo la sorte del contratto in funzione della preminenza da accordare a quello del consumatore.

Secondo autorevole dottrina [25] l'obiettivo di protezione dell'interesse del consumatore è da intendersi intrinseco alla struttura del rimedio della nullità prima citata, nei termini

---

[22] S. PAGLIANTINI, *Clausole vessatorie e contratti negoziati fuori dai locali commerciali: il nuovo corso della Corte di Giustizia,* in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista – A. Plaia, Milano, 2011, 241 ss.

[23] R. ALESSI, *op. cit.*, 394.

[24] A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. not.*, 2010, 297.

[25] V. SCALISI, *Autonomie private e regole di validità. Le nullità conformative, le tutele contrattuali e il diritto europeo – Scritti per Adolfo di Majo,* a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, 649.

della non azionabilità da parte del professionista ed è consegnato già ai presupposti di diritto sostanziale di una nullità funzionale.

Ciò comporta che il giudice si astenga dal dichiarare la nullità della clausola, pur quando ne riscontri i presupposti, ove ritenga che in quel caso il rimedio possa risolversi in svantaggio per il consumatore o, all'opposto, possa decidere di optare per la caducazione totale del contratto che pur potrebbe sopravvivere senza clausola, assumendolo come esito più vantaggioso per la parte debole [26].

La possibilità riconosciuta all'autorità giudiziaria di intervenire ai fini della correzione del contratto può ritenersi volta a ripristinare, nell'assetto di interessi affidato al contratto, un equilibrio interno allo scambio di prestazioni, il che, nel caso di intervento di supplenza a seguito della caducazione della clausola abusiva, chiamerebbe il giudice a riformulare, seppure in forma a suo avviso più paritaria, proprio quella distribuzione di diritti ed obblighi che il professionista ha inteso condizionare con la clausola abusiva vietata.

Il contratto, nel caso di eliminazione delle clausole ritenute abusive in vista di un obiettivo di conservazione dello stesso nell'interesse del consumatore, potrebbe ammettere integrazioni per via legale.

La Suprema Corte di Cassazione [27] ha manifestato scetticismo in relazione all'efficacia di un intervento giudiziale realizzato nell'ottica di recupero di una giustizia contrattuale, ponendosi in contrasto con l'orientamento dottrinale [28] che ha tentato di rinvenire in alcune discipline di fonte europea la presunta legittimazione all'intervento da parte del giudice atto ad integrare il contenuto contrattuale, nella misura in cui tale intervento sia necessario per tutelare l'interesse del consumatore.

Il riconoscimento del potere officioso del giudice di richiesta d'informazioni complementari volte a verificare l'eventuale vessatorietà delle clausole inerenti il rapporto contrattuale professionista – consumatore nell'ambito del procedimento d'ingiunzione europeo deve essere letto nell'ottica della tutela di quest'ultimo secondo quanto previsto dal dettame normativo vigente.

---

[26] R. ALESSI, *op. cit.*, 401.

[27] Cass. civ. sez. VI, 8 febbraio 2012, n. 18751 in *Giust. civ. Mass,* 2013, 2, 143, in cui la Suprema Corte ha ritenuto che l'obiettivo di regolazione del mercato non può mai essere utilizzato al fine di giustificare l'utilizzo di soluzioni poste dalla disciplina a tutela del consumatore, anche in pregiudizio dell'interesse di quest'ultimo.

[28] R.ALESSI, *Transazioni commerciali e redistribuzione tra le parti del costo del ritardato pagamento: per una lettura del d.lgs. 231/2002 al riparo dall'ambiguo richiamo all'"equità",* Studi in onore di Antonio Palazzo – vol. III, Torino, 2009, 1 ss.

La direttiva 93/13 è stata concepita ed interpretata nel nostro ordinamento in quanto fondata sull'idea che il consumatore si trovi in una posizione d'inferiorità rispetto al professionista per quanto concerne sia il potere nelle trattative che il livello d'informazione.

Tale condizione di asimmetria informativa, comporta la conseguenza che il consumatore aderisca alle condizioni proposte dal professionista, il più delle volte senza possibilità di poter incidere sul contenuto contrattuale.

La sentenza che qui si commenta, deve ritenersi giustificativa dell'intervento officioso di richiesta d'informazioni complementari da parte del giudice, in quanto volto a salvaguardare non necessariamente il contenuto contrattuale tra professionista e consumatore, quanto più propriamente gli interessi sottesi al contratto, partendo dalla necessità di tutelare la posizione del consumatore anche ai sensi dell'art. 38 della Carta di Nizza.

5. – La natura del potere officioso del giudice può essere intesa come avente carattere rimediale, in quanto volta a tutelare la posizione debole del consumatore, e pertanto secondo autorevole dottrina deve ritenersi che il rimedio non ha sempre bisogno di appoggiarsi ad un diritto, in quanto è sufficiente un interesse protetto e che il rimedio "*gode di autonomia rispetto al diritto e/o interesse alla cui tutela è preordinato e si distingue dalla natura processuale*" [29].

In questa prospettazione il rimedio può comportare anche il superamento della fattispecie in virtù di un sintomatico bisogno o esigenza di tutela che la fattispecie non ha avuto la volontà o l'occasione di individuare [30].

La prospettiva rimediale europea, soprattutto in una fase successiva alla conclusione del contratto, può dunque ritenersi proiettata verso gli obiettivi di conservazione e ripristino dell'equilibrio tra le parti, tenendo sempre in considerazione l'asimmetria informativa sussistente nel rapporto tra consumatore e professionista [31].

Vi è stato anche chi in dottrina ha autorevolmente sostenuto come il rimedio possa dunque essere inteso come espressione di un potere di reazione del singolo anche nel caso in cui sia officioso, in quanto richiedente comunque l'impulso della parte in giudizio,

---

[29] A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile,* Torino, 2010, 6 ss.

[30] M. BARCELLONA, *La responsabilità nella prospettiva dei rimedi. A proposito del libro dei rimedi. A proposito del libro di A. Di Majo, Profili della responsabilità civile*, in *Europa dir. priv.,* 2011, 1235.

[31] M. ASTONE, *cit.*, 33.

a fronte della violazione di un ordine giuridico già esistente e della necessità di tutela alla presenza di un determinato conflitto [32].

L'intervento del giudice mirato ad ottenere informazioni necessarie al fine di valutare la vessatorietà delle clausole contenute nel contratto stipulato tra professionista e consumatore può essere letto nell'ottica rimediale di tutela dell'interesse di quest'ultimo, di modo da evitare il prodursi di effetti manifestamente eccessivi dovuti all'asimmetria informativa sussistente tra le due parti contrattuali.

Tuttavia l'intervento officioso da parte del giudice può ritenersi efficace con riferimento al contenuto contrattuale, anche nel caso in cui ciò conducesse alla nullità parziale della sola clausola vessatoria, in quanto anche tale nullità può ritenersi realizzata nell'ottica di una correzione del regolamento contrattuale che non è più identico a quello voluto inizialmente dalle parti [33].

Il potere riconosciuto in capo al giudice di richiedere alle parti ulteriori informazioni volte a valutare la vessatorietà di alcune clausole contrattuali potrebbe dunque ritenersi giustificativo non solo della necessità di tutela del consumatore quale parte debole del contratto ma anche quale strumento prodromico per la regolamentazione del rapporto contrattuale.

---

[32] S. MAZZAMUTO, *Ricordo di Vincenzo Scalisi,* in *Europa e Diritto Privato,* 2019, 1, 116 ss.

[33] A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2013, 1, 28.

CORTE DI GIUSTIZIA UE, Grande Sezione, sentenza 24 settembre 2019, causa C-507/17

L'articolo 12, lettera b), e l'articolo 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46/CE, e l'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679, devono essere interpretati nel senso che il gestore di un motore di ricerca, quando accoglie una domanda di deindicizzazione in applicazione delle suddette disposizioni, è tenuto ad effettuare tale deindicizzazione non in tutte le versioni del suo motore di ricerca, ma nelle versioni di tale motore corrispondenti a tutti gli Stati membri, e ciò, se necessario, in combinazione con misure che, tenendo nel contempo conto delle prescrizioni di legge, permettono effettivamente di impedire agli utenti di Internet, che effettuano una ricerca sulla base del nome dell'interessato a partire da uno degli Stati membri, di avere accesso, attraverso l'elenco dei risultati visualizzato in seguito a tale ricerca, ai link oggetto di tale domanda, o quantomeno di scoraggiare seriamente tali utenti.

...Omissis

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

30 Con decisione del 21 maggio 2015, la presidente della CNIL, avendo accolto la domanda di una persona fisica diretta a ottenere la soppressione di taluni link dall'elenco di risultati visualizzato in esito a una ricerca effettuata a partire dal suo nome, ha intimato a Google di procedere alla cancellazione richiesta su tutte le estensioni del nome di dominio del suo motore di ricerca.

31 Google si è rifiutata di dar seguito a detta diffida, limitandosi a sopprimere i link di cui trattasi dai soli risultati visualizzati in esito a ricerche effettuate sulle declinazioni del suo motore il cui nome di dominio corrisponde a uno Stato membro.

32 La CNIL ha peraltro reputato insufficiente la proposta complementare di un cosiddetto «blocco geografico», formulata da Google dopo la scadenza del termine fissato nella diffida, consistente nel sopprimere la possibilità di accedere, da un indirizzo IP (Internet Protocol) che si considera localizzato nello Stato di residenza dell'interessato, ai risultati

controversi in esito ad una ricerca effettuata a partire dal nome di quest'ultimo, e ciò indipendentemente dalla declinazione del motore di ricerca richiesta dall'utente di Internet.

33 Dopo aver preso atto del fatto che Google non si era conformata alla diffida entro il termine ivi impartito, con deliberazione del 10 marzo 2016, la CNIL ha inflitto a detta società una sanzione, resa pubblica, di EUR 100 000.

34 Con ricorso proposto dinanzi al Conseil d'État (Consiglio di Stato, Francia), Google chiede l'annullamento di detta deliberazione.

35 Il Conseil d'État (Consiglio di Stato) osserva che il trattamento dei dati personali compiuto dal motore di ricerca gestito da Google rientra – tenuto conto delle attività di promozione e di vendita degli spazi pubblicitari esercitate, in Francia, attraverso la sua controllata Google France – nell'ambito di applicazione della legge del 6 gennaio 1978.

36 Il Conseil d'État (Consiglio di Stato) osserva, inoltre, che il motore di ricerca gestito da Google si declina in nomi di dominio diversi attraverso estensioni geografiche, al fine di adattare i risultati visualizzati alle specificità, in particolare linguistiche, dei diversi paesi in cui tale società svolge la propria attività. Allorché la ricerca è effettuata a partire da «google.com», Google procederebbe, in linea di principio, a un reindirizzamento automatico della suddetta ricerca verso il nome di dominio corrispondente allo Stato a partire dal quale si ritiene, in base all'identificazione dell'indirizzo IP dell'utente Internet, che sia stata effettuata la ricerca. Tuttavia, a prescindere dalla sua localizzazione, l'utente di Internet rimane libero di effettuare le proprie ricerche sugli altri nomi di dominio del motore di ricerca. Peraltro, anche se i risultati possono differire a seconda del nome di dominio a partire dal quale viene effettuata la ricerca sul motore in questione, sarebbe pacifico che i link visualizzati in risposta a una ricerca provengono da banche dati e da operazioni di indicizzazione comuni.

37 Il Conseil d'État (Consiglio di Stato) ritiene che, tenuto conto, da un lato, del fatto che i nomi di dominio del motore di ricerca di Google sono tutti accessibili dal territorio francese e, dall'altro, dell'esistenza di applicazioni-ponte (gateway) tra i suddetti diversi nomi di dominio, che illustrano, in particolare, il reindirizzamento automatico, nonché la presenza di marcatori («cookies») su estensioni del motore diverse da quella sulla quale sono stati inizialmente posizionati, tale motore, il quale peraltro è stato oggetto di un'unica dichiarazione presso la CNIL, deve essere considerato come un trattamento unico di dati personali, ai fini dell'applicazione della legge del 6 gennaio 1978. Ne risulterebbe che il trattamento di dati personali da parte del motore di ricerca gestito da Google è eseguito nell'ambito di uno dei suoi stabilimenti, Google France, situato in territorio francese, e che, a tale titolo, è soggetto alla legge del 6 gennaio 1978.

38 Dinanzi al Conseil d'État (Consiglio di Stato), Google sostiene che la sanzione controversa si baserebbe su un'interpretazione erronea delle disposizioni della legge del 6 gennaio 1978 che recepiscono l'articolo 12, lettera b), e l'articolo 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46, sulla cui base, nella sentenza del 13 maggio 2014, Google Spain e Google (C-131/12, EU:C:2014:317), la Corte ha riconosciuto un «diritto alla deindicizzazione». Secondo Google, il diritto succitato non comporta necessariamente che i link controversi debbano essere soppressi, senza limitazioni geografiche, in tutti i nomi di dominio del suo motore di ricerca. Inoltre, attenendosi ad un'interpretazione siffatta, la CNIL avrebbe violato i principi di cortesia e di non ingerenza riconosciuti dal diritto internazionale pubblico e leso in modo sproporzionato le libertà d'espressione, d'informazione, di comunicazione e di stampa, garantite, in particolare, dall'articolo 11 della Carta.

