

# Percorsi di diritto comparato

a cura di  
Rossella Esther Cerchia



Milano University Press



# **PERCORSI DI DIRITTO COMPARATO**

A cura di Rossella Esther Cerchia

Milano University Press

*Percorsi di diritto comparato* / a cura di Rossella Esther Cerchia. Milano: Milano University Press, 2021.

ISBN 979-12-80325-21-1 (print)

ISBN 979-12-80325-24-2 (PDF)

ISBN 979-12-80325-26-6 (EPUB)

DOI [10.13130/milanoup.49](https://doi.org/10.13130/milanoup.49)

Questo volume e, in genere, quando non diversamente indicato, le pubblicazioni di Milano University Press sono sottoposti a un processo di revisione esterno sotto la responsabilità del Comitato editoriale e del Comitato Scientifico della casa editrice. Le opere pubblicate vengono valutate e approvate dal Comitato editoriale e devono essere conformi alla politica di revisione tra pari, al codice etico e alle misure antiplagio espressi nelle [Linee Guida per pubblicare su MilanoUP](#).

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY-SA, il cui testo integrale è disponibile all'URL: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su: <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup>.

© 2021 Rossella Esther Cerchia

© Milano University Press per la presente edizione

Pubblicato da:

Milano University Press

Via Festa del Perdono 7 – 20122 Milano

Sito web: <https://milanoup.unimi.it>

e-mail: [redazione.milanoup@unimi.it](mailto:redazione.milanoup@unimi.it)

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da Ledizioni ([www.ledizioni.it](http://www.ledizioni.it))

## Indice

|  |     |
|--|-----|
| Prefazione   | 7   |
| ANTONIO GAMBARO, Fondamenti culturali e metodologici del diritto europeo dei contratti: dalle leggi al caos e ritorno  | 9   |
| ALBINA CANDIAN, Le Società Benefit in Italia   | 21  |
| CRISTINA AMATO, Dal diritto europeo dei contratti 1.0 agli <i>smart contracts</i>  | 33  |
| CARLO MARCHETTI, <i>Pacta sunt servanda</i> ai tempi del Covid-19  | 57  |
| ROSSELLA ESTHER CERCHIA, I criteri di decisione nelle parole della legge e delle corti: alcune suggestioni   | 69  |
| SABRINA LANNI, Cibo & diritto comparato: le etichette alimentari tra Europa e America Latina   | 87  |
| BARBARA VARI, Proprietà e diritto dei beni vitali: un possibile itinerario di ricerca  | 105 |
| SANTA NITTI, “Insurtech”: suggestioni e dubbi dal mondo assicurativo   | 123 |
| NAIARA POSENATO, La riforma dello stile delle sentenze della <i>Cour de cassation</i>  | 139 |
| LYDIA VELLISCIG, Strumenti di finanziamento del rischio catastrofale tra politiche pubbliche e ricorso a strumenti di mercato: l’esempio del «Pandemic Emergency Financial Facility» | 167 |
| CARLO MASIERI, La tutela dei dati personali relativi alla salute: approccio europeo ed americano a confronto   | 185 |
| GIULIA TERRANOVA, Il Trust: la circolazione di un istituto dal diritto di <i>equity</i> alle moderne legislazioni <i>offshore</i>  | 205 |
| Notizie sugli autori   | 217 |



# Prefazione

Il 2020 sarà ricordato come l'anno del Coronavirus.

Nei mesi in cui attoniti assistevamo alla sofferenza di chi si ammalava e perdeva i suoi cari e Milano sembrava trovarsi nell'epicentro della prima deflagrante ondata, il tempo sembrava rallentare fino a fermarsi.

Così i rumorosi corridoi universitari cadevano nel silenzio e con la chiusura di tutte le aule, le biblioteche e i laboratori, l'Università degli Studi di Milano appariva un gigante immobile.

Sotto questa coltre di fissità, dopo un primo momento di smarrimento, era febbrile la riorganizzazione di tutti i corsi universitari con il loro passaggio in *streaming*. Non lasciare che il virus fermasse la conoscenza, lo scambio di idee e la cultura, era l'imperativo che scandiva l'agenda del mondo accademico.

Come ostaggi della pandemia bisognava reiventare tutto, dal rapporto con gli studenti a quello con i colleghi, ai contenuti e alla modalità di insegnamento.

In queste circostanze, all'inizio della primavera del peggior anno che molti di noi possano ricordare, iniziava il Corso del Curriculum di Diritto Privato Comparato della Scuola di Dottorato in Diritto Comparato, Privato, Processuale Civile e dell'Impresa dell'Università degli Studi di Milano.

Quasi venti anni erano passati dalla prima edizione del Corso di Dottorato in Diritto Privato Comparato presso questa università. Un corso ormai "maggiorrenne", nato grazie all'impegno incessante di Antonio Gambaro, impareggiabile Maestro della Scuola di Milano, e magnificamente diretto da Barbara Pozzo e poi continuato con meticolosissima cura da Maria Letizia Ruffini Gandolfi, Albina Candian, Carlo Marchetti e infine dalla sottoscritta. C'è stato un passaggio di testimone, uno scandire del tempo, un cambiare dei luoghi, dalle aule del "vecchio" Istituto di Diritto Civile, a quello del Centro Studi di Largo Richini, punto di riferimento del Diritto Comparato milanese, a quelle del Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto. Le edizioni si sono susseguite, giovani da ogni dove le hanno frequentate, i primi dottori di ricerca sono saliti in cattedra o hanno raggiunto agognate mete in cui mettere a frutto quanto appreso nel corso di quegli anni di grande attività, ma forse anche di spensieratezza, del dottorato.

Tale *continuum* certo non poteva essere interrotto dalla pandemia. La Scuola di Milano e gli Amici della stessa si sono subito messi all'opera perché questo percorso non venisse fermato.

In quest'anno di incontri "smaterializzati" c'è stata la volontà di dare una forma non eterea ai nostri colloqui, fissandoli nel volume che vi accingete a

leggere. La raccolta ha una natura interdisciplinare in coerenza con l'approccio del comparatista che non ama barriere e confini di materia, secondo l'insegnamento di Rodolfo Sacco.

Rossella Esther Cerchia

Un ringraziamento particolare va al dott. Davide Luigi Totaro per il prezioso supporto nella revisione editoriale, in collaborazione con la casa editrice.

# Fondamenti culturali e metodologici del diritto europeo dei contratti: dalle leggi al caos e ritorno

*Antonio Gambaro*

In tempi di confinamento personale e di chiusura delle biblioteche, quella che segue non può essere una lezione e tanto meno una prolusione ai corsi che mantenga il tradizionale livello accademico. Sarà perciò una chiacchierata volta ad indicare itinerari di ricerca e non limitata ad una narrazione di temi, per quanto affascinante la narrazione possa essere. Il suo scopo principale è quello di segnalare la necessità che ogni problema giuridico sia studiato in profondità e, per poterlo fare, occorre andare sempre alla ricerca di quanto è collocato nel sostrato del problema indagato. La tematica del sostrato implica due assunti di tipo metodologico che pongo esattamente come assunti, senza spiegazioni di metodo che ci porterebbero troppo lontano.

Il primo assunto è che nel sostrato sono quasi sempre presenti dati non verbalizzati e perciò detti latenti, per fare emergere i quali è necessario munirsi di strumenti d'indagine critica, cioè servirsi della logica.

Il secondo assunto è che, normalmente, i sostrati sono molteplici ed occorre tener conto che le idee giuridiche hanno origini fuori dal settore degli studi giuridici in senso stretto, pertanto sarebbe un rattrappimento ingiustificato delle indagini critiche escludere alcune tradizioni di ricerca, evitando così di scorgere quelle connessioni che sono l'*humus* del sostrato problematico da indagare.

Un buon esempio per saggiare la fecondità di queste indicazioni mi pare essere la vicenda del diritto europeo dei contratti negli ultimi 40 anni. Un buon esempio, perché collega una impostazione di metodo comparativo con un tema sostanziale di grande rilevanza ed attualità, in quanto è indubbio che nello stesso periodo il diritto privato europeo si è costruito attorno al diritto di contratti.

Altri settori del diritto privato sono stati sì coinvolti in tale processo, ma marginalmente. Ciò non implica che, rispetto ai singoli ordinamenti nazionali, i settori del diritto di famiglia, delle successioni, della proprietà e della responsabilità civile non abbiano subito trasformazioni anche incisive per effetto delle novità introdotte dal diritto unionista; ma ciò sembra riguardare più la *pars destruens*, ossia la disarticolazione di sistematiche nazionali tradizionali, che non la *pars construens*, ossia l'apporto offerto all'edificazione di un diritto privato comune su scala europea.

Pertanto, riflettere sulla vicenda del diritto europeo dei contratti consente di portare una riflessione sui fattori che presiedono alla fase di costruzione di un sistema, senza limitarsi a considerare i problemi applicativi di un dato insieme di norme.

Ho avuto la fortuna di aver seguito personalmente uno sviluppo storico impressionante per la vastità delle implicazioni, per la profondità dei problemi e delle sfide non evitabili, ed infine, per la complessità degli intrecci sia teorici che pratici, ed in tale posizione debbo dire che non sorprende la centralità del contratto quale istituto giuridico fondamentale dell'ordine giuridico europeo, posto che è universalmente riconosciuto il suo porsi come l'istituto giuridico che dà efficacia ai rapporti di scambio e di collaborazione che si intessono tra imprese ed individui nello spazio del mercato interno, inteso in senso ampio, e poiché la Comunità prima, e l'Unione europea poi, sono l'organizzazione politica istituzionale di tale spazio, era ed è inevitabile che l'istituto del contratto si ponesse come la particella elementare su cui è costruito l'edificio dell'Unione Europea; ed in questo contesto era altrettanto inevitabile che le discipline nazionali relative al contratto entrassero in crisi. Ciò perché erano diverse tra loro, come i comparatisti strutturalisti (Sacco) hanno segnalato sin dall'inizio, ed anche perché, osservata con il realismo dello storico, nessuna tradizione giuridica nazionale aveva una seria probabilità di divenire la disciplina comune europea. In altri termini, nessuna di esse poteva realisticamente diventare egemone, anche se, come è noto, non sono mancati i tentativi di elaborare, su basi nazionali, modelli di disciplina dei contratti da "offrire" a tutti gli altri.

Quello che non era scontata è stata l'incapacità dimostrata dalle istituzioni europee di dar vita ad un diritto europeo dei contratti comprensivo della sua parte generale, ossia della parte in cui la disciplina contrattuale in senso stretto si coordina con quella del rapporto obbligatorio, della proprietà e dell'arricchimento ingiustificato, nonché con la tematica dei rimedi.

Non intendo ripercorrere qui lo svolgimento dei vari tentativi, niente affatto banali che, sono stati posti in atto, specialmente negli ultimi vent'anni. Vorrei invece riflettere sulle ragioni di quello che, eufemisticamente, potremmo denominare il mancato conseguimento di un obiettivo.

Al riguardo ritengo importante chiarire anzitutto che cosa si intenda parlando di obiettivo non conseguito, o, più prosaicamente, fallito.

Si può infatti immaginare che, per uniformazione del diritto europeo dei contratti, si intenda l'adozione mediante uno strumento legislativo di un insieme di norme positive comuni (ed è stata questa la via intrapresa nei progetti Lando, Gandolfi, ed anche nel *Common frame of reference*); oppure, si può immaginare che l'auspicata uniformazione si possa conseguire mediante la convergenza spontanea di tutti gli operatori verso l'adozione di modelli contrattuali comuni (ed è stata questa la via sponsorizzata dagli studi legali internazionali, quasi tutti di matrice inglese); oppure, ancora, si può immaginare che l'uniformazione si

ottenga nel momento in cui gli operatori giuridici europei adottino, a fronte di qualsiasi problema di formulazione di un contratto, o di ermeneutica contrattuale, un modo di ragionare comune (Kötz).

Si tratta di approcci diversificati, ciascuno dei quali ha avuto i suoi alfiere nel dibattito intellettuale che si è sviluppato sul punto dagli anni 70 del secolo scorso, le cui indicazioni sono state tuttavia condizionate sul piano dell'efficacia da un assunto latente quanto non verificato, e da due lacune.

L'assunto comune alle diverse strategie, sommariamente evocate, era che il diritto civile dovesse continuare ad avere una struttura interna razionale, e ciò, sia per coloro che hanno proposto di rinverdire la sistematica propria della forma codice, sia per coloro che proponevano di affidarsi alle coerenze interne ad un diritto dei contratti organicamente sviluppato per consuetudine sapienziale; sia, infine, ma forse soprattutto, per coloro che propugnavano di operare attraverso un'educazione giuridica transnazionale in grado di formare giuristi capaci di porsi in consonanza tra loro ed in intelligenza con tutti gli altri.

Questo assunto latente, ma presente nel sostrato delle diverse strategie, è però stato posto in crisi da due lacune.

Da un lato, non si è riusciti ad andare a fondo nelle analisi dei fattori giuridici che producono risultati economico sociali in un qualche modo misurabili e quindi verificabili; lacuna che ha impedito la trasposizione sul piano delle strategie istituzionali delle promettenti teoriche del *law and economics movement*, costringendolo ad affidarsi a misurazioni che poco hanno di ragionevole, ed in definitiva hanno orbatato i giuristi di quella capacità progettuale che, invece, gli economisti hanno continuato a vantare.

Dall'altro lato, si sono trascurati gli ostacoli imposti alla progettazione di un ordinamento comune ed innovativo dalla svolta metodologica che ha coinvolto un numero crescente di giuristi e che va sotto il nome di (diritto) postmoderno. Etichetta affatto precisa, ma che è utile a designare un movimento ideale ricco di sfaccettature e che qui però si assumerà nella valenza che meglio lo connette al suo sostrato extra-giuridico e più precisamente filosofico, ossia a quell'intensa corrente di pensiero che ha ridotto la realtà oggettiva al risultato di argomentazioni intersoggettive, e nel fare ciò ha sempre più approfondito il solco tra retorica e logica (Giulio Preti) in campo epistemologico, con momentaneo trionfo della prima sulla seconda.

Richiamati questi profili, anche per tornare a sottolineare l'importanza, sia della identificazione dei sostrati latenti, che delle interconnessioni tra le tradizioni di ricerca; ed espresso sommariamente l'augurio che l'urto non discorsivo con la realtà del mondo, attualmente impersonata da un piccolissimo, ma talvolta letale virus, possa indurre a qualche ripensamento coloro che ritengono che non ci siano fatti, ma solo interpretazioni, e che un ordinamento giuridico razionale possa essere ridotto solo ai discorsi; vorrei però tornare a contemplare

il ramo dell'albero da cui siamo partiti e quindi riprendere l'esame delle vicende del diritto europeo dei contratti.

In questa direzione partirei da un dato storico ben presente a tutti: in parte il diritto europeo dei contratti esiste da tempo, ma è programmaticamente il diritto dei contratti con i consumatori. In gergo, è il diritto dei contratti B2C. In questo settore la normativa europea è stata abbondante, pervasiva e, anche, innovativa.

Naturalmente rimane il dato di fatto che i contratti più rilevanti, quelli B2B, ed anche i contratti specializzati, sono rimasti nazionali ed il loro coordinamento all'interno del, pomposamente detto, mercato interno è stato affidato all'incerto e, transattivamente costosissimo, sistema delle regole di diritto internazionale privato.

Vi sono molte buone ragioni per spiegare razionalmente sul piano storico, o giustificare su quello axiologico, questa strategia di intervento.

Limitandomi alla principale: si è trattato di reagire, prima in ambito nazionale, e poi in ambito di mercato interno, alla deriva distruttiva prodotta dalla diffusione dei contratti standard. Tematica a sua volta complessa, ma che, ai fini del presente discorso, può essere ricondotta ad un aspetto fondamentale.

Sin dal tardo ottocento le imprese che si rivolgono ad un mercato di massa, prime tra tutte le ferrovie, hanno constatato che tramite la formulazione di clausole contrattuali che spettava ad esse predisporre potevano tranquillamente vessare i loro clienti scaricando su di essi tutti i rischi che la esecuzione del rapporto contrattuale può comportare, senza tema di incidere sull'elasticità della curva della domanda che dovevano fronteggiare. Successivamente i teorici del diritto dei contratti; inizialmente americani, ma seguiti a ruota da tutti gli altri, per spiegare un fenomeno che può apparire inesplicabile, hanno creato la retorica della dissimmetria, o asimmetria, informativa e, in consecuzione, quella della parte debole del rapporto contrattuale di consumo, sicché hanno escogitato una serie molto ampia di regole inderogabili per riequilibrare tali dissimmetrie informative e rimettere le parti su quel piede di parità che la tradizionale teoria del contratto tra eguali presuppone.

Ovviamente si tratta di una strategia istituzionale destinata a non correggere la criticità di partenza, per la semplice ragione che trascura l'irrisolta problematicità tra diritto e linguaggio, nel senso che parte da una analisi di tipo economico-sociologico da cui trae suggerimenti, anche molto razionali, ma che poi debbono essere trasposti in termini di prescrizioni normative. Trasposizione che non può razionalmente avvenire senza la presa in carico della complessità delle interazioni che la formulazione delle norme sviluppa in ambiente giuridico.

Da questa trascuratezza è derivata una legislazione che: a) impone al predisponente le condizioni generali di contratto, un obbligo di fornire informazioni complete, nel senso di corrispondenti alla complessità intrinseca al prodotto, o al servizio che viene offerto sul mercato, senza operare alcuna selezione che

sarebbe direttamente sospettabile di ingannevolezza; b) velleitariamente impone un dovere di *clare loqui*, trascurando l'insegnamento di tutta la scienza linguistica del novecento secondo la quale tale prescrizione è un *wishful thinking* che sconfinava nel vaniloquio; c) non considera che, dopo i progressi strabilianti dell'informatica le imprese più vessatorie non hanno alcuna difficoltà ad inondare il cliente di decine di pagine di informazioni nella tranquilla assunzione che nessuno le leggerà prima di sottoscrivere il contratto e, di conseguenza, non vi saranno effetti sulla curva di domanda che l'impresa deve fronteggiare.

Facile immaginare la scarsa effettività di queste soluzioni sull'assetto complessivo dei rapporti tra consumatori e "professionisti".

In realtà si tende ad aprire le porte ad una serie di litigi, che vengono infatti incoraggiati dalle riforme processuali, nella speranza che, nel medio periodo, gli esiti sfavorevoli alle imprese vessatorie possano indurre queste ultime ad adottare moduli contrattuali più equilibrati. Sino a qui le evidenze empiriche di un simile risultato sono scarse. Forse si è trascurato di considerare che, mediante i procedimenti giudiziari, ed ancor più mediante i procedimenti ADR, si esalta la criticità della saldatura nella trasmissione delle informazioni, tra il linguaggio descrittivo – che, per sua natura, veicola informazioni non corrispondenti alla distribuzione dei rischi programmata nel contratto – e quello normativo – che potenzialmente è in grado di veicolare l'informazione corretta, ma è incomprendibile al consumatore –, con la conseguenza di indirizzare la ricerca del punto di equilibrio nella distribuzione dei rischi connessi all'affare, verso la retorica persuasiva che viene abilitata ad argomentare *ex post* che una specifica informazione era mancante. Il che dà origine ad una serie di trabocchetti, imprevedibili, per le imprese, molto lontana da una soluzione razionale dei problemi i cui esiti siano ragionevolmente calcolabili *ex ante*.

In tema si potrebbe subito obiettare che, in Europa, si è sviluppato un approccio diverso, seguendo un indirizzo che si sviluppa su due livelli.

Un primo livello opera mediante norme inderogabili che caducano le clausole vessatorie più frequentemente utilizzate dai redattori dei contratti standard. Si tratta quindi di dettare regole invalidanti modelli specifici di clausole. Tuttavia è stato efficacemente notato che si trattava di previsioni contrattuali derivate dalle esperienze negative che le imprese predisponenti avevano vissuto nei tribunali. Ogni volta che collezionavano una decisione sfavorevole basata su una specifica norma contrattuale di diritto comune, le imprese introducevano una clausola derogatoria in modo da poter ottenere una sentenza favorevole nei contenziosi successivi. Sicché, facendo l'elenco di queste deroghe per dichiararle inefficaci, il legislatore, tedesco prima ed europeo poi, ha operato in modo casistico ed ovviamente ne è sortito un elenco di fattispecie assolutamente eterogenee sotto il profilo sistematico, per lo stesso motivo per cui i repertori annuali di giurisprudenza risultano essere irriducibili a qualunque sistemazione organica.

Poiché, però, si era perfettamente coscienti che, operando in questo modo, si dotavano le imprese di elementari possibilità di aggiramento delle disposizioni casistiche, si è anche pensato di ricorrere ad una clausola generale, dichiarando vessatorie, o abusive, tutte le clausole che, in spregio alla buona fede, determinino a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

A parte la ridicola storia per cui in Italia “in spregio alla buona fede” è divenuto “nonostante la buona fede”; il punto è che formule di questo tipo affidano alla giurisprudenza successiva la concretizzazione di indicazioni aperte, assumendo che poi, mediante l’accumulazione di precedenti, la casistica giurisprudenziale si trasformerà in regole di diritto conoscibili *ex ante*. Assunto, quest’ultimo, molto diffuso nella letteratura giuridica europea, che però non tiene troppo conto del numero delle variabili che occorre considerare quando si pronostica la trasformazione delle decisioni giurisprudenziali in regole di diritto.

In effetti, si è poi constatato che, a questo punto, entrano in gioco numerosi altri fattori, i quali attengono alla struttura ed al funzionamento del sistema giudiziario, nonché alle modalità con cui i precedenti giudiziari si trasformano in regole idonee ad orientare la condotta degli operatori, e, infine, soprattutto la tipologia delle sentenze giudiziali, e non solo del loro stile.

Situazione resa ancora più complicata dalla organizzazione della giustizia comunitaria. Ed è su questo aspetto di carattere nettamente istituzionale, e non linguistico, che vorrei richiamare l’attenzione nella parte finale della chiacchierata che sto svolgendo.

Nella letteratura giuridica italiana si è soliti lodare l’apporto al diritto dei contratti con i consumatori fornito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma sarebbe anche da evidenziare che la detta corte, forse saggiamente, data la sua collocazione istituzionale, non ha operato nella direzione di dotare gli operatori europei di “rules of a clear and practical nature”<sup>1</sup>, piuttosto ha dettato criteri ai quali i giudici europei debbono attenersi nella confezione dei loro giudizi.

Ora, è ben noto come il passaggio dal modello del giudizio di tipo sostanzialmente sillogistico ad un modello di giudizio fondato sulla corrispondenza della valutazione axiologica del fatto, giudicando rispetto a un set predeterminato di criteri di valutazione, sia un passaggio molto impegnativo.

Non per nulla si è parlato della necessità di un giudice Ercole per portarlo felicemente a termine. Si noti però che gli sforzi erculei sono richiesti su due lati: sul lato delle corti supreme che debbono selezionare e formulare i criteri che poi debbono essere adottati dai giudici di merito (o dai giudici nazionali) e, sul lato di questi ultimi, che debbono trasporre i criteri in un giudizio su una fattispecie.

---

1 Cito il *dictum* di Lord Neuburger in *Patel v Mirza* «The ultimate function of the courts in common law and equity is to formulate and develop rules of a clear and practical nature».

Tema evidentemente ipercomplesso e sul quale possiamo sorvolare con la leggiadria dell'ironia, osservando che chi non sia un semidio e si veda assegnate le fatiche di Ercole, tenderà umanamente a scansarle con qualche astuzia, sia essa quella di Ulisse, o del buon soldato Švejk. Strategia quest'ultima che è stata messa in opera da stuoli di giudici e avvocati.

Nel caso della Corte di Giustizia e dei contratti con i consumatori, si è seguita una via di mezzo, posto che, dopo qualche incertezza, si è scelto di puntare su un criterio egemone di tipo nettamente teleologico, che consiste nell'assicurare ai consumatori europei, qualificati *juris et de jure* come la parte debole del rapporto, il livello di protezione più elevato possibile, anche a costo di forzare la dazione di senso ai testi legali. Con ciò dimenticando che una interpretazione teleologica dei testi legali ha senso, ed è anche opportuna, solo se rispetta due argini: a) non dare alle parole del testo un senso che lo stesso non può veicolare; b) mettersi in onesta consonanza con le scelte di policy del legislatore, e non già in posizione critica verso di esse (Barak).

A loro volta le autorità nazionali, sia giurisdizionali che amministrative, hanno ritenuto consono ritagliarsi un ampio spazio di discrezionalità decisionale, ricorrendo alla tecnica del giudizio caso per caso, nel senso di giudizio fondato sulle specifiche caratteristiche del caso singolo.

Ovviamente ne è risultato un ribaltamento dell'orientamento di fondo dei sistemi giuridici: dalla freccia vettoriale orientata verso la relativa certezza, la ragionevole prevedibilità della decisione giuridica, la ragionevole calcolabilità del quadro giuridico in cui si inseriscono le decisioni di investimento, alla incalcolabilità (Irti) delle conseguenze giuridiche delle decisioni programmate anche nel quadro di una relativa razionalità economica. In breve, il mancato scioglimento dei nodi teorici che hanno attanagliato la dottrina giuridica occidentale negli ultimi 80 anni, ha comportato uno scivolamento pernicioso dall'idea di diritto come ordinamento, ossia ordinato e prevedibile sistema di soluzione dei conflitti di interessi, a quella di caotico *pull and push* di interessi confliggenti, governato arbitrariamente da autorità sovrane la cui unica legittimazione sembra essere quella dell'indipendenza.

A questo punto è facile spiegare due avvenimenti che hanno marcato la vicenda recente del diritto europeo dei contratti. In primo luogo il fallimento dell'*action plan* annunciato dalla commissione nel 2003, a partire dal misero risultato del tentativo di consolidare l'*acquis communautaire* in campo contrattuale (l'abbandono dei tentativi di predisporre un *common frame of reference* ha altre cause). In secondo luogo la vittoriosa resistenza delle *lobbies* degli operatori economici europei anche a fronte della prospettiva minimale di predisporre un regolamento sulla vendita mobiliare. Resistenza che può sembrare strana posto che ci si era abituati a pensare che un diritto comune europeo dei contratti fosse strumentale a ridurre i costi transattivi e quindi andasse anzitutto a vantaggio degli operatori che agiscono sul mercato. Ma il fatto è che, facendo questa

predizione che, devo dire, anch'io ho condiviso, si è trascurato che, agli occhi degli operatori economici, l'abbattimento dei costi transattivi derivante dall'uniformazione del contesto giuridico è più che compensato dal costo dell'incalcolabilità giuridica che deriva da una uniformazione superficiale che sia tale solo perché si attua un generale rinvio alle decisioni che necessariamente *ex post* sono assunte dai giudici, siano essi comunitari o nazionali.

Ora, se riavvolgiamo un attimo il nastro all'indietro e consideriamo il momento storico, collocabile cronologicamente nei primissimi anni del nostro secolo, in cui si è più intensamente congetturato di dar vita ad un diritto comune europeo mediante l'adozione di un testo di riferimento comune che mimasse la forma codice anche quando era programmato come fonte di *soft law*, ci si avvede facilmente che si è trattato di un periodo in cui tale progetto si è incrociato con la dinamica ascendente del diritto giurisprudenziale, ossia con la tendenza a trasferire il compito di sviluppare il diritto positivo, dal formante legislativo, al formante giurisprudenziale, più o meno affiancato da quello dottrinale (comunque confinato in posizione di junior partner).

Vicenda trasformativa dell'assetto giuridico europeo, ed ovviamente ricca di sfaccettature. Ad esempio, molti settori delle società europee non se ne sono accorti ed hanno continuato ad esigere interventi legislativi. Più che altro giova ricordare, al riguardo, come, sul piano europeo, questa vicenda abbia comportato anche una frammentazione delle dinamiche giuridiche nazionali, posto che alcuni Stati hanno ritenuto di dover correggere la deriva giurisprudenzialista ammodernando notevolmente i propri codici civili, specialmente nella parte relativa alle obbligazioni ed al contratto.

Anche se la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* del 2002 e l'*Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats* hanno trasposto in norme molte soluzioni del diritto giurisprudenziale tedesco e francese, tuttavia il dato rilevante è che, in tal modo, le soluzioni dei casi hanno cessato di presentarsi come soluzione casistica ed hanno invece assunto la forma e la sostanza di fattispecie legali. Trascuro qui di considerare che il Regno Unito ha preferito evitare la specifica deriva giurisprudenzialista delle Corti Europee e mantenere il *self restraint* della propria giurisprudenza, semplicemente isolandosi.

Piuttosto, è da considerare che, nel frammentato panorama europeo, si sono manifestate accezioni del diritto a base giurisprudenziale che modificano in modo radicale il modo di giudicare e la stessa vigenza del principio di legalità.

Questa tendenza è assai visibile nell'esperienza giuridica italiana, ove l'opportunità di ricorrere a giudizi caso per caso è stata espressamente teorizzata da una parte influente della dottrina, sotto varie formule più o meno accattivanti, ma che si sostanziano nel sottolineare la significatività giuridica dei contesti fattuali in cui la soluzione di un caso della vita si colloca, con tutto il suo carico di connessioni con gli orientamenti, le simbologie, le credenze collettive che intessono

la sfera dell'agire collettivo<sup>2</sup>. Simili prospettazioni certamente si riallacciano a riflessioni profonde di teoria dell'interpretazione e di teoria generale del diritto, e quindi si aprono su più piani che attengono all'ermeneutica come alla dogmatica, alla funzione dell'argomentazione, alla logica dei principi e dei valori; tutte correnti di pensiero teorico cui si fatto cenno quando si parlato di sostrati, ma, operativamente, la preponderanza attribuita ai contesti fattuali è l'opposto della riduzione dei fatti ai loro elementi rilevanti, e rende impossibile la riconduzione di essi a norme generali. Ma, più che altro, incorporano il paradigma soggettivistico predominante nella filosofia europea, senza nemmeno fare spazio ai correttivi, anche minimi, cui la critica realistica, negli ultimi decenni, ha costretto anche i filosofi più arroccati sull'idealismo concettuale.

Ma non è sul ritardo nel recepire le tendenze filosofiche più alla moda che vorrei insistere, quanto sull'antitesi tra valutazioni caotiche ed il concetto di ordinamento che sta alla base del valore della *rule of law*, al posto della *rule of man*. Valore di civiltà che viene messo in pericolo quando i giudizi civili vengono regolati solo processualmente, mentre sostanzialmente sfociano in giudizi caso per caso, proprio perché l'unica via che rimane aperta per preservare la possibilità di esprimere un giudizio, consiste nel delegare completamente la soluzione di ciascun caso ad un decisore più o meno illuminato.

Il punto è che, mediante simili giudizi caso per caso, si valorizzano tutte le sfaccettature del caso della vita in esame, ma non si perviene a formulare una decisione che possa avere valore di regola giuridica da applicare ai casi successivi; con la conseguenza che il tasso di incertezza *ex ante* circa la soluzione autoritativa che viene imposta alle parti riamane sostanzialmente invariato.

In realtà una valutazione basata sul singolo caso non è strutturalmente diversa da un giudizio di equità<sup>3</sup>, e, al pari di questo tipo di giudizi, accetta che la sua finalità sia unicamente quella di risolvere una questione concreta in modo conforme a giustizia. Sennonché, come osservava Mengoni, in una società pluralista, il *thelos* verso la giustizia non è in grado di incidere sulla discrezionalità al decisore. Con la conseguenza che è difficile evitare la criticità fondamentale che connota tutti i giudizi equitativi, o discrezionali, ossia che si tratta del modo più semplice per far sì che il giudizio si risolva nella direttiva di angariare i nemici e favorire gli amici. Con ciò riportando il giudizio, dall'ambito del procedimento scientifico, a quello della valutazione, che molti definiscono "politica". In realtà, però, non è nemmeno così, perché il decisore, quando decide, è isolato, e quindi quelle che si spacciano per politiche non sono le categorie del politico, nemmeno in senso schmittiano, ma sono categorie dello psicologismo individuale:

2 Cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, Giuffrè, 2017.

3 La prospettiva più indagata nei secoli XVIII- XIX è connessa alla contrapposizione tra "diritto" (nel senso di *rule of law*) e equità su cui si è accumulata una immensa letteratura, oggi peraltro considerata obsoleta (si veda A.M. RABELLO (ed.) *Aequitas and Equity, Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Sacher Institute for Comparative Law, Jerusalem, 1997.

pregiudizi, precomprensione, ideologismi di varia natura, ma sempre da intendersi come falsa coscienza.

Ma il rilievo conclusivo che vorrei svolgere in questa sede è più specifico. Vorrei poter concedere, ma non senza qualche riserva, che un giudizio valorizzante gli aspetti fattuali delle singole questioni, sottoposto al vaglio di giudici indipendenti, può essere una direttiva sensata in settori come quelli del diritto di famiglia, ove si deve riconoscere che le relazioni personali sono caratterizzate da sentimenti ed emozioni, ossia da elementi di fatto che in sede valutativa non si possono trascurare; posso anche immaginare che la stessa rilevanza si possa adattare, seppure con maggior cautela al settore della responsabilità civile, ove, peraltro, il tentativo di dar rilievo alle emozioni individuali ha dovuto essere fermato prima che potesse causare un caos senza limiti. Tuttavia, sarei dell'avviso che quando ci si riferisca ai contratti diversi da quelli B2C, in materia di contratti commerciali, il cosiddetto diritto postmoderno non debba avere ingresso.

La ragione fondamentale di questo divieto è che il contratto, a differenza delle situazioni familiari e degli eventi dannosi, è già di per sé stesso fonte di regole di condotta che le parti si vincolano ad osservare.

Può essere ricordato che l'assioma "qui dit contractuel, dit juste", è ripudiato, con ragione, in ogni sistema giuridico attuale; può essere vero che una specificità dell'esperienza giuridica italiana consiste proprio nella tendenziale svalutazione dell'idea che il contratto abbia forza di legge tra le parti, tuttavia il diritto dei contratti ha senso solo partendo dall'assunto che esso non è altro all'infuori della garanzia ordinamentale che gli accordi tra le parti sono vincolanti.

Garanzia che può essere contornata da eccezioni, può essere modellata in funzione della conformazione specifica che l'ordinamento, attraverso le sue molteplici istituzioni, dà al singolo tipo di contratto, ma che non può essere sostituita con altra base fondamentale, come è avvenuto nel diritto sovietico, ove il contratto era inteso come strumento di attuazione di una volizione esterna alle sue parti. Sicché, in un contesto di armonizzazione del diritto dei contratti su scala europea, sarebbe da chiedersi sino a che limite questo orientamento sia compatibile con il contesto europeo, o si ponga al limite della rottura con esso.

Il dubbio è rafforzato dalla constatazione per cui il binomio: svalutazione della volontà ed accentuazione del giudizio di meritevolezza, veicolato sotto la nebulosa formula della causa in concreto, non ha immediati paralleli nelle altre esperienze giuridiche europee attuali.

Ma, se si scava più in profondità, la divergenza segnalata non deriva solo da una maggior propensione della giurisprudenza italiana a ricorrere, senza confessarlo apertamente, verso i giudizi di equità, ma da una ancora più profonda propensione a ripudiare la logica per affidarsi interamente alla retorica.

È questa una faglia che si è formata in epoca assai remota e di cui si perdono spesso le tracce nelle storie della giurisprudenza europea, ma di cui, ogni tanto,

riaffiorano gli effetti, proprio come accade per le faglie tettoniche quando scatenano tremolii, o peggio, in superficie.

Che vi sia un'opposizione antica tra logica e retorica è un dato registrato in tutte le storie del pensiero che abbiano qualche attinenza con quest'ultimo; che poi tale opposizione si sia trasferita nell'ambito della contrapposizione tra scienze della natura e scienze dello spirito, o cultura umanista che dir si voglia, è un accidente della storia della filosofia occidentale piuttosto recente; ma io qui vorrei limitarmi a ricordare che i tentativi di fondare una retorica razionale distinta da quella persuasiva emozionale, tentativi condotti da Perelman-Tyteca, da Habermas e da Alexy, non hanno sortito esiti univoci, posto che il tipo di argomentazione prevalente nei giudizi post- moderni è quella sofistica classica, la quale non ha altro metro di misura all'infuori del successo immediato, ossia dalla persuasione che riesce ad istillare nell'uditorio immediato, seguendo gli immortali suggerimenti di Cicerone.

Nelle narrazioni storiche più diffuse si è spesso lodata la giustizia della democrazia ateniese – a parte l'infortunio della condanna a morte di Socrate – e tenuta in non cale la giustizia dei pretori romani e dei loro successori, la quale si orientò abbastanza presto verso la formulazione di regole conoscibili *ex ante*, anche se poi sviluppate in varie guise. Sarebbe però importante ricordare che la giustizia ateniese sorresse l'impero ateniese per qualche decennio. La giustizia romana sorresse l'impero per qualche secolo. Se ne potrebbe trarre l'insegnamento storico che il diritto fondato sulle decisioni singole ispirate dai sentimenti arricchisce i retori, ma affossa la società politicamente organizzata; quella basata sulle regole giuridiche lascia vivere i primi, ma almeno non condanna la seconda.

Grazie per l'attenzione.



# Le Società Benefit in Italia

*Albina Candian*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Responsabilità sociale dell'impresa negli Stati Uniti. – 3. Il nuovo interesse sociale. – 4. La Società Benefit quale possibile strumento di attuazione della CRS. – 5. L'origine del modello. – 6. Le caratteristiche del modello italiano di Società Benefit. – 7. Conclusioni: le Società Benefit al tempo del Covid.

## 1. Premessa

In tema di diritto societario un'interessante novità legislativa ha fatto il suo ingresso nel sistema italiano a partire dal 2015 con la legge 8 dicembre n. 208 (legge di stabilità per il 2016).

Si tratta dell'introduzione delle c.d. Società Benefit, e, conviene notare subito come l'Italia, ad oggi, sia l'unico sistema europeo ad avere accolto questo modello di derivazione nordamericana (Benefit Corporations), ovvero società a c.d. "duplice finalità": scopo di lucro e beneficio per la collettività.

Premesso che, riferitamene alla Società Benefit, è preferibile utilizzare il termine modello e non la locuzione "nuovo tipo societario", come si vedrà meglio in seguito, si può in prima battuta segnalare che l'analisi comparativa indica, al riguardo, il verificarsi di un consueto fenomeno di circolazione di un modello dall'esperienza nordamericana a quella italiana, come accaduto un'infinità di volte.

Sarebbe pertanto inadeguato, rispetto alle consapevolezze che i comparatisti italiani hanno acquisito in tema di circolazione dei modelli giuridici, limitarsi ad analizzare i contenuti tecnico-giuridici delle Società Benefit, senza prima contestualizzare il nuovo istituto in una tendenza culturale più ampia.

Il discorso sulle Società Benefit deve infatti prendere le mosse da tematiche più ampie a carattere transnazionale, quali ormai sono divenute quelle sulla responsabilità sociale d'impresa e il nuovo concetto di interesse sociale, a partire proprio dall'epicentro americano.

In altri termini, la Società Benefit come modello tecnico giuridico si inquadra in una ampia ed anche più generica corrente di pensiero che si è sviluppata in seno a discipline sociali che hanno sottolineato, in contrasto con i dogmi di fondo dell'economia neo-classica o neo-liberista, la necessità di pensare al tema della c.d. responsabilità sociale dell'impresa (*Corporate Social Responsibility*).

Tuttavia, parlare di responsabilità implica una trasposizione del discorso, dal campo della teoria economico sociale al campo del diritto, ambito discorsivo in cui al concetto di responsabilità si associa normalmente una conseguenza risarcitoria, sia essa di natura deterrente, sia essa di natura indennitaria. In altri termini, l'inevitabile interconnessione, specie in materia societaria, tra discorsi economici e discorsi giuridici, quando si avvalga di parole che hanno significati specializzati nei due campi discorsivi, rischia di ampliare le anfibologie, sicché, più che guadagnare dal dialogo interdisciplinare, ciascuna tradizione di ricerca, ma precipuamente quella giuridica, rischia di essere condizionata da un lessico fuorviante.

In realtà, responsabilità sociale fa rima con morale, ma se i confini tra responsabilità morale e responsabilità giuridica erano nettissimi nell'800, sono diventati più sfumati nel 900, e vi è il serio rischio che qualche volta si confondano, specie se si lascia che la retorica prevalga sulla logica.

Ciò detto, sembra possibile un'altra interpretazione che liberi il modello delle Benefit Corporation dalle secche dei discorsi incentrati sulla "responsabilità", e lo colleghi piuttosto alla inclinazione del diritto americano verso il ricorso ad una "spinta gentile", per usare una espressione coniata dalla letteratura di quel Paese.

Il paradigma generale cui si aggancia l'idea matriciale del modello originario delle Società Benefit è infatti quello della predisposizione di un insieme di incentivi, e non di sanzioni, mediante i quali si intende indirizzare la gestione dell'impresa verso condotte che si orientino verso l'obiettivo di generare benefici diretti, e non solo indiretti, all'esterno della compagine sociale. Il che è già una direttiva più precisa rispetto ai discorsi incentrati sulla *Corporate Social Responsibility* (CSR), cui peraltro si collega.

Tenuto conto di questa impostazione interpretativa, che allontana il tema delle Società Benefit dalle anfibologie della parola "responsabilità", occorre però approfondire, almeno minimamente, l'analisi ricordando che nella circolazione dei modelli gioca un ruolo importante la traduzione delle parole da una lingua all'altra e che, mentre la lingua inglese distingue tra "responsibility" (grosso modo: responsabilità in senso morale) e "liability" (grosso modo: responsabilità in senso giuridico), la lingua italiana ne impiega uno solo, per denotare entrambi i concetti. Giova anche ricordare come, nella teoria della circolazione dei modelli, questo problema è già stato contemplato, così come il rimedio, consistente nella chiarificazione dei presupposti della dazione di senso corrente alle parole in uso.

## 2. Responsabilità sociale dell'impresa negli Stati Uniti

È noto l'andamento della discussione sulla responsabilità sociale di impresa, da tempo ormai presente negli Stati Uniti: l'idea di fondo è quella per cui questo nuovo modo di fare impresa attraverso l'adozione di un comportamento socialmente responsabile, al di là delle prescrizioni normative e al di là degli

atteggiamenti solo declamati, consente in realtà all'impresa di mirare ad un successo economico durevole. Quindi, si ritiene che per un'impresa sia utile operare in vista di procurare un beneficio per la società civile, per la collettività, per gli *stakeholders*, perché, si sostiene, che ciò crei valore anche per le imprese. Al riguardo naturalmente si dovrebbe distinguere tra le diverse prospettive che spaziano dal ripudio della ricerca del profitto a breve termine, sospettando che in tal modo si accrescano le probabilità di fallimento nel medio-lungo periodo, a quella che, facendosi carico del problema della reputazione di un'impresa, cerca un antidoto ai rischi reputazionali nella trasparenza dei processi decisionali interni, oppure, ancora, a quella che punta ad un accrescimento dell'efficacia redistributiva.

In ogni caso, si tratta di un fascio di motivazioni che ha fatto nascere un movimento imprenditoriale che sta coinvolgendo un elevato numero di imprese, le quali, sebbene non rinuncino a perseguire un profitto, ritengono tuttavia di poterlo fare nel rispetto di elevati standard di trasparenza e/o di perseguimento di obiettivi di perequazione sociale o di qualità ambientale. Una delle epifanie di questo movimento intellettuale è l'iniziativa BCorporation (o BCorp. che è una certificazione e, quindi, uno strumento giuridico del tutto diverso dall'adozione del modello "Benefit Corporation") che ha avuto, come si vedrà, un ruolo determinante nell'elaborazione del modello legislativo sulle Società Benefit.

La nozione di *Corporate Social Responsibility* ha conosciuto negli ultimi vent'anni uno sviluppo forte anche in Europa, sia a livello comunitario, che nazionale, contrassegnato da iniziative e documenti delle istituzioni europee e conseguenti provvedimenti legislativi.

Indico, a fini esemplificativi, alcune tappe di tale processo.

La Commissione Europea, con il libro Verde del 2001, aveva definito la Responsabilità sociale dell'impresa come «integrazione su base volontaria dei problemi sociali ed ambientali da parte delle imprese sia nell'esercizio delle loro attività che nei rapporti con le altre parti». Ove, evidentemente, la nozione di volontarietà assume il ruolo di concetto ponte tra "responsibility" e "liability".

Il Parlamento Europeo, coerentemente alle indicazioni della Commissione, si è pronunciato con la risoluzione del 6 febbraio 2013, secondo le linee guida dell'OCSE, per l'adozione di un comportamento socialmente responsabile volto a far conseguire un successo economico durevole alla società, senza tuttavia trascurare interesse della collettività, tutela dell'ambiente, interesse dei consumatori e così via, i c.d. fattori di sostenibilità ambientale sociale e di *governance* (fattori ESG: *enviromental, social and governance*).

Anche la legislazione si è poi indirizzata verso la realizzazione della responsabilità sociale: esempi ve ne sono tanti; per esempio la Direttiva 2014/95 in materia di dichiarazione non finanziaria per le grandi imprese, così come la Direttiva 2017/828 sull'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti, ove il concetto di impegno a lungo termine si lega fortemente alla

valorizzazione dei fattori ESG, della sostenibilità. Al riguardo, basti pensare al Regolamento europeo 2019/2088 in tema di informazioni sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari.

È ben noto, però, come la normazione unionista indichi essenzialmente finalità ed obiettivi, lasciando ai legislatori degli Stati membri la scelta dei mezzi con cui attuarli.

### 3. Il nuovo interesse sociale

Altro polo del discorso è, come già anticipato, quello dell'interesse sociale.

Il diffondersi della CSR ha fatto riaffiorare tra i giuristi il tema del “nuovo interesse sociale” dell'impresa societaria, che non può più essere concepito esclusivamente come mero interesse dei soci attuali alla divisione degli utili, ma, in senso molto più ampio, quale valorizzazione della partecipazione in una prospettiva, non solo di lungo termine nei confronti anche dei soci futuri, ma anche nell'interesse della collettività (i c.d. *long investors* in contrapposizione agli *short investments*) e quindi caratterizzata dalla presenza di limiti, sia interni che esterni, all'azione degli organi societari in funzione di ciò.

Interesse sociale da coordinare, dunque, da parte degli amministratori con i c.d. interessi-altri, come interessi degli *stakeholders*, intesi come interessi plurali ed eterogenei, quali interessi ambientali, sicurezza sul luogo di lavoro degli standard di qualità dei prodotti, valori sociali quali la promozione di genere e così via, a cui ci siamo già riferiti.

Non entro qui nella contrapposizione tra contrattualismo ed istituzionalismo ed, ancora, tra istituzionalismo forte e istituzionalismo debole, ovvero a quel dibattito culturale che ha attraversato l'intera tradizione giuridica occidentale, basti pensare alle discussioni tedesche all'epoca di Weimar, alla *corporate philosophy* negli anni 60 negli Stati Uniti o alle tendenze neo liberali che si sono diffuse in gran parte del mondo, ricordate dalla dottrina italiana che si è interessata in modo splendido al tema (si vedano Denozza, Angelici, Libertini, Calandra Buonauro, Montalenti, per citare solo i nomi più recenti), tanto che il V Congresso degli studiosi italiani di diritto commerciale, tenutosi nel 2014, era stato dedicato proprio a questo tema.

Ricorderò che le due tendenze, in modo didascalico, possono essere rappresentate in questo modo: a) contrattualismo inteso come interesse esclusivo dei soci alla massimizzazione del profitto (qui poi la discussione si porta su quali soci, se i soci presenti o i soci futuri), a cui ormai pochi credono o dicono di credere, b) istituzionalismo inteso come perseguimento, non solo degli interessi dei soci, ma anche di altri interessi meritevoli di tutela, espressamente imposti dalla normazione o in via di autoregolamentazione.

Nel 2020 questa antinomia appare largamente superata, tenuto conto che la tradizione occidentale sembra tutta orientata verso il c.d. neo istituzionalismo,

ovvero una tendenza che vede legislatori ed organismi sovranazionali dettare regole e disposizioni, o suggerire comportamenti che conformano il perseguimento degli interessi contrattuali dei soci in funzione della tutela degli interessi differenziati, di cui già si è detto.

#### 4. La Società Benefit quale possibile strumento di attuazione della CRS

Se collochiamo la Società Benefit nel contesto culturale della CRS, osserviamo subito che essa rappresenta uno strumento regolativo ben più preciso ed incisivo rispetto alle mere dichiarazioni contenute nei codici etici o nei documenti di autoregolamentazione.

La Società Benefit, infatti, almeno negli intenti del legislatore, rappresenta un quadro regolatorio incentivante un nuovo modo di fare impresa. Essa, infatti, pur mantenendo una forma societaria caratterizzata dallo scopo di lucro, quindi del profitto e della divisione degli utili, persegue anche un beneficio comune, in uno sforzo di bilanciamento tra le due finalità c.d. “profit e non profit”.

Si comprende subito come la realizzazione della finalità di beneficio comune diviene parametro permanente e non occasionale dell’impresa che scelga di farsi Benefit.

Vi è quindi una distanza notevole rispetto agli enti non profit e all’impresa sociale italiana, con i quali non deve essere confusa o sovrapposta, anche perché, ed il punto merita una sottolineatura preliminare, nei confronti delle Società Benefit non si prevedono, almeno per ora, “benefici” fiscali.

#### 5. L’origine del modello

Il modello, si è detto, nasce nel sistema nord-americano ove diversi Stati, a partire dal Maryland nel 2010, seguito poi da altri Stati americani, oggi 32 in totale hanno scelto di adottare legislazioni sulla base del *Model Benefit Corporation Legislation* redatto dall’ABA (*American Bar Association*), su impulso dell’organizzazione no-profit B-LAB.

Carattere fondante è quello del superamento del principio del *to maximize Value for shareholders* e quindi la possibilità di svolgere legittimamente attività a vantaggio di terzi diversi dai soci, senza che gli amministratori incorrano in responsabilità verso questi ultimi.

La letteratura americana, se vogliamo con un poco di romanticismo, ricorda sempre che l’origine del modello della Benefit Corporation risale al dibattito insorto attorno al famoso caso Ford, deciso nel 1919 dalla *Supreme Court of Michigan*.

Henry Ford, presidente della Ford Motor Company, dopo anni di distribuzione di ricchi dividendi tra gli azionisti, decise e riuscì a far deliberare dal board la non distribuzione degli utili tra i soci. Ciò che voleva Ford era di impiegare questi proventi per ridurre il prezzo di vendita delle auto prodotte, assumere più dipendenti, pagando loro un miglior salario. Il progetto era molto più ambizioso, come da Ford stesso dichiarato, ovvero consentire ai dipendenti l'acquisto della propria abitazione, migliorando in generale la qualità della vita degli stessi ed attuando, in definitiva, una politica che chiameremmo redistributiva.

Uno dei soci fondatori della Ford Motor Company, il sig. Dodge, però, per niente contento del cambio di direzione, aveva impugnato la delibera del board, sostenendo che essa fosse in contrasto con il principio della massimizzazione degli utili, scopo di ogni società a fine di lucro.

La corte accolse l'impugnativa del socio dissenziente affermando che, se è vero che il diritto societario riconosce ampia discrezionalità agli amministratori e quindi piena legittimità delle loro scelte gestorie (la c.d. *business judgment rule*), tuttavia tale discrezionalità non si estende fino al punto di modificare lo scopo e le finalità della società, che è quella della distribuzione degli utili e quindi della massimizzazione del profitto derivante dall'investimento.

Si dice che la corte accolse questa argomentazione forse sospinta dall'imprudente affermazione di Ford che, alla domanda se la decisione di non distribuire utili fosse a tempo indefinito, rispose: «Yes Sir, that was indefinite». Dichiarazione burbanzosa da cui discendeva, però, che, nelle intenzioni del proponente, quella deliberata era una modifica statutaria e non una normale deliberazione attinente alla gestione annuale.

Sulla soluzione del caso, ovviamente, si può continuare a discutere. Resta il fatto che la storia andò così.

Senonché si può dire che Ford perdette la battaglia, ma vinse la guerra.

Dalla fine del secolo scorso si è visto nascere un ampio movimento negli Stati Uniti verso la creazione di Benefit Corporation o almeno di società che fossero certificate quali benefit. Questa evoluzione è avvenuta, però, nonostante il fatto che la giurisprudenza americana sia rimasta saldissima nel ritenere primario lo scopo sociale della massimizzazione del valore delle partecipazioni per i soci.

Ci si riporta, per esempio, ad un caso deciso un secolo dopo il caso Ford – assai importante sul modo di fare impresa – *Ebay v Craigslist*, deciso dalla Corte del Delaware nel 2010, che aveva dato torto agli azionisti di maggioranza dicendo loro che, benché non vi sia nulla di inappropriato nel fatto che un'organizzazione cerchi di aiutare la comunità locale, la finalità societaria tuttavia non è filantropica, almeno fino a che ci siano azionisti interessati alla massimizzazione dei loro investimenti. E, anzi, che gli amministratori che non antepongano l'obiettivo della massimizzazione di profitti, possono essere ritenuti responsabili di violazione dei loro *fiduciary duties* connessi al mandato ricevuto. In conclusione: la *corporate form* non è un veicolo appropriato for *purely philanthropic ends*.