39 Avendo constatato che le argomentazioni di cui trattasi sollevano numerose e serie difficoltà sotto il profilo dell'interpretazione della direttiva 95/46, il Conseil d'État (Consiglio di Stato) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il "diritto alla deindicizzazione", come sancito dalla [Corte] nella sentenza del 13 maggio 2014, [Google Spain e Google (C-131/12, EU:C:2014:317),] sulla base delle disposizioni di cui all'articolo 12, lettera b), e all'articolo 14, [primo comma,] lettera a), della direttiva [95/46], debba essere interpretato nel senso che il gestore di un motore di ricerca, nel dare seguito a una richiesta di deindicizzazione, è tenuto ad eseguire tale deindicizzazione su tutti i nomi di dominio del suo motore, affinché i link controversi non appaiano più – indipendentemente dal luogo a partire dal quale viene effettuata la ricerca avviata sul nome del richiedente – e ciò anche al di fuori dell'ambito di applicazione territoriale della direttiva [95/46].

2) In caso di risposta negativa alla prima questione, se il «diritto alla deindicizzazione», come sancito dalla [Corte] nella summenzionata sentenza, debba essere interpretato nel senso che il gestore di un motore di ricerca, nel dare seguito a una richiesta di deindicizzazione, sia tenuto solamente a sopprimere i link controversi che appaiono in esito a una ricerca effettuata a partire dal nome del richiedente sul nome di dominio corrispondente allo Stato in cui si ritiene sia stata effettuata la domanda o, più in generale, sui nomi di dominio del motore di ricerca corrispondenti alle estensioni nazionali di tale motore per tutti gli Stati membri (…).

3) Inoltre se, a complemento degli obblighi richiamati [nella seconda questione], il "diritto alla deindicizzazione", come sancito dalla [Corte] nella summenzionata sentenza,

debba essere interpretato nel senso che il gestore di un motore di ricerca, quando accoglie una richiesta di deindicizzazione, è tenuto a sopprimere, con la cosiddetta tecnica del "blocco geografico", a partire da un indirizzo IP che si ritiene localizzato nello Stato di residenza del beneficiario del "diritto alla deindicizzazione", i risultati controversi delle ricerche effettuate a partire dal nome di quest'ultimo, o persino, più in generale, a partire da un indirizzo IP che si ritiene localizzato in uno degli Stati membri assoggettati alla direttiva [95/46], e ciò indipendentemente dal nome di dominio utilizzato dall'utente di Internet che effettua la ricerca».

Sulle questioni pregiudiziali

...Omissis

41 La Corte esaminerà le questioni sollevate tanto alla luce di tale direttiva quanto del suddetto regolamento per garantire che le sue risposte siano, in ogni caso, utili al giudice del rinvio.

42 Nel corso del procedimento dinanzi alla Corte, Google ha dichiarato che, successivamente al rinvio pregiudiziale, ha introdotto una nuova presentazione delle versioni nazionali del suo motore di ricerca, nell'ambito della quale il nome di dominio introdotto dall'utente di Internet non determinerebbe più la versione nazionale del motore di ricerca a cui questi ha accesso. In tal modo, l'utente di Internet sarebbe oramai automaticamente diretto verso la versione nazionale del motore di ricerca Google che corrisponde al luogo a partire dal quale si presume questi stia effettuando la ricerca e i risultati della ricerca sarebbero visualizzati in funzione di tale luogo, il quale sarebbe determinato da Google grazie ad un processo di geolocalizzazione.

43 Occorre pertanto intendere le questioni poste, che è opportuno trattare congiuntamente, nel senso che esse sono dirette a stabilire, in sostanza, se l'articolo 12, lettera b), e l'articolo 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 e l'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento 2016/679 debbano essere interpretati nel senso che, quando il gestore di un motore di ricerca accoglie una domanda di deindicizzazione ai sensi delle suddette disposizioni, è tenuto ad effettuare quest'ultima su tutte le versioni del suo motore di ricerca o se, al contrario, è tenuto ad effettuare tale deindicizzazione solo sulle versioni del suddetto motore corrispondenti a tutti gli Stati membri, oppure solo su quella corrispondente allo Stato membro in cui è stata presentata la domanda di deindicizzazione, se del caso, in combinazione con l'uso della cosiddetta tecnica del «blocco geografico» per garantire che, nell'ambito di una ricerca effettuata a partire da un indirizzo IP che si ritiene localizzato nello Stato membro di residenza del beneficiario del diritto alla deindicizzazione o, più in generale, in uno Stato membro, un utente di Internet non possa accedere

ai link oggetto della deindicizzazione, indipendentemente dalla versione nazionale del motore di ricerca utilizzata.

44 In via preliminare, occorre ricordare che la Corte ha dichiarato che gli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, al fine di rispettare i diritti previsti da tali disposizioni, e sempre che le condizioni da queste fissate siano effettivamente soddisfatte, il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine web sia di per sé lecita (sentenza del 13 maggio 2014, Google Spain e Google, C-131/12, EU:C:2014:317, punto 88).

45 La Corte ha inoltre precisato che, nel valutare i presupposti di applicazione di quelle stesse disposizioni, si deve verificare in particolare se l'interessato abbia diritto a che l'informazione in questione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome, senza per questo che la constatazione di un diritto siffatto presupponga che l'inclusione dell'informazione in questione in tale elenco arrechi un pregiudizio a detto interessato. Dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico in virtù della sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, mediante l'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi (sentenza del 13 maggio 2014, Google Spain e Google, C-131/12, EU:C:2014:317, punto 99).

46 Nell'ambito del regolamento 2016/679, tale diritto dell'interessato alla deindicizzazione si basa ormai sull'articolo 17 del regolamento stesso, che disciplina specificamente il «diritto alla cancellazione», denominato anche, nel titolo di detto articolo, «diritto all'oblio».

47 Ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento 2016/679, l'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo tali dati, se sussiste uno dei motivi di cui alla disposizione in esame. L'articolo 17, paragrafo 3, di tale regolamento specifica che l'articolo 17, paragrafo 1, non si applica quando il trattamento in questione è necessario per uno dei motivi elencati nella suddetta prima disposizione. Tali motivi riguardano, in particolare, ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 3, lettera a), del medesimo regolamento, l'esercizio del diritto relativo, segnatamente, alla libertà d'informazione degli utenti di Internet.

48 Dall'articolo 4, paragrafo 1, lettera a) della direttiva 95/46 e dall'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento 2016/679, risulta che tanto la direttiva quanto il regolamento summenzionati consentono agli interessati di far valere il loro diritto alla deindicizzazione nei confronti del gestore di un motore di ricerca che ha uno o più stabilimenti nel territorio dell'Unione, nell'ambito delle attività dei quali effettua un trattamento di dati personali che riguardano tali interessati, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione.

49 A tal riguardo, la Corte ha affermato che un trattamento di dati personali viene effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile di tale trattamento nel territorio di uno Stato membro qualora il gestore di un motore di ricerca apra in uno Stato membro una succursale o una controllata destinata alla promozione e alla vendita degli spazi pubblicitari proposti da tale motore di ricerca e l'attività della quale si dirige agli abitanti di detto Stato membro (sentenza del 13 maggio 2014, Google Spain e Google, C-131/12, EU:C:2014:317, punto 60).

50 Infatti, in circostanze del genere, le attività del gestore del motore di ricerca e quelle del suo stabilimento situato nell'Unione sono inscindibilmente connesse, dal momento che le attività relative agli spazi pubblicitari costituiscono il mezzo per rendere il motore di ricerca in questione economicamente redditizio e che tale motore è, al tempo stesso, lo strumento che consente lo svolgimento di dette attività, poiché la visualizzazione dell'elenco dei risultati è accompagnata, sulla stessa pagina, da quella di pubblicità correlate ai termini di ricerca (v., in tal senso, sentenza del 13 maggio 2014, Google Spain e Google, C-131/12, EU:C:2014:317, punti 56 e 57).

51 Pertanto, il fatto che il suddetto motore di ricerca sia gestito da un'impresa di uno Stato terzo non può avere come conseguenza che il trattamento di dati personali effettuato per le esigenze del funzionamento del motore di ricerca stesso, nel contesto dell'attività pubblicitaria e commerciale di uno stabilimento del responsabile di tale trat-

tamento nel territorio di uno Stato membro, venga sottratto agli obblighi e alle garanzie previsti dalla direttiva 95/46 e dal regolamento 2016/679 (v. in tal senso, sentenza del 13 maggio 2014, Google Spain e Google, C-131/12, EU:C:2014:317, punto 58).

52 Nel caso di specie, dalle informazioni fornite nella decisione di rinvio risulta, da un lato, che lo stabilimento di cui dispone Google nel territorio francese svolge attività, in particolare attività commerciali e pubblicitarie, che sono inscindibilmente connesse al trattamento di dati personali effettuato per le esigenze del funzionamento del motore di ricerca in questione e, dall'altro, che il suddetto motore di ricerca deve essere considerato – tenuto conto, in particolare, dell'esistenza di applicazioni-ponte (gateway) tra le sue diverse versioni nazionali – un soggetto che procede ad un unico trattamento di dati personali. Il giudice del rinvio ritiene che, in tali circostanze, il suddetto trattamento sia effettuato nel contesto dello stabilimento di Google situato in territorio francese. Appare quindi che tale situazione rientri nell'ambito di applicazione territoriale della direttiva 95/46 e del regolamento 2016/679.

53 Con le sue questioni, il giudice del rinvio mira a determinare la portata territoriale che occorre attribuire a una deindicizzazione in una siffatta situazione.

54 Al riguardo, si evince dal considerando 10 della direttiva 95/46 e dai considerando 10, 11 e 13 del regolamento 2016/679, che è stato adottato sulla base dell'articolo 16 TFUE, che l'obiettivo della direttiva e del regolamento suddetti è quello di garantire un elevato livello di protezione dei dati personali in tutta l'Unione.

55 È vero che una deindicizzazione effettuata su tutte le versioni di un motore di ricerca è idonea a soddisfare pienamente tale obiettivo.

...Omissis

57 In un mondo globalizzato l'accesso da parte degli utenti di Internet, in particolare quelli localizzati al di fuori dell'Unione, all'indicizzazione di un link, che rinvia a informazioni concernenti una persona il cui centro di interessi si trova nell'Unione, può quindi produrre effetti immediati e sostanziali sulla persona in questione anche all'interno dell'Unione.

58 Tali considerazioni sono atte a giustificare l'esistenza di una competenza del legislatore dell'Unione a prevedere un obbligo, per il gestore di un motore di ricerca, di procedere, quando accoglie una richiesta di deindicizzazione formulata da una persona siffatta, alla deindicizzazione su tutte le versioni del suo motore di ricerca.

59 Occorre, tuttavia, sottolineare che molti Stati terzi non riconoscono il diritto alla deindicizzazione o comunque adottano un approccio diverso per tale diritto.

60 Inoltre, il diritto alla protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità [OMISSIS]. A ciò si aggiunge che l'equilibrio tra il diritto al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, da un lato, e la libertà di informazione degli utenti di Internet, dall'altro, può variare notevolmente nel mondo.

61 Orbene, pur se il legislatore dell'Unione, nell'articolo 17, paragrafo 3, lettera a), del regolamento 2016/679, ha effettuato un bilanciamento tra tale diritto e tale libertà per quanto concerne l'Unione [v., in tal senso, sentenza in data odierna, GC e a. (Deindicizzazione dei dati sensibili), C-136/17, punto 59], si deve necessariamente constatare che, d'altro lato, esso non ha, allo stato attuale, proceduto a tale bilanciamento per quanto riguarda la portata di una deindicizzazione al di fuori dell'Unione.

62 In particolare, dal tenore letterale delle disposizioni dell'articolo 12, lettera b), e dell'articolo 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 o dell'articolo 17 del regolamento 2016/679 non risulta affatto che il legislatore dell'Unione abbia scelto, al fine di garantire la realizzazione dell'obiettivo menzionato al punto 54 della presente sentenza, di attribuire ai diritti sanciti da tali disposizioni una portata che vada oltre il territorio degli Stati membri e che abbia inteso imporre a un operatore che, come Google, rientra nell'ambito di applicazione della direttiva o del regolamento suddetti, un obbligo di deindicizzazione riguardante anche le versioni nazionali del suo motore di ricerca che non corrispondono agli Stati membri.

63 Inoltre, mentre il regolamento 2016/679 fornisce, agli articoli 56 e da 60 a 66, alle autorità di controllo degli Stati membri gli strumenti e i meccanismi che consentono loro, se del caso, di cooperare per raggiungere una decisione comune basata su un bilanciamento tra, da un lato, il diritto alla tutela della vita privata dell'interessato e la protezione dei dati personali che lo riguardano e, dall'altro, l'interesse del pubblico di diversi Stati membri ad avere accesso alle informazioni, si deve necessariamente rilevare che il diritto dell'Unione non prevede attualmente strumenti e meccanismi di cooperazione siffatti per quanto riguarda la portata di una deindicizzazione al di fuori dell'Unione.