A questo punto, però, la replica è ovvia: per impedire che gli amministratori siano soggetti a responsabilità giuridica con il conseguente effetto deterrente, occorre cambiare le regole del gioco. Il che comporta il passaggio del testimone da un formante ad un altro. Nella realtà americana è accaduto proprio questo: ciò che l'evoluzione giurisprudenziale non è stata in grado di procurare, viene ottenuto per via legislativa, seguendo il solito percorso che caratterizza il procedimento legislativo in una società democratica.

In estrema sintesi, ricordiamo che negli Stati Uniti è stata predisposta una legge modello, la quale ha visto la luce grazie all'attività di lobby esercitata per anni da organizzazioni non profit, utilizzando il canale del *Model Business Corporation Act*, all'interno del quale si è collocato un modello per le Benefit Corporation, le quali debbono adeguarsi alle seguenti caratteristiche:

- a. finalità di beneficio comune in senso lato, ove beneficio comune è perseguimento nell'esercizio di impresa di un impatto positivo, tangibile sulla società e sull'ambiente, secondo criteri definiti da un ente terzo;
- b. finalità di beneficio comune specifico, e in ogni legislazione è presente una lista che chiarisce che cosa rientri nel beneficio comune;
- c. atti costitutivi e statuti che esplicitino la qualificazione come benefit corporation;
- d. obbligo di redigere una relazione annuale relativa al perseguimento del beneficio comune l'ammontare del beneficio comune, una valutazione della performance complessiva ambientale e sociale la descrizione del processo e della logica adottata dagli amministratori.

Una pluralità di Stati federati ha poi emanato leggi statali che recepiscono, in varia misura, la c.d. legge modello, con la conseguenza, del tutto frequente negli Stati Uniti, che il confronto tra le diverse leggi statali segnala oscillazioni. Ad esempio: alcuni Stati, tra cui la California, riconoscono la forma benefit solo per le corporation e non per le *limited liability company* – che sono il tipo societario più vicino alle nostre srl – mentre altri Stati l'ammettono.

La giurisprudenza degli Stati che si è espressa in materia non è semplicissima da esporre sinteticamente, si può, qui, solo ricordare come, ad oggi, si contino circa 28 decisioni di diverso orientamento. Uno spunto si può però cogliere nella sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti nel caso *Burwell v Hobby Lobby Store*, del 2014, ove si parla di compatibilità tra *for profit corporation* e *non profit goals*.

Il carattere variegato e recente dell'esperienza americana non consente ancora una valutazione dei risultati conseguiti, rispetto ai quali mancano studi empirici affidabili, e, tuttavia, è comune sentimento che il modello delle Benefit Corporation sia in ascesa.

## 6. Le caratteristiche del modello italiano di Società Benefit

Si guardi ora al modello italiano che costituisce un dichiarato *legal transplant* del modello americano nel nostro ordinamento, come si legge nella Relazione illustrativa al disegno di legge presentato.

La disciplina italiana sulle Società Benefit, assai scarna, a dire il vero, è contenuta in n. 8 commi dal 376 al 384 della c.d. Legge di stabilità del 2016, già citata, che colloca l'Italia in una posizione d'avanguardia rispetto al resto dell'Europa in tema di integrazione di finalità sociali nel modello di impresa.

Che il legislatore italiano guardi con favore al modello delle Società Benefit è indubbio, e lo indica chiaramente il comma 377, il quale stabilisce, differenziandosi in questo dalla legislazione di parecchi Stati americani, che tutti i tipi sociali presenti nell'ordinamento, società di persone, società di capitali, società cooperative di cui al Libro V, titoli V e VI del codice civile, nel rispetto della relativa disciplina, possono divenire Società Benefit, purché la gestione dell'impresa sia improntata al perseguimento di una duplice finalità: a) divisione degli utili, e b) perseguimento di una o più finalità di beneficio comune rivolto alla collettività ed inteso sia come perseguimento di uno o più effetti positivi o la riduzione di effetti negativi su persone, comunità, territori ed ambiente, beni ed attività culturali e sociali enti ed associazioni ed ogni altro "portatore di interesse".

A ciò si aggiunge che esse debbono operare "in modo responsabile, sostenibile e trasparente". La norma quindi fa ritenere che le Società Benefit non sono un nuovo tipo societario, ma una qualificazione che può essere assunta da qualsiasi tipo societario esistente, purché diretta a coniugare due differenti scopi: scopo di lucro per i soci e beneficio comune.

Naturalmente, mentre lo scopo di lucro è facile da precisare, non così il beneficio comune ed al riguardo si può solo segnalare come il legislatore italiano, ispirandosi evidentemente alla vaghezza del movimento CSR, ha deciso di aprire le porte a tutti gli interessi extrasociali, e così definendo gli altri portatori di interesse come: «il soggetto o i gruppi di soggetti coinvolti direttamente od indirettamente dall'attività delle Società Benefit ovvero: lavoratori, clienti, fornitori, finanziatori, creditori, pubblica amministrazione e società civile ove esse operino». Soluzione ragionevole, che suscita solo qualche perplessità in relazione alla categoria dei finanziatori ed a quella indifferenziata dei creditori, e che può forse essere stata suggerita da alcune recenti vicende italiane, ma dimentica quanto possa esser sottile la differenza tra finanziatori ed investitori, come ha indicato il celebre teorema di Modigliani-Miller, la cui lettura, però, non sembra obbligatoria in ambito parlamentare.

Per i fini da realizzare con la Società Benefit si è preferita una normativa leggera, composta di poche norme che ricalcano la legge modello americana.

Tra queste, sono da sottolineare le seguenti disposizioni:

- a. Le finalità specifiche di beneficio comune perseguite dalla Società Benefit devono essere indicate nell'oggetto sociale, ove non è chiaro se l'aggettivo specifico indichi una fissità degli scopi di beneficio comune, oppure voglia riecheggiare la legislazione americana, segnatamente quella del Delaware, la quale impone la necessità di prevedere progetti specifici, i cui obiettivi possono esaurirsi per esaurimento dello scopo ed in tal caso debbono essere sostituiti da altrettanti progetti specifici. Soluzione che rende più agevole la valutazione delle performance delle Società Benefit.
- b. In coerenza con l'ideologia della "spinta gentile", il legislatore italiano prevede che l'unico vantaggio che una società consegue adottando le modifiche statutarie di cui si è fatto cenno, sia la legittimazione ad introdurre, accanto alla denominazione sociale, le parole: Società Benefit o SOCIETÀ BENEFIT, e ad utilizzare tale dizione nei titoli emessi, nelle comunicazioni verso terzi e nella documentazione. Il che conferma che anche nella versione italiana la spinta verso l'adozione del modello benefit si svolga sul piano reputazionale, da cui consegue che la SOCIETÀ BENEFIT sia legittimata a comunicare al mercato la propria scelta.
- c. Si prevede ancora che debba essere individuato, nell'ambito della organizzazione aziendale, il soggetto a cui attribuire compiti e funzioni finalizzate al perseguimento del beneficio comune, e che sia redatta una Relazione Annuale sul beneficio comune, da allegare al bilancio, nella quale sia inclusa 1) la descrizione degli obiettivi specifici modalità e azioni attuate dagli amministratori per il perseguimento delle finalità di beneficio comune e le eventuali ragioni che hanno rallentato o impedito tale perseguimento; 2) la valutazione dell'impatto generato utilizzando standard di valutazione esterna, previsto e realizzato un rendiconto annuale degli obiettivi perseguiti e realizzati attraverso la c.d. valutazione di impatto dell'attività; 3) una sezione dedicata alla descrizione dei nuovi obiettivi.
- d. Quanto al profilo dell'*enforcement*, la legge italiana prevede unicamente un meccanismo di tipo pubblicistico: infatti la disciplina in chiusura prevede che il mancato perseguimento in concreto delle finalità di beneficio comune dichiarate comporti l'applicazione, da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e della concorrenza, delle disposizioni in materia di pubblicità ingannevole e quelle del codice del consumo in tema di pratiche commerciali scorrette. Come dire che dirsi benefit e poi *non perseguire* il beneficio comune e *non bilanciare* il beneficio comune con il fine di lucro è un inganno verso il mercato.
- e. Lasciate nell'ombra del non detto da parte del legislatore – ma facilmente ricavabili dall'interprete in riferimento al modello originario – sono le conseguenze di tipo privatistico. In sintesi, si può osservare che se i soci volontariamente adottano uno statuto sociale che si adegui al modello Società Benefit, o modifichino quello esistente per adeguarvi, da ciò ne discende

la conformità al contratto sociale della attività degli amministratori la cui gestione non tenda a massimizzare il conseguimento di utili da distribuire o da accumulare in riserve. Il cui esito ultimo non potrà che essere l'inconfigurabilità di una responsabilità degli amministratori al riguardo.

La responsabilità degli amministratori sarà configurabile solo nel caso in cui si imputi ad essi uno scorretto bilanciamento tra obiettivi di beneficio per i soci e beneficio per i soggetti esterni, ma, a tal proposito, interviene la *business judgment rule* a rendere assai ardua la configurazione di una responsabilità in concreto. Quanto ad eventuali pretese dei terzi interessati alla effettiva esecuzione di programmi benefit, si deve solo notare che il testo legislativo non offre alcun appiglio per ribaltare la tradizionale esclusione di rimedi idonei a sindacare l'operato della Società Benefit.

In sintesi, lo scopo Benefit o interesse della collettività nelle Società Benefit, non è mera affermazione di principio ma è elemento strutturale, si declina cioè attraverso una disciplina legislativa che abilita le società di qualsiasi tipo a modificare il proprio oggetto sociale con riflessi sulla *governance* d'impresa, nel senso che la gestione volta al bilanciamento è un preciso obbligo a carico degli amministratori, i quali dovranno poi rendere conto a soci e *stakeholders* attraverso: gli strumenti propri del soggetto societario e quindi a) strumenti classici quali bilancio di esercizio e relazione sulla gestione e, b) strumenti specifici posti dalla legge benefit tra cui nomina del responsabile dell'attività benefit relazione annuale, e nell'*enforcement* di cui si è detto.

Ovviamente, la disciplina pone ancora diversi problemi applicativi, per esempio il diritto di recesso del socio in presenza di una modifica di adeguamento del nuovo oggetto sociale, e ancora, la o le finalità di beneficio comune devono essere connesse al c.d. processo produttivo dell'impresa o è ammesso anche perseguire finalità generiche di beneficio comune che nulla abbiano a che vedere con l'esigenza di potenziare esternalità positive o ridurre quelle negative, riflessi sull'organizzazione contabile ed amministrativa posto che comunque la gestione è unitaria, la ricchezza e i valori generati dalla Società Benefit, dispersione e destinazione dopo la creazione sostegno a iniziative umanitarie modo responsabile.

## 7. Conclusioni: le Società Benefit al tempo del Covid

Se volessimo essere visionari, ma qualcuno ci sta già pensando, ed immaginare il ruolo delle Società Benefit in tempo di epidemia e post epidemia, mi pare che obiettivi di beneficio comune, individuabili in forma specifica, potrebbero essere numerosissimi.

Basterebbe riferirsi al linguaggio utilizzato nella legislazione emergenziale, emanata in Italia da marzo ad oggi, per dirci quali possono essere davvero gli

*stakeholders* e quale possa essere il ruolo dell'impresa nei loro confronti nell'ottica di beneficio comune, il che appare con evidenza e con urgenza.

La strada è già tracciata: solidarietà, protezione, salubrità, assistenza, sostegni domiciliari, gestione dei nuovi rischi, sperimentazione medicinali per emergenza, protezione nei luoghi di lavoro, educazione e digitalizzazione per bisogni educativi.



# Dal diritto europeo dei contratti 1.0 agli *smart contracts*

*Cristina Amato*

SOMMARIO: 1. Premessa e ambito d'indagine. – 2. Il diritto europeo dei contratti 1.0. – 3. Il Diritto Privato Europeo 2.0. – 3.1. La disciplina del contratto telematico. – 3.2. La disciplina dei contratti con i consumatori. – 4. La transizione verso l'economia delle piattaforme digitali: un diritto europeo dei contratti 3.0?. – 5. A mo' di conclusione: l'approdo del diritto europeo dei contratti 4.0. nell'era degli *smart contracts*.

## 1. Premessa e ambito di indagine

In principio era il diritto privato dei consumi. Per lo meno la *hard law* del Parlamento Europeo e del Consiglio aveva come centro di interesse soprattutto il consumatore. A partire dal 1985, gli Stati Membri sono stati investiti da una pioggia insistente di interventi “verticali” (ossia aventi ad oggetto specifiche tipologie contrattuali)<sup>1</sup>, destinata a coprire ambiti molto ampi della contrattazione tra professionisti e consumatori, perseguendo obiettivi di armonizzazione rimessi, infatti, nelle mani dello strumento normativo elastico per eccellenza, ossia la direttiva. Com'è noto, il diritto privato europeo a cavallo del nuovo millennio non può essere ridotto al solo diritto del consumo: oltre ai significativi interventi di regolamentazione dei rapporti tra professionisti<sup>2</sup>, le istituzioni europee intraprendevano contemporaneamente la strada divergente dei tentativi

---

1 Senza pretesa di completezza: contratti conclusi fuori dei locali commerciali: dir. 1985/577/CEE; credito al consumo: dir. 1987/102/CEE, dir. 1990/88/CEE e dir. 2008/48/CE; contratti di viaggio tutto compreso: dir. 1990/314/CEE e dir. 2015/2302/UE; contratti di acquisto di beni immobili in multiproprietà: dir. 1994/47/CE e dir. 2008/122/CE; contratti negoziati a distanza: dir. 1997/7/CE; contratti di vendita a distanza di valori finanziari: dir. 2002/65/CE; contratti di investimenti in valori mobiliari: dir. 1997/9/CE; garanzie nel contratto di vendita di beni di consumo: dir. 1999/44/CE; diritti dei consumatori: dir. 2011/83/UE; credito al consumatore relativo a beni immobili residenziali: dir. 2014/17/UE; dir. 2014/65/UE (MIFID II).

2 Tra gli interventi normativi più significativi: dir. 1986/653/CEE (agenti commerciali); dir. 2000/31/CE (commercio elettronico); dir. 2000/35/UE e dir. 2011/7/UE (ritardi nei pagamenti commerciali); dir. 2006/123/CE (relativa ai servizi nel mercato interno); dir. 2007/64/UE e dir. 2015/2366/UE (servizi di pagamento); dir. 2014/104/UE (relativa al risarcimento del danno per violazione del diritto della concorrenza).

di unificazione del diritto privato comune: una vasta area del diritto patrimoniale, estranea alla restrizione soggettiva dell'ambito di applicazione (consumatore vs. professionista), è stata sondata in diversi modi e da diversi gruppi di lavoro<sup>3</sup>, con il dichiarato obiettivo di preparare la futura codificazione del diritto patrimoniale delle obbligazioni e contratti. L'operosità della dottrina europea e la tenacia delle istituzioni europee hanno sortito una ricca offerta di *soft law*, nella quale è racchiuso un *common core* di principi e regole di consolidata tradizione, spesso rivisto ed adattato all'Europa di oggi e alle diversità delle tradizioni giuridiche che lo compongono<sup>4</sup>; oppure un *common core* tratto essenzialmente dallo stesso *acquis communautaire* sedimentatosi negli ultimi trent'anni<sup>5</sup>.

Chiamerò questa prima era del diritto privato europeo dell'età della fede, diritto privato europeo 1.0. Due sono i tratti essenziali che connotano questa fase di regolamentazione del diritto contrattuale in Europa: il primo consiste nell'inevitabile frattura venutasi a creare tra il diritto generale dei contratti degli Stati Membri, da un lato caratterizzato da un *corpus* di norme contenente un insieme di principi e regole indirizzati alla generalità dei consociati, senza delimitazioni soggettive; dall'altro lato, da un gruppo di principi e regole destinati ad una categoria specifica di cittadini, quella dei consumatori<sup>6</sup>. Nel nostro ordinamento, tale frattura è visibile nella comparsa di codici di settore (codice di consumo: d.lg. 6 settembre 2005, n. 206; codice del turismo: d.lg. 23 maggio 2011, n. 79) o di disposizioni *ad hoc* contenenti la disciplina specifica di singoli tipi contrattuali, inserite in testi legislativi speciali (è il caso del credito immobiliare ai consumatori e del credito al consumo, la cui disciplina è stata inserita nel d.lg. 1 settembre 1993, n. 385 – Testo Unico Bancario, t.u.b., rispettivamente agli artt. 120-*quinquies*/*undevicies*, e 121 s.). La dicotomia diritto contrattuale comune/contratti con i consumatori porta con sé il problema del rapporto tra questa complessità di

3 Sia consentito il rinvio a C. AMATO, *Il processo di armonizzazione del diritto contrattuale in Europa: dal più al meno*, in A. SACCOCCIO, S. CAGACE (a cura di), *Sistema giuridico latino-americano*, Torino, 2019, pp. 203-204, nt. 22-23.

4 Il riferimento è ai ben noti *Principles of European Contract Law* (PECL, 1999), che rappresentano l'antecedente storico dell'armonizzazione della disciplina del contratto in Europa; al *Draft Common Frame of Reference* (DCFR, 2009), testo con ambito disciplinare più ampio, poiché affronta in maniera completa tutto il diritto delle obbligazioni, tanto da includere anch'esso il tema dell'inadempimento all'interno della categoria più ampia delle obbligazioni; ai *Principles on European Tort Law* (PETL, 2005). Un cenno merita anche il *Common European Sales Law* (CESL, 2011), benché definitivamente ritirato dall'agenda di lavoro europea nel 2014.

5 È il caso degli *Acquis Principles* (ACQP, 2009), i quali si pongono in una prospettiva diversa dai precedenti testi di *soft law*, poiché non ricercano i tratti comuni del diritto privato e commerciale all'interno dei singoli ordinamenti dell'Unione Europea, ma propongono principi e regole tratti dalla stessa produzione comunitaria che, ormai, si presenta come un *corpus* (*acquis communautaire*) quantitativamente molto ricco di principi e regole, che necessita semmai di una razionalizzazione sistematica.

6 Sulla dicotomia diritto civile – diritto dei consumatori, sia consentito il rinvio a C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milano, 2003, p. 17 s.

fonti, affrontato dagli artt. 38, 135 e 142, 2° comma del codice di consumo, e risolto da buona parte della dottrina nel senso dell'interazione tra un insieme di costellazioni<sup>7</sup>, a loro volta gravitanti intorno alla disciplina di diritto comune e paritaria, rappresentata dal codice civile. Tali costellazioni sarebbero in parte autosufficienti, in grado di coprire le loro inevitabili lacune tramite reciproche operazioni ermeneutiche di auto-integrazione ed estensione analogica, atte a fornire una regolamentazione che presuppone la contrattazione asimmetrica, o non paritaria. In quest'ottica, il ricorso alle norme di diritto privato generale contenute nel codice civile<sup>8</sup> resta confinato ai casi residuali di inesistenza di una norma favorevole al consumatore applicabile al rapporto speciale in atto. Un esempio: il codice del turismo non contiene alcuna disciplina relativa alle clausole vessatorie né alle pratiche commerciali scorrette; nel caso di contratto stipulato tra il professionista e un viaggiatore-consumatore per l'acquisto di un pacchetto turistico, le disposizioni riguardanti entrambe le questioni menzionate saranno rinvenibili nel codice del consumo, rispettivamente agli artt. 33 s., 18 s. Nella diversa ipotesi in cui il viaggiatore acquisti servizi turistici disaggregati, come anche nelle ipotesi in cui non si applichi la disciplina sul turismo organizzato (*ex* art. 32 codice del turismo), questi potrà contare sul controllo formale di vessatorietà previsto all'art. 1341, 2° comma, c.c.; e, nel caso in cui il viaggiatore agisca nella sua qualità di piccolo-medio imprenditore, egli potrà avvalersi della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 18 s. codice del consumo, chiedendo all'autorità competente (AGCM) l'ibizione della pratica commerciale considerata scorretta, nonché l'irrogazione delle sanzioni previste dall'art. 27 codice del consumo.

Il secondo tratto distintivo della prima fase di regolamentazione dei rapporti privati da parte del legislatore europeo consiste nella focalizzazione dell'attenzione verso la contrattazione asimmetrica: presupposto della normativa in esame è la sussistenza di uno squilibrio negoziale che, nei contratti B2C (professionista vs consumatore), consiste in un'asimmetria di tipo informativo; mentre, nei contratti B2B (ossia tra professionisti), si risolve in un'asimmetria di tipo economico, stante le diverse dimensioni del volume d'affari e, di conseguenza,

7 V. anche art. 32, 3° comma, cod. turismo, come di recente modificato dal d.lg. 21 maggio 2018, n. 62; art. 49, 9° comma, art. 67-*decies*, cod. consumo.

8 F. ADDIS, *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. e contratti*, 2007, 11, p. 872 s., soprattutto par. 4. Sulla complementarietà dei codici di settore rispetto al codice civile: G. ALPA, *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6, 2009, p. 20241 s.; in senso opposto, N. IRTI, *Appunti introduttivi al seminario dei codici*, in *Giur. it.*, 2001, p. 3 ss., sostenitore della teoria della decodificazione, ossia della tesi per la quale l'esistenza di un regime giuridico di settore determina l'erosione della normativa generale contenuta nel codice civile. In favore di una ri-codificazione, che restituisca centralità al codice civile avvalendosi dell'esperienza e delle acquisizioni raggiunte attraverso i codici di settore: F. AZZARRI, *Ricodificazione del diritto dei contratti: il ruolo della parte generale e l'influenza delle discipline di settore*, in *Contratto e impr.*, 2, 2019, p. 571 s.

la diversa fascia di mercato occupata dai due imprenditori: il che giustifica il diverso appellativo “B2b”.

Con il passare del tempo, l'economia globale si è rapidamente evoluta all'insegna della rivoluzione industriale 3.0 caratterizzata dall'automazione e dall'elettronica: varcata la soglia del terzo millennio, il diritto europeo dei contratti avrebbe di conseguenza modificato la sua rotta e corretto gli obiettivi. Chiamerò questa fase della produzione normativa europea, Diritto Privato Europeo 2.0.

Scopo del presente intervento è mettere in rilievo i tratti salienti e le finalità della disciplina privatistica europea (limitatamente agli interventi normativi inerenti al diritto contrattuale) nelle sue diverse fasi 1.0 e 2.0 (parr. 2. e 3.), al fine di tentare una previsione sulle sue future rapide trasformazioni – che chiamerò diritto europeo dei contratti 3.0 Giunta ad oggi sulla soglia dell'economia delle piattaforme digitali (par. 4.) e destinata, a breve, ad andare al passo con la realtà economica dell'Industria 4.0, caratterizzata dal sopravvento dell'Intelligenza Artificiale, dei *Cyber Physical Systems*, di *Internet of Things* e *Internet of Bodies*, chiamerò questa immaginaria disciplina europea del futuro, diritto europeo dei contratti 4.0 (par. 5.).

## 2. Il diritto europeo dei contratti 1.0

Il contratto disegnato dal legislatore europeo nella fase 1.0 ruota intorno a due istituti: il diritto di pentimento e gli obblighi informativi a carico del professionista. Entrambi condizionano e animano il contratto con i consumatori in modo da distinguerlo dalla disciplina generale del contratto di cui al Titolo II del libro IV delle obbligazioni nel codice civile italiano.

Il diritto di pentimento era già apparso, negli anni 70 del secolo scorso, in alcune legislazioni speciali europee<sup>9</sup>, con il precipuo scopo di restituire al contraente, debole perché non in possesso del bagaglio informativo utile per la stipulazione del contratto, la possibilità di esprimere un consenso pieno e ponderato<sup>10</sup>. È stato, dunque, adottato dal legislatore di Bruxelles, dapprima timidamente<sup>11</sup>, nel senso che il suo esercizio era condizionato al verificarsi di alcune circostanze; in seguito, sarebbe diventato un diritto indisponibile, libero

9 Nel Regno Unito: *Hire Purchase Act*, 1969; *Consumer Credit Act*, 1974 (*cancellation period*). In Francia: la legge sulle vendite a domicilio del 22 dicembre 1972, n. 72-1137, art. 3 (*délai de réflexion*): cfr. D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996, pp. 26-28.

10 Sottolinea il legame tra pentimento e corretta formazione del consenso, R. SACCO, *Conclusioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1995, p. 211.

11 Il diritto di recesso appare nella dir. 85/577 (contratti conclusi fuori dei locali commerciali) con una denominazione dubbia (*right to rescind*), rimettendo agli stati membri le modalità e le condizioni per l'esercizio, che nel d.lg. italiano n. 50/92 consistevano nella sostanziale integrità delle merci che il consumatore recedente è tenuto a restituire, e la persistenza di un normale stato di conservazione. Riappare nelle dir. 87/102 sul credito al consumo e nella dir. 94/47 in tema di multiproprietà, dove diventa un ripensamento incondizionato, ma non

ed incondizionato, con una duplice funzione: riequilibrare la determinazione del consenso; fungere da rimedio civile per il mancato ottemperamento agli obblighi di informazione. La prima di tali funzioni ha una ricaduta devastante sul tradizionale principio di forza di legge del contratto (art. 1372 c.c.); tuttavia, la regola che sancisce il diritto di ritrattare il consenso validamente prestato, è norma speciale rispetto a quella accolta negli ordinamenti nazionali, in quanto risponde ad un principio diverso e superiore (tutela del consumatore: principio sancito ormai dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 38, e da questa inquadrato tra i "valori comuni dei popoli europei"), ed è rivolta a disciplinare situazioni (caratterizzate da asimmetria informativa) distinguibili da quelle inquadrabili nella disciplina generale del contratto. Quanto alla seconda funzione del diritto di ripensamento, ossia sanzionare il mancato adempimento degli obblighi di informazione addossati al professionista, essa vale a definire un altro tratto caratterizzante del contratto europeo: il superamento dei rimedi civili miranti ad invalidare o risolvere il negozio<sup>12</sup>. La violazione degli obblighi informativi, previsti nel documento pre-contrattuale oppure nel contenuto del contratto, è collegata ad un rimedio "originale" rispetto a quelli noti al giurista italiano (ossia l'invalidità, nelle due forme di nullità e annullabilità, nonché la risoluzione, cui si accompagna il risarcimento dei danni): il prolungamento del periodo di tempo per l'esercizio del recesso<sup>13</sup>. La funzione rimediale del diritto di pentimento veniva confermata dal legislatore europeo anche nel caso in cui il professionista non avesse rispettato l'onere di forma c.d. "informativa": la dir. 97/7/CE sulle vendite a distanza prevedeva<sup>14</sup>, ad esempio, l'allungamento del periodo di riflessione (da 7 giorni a 3 mesi) nel caso in cui il professionista avesse violato gli obblighi di confermare per iscritto o su altro supporto duraturo le informazioni.

Il secondo istituto caratterizzante il diritto europeo dei contratti 1.0 è rappresentato dagli innumerevoli e dettagliati obblighi informativi gravanti sul professionista, ora posti a garanzia di una corretta informazione pre-contrattuale, quindi a tutela della corretta formazione del consenso<sup>15</sup>, ora enumerati nel contenuto del contratto, quindi quali elementi di eterointegrazione dello stesso a tutela dell'equilibrio normativo della posizione delle parti<sup>16</sup>. Con riguardo all'imposizione di obblighi informativi al professionista, oltre a segnalare le forti

---

del tutto libero, in quanto sono addossate al recedente le "spese contrattuali" sostenute dal predisponente.

12 Cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, 2002, pp. 28, 30-32.

13 V. direttive in tema di multiproprietà (94/47) e vendite aggressive e a distanza (97/7), per le quali l'esercizio del recesso era prolungato dai 7 (o 10) giorni ordinari ai tre mesi.

14 La dir. 97/7/CE è stata abrogata dalla dir. 2011/83/UE: v. *infra*, par. 3.2.

15 Così nelle direttive in tema di credito al consumo, multiproprietà e vendite a distanza.

16 Così nelle direttive in tema di multiproprietà, turismo organizzato, garanzie sui beni di consumo.

perplexità in merito alla bontà della scelta<sup>17</sup>, è utile mettere in rilievo la laconicità del regime dei rimedi correlato alla violazione di tali obblighi: al più il legislatore europeo ha previsto il prolungamento dei tempi per l'esercizio dello *jus poenitendi*<sup>18</sup>, talvolta subordinato al rispetto di un vincolo di forma (la consegna di una copia del documento negoziale)<sup>19</sup>. In tutte le altre situazioni, ha preferito rinviare alle discipline del diritto privato domestico, con il risultato che, in fase di implementazione delle direttive, ciascun ordinamento ha seguito la strada ritenuta più opportuna (dalla responsabilità precontrattuale alle sanzioni penali), a scapito, non solo di una più completa armonizzazione, ma, soprattutto, della razionalità dell'*acquis communautaire*.

D'altra parte, nel disegno del legislatore europeo della fase 1.0 anche l'imposizione di vincoli di forma non ha aperto nuovi orizzonti sul fronte della regolarità giuridica dell'atto: la forma scritta del documento negoziale non si configura come precetto accompagnato da un rimedio civile dal quale possano discendere gli effetti della nullità (se intesa come forma *ad substantiam*), ovvero le limitazioni sul piano della prova (se intesa come forma *ad probationem*). Si tratta, al contrario, di oneri formali che rispondono ad una *ratio* di trasparenza, certezza, conoscibilità dei propri diritti e del contenuto del contratto da parte del consumatore<sup>20</sup>, anche ai fini di un eventuale ripensamento sugli impegni assunti, allo stesso modo degli obblighi informativi dei quali la forma-trasparenza costituisce un rafforzamento ed una conferma<sup>21</sup>.

17 È già stato da tempo messo in dubbio come l'eliminazione delle asimmetrie informative strutturali (ove anche sia possibile) possa, di per sé, rappresentare uno strumento efficiente ai fini della tutela sostanziale della parte c.d. debole. Cfr. R. PARDOLESI, A. PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, 1997, pp. 416-417. V. più di recente: C. BUSH, *The Future of Pre-Contractual Information Duties: From Behavioural Insights to Big Data*, in C. TWIGG-FLESNER (a cura di), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Londra, 2016, p. 221.

18 È il caso della multiproprietà e delle vendite a distanza (v. oggi art. 73, 3° comma, lett. a); art. 53, 1 comma cod. consumo).

19 È il caso delle vendite a distanza (v. oggi art. 50, 1° comma, cod. consumo).

20 Sottolinea come il criterio formale della conoscibilità serva a supplire alla mancanza di partecipazione al contenuto del contratto: F. MACARIO, *Norme in attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo. Commento su art. 124*, in *Commentario agli art. 121-126 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, pp. 813, 815.

21 «Anzi, a ben vedere vincoli di forma e vincoli di trasparenza /completezza (ma potrebbe anche dirsi di forma/contenuto) sono le due facce di una stessa medaglia: i primi sono funzionali ai secondi, che a loro volta presuppongono i primi»: V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 30.

## 3. Il Diritto Privato Europeo 2.0

### 3.1. La disciplina del contratto telematico

Nel terzo millennio i modelli economici dell'Industria 3.0 hanno trovato il Diritto Privato Europeo parzialmente impreparato: nell'era dell'uso costante degli strumenti informatici e di Internet, anche i rapporti negoziali utilizzano a pieno regime l'automazione e l'elettronica<sup>22</sup>; le distanze cominciano ad essere annullate, i tempi di negoziazione e consegna sono pressoché azzerati. Quasi simbolicamente, al volgere del nuovo millennio, il legislatore europeo vara una direttiva destinata a traghettare il diritto privato europeo verso il nuovo universo delle attività economiche *online*. La Dir. 2000/31/CE su taluni aspetti dei Servizi della Società delle Informazioni (SSI), con particolare riguardo al commercio elettronico nel Mercato Unico Europeo (Direttiva sul commercio elettronico, attuata nel nostro ordinamento con d.lg. 9 aprile 2003, n. 70), inaugura la nuova stagione del contratto telematico. La normativa si rivolge a soggetti che, avvalendosi di un sistema informatico, negoziano l'utilizzo o l'acquisto di beni e servizi, attraverso internet ovvero attraverso una piattaforma idonea a consentire la trasmissione elettronica dei dati. A conferma del ritardo del legislatore europeo, la direttiva in questione disciplina in sostanza i servizi della società dell'informazione (SSI), ossia le attività economiche già definite nell'art. 1, c. 1, lett. b) l. 21 giugno 1986, n. 317<sup>23</sup>, che comprendono «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi». Facendo salva la tutela dei consumatori garantita dalla normativa comunitaria dedicata (art. 1, 3° comma), la dir. 2000/31/CE ignora la distinzione professionisti vs consumatori, ma non la contrattazione asimmetrica; individua nuove figure, ossia il prestatore dei SSI (il *Service Provider*) e il destinatario (persona fisica o giuridica che utilizza un servizio *online*, per qualsiasi scopo, sia esso personale o professionale<sup>24</sup>); disegna una nuova disciplina rispetto all'*acquis communautaire* in atto, allo scopo di promuovere la libera circolazione dei SSI, i quali operano ancora all'interno di un modello economico tradizionale, basato essenzialmente sull'incontro tra venditore e acquirente, mediato dal prestatore nello spazio di

22 Cfr. S. LANNI, G. MAGRI, *Mercato digitale e nuovi paradigmi della tutela del consumatore in Brasile e Germania, in Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2017, pp. 919-920.

23 A sua volta attuativa della dir. 1983/189/CEE relativa alla procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche.

24 «La definizione di “destinatario dei servizi” copre ogni tipo di impiego dei servizi della società dell'informazione, sia da parte di persone che forniscono informazioni su reti aperte quali Internet, sia da parte di persone che cercano informazioni su Internet per motivi privati o professionali» (considerando 20 dir. 2000/31/CE). Tale ampia definizione apre l'applicazione della direttiva in esame alla figura di un destinatario in grado di ricoprire alternativamente entrambi i ruoli di fornitore o utilizzatore dei SSI, dando vita ad una figura tipica dell'economia delle piattaforme, utilmente definita come “*prosumer*” (cfr. *infra* nel testo, par. 4)

Internet, per lo scambio di beni e servizi più vari: acquisto di *software*; pagamenti; acquisto di strumenti finanziari; corsi di formazione educazione; acquisto di servizi con memorizzazione dei propri dati; navigazione, utilizzo di motori di ricerca; servizi di *e-cloud*; posta elettronica; attività giudiziaria (deposito di sentenze)<sup>25</sup>. Tuttavia, la regolarità dei contratti telematici è inficiata dalla naturale distanza tra le parti e dalla tendenziale standardizzazione delle condizioni negoziali proposte *online*: entrambi questi aspetti peculiari valgono ad indebolire la posizione contrattuale del destinatario e/o la libera determinazione del consenso, creando un'asimmetria di potere negoziale sulla quale è intervenuto, seppure in maniera incompleta<sup>26</sup>, il legislatore europeo. Il quale si preoccupa di controllare la corretta formazione del consenso dei destinatari dei SSI, sia attraverso il ben noto strumento – già utilizzato per i contratti con i consumatori – dell'attribuzione di pervasivi obblighi informativi in capo al prestatore dei SSI<sup>27</sup>; sia prevedendo talune accortezze al momento della formazione del contratto telematico<sup>28</sup>.

25 A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato e mercato digitale*, Milano, 2020, p. 179.

26 Resta ad esempio fuori dalla disciplina prevista dalla dir. 2000/31/CE il problema del controllo delle clausole vessatorie nei contratti tra professionisti. Non potendosi applicare la normativa speciale del codice di consumo (che prevede un controllo sostanziale delle vessatorietà), si dovrà fare riferimento alle disposizioni del codice civile, e quindi al controllo formale *ex art.* 1341, 2° comma; il quale consiste nell'accettazione delle clausole presumibilmente vessatorie tramite doppia sottoscrizione. Una volta trasposta nella realtà della rete, tale forma di accettazione espressa si traduce nella modalità del c.d. *point and click* che, per la rapidità con cui avviene l'espressione del consenso, e per la non identificabilità del firmatario *online*, ha suscitato forti perplessità riguardo la sua validità (cfr. in particolare Trib. Catanzaro, 30 aprile 2012, in *Dir. inf. e dell'informatica*, 6, 2012, p. 1174 s., con nota di G. ARANGUENA, *Sospensione di un account su e-Bay: il contratto telematico B2B tra accettazione point and click e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico*, secondo il quale nei contratti telematici a forma libera il contratto si perfeziona mediante il tasto negoziale virtuale, ma le clausole vessatorie saranno efficaci e vincolanti solo se specificamente approvate con la firma digitale). A dissipare i dubbi sulla validità della doppia sottoscrizione mediante *point and click* è intervenuta la CGUE, secondo la quale la procedura di accettazione delle condizioni generali di un contratto concluso elettronicamente mediante «click» costituisce una comunicazione elettronica che permette di registrare durevolmente tale clausola, allorché consente di stampare e di salvare il testo di dette condizioni prima della conclusione del contratto (causa C-322/14, 21 maggio 2015, *Jaouad El Majdoub c. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*). V. G. FINOCCHIARO, *Il perfezionamento del contratto "on line": opportunità e criticità*, in *Dir. com. e degli scambi inter.li*, 2018, p. 187 s.; E. BATELLI, *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione "on line" delle clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1035 s.

27 Gli obblighi informativi a vantaggio dei destinatari del SSI e delle autorità competenti riguardano, innanzitutto, le informazioni generali sul prestatore (art. 5), nonché le informazioni più specifiche sulle comunicazioni commerciali (art. 6), soprattutto se non sollecitate (art. 7).

28 La dir. 2000/31/CE chiede che prima dell'inoltro dell'ordine per via elettronica il destinatario abbia ricevuto ulteriori informazioni procedurali dal prestatore del SSI (art. 10); e che il contratto telematico si perfezioni solo dopo che il prestatore abbia accusato, per via elettronica, ricevuta dell'ordine inoltrato dal destinatario del SSI (art. 11, 1° comma). L'ordine inoltrato dal destinatario e la ricevuta emessa dal prestatore si considerano pervenuti quando le parti

La direttiva sul commercio elettronico si prefigge, dunque, l'obiettivo di creare un quadro giuridico armonizzato, inteso ad assicurare la libera circolazione dei SSI (v. considerando 8): a tali fini sono pensate le disposizioni ispirate ai principi di assenza di autorizzazione preventiva per l'accesso e l'esercizio dell'attività del prestatore, fatti salvi i sistemi di autorizzazioni e licenze di diritto comune per attività diverse dai SSI (art. 4); nonché il principio di assenza dell'obbligo generale di sorveglianza a carico del prestatore per i servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting* (art. 15)<sup>29</sup>, fatti salvi i regimi di responsabilità dei prestatori intermediari dei beni e servizi derivanti dallo svolgimento di attività non puramente "passive" di *mere conduit*, *caching* ovvero *hosting* descritte agli artt. 12-14<sup>30</sup>. Nel nuovo panorama normativo voluto dalla dir. 2000/31/CE

---

cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi (art. 11, 1° comma), in base alla regola della conoscibilità già espressa nel nostro diritto comune dei contratti agli artt. 1326 e 1335 c.c. Cfr. E. ANGIONI, *Brevi note sui meccanismi di formazione del contratto in internet*, in *Riv. Giur. sarda*, 2014, p. 51 s.; A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, in *Informatica e diritto*, 2010, p. 7 s. Tale modalità di formazione del contratto è, peraltro, confermata anche per i contratti telematici B2C: v. art. 51, 2°-4° comma cod. consumo.

- 29) Sull'assenza di un obbligo generale di sorveglianza si è pronunciata la CGUE: *ex plurimis*, C-18/18, 3 ottobre 2019, *Glawischnig-Piesczek*. Favor generale per il *provider* e tendenziale esonero da responsabilità non sono confermati allorché il *provider* violi diritti d'autore: la dir. 2019/790/UE (sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale) prevede, infatti, condizioni di esonero della responsabilità del *provider* più severe rispetto a quelle prescritte dalla direttiva sul commercio elettronico. Anche sulle condizioni di esonero dalla responsabilità del *provider* per violazione dei diritti d'autore si è pronunciata la CGUE: v. soprattutto sent. 14 giugno 2017, C-610/15, *Stichting Brein e Ziggo BV, XS4-ALL Internet BV ('Pirate Bay')*. La più severa responsabilità del *provider* in questo intervento normativo se risolve il problema dell'"impunità" del prestatore di SSI, difficile da giustificare rispetto al severo regime di responsabilità imposto ovunque in Europa alle testate giornalistiche, solleva però la diversa questione dell'attribuzione (discrezionale) a soggetti privati del potere di monitorare l'accesso al mercato digitale, nonché di censurare comportamenti ed esternazioni.
- 30) Sulla "passività" dell'attività del prestatore che vale ad esonerarlo da responsabilità, per lo meno alle condizioni espresse agli artt. 12-14 dir. 2000/31/CE, si è espressa soprattutto la CGEU, dettando i criteri per la definizione di *hosting* "attivo", nei confronti del quale non si applicherebbe il regime speciale di esonero dalla responsabilità previsto dalla dir. 2000/31/CE. Più precisamente, viene riconosciuto al prestatore un ruolo attivo (che non consente l'esclusione dalla responsabilità) quando egli abbia avuto conoscenza o controllo sui dati memorizzati dal destinatario, ad esempio prestando assistenza per ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita o promuovendole. Anche qualora il prestatore/gestore di un mercato *online* non ha svolto un ruolo attivo nel senso indicato, egli non può comunque avvalersi dell'esonero dalla responsabilità previsto dall'art. 14, 1° comma, lett. b), se sia stato al corrente di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità delle attività del destinatario del SSI e, nell'ipotesi in cui ne sia stato al corrente, non abbia prontamente fermato l'attività illecita, rimuovendo i dati o le informazioni, oppure disabilitando l'accesso ai SSI (CGUE, cause riunite C-236 e C- 238/2008 23 marzo 2010, *Google France SARL e. L. Vuittori*; causa C- 324/09 12 luglio 2011, *L'Oréal UK Ltd. e Bay International AG*).

compaiono i codici di condotta<sup>31</sup> e la risoluzione stragiudiziale delle controversie<sup>32</sup>, al fine di assicurare una più efficace applicazione della regolamentazione del commercio elettronico. Infatti, i primi sono pensati per eludere il tradizionale sistema rimediale destinato ad intervenire *ex post*, puntando piuttosto alla creazione di un ambiente di scambio ispirato a regole di correttezza e di efficienza condivise; la seconda è voluta per evitare il contenzioso, con i relativi costi e dilatazione dei tempi ad esso legati, incoraggiando, invece, la composizione delle controversie attraverso il ricorso a commissioni paritetiche ben introdotte negli ambienti del commercio *online*, e perciò in grado di intervenire velocemente e sopportando oneri economici sostenibili.

### 3.2. La disciplina dei contratti con i consumatori

La disciplina del contratto telematico, comunque, non avrebbe distolto il legislatore europeo dal coltivare il filone dei contratti con i consumatori, inaugurato nella stagione 1.0. D'altronde, se una delle parti di un contratto telematico è un consumatore, la normativa applicabile al rapporto negoziale B2C sarà quella dei contratti a distanza, nel frattempo modificata dalla dir. 2011/83/UE (sui diritti dei consumatori)<sup>33</sup>, che – oltre a rivedere in più punti lo “statuto” del consumatore – ha abrogato la dir. 97/7/CE. Più precisamente: la dicotomia tra contratti B2B (o meglio B2b) e B2C non è stata mai superata, neanche nella

31 L'elaborazione dei codici di condotta è affidata, dall'art. 16 dir. 2000/31/CE, non solo alle associazioni/organizzazioni imprenditoriali/professionali, ma anche alle associazioni dei consumatori.

32 Nel d.lg. n. 70/2003 di attuazione della direttiva in esame, all'art. 19 tale riferimento è stato espressamente tradotto nel rinvio (anche) agli organi di composizione extragiudiziale per via telematica (*Online Dispute Resolution*, ODR).

33 I tratti essenziali della nuova disciplina sui contratti e servizi a distanza o conclusi fuori dai locali commerciali riversata nel codice di consumo – oltre a quanto si dirà nel testo – possono essere sintetizzati nell'ampliamento quantitativo degli obblighi informativi a carico dei professionisti (art. 49); nell'allungamento dello *ius poenitendi* a 14 giorni (art. 52, 1° comma) e fino a 12 mesi nell'ipotesi di mancato rispetto dell'obbligo informativo sul diritto di recesso (art. 53, 1° comma); nella descrizione dettagliata degli obblighi a carico del professionista e del consumatore nel caso di esercizio del recesso (artt. 56 e 57). Anche sugli oneri di forma legati agli obblighi di informazione sono state apportate numerose varianti e aggiunte (v. art. 51 cod. consumo); peraltro, sulla forma c.d. informativa il legislatore europeo è intervenuto nuovamente anche nella dir. 2015/2302/UE sui pacchetti turistici, eliminando oneri di forma scritta e riducendola a «modalità vincolata di adempimento di un obbligo di informazione» (V. CUFFARO, G. TASSONI, *Viaggio (contratto di)*, in *Dig. disc. civ. prin.*, Agg., Torino, 2000, p. 758). La dir. 2011/83/UE è, poi, intervenuta anche sulla dir. 93/13/CE, sul controllo delle clausole vessatorie. Tra le modifiche più significative si segnala la possibilità conferita agli Stati Membri (e già implementata nel nostro ordinamento ancor prima della riforma, all'art. 36, 2° comma cod. cons.) di introdurre “liste nere” di clausole vessatorie (v. art. 8-*bis* dir. 93/13/CE). Tra i primi commenti: K. FANGEROW, K. TONNER, *Directive 2011/83/EU on Consumer Rights: a New Approach to European Consumer Law?*, in *EuCML*, 2, 2012, p. 67 s.; S. WEATHERILL, *The Consumer Rights Directive: How and Why a Quest for “Coherence” Has (Largely) Failed*, in *Common Market L. Rev.*, 2012, 4, p. 1279 s.

nuova era inaugurata dal commercio elettronico. Anzi: la fase 2.0 del diritto europeo dei contratti si può definire come normativa speciale rispetto a quella di prima generazione, caratterizzata, non solo dall'arricchimento delle materie regolamentate<sup>34</sup> nei rapporti B2B, ma anche dall'evoluzione e dal perfezionamento della disciplina consumeristica, nel frattempo compattatasi in Italia nel codice di consumo. Oltre alla menzionata direttiva sui diritti dei consumatori, le protagoniste del nuovo panorama del diritto privato europeo sono la dir. 99/44/CE, sulle garanzie nel contratto di vendita di beni di consumo (estesa ai contratti di permuta, appalto, somministrazione, d'opera, ora abrogata dalla dir. 2019/771/UE: v. *infra*, par. 4); la dir. 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali; la dir. 2015/2302/UE sui pacchetti turistici organizzati<sup>35</sup>.

Tralasciando l'analisi dettagliata di ciascuno di questi interventi, nei limiti di questo intervento è utile sottolineare solo alcuni tratti caratteristici della disciplina consumeristica nella fase 2.0. Confermando una tecnica legislativa che non si esprime per principi, ma per casi e regole, i rilievi essenziali che accomunano le direttive in materia di contratti B2C possono essere ridotti a tre. Innanzitutto, viene ribadita la scelta di imporre obblighi di informazione a carico del professionista: gli artt. 48 e 49, 1° comma, in particolare<sup>36</sup>, del codice di consumo (modificato dal d.lg. 21 febbraio 2014, n. 21, in attuazione della dir. 2011/83/UE) elencano una serie di informazioni precontrattuali (destinate, però, ad entrare imperativamente nel contenuto negoziale: art. 49, 5° comma) a carico dei professionisti, rispettivamente, nei contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali, e nei contratti aventi queste modalità di stipulazione. Tra queste – oltre alle ben note informazioni riguardanti

34 Oltre alla dir. 2000/31/CE sul commercio elettronico, i rapporti B2B sono stati affrontati anche sotto l'aspetto del rafforzamento della disciplina delle attività destinate agli investitori, alla luce della crisi dei mercati finanziari. La dir. 2014/65/UE (c.d. Mifid II) modifica le dir. 2002/92/CE e 2011/61/UE in questa prospettiva. Per i riferimenti a interventi normativi recenti B2B/b si veda nt. 2.

35 Non si può trascurare la dir. 2019/2161/UE c.d. *omnibus*, appena varata (ma non ancora implementata nel nostro ordinamento) per una migliore applicazione e modernizzazione delle norme dell'UE sulla protezione dei consumatori: fa parte del pacchetto del *New Deal for Consumers to ensure that all European consumers fully benefit from their rights under Union law* (insieme alla bozza di direttiva sulle azioni collettive a tutela dei consumatori): [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/MEMO\\_18\\_2821](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/MEMO_18_2821). Cfr. M.B.M. LOOS, *The Modernization of European Consumer Law (Continued): More Meat on the Bone After All*, in ERPL, 2, 2020, p. 407 s. Infine, nel panorama normativo europeo 2.0 si deve menzionare anche la dir. 2019/882/UE, sui requisiti di accesso a beni e servizi.

36 Oltre agli obblighi precontrattuali *ex* artt. 48 e 49, infatti, bisogna tener conto che per ogni tipologia contrattuale esistono informazioni specifiche a carico del professionista, come accade ad esempio per il contratto di multiproprietà (art. 71, 1° comma cod. cons.), per il credito immobiliare ai consumatori (art. 120-*octies/decies* t.u.b.), per il credito al consumo (artt. 123-124 t.u.b.), per i servizi turistici (artt. 33-34 cod. tur.). Al carattere non esaustivo degli obblighi di informazione generici fa espresso riferimento l'8° comma dell'art. 49 cod. consumo.

il professionista e le caratteristiche dei prodotti o servizi – l'art. 49, 1° comma, aggiunge l'esistenza di codici di condotta pertinenti (lett. p), nonché la possibilità di servirsi di un meccanismo extra-giudiziale di reclamo e ricorso cui il professionista è soggetto, e le condizioni per avervi accesso (lett. v). Valgono, a tal proposito, le stesse riflessioni fatte per il commercio elettronico B2B (v. *supra*, par. 3.1.); sia consentito solo sottolineare come tra contratti a distanza B2B e B2C si realizzi una “graduale convergenza”, dettata, non solo dalla rapidità dei mezzi di trasmissione delle informazioni e di conclusione del contratto, ma soprattutto dalla neutralità dello schermo, dietro il quale è difficile stabilire chi clicchi l'ordine, se un consumatore ovvero un professionista. Sulle tradizionali categorie soggettive prevale, insomma, la necessità di creare un ambiente di scambio dove vigono regole di condotta atte a definire il comportamento dei professionisti in settori specifici, al fine di creare un clima di fiducia che, semmai dovesse essere violato, potrà trovare altrettanti rapidi sistemi di risoluzione delle controversie.

Il secondo rilievo concerne la centralità della nozione di conformità del bene al contratto. Comparsa per la prima volta nella dir. 1999/44/CE (sulla scorta di un antecedente storico autorevole, ossia l'art. 35 della Convenzione di Vienna del 1980), la conformità del bene alla descrizione o al modello; l'idoneità all'uso abituale o speciale voluto dal consumatore; la presenza di qualità e prestazioni abituali che un consumatore può ragionevolmente aspettarsi da un bene dello stesso tipo, tenuto conto della natura del bene, nonché delle dichiarazioni pubbliche fatte dal venditore o produttore e riprodotte nella pubblicità o sull'etichettatura (v. art. 129, 2° comma, cod. cons., lett. a – d) assumono il ruolo di altrettante presunzioni pensate a favore del consumatore. In altre parole, la disposizione citata contiene *standard* legali di qualità: al compratore sarà sufficiente dimostrare la non corrispondenza del bene acquistato con la pattuizione presunta dalla legge. Di conseguenza, il difetto di conformità attiene al contenuto dell'obbligazione, poiché qualifica la prestazione del venditore che pertanto non è solo traslativa, ma di consegnare un bene conforme. Il contenuto dell'obbligazione è ulteriormente ampliato dall'ultimo comma dell'art. 129 cod. cons., ove si equipara al difetto di conformità la difettosa installazione del bene di consumo, purché essa sia compresa nella vendita e sia stata effettuata dal venditore (o sotto la sua responsabilità). Si può affermare, quindi, che la nozione unitaria di conformità al contratto, da valutarsi al momento della consegna del bene, dilata l'obbligazione del venditore, soprattutto se si considera che la dir. 2011/83/UE ha imposto tempi rapidi di consegna (al più tardi 30 giorni dalla data di conclusione del contratto: art. 61, 1° comma, cod. cons.) e ha anche chiarito le regole sul passaggio del rischio<sup>37</sup>. Pertanto,

<sup>37</sup> Contrariamente alle regole di diritto comune, il rischio della perdita o del danneggiamento dei beni per causa non imputabile al venditore si trasferisce al consumatore soltanto nel

la responsabilità debitoria è affidata ad una presunzione legale assoluta che, in quanto tale, ammette la sola prova contraria prevista dalla legge, limitata alla conoscenza o conoscibilità del difetto da parte dell'acquirente-consumatore, o al fatto che il difetto derivi da istruzioni o materiali forniti dall'acquirente stesso (art. 129, 3° comma, cod. cons.); nel caso di qualità e prestazioni abituali rese pubbliche dal venditore, la prova contraria è circoscritta alle situazioni tipizzate dal legislatore (art. 129, 4° comma, lett. a, b e c), solo in virtù delle quali le precedenti dichiarazioni pubblicitarie o di etichettatura possono essere a lui non imputate. Al contempo, la severità della regola di attribuzione di responsabilità e di distribuzione degli oneri probatori, evidentemente pensata per agevolare l'acquirente-consumatore, è delimitata da un importante fattore temporale: la non conformità del bene può essere fatta valere (nei termini sopra descritti) dal creditore-consumatore solo se i difetti si siano manifestati entro due anni dalla data della consegna, e purché – variante voluta dal legislatore italiano – il consumatore abbia rispettato il termine di decadenza di due mesi dalla data in cui ha scoperto il difetto per provvedere alla sua denuncia (art. 132, 2° comma cod. cons.).