64 Ne consegue che, allo stato attuale, non sussiste, per il gestore di un motore di ricerca che accoglie una richiesta di deindicizzazione presentata dall'interessato, eventualmente, a seguito di un'ingiunzione di un'autorità di controllo o di un'autorità giudiziaria di uno Stato membro, un obbligo, derivante dal diritto dell'Unione, di effettuare tale deindicizzazione su tutte le versioni del suo motore.

65 Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, il gestore di un motore di ricerca non

può essere tenuto, ai sensi dell'articolo 12, lettera b) e dell'articolo 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 e dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento 2016/679, a procedere ad una deindicizzazione in tutte le versioni del suo motore.

66 Per quanto riguarda la questione se una deindicizzazione del genere debba essere effettuata nelle versioni del motore di ricerca corrispondenti agli Stati membri o nella sola versione di tale motore corrispondente allo Stato membro di residenza del beneficiario della deindicizzazione, dal fatto, in particolare, che il legislatore dell'Unione ha ormai scelto di fissare le norme sulla protezione dei dati mediante un regolamento, direttamente applicabile in tutti gli Stati membri, e ciò, come sottolineato dal considerando 10 del regolamento 2016/679, al fine di assicurare un livello coerente ed elevato di protezione in tutta l'Unione e di rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei dati all'interno della stessa risulta che si ritiene che la deindicizzazione in questione sia da effettuare, in linea di principio, per tutti gli Stati membri.

67 È tuttavia importante rilevare che l'interesse del pubblico ad accedere alle informazioni può, anche all'interno dell'Unione, variare da uno Stato membro all'altro, cosicché il risultato del bilanciamento da realizzare tra tale interesse, da un lato, e i diritti alla tutela della vita privata e alla protezione dei dati personali dell'interessato, dall'altro, non è necessariamente identico per tutti gli Stati membri, tanto più che, ai sensi dell'articolo 9 della direttiva 95/46 e dell'articolo 85 del regolamento 2016/679, spetta agli Stati membri prevedere, in particolare per il trattamento a fini esclusivamente giornalistici o di espressione artistica o letteraria, le esenzioni e le deroghe necessarie per conciliare tali diritti con, in particolare, la libertà di informazione.

68 Dagli articoli 56 e 60 del regolamento 2016/679 risulta, in particolare, che, per i trattamenti transfrontalieri, ai sensi dell'articolo 4, punto 23, del suddetto regolamento, e fatto salvo l'articolo 56, paragrafo 2, le varie autorità di controllo nazionali considerate devono cooperare, secondo la procedura prevista da tali disposizioni, al fine di raggiungere un consenso e una decisione unica che vincoli tutte queste autorità, il cui rispetto deve essere garantito dal responsabile del trattamento per quanto riguarda le attività di trattamento effettuate nell'ambito di tutti i suoi stabilimenti nell'Unione. Inoltre, l'articolo 61, paragrafo 1, del regolamento 2016/679 obbliga le autorità di controllo a scambiarsi, in particolare, le informazioni utili e a prestarsi l'assistenza reciproca al fine di attuare e applicare il presente regolamento in maniera coerente in tutta l'Unione e l'articolo 63 di tale regolamento prevede a tal fine il meccanismo di coerenza, di cui agli articoli 64 e 65 del medesimo regolamento. Infine, la procedura d'urgenza di cui all'articolo 66 del regolamento 2016/679 consente – in circostanze eccezionali, qualora un'autorità

di controllo interessata ritenga che urga intervenire per proteggere i diritti e le libertà degli interessati – di adottare immediatamente misure provvisorie intese a produrre effetti giuridici nel proprio territorio, con un periodo di validità determinato che non supera i tre mesi.

69 Tale quadro normativo fornisce pertanto alle autorità di controllo nazionali gli strumenti e i meccanismi necessari per conciliare i diritti alla tutela della vita privata e alla protezione dei dati personali dell'interessato con l'interesse di tutto il pubblico degli Stati membri all'accesso alle informazioni in questione e, quindi per adottare, se del caso, una decisione di deindicizzazione che riguardi tutte le ricerche effettuate in base al nome di tale persona a partire dal territorio dell'Unione.

70 È compito, inoltre, del gestore del motore di ricerca adottare, se necessario, misure sufficientemente efficaci per garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali della persona interessata. Tali misure devono soddisfare tutte le esigenze giuridiche e avere l'effetto di impedire agli utenti di Internet negli Stati membri di avere accesso ai link in questione a partire da una ricerca effettuata sulla base del nome di tale persona o, perlomeno, di scoraggiare seriamente tali utenti (v., per analogia, sentenze del 27 marzo 2014, VUPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192, punto 62 e del 15 settembre 2016, Mc Fadden, C-484/14, EU:C:2016:689, punto 96).

71 Spetta al giudice del rinvio verificare se, alla luce anche delle recenti modifiche apportate al suo motore di ricerca, menzionate al punto 42 della presente sentenza, le misure adottate o proposte da Google soddisfino tali esigenze.

72 Occorre infine sottolineare che il diritto dell'Unione, pur se – come rilevato al punto 64 della presente sentenza – non impone, allo stato attuale, che la deindicizzazione accolta verta su tutte le versioni del motore di ricerca in questione, neppure lo vieta. Pertanto, un'autorità di controllo o un'autorità giudiziaria di uno Stato membro resta competente ad effettuare, conformemente agli standard nazionali di protezione dei diritti fondamentali (OMISSIS), un bilanciamento tra, da un lato, il diritto della persona interessata alla tutela della sua vita privata e alla protezione dei suoi dati personali e, dall'altro, il diritto alla libertà d'informazione e, al termine di tale bilanciamento, richiedere, se del caso, al gestore di tale motore di ricerca di effettuare una deindicizzazione su tutte le versioni di suddetto motore.

73 Alla luce di tutto quel che precede, occorre rispondere alle questioni poste dichiarando che l'articolo 12, lettera b), e l'articolo 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 e l'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento 2016/679 devono essere interpretati nel senso che il gestore di un motore di ricerca, quando accoglie una domanda di deindi-

cizzazione in applicazione delle suddette disposizioni, è tenuto ad effettuare tale deindicizzazione non in tutte le versioni del suo motore di ricerca, ma nelle versioni di tale motore corrispondenti a tutti gli Stati membri, e ciò, se necessario, in combinazione con misure che, tenendo nel contempo conto delle prescrizioni di legge, permettono effettivamente di impedire agli utenti di Internet, che effettuano una ricerca sulla base del nome dell'interessato a partire da uno degli Stati membri, di avere accesso, attraverso l'elenco dei risultati visualizzato in seguito a tale ricerca, ai link oggetto di tale domanda, o quantomeno di scoraggiare seriamente tali utenti.

…Omissis

PER QUESTI MOTIVI

la Corte (Grande Sezione) dichiara:

L'articolo 12, lettera b), e l'articolo 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, e l'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46 (regolamento generale sulla protezione dei dati), devono essere interpretati nel senso che il gestore di un motore di ricerca, quando accoglie una domanda di deindicizzazione in applicazione delle suddette disposizioni, è tenuto ad effettuare tale deindicizzazione non in tutte le versioni del suo motore di ricerca, ma nelle versioni di tale motore corrispondenti a tutti gli Stati membri, e ciò, se necessario, in combinazione con misure che, tenendo nel contempo conto delle prescrizioni di legge, permettono effettivamente di impedire agli utenti di Internet, che effettuano una ricerca sulla base del nome dell'interessato a partire da uno degli Stati membri, di avere accesso, attraverso l'elenco dei risultati visualizzato in seguito a tale ricerca, ai link oggetto di tale domanda, o quantomeno di scoraggiare seriamente tali utenti.

JUS CIVILE

MICHELE CRISAFULLI

Dottore in Giurisprudenza – Università di Messina

PER LA CGUE LA DEINDICIZZAZIONE SUI MOTORI DI RICERCA NON PUÒ ESSERE *"GLOBALE"*

SOMMARIO*: 1. Il caso e le questioni: il "duello" tra Google e il CNIL. – 2. Il quadro normativo: la direttiva 95/46/CE e il GDPR a confronto. – 3. I precedenti della Giurisprudenza Europea e le determinazioni del Comitato europeo in materia di deindicizzazione a livello "planetario". – 4. Un tentativo di rivoluzione: le posizioni della CNIL e del Garante nazionale. – 5. Le conclusioni dell'Avvocato Generale e la soluzione conservativa espressa dalla CGUE. – 6. Una sentenza "dialettica" per un diritto in continua espansione.*

1. – La vicenda trae origine dalla richiesta di un cittadino francese diretta verso Google e volta ad ottenere la deindicizzazione [1] di alcuni *link* da tutte le pagine del motore di ricerca poiché essi riportavano dati sensibili non corretti in merito all'esito di un procedimento penale a suo carico. Dinanzi a tale richiesta, Google rifiutava di procedere alla deindicizzazione dei *link* su tutte le estensioni riferibili al suo dominio [2] e proponeva di

[1] La deindicizzazione è l'operazione volta a rendere inaccessibile un determinato contenuto ai *search engines* nel momento in cui un utente effettua una ricerca. Si distingue dalla cancellazione poiché il contenuto non verrà eliminato, ma verrà semplicemente estromesso dagli indici che permettono la sua individuazione. Normalmente, l'indicizzazione dei contenuti all'interno del motore di ricerca avviene in base alla seguente procedura: nella fase preliminare i *Googlebots* (*software* elaborato da Google in grado di esplorare il contenuto delle pagine *web)* rilevano nuove pagine *web* e le aggiungono all'indice di Google; successivamente gli stessi *Googlebot*, *"dopo aver scoperto una pagina provano a capire di cosa si tratta. Questa procedura viene denominata indicizzazione. Google analizza i contenuti e cataloga le immagini e i file video incorporati. Queste informazioni vengono memorizzate nell'indice Google."* A questo punto l'utente realizza la *search query* (ricerca tramite il motore di ricerca) e Google cerca di trovare la risposta più pertinente in base a centinaia di fattori. I fattori che vengono utilizzati da Google per la creazione del *ranking* (ordine) dei risultati non sono pubblici, tuttavia si descrive che tra le centinaia di criteri si tiene conto *"della freschezza dei contenuti, o del numero di volte in cui i termini della ricerca appaiono o, ancora, se la pagina offre una buona esperienza utente o meno".* Il processo di indicizzazione delle notizie viene descritto in modo analitico da Google al seguente indirizzo *internet*: https://support.google.com/webmasters/answer/70897?hl=it.

[2] Cfr. G. MILIZIA, *Google deve deindicizzare i dati sensibili degli interessati da tutte le sue "versioni europee"*, in *Dir. Giust.* fasc.171/ 2019, p. 2.

intraprendere una procedura di *geoblocking*[3] relativa al solo territorio di residenza del richiedente. Tale proposta veniva declinata dal Garante per la Privacy francese[4] (CNIL) che ribadiva la necessità di una deindicizzazione che coinvolgesse tutti i *link*, relativi anche a domini extracomunitari, e veniva intimato un termine di 15 giorni dal momento della diffida per adempiere all'ordine di *oblio globale*. Google, dal canto suo, non rispettava il termine concesso dalla CNIL e da ciò scaturiva l'avvio di una procedura di sanzione ai danni del motore di ricerca. Prima della conclusione della procedura di sanzione, Google proponeva nuovamente una soluzione di compromesso, in base alla quale l'accesso all'informazione deindicizzata sarebbe stato bloccato a tutti gli utenti residenti nella stessa nazione dell'interessato. Neppure questa volta la soluzione proposta da Google veniva ritenuta soddisfacente e il Garante francese comminava una cospicua sanzione[5] a carico del motore di ricerca. A questo punto la *net company* impugnava il provvedimento emesso dalla CNIL dinanzi al Consiglio di Stato francese, "*non tanto per la multa, quanto soprattutto per la questione di principio. Il motore di ricerca sostiene che la tolleranza del provvedimento francese significherebbe aprire la porta alla progressiva erosione del libero accesso all'informazione online e alla censura del web".*[6] Per Google la richiesta avanzata dalla CNIL, volta a rimuovere i *link* su ogni versione di Google, anche extracomunitaria, confliggeva con il principio di sovranità degli Stati e porterebbe alla deindicizzazione di contenuti che sono perfettamente legali nei paesi in cui vengono consultati[7]. In assenza di un orientamento univoco in materia, il Consiglio

---

[3] Parlando di *"geo-blocking"* (dall'inglese, letteralmente, "blocco geografico") si fa riferimento a quel particolare sistema attraverso il quale viene impedito agli utenti di un sito web di accedere ai contenuti, ai prodotti o ai servizi che vengono offerti dal sito stesso, nel caso in cui quello specifico sito sia localizzato in uno Stato Europeo diverso da quello di appartenenza del singolo utente. Cfr. M. MAZZONETTO, *Un regolamento europeo vieta il "geo-blocking" negli acquisti online,"* in *dirittodellinformatica.it.*

[4] Garante Privacy Francese-Commissione nazionale per l'informatica e le libertà (CNIL) – *La CNIL met en demeure Google de procéder aux déréférencements sur toutes les extensions du moteur de recherche*, 12 giugno 2015, in Village de la Justice.

[5] Il 10 marzo 2016 il CNIL infligge al motore di ricerca una sanzione di € 100.000.

[6] D. BIANCHI, *Oblio planetario. Google Contro CNIL (garante privacy francese). Tutta la saga giudiziaria dal 2014 fino al rinvio alla CGUE,* in *Dir. Giust,* 2017, p. 76.