Il terzo rilievo è che, a fronte della violazione della conformità dei beni venduti, considerata come adempimento inesatto, stanno le «azioni di esatto adempimento» (riparazione e sostituzione dei beni non conformi). In posizione gerarchica, subordinata al fatto che la riparazione o la sostituzione siano impossibili o eccessivamente onerose, si collocano i due rimedi della riduzione del prezzo e della risoluzione del contratto, mentre l'eventuale risarcimento del danno è rimesso alla disciplina nazionale (art. 130 cod. cons.). La transizione verso la risoluzione non è possibile nel lasso di tempo ragionevole per l'esatto adempimento, ed essa è consentita solo quando tale lasso sia trascorso. Insomma: nella gerarchia dei rimedi, la priorità è accordata all'esecuzione delle obbligazioni contrattuali, attraverso le azioni di adempimento/esecuzione successiva, mentre la risoluzione resta una scelta residuale<sup>38</sup>.

---

momento in cui quest'ultimo, o un terzo da lui designato e diverso dal vettore, entra materialmente in possesso dei beni (art. 63 cod. cons.).

38 Due recenti casi, entrambi accaduti in Germania e decisi congiuntamente dalla Corte di Giustizia Europea, illustrano la normativa in discorso e i criteri di attribuzione delle responsabilità e dei rischi (CGCE/UE 16 giugno 2011, cause congiunte C-65/09 *Gebr. Weber GmbH V Jürgen Wittme*, C-87/09 *Ingrid Putz v Medianess Electronics GmbH*). Il quesito formulato dai giudici nazionali alla Corte di Giustizia riguardava la legittimità della legge tedesca di attuazione della direttiva 99/44/CE, la quale conferiva al venditore-professionista il diritto di rifiutare l'installazione del nuovo bene non difettoso, in favore di una riduzione del prezzo di vendita iniziale, anche nel caso in cui la rimozione/sostituzione sia l'unico rimedio utile per il consumatore. La Corte di Giustizia Europea dà ragione ad entrambi gli attori: ritiene, cioè, illegittima la legge nazionale che, in applicazione dell'art. 3 della dir. 99/44, consente al debitore-venditore di sottrarsi al rimedio dell'esatto adempimento mediante rimozione e re-installazione di un bene dimostratosi non conforme, in quanto eccessivamente oneroso, per lo meno ove sia dimostrato che tale rimedio sia l'unico, nel caso concreto, di utilità per

In sintesi: la particolarità dell'oggetto della prestazione, ossia beni mobili di rapido consumo e di veloce circolazione, ha indotto il legislatore europeo a prediligere un sistema di responsabilità per inadempimento e adempimento inesatto, sostanziale e rimediabile che, anche in assenza del riferimento esplicito alla buona fede (clausola generale estranea a molti sistemi giuridici dell'Unione, anche di tradizione romanista), ma alla luce del principio della tutela degli interessi del consumatore, si basa sulla forte standardizzazione dei contenuti e obblighi negoziali (attraverso la nozione di conformità); sulla valutazione e valorizzazione dei comportamenti delle parti, non lasciata all'interprete, bensì espressa *ex ante* dal legislatore; sulla velocità di reazione di entrambe le parti nell'ottica della conservazione del contratto e dell'esecuzione delle prestazioni.

Standardizzazione dei comportamenti e preferenza per la conservazione del contratto asimmetrico sono caratteristiche legislative legate al concetto di conformità dei beni e traslate anche ai servizi turistici dalla recente dir. 2015/2302/UE. Rispetto al modello normativo del 1999, il legislatore europeo del 2015 è andato anche oltre: in attuazione della recente direttiva sui pacchetti turistici, il nostro codice del turismo contiene, infatti, disposizioni che consentono al consumatore deluso da un servizio turistico non conforme a quanto pattuito (art. 42, 2° comma) di chiedere all'organizzatore di rimediare a tale difetto (secondo il modello tedesco della *Nachfrist*, par. 323(1) BGB: art. 42, 3° comma<sup>39</sup>) e, ove questi non ottemperi entro un periodo ragionevole, il viaggiatore potrà ovviare *personalmente* al difetto e chiedere il rimborso delle spese necessarie, ragionevoli e documentate (art. 42, 4° comma).

#### 4. La transizione verso l'economia delle piattaforme digitali: un diritto europeo 3.0?

La rivoluzione digitale ha fornito il mezzo tecnologico per produrre, organizzare, copiare, trasmettere quantità pressoché infinite di dati (video, immagini, suoni) a costi irrisori, senza perdita di qualità e in tempi rapidissimi. Per queste caratteristiche, essa segna una svolta verso l'accelerazione di un modello economico complesso (Industria 4.0), nel quale rientrano anche le c.d. piattaforme digitali: luoghi virtuali in grado di raccogliere, analizzare e conservare dati velocemente, in modo da decodificare gusti e comportamenti

---

il creditore-acquirente. Tuttavia, pur riconoscendo al consumatore il diritto alla sostituzione onerosa per il debitore, la Corte procede ad un contemperamento di interessi, ossia riconosce al debitore-professionista la possibilità di ridurre le spese di rimozione e nuova installazione proporzionalmente al valore del bene conforme e all'importanza del difetto accertato.

39 La dilazione del termine di esecuzione prima di chiedere la risoluzione è entrata nel codice del consumo all'art. 61, 3° comma, a seguito dell'implementazione della dir. 2011/83/UE, allorché il professionista-venditore non rispetti i termini di consegna dei 30 giorni, prescritti al 1° comma della stessa norma.

dei consumatori, e orientarne le scelte<sup>40</sup>. La Commissione Europea diretta da Juncker ha acquisito piena consapevolezza della digitalizzazione dell'economia globale: nasceva, così, nel 2015 la *Digital Single Market Strategy*<sup>41</sup>, alla quale si deve un pacchetto di trenta proposte legislative (di cui 28 attuate), con l'obiettivo di creare un contesto favorevole e parità di condizioni per le reti digitali avanzate e i servizi innovativi, attraverso una regolamentazione del commercio elettronico transfrontaliero degna della fiducia di consumatori e imprese.

Delle piattaforme digitali gli operatori economici possono servirsi per offrire beni e servizi utilizzandole come mercato virtuale (c.d. piattaforme di *e-commerce*; benché i servizi resi dalla piattaforma siano più complessi del semplice spazio di contrattazione, poiché esse sono, infatti, in grado di trasformare recensioni e *feedback* in suggerimenti mirati di acquisto): in tal caso, la disciplina applicabile sarà quella della dir. 2000/31/CE nei rapporti B2B, ovvero quella del codice di consumo, in generale, e della contrattazione a distanza in particolare, nei rapporti B2C.

Oppure può trattarsi di piattaforme in cui privati scambiano tra di loro beni o servizi secondo il modello economico della c.d. economia collaborativa (piattaforme di *sharing economy*). In questo spazio attecchiscono nuovi modelli imprenditoriali «nei quali piattaforme collaborative creano un mercato aperto per facilitare l'utilizzazione temporanea di beni e servizi spesso offerti da soggetti non professionisti»<sup>42</sup>. Nel nuovo mercato virtuale bilaterale (*two-sided market*) lo scambio di beni o servizi avviene contro moneta o dati/profilazioni, quasi sempre senza nessun trasferimento della proprietà, ma ricorrendo all'accesso e alla condivisione temporanea dei beni. Le operazioni di scambio avvengono a cura di tre attori: i fornitori di SSI, gli utenti di tali servizi, la piattaforma/intermediario, dove i primi due non sono necessariamente rispettivamente professionisti e consumatori, ma possono avere la stessa qualità (entrambi professionisti, o entrambi consumatori: *peer-to-peer*), oppure assumere ruoli interscambiabili o cumulabili (da qui la definizione di *prosumers*), anche grazie ai servizi complementari offerti dalla piattaforma (gestione dei pagamenti, logistica, consegna, strumenti per la creazione di fiducia nel mercato quali *feedback* e *rating*), i quali dunque mettono i privati in condizione di svolgere attività economiche<sup>43</sup>. La

40 Sul rapporto tra digitalizzazione e modello economico delle piattaforme, cfr. A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, cit., p. 3 s., p. 115 s.

41 *Ex plurimis*: C. BUSCH, *Towards a "New Approach" for the Platform Ecosystem: A European Standard for Fairness in Platform-to-Business Relations*, in *EuCML*, 6, 2017, p. 227 s.; A. DE FRANCESCHI, *The EU Digital Single Market Strategy in Light of the Consumer Rights Directive: The 'Button Solution' for Internet Cost Traps and the Need for a More Systematic Approach*, in *EuCML*, 4, 2015, p. 144 s.

42 V. Comunicazione della Commissione Europea COM (2016) 356 FIN (par. 1. Introduzione).

43 Tra le transazioni a titolo oneroso offerte da *prosumers* o da *peer-to-peer*: locazioni temporanee (AirB&B, guesttogoest, lovehomeswap), trasporti urbani (Uberpop, G7), vendite di beni materiali (E-bay, Amazon market, Marketplace per venditori assidui). A titolo gratuito: servizi (*couchsurfing*), social networks, tourist guides. Oppure può trattarsi di scambi che

piattaforma, a sua volta, può essa stessa coincidere – a certe condizioni – con il prestatore del SSI<sup>44</sup>.

Numerose sono le questioni giuridiche sollevate dai nuovi modelli economici sommariamente descritti: dai problemi di tutela della concorrenza, alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, alla definizione del rapporto (soprattutto di lavoro) tra piattaforma e prestatore materiale della prestazione<sup>45</sup>, oppure tra piattaforma e utilizzatore del servizio sottostante (P2C), o tra piattaforma e prestatore del servizio (P2B). Limitando l'attenzione agli ultimi due rapporti: mentre nelle piattaforme di *e-commerce* è possibile stabilire la qualifica delle parti, consumatore e professionista, e applicare le rispettive discipline B2C e B2B<sup>46</sup>; non è altrettanto semplice qualificare le parti e individuare la disciplina applicabile nel mondo delle piattaforme di *sharing economy*<sup>47</sup>.

---

prevedono solo il rimborso spese: trasporti (Blablacar), alloggi (EasyPiso), condivisione del cibo (Gnammo).

44 Può accadere che sia la piattaforma stessa a organizzare e proporre servizi di locazione temporanea (Booking.com), di trasporti urbani (Uber, G7), di vendite di beni materiali (Amazon nella sua versione più recente, Marketplace per aziende), di consegne a domicilio (DeliverHoo), di servizi bancari (Zopa). Per stabilire quando si verifichi questa situazione, e quindi per affermare caso per caso se siano esclusi requisiti di accesso al mercato ai prestatori dei servizi, o per affermare la responsabilità della piattaforma per i danni eventualmente subiti dall'utilizzatore del servizio sottostante alle condizioni previste dalla direttiva sul commercio elettronico, la Commissione UE propone tre criteri "fattuali e giuridici" cumulativi: la determinazione del prezzo finale del servizio, la vincolatività delle istruzioni riguardanti le modalità di esecuzione del servizio, la proprietà dei beni di produzione e di esecuzione del servizio sottostante. Ai quali può aggiungersi la sopportazione delle spese e dei rischi (p.e.: di inadempimento del servizio sottostante): COM (2016) 356 FIN, par. 2.1. In applicazione di queste indicazioni sono stati decisi dalla CGUE i noti casi del 10 dicembre 2017, C-434/2015 *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL*; 10 aprile 2018, C-320/16 *Uber France SAS*; 10 dicembre 2019, C-390/2018 *Airbnb Ireland UC*. Nei primi due la Corte ha ritenuto prevalente, rispetto al SSI, il servizio nel settore dei trasporti (urbani) offerto da Uber, così pretendendo il rispetto dei requisiti di accesso al mercato da parte dei conducenti (licenza di taxi), in conformità con le normative nazionali spagnola e francese, ed escludendo l'applicazione delle dir. 2000/31/CE e 2006/123 (relativa ai servizi nel mercato interno). Nell'ultimo caso, invece, la Corte perviene alla conclusione opposta, ritenendo prevalente – nella mediazione offerta da Airbnb – la prestazione di un servizio della società dell'informazione; con conseguente sottrazione dell'intermediario dalle regole di accesso al mercato previste per i servizi alberghieri, e assoggettamento alla dir. 2000/31/CE. V. i commenti di M. FINCK, *Distinguishing Internet Platforms from Transport Services: Elite Taxi v Uber Spain*, in *CM Law Rev.*, 5, 2018, p. 1619 s.; A. DE FRANCESCO, *Uber Spain and the "Identity Crisis" of Online Platforms*, in *EuCML*, 1, 2018, *Editorial*; L. VAN ACKER, C-390/18 – *The CJEU Finally Clears the Air(bnb) Regarding Information Society Services*, *ivi*, 2, 2020, p. 77 s.

45 Questo problema viene sollevato dalla particolare situazione in cui la piattaforma coincide con il prestatore di servizi (v. anche nota precedente).

46 I professionisti, infatti, sono tenuti a identificarsi, sia dalla normativa B2B (dir. 2000/31/CE), sia dalla normativa B2C (art. 49 cod. cons.), nel momento in cui utilizzano la piattaforma *e-commerce* come mero luogo (virtuale) di scambio.

47 Tanto che sono intervenute sul punto la Commissione europea (COM (2016) 356 FIN) e la corte di giustizia europea (v. nt. successiva).

Spunti importanti si rinvencono nella più volte citata Comunicazione della Commissione Europea del 2016 (v. nt. 42), ove, ai fini della qualificazione del prestatore come professionista, si suggerisce la combinazione di tre fattori (nessuno da solo sufficiente), ossia: la frequenza dei servizi prestati, la finalità di lucro e il fatturato generato dal prestatore dei servizi (par. 2.3.)<sup>48</sup>.

Una volta stabilito che un prestatore del SSI sia professionista, le discipline si differenziano: al rapporto P2C (dove C è l'utilizzatore, in qualità di consumatore, del SSI) e B2C si applicheranno le norme consumeristiche, ulteriormente arricchite da due recenti direttive (non ancora attuate), destinate ad incidere profondamente sul tema delle vendite di contenuti e servizi digitali (dir. 2019/770/UE), e sul tema delle vendite *online/offline* (dir. 2019/771/UE)<sup>49</sup>. Entrambe assumono come pilastri della disciplina: la nozione di conformità al contratto (v. *supra*, par. 3.2.), i rimedi conservativi a disposizione del creditore nel caso di assenza di conformità e le relative modalità di esercizio. Nelle due direttive di ultima generazione si registra l'ulteriore ampliamento e la contestuale definizione puntuale della prestazione del venditore, in modo da renderla altamente vincolata a *standard* di diligenza ancor più specifici. Le nozioni di conformità del contenuto o servizio digitale o del bene materiale presentano, tra i requisiti oggettivi (ossia gli scopi per cui i contenuti e servizi digitali sarebbero abitualmente utilizzati), il riferimento al diritto dell'Unione Europea e nazionale, alle norme tecniche esistenti e, in mancanza, ai codici di condotta (dir. 770/2019: art. 8, c. 1, lett a; dir. 771/2019, art. 7, c.1, lett a). Tale riferimento crea un importante collegamento con disposizioni tecniche (non solo nazionali ma anche comunitarie), di fonte autoritativa o privata, il cui scopo è quello di tipizzare la condotta del venditore secondo standard qualitativi (misure di sicurezza, specifiche di produzione) e quantitativi, limitando enormemente la possibilità di esonero da responsabilità. Si tratta di una modalità di normare il cui scopo è quello di trasferire le regole d'arte in procedimenti di produzione standardizzati, soprattutto quando i beni o servizi che ne rappresentano il prodotto finale siano immessi nel mercato in larga scala, e quindi in grado di provocare reiterati danni, anche solo economici. Ed è, infatti, proprio alla standardizzazione (oltreché all'interoperabilità, intesa come garanzia di comunicazione effettiva tra *devices*), che la Commissione Europea mira, ai fini dell'aumento della competitività degli Stati Membri operanti nell'ambiente

48 Nell'importante caso del 4 ottobre 2018, C-105/17 *Komisija za zaštitu na potrebitelite C Evelina Kamenovale*, la CGUE ha precisato che, di per sé solo, ognuno degli elementi sopracitati non è definitivo o risolutivo della questione riguardante la qualifica professionale del prestatore del servizio: spetta al giudice del rinvio valutare tali fattori alla luce del contesto dell'operazione economica.

49 A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019; J. MORAIS CARVALHO, *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771*, in *EuCML*, 5, 2019, p. 194 s.

digitale<sup>50</sup>. Inoltre, è importante sottolineare come la nozione di conformità nelle forniture di servizi digitali (e la relativa responsabilità contrattuale ad essa collegata) sia stata allargata dal legislatore europeo fino a comprendere gli aggiornamenti, aprendo il sipario sulla regolamentazione della c.d. obsolescenza programmata, in funzione di maggiore tutela dei consumatori, ma anche di protezione ambientale<sup>51</sup>. Entrambe le direttive, 770 e 771 del 2019, infine, applicano concetti e istituti tradizionali del diritto contrattuale europeo anche alla fornitura di servizi (digitali), così confermando l'attenzione nei confronti della trasformazione di un'economia di beni in un'economia di servizi.

Per le relazioni P2B/b, invece, si potrà fare attualmente riferimento al Reg. 2019/1150/UE (che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*)<sup>52</sup>. Tale ultimo intervento, oltre a riproporre strumenti normativi già noti al diritto europeo dei contratti 2.0, cioè gli obblighi informativi (art. 3) e l'incoraggiamento verso i prestatori dei SSI ad elaborare codici di condotta (art. 17), contiene novità sollecitate da modelli imprenditoriali innovativi. Nel regolamento citato, il legislatore europeo si è preoccupato di difendere l'utilizzatore dall'arbitraria sospensione o limitazione d'uso dell'*account*, decise dal prestatore del servizio di intermediazione *online* (imponendo a quest'ultimo una motivazione e rinviando la questione al processo interno di gestione dei reclami: art. 4); ha richiesto trasparenza nella determinazione dei parametri per il posizionamento dei fornitori *online* (art. 5); ha stabilito regole di trasparenza con riferimento ai trattamenti differenziati eventualmente riservati a fornitori o utilizzatori, in violazione del principio di non discriminazione (art. 7); ha imposto un sistema interno di gestione dei reclami e di risoluzione extragiudiziale delle controversie (artt. 11 e 12).

Il vero, atteso approdo del Diritto Privato Europeo 3.0 nel mondo delle piattaforme digitali e dei modelli imprenditoriali innovativi, è stato appena annunciato dalla Commissione Europea con la pubblicazione di una proposta di regolamento<sup>53</sup> destinata ad incidere profondamente – pur senza abrogarle – sulle

50 COM (2015) 192 final, par. 4.2.

51 Dir. 2019/770/UE art. 8, par. 2; dir. 2019/771/UE, art. 7, par. 3; art. 10, par. 2. A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., cap. I. Sul tema dell'obsolescenza programmata è intervenuta anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato multando Apple e Samsung: AGCM, 25 settembre 2018, PS11039, (caso Apple); AGCM 25 settembre 2018, PS11009 (caso Samsung): A. DE FRANCESCHI, *Planned Obsolescence Challenging the Effectiveness of Consumer Law and the Achievement of a Sustainable Economy. The Apple and Samsung Cases*, in *EuCML* 6, 2018, p. 217 s.

52 C. BUSCH, *The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a "Procedural Turn" in EU Platform Regulation*, in *EuCML*, 4, 2020, *Editorial*.

53 COM (2020) 825 final *'on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*. La proposta è completata dalla bozza di un secondo regolamento, nel quale sono individuati criteri mirati a qualificare le piattaforme digitali di grandi dimensioni come "gatekeepers", ai fini della regolamentazione del mercato (COM (2020) 842 final *'on contestable and fair markets in the digital sector*). Le due bozze fanno parte di un "pacchetto" di interventi che,

normative P2B esistenti, soprattutto sulle dir. 2000/31/CE e 2019/790/UE. Essa tiene conto di numerose comunicazioni della Commissione e raccomandazioni del Parlamento e del Consiglio europeo susseguitesi negli ultimi cinque anni<sup>54</sup>; rivede la responsabilità dei *providers* e delle piattaforme *online*, soprattutto attenendosi agli interventi della CGUE<sup>55</sup>, con l'obiettivo di migliorare la sicurezza degli utilizzatori delle piattaforme e la tutela dei loro diritti fondamentali. Pur confermando il principio di assenza dell'obbligo generale di sorveglianza del *provider* sulle informazioni da questi trasmesse o memorizzate (v. *supra*, par. 3.1., soprattutto nt. 29), la proposta specifica le condizioni di esenzione dalla responsabilità dei *providers*, e impone obblighi di diligenza in capo a taluni intermediari di servizi, anche attraverso la procedura del *notice-and-action*, in virtù della quale, una volta ricevuta dalle competenti autorità nazionali (giudiziarie o amministrative) una segnalazione sull'illiceità di taluni contenuti pubblicati sulla piattaforma, è obbligo del *provider* rendere esecutivo l'ordine dell'autorità nazionale, purché emesso in conformità al diritto dell'UE. Si noti che la disposizione suggerita dalla proposta in esame non abbraccia il modello nord-americano del *notice-and-take down*, il quale prevede il più penetrante obbligo di rimozione dei contenuti illeciti dall'*account*, anche a prescindere dall'ottemperanza ad un ordine di una pubblica autorità<sup>56</sup>.

---

insieme al *Digital Single Market Strategy*, sono destinati ad adeguare l'ambiente normativo europeo all'Industria 4.0: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>. Si segnalano, a tal proposito, le *model rules* proposte dall'ELI: [https://europeanlawinstitute.eu/file-admin/user\\_upload/p\\_cli/Publications/ELI\\_Model\\_Rules\\_on\\_Online\\_Platforms.pdf](https://europeanlawinstitute.eu/file-admin/user_upload/p_cli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf). Cfr. C. BUSCH, G. DANNEMANN, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, FRYDERYK ZOLL, *The ELI Model Rules on Online Platforms*, in *EuCML*, 2, 2020, p. 61 s.

54 Citate in parte nell'*Explanatory Memorandum* della proposta COM (2020) 825 final. V. anche *Study on contractual relationships between online platforms and their professional users*, FWC JUST/2015/PR/01/0003/Lot1-02, *Final Report*.

55 Alla CGUE si deve la progressiva definizione di *provider* "attivo", soprattutto nel caso di violazione di diritti d'autore: C-610/15, '*Pirate Bay*'; CGUE C-466/12 (caso *Svensson*) CGUE C-160/15 (caso *G.S. Media*). V. anche nt. 30.

56 La differenza non è affatto di poco conto: si è scatenato in questi primi giorni del 2021 il dibattito sulla rimozione del discorso del PRESIDENTE degli Stati Uniti, D. Trump, a cura del *social network Facebook*. A seguito del grave episodio dell'assalto alla Casa Bianca da parte di *fans* di Trump del 6 gennaio 2021, come gesto di dissenso verso il prossimo insediamento del nuovo Presidente J. Biden, il discorso del Presidente uscente sembrava incitare alla sommossa. Per tale ragione, i *social* hanno ritenuto opportuno rimuovere le parole incriminate, prima e a prescindere da ogni intervento dell'autorità giudiziaria. Potere di censura e di limitazione all'accesso in rete sono le questioni che destano maggiore perplessità.

## 5. A mo' di conclusione: l'approdo del diritto europeo dei contratti 4.0 nell'era degli *smart contracts*

Indubbiamente siamo già entrati nell'era del *machine learning* affidato ad algoritmi, e quindi dell'Intelligenza Artificiale<sup>57</sup>. La realtà degli *smart legal contracts*<sup>58</sup> appartiene a questa nuova epoca: costituiti da una porzione di codice informatico in grado di autorizzare il trasferimento di diritti attraverso un algoritmo che opera sulla base logica del: *if this then that*, soprattutto se inseriti nel circuito della tecnologia del *blockchain*<sup>59</sup>, essi superano la distinzione tra le due fasi di costituzione e di esecuzione dell'accordo, praticamente azzerando i rischi dell'inadempimento, ma anche rendendo inutile il ricorso a rimedi giudiziali o extragiudiziali. L'abbinamento *smart contract/blockchain* potrebbe avere potenzialità applicative dirompenti in talune ipotesi di esecuzione della prestazione ripetitive oppure standardizzate: si pensi al ritardo dei trasporti rispetto all'orario programmato; oppure a malfunzionamenti, interruzioni, errori di lettura ecc.

57 Dove per *machine learning* si intende la capacità della tecnologia applicata alle macchine di proporre nuove soluzioni; di sfruttare l'interconnessione tra cose ed esseri umani; la possibilità di inserimento dell'IA ai robot, in grado di prendere decisioni autonome (non automatiche); l'implicazione degli algoritmi nell'utilizzo delle stampe 3D: G. COMANDÉ, *Multilayered (Accountable) Liability for Artificial Intelligence*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDERMAYER (a cura di), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things. Munster Colloquia on EU Law and the Digital Economy*, IV, Baden-Baden, 2019, p. 165. Sulla definizione di IA, cfr. *ex plurimis*: G. COMANDÉ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, 1, p. 169.

58 G. RINALDI, *Smart Contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, cit., par. 3., consultabile al link: <https://www.slideshare.net/GiovanniRinaldi12/giovanni-rinaldi-smart-contractmeccanizzazione-del-contratto-nel-paradigma-della-blockchain>. L'antecedente è il distributore automatico di prodotti (cfr. N. SZABO, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, in *First Monday*, 2, 1997 reperibile su <https://firstmonday.org/article/view/548/469>). Oggi si possono citare i contratti assicurativi che adottano il modello del *pay as you drive* (in base la quale la determinazione del prezzo della polizza è in funzione del tempo di guida e dei rischi assunti dal proprietario dell'auto, il cui comportamento è controllato tramite scatola nera installata nell'autovettura: v. T. PERTOT, *L'assicurazione auto con scatola nera. Sconti tariffari v. dati personali*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, p. 529 s.) Cfr. la definizione nel d.l. "semplificazioni" 14 dicembre 2018, n. 135 (convertito con modificazioni nella l. 11 febbraio 2019, n. 12), art. 8-ter, 2° comma: «2. Si definisce "smart contract" un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse».

59 Nato come sistema di sicurezza e validazione della nota criptovaluta *bitcoin*, sulla base di un'ideologia anarco-capitalista che rifiuta l'autorità centrale dello Stato per la regolamentazione dei rapporti tra privati (v. C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, il quale così sintetizza tale rivisitazione delle dottrine liberiste a cura di M. N. ROTHBARD, *For a New Liberty: The Libertarian Manifesto*, Auburn, 2006) dal 2014 il sistema del *blockchain* ha dimostrato ulteriori potenzialità applicative, anche quindi agli *smart contracts*: cfr. M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, in *Contr. e Impr.*, 2019, 3, p. 941 s., par. 2., 4.; G. RINALDI, *Smart Contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, cit., parr. 2.1., 2.2.

nei contratti di fornitura continuativa o periodica di servizi (acqua, luce, gas, internet, ma anche beni o servizi con contenuto digitale). Le stesse potenzialità applicative possono essere ipotizzate nei casi in cui, a fronte dell'inadempimento (*trigger event: if this,...*), sia previsto un indennizzo "automatico" (*'then'...*), come accade per la cancellazione del volo (ai sensi del Reg. 2004/261), o per il risarcimento forfettario del danno (pari a 40€) a favore del creditore nel caso di ritardi nei pagamenti commerciali, in violazione dei termini di pagamento imposti dalla legge (v. art. 4 d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231, che applica la dir. 2000/35/CE). In tali situazioni, l'automatica riduzione del corrispettivo dovuto, oppure l'attivazione di sconti o riaccrediti automatici, o ancora la corresponsione dell'indennizzo o pagamento prestabilito dalla legge o dai Termini di Utilizzo (TU), risolverebbe il problema della tutela rapida ed effettiva a favore della parte adempiente, nonché dell'abbattimento dei costi transattivi. Un discorso analogo potrebbe ipotizzarsi nel caso di acquisti di beni mobili materiali con qualità e caratteristiche normali per beni del medesimo tipo, per i quali, cioè, all'acquirente sia promessa la conformità, in termini soggettivi ed oggettivi, ai requisiti concordati tra il venditore e il consumatore nel contratto di vendita, ovvero imposti dall'eventuale diritto dell'UE (o nazionale), da standard tecnici, da codici di condotta (v. dir. 2019/771/UE: *supra* par. 4.). Altresì sarebbe utile riflettere sui rimedi di *private enforcement* a vantaggio dei consumatori lesi da pratiche commerciali scorrette, promossi dalla recente dir. 2019/2161/UE: risarcimento del danno, riduzione del prezzo e (in ultima istanza) risoluzione del contratto potrebbero scattare automaticamente (sempre ricorrendo alla logica dell'*if/then*) utilizzando le informazioni esterne (c.d. *oracles*) necessarie per consentire all' algoritmo la personalizzazione del rimedio (ad es.: gravità e natura della pratica commerciale sanzionata dalla competente autorità nazionale, entità del danno subito dal consumatore)<sup>60</sup>. Tuttavia, in nessuna delle situazioni ipotizzate, il rapporto tra tecnologia e diritto privato può dirsi scevro da criticità: riprendendo l'esempio della riduzione automatica del prezzo iniziale del bene o servizio nel caso di ritardo, malfunzionamento o interruzione, l'automatismo può essere programmato anche nel senso opposto, così legittimando il blocco della fornitura (acqua, gas, luce) nel caso di mancato pagamento delle bollette da parte dell'utente/consumatore. D'altra parte, gli stessi automatismi nella previsione del rimedio non sono assicurati sempre dal diritto privato: tornando all'esempio del riconoscimento di un indennizzo a seguito della cancellazione del volo, il Reg. 2004/261 prevede la non imputabilità della causa esterna quale giustificazione della cancellazione e ragione di esonero da responsabilità (art. 5)<sup>61</sup>. Oltre al fatto che gli stessi rimedi affidati alla tecnologia non dovrebbero,

60 Sul tema della personalizzazione delle regole, A.U.JANSSEN, F.PPATTI, *Demistificare gli smart contracts*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 1, 2020, pp. 48-49.

61 Per la verità, anche tali deviazioni possono essere tradotte in linguaggio informatico in grado di bloccare l'automatismo del pagamento, riportando la vicenda dell'inadempimento sulla

solo per questo, essere a loro volta “automatici”: potrebbero, invece, essere modulati parametrando a talune variabili (comunque traducibili in linguaggio informatico), quali la durata del ritardo del mezzo di trasporto, la funzione del servizio interrotto (differenziando in termini economici l’interruzione della somministrazione d’acqua dalla fornitura del servizio Internet, ad esempio), la cancellazione di un volo integrato con ulteriori coincidenze di viaggio o servizi, dei quali la parte innocente non ha potuto più usufruire.

In questa fase di sviluppo dell’economia digitale, l’innesto della tecnologia alle relazioni contrattuali comporta innanzitutto la riflessione su molti temi preliminari e, di conseguenza, su talune scelte di fondo: l’applicazione della tecnologia *smart legal contract* a tutti i contratti, oppure solo ai contratti B2C (e B2b) e a solo vantaggio della parte più debole; oppure ai negozi con oggetto e prestazioni predefiniti dalla legge, da standard tecnici o da codici di condotta; oppure escludendo il ricorso ad essi nel caso di contratti collegati o con più parti negoziali. Il rischio, infatti, è quello di generare un forte contrasto paralizzante tra diritto imperativo (soprattutto nell’area consumeristica) e uso della tecnologia<sup>62</sup>. Si pensi ad un contratto di *leasing* al consumo: nel momento in cui l’acquirente/debitore non adempia all’obbligo di pagamento di una o più rate, l’applicazione della tecnologia *blockchain* potrebbe impedirgli l’utilizzo dell’autovettura. La completa automazione della reazione della parte adempiente non lascerebbe più posto alle eccezioni che la controparte inadempiente potrebbe sollevare. Per il credito al consumo di seconda generazione (con tre parti contrattuali: venditore, finanziatore, acquirente) l’UE è intervenuta tre volte (v. nt. 1) prima di risolvere adeguatamente la questione della tutela del debitore inadempiente nei confronti del finanziatore, allorquando, nel rapporto sottostante di compravendita (dell’autovettura), il venditore sia a sua volta inadempiente<sup>63</sup>. La trasformazione

---

tradizionale traccia dell’accertamento per vie giudiziali o extragiudiziali.

62 C. BUSCH, *Does the Amazon Dash Button Violate EU Consumer Law? Balancing Consumer Protection and Technological Innovation in the Internet of Things*, in *EuCML*, 2, 2018, p. 78 s.; C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?*, *ivi*, 1, 2016, 3 s.

63 Parafrasando una nota argomentazione di N. SZABO, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, in 2 *First Monday*, 1997 (reperibile su <https://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>), non si è in presenza di eccezioni maliziose e accidentali che meriterebbero di essere minimizzate o ignorate: al contrario, sul problema del collegamento negoziale e dell’opponibilità dell’eccezione di inadempimento del fornitore al creditore-finanziatore da parte del debitore inadempiente si è pronunciata, in senso favorevole, la CGUE con sentenza del 23 aprile 2009, C- 509/07 (ritenendo presupposto non necessario per l’opponibilità dell’eccezione l’esistenza di un accordo esclusivo tra il creditore ed il fornitore). A seguito dell’implementazione della dir. 2008/48/UE (con d.lg. n. 141/2010) anche la normativa italiana (T.U.B., art. 121, 1° comma, lett. d) ha allargato la nozione di collegamento negoziale e di esclusività del rapporto tra finanziatore e fornitore. Tanto che la Corte di Cassazione ritiene di poter interpretare la nozione di collegamento negoziale a prescindere dalla sussistenza di un accordo che attribuisca al finanziatore l’esclusiva per la concessione di credito ai clienti dei

*smart* del contratto di credito al consumo cancellerebbe trent'anni di interventi legislativi e di riflessioni di giurisprudenza e dottrina, peggiorando drammaticamente la posizione del debitore-consumatore. Le stesse perplessità solleverebbe l'applicazione della tecnologia *blockchain* ai rapporti negoziali P2B/b e P2C.

In sintesi: piattaforme di *sharing economy* e *smart contracts* aprono il sipario su nuovi e complessi scenari di regolazione del mercato da parte del legislatore europeo. La rivoluzione digitale in corso potrebbe rappresentare un'opportunità per ripensare l'intero impianto normativo del diritto contrattuale europeo, ed approdare ad una versione 4.0 completamente rinnovata<sup>64</sup>. Ad avviso di chi scrive, i punti all'ordine del giorno nell'agenda europea dovrebbero annoverare: l'abbandono della tradizionale e discussa dicotomia tra contratti B2B e B2C a favore della più significativa categoria del contratto asimmetrico; la rinuncia ad una tecnica legislativa puntuale e per tipologie negoziali, a favore di tecniche legislative sperimentali in grado di abbinare una normazione per principi e regole generali (proveniente dall'intervento regolativo pubblico, ossia dall'alto), con contenuti ad alta vincolatività (provenienti da soggetti privati operanti nei settori interessati, ossia dal basso)<sup>65</sup>; la revisione e semplificazione dei precetti e rimedi alla luce dei nuovi servizi e delle straordinarie potenzialità applicative offerte dalla tecnologia digitale, stando così al passo con la rapidità delle prestazioni. Con il fine di realizzare obiettivi più volte ribaditi dal legislatore europeo, e sempre attuali: ossia mantenere in equilibrio la posizione negoziale delle parti, tutelando la dignità dei consumatori.

---

fornitori (Cass. 29 settembre 2014, n. 20477; confermata da: Cass. 27 luglio 2016, n. 19000; Cass. 30 settembre 2015, n. 19522).

- 64 Le riflessioni più interessanti provengono dal Parlamento Europeo: Risoluzione del 3 ottobre 2018, *Tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione*, P8\_TA-PROV (2018)0373; P. BOUCHER, S. NASCIMENTO, M. KRITIKOS, *How Blockchain Technology Could Change Our Lives. In-depth Analysis*, European Parliamentary Research Service, Bruxelles, 2017. V. anche R. SCHULZE, *Redrafting Principles of European Contract Law*, in *EuCML*, 5, 2020, *Editorial*. Per una voce critica sulla reale possibilità degli *smart contract* di rivoluzionare il tradizionale diritto dei contratti, cfr. R. PARDOLESI, A. DAVOLA, *What is Wrong in the Debate about Smart Contracts*, in *EuCML*, 5, 2020, p. 201 s. In senso diverso v. G. GITTI, *Robotic transactional decisions*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, p. 627 s.
- 65 A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, cit., p. 82 s. Sulla produzione di *standard* tecnici armonizzati attraverso un sistema integrato (*European multilevel layout*, per ora applicato alla sicurezza dei prodotti) sia consentito il rinvio a C. AMATO, *Product Liability and Product Security: Present and Future*, in S. LOHSE, R. SCHULZE, D. STAUDERMAYER (a cura di), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy*, vol. IV, Baden-Baden, 2019, p. 84 s.; ID., *Internet of Bodies: Digital Content Directive, and Beyond*, in *Jipitec*, vol. 12, 2021, p. 181 ss.; C. BUSCH, *Towards a "New Approach" in European Consumer Law: Standardisation and Co-Regulation in the Digital Single Market*, in *EuCML*, 5, 2016, *Editorial*.



# *Pacta sunt servanda* ai tempi del Covid-19

Carlo Marchetti

SOMMARIO: 1. – Introduzione. L’impatto della pandemia sul diritto dei contratti. 2. – L’impossibilità e l’*hardship*. Le clausole previste dalle parti. 3 – La pandemia tra solidarietà e certezza del diritto. 4. – Qualche provvisoria conclusione.

## **1. Introduzione. L’impatto della pandemia sul diritto dei contratti**

L’impatto della pandemia del Covid-19 sul diritto generale dei contratti è solo agli inizi e rappresenta una realtà in continuo divenire. Mentre ciclicamente va diffondendosi l’idea o, forse l’illusione che, dal punto di vista sanitario, l’emergenza sia in via di soluzione, dal punto di vista del diritto generale dei contratti l’onda della epidemia sarà verosimilmente molto lunga.

Il presente scritto vuole quindi cercare di tracciare quali potrebbero essere le evoluzioni da un punto di vista del diritto privato nei mesi, e forse negli anni, a venire.

L’attenzione dell’interprete si rivolge evidentemente al tema delle sopravvenienze contrattuali. Come noto, ogni sistema contrattuale è fondato sul principio *rebus sic stantibus*, in forza del quale il contratto è concluso sulla base delle circostanze fattuali esistenti e conosciute dalle parti al momento del perfezionamento dell’accordo: l’epidemia del Coronavirus ha causato cambiamenti radicali della realtà e per questo essa rappresenta all’evidenza un esempio di una sopravvenienza fattuale non prevista. Nell’ambito, ad esempio, dei contratti tra imprese, è evidente che programmare la produzione e la vendita di un certo prodotto in una realtà economica connotata da condizioni di normalità è differente dal realizzarlo in un contesto in cui si stima una perdita del 15% del PIL, probabilmente la perdita più alta da quando si è iniziato a misurare questo dato.

Il tema delle sopravvenienze contrattuali è peraltro uno dei più complessi del diritto dei contratti: in una pur molto semplificata prospettiva giuseconomica, ciascun contratto ha il compito di allocare tra le parti rischi e oneri. A volte, l’allocazione è attuata dalle parti con clausole espresse, talvolta vi provvede la legge con disposizioni inderogabili o derogabili, in altri casi ancora l’allocazione avviene ad opera del giudice in una prospettiva *ex post*.

La regola dell'evizione, ad esempio, alloca il rischio che il bene non sia del proprietario, così come la disciplina dell'errore alloca il rischio che la parte non abbia compreso ciò che ha concluso al momento della stipulazione, e così via. La disciplina delle sopravvenienze si colloca in questa logica: essa vuole allocare un costo derivante da cambiamenti fattuali impreveduti dai contraenti.

## 2. L'impossibilità e l'*hardship*. Le clausole contrattuali

In una prospettiva comparata, occorre segnalare come il tema delle sopravvenienze, come noto, è un tema classico, antico, ha tradizionalmente attirato una grande attenzione da parte della dottrina, e nei prossimi mesi, se non anni, rivestirà un'importanza ancor più centrale nel dibattito italiano e internazionale<sup>1</sup>.

Il diritto contrattuale, cercando di semplificare un poco una materia come si diceva assai complessa, tradizionalmente si occupa delle sopravvenienze, ipotizzandone almeno due macrotipologie: la prima è l'impossibilità, la seconda è

---

1 Per citare solo alcuni dei contributi che sono stati pubblicati, si ricordano: E.L. GUASTALLA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e questioni di diritto civile*, Torino, 2020; F. DI MARZIO, *Il diritto patrimoniale nell'emergenza*, in *Oltre la pandemia*, G. Palmieri (a cura di), v. II, Napoli, 2020, p. 1186 e ss.; F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti in Italia*, 2020, reperibile all'indirizzo [www.comparativecoviddlan.it](http://www.comparativecoviddlan.it); C.A. GIUSTI, *Tutela e rinegoziazione ai tempi del coronavirus*, in *Oltre la pandemia*, G. Palmieri (a cura di), v. II, Napoli, 2020, p. 1263; M. IRRERA (a cura di), *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, Torino, 2020; E. MARCHISIO, *Riflessioni sul "giusto prezzo" in tempi di crisi (da coronavirus... ma non solo)*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 1245; L. BALESTRA, *Pandemia, attività d'impresa e solidarietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 1153; U. GARGIULO, *Rischio di contagio e rifiuto della prestazione: l'autotutela in tempi di pandemia*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2020, p. 877; M. TORSELLO-M.M. WINKLER, *Coronavirus-infected international business transactions: a preliminary diagnosis*, in *Dir. comm. int.*, 2020, p. 847; F. BENATTI, *Contratto e covid-19: possibili scenari*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2020, p. 198; G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 3, 2020, p. 57; E. DEL PRATO, *CoViD-19, Act of God, Force Majeure, "Hardship Clauses", Performance and Nonperformance*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 3, 2020, p. 64; A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 3, 2020, p. 68; P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 3, 2020, p. 73; F. MACARIO, *CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 3, 2020, p. 80; E. NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 3, 2020, p. 87; D. SANTARPIA, *Modelli e tecniche di "amministrazione" del rapporto contrattuale*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 3, 2020, p. 94; A. D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale?*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 3, 2020, p. 57.

quella della c.d. *hardship*. L'impossibilità si configura quando un contratto prevede una prestazione che, nel corso dello svolgimento del rapporto contrattuale, diviene impossibile. Con il termine *hardship* ci si riferisce invece alla ipotesi in cui una prestazione è ancora tecnicamente possibile, ma è divenuta significativamente più costosa: la sopravvenienza in questo caso è costituita dal costo superiore della prestazione.

La maggior parte dei sistemi giuridici ha tradizionalmente proposto una disciplina delle sopravvenienze piuttosto restrittiva. Un simile approccio ha, in una prospettiva storica, condotto gli ordinamenti a scusare l'inadempimento solo quando l'impossibilità fosse oggettivamente tale: quando cioè si configurasse per il soggetto obbligato una *physical impossibility* e non solo una maggiore difficoltà nell'adempimento. L'atteggiamento è stato tradizionalmente rigoroso anche nei confronti dell'*hardship*, perché quest'ultima solo difficilmente veniva considerata scusante per l'inadempimento.

Una simile impostazione, ben si comprende, del resto, alla luce del principio cardine del diritto contrattuale espresso nella formula *pacta sunt servanda*: ciò che le parti decidono deve essere rispettato. Seguendo questo principio, è dunque parso naturale ipotizzare che, anche quando la prestazione fosse materialmente difficile ma teoricamente eseguibile, la parte fosse comunque obbligata ad adempiere, risultando l'accordo semplicemente un cattivo affare. Ma il diritto tradizionalmente non protegge i buoni affari: fa sì, piuttosto, che chi ha dato la sua parola la mantenga.

Questo essendo il più tradizionale approccio utilizzato per gestire le sopravvenienze, un ruolo decisivo è ovviamente da sempre svolto dalla negoziazione tra le parti. Le tecniche negoziali di allocazione delle sopravvenienze si sono sviluppate soprattutto negli ordinamenti di *common law*, essendo, del resto, proprio in quei sistemi che la prudenza giudiziale relativa alle sopravvenienze è da sempre particolarmente accentuata.

Le clausole che vengono elaborate sono più precisamente le clausole di forza maggiore, le clausole *MAC*, le clausole di *hardship*, che consentono alla parte che abbia subito la sopravvenienza, di essere liberata dal vincolo contrattuale o impongono ad entrambe obblighi di rinegoziazione nel caso in cui si verificano eventi che mutino in modo radicale lo scenario sottostante ad una certa vicenda contrattuale<sup>2</sup>.

2 Una clausola del modello fornito nel 2020 dall'*International Chamber of Commerce* (ICC) recita ad esempio: «“Force Majeure” means the occurrence of an event or circumstance (“Force Majeure Event”) that prevents or impedes a party from performing one or more of its contractual obligations under the contract, if and to the extent that the party affected by the impediment (“the Affected Party”) proves: a) that such impediment is beyond its reasonable control; and b) that it could not reasonably have been foreseen at the time of the conclusion of the contract; and c) that the effects of the impediment could not reasonably have been avoided or overcome by the Affected Party». Queste clausole spesso vengono ammorbidite e rese più generali sfumando il concetto di impedimento, ma estendendo l'*excuse* a casi di

A fronte della pandemia in corso, è lecito dunque aspettarsi una crescita delle controversie arbitrali o giudiziali aventi ad oggetto proprio l'applicabilità di tali clausole di forza maggiore o *hardship*: di fronte a inadempimenti concomitanti rispetto alla pandemia, la parte cercherà di giustificare il proprio inadempimento invocando le clausole menzionate<sup>3</sup>.

Si noti, come elemento informativo di un certo interesse, che nella Repubblica Popolare Cinese, la quale per prima ha dovuto fronteggiare il problema della pandemia, il *China Council for the Promotion of International Trade*, un organo assimilabile alla nostra Camera di Commercio, ha emesso “certificati di forza maggiore”, rilasciando, a favore di imprese particolarmente colpite dal Covid, un certificato in cui si dichiara che la pandemia rappresenta appunto una fattispecie di *force majeure* e una sorta di prova da esibire di fronte ai tribunali arbitrali<sup>4</sup>.

I certificati di forza maggiore cinesi sono emessi da una istituzione tecnicamente privata e quindi non hanno efficacia pubblica: è chiaro tuttavia che la circostanza che una parte abbia ottenuto detto certificato potrà influenzare grandemente, ad esempio, l'esito di un procedimento in cui si discute se si possa ritenere configurata una circostanza di forza maggiore o meno.

Anche il legislatore italiano si è occupato del problema legato all'impatto del Covid in ambito contrattuale: l'art. 91 del decreto Cura Italia, n. 18 del 2020<sup>5</sup>, ha aggiunto all'articolo 3 del decreto legge n. 6 del 2020, convertito dalla legge n. 13 del 2020, dopo il sesto comma, la seguente disposizione «6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui [al] presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

Da un certo punto di vista, questa misura non è così lontana dall'emissione dei certificati di forza maggiore da parte del *China Council for International Trade*: il nostro ordinamento dispone infatti che il rispetto delle misure di contenimento è valutato per le norme sulla responsabilità del debitore e quindi del risarcimento

---

eccessiva onerosità della prestazione. Il testo della clausola è reperibile all'indirizzo <https://www.iccitalia.org/wp-content/uploads/2020/05/icc-force majeure-hardship-clauses-march2020.pdf>.

- 3 Sull'incidenza del Covid-19 sui contratti di *Mergers and Acquisitions* si veda N. MALTA, M.M. WINKLER, *Covid-19 as a deal-killer in mergers and acquisitions: a case study*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2020, p. 856 e ss.
- 4 Il Ministero per lo Sviluppo Economico, ispirandosi al precedente cinese, con circolare n. 88612 del 25 marzo 2020 ha disposto che le Camere di Commercio italiane, su richiesta delle imprese, possano rilasciare dichiarazioni, anche in lingua inglese, che attestano la condizione di forza maggiore derivante dall'attuale fase di emergenza sanitaria per il Covid-19.
- 5 Il primo comma della disposizione così prevede: «All'articolo 3 del decreto - legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: “6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”».

del danno. È ancora tutto da verificare come queste disposizioni saranno applicate. Ma ciò che qui rileva è la logica ad esse sottesa: esiste una norma che stabilisce che quando il giudice sarà chiamato a valutare l'impossibilità della prestazione dovrà tenere conto delle misure emanate per il contenimento della epidemia: una sorta di invito all'autorità giudiziaria a essere meno rigorosa nella valutazione delle sopravvenienze quando esse siano dipese dal Covid.

### 3. La pandemia tra solidarietà e certezza del diritto

Se si guarda alla tradizione giurisprudenziale, sia degli ordinamenti di *common law*, sia di quello cinese, è possibile constatare che l'atteggiamento nei confronti dell'applicazione delle clausole di forza maggiore a casi assimilabili a quello del Covid è stato sempre molto prudente.

Il primo esempio che può essere citato è quello della *Severe Acute Respiratory Syndrome* (SARS) del 2002: di rado essa è stata considerata come un evento di forza maggiore, come tale idoneo a far scattare le relative clausole contrattuali.

Lo stesso discorso vale per le vicende terroristiche dell'11 settembre 2001: la giurisprudenza nordamericana ha dimostrato prudenza nel riconoscere l'attentato come evento di forza maggiore, come tale idoneo a far scattare le clausole di *hardship*<sup>6</sup>.

Richiamando i due macro modelli di sopravvenienze - l'impossibilità, da un lato, e l'*hardship*, dall'altro - non vi è dubbio che, in alcuni casi, la pandemia da Covid 19 consentirà di invocare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Nei casi in cui un soggetto ha dovuto, ad esempio, sottoporsi a cure che gli hanno impedito di adempiere alla sua obbligazione (se, ipotizziamo, si trovava ricoverato in terapia intensiva) evidentemente la sua prestazione era - oggettivamente - impossibile; così, analogamente, se un ristorante non ha potuto servire le cene a coloro che avevano prenotato, perché chiuso a causa dei provvedimenti legislativi di *lockdown*. Questi casi, tuttavia, non necessitano dell'intervento dell'interprete, perché possono essere agevolmente ricondotti alla *physical impossibility*, la quale costituisce pacificamente una *excuse* dell'inadempimento.

Problema più complesso è invece come reagirà l'ordinamento tutte le volte in cui, a causa del Covid, i soggetti e le imprese non abbiano potuto adempiere a causa delle difficoltà finanziarie indotte dalla pandemia. In alcuni settori è intervenuta espressamente la legislazione: estendendo, ad esempio, la cassa integrazione per i dipendenti, il legislatore ha ritenuto che la sopravvenienza abbia carattere eccezionale e che lo Stato quindi debba farsi carico dell'obbligazione

6 *Owbr Llc v Clear Channel Comm'ns., Inc.*, 266 F. Supp. 2d 1214 (D. Haw. 2003), che ha concluso che gli eventi terroristici dell'11 settembre sono insufficienti per far scattare una clausola di forza maggiore, se l'evento non è specificatamente incluso nella disposizione contrattuale: «Holding that events related to September 11, 2001 terror attack were insufficient to trigger the Force Majeure clause because circumstances were not "extreme and unreasonable"».

dell'imprenditore. Ma in tutti i casi in cui non vi sia una disposizione legislativa, ci si deve chiedere come potrà reagire la giurisprudenza, ed in particolare se questi casi potranno rientrare o meno nell'impossibilità o nell'*hardship*.

Dal punto di vista teorico, e, si ripete, al netto di eventuali interventi legislativi, all'interrogativo occorre verosimilmente dare risposta negativa.

La difficoltà finanziaria, infatti, non assurge mai a impossibilità rilevante per giustificare l'inadempimento, e probabilmente non può parlarsi nemmeno di un caso di *hardship*.