[7] La posizione di Google, in merito alla possibilità di tutelare il diritto all'oblio a livello globale, è stata espressa efficacemente dal suo S*enior Vice President* Kent Walker, il quale ha dichiarato che Google, in linea con le indicazioni dei Garanti europei, ha ristretto l'accesso ai *link* deindicizzati su tutti i servizi di ricerca Google visibili dal paese della persona che ha effettuato la richiesta e anche sugli altri domini europei. La conseguenza per il caso di specie, in base alle dichiarazioni di Walker è la seguente: *"se un utente in Francia effettua una ricerca su una persona per cui abbiamo deindicizzato un link per il diritto all'oblio, quell'utente non vedrà il link nei servizi ricerca di Google da nessuna parte – indipendentemente dal dominio che userà. Chiunque fuori dall'Europa, dove non esiste alcuna legge sul diritto all'oblio, continuerà*

di Stato francese richiedeva l'intervento della CGUE per stabilire, a livello geografico, l'estensione applicativa del diritto all'oblio.

La CGUE, nella propria decisione ha dovuto risolvere importanti questioni sostanziali. Le questioni pregiudiziali riguardavano la corretta interpretazione della direttiva 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con specifico riguardo al trattamento e alla libera circolazione dei dati personali. Il *Conseil d'État* ha individuato tre questioni pregiudiziali: la prima relativa alla possibilità di interpretare l'art. 12, lett. B) e l'art. 14 della direttiva 95/46/CE nel senso di sancire un obbligo in capo al motore di ricerca di eseguire la deindicizzazione [8] su tutti i nomi di dominio del suo motore, indipendentemente dal luogo in cui viene effettuata la ricerca informatica; la seconda, subordinata alla risoluzione negativa della prima questione, relativa alla definizione della corretta estensione territoriale che si deve dare alla tutela del diritto all'oblio; la terza relativa alla corretta applicazione della tecnica del *geoblocking* alle ricerche effettuate dagli utenti [9].

Si comprende agevolmente che, nonostante la tripartizione di tali questioni pregiudiziali, in realtà la problematica su cui è stata richiesta la pronuncia della Corte sia una sola. Sia la seconda che la terza questione ricadono direttamente sulla risoluzione della prima domanda. È fondamentale stabilire se la tutela del diritto all'oblio, quale diritto della personalità, possa essere imposta anche al di fuori dell'ambito applicativo della direttiva europea. Nonostante le questioni pregiudiziali riguardassero l'interpretazione della direttiva 95/46/CE, la Corte, con un preciso intento nomofilattico ha affrontato la questione, prendendo in considerazione anche il nuovo Regolamento UE 2016/689, c.d. GDPR, che prevede la tutela del diritto all'oblio all'art. 17. [10]

2. – L'avvento del GDPR [11] ha, infatti, profondamente mutato il quadro normativo relativo al trattamento e alla circolazione dei dati personali. Tale regolamento sostituisce

---

invece a vedere quel link tra le risposte a quella stessa ricerca su tutti i domini non europei». In tale assunto si sintetizza il compromesso individuato da Google per la corretta tutela del diritto all'oblio e del diritto all'informazione.

[8] Così come prevista dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza 13 maggio 2014, causa C-131/12 (Google Spain SL, Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, in *Eur-lex.europa.eu.*

[9] Cfr. Conseil d'État, 10ème – 9ème chambres réunies, 19 luglio 2017, n. 399922, in *Legifrance.gouv.fr.*

[10] Cfr. F. FRIGERIO, *La Corte di Giustizia, 5 anni dopo Google Spain, limita l'estensione del diritto all'oblio all'Unione Europea,* in *Medialaws.eu,* 2019.

[11] Regolamento n. 679/2016.

ed abroga [12] la direttiva 95/46/CE e per questa ragione la Corte di Giustizia ha dovuto "traslare" [13] la questioni pregiudiziali proposte dal Consiglio di Stato francese sull'interpretazione delle norme effettivamente vigenti. Il GDPR aspira a creare una cesura con il passato poiché la direttiva 95/46/CE, ai sensi del *considerando 9* del regolamento, *"non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione largamente diffusa nel pubblico, che in particolare le operazioni online comportino rischi per la protezione delle persone fisiche"*. Pertanto si comprende, in negativo, che una delle finalità perseguite dal GDPR sia quella di uniformare la disciplina relativa alla protezione dei dati personali ed appianare le differenze attuative sviluppatesi a partire dalla direttiva del 95. L'ulteriore scopo del regolamento è certamente quello di adeguare la normativa allo sviluppo tecnologico e all'evoluzione continua dei concetti di *privacy* e *data protection*, per via dell'incessante progresso dei servizi informatici [14].

Prima di menzionare sinteticamente i profili di novità introdotti dal GDPR, occorre analizzare le disposizioni della direttiva 95/46/CE, la cui difficile interpretazione aveva generato il rinvio pregiudiziale. Dall'analisi comparata della direttiva e del regolamento europeo, salta subito all'occhio che nella prima non erano presenti disposizioni in cui si facesse esplicita menzione del diritto all'oblio. Soltanto grazie all'interpretazione dell'art. 12 lett. B) e art. 14 lett. A) della direttiva, la CGUE era riuscita a incardinare la tutela del diritto all'oblio inteso come "diritto alla deindicizzazione". In realtà nel testo dei due articoli si parla del diritto alla rettifica, alla cancellazione o al congelamento dei dati. Tali elementi possono essere ricompresi nella tutela più ampia apprestata al diritto all'oblio, ma non individuano nella *deindicizzazione* lo strumento primario di tutela dopo l'avvento della rivoluzione digitale [15].

---

[12] L'art. 94 del GDPR dispone che: *"1. La direttiva 95/46/CE è abrogata a decorrere dal 25 maggio 2018. ([1]).*

2. I riferimenti alla direttiva abrogata si intendono fatti al presente regolamento. I riferimenti al gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali istituito dall'articolo 29 della direttiva 95/46/CE si intendono fatti al comitato europeo per la protezione dei dati istituito dal presente regolamento.".

[13] I Giudici della Corte di Giustizia affermano che *"La Corte esaminerà le questioni sollevate tanto alla luce di tale direttiva, quanto del suddetto regolamento per garantire che le sue risposte siano, in ogni caso, utili al giudice del rinvio."*.

[14] Cfr. E. L. GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto Impr.*, 2018, p. 110.

[15] Il passaggio dal mondo analogico al mondo digitale ha conferito al diritto all'oblio un contenuto del tutto rinnovato. Nella rete *internet* vengono caricati miliardi di miliardi di pagine *web* e accedere ad uno

La compresenza di varie anime del diritto all'oblio è stata recentemente enucleata dai Giudici di legittimità nazionali [16] nella seguente formula: "*quando si parla di diritto all'oblio ci si riferisce, in realtà ad almeno tre differenti situazioni: quella di chi desidera non vedere nuovamente pubblicate notizie relative a vicende, in passato legittimamente diffuse, quando è trascorso un certo tempo tra la prima e la seconda pubblicazione; quella connessa all'uso di internet e alla reperibilità delle notizie nella rete, consistente nell'esigenza di collocare la pubblicazione, avvenuta legittimamente molti anni prima, nel contesto attuale; e quella, infine trattata nella citata sentenza Google Spain della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*".

Neppure l'articolo 14 lett. A) offre una base solida per la tutela del diritto all'oblio tramite la deindicizzazione. In tale norma si individua un generico diritto di opposizione che può essere rivolto dalla persona interessata al soggetto che si occupa del trattamento dei dati.

Alla luce delle osservazioni svolte si individuano i due limiti principali della direttiva in materia di tutela del diritto all'oblio. Il primo limite deriva dallo strumento utilizzato dal legislatore europeo: la direttiva è volta ad armonizzare le varie normative nazionali e non ad unificarle, pertanto non erano state appianate in modo abbastanza soddisfacente le differenze legislative tra le varie realtà nazionali in materia di trattamento dei dati. Il secondo limite deriva dalla vetustà della direttiva e riguarda l'incapacità della stessa di individuare in modo specifico la possibilità di tutelare il diritto all'oblio tramite la deindicizzazione dei contenuti *online*. Quest'ultima mancanza è giustificata dall'impossibilità di prevedere tale strumento di tutela al momento della stesura della direttiva. Soltanto a partire dalla sentenza *Google Spain*, i motori di ricerca diventano i protagonisti della tutela apprestata al diritto all'oblio, poiché essi costituiscono "*la voce e le orecchie di internet*" [17].

Individuati i limiti della direttiva occorre chiedersi se il GDPR, sopravvenuto oltre un decennio dopo, abbia risolto i problemi e le lacune caratterizzanti il precedente testo normativo.

In primo luogo, il legislatore europeo non utilizza più lo strumento della direttiva, ma

---

specifico contenuto è possibile solamente tramite l'utilizzo di un motore di ricerca. Pertanto, allo stato attuale, la deindicizzazione di un contenuto possiede la stessa efficacia della cancellazione dello stesso. Un contenuto deindicizzato verrà sommerso dall'infinita quantità di dati che inondano internet e diventerà sostanzialmente inaccessibile.

[16] Corte di Cassazione, sez. Unite Civili, 4 giugno 2019, n. 19681, in *Dir. Giust.,* p. 136.

[17] F. RAMPONE, *La memoria infinita della rete: pregio o difetto*, in *Iusletter.com*, 12/2015, p. 10.

emana un regolamento. Tale scelta è certamente condivisibile, poiché il regolamento è lo strumento efficace per generare una definitiva unificazione delle varie normative degli Stati membri ed è direttamente efficace senza passare attraverso alcuna procedura di recepimento. Tuttavia, trattandosi di una materia particolarmente delicata, l'efficacia del GDPR è stata differita di circa due anni, essendo entrato in vigore soltanto a partire dal 2018. [18]

Superato dunque il primo limite relativo all'incapacità della direttiva di operare una vera e propria unificazione delle leggi degli Stati membri, non ci resta che analizzare se il GDPR abbia offerto una tutela adeguata al diritto all'oblio.

Prima di analizzare l'articolo dedicato alla tutela del diritto all'oblio bisogna analizzare le disposizioni relative al campo di applicazione del regolamento, poiché esse risulteranno utili per l'analisi delle statuizioni della sentenza della CGUE in materia di deindicizzazione a livello *globale.*

In base all'art. 2, il regolamento si applica a qualsiasi forma di *"trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi".* [19] L' art. 3, per quanto attiene il profilo spaziale, stabilisce che il regolamento si applica *"al trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione."* Ci si imbatte dunque in una delle principali novità del regolamento: esso si applicherà a qualsiasi operatore europeo o non, che tratti dati personali di cittadini europei. Questo rappresenta soltanto uno degli elementi che hanno portato alla nascita delle tesi relative alla possibilità di applicare il diritto all'oblio a livello globale.

---

[18] L'art. 99 del Regolamento 679/2016 (GDPR) recita: "*1. Il presente regolamento entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.*

2. Esso si applica a decorrere dal 25 maggio 2018.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri."

[19] Il par. 2 dell'art.2 del regolamento presenta poi alcune eccezioni: *"Il presente regolamento non si applica ai trattamenti di dati personali:*

a) effettuati per attività che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione;

b) effettuati dagli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nell'ambito di applicazione del titolo V, capo 2, TUE;

c) effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico;

d) effettuati dalle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse.".

Entrando nel merito delle disposizioni contenute dal GDPR si rileva immediatamente che, a differenza della direttiva 95/46/CE, è presente un articolo dedicato esplicitamente alla tutela del diritto all'oblio. Occorre però verificare se tale norma offra una tutela adeguata e sia in grado di dare il giusto peso alle tre anime del diritto all'oblio. Le stranezze dell'art. 17, dedicato al diritto all'oblio, sono però numerose.

Il primo elemento che salta all'occhio nell'analisi dell'art. 17 è l'inusuale rubrica. L'espressione "diritto all'oblio" viene infatti inserita tra parentesi, di seguito al "diritto alla cancellazione". L'intento del legislatore sembra quello di voler inquadrare il diritto all'oblio nella più ampia categoria del diritto alla cancellazione. Tuttavia nei lavori preparatori lo stesso regolamento aveva assunto la formula *"right to be forgotten or right to erase"*. Tale formula è stata abbandonata poiché la congiunzione avversativa poteva generare confusione interpretativa in assenza di altre specificazioni. [20]

Tralasciando ulteriori considerazioni sulla rubrica e analizzando il testo dell'articolo, sorgono ulteriori perplessità. L'art. 17 conferisce all'interessato il diritto di ottenere dal titolare del trattamento *"la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza giustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei seguenti motivi…"*. A questo punto l'art. 17 elenca situazioni di natura oggettiva ed altre di natura soggettiva che giustificano la cancellazione dei dati. Nella prima categoria rientrano ad esempio: il venir meno della finalità per cui i dati sono stati raccolti; il caso in cui i dati siano stati trattati illecitamente o il caso in cui la cancellazione debba avvenire per adempiere ad un obbligo legale. Nella seconda categoria rientrano ad esempio: la revoca del consenso al trattamento dei dati da parte dell'interessato e l'insussistenza di altro fondamento giuridico per il trattamento o l'opposizione dell'interessato al trattamento dei dati. L'articolo stabilisce poi alcune eccezioni, con la conseguenza che, anche in presenza di uno dei presupposti indicati, il diritto all'oblio non potrà essere esercitato qualora il trattamento dei dati sia necessario per l'esercizio della libertà di espressione o informazione o qualora il trattamento avvenga per l'adempimento di un obbligo legale, per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, per interessi di ricerca scientifica storica o statistica o per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria.