Come ha anche di recente osservato Aurelio Gentili, l'*hardship* o l'eccessiva onerosità si verifica quando cambia il valore di una prestazione rispetto all'altra<sup>7</sup>: se un soggetto deve costruire una casa e il costo del cemento triplica improvvisamente, il valore della prestazione cambia. Un'obbligazione puramente pecuniaria, come quella di pagare l'affitto di un locale, non può invece comportare una alterazione del valore reciproco delle prestazioni: ciò che cambia è solo il contesto di riferimento, non il valore delle prestazioni oggetto del contratto. Ciò che risulta viziato è, insomma, il mercato in cui il contratto è stato perfezionato. La strada per poter invocare l'impossibilità sopravvenuta o l'*hardship* è, in questi casi, tecnicamente in salita.

In Italia, specie a livello giurisprudenziale, esiste tuttavia una corrente, diremmo forse culturale, prima ancora che giuridica, particolarmente sensibile alle istanze di solidarietà contrattuale. L'attenzione per la solidarietà nel contratto non rappresenta una novità sollecitata dalla pandemia in corso: sul punto, vi è anzi un filone giurisprudenziale risalente agli anni 90<sup>8</sup>. Le pronunce cui si vuole alludere hanno in particolare affermato in capo ad entrambe le parti un pervasivo dovere di tenere in conto non solo il proprio, ma anche l'interesse della controparte, dovere che troverebbe fondamento nell'art. 2 del testo costituzionale, che sancisce appunto l'esistenza di un obbligo di solidarietà tra cittadini. Questo approccio sta diventando diffuso anche in dottrina, e specie, si ripete, in quella italiana.

Si possono a tal proposito ricordare, ad esempio, le recenti parole di Francesco Macario, che afferma che il diritto vivente deve dare il suo contributo a un diritto dei contratti più solidale e rispondente all'idea di democrazia oggi largamente condivisa<sup>9</sup>. Così opina anche Claudio Scognamiglio, il quale, citando la Ginestra, sottolinea che una delle ragioni per cui la solidarietà contrattuale

7 A. GENTILI, *Una proposta sui contratti di impresa ai tempi del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, Speciale n. 3 dedicato all'emergenza Covid-19, 2020, p. 387.

8 Si ricordano *ex multis* Cass., 20 aprile 1994, n. 3775 ("caso Fiuggi"), Cass., 18 settembre 2009, n. 20106 ("caso Renault"). Si ricordano anche due ordinanze della Corte Costituzionale che hanno espresso un orientamento analogo a quello della Corte di legittimità: Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, 382, e 2 aprile 2014, n. 77, *ibid.*, 2035.

9 F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020.

potrebbe e dovrebbe essere un elemento da coltivare, è che i contratti in una economia di mercato sono in fondo collegati tra di loro. La implementazione delle istanze solidaristiche crea dunque un circolo virtuoso che si riverbera sulla generalità dell'economia: essere troppo severi rischierebbe, al contrario, di mettere in crisi l'intero sistema<sup>10</sup>.

Ugo Mattei e Alessandra Quarta arrivano a sostenere una tesi ancora più radicale, in forza della quale il principio di solidarietà non avrebbe solo forza difensiva per scusare l'inadempimento, ma anche valore conformativo rispetto al contenuto del contratto: la solidarietà dovrebbe insomma informare la causa dei contratti (gli autori fanno riferimento al modello proprietario, conformato a esigenze di pubblica utilità). In questo modo la solidarietà diviene un limite interno all'autonomia privata, perché la controparte non è più rappresentata solo dall'altro contraente, ma è l'intera comunità in cui viviamo, con la conseguenza che il contratto acquisisce anche una funzione redistributiva della ricchezza<sup>11</sup>.

Queste posizioni si traducono in un coro a favore di una nuova impostazione del tema delle sopravvenienze, nell'auspicio di poter edificare una *doctrine* idonea, ove le istanze solidali lo richiedano, ad "aggiustare" per via giudiziale i contratti divenuti iniqui. L'idea, insomma, è quella di una maggiore disponibilità ad un intervento, appunto, solidaristico, finalizzato a riequilibrare le ingiustizie che una sopravvenienza, come il Coronavirus, potrebbe arrecare. Se in un contratto di locazione l'affittuario non è più in grado di pagare il canone di locazione perché si è impoverito, sia pronto il giudice ad aggiustare l'accordo riducendo il canone.

Si noti che tali istanze poggiano anche su un substrato culturale di matrice europea<sup>12</sup>. L'art. 6:111 dei *Principles of European Private Law* (PECL) prevede, in effetti, che il giudice possa modificare il contratto in modo da distribuire in modo giusto ed equo le perdite generate da una sopravvenienza<sup>13</sup>.

10 C. SCOGNAMIGLIO, *Emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020.

11 U. MATTEI-A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *giustiziacivile.com*, Speciale n. 3 dedicato all'emergenza Covid-19, 2020.

12 Nell'ordinamento italiano può essere ricordato il disegno di legge n. 1151 del 2019 che alla lett. i) propone di: «prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti».

13 La disposizione in particolare dispone:

«(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.

(2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after

Questo modello ha avuto peraltro un certo successo, perché è stato adottato sostanzialmente da tutte le ultime riforme dei codici europei: così il codice olandese, all'art. 6:258<sup>14</sup>; il codice tedesco al par. 313<sup>15</sup>; il codice francese, dopo la riforma del 2016, ha previsto una disposizione sulla eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>16</sup>, innovando rispetto alla impostazione precedente che non disciplinava tale fattispecie.

---

the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.

(3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: (a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court; or (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances.

In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing».

La disposizione elabora dunque un sistema rimediabile articolato in due livelli: 1. obbligo di rinegoziazione in capo alle parti (la parte che si rifiuti o che rompa ingiustificatamente le trattative può essere condannata al risarcimento del danno); 2. se le parti non riescono a raggiungere un accordo, il giudice, su richiesta delle parti, può riadeguare il contratto.

L'intervento del giudice è quindi molto ampio: egli «may adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances». In relazione a questa disposizione è sorto il problema interpretativo sul significato di «just and equitable manner» specialmente tra i Paesi di *civil law* e quelli di *common law*.

- 14 In forza di questa disposizione i giudici su istanza di parte possono modificare o pronunciare la risoluzione del contratto ogniqualvolta si verificano eventi tali da non rendere più conforme a giustizia ed equità l'esecuzione del contratto nella sua forma originaria.
- 15 La disposizione così recita: «(1) Se le circostanze che sono il fondamento del contratto sono notevolmente mutate dopo la conclusione del contratto, e le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso se avessero previsto quei mutamenti, può pretendersi l'adeguamento del contratto, qualora tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, in particolare della distribuzione contrattuale e legale dei rischi, da una delle parti non possa pretendersi il mantenimento del contratto non modificato. (2) Al mutamento delle circostanze è parificata l'ipotesi in cui le rappresentazioni essenziali che sono divenute fondamento del contratto si rivelano false. (3) Se non è possibile un adeguamento del contratto o esso non sia pretendibile da una delle parti, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. Nei rapporti di durata, al posto del diritto di recesso, subentra il diritto di disdetta». Si attribuisce pertanto alla parte onerata il diritto di chiedere l'adeguamento del contratto e soltanto se la revisione non è possibile o non possa pretendersi, quello di chiedere lo scioglimento del rapporto: emerge quindi il *favor* legislativo per l'adeguamento del rapporto contrattuale.
- 16 Si tratta dell'art. 1195 c.c., che prevede: «Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le

Negli ordinamenti di *common law*, invece, un simile approccio appare ancora oggi difficilmente giustificabile: prima di superare il principio del *pacta sunt servanda* occorre fornire una prova rigorosa del radicale mutamento dell'essenza stessa del contratto. Il *dna* del diritto contrattuale è, in questi sistemi, quello della *freedom of contract*, che mal sopporta l'idea che un giudice si inserisca nel regolamento contrattuale che le parti hanno autonomamente e volontariamente creato<sup>17</sup>.

La mentalità del *common lawyer* è così atavicamente legata a questi principi perché il principale postulato del principio *pacta sunt servanda* è la garanzia della certezza del diritto. Ogni centimetro in più che si lascia alle corti per cancellare il contratto a seguito di una sopravvenienza, è una minaccia alla certezza del diritto.

Emblematico, in tal senso, è un recente caso inglese del 2019: *Canary Wharf v European Medicines Agency* (EMA)<sup>18</sup>. Quest'ultima, nel 2014, aveva sottoscritto un contratto di locazione di un edificio a Londra di proprietà della Società *Canary Wharf*. Dopo la Brexit, nel 2018, la sede dell'EMA è stata spostata ad Amsterdam e pertanto l'EMA ha fatto istanza alla controparte per risolvere il contratto per *frustration*, in particolare sostenendo le sopravvenute *impossibilities*

juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

La disposizione ha introdotto così un procedimento a più fasi: 1. la parte svantaggiata può domandare la rinegoziazione; 2. nel caso di rifiuto della controparte o di fallimento della rinegoziazione i contraenti possono accordarsi per la risoluzione del contratto oppure chiedere al giudice l'adeguamento del contratto; 3. il giudice può quindi adeguare oppure sciogliere il contratto: *Révision pour imprévision*.

17 L'approccio inglese è, in particolare, molto restrittivo: le uniche tre ipotesi in cui può essere riconosciuta una *frustration* del *contract*, ancorché in casi eccezionali, sono la *legal impossibility*, la *physical impossibility* e l'*impossibility for purpose* (*coronation cases*). Con riferimento alla prima ipotesi si ricorda il caso *Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe* (1943), dove il contratto era divenuto impossibile perché il contraente, dopo l'inizio della seconda Guerra mondiale, era divenuto un Cittadino di uno Stato nemico. In altri casi è stato dichiarato illegittimo continuare con uno specifico progetto (*Metropolitan Water Board v Dick Kerr & Co Ltd* (1918)), o con un certo tipo di commercio (*Denny, Mott & Dickson Ltd. v Fraser (James B) & Co Ltd* (1944)). La seconda ipotesi è stata riconosciuta nei precedenti *Taylor v Caldwell*, [1863] EWHC J1 (QB); *Asfar v Blundell* (1895); *Jackson v Union Marine Insurance Co Ltd*. Il primo e più celebre caso che ha inaugurato la dottrina della presupposizione è *Krell v Henry* [1903] 2 KB 740.

Per quanto riguarda la giustificazione teorica della *doctrine of frustration*, superata la tesi dell'*implied term* e della *just and reasonable solution*, c'è oggi una generale condivisione che il *test* per accertare la *frustration* del contratto sia quello basato sull'accertamento di un «radical change in the obligations undertaken», come sancito da Lord Radcliffe in *David Contractors Ltd v Fareham Urban DC* (1956) AC 696, 729: «Frustration occurs whenever the law recognizes that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken in the contract. It was not this that I promised to do».

18 *Canary Wharf v European Medicines Agency*, [2019] EWHC 335 (Ch).

*for illegality* e *for purpose*. La società proprietaria dell'immobile non ha accolto la richiesta e ha citato in giudizio l'EMA chiedendo che fosse condannata al pagamento del canone di locazione. La Corte ha accolto la domanda attorea sottolineando che la Brexit, ancorché fosse un evento non prevedibile, tuttavia non potesse portare allo scioglimento del contratto perché le parti non avevano previsto una clausola in tal senso. Alla base del contratto, i giudici concludono, non era del resto ravvisabile alcun intento comune delle parti che avrebbe giustificato una sua rilettura in senso "solidaristico". Esse, al contrario, erano, come è fisiologico, animate da interessi contrapposti: EMA era interessata ad ottenere la disponibilità dei locali al prezzo più basso possibile, e *Canary Wharf* ad estendere per il maggior numero di anni il contratto.

#### 4. Qualche provvisoria conclusione

L'analisi (sia pure svolta solamente per cenni) della disciplina delle sopravvenienze in materia contrattuale fa emergere ancor oggi significative differenze culturali tra la tradizione continentale e quella di *common law*: l'una vede sempre di più nel contratto un momento di incontro solidaristico, l'altra, invece, il raggiungimento di una "pace armata" tra parti portatrici di interessi contrapposti. Con il primo modello si giunge all'attuale, sempre più diffuso, entusiasmo per la rinegoziazione, anche giudiziale; nel secondo, l'idea di una intrusione nel contratto è quanto mai temuta ed osteggiata.

L'approccio solidaristico, per quanto molto ben comprensibile, implica criticità di non facile gestione. In primo luogo, la modifica giudiziale conduce alla definizione di contenuti contrattuali ad opera di soggetti, i giudici, privi di formazione o di esperienza per così dire commerciale. Non è quindi semplice ergerli a sacerdoti della rinegoziazione "giusta": specie quando si tratta di negoziazioni complesse, trovare un equilibrio dall'esterno è opera difficilissima, così come è estremamente complesso determinare quale parte sia quella debole e quindi meriti maggiore protezione. I tempi richiesti per una rinegoziazione giudiziale, del resto, sono eccessivamente lunghi rispetto ai tempi sollecitati dalla prassi contrattuale.

Occorre mettere in evidenza, poi, che con riferimento ai cc.dd. *relational contracts*<sup>19</sup>, da tempo si nota come i contraenti sono tendenzialmente pronti a sacrificare una parte delle loro pretese per conservare immutati i rapporti commerciali in essere. In questi casi, quindi, l'intervento di un organo giudiziario

---

19 I *relational contracts*, che possono essere definiti come contratti a lungo termine, sono caratterizzati dalla necessaria cooperazione delle parti nel corso dell'esecuzione del rapporto. L'autore più importante è considerato: I.R. MACNEIL, *The New Social Contract: an inquiry into modern contractual relations*, New Haven, 1980.

rinegoziatore non aggiungerebbe nulla a quello che tendenzialmente accadrebbe già in via “naturale”.

Non si deve sottovalutare, infine, il tema della certezza e della prevedibilità del diritto. Anche la incertezza contagia: se un sistema è solidaristico ma è incerto, esso piacerà sicuramente meno al mondo degli affari. Di recente, una società italiana ha deciso di impugnare un contratto di vendita e *lease back* con una controparte internazionale, sostenendo che, nei tempi in cui fu stipulato il contratto, essa era in difficoltà finanziaria e quindi l'altra parte si sarebbe approfittata della situazione di debolezza. Se, alla fine della vicenda, qualche autorità dovesse sostenere che quel contratto fu “ingiusto” e merita dunque un aggiustamento *ex post*, quel contraente internazionale ben difficilmente deciderà di investire ancora in Italia.

L'entusiasmo per la modifica giudiziale degli accordi, per l'intrusione dei giudici nel contratto rischia di creare un *vulnus* alla certezza molto più serio di quanto si possa immaginare. È forse opportuno lasciare che siano altri gli strumenti chiamati a rendere il nostro sistema un sistema giusto e solidale.



# I criteri di decisione nelle parole della legge e delle corti: alcune suggestioni

Rossella Esther Cerchia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro di riferimento. – 3. Nullità e *mandatory rules*. – 4. Il “trio of necessary considerations” di Lord Toulson. – 5. *Stoffel & Co v Grondona*. – 6. *Ecila Henderson v Dorset Healthcare University NHS Foundation Trust*. – 7. Conclusioni.

## 1. Premessa

L'impostazione metodologica che informa il corso di Dottorato di Diritto Privato Comparato prevede che ciascuna lezione sia dedicata ad illustrare un percorso di ricerca attuale, ossia in fase di svolgimento, che si incastoni con il tema generale<sup>1</sup>. In particolare, per quanto riguarda il metodo, vorrei riallacciarmi ad uno spunto offerto nella lezione introduttiva, ove si è posto in rilievo che il diritto europeo dei contratti, in sintonia con un movimento assai vasto, sta vivendo il passaggio dal modello di giudizio di tipo sostanzialmente sillogistico, ad un modello di giudizio fondato sulla corrispondenza della valutazione assiologica del fatto, giudicato rispetto a un set predeterminato di criteri di valutazione<sup>2</sup>. Si tratta di uno snodo alquanto spinoso che, tra l'altro, passa attraverso il difficile compito, affidato alle Corti Supreme, di scegliere e elaborare i criteri che poi debbono essere adottati dai giudici di merito, di modo che poi questi ultimi possano traslare i criteri in un giudizio su una fattispecie<sup>3</sup>. Nella stessa occasione si è anche posto in luce che, sebbene il ricorso a criteri di valutazione di una fattispecie, anziché alla sussunzione della stessa sotto una regola precisa e predeterminata, appaia più idoneo ad affrontare la complessità del diritto dei contratti, tuttavia esiste il pericolo che criteri di valutazione troppo generici, e quindi molto lontani dalla precisione semantica che ogni *regula juris*

---

1 Il ciclo di lezioni del *Curriculum* di Diritto Comparato per l'a.a. 2019/2020 è organizzato nell'ambito del “Dottorato in Diritto Comparato, Privato, Processuale Civile e dell'Impresa” dell'Università degli Studi di Milano.

2 Il riferimento è evidentemente alla lezione inaugurale del corso di PhD di A. GAMBARO dedicata ai “*Fondamenti culturali e metodologici del diritto europeo dei contratti: dalle leggi al caos e ritorno*”, prima relazione di questo volume.

3 *Ibidem*.

deve possedere, sfocino in giudizi caso per caso, che non producono alcuna *ratio decidendi* riproducibile per aggiudicare casi simili, con la conseguenza di generare un diritto incalcolabile<sup>4</sup>. Ebbene, riprendendo queste suggestioni, mi sembra che dei suggerimenti interessanti siano quelli che provengono da alcuni *trends* che negli ultimi anni hanno segnato l'area degli *illegal contracts*. Per delineare queste tematiche lo scorcio sarà quello di guardare i contratti illegali nel prisma della nullità per la violazione di *mandatory rules* e relativamente ai suoi effetti con specifico riferimento alla *soluti retentio*.

Ma prima di parlare del punto di arrivo, appare opportuno ricordare, sia pure succintamente, almeno qualche tappa di questi *trends*, anche se la tirannia del tempo costringe ad un volo d'uccello con lo sguardo chiaramente rivolto oltre i nostri confini municipali.

## 2. Il quadro di riferimento

Il quadro giuridico costituito dalla (relativa) sovrapposibilità tra contratto illegale e contratto nullo, nonché dalle due massime latine *ex turpi causa non oritur actio* e *in pari delicto potior est conditio defendentis* (che descrivono gli effetti specifici dell'illegalità «bilaterale») incarna un nucleo comune della *Western Legal Tradition*<sup>5</sup>.

Per quanto concerne il primo profilo, senza poter ripercorrere il lungo cammino del binomio “contratto *contra legem*” e “contratto nullo”, mi limito a menzionare le sue radici nel diritto romano, o meglio nella *lex Non dubium* del 439<sup>6</sup>, e il suo approdo, per lo meno a livello lessicale, attraverso lo *ius commune* europeo, in diversi codici continentali<sup>7</sup>.

Le sfaccettature di questa relazione sono molteplici. Qui il discorso è circoscritto ai contratti che violano norme imperative<sup>8</sup> quando il legislatore non abbia espressamente previsto la nullità, ossia le c.d. nullità virtuali o *implied prohibitions*.

4 *Ibidem*.

5 A. GAMBARO, *Western Legal Tradition*, in P. NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, III, New York, 1998, p. 687.

6 Sulla *lex Non dubium* vedi A. MASI, *Nullità (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 859 ss. e 864. Per ulteriori approfondimenti in prospettiva storico-comparatistica, vedi R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 701; T. MAYER-MALY, *The Boni Mores in Historical Perspective*, in *THRHR*, 1987, p. 60 ss.; W. DORN, *Illegality and Immorality*, in *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Oxford, 2009, p. 204.

7 Cfr., ad esempio, par. 134 *Bürgerliches Gesetzbuch*; art. 3:40 (2) *Burgerlijk Wetboek*; art. 879 (1) *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*; Art. 6.3 *Código Civil*; art. 174 del codice civile greco.

8 Su “mandatory rules” e “fundamental principles” vedi, ad esempio, i commenti al Chapter 7, Section 3: *Infringement of fundamental principles or mandatory rules*, in C. VON BAR, ET AL., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, European Law Publishers, 2009.

Come direbbe Erich Maria Remarque, nulla di nuovo sul fronte occidentale. È acquisito, sia nella *civil law* sia in *common law*, che la violazione di una norma imperativa, in mancanza di una norma puntuale ed espressa, possa tradursi nella nullità del contratto, ad opera del giudice, il quale potrà invocare principi generali al riguardo. Più specificatamente, è ovvio, e pertanto è operazione che passa sotto silenzio, che prima occorre interpretare il contratto ed anche la legge, ed il tema dell'interpretazione dell'uno e dell'altra è stato talmente sviscerato che siamo ormai avvertiti della complessità dell'attività ermeneutica e dei suoi esiti non sempre lineari. In secondo luogo, poiché legge cogente e contratto sono due insiemi normativi gerarchicamente ordinati, si deve verificare se il contenuto del contratto non possa essere adattato in modo tale da non portarlo a collisione con il contenuto della norma. Il principio di conservazione del contratto implica, infatti, che questa verifica preceda la dichiarazione di nullità, ossia dopo che si sia constatato che il contratto non può essere salvato per via di interpretazione, o di etero integrazione (altro tema generale rilevante), o invalidazioni selettive connesse alla categoria della nullità parziale. Tuttavia, anche la norma deve ricevere, come annunciato, una sua interpretazione e, secondo la teoria prevalente, una interpretazione che ne valorizzi lo scopo di *policy*. In vista di ciò, nell'ipotesi in cui si accerti il contrasto tra i due contenuti, occorre però vagliare se la nullità sia il presidio adeguato agli scopi di *policy* perseguiti dalla norma imperativa.

### 3. Nullità e mandatory rules

L'art. 1418 (1) del codice civile italiano (in seguito c.c. it.), di derivazione dal par. 134 del codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB) del 1900, stabilisce che i contratti contrari alle norme imperative sono nulli, a meno che la legge non disponga diversamente. Dati acquisiti sono, da una parte che il contratto possa essere nullo anche nel caso in cui il legislatore non abbia espressamente previsto la nullità e, relativamente alla seconda parte del comma, che non sia necessaria una esclusione esplicita, ma sia sufficiente desumerla in via interpretativa sulla base della *ratio*, ossia dello scopo della norma violata<sup>9</sup>.

Come noto, il nostro sistema è stato influenzato dal modello tedesco che colloca le invalidità poste a presidio dell'interesse individuale della controparte nella categoria dell'annullabilità e, perciò, implica che la nullità sia a presidio dell'interesse generale<sup>10</sup>.

9 Per gli opportuni approfondimenti vedi P. GALLO, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 2017, p. 848 ss.

10 Vedi S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020. Si vedano anche V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto, Artt. 1418-1423*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da F.D. Busnelli (già diretto da P. Schlesinger), Milano, 2015; G. SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*,

Senza poter ripercorrere l'enorme lavoro della dottrina e della giurisprudenza<sup>11</sup>, che hanno provveduto ad elaborare numerosi criteri per chiarire in quali casi la violazione di norme imperative comporti la nullità del contratto e in quali casi no<sup>12</sup>, ciò che stona è che, alla fine del predetto complesso processo logico-dialettico, il giudice sia confinato da un approccio ossificato nella scelta tra l'alternativa di ritenere il contratto valido oppure nullo. Due opposti estremi, che non sono toccati in alcun modo dal passaggio dal modello codicistico, imperniato sulla dicotomia nullità/annullabilità, ad un modello in cui la prima è declinata in varie forme (assoluta, speciale, relativa, di protezione, ecc.)<sup>13</sup>. Si rammenti, però, che le categorie dell'invalidità si sono sviluppate in un'economia *laissez faire* con minima interferenza della regola governativa. Successivamente, il passaggio epocale tra *laissez faire* e rapporti economici su cui insiste la categoria del contratto, ha comportato un ampliamento enorme della nozione di interesse pubblico o generale, che viene identificato con il contenuto del precetto regolativo, come contrapposto all'interesse individuale promosso dal contratto. In questa inflazione si sono inseriti anche molti interessi settoriali di tipo corporativo che si travestono agevolmente come pubblici, ed anche alcune istanze di protezione assoluta, veicolate da una lettura dilatata del principio di precauzione.

Però, la categoria della nullità, con tutto il suo seguito di conseguenze automatiche demolitorie, concepita come sanzione contro condotte contrattuali abnormi, nella nuova dimensione comporta il rischio che le sue conseguenze risultino sproporzionate alla gravità della lesione arrecata all'interesse pubblico.

---

(ed. 2<sup>a</sup>), Napoli, 2011; G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, 2011, p. 798; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008; F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema. Nullità e inesistenza del contratto*, I, Milano, 2004; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; G. BIANCHI, *Nullità e annullabilità del contratto*, Padova, 2002; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, (ed. 2<sup>a</sup>), Padova, 2008; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 293 ss.; I. BUGANI, *La nullità del contratto*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da F. GALGANO, Padova, 1990; A. GUARNERI, *La dichiarazione di nullità del negozio giuridico*, in *Studi parmensi*, 1983, p. 135; C. M. MAZZONI, *Invalità degli atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 225; G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 11; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 480.

11 Per un'efficace panoramica vedi P. GALLO, *Il contratto*, cit., p. 846 ss.

12 Cfr. A. DI MAJO, *La nullità*, in *Il contratto in generale. Trattato di Diritto Privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2002; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993. Vedi in generale, R. SACCO, *Le invalidità*, in *Il contratto*, (ed. 4<sup>a</sup>), Torino, 2016, pp. 1455-1544; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit.; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. prin.*, 1985, pp. 435-453; R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*. Estratto da *Legislazione economica (settembre 1978-1979)*, Milano, 1981, pp. 271-367; G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, cit.

13 Cfr. P. GALLO, *Il contratto*, cit., p. 877 ss.

Difficilmente l'equilibrio tra le circostanze del caso concreto, i rimedi e gli interessi in gioco, possono essere raggiunti se non abbandonando un approccio così netto: contratto valido o contratto nullo. Non stupisce, quindi, che le moderne leggi modello abbiano preferito un approccio più elastico alla questione<sup>14</sup>.

Gli UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*<sup>15</sup>, i *Principles of European Contract Law* (PECL)<sup>16</sup> o il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)<sup>17</sup>, nel caso di contratti che violano *mandatory rules*, hanno optato per attribuire al giudice il potere di scegliere tra una pluralità di rimedi, come dichiarare valido il contratto, oppure annullarlo con effetto retroattivo, in tutto o in parte, o ancora modificare il contratto o i suoi effetti. Queste leggi modello sono chiaramente indirizzate alla ricerca di un equilibrio tra le violazioni e le circostanze del caso e i possibili rimedi. Questa elasticità nelle conseguenze della violazione, per non precipitare nell'arbitrio del giudizio caso per caso, è assistita da una serie di criteri che devono essere tenuti in considerazione quali, ad esempio: lo scopo della norma violata; la categoria di persone per la cui protezione la norma esiste; qualsiasi altra sanzione imposta in base alla norma violata; la gravità della violazione stessa; se la violazione è stata intenzionale; se una o entrambe le parti sapevano o avrebbero dovuto sapere della violazione; se l'esecuzione del contratto richiede la violazione; le ragionevoli aspettative delle parti; la vicinanza della relazione tra la violazione e il contratto. Traducendo sommariamente questo indirizzo si può affermare che il giudicante ha un più ampio ventaglio di rimedi tra cui scegliere per graduare le conseguenze della violazione, ma questa maggiore apertura non è lasciata a un generale principio di "giustizia o equità", invece è guidata da un dato insieme di criteri conoscibili *ex ante*, volto ad evitare che una maggiore flessibilità nella scelta del rimedio adeguato al caso possa degenerare nell'imprevedibilità degli esiti giudiziari e quindi, in definitiva, nella inconoscibilità della legge<sup>18</sup>.