Dalla lettura del contenuto dell'art. 17 ci si chiede come mai, neppure dopo l'avvento della sentenza *Google Spain*, non sia presente alcuna menzione del diritto alla deindiciz-

[20] Cfr. F. Di Ciommo, *Oblio e cronaca: rimessa alle Sezioni Unite la definizione dei criteri di bilanciamento*, in *Corriere Giur.,* 1/2019, p. 13.

zazione, che rappresenta l'elemento di maggior attualità del diritto all'oblio. L'art. 17 del GDPR sembra anzi ricordare, seppur in modo più articolato, il diritto alla cancellazione dei dati personali già prevista dalla disciplina nazionale [21]

Non si richiama il diritto all'oblio in altre disposizioni, se non nella rubrica dell'art. 17 o nei *considerando* nn. 65 [22] e 66 [23]. Il vero nocciolo della tutela del diritto all'oblio [24], che potrebbe presentare elementi innovativi rispetto alla normativa precedente e a quanto stabilito della CGUE, è contenuto nel par. 2 dell'art. 17, ove si stabilisce che il titolare del trattamento, è obbligato a cancellare i dati, "*tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione"* e ad informare *"i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali*".

Proprio tramite questo strumento, che tiene conto delle *tecnologie disponibili*, sarebbe possibile garantire la tutela del diritto all'oblio intesa come diritto alla deindicizzazione. L'ulteriore limite dell'art. 17 del GDPR è che non chiarisce quale sia la posizione dei

---

[21] Cfr. S. BONAVITA e R. PARDOLESI, *GDPR e diritto alla cancellazione (oblio),* in *Danno Resp*., 3/2018, p. 276.

[22] Di seguito il testo del considerando n. 65 del GDPR*:* "*Un interessato dovrebbe avere il diritto di ottenere la rettifica dei dati personali che la riguardano e il «diritto all'oblio» se la conservazione di tali dati violi il presente regolamento o il diritto dell'Unione o degli Stati membri cui è soggetto il titolare del trattamento. In particolare, l'interessato dovrebbe avere il diritto di chiedere che siano cancellati e non più sottoposti a trattamento i propri dati personali che non siano più necessari per le finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati, quando abbia ritirato il proprio consenso o si sia opposto al trattamento dei dati personali che lo riguardano o quando il trattamento dei suoi dati personali non sia altrimenti conforme al presente regolamento. Tale diritto è in particolare rilevante se l'interessato ha prestato il proprio consenso quando era minore, e quindi non pienamente consapevole dei rischi derivanti dal trattamento, e vuole L 119/12 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 4.5.2016 successivamente eliminare tale tipo di dati personali, in particolare da internet. L'interessato dovrebbe poter esercitare tale diritto indipendentemente dal fatto che non sia più un minore. Tuttavia, dovrebbe essere lecita l'ulteriore conservazione dei dati personali qualora sia necessaria per esercitare il diritto alla libertà di espressione e di informazione, per adempiere un obbligo legale, per eseguire un compito di interesse pubblico o nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, ovvero per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria.*".

[23] Di seguito il testo del considerando n. 66 del GDPR: "*Per rafforzare il «diritto all'oblio» nell'ambiente online, è opportuno che il diritto di cancellazione sia esteso in modo tale da obbligare il titolare del trattamento che ha pubblicato dati personali a informare i titolari del trattamento che trattano tali dati personali di cancellare qualsiasi link verso tali dati personali o copia o riproduzione di detti dati personali. Nel fare ciò, è opportuno che il titolare del trattamento adotti misure ragionevoli tenendo conto della tecnologia disponibile e dei mezzi a disposizione del titolare del trattamento, comprese misure tecniche, per informare della richiesta dell'interessato i titolari del trattamento che trattano i dati personali*".

[24] Cfr. S. BONAVITA E R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 270.

motori di ricerca, e i comportamenti che questi debbano tenere. Per queste motivazioni appare evidente come il GDPR, seppur contenga una disposizione dedicata al diritto all'oblio, offra una tutela lacunosa, sommaria e alquanto deludente. Sembra trattarsi di una vera e propria rivoluzione "mancata" dal legislatore europeo. Non viene messa in evidenza la nuova sfaccettatura del diritto all'oblio intesa come diritto alla deindicizzazione, bensì vi è persino *"il rischio che in ossequio alle nuove norme, se non interpretate nel modo giusto, si possa finire per svuotare di contenuto il concetto stesso di diritto all'oblio.* [...] *In quanto, per l'appunto, se lo si ritiene mera espressione del diritto alla cancellazione dei dati, o comunque per intero ricompreso in quest'ultimo, il diritto all'oblio perde gran parte della sua connotazione tipica".* [25]

L'art. 17 opera, infine, un bilanciamento tra interessi contrapposti e perviene alla conclusione che il diritto alla cancellazione (diritto all'oblio) soccomba ogni volta vi siano interessi superiori. A dar voce a tale esigenza è anche il *considerando* n.153 [26]che rinvia agli Stati dell'Unione il compito di bilanciare la protezione dei dati personali con il diritto di cronaca e la libertà di espressione. Neppure su questo elemento però sono rinvenibili profili rivoluzionari del GDPR, poiché anche la giurisprudenza italiana sostiene già da tempo che, per individuare il punto di equilibrio tra queste esigenze fondamentali, sia necessaria l'elaborazione di criteri ideati caso per caso.

Alla luce delle considerazioni svolte appare evidente come il GDPR, almeno sotto il fronte della tutela del diritto all'oblio, non possieda elementi di novità tangibili e vada

---

[25] F. DI CIOMMO, *op. cit.,* p. 14.

[26] Qui di seguito il testo del *considerando* n. 153 del GDPR: "*Il diritto degli Stati membri dovrebbe conciliare le norme che disciplinano la libertà di espressione e di informazione, comprese l'espressione giornalistica, accademica, artistica o letteraria, con il diritto alla protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento. Il trattamento dei dati personali effettuato unicamente a scopi giornalistici o di espressione accademica, artistica o letteraria dovrebbe essere soggetto a deroghe o esenzioni rispetto ad alcune disposizioni del presente regolamento se necessario per conciliare il diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla libertà d'espressione e di informazione sancito nell'articolo 11 della Carta. Ciò dovrebbe applicarsi in particolare al trattamento dei dati personali nel settore audiovisivo, negli archivi stampa e nelle emeroteche. È pertanto opportuno che gli Stati adottino misure legislative che prevedano le deroghe e le esenzioni necessarie ai fini di un equilibrio tra tali diritti fondamentali. Gli Stati membri dovrebbero adottare tali esenzioni e deroghe con riferimento alle disposizioni riguardanti i principi generali, i diritti dell'interessato, il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento, il trasferimento di dati personali verso paesi terzi o a organizzazioni internazionali, le autorità di controllo indipendenti, la cooperazione e la coerenza nonché situazioni di trattamento dei dati specifiche. Qualora tali esenzioni o deroghe differiscano da uno Stato membro all'altro, dovrebbe applicarsi il diritto dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento. Per tenere conto dell'importanza del diritto alla libertà di espressione in tutte le società democratiche è necessario interpretare in modo esteso i concetti relativi a detta libertà, quali la nozione di giornalismo.*".

persino ad appiattire tale diritto fino a farlo coincidere in modo univoco con il diritto alla cancellazione. La CGUE, nella sentenza in commento, ha dovuto rispondere anche a tale ultima critica [27].

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione territoriale, il GDPR prescrive che esso si debba applicare al trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o no nell'Unione. Sotto questo aspetto vi è la riproposizione del principio di *stabilimento* già contenuto nella direttiva 95/46/CE [28].

Prima di concludere l'analisi riguardante il quadro normativo relativo alla tutela del diritto all'oblio, appare necessario sottolineare, sinteticamente, quali siano gli ulteriori elementi di novità apportati dal GDPR, rispetto alla direttiva del 1995.

Il GDPR oltre ad aver esteso l'applicabilità territoriale della normativa sul trattamento dei dati personali e aver introdotto una, seppur deludente, tutela del diritto all'oblio, ha introdotto ulteriori importanti novità. In particolare ha inasprito in modo rilevante le sanzioni in caso di mancato rispetto della normativa (Art. 83 GDPR); ha rafforzato il diritto di accesso ai propri dati da parte degli utenti, prevedendo la possibilità di ottenere anche una copia degli stessi, senza alcun onere per il richiedente (Artt. 13 e ss. GDPR); ha previsto il diritto alla *portabilità dei dati,* ovvero il diritto di trasmettere i propri dati ad un altro titolare (Art. 20 GDPR); ha sancito l'idea di un sistema basato sul modello della "*privacy by design",* ovvero che la protezione dei dati operi dall'inizio come criterio organizzativo del sistema, e non come strumento correttivo che opera posteriormente; ha previsto, per le imprese che si occupano della gestione di dati degli utenti, la presenza del *responsabile del trattamento dei dati* (Art. 28 GDPR) ed ha stabilito la notifica, obbligatoria e tempestiva, all'autorità di controllo di una violazione dei dati personali e l'obbligo di comunicazione all'interessato (Art. 33 GDPR). [29]

Questa rapida rassegna di alcuni dei profili di novità del GDPR ci aiuta a comprendere come, seppure non sia data particolare giustizia alla tutela del diritto all'oblio, sotto gli altri aspetti il regolamento comporti numerosi miglioramenti per quanto riguarda il trattamento e la circolazione dei dati personali dei cittadini europei.

---

[27] Vedasi par. 5.

[28] Per un ulteriore approfondimento v. G. DI CIOLLO, *L'ambito di applicazione della normativa privacy: analisi comparata tra GDPR e direttiva 95/46/CE,* in *iusinitinere.it,* 2019.

[29] Cfr. S. BONAVITA e R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 269.

3. – Come già anticipato, nell'intervallo temporale che intercorre tra la stesura della direttiva 95/46/CE e il GDPR, si collocano due avvenimenti cruciali per l'evoluzione della tutela relativa al diritto all'oblio, inteso come diritto alla deindicizzazione. Il primo evento è rappresentato certamente dalla pubblicazione della sentenza *Google Spain v. AEPD, Costeja Gonzalez* [30] che ha messo i motori di ricerca al centro del dibattito relativo alla tutela del diritto all'oblio. Il secondo evento è immediatamente successivo ed è costituito dalla pubblicazione delle linee guida integrative alla sentenza della CGUE, ad opera dell'*Article 29 Data Protection Working Party* [31], oggi Comitato europeo per la protezione dei dati.

Sia per l'analisi della sentenza della CGUE, che per quella delle linee guida appare opportuno passare in rassegna gli aspetti innovativi e rivoluzionari di tali documenti e successivamente concentrarsi sulle statuizioni previste in materia di estensione territoriale della tutela del diritto all'oblio. Proprio tali statuizioni costituiscono il fondamento logico su cui si sono basate le posizioni successive espresse dai Garanti nazionali e da cui sono scaturite le nuove soluzioni espresse dalla CGUE nella sentenza in commento.

La sentenza *Google Spain* [32], ha un ruolo decisivo nell'evoluzione del diritto all'oblio per due ordini di motivi: in primo luogo essa si occupa per la prima volta del diritto all'oblio in relazione al fenomeno tecnologico più rivoluzionario di sempre, ovvero *internet;* in secondo luogo introduce, per la prima volta, la possibilità per il soggetto che voglia far valere il proprio diritto all'oblio, di chiedere ai motori di ricerca di deindicizzare i contenuti relativi ai propri dati, facendo sì che gli utenti non vengano più indirizza-

---

[30] Corte di Giustizia UE 13 maggio 2014, causa C-131/12 (Google Spain SL, Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, in *Eur-lex.europa.eu.*

[31] Le linee guida sono state adottate il 29 novembre 2014, subito dopo la pubblicazione della sentenza *Google Spain* e sono consultabile al seguente indirizzo *internet: https://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=1080.*

[32] La controversia nasceva dalla richiesta di un cittadino spagnolo, rivolta prima al gestore di un sito *internet* e poi a Google, di rimozione di alcune informazioni personali relative alla messa all'asta dell'abitazione del ricorrente avvenuta 16 anni prima e pubblicate su un giornale *online* e non ritenute più attuali. L'autorità Garante spagnola (*Agencia Española de Protecciòn de datos)*, aveva a sua volta ordinato a Google di rimuovere tali informazioni dai risultati di ricerca. Google aveva respinto la richiesta e la Corte suprema spagnola investita della questione aveva deciso, a sua volta, di sollevare dinanzi alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali sull'applicabilità della direttiva 95/46/CE a fornitori di servizi come Google. Le questioni pregiudiziali sollevate dinanzi alla CGUE riguardavano l'interpretazione degli artt. 2 lett. B) e D), rispettivamente sul concetto di "trattamento di dati personali" e sulla definizione "responsabile del trattamento"; art. 4, par. 1, lett. A) e C) sul campo di applicazione delle norme di attuazione della direttiva; art. 12 lett. B) sull'estensione dell'obbligo di rettifica, cancellazione e congelamento dei dati ai motori di ricerca e art. 14, par. 1, lett. A) sul diritto della persona interessata ad opporsi al trattamento dei dati.

ti su una determinata risorsa cibernetica.[33] Si comprende che si tratta di una decisione che non riguarda il diritto all'oblio nella sua interezza, ma che si focalizza sull'aspetto del "diritto alla deindicizzazione".

Come già anticipato, la portata innovativa di tale sentenza è notevole: essa compie una vera e propria rivoluzione copernicana poiché rende i motori di ricerca i principali destinatari delle norme relative alla tutela del diritto all'oblio.

Le statuizioni della CGUE, contenute nella sentenza *Google Spain,* possono essere sintetizzate seguendo tre prospettive principali[34]. La prima concerne il "trattamento dei dati personali" e al riguardo la Corte stabilisce che l'attività svolta dal motore di ricerca costituisce trattamento di dati personali, in quanto essa permette di trovare le informazioni pubblicate da terzi su *internet*, tramite un processo di indicizzazione automatica e di catalogazione in base ad un ordine di preferenza. La seconda prospettiva è collegata logicamente alla prima: dato che il motore di ricerca si occupa del trattamento dei dati, esso sarà anche "responsabile" di tale trattamento. La terza prospettiva concerne la tutela del diritto all'oblio e la Corte sancisce l'obbligo, ricadente sul motore di ricerca, di deindicizzare i contenuti sgraditi all'interessato. In questo modo l'interessato non dovrà più rivolgersi al c.d. sito sorgente per chiedere l'eliminazione della notizia o del contenuto lesivo, ma potrà rivolgersi direttamente, e più agevolmente al *search engine*.

Per quanto riguarda il campo di applicazione della direttiva, la Corte osserva che *Google Spain* sia una filiale di *Google Inc.,* ed è pertanto uno "stabilimento" ai sensi della direttiva. Per questa ragione, anche se i dati sono gestiti da un'impresa situata in uno stato terzo, la presenza di uno stabilimento in uno stato membro, "*ancorché si tratti di sedi operative che hanno il solo scopo di vendere spazi pubblicitari sul motore di ricerca"*[35]*,* fa sì che il trattamento venga effettuato "nel contesto delle attività" di tale stabilimento e per questo motivo rientri nel campo di applicazione della normativa europea sul trattamento dei dati.

La sentenza crea dunque un quadro abbastanza chiaro: il diritto all'oblio può essere tutelato tramite la deindicizzazione dei contenuti che deve essere effettuata da tutti i motori di ricerca che possiedono stabilimenti all'interno del territorio dell'Unione.

La pubblicazione della sentenza *Google Spain*, ha generato immediatamente due importanti conseguenze.

---

[33] F. Di Ciommo, *op. cit.,* p. 16.

[34] Cfr. F. Di Ciommo, *op cit.,* p. 17.

[35] F. Rampone, *op. cit.*, p. 9.

La prima conseguenza pratica è che i *search engines* hanno messo a disposizione degli utenti alcuni moduli *online* per permettere agli stessi di chiedere la rimozione di tutti quei *link* contenenti informazioni che risultano inadeguate, non più pertinenti o eccessive rispetto alle finalità del trattamento dei dati. [36]

La seconda conseguenza è la pubblicazione delle linee guida ad opera dell'*Article 29 Data Protection Working Party*. Tali linee guida sono state ideate con lo scopo di offrire un'interpretazione comune alla sentenza della CGUE e per stabilire dei criteri di bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto all'informazione, applicabili dalle autorità di controllo.

All'interno delle linee guida vengono elaborati tredici criteri [37] che devono essere utilizzati dalle autorità di controllo, anche alla luce delle statuizioni della Corte [38]. Tra i criteri menzionati vi è quello relativo alla necessità di valutare se il soggetto rivesta un ruolo pubblico all'interno della comunità, se i dati siano correlati alla commissione di un reato, se i dati siano stati aggiornati rispetto al momento in cui avviene la richiesta di deindicizzazione, ecc. …

Le linee guida non si limitano a stabilire i criteri attuabili dalle autorità di controllo, ma appongono importanti chiarimenti al contenuto della sentenza della CGUE.

Esse stabiliscono, in prima istanza, che la pronuncia della Corte di Giustizia è applicabile soltanto ai risultati ottenuti attraverso la ricerca del nominativo di un individuo e non tramite altre tipologie di ricerca.

---

[36] Cfr. D. CHIAPPINI, *Profili comparativi del diritto all'oblio,* in *diritto.it,* 2018.

[37] In ossequio alle linee guida, l'autorità di controllo deve rispondere ai seguenti quesiti:

Does the search result relate to a natural person – i.e. an individual? And does the search result come up against a search on the data subject's name?

Does the data subject play a role in public life? Is the data subject a public figure?

Is the data subject a minor?

Is the data accurate?

Is the data relevant and not excessive?

Is the information sensitive within the meaning of Article 8 of the Directive 95/46/EC?

Is the data up to date? Is the data being made available for longer than is necessary for the purpose of the processing?

Is the data processing causing prejudice to the data subject? Does the data have a disproportionately negative privacy impact on the data subject?

Does the search result link to information that puts the data subject at risk?

In what context was the information published?

Was the original content published in the context of journalistic purposes?

Does the publisher of the data have a legal power – or a legal obligation – to make the personal data publicly available?

Does the data relate to a criminal offence?"

[38] Cfr. D. CHIAPPINI, *op. cit.,* p. 21.

In seconda istanza stabiliscono che la richiesta di deindicizzazione possa avvenire con qualunque mezzo ed essere rivolta direttamente al motore di ricerca [39], e che un eventuale rifiuto da parte dello stesso debba essere motivato.

Infine, per quanto riguarda l'estensione territoriale della tutela del diritto all'oblio, le linee guida sanciscono che la deindicizzazione debba riguardare non soltanto i siti *internet* europei, ma anche altri domini rilevanti, come il "*com*" [40].

Si precisa persino che la limitazione della deindicizzazione soltanto ai domini europei non può essere considerata sufficiente a garantire una tutela soddisfacente dei richiedenti. Pertanto si prevede che, in ogni caso, la deindicizzazione debba riguardare tutti i domini rilevanti, inclusi quelli extracomunitari. Proprio a partire da tali statuizioni contenute all'interno delle linee guida sono scaturite le posizioni del Garante nazionale e della CNIL in materia di deindicizzazione a livello *globale.*

4. – Tra la pubblicazione delle linee guida e l'emanazione della sentenza della Corte di Giustizia si collocano due pronunce di rilevanza centrale. La prima è certamente quella della CNIL [41], da cui è scaturito il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia; la seconda è stata emessa dal Garante nazionale [42]. Entrambe le pronunce sono ricche di contenuti rivoluzionari e, sebbene siano state disattese dalla CGUE, meritano opportuna trattazione.

Per comprendere appieno il contenuto di tali decisioni è necessario analizzare i presupposti che hanno portato i Garanti ad assumere tali posizioni interpretative.

Entrambe le pronunce riguardano l'ambito di applicazione territoriale del diritto alla deindicizzazione e in entrambe si sostiene la possibilità di obbligare il motore di ricerca

---

[39] Non è previsto un obbligo, in capo al richiedente, di rivolgersi in via preliminare al gestore del sito web.

[40] Le linee guida, in merito all'applicazione territoriale della deindicizzazione, prevedono il seguente testo: *"In order to give full effect to the data subject's rights as defined in the Court's ruling, delisting decisions must be implemented in such a way that they guarantee the effective and complete protection of data subjects' rights and that EU law cannot be circumvented. In that sense, limiting de-listing to EU domains on the grounds that users tend to access search engines via their national domains cannot be considered a sufficient mean to satisfactorily guarantee the rights of data subjects according to the ruling. In practice, this means that in any case de-listing should also be effective on all relevant domains, including .com."*.

[41] Garante *Privacy* Francese-Commissione nazionale per l'informatica e le libertà (CNIL) – *La CNIL met en demeure Google de procéder aux déréférencements sur toutes les extensions du moteur de recherche*, 12 giugno 2015, in *Village de la Justice.*

[42] Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento n. 557 del 21 dicembre 2017, in *garanteprivacy.it.*

a procedere ad una deindicizzazione di stampo *globale.* Come già anticipato, la possibilità di una deindicizzazione a livello globale era stata già elaborata dalle linee guida previste dal Comitato europeo per la protezione dei dati e, in maniera velata, dalla sentenza *Google Spain.*

Tra gli ulteriori presupposti che hanno portato a tali decisioni, bisogna menzionarne anche uno di stampo fattuale. Parlare oggi di un concetto di "spazio" dotato di confini ben delineabili appare quasi anacronistico. La rivoluzione digitale e la globalizzazione hanno ormai formato un unico patrimonio culturale, in grado di legare tutti i popoli. Appare dunque sempre più complicato provare a delimitare a livello territoriale o funzionale l'estensione della comunità per la quale una notizia può assumere rilevanza. Oggi un fatto di particolare rilevanza viene subito incamerato in notizie e articoli pubblicate all'interno di ogni stato europeo ed extraeuropeo. Istantaneamente si formeranno innumerevoli *link* che rispondono al dominio italiano (.it), così come al dominio francese (.fr) o al dominio tedesco (.de), e così via anche per gli Stati extraeuropei (.us/Stati Uniti o .cn/Cina). Per tale ragione, già in dottrina si era sviluppata l'idea di un *oblio planetario* [43]e ci si chiedeva se fosse necessario *"al fine di rendere effettiva la tutela assicurata dal diritto europeo, che il provider fosse tenuto a dar seguito alle istanze di rimozione degli URL anche con riguardo alle versioni extraeuropee del motore di ricerca"* [44].

In tale contesto fattuale e giuridico sembrano assolutamente condivisibili le posizioni espresse dalla CNIL e dal Garante italiano per la *Privacy.*

La posizione della CNIL è stata precedentemente anticipata. Dinanzi alla richiesta di deindicizzazione il Garante francese assume una posizione che può essere definita *assolutista* [45], poiché basata sull'idea che il diritto all'oblio possa essere tutelato in modo efficace soltanto tramite un riconoscimento dello stesso a livello globale. È dunque necessario che la deindicizzazione coinvolga tutti i domini *internet* e non soltanto quello dello stato di appartenenza nel soggetto interessato.

In ambito nazionale il Garante per la *Privacy* esprime una posizione più *dialettica* [46]. Nel provvedimento non si riesce ad estrapolare una tesi universale e un criterio applicativo generale.

---

[43] Così definito anche da D. BIANCHI, *op. cit.,* 2017, p. 78.

[44] F. FRIGERIO, *op. cit.*, p. 16.

[45] D. BIANCHI, *op. cit.*, p. 32.

[46] Così definita da D. BIANCHI, in *Se è diritto all'oblio, dev'essere planetario. Così per il Garante Privacy italiano e francese. Cosa dirà la CGUE?*, in *Dir. Giust.,* 2018, p. 155.

Il Garante italiano, nel caso prospettatogli [47], riconosce il diritto all'oblio *planetario* giustificando tale scelta soltanto sulla base del fatto che le informazioni diffuse non erano né lecite, né precise né corrette [48].

Viene perciò riconosciuto il diritto all'oblio globale soltanto in relazione al caso in esame e soltanto al ricorrere di alcuni requisiti molto stringenti. Alla luce di ciò, il Garante italiano ha ordinato a Google di "*rimuovere, entro venti giorni dalla ricezione del provvedimento, gli URL tuttora deindicizzati fra i risultati di ricerca ottenuti digitando il nome e cognome del ricorrente, sia nelle versioni europee che extraeuropee, estendendo tale attività anche agli Url già deindicizzati nelle versioni europee di Google".*

Questo provvedimento, seppur con una posizione maggiormente dialettica rispetto a quella assolutistica della CNIL, ha una portata assolutamente rivoluzionaria in tema di rapporti tra diritto nazionale e principio di territorialità.

Si tratterebbe di un'ipotesi di *extraterritorialità* particolarmente rilevante. Il Garante ha infatti esteso l'ambito di applicazione del diritto alla deindicizzazione a livello globale. La conseguenza è che ogni cittadino italiano potrebbe chiedere al giudice nazionale di obbligare un motore di ricerca a deindicizzare tutti i contenuti che lo riguardano da tutte le versioni di Google a livello mondiale [49]

I Garanti summenzionati hanno, inoltre, ritenuto non sufficiente la tutela offerta dallo strumento del *geoblocking*, ossia l'oscuramento dei contenuti isolato agli utenti di un determinato Stato. Secondo i Garanti, tramite alcuni sistemi *software*, è agevole simulare che la navigazione su *internet* stia avvenendo da un altro Paese, diverso da quello in cui fisicamente ci si trova [50].

Tramite questo semplice *bypass* si andrebbe a vanificare la tutela offerta dal *geoblocking*, prospettata da Google come efficace.

È chiaro che tali pronunce vogliono definire in modo del tutto nuovo l'ambito territoriale del diritto all'oblio.

---

[47] Un professore universitario, con ricorso, ha chiesto al Garante di ordinare a Google la deindicizzazione di 26 *link*, europei ed extraeuropei, relativi a contenuti gravemente offensivi della sua reputazione. Gli articoli a cui si riferiscono i *link* contengono informazioni sul suo stato di salute e su alcuni reati commessi dallo stesso. Egli ha affermato di non essere stato sottoposto ad alcun procedimento penale. Si tratta dunque di contenuti falsi. Google si difende affermando che non può essere disposta la deindicizzazione poiché i *link* sono relativi a fatti troppo recenti e perché il personaggio riveste un importante ruolo nella vita pubblica.

[48] Il Garante afferma che, nel caso in esame, si deve applicare il diritto all'oblio planetario poiché le informazioni diffuse riguardano lo stato di salute del richiedente e offrono un'immagine travisata dell'interessato.

[49] F. FRIGERIO, *op. cit.*, p. 16.

[50] Ad esempio, un utente italiano potrebbe accedere a contenuti "nascosti" per il proprio stato, simulando di accedere dalla Germania o da qualsiasi altro stato europeo o extraeuropeo.

Tali linee interpretative, seppur efficaci e ragionevoli, si scontrano però con un imponente muro. Il diritto all'oblio non è sancito da alcuna Convenzione internazionale e ciò crea numerosi problemi in relazione al principio di sovranità degli Stati. Già in ambito extracomunitario è accaduto che la Corte Suprema del Canada [51] abbia riconosciuto il diritto alla deindicizzazione di alcuni *URL* a livello globale. Tale decisione non ha potuto però spiegare la propria efficacia poiché la *US District Court* [52] ha negato l'efficacia della pronuncia all'interno del territorio statunitense, poiché Google è un *provider* e non è responsabile delle informazioni inserite da terzi presenti sulla propria piattaforma.

Appare dunque evidente che, sebbene la posizione rivoluzionaria espressa dai Garanti sia assolutamente condivisibile, all'atto pratico, in assenza di Convenzioni relative alla tutela del diritto all'oblio, una simile forma di tutela sia sostanzialmente inapplicabile.

5. – Terminato l'*excursus* legislativo e giurisprudenziale in tema di applicazione territoriale della tutela relativa al diritto all'oblio, è possibile procedere con l'analisi delle statuizioni della CGUE e delle conclusioni dell'Avvocato Generale che, in linea di massima, si pongono in linea con la decisione della Corte.

In tali conclusioni viene in primo luogo indicato che le disposizioni dell'UE, oggetto del rinvio pregiudiziale, sono state correttamente invocate e risultano applicabili alla fattispecie in esame [53].

È anche vero però che tali norme, così come i principi espressi dalla sentenza *Google Spain,* non si occupano espressamente della questione relativa alla territorialità della deindicizzazione [54].

Per tale ragione è necessario effettuare una differenziazione in base al luogo a partire dal quale è stata effettuata la ricerca informatica [55]. Si riconosce che esistono delle situa-

---

[51] *Google Inc., v. Equustek Solutions, Inc.*, 28 giugno 2017, in *scc-csc.lexum,com.*

[52] G*oogle LLC v. Equustek Solutions, Inc.*, 2017 WL 5000834 (N.D. Cal. Nov. 2, 2017) come riportata da F. FRIGERIO in *Deindicizzazione globale degli URL su Google: sì del Garante Privacy, in attesa della Corte di giustizia,* in *Medialaws.eu*, 2/2018.

[53] Al punto 32 delle conclusioni dell'Avvocato Generale si legge: *"Posto che, nel diritto processuale amministrativo francese, il diritto applicabile a una controversia è quello vigente alla data della decisione impugnata, non vi è dubbio che al procedimento principale sia applicabile la direttiva 95/46. Pertanto, la Corte è chiamata a interpretare le disposizioni di detta direttiva."*

[54] Al riguardo sono rilevanti il punto 37-38 delle conclusioni dell'Avvocato Generale: "*37. Nella mia analisi prenderò le mosse dalla sentenza Google Spain e Google. 38. Tale sentenza non stabilisce la portata geografica dell'attuazione di una cancellazione[...].*"

[55] I punti 45 e 46 delle conclusioni dell'Avvocato Generale: *45. Sebbene le disposizioni della direttiva*

zioni in cui il diritto dell'Unione ammette la produzione di effetti extraterritoriali, soprattutto in materia di diritto alla concorrenza [56]. Tuttavia è anche vero che tali casi riguardano comunque un ambito territoriale delimitato, come il mercato interno. *Internet* è, al contrario, per la propria stessa natura, un fenomeno che si sviluppa su scala mondiale ed è presente ovunque in pari misura, pertanto non si tratta di un'ipotesi comparabile alle altre situazioni di extraterritorialità riconosciute dall'Unione [57].

Alla luce di ciò, viene espressa la contrarietà ad estendere l'ambito di applicazione territoriale della direttiva e del GDPR al di fuori della giurisdizione dei 27 Stati membri.

Ove si ammettesse una deindicizzazione a livello mondiale, le autorità di controllo non sarebbero più in grado di effettuare un bilanciamento corretto tra il diritto all'oblio e gli altri diritti fondamentali. Ciò poiché l'interesse pubblico ad avere accesso ad un'informazione varierà da uno stato terzo all'altro, in base all'ubicazione geografica [58].

Per le ragioni sovraesposte si propone alla Corte di dichiarare che il gestore di un mo-

---

95/46 mirino dunque a tutelare i diritti fondamentali, a norma degli articoli 7 e 8 della Carta, della persona «ricercata» e, successivamente, «indicata nei risultati», esse tacciono tuttavia sulla questione della territorialità della cancellazione. Ad esempio, né le suddette disposizioni, né la sentenza Google Spain e Google 22 precisano se occorra trattare diversamente una ricerca effettuata da Singapore rispetto a una compiuta a partire da Parigi o Katowice. 46. A mio giudizio, è necessario distinguere a seconda del luogo dal quale è compiuta la ricerca. Le ricerche effettuate al di fuori del territorio dell'Unione non dovrebbero essere soggette a cancellazione dei risultati di ricerca.

[56] I punti 50 e 51 delle conclusioni dell'Avvocato Generale: *"50. È vero che esistono situazioni in cui il diritto dell'Unione ammette effetti extraterritoriali. 51. Come sottolinea anche il governo francese, in ragione di una giurisprudenza costante in materia di diritto della concorrenza, il fatto che una delle imprese partecipanti a un accordo anticoncorrenziale o che attua una pratica di tale natura si trovi in un paese terzo non impedisce l'applicazione delle norme in materia di concorrenza dell'Unione, in forza degli articoli 101 e 102 TFUE, ove il suddetto accordo o la suddetta pratica produca effetti nel territorio dell'Unione".*

[57] Il punto 53 delle conclusioni dell'Avvocato Generale: *"A mio giudizio, queste due tipologie di situazioni costituiscono ipotesi estreme ed eccezionali. Nei due casi, l'aspetto essenziale è l'impatto sul mercato interno (anche se possono essere parimenti interessati anche ulteriori mercati). Il mercato interno è un territorio chiaramente delimitato dai Trattati. Per contro, Internet è per sua natura mondiale e, in un certo qual senso, presente ovunque. È pertanto difficile trovare analogie e compiere raffronti.*

[58] Al riguardo i punti 59 e 60 delle conclusioni dell'Avvocato Generale: *"59. È pacifico che i diritti alla protezione dei dati e alla vita privata sono diritti derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta e devono presentare un criterio di collegamento con il diritto dell'Unione e la sua territorialità. Lo stesso vale per l'interesse legittimo del pubblico ad accedere alle informazioni ricercate. Per quanto attiene all'Unione, tale diritto trae origine dall'articolo 11 della Carta. Il pubblico considerato non è il pubblico mondiale, ma si trova nel campo di applicazione della Carta, ed è quindi europeo. 60. Se si ammettesse una cancellazione a livello mondiale, le autorità dell'Unione non sarebbero in grado di definire e determinare un diritto a ricevere informazioni e, ancor meno, di bilanciarlo con gli altri diritti fondamentali alla protezione dei dati e alla vita privata. Tanto più che un siffatto interesse del pubblico ad accedere all'informazione varia necessariamente da uno Stato terzo all'altro, a seconda della sua collocazione geografica."*

tore di ricerca debba adottare tutte le misure a sua disposizione per garantire la deindicizzazione a livello del territorio dell'Unione europea, anche mediante la tecnica del *geoblocking* a partire da un indirizzo IP che si ipotizza si trovi all'interno di uno degli Stati membri [59].

Ripercorse anche tali osservazioni, non resta che analizzare le statuizioni contenute all'interno della sentenza della CGUE.

La Corte di Giustizia ha disatteso le posizioni giurisprudenziali espresse dalla CNIL e dal Garante nazionale ed ha espresso una tesi simile a quella proposta dall'Avvocato Generale.

Procedendo per gradi, i Giudici della CGUE si occupano inizialmente di risolvere due questioni preliminari. Il primo passo è quello di traslare le questioni pregiudiziali dal testo della direttiva 95/46/CE, ormai abrogata, al testo del GDPR. Per tale motivo si afferma che "*la Corte esaminerà le questioni sollevate tanto alla luce della direttiva, quanto del suddetto regolamento per garantire che le sue risposte siano, in ogni caso, utili al giudice di rinvio".*

Il secondo passo consiste nel rispondere alle critiche relative al testo dell'art. 17 del GDPR, secondo le quali la norma non valorizzerebbe l'aspetto del diritto all'oblio riguardante il diritto alla deindicizzazione. Al riguardo la Corte sancisce che "*il diritto dell'interessato alla deindicizzazione si basa ormai sull'art. 17 del regolamento, che disciplina specificamente il diritto alla cancellazione, denominato anche, nel titolo di detto articolo, diritto all'oblio*".

Pertanto viene dato credito a quell'interpretazione, a sostegno del GDPR, che sosteneva che *"il più contiene il meno; ossia che la cancellazione è misura più radicale della deindicizzazione e può comodamente assorbirla*" [60].

---

[59] Il punto 79 delle conclusioni dell'Avvocato Generale: *"Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dal Conseil d'État (Consiglio di Stato, Francia) nel seguente modo: 1) Le disposizioni degli articoli 12, lettera b), e 14, lettera a), della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, devono essere interpretate nel senso che il gestore di un motore di ricerca, nel dare seguito a una richiesta di cancellazione, non è tenuto ad eseguire tale operazione su tutti i nomi di dominio del suo motore, talché i link controversi non appaiano più indipendentemente dal luogo dal quale viene effettuata la ricerca avviata sul nome del richiedente. 2) Il gestore di un motore di ricerca è tenuto a sopprimere i link controversi che appaiono in esito a una ricerca effettuata, a partire dal nome del richiedente, da un luogo situato all'interno dell'Unione europea. In tale contesto, detto gestore è tenuto ad adottare tutte le misure a sua disposizione per garantire una cancellazione efficace e completa. Ciò include, in particolare, la tecnica detta del «blocco geografico» da un indirizzo IP che si ritiene localizzato in uno degli Stati membri assoggettato alla direttiva 95/46, e ciò indipendentemente dal nome di dominio utilizzato dall'utente di Internet che effettua la ricerca.*"

[60] S. BONAVITA e R. PARDOLESI, *op. cit.,* p. 269.

Dopo aver chiarito queste questioni preliminari, i Giudici si occupano in modo specifico delle questioni pregiudiziali. Le tre questioni vengono raggruppate e la domanda centrale viene individuata nella necessità di stabilire se il gestore di un motore di ricerca, quando accoglie una domanda di deindicizzazione, debba deindicizzare i contenuti su tutte le versioni del suo motore di ricerca, sulle versioni del motore corrispondenti a tutti gli Stati membri o soltanto sulla versione dello Stato membro in cui è stata presentata la domanda di deindicizzazione.

La Corte tende immediatamente ad eliminare l'ipotesi relativa alla deindicizzazione limitata al solo Stato in cui è stata presentata la domanda. Si afferma che i *considerando* 10 [61], 11 [62] e 13 [63] esplicitano l'obiettivo di garantire un elevato livello di protezione dei dati in tutto il territorio dell'Unione [64]. Si afferma che è ormai evidente che il legislatore europeo abbia scelto di fissare le norme sulla protezione dei dati tramite un regolamento direttamente applicabile dagli Stati membri. Ne consegue che, in linea di principio, la deindicizzazione sia da effettuare per tutte le versioni del sito corrispondenti agli Stati membri.

I Giudici esprimono che, in una società globalizzata, sarebbe persino opportuno che la deindicizzazione si estendesse a tutte le versioni del motore di ricerca.

Tuttavia la situazione di fatto non può essere ignorata: allo stato attuale "*molti Stati terzi non riconoscono il diritto alla deindicizzazione o comunque adottano un approccio diverso per tale diritto".* A ciò si aggiunge che la tutela del diritto all'oblio non corri-

---

[61] Ecco il testo del *considerando* 10 del GDPR: "*Al fine di assicurare un livello coerente ed elevato di protezione delle persone fisiche e rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione, il livello di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche con riguardo al trattamento di tali dati dovrebbe essere equivalente in tutti gli Stati membri. È opportuno assicurare un'applicazione coerente e omogenea delle norme a protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali in tutta l'Unione.*"

[62] Ecco il testo del *considerando* 11 del GDPR: *"Un'efficace protezione dei dati personali in tutta l'Unione presuppone il rafforzamento e la disciplina dettagliata dei diritti degli interessati e degli obblighi di coloro che effettuano e determinano il trattamento dei dati personali, nonché poteri equivalenti per controllare e assicurare il rispetto delle norme di protezione dei dati personali e sanzioni equivalenti per le violazioni negli Stati membri* [...]."

[63] Il *considerando* 13 del GDPR prevede che: "*Per assicurare un livello coerente di protezione delle persone fisiche in tutta l'Unione e prevenire disparità che possono ostacolare la libera circolazione dei dati personali nel mercato interno, è necessario un regolamento che garantisca certezza del diritto e trasparenza agli operatori economici, comprese le micro, piccole e medie imprese, offra alle persone fisiche in tutti gli Stati membri il medesimo livello di diritti azionabili e di obblighi e responsabilità dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento e assicuri un monitoraggio coerente del trattamento dei dati personali, sanzioni equivalenti in tutti gli Stati membri e una cooperazione efficace tra le autorità di controllo dei diversi Stati membri* [...]*."*

[64] Cfr. F. FRIGERIO, *op. cit.,* p. 16.

sponde ad alcuna prerogativa assoluta, ma deve essere sempre contemperata con la tutela degli altri diritti fondamentali.

Il legislatore europeo si è limitato ad effettuare tale bilanciamento tra diritto all'oblio e altri diritti relativamente al territorio dell'Unione. Né risulta da alcuna disposizione che il legislatore abbia cercato di attribuire alla tutela del diritto all'oblio una portata che vada oltre il territorio dell'Unione.

Pertanto, allo stato attuale, non si può, in alcun modo, configurare l'esistenza di un obbligo in capo ai motori di ricerca di effettuare la deindicizzazione anche nelle versioni extracomunitarie del proprio servizio.

La Corte conclude la propria pronuncia disponendo dunque che sia la direttiva, che il GDPR, debbano essere interpretate nel senso che *"il gestore di un motore di ricerca, quando accoglie una domanda di deindicizzazione* [...] *è tenuto ad effettuare la deindicizzazione, non in tutte le versioni del suo motore di ricerca, ma nelle versioni di tale motore corrispondenti a tutti gli Stati membri*", anche in combinazione con altre tecniche idonee a scoraggiare seriamente l'accesso ai contenuti deindicizzati a tutti quegli utenti che effettuano la ricerca a partire da uno degli Stati membri.

6. – In conclusione è utile effettuare qualche riflessione critica sul contenuto della sentenza della CGUE. Apparentemente essa sembra costituire un passo indietro per quanto riguarda l'estensione territoriale della tutela apprestata al diritto all'oblio. Persino il Garante italiano per la *privacy* ha evidenziato come "*la barriera territoriale appaia sempre più anacronistica"* [65].

La realtà è che le posizioni espresse dalla CNIL e dal Garante nazionale, sebbene futuristiche, sono sostanzialmente inapplicabili e utopistiche, considerando lo stato di fatto attuale. Pertanto si può certamente ritenere che la pronuncia sia il conseguenziale risultato dell'assenza di Convenzioni internazionali in materia di diritto all'oblio.

---

[65] Parole pronunciate da Antonello Soro il 24 settembre a Roma. Il Garante privacy italiano ha commentato in questo modo la sentenza della CGUE: *"Leggeremo le motivazioni della decisione della Corte di Giustizia, che però ha sicuramente un impatto rilevante sulla piena effettività del diritto all'oblio. In un mondo strutturalmente interconnesso e in una realtà immateriale quale quella della rete, la barriera territoriale appare sempre più anacronistica. A maggior ragione, acquista ulteriormente senso l'impegno delle Autorità europee di protezione dati per la garanzia universale di questo diritto, con la stessa forza su cui può contare in Europa. L'equilibrio tra diritto di informazione e dignità personale, raggiunto in Europa anche grazie alla disciplina dell'oblio, dovrebbe rappresentare un modello a livello globale",* come riportato da *Diritto all'oblio: Antonello Soro, Garante privacy, su sentenza Google della Corte di Giustizia Ue* in *garanteprivacy.it.*

La sentenza riveste comunque una rilevanza centrale poiché: 1) sancisce in modo definitivo la possibilità di ricomprendere il diritto alla deindicizzazione all'interno della tutela offerta dall'art. 17 del GDPR, che prevede il diritto alla cancellazione; 2) stabilisce che il motore di ricerca dovrà deindicizzare i contenuti delle versioni del servizio corrispondenti a tutti gli Stati membri, arginando quell'interpretazione che voleva limitare l'applicazione della deindicizzazione soltanto allo Stato dell'interessato che ha effettuato la richiesta.

In merito al secondo punto, si rammenta che la Corte avrebbe potuto offrire anche un'ulteriore soluzione basata sul criterio del "centro degli interessi" della persona. Tale criterio è stato più volte utilizzato dalla Giurisprudenza europea [66] e comporta che la persona, danneggiata dal caricamento di un contenuto nella rete, possa ottenere ristoro rivolgendosi al giudice del luogo in cui risiede abitualmente, ovvero del luogo in cui è concentrato il proprio centro di interessi, determinato, ad esempio, in base allo svolgimento dell'attività professionale. La ricerca di un "centro di interessi" implica l'obiettivo di delimitare in modo netto il luogo in cui il danno si produce interamente [67]. La conseguenza immediata sarebbe dunque il riconoscimento di una deindicizzazione a livello esclusivamente locale. La Corte, ha invece intrapreso una via intermedia, che si pone a metà tra la deindicizzazione a livello "globale", proposta dalla CNIL e dal Garante italiano, e la deindicizzazione a livello "locale", prospettata dalla stessa Corte in pronunce precedenti. Tale via, consiste chiaramente in una deindicizzazione a livello continentale [68] ed è destinata ad essere riconosciuta come la forma *ordinaria* di deindicizzazione.

Sebbene tale scelta sia stata operata con particolare chiarezza, in svariati punti della sentenza sono ravvisabili elementi dialettici, che lasciano spazio ad un'evoluzione giurisprudenziale futura.

In primo luogo si riconosce che *"una deindicizzazione effettuata su tutte le versioni di un motore di ricerca è idonea a soddisfare pienamente"* l'obiettivo di garantire un elevato livello di protezione dei dati personali. La Corte è infatti consapevole che l'accesso ad un *link* a partire da uno Stato extracomunitario, possa comunque generare effetti immediati e sostanziali nei confronti di un cittadino europeo interessato alla cancellazione di un contenuto.

In secondo luogo si rileva che *allo stato attuale* non esistono meccanismi di coopera-

---

[66] Vedasi Corte di Giustizia UE, 17 ottobre 2017, causa C-194/16 *Bolagsupplysningen* OÜ, *Ingrid Ilsjan* c. *Svensk Handel* AB, in *Medialaws.eu.*

[67] Corte giust., sent. *eDate Advertising*, cit., par. 48-52, così come riportato da F. BALDUCCI ROMANO, *La Corte di giustizia "resetta il diritto all'oblio,* in *Federalismi.it,* 3/2020, 40.

[68] Cfr. F. BALDUCCI ROMANO, *op. cit.,* p. 41.

zione per garantire la deindicizzazione al di fuori dell'Unione. Ciò non toglie che in futuro questi strumenti possano essere previsti e si possa procedere verso la definizione di un *oblio planetario*.

In terzo luogo, sebbene da un lato si preveda la necessità di procedere alla deindicizzazione per tutti gli Stati membri, dall'altro lato si sottolinea che l'interesse pubblico ad accedere a determinate informazioni può variare da uno Stato membro all'altro. Per questo motivo spetta agli Stati membri, in base all'art. 85 [69] del GDPR, stabilire le esenzioni e le deroghe necessarie a bilanciare il diritto all'oblio con la libertà di informazione.

Infine si prevede che il diritto dell'Unione, così come non può imporre che la deindicizzazione riguardi tutte le versioni di un motore di ricerca, allo stesso modo non può neppure vietarlo. Per questa ragione sarà perfettamente legittimo per l'autorità di controllo di uno Stato membro *"richiedere, se del caso, al gestore del motore di ricerca di effettuare una deindicizzazione su tutte le versioni del suddetto motore"*. Sarà poi obbligo del motore di ricerca procedere alla deindicizzazione sulle versioni europee del contenuto lesivo, e sarà facoltà dello stesso procedere, eventualmente, con la deindicizzazione sulle versioni extraeuropee. Con tali statuizioni i Giudici europei dischiudono la porta a decisioni basate sull'esame del caso concreto da parte delle autorità nazionali. Tale possibilità consente, almeno in via teorica, ai Giudici nazionali di emettere decisioni in senso del tutto contrario rispetto al principio della deindicizzazione su sola scala europea sancito in modo chiaro nel restante contenuto della pronuncia [70].

Tale sentenza ha suscitato commenti profondamente divergenti. Da un lato è stata oggetto di profonde critiche, poiché ha limitato drasticamente l'operatività del GDPR che aveva come obiettivo quello di essere applicato ben oltre i limiti territoriali europei [71]. La soluzione prospettata dai Giudici europei è stata considerata come un vero e proprio

---

[69] *Ecco il testo dell'art. 85 del GDPR:*

"1. Il diritto degli Stati membri concilia la protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento con il diritto alla libertà d'espressione e di informazione, incluso il trattamento a scopi giornalistici o di espressione accademica, artistica o letteraria.

2. Ai fini del trattamento effettuato a scopi giornalistici o di espressione accademica, artistica o letteraria, gli Stati membri prevedono esenzioni o deroghe rispetto ai capi II (principi), III (diritti dell'interessato), IV (titolare del trattamento e responsabile del trattamento), V (trasferimento di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali), VI (autorità di controllo indipendenti), VII (cooperazione e coerenza) e IX (specifiche situazioni di trattamento dei dati) qualora siano necessarie per conciliare il diritto alla protezione dei dati personali e la libertà d'espressione e di informazione.

3. Ogni Stato membro notifica alla Commissione le disposizioni di legge adottate ai sensi del paragrafo 2 e comunica senza ritardo ogni successiva modifica.

[70] Cfr. C. BOVINO, *Privacy: diritto all'oblio solo per singoli Stati Ue, forse…,* in *Quot. Giur.,* 2019, p. 2.

[71] M. IASELLI, *Diritto all'oblio non può avere una portata universale,* in *altalex.com.*

compromesso, che rischia di "*innalzare, più che estendere, i ponti levatoi della fortezza europea in materia di protezione dati, che rimane sì inespugnabile a suo interno, ma costituisce un unicum di fatto non replicabile né esportabile*" [72].

Dall'altro lato è stata considerata una soluzione condivisibile poiché era necessario attenuare le implicazioni risultanti dalla sentenza *Google Spain* e dalle Linee Guida del WP29, volte a prospettare un diritto che potesse essere, almeno idealmente, non raggirabile tramite il semplice superamento dei confini territoriali europei [73].

Infine sono state espresse numerose perplessità di ordine pratico, in merito alla possibilità che i dati personali, non di pubblico interesse, restino accessibili in una qualsiasi parte del pianeta a robot in grado di profilare in modo dettagliato le preferenze e l'identità degli individui. Si affermerebbe in sostanza una tecnologia che ha la possibilità e il diritto di appropriarsi dell'identità dell'uomo [74].

Tale scenario, seppur plausibile, non prende in considerazione la partecipazione degli uomini allo sviluppo e alla crescita della rete. Si rammenta infatti che l'infinita quantità di pagine *web* viene costantemente alimentata dall'attività di utenti provenienti da tutte le parti del mondo. Questo fa sì che i contenuti più recenti vadano a coprire in modo sempre più definitivo i contenuti risalenti. Questo elemento, unito alla capacità degli algoritmi dei motori di ricerca di mostrare i risultati più pertinenti in base al luogo in cui viene effettuata la ricerca, fa sì che i contenuti vadano via via dispersi nella rete.

Si potrebbe obiettare che, seppur dispersi, i contenuti siano comunque raggiungibili tramite un'accurata ricerca. Tuttavia far riemergere tali contenuti effettuando una ricerca da una parte qualsiasi del mondo diventerebbe un'operazione gradualmente sempre più complicata, fino a giungere al punto in cui nessun robot potrebbe essere in grado di recuperare quelle informazioni.

In conclusione, se da un lato si auspicano nuovi interventi della Corte volti ad estendere ulteriormente l'ambito territoriale della deindicizzazione, dall'altro lato, anche allo stato attuale, non bisogna cedere a visioni pessimistiche che vedono i robot come gli unici proprietari dei dati personali degli individui. Tali dati personali risultano comunque protetti da una sorta di *oblio fisiologico* della rete, causato dalla continua ed incessante attività dell'uomo sul *web*, unitamente alla capacità dei motori di ricerca di mostrare soltanto i risultati più pertinenti in base al luogo a partire dal quale viene effettuata la ricerca.

---

[72] O. POLLICINO, *Limitare il diritto all'oblio è un rischio*, in *ilsole24ore.com.*

[73] Cfr. O. POLLICINO, *op. cit.*, p. 27.

[74] Cfr. F. BALDUCCI ROMANO, *op. cit.*, p. 41.