14 Cfr. S. MEIER, "Illegality," in *Commentaries on European Contract Laws*, N. JANSEN and R. ZIMMERMANN (eds.), Oxford, 2018, pp. 1887-1907.

15 UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*, art. 3.3.1 (Contracts infringing mandatory rules).

16 *Principles of European Contract Law*, Ch. 15, *Illegality*, art. 15:102 (Contracts Infringing Mandatory Rules).

17 *Draft Common Frame of Reference*, art. II.-7:302 (Contracts infringing mandatory rules).

18 Per un approfondimento di questa lezione di dottorato e un ampliamento del tema si consenta il rinvio a R.E. CERCHIA, *Alcune riflessioni in tema di illegal contracts*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2020, p. 377 ss.; EAD., *A Comparative Viewpoint on Illegal Contracts: In Favor of Flexibility and Proportionality*, in *Global Jurist*, 2021; A. GAMBARO, R.E. CERCHIA, *Le vicende dell'illegality nel mondo delle clausole generali*, in *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, R. SACCHI (a cura di), Milano, 2021, cds.

#### 4. Il “trio of necessary considerations” di Lord Toulson

Un aspetto specifico dell’indagine circa i rimedi riguarda il tema tradizionale della *soluti retentio*, problema su cui la giurisprudenza occidentale si è misurata da secoli e che quindi costituisce un ottimo banco di prova dell’approccio metodologico su cui ci si è brevemente intrattenuti<sup>19</sup>.

Come noto, mentre alcuni sistemi ne hanno fatto a meno, altri la hanno adottata<sup>20</sup>. Nel nostro sistema, l’art. 2035 c.c. it. dispone che chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisce offesa al buon costume, non può ripetere quanto ha pagato<sup>21</sup>. I confini perimetrali della categoria dei buoni costumi<sup>22</sup> – regole deontologiche, pre-giuridiche e non formalizzate,

19 La *soluti retentio* era attuata già in epoca romana e venne poi recepita dal diritto intermedio durante il quale se ne ampliò l’area di applicazione secondo la massima *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, vedi P. GALLO, voce *Ripetizione dell’indebitito*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento*, Torino, 2012, p. 880 ss. Sempre in prospettiva storico comparativa vedi R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 862 ss.

20 Cfr. A. GAMBARO, *Rule-based approach v. Range of factors approach. Note sui criteri con cui affrontare temi giuridici controversi*, in *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, Napoli, 2018, p. 123 ss.; ID., *L’Arbitro Bancario Finanziario e l’exceptio doli*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2020, I, II, p. 157.

21 Sul punto la letteratura è quanto mai vasta. Si consenta quindi un rinvio per i riferimenti bibliografici e approfondimenti a F. FERRARA SR, *Il pagamento ob turpem causam*, in *Studi senesi*, 1912, p. 219; A. TRABUCCHI, voce *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 700; P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 1 ss.; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; ID., *Illiceità di convenzioni elettorali*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, I, 20; P. PERLINGIERI, *L’incidenza dell’interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, IV, p. 933; G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Un’analisi economica*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 19; e ID., *Contratto e violazione di norme imperative*, cit.; D. CARUSI, *Contratto illecito e «soluti retentio». L’art. 2035 del Codice civile tra vecchie e nuove «Immoralità»*, Napoli, 1995; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999; P. GALLO, voce *Ripetizione dell’indebitito. L’arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 1 ss.; ID., *Arricchimento senza causa e quasi contratti. (I rimedi restitutori)*, in *Trattato di Diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2008; E. BARGELLI, *“Sinallagma rovesciato” e ripetizione dell’indebitito – L’impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 87; A. MANIACI, *Restituzioni e sanzioni civili indirette*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 338 ss.; A. NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, p. 783 ss.; L. TULLIO, *Le prestazioni indebite di fare tra nullità e irripetibilità*, Napoli, 2013; G. BARAGGIOLI, *I rimedi restitutori: spunti di riflessione tra problemi etici ed economici*, in *Contr. e impresa*, 2013, pp. 674-687; E. BARGELLI, *Ripetizione d’indebitito*, Torino, 2014; F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume*, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 2015, sub art. 2035; F.P. PATTI, “In pari causa turpitudinis”, *cinquant’anni dopo*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno. In occasione del novantesimo compleanno*, Napoli, 2018, II, p. 1537; F.P. PATTI, *The Denial of Restitution Under Italian Law: A Perspective on Patel v Mirza*, in *European Review of Private Law*, Vol. 26, II, p. 255.

22 Non sorprende che i buoni costumi abbiano ancora un ruolo importante in altre tradizioni. Ad esempio, in Cina, il Codice Civile della Repubblica Popolare Cinese (adottato in occasione della 3ª Sessione del XIII Congresso Nazionale del Popolo della Repubblica Popolare Cinese

intese come insieme dei principi etici condivisi dalla maggioranza della società in un determinato momento<sup>23</sup>, in modo tale che un atto contrario ad essi sarebbe percepito dalla maggioranza come immorale e vergognoso<sup>24</sup> – sembrano andare restringendosi<sup>25</sup> all'ampliarsi delle categorie dei contratti nulli per violazione di norme imperative e di quelli in violazione dell'ordine pubblico<sup>26</sup>. Questo comporterebbe, come conseguenza, una minore estensione della *soluti retentio* che è così confinata ai contratti contro i buoni costumi<sup>27</sup>. Non stupisce che anche la giurisprudenza sia apparsa piuttosto riluttante al suo utilizzo<sup>28</sup>. Tuttavia, da una

---

il 28 maggio 2020, che entrerà in vigore il 1° gennaio 2021) dedica alcuni articoli ai buoni costumi (in particolare gli artt. 8, 10, 143, 153).

- 23 Cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, (ed. 4<sup>a</sup>), Torino, 2016, p. 1003. Vedi sul tema anche G.B. FERRI, voce *Buon costume (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 1 ss.; F. MASTROPAOLO, *Appunti sulla nozione di buon costume come limite per l'autonomia privata*, in *Iustitia*, 1995, p. 307 ss.; F. DI MARZIO, *I contratti in generale*, Torino, 2000, p. 247 ss.
- 24 V. ROPPO, *Il contratto*, G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, (ed. 2<sup>a</sup>), Milano, 2011, p. 387; G. B. FERRI, *Buon costume*, cit., p. 5.
- 25 Questo per le ragioni, registrate anche nel sistema francese, tra cui quelle legate sia alla società pluralista, che potrebbe esprimere principi etici vari e contraddittori, sia all'inflazione legislativa che ha esteso l'area dei contratti contrari a norme imperative, sia al ruolo svolto dai diritti fondamentali (come la dignità o la solidarietà) nel controllo del contenuto di un contratto, vedi sul punto G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona: percorsi di una clausola generale*, Napoli, 2013; EAD., *Buon costume e ordine pubblico (in diritto comparato)*, *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento*, Torino, 2016, pp. 15-26; P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti giuridici*, (ed. 3<sup>a</sup>), Torino, 2018, p. 147 ss.
- 26 Nel senso della rilevanza della distinzione cfr. Cass. pen., sez. II, 17 settembre 2010, n. 35352; in tema cfr. Cass. civ., sez. III, 21 aprile 2010, n. 9441, in *Giust. civ.* 2011, I, 186, con nota di A.G. ANNUNZIATA, *La nozione di «buon costume» e applicabilità della soluti retentio ex art. 2035 c.c.*, in *Giur. it.*, 2010, 228, con nota di D. CARUSI, *Mandato illecito, «traffico d'influenza», divieto di ripetizione*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 1155, con nota di S. MASCIANGELO, *La contrarietà al buon costume di contratti illegali o vietati*.
- 27 R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, cit., p. 1001.
- 28 Nell'ultimo decennio sono poche le pronunce della Corte di Cassazione che hanno applicato la *soluti retentio*. Recentemente se ne segnalano due. La prima, Cass. civ., sez. I, 5 agosto 2020, n. 16706, secondo cui ai fini dell'applicazione della *soluti retentio* prevista dall'art. 2035 c.c., dal momento che le prestazioni contrarie al buon costume non sono soltanto quelle che contrastano con le regole della morale sessuale o della decenza, ma sono anche quelle che non rispondono ai principi e alle esigenze etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un certo momento storico, si deve ritenere contraria al buon costume, e come tale irripetibile, l'erogazione di somme di denaro in favore di un'impresa già in stato di decozione integrante un vero e proprio finanziamento, che consente all'imprenditore di ritardare la dichiarazione di fallimento, incrementando l'esposizione debitoria dell'impresa, trattandosi di condotta preordinata alla violazione delle regole di correttezza che governano le relazioni di mercato e alla costituzione di fattori di disinvolta attitudine «predatoria» nei confronti di soggetti economici in dissesto. La seconda, di due anni precedente, Cass. civ. ord., 3 aprile 2018, n. 8169, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3238, ha applicato la massima latina *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis* nel respingere la richiesta di ripetizione della somma di 20.650,84 euro asseritamente versata da un padre a titolo di compenso per la promessa di un posto di lavoro per la figlia in una Banca, presso cui la

parte, il confluire dei buoni costumi nell'ordine pubblico e, dall'altra, il possibile cumulo della contrarietà alla legge imperativa e al buon costume, potrebbero portare ad una lettura che ampli i margini della irripetibilità, il che solleverebbe non poche perplessità, stante il declinare della categoria dei contratti immorali e le note criticità sulla operatività concreta della *soluti retentio*, che sempre ha sollevato dubbi sulla sua capacità di garantire giustizia<sup>29</sup>.

C'è quindi il bisogno di appoggiarsi a giudici assai avvertiti sul punto e che, a prescindere dalla condivisibilità o meno delle singole decisioni, esplicitino, nelle loro motivazioni, i criteri adottati, senza celarli sotto richiami stereotipi a brocardi latini.

A questo riguardo, la UK *Supreme Court* (UKSC), negli ultimi anni, si è assunta il non facile compito di riordinare la materia della *defence* dell'*illegality*, dettando criteri che, se da un lato lasciano discrezionalità al giudicante, dall'altro lo

---

controparte aveva sostenuto di avere alcune conoscenze. Nonostante l'asserito pagamento, la figlia non era stata assunta. Sebbene il giudice *primae curae* avesse respinto la richiesta per mancanza di prove, la Corte d'Appello di Napoli, nella riforma della decisione del Tribunale, condannava l'*accipiens* a ripetere la predetta somma al padre in applicazione delle regole sulla restituzione per i pagamenti non dovuti (art. 2033 c.c.), sulla base della contrarietà a norme imperative, e non solo della immoralità della prestazione. L'*accipiens* ricorreva quindi alla Suprema Corte, che si pronunciava invece a favore dell'applicazione della regola della *soluti retentio*, affermando che la fattispecie descritta dalla Corte di merito – consegna di una somma di denaro ai fini di un interessamento (vero o presunto) per l'ottenimento di un posto di lavoro – integra certamente gli estremi di un negozio contrario a norme imperative, e quindi illecito, nonché di un negozio *contra bonos mores*, posto che è contrario al concetto di buon costume comunemente accettato il comportamento di chi paghi del denaro per ottenere in cambio un posto di lavoro (e ciò a prescindere dall'esito, magari anche negativo, della trattativa immorale). La Corte di Cassazione sottolineava che la Corte di Appello territorialmente competente aveva errato nel ritenere che se la condotta, oltre ad essere immorale, è anche illecita per contrarietà all'ordine pubblico, non si applicherebbe il regime dell'art. 2035 c.c. Infatti, secondo la Suprema Corte la contemporanea violazione da parte di una prestazione tanto dell'ordine pubblico quanto del buon costume, attingendo ad un livello di maggiore gravità, deve ricevere il trattamento peggiore previsto per la prestazione che sia (soltanto) immorale. In conclusione, il pagamento non poteva essere inquadrato nell'ipotesi dell'indebito oggettivo, bensì si imponeva l'applicazione dell'art. 2035 c.c., secondo il noto brocardo romanistico per cui *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*. Questa pronuncia è in senso opposto rispetto a quella di solo pochi anni precedenti di Cass., sez. pen., 17 settembre 2010, n. 35352, in un caso molto simile, in cui un padre aveva pagato una somma di denaro in cambio di una falsa promessa di assunzione delle figlie da parte di Poste Italiane S.p.A., la Corte di Cassazione si era orientata nel senso di reputare la questione di ordine pubblico e conseguentemente aveva ritenuto trovasse applicazione l'articolo 2033 c.c.

29 L'operatività concreta di questa eccezione alla disciplina della ripetizione per la prestazione effettuata in esecuzione del contratto nullo, a prescindere che si legghi la sua *ratio* all'evitare che si possa trarre profitto da attività illecite o all'idea di una pena privata o ancora un'applicazione del principio di auto-responsabilità, lascia perplessi nel momento in cui privilegia un soggetto, *in pari delicto*, che, tra l'altro, è il meno morale dei due, avendo l'altro tenuto fede al principio *pacta sunt servanda*.

guidano attraverso criteri trasparenti. Ma, prima di arrivare ad essi, è necessario ricordare che, nella tradizione di *common law*, con la *doctrine of illegality* si indica una *defence* da usare nel processo civile con cui il convenuto può paralizzare l'azione dell'attore perché quest'ultimo è stato coinvolto in un comportamento illecito che è collegato alla domanda proposta in giudizio. Questa *defence* può trovare applicazione in diverse aree del diritto, dal *tort*, *unjust enrichment*, *property rights*, *trusts*, alla *contract law*. La trasversalità e la moltitudine dei comportamenti e dei casi che possono essere definiti *illegal* hanno sempre reso scivolosa la materia. Anche restringendo il campo d'indagine ai soli *illegal contracts*, ossia i contratti *illegal* o *void* o *unenforceable*<sup>30</sup> perché contrari a leggi in senso formale, alla *common law* o alla *public policy*, l'operatività della *defence* non era scevra da critiche per la sua possibile ingiustizia<sup>31</sup>. Infatti, eccedendo l'*illegality*, si spogliava *tout court* l'attore dei *remedies* di *common law*<sup>32</sup>, paralizzandone l'azione per richiedere l'adempimento di un contratto *illegal*, per la ripetizione della prestazione già adempiuta<sup>33</sup> o per il risarcimento dei danni. Il *leading case* della materia è *Holman v Johnson*<sup>34</sup> del 1775, in cui Lord Mansfield CJ, in un *obiter dictum*, aveva affermato che nessuna Corte avrebbe prestato il suo aiuto a un uomo che fondasse la sua azione su un contratto immorale o illegale. Queste parole, ripetute di caso in caso, erano così divenute le fondamenta dell'*absolute bar* alle azioni summenzionate. Tuttavia, mentre certe istanze di elasticità per l'*enforceability* degli *illegal contracts* venivano accolte nel corso del tempo, molto più lunga è stata l'attesa per una soluzione più flessibile per l'azione di ripetizione.

L'eccessiva durezza e la potenziale ingiustizia di questo *absolute bar* hanno portato un altro sistema di *common law*, quello neozelandese, già a partire dalla fine degli anni Sessanta dello scorso secolo, a rivedere completamente la disciplina degli *illegal contracts*. Il Parlamento neozelandese, poco dopo la pubblicazione del Report<sup>35</sup> sull'*illegality* da parte del *Contracts and Commercial Law Reform*

30 Sulla categoria degli *illegal contracts* si consenta il rinvio a R.E. CERCHIA, *Alcune riflessioni in tema di illegal contracts*, cit., p. 378 ss.

31 Non stupisce infatti che le critiche alla dottrina dell'*illegality* nei sistemi di *common law* non siano una novità. Vedi, ad esempio, J.K. GRODECKI, *In pari delicto potior est conditio defendentis*, in *L.Q. Rev.*, LXXI, 1955, pp. 254-268; M.P. FURMSTON, *The Analysis of Illegal Contracts*, in *University of Toronto Law Journal*, XVI, 2, 1965-1966, pp. 267-309; S. SCHWARTZ, *Law Reform Commission of British Columbia, Report on Illegal Contracts*, 10 *Can. Bus. L.J.* 83 (1985), 83 ss.

32 Per una breve panoramica in italiano dei *remedies* contro l'inadempimento del contratto nel sistema inglese, si rinvia a R.E. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie. Unicità e pluralità di temi e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2012, p. 83 ss.

33 Osserva Lord Toulson: «Illegality has the potential to provide a defense to civil claims of all sorts, whether relating to contract, property, tort or unjust enrichment, and in a wide variety of circumstances» in *Patel v Mirza* [2016] UKSC 42, al par. 2.

34 *Holman v Johnson* (1775) 1 *Cowp* 341.

35 La legge del 1970 era stata preceduta dal *Report of The Contracts and Commercial Law Reform Committee on the Law Governing Illegal Contracts* dell'ottobre del 1969.

*Committee*, aveva promulgato una specifica legge per disciplinare la materia<sup>36</sup>. Secondo il legislatore neozelandese, nessun approccio basato su una regola rigida avrebbe fornito la flessibilità necessaria per trattare i variegati casi di *contracts tainted with illegality*. Così, l'*Illegal Contracts Act* del 1970, pur prevedendo come regola generale che i contratti illegali non abbiano alcun effetto<sup>37</sup>, attribuiva poi alle Corti un ampio potere discrezionale per procedere in modo appropriato al caso concreto, accordando «such relief by way of restitution, compensation, variation of the contract, validation of the contract in whole or part or for any particular purpose, or otherwise howsoever as the court in its discretion thinks just»<sup>38</sup>. La legge lasciava ampia discrezionalità al giudice per valutare il rimedio più idoneo, dettando alcuni criteri molto generici, come tener conto del comportamento delle parti, in caso di violazione di una legge, dell'oggetto della stessa e della gravità delle sanzioni espressamente stabilite per le violazioni della stessa e, infine, di qualsiasi altro elemento che il giudice ritenesse opportuno. Il tutto seguendo l'esplicita direttiva che il rimedio scelto non fosse contrario all'interesse pubblico<sup>39</sup>. La legge del 1970 è stata abrogata e sostituita dal *Contract and Commercial Law Act* (CCLA) del 2017<sup>40</sup>, che è in linea di assoluta continuità con la precedente, e sostanzialmente ne riproduce il contenuto<sup>41</sup>.

Tornando all'esperienza inglese, e dovendo trarre una storia breve da una lunga, si può ricordare che, già dagli anni 80 e 90 del secolo scorso, la *case law* aveva respinto l'applicazione dell'*illegality defence* nella sua forma più dura<sup>42</sup>, e aveva iniziato ad applicare la *rule* secondo cui le Corti si sarebbero rifiutate di assistere l'attore, *in pari delicto*, nella sua azione, solo nel caso in cui ciò fosse stato «an affront to the public conscience»<sup>43</sup>. Questo criterio, considerato da molti troppo

36 Vedi, in generale, R.A. BUCKLEY, *Illegality and Public Policy*, 4<sup>a</sup> ed., UK, 2017, p. 305 ss.; J. FINN, S. TODD, M. BARBER, *Burrows, Finn and Todd on the Law of Contract in New Zealand*, 6<sup>a</sup> ed., Wellington, 2018, p. 467 ss.; A. BECK, *Illegality and the Courts' Discretion: The New Zealand Illegal Contracts Act in Action*, in NZULR, XIII, 1989, p. 389; C. O'FEE, *Patel v Mirza and the Future of the Illegality Doctrine in New Zealand* (October 29, 2019). Victoria University of Wellington Legal Research Paper, Student/Alumni Paper No. 27/2019.

37 *Illegal Contracts Act* 1970, Section 6 (1).

38 *Ivi*, Section 7(3).

39 *Ivi*, Section 7(4).

40 Vedi *Contract and Commercial Law Act* 2017 [CCLA], *Subpart 5 — Illegal contracts*.

Sull'incidenza dell'*Accident Compensation Act* 2001, anche in tema di *illegality*, vedi O'FEE, *op. cit.*

41 J. FINN, S. TODD, M. BARBER, *Burrows, Finn and Todd on the Law of Contract in New Zealand*, cit., p. 467.

42 La regola generale che non consentiva di agire per *restitution* o *unjust enrichment* ha sempre avuto delle eccezioni. Le più note sono quando colui che agiva non era *in pari delicto* o quando il creditore si era ritirato dalla transazione durante il *locus poenitentiae* (uno spazio o un tempo per il pentimento). Vedi A.S. BURROWS, E. MCKENDRICK, J. EDELMAN, *Cases and Materials on the Law of Restitution*, 2<sup>a</sup> ed., Oxford, 2005, p. 597.

43 Vedi le sentenze della Corte di Appello del caso *Tinsley v Milligan* [1992] Ch. 310 e *Enro-Diam Ltd v Bathurst* [1990] 1 QB 1 (CA).

vago, venne infine respinto dalla House of Lords nel caso *Tinsley v Milligan*<sup>44</sup>, in cui la maggioranza della Corte optò il c.d. “reliance test” secondo cui «a party to an illegality can recover by virtue of a legal or equitable property interest if, but only if, he can establish his title without relying on his own illegality»<sup>45</sup>. Lord Goff, nella sua *opinion*<sup>46</sup>, suggerì che, se ci doveva essere un cambiamento di approccio nel trattamento dell’*illegality*, esso doveva essere proposto per via legislativa solo dopo una disamina da parte della *Law Commission*. Quest’ultima accolse l’invito pubblicando, negli anni a seguire, una serie di *consultation papers* e *reports*<sup>47</sup>. Anche il c.d. “reliance test” venne criticato per l’arbitrarietà, per la potenziale ingiustizia e incertezza, e, soprattutto, perché si basava su questioni procedurali, piuttosto che sulle scelte di *policy* alla base della dottrina dell’*illegality*. In generale, si può affermare che la critica alla *defence* non era che le regole in vigore fossero prive di principi, ma, piuttosto, che fossero indiscriminate nel loro effetto, e quindi capaci di produrre ingiustizia<sup>48</sup>.

L’occasione, per la UKSC, per riordinare la materia, si è presentata, nel 2016, con il caso *Patel v Mirza*<sup>49</sup> (d’ora innanzi, per brevità, Patel), con cui la Corte ha potuto definitivamente riscrivere questa pagina del diritto inglese con quella che è stata definita come una delle più significative sentenze degli ultimi anni in materia di diritto privato<sup>50</sup>. I fatti del caso sono abbastanza semplici: Patel aveva pagato la somma di 620.000 sterline a Mirza. Il pagamento era stato effettuato sulla base dell’accordo che Mirza avrebbe utilizzato tale importo per speculare sul prezzo di alcune azioni, utilizzando informazioni privilegiate che quest’ultimo si aspettava di ottenere da alcuni suoi contatti. L’accordo tra i due uomini era un contratto per commettere un reato e una *criminal conspiracy* (l’*insider trading* è, infatti, contrario al par. 52 del *Criminal Justice Act 1993*). L’aspettativa del signor Mirza si era però rivelata errata e l’operazione speculativa non aveva avuto luogo. Nonostante le promesse, Mirza non aveva restituito il denaro a Patel, divenuto così attore nella richiesta di restituzione che gli fu accordata dalla Corte di Appello. Mirza si appellò quindi alla Corte Suprema dove i nove giudici all’unanimità si pronunciarono per il rigetto.

Sebbene l’UKSC sia stata unanime nel risultato, il ragionamento su cui è stata fondata la decisione ha diviso la Corte. La maggioranza era a favore di un

44 [1993] UKHL 3, [1994] 1 A.C. 340.

45 Ivi, Lord Browne-Wilkinson al 375.

46 Ivi, Lord Goff of Chieveley al 364.

47 Tra questi si veda almeno il *report* conclusivo: THE LAW COMMISSION, *The Illegality Defence*, Final Report No 320, 2010.

48 *Supra* nota 44.

49 [2016] UKSC 42.

50 S. GREEN, A. BOGG (eds.), *Illegality after Patel v Mirza*, cit., p. 2.

approccio basato su un *range of factors*<sup>51</sup>, mentre la minoranza ne avrebbe preferito uno basato su una regola<sup>52</sup>.

La maggioranza ha scelto un approccio “flessibile” costruito su una serie di criteri, ora conosciuto come il c.d. “trio of necessary considerations” di Lord Toulson<sup>53</sup>. Quest’ultimo ha chiarito che, fondamentalmente, la *ratio* della *doctrine of illegality* è che sarebbe contrario all’interesse pubblico far valere una pretesa se ciò fosse dannoso per l’integrità dell’ordinamento giuridico (o, eventualmente, per alcuni aspetti della morale pubblica, i cui confini non sono mai stati del tutto chiariti e che, in questo caso, non vengono presi in considerazione). Inoltre, ha specificato che per valutare se l’interesse pubblico venisse danneggiato, sarebbe necessario: «(a) to consider the underlying purpose of the prohibition which has been transgressed and whether that purpose will be enhanced by denial of the claim, (b) to consider any other relevant public policy on which the denial of the claim may have an impact and (c) to consider whether denial of the claim would be a proportionate response to the illegality, bearing in mind that punishment is a matter for the criminal courts»<sup>54</sup>.

Lord Toulson ha messo in luce come, in tale contesto, vari criteri possano essere rilevanti e ha aggiunto altresì che sarebbe un errore suggerire al giudice di decidere un caso in modo arbitrario. Ha inoltre aggiunto che: «The public interest is best served by a principled and transparent assessment of the considerations identified, rather by than the application of a formal approach capable of producing results which may appear arbitrary, unjust or disproportionate»<sup>55</sup>.

Questa decisione segue un approccio flessibile ed elastico, rendendo noti i criteri che guidano le scelte aggiudicative ed evitando così critiche di eccessiva imprevedibilità o incertezza dell’esito aggiudicativo.

51 Palese sull’approccio prescelto dalla UKSC è l’influenza del lavoro di A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford, 2016, p. 229 ss.

52 *Ex multis* vedi A. GAMBARO, *Rule-based approach vs. Range of factors approach*, cit.; A. BURROWS, *Illegality after Patel v Mirza*, *Current Legal Problems*, LXX, 1, 2017, pp. 55-71; ID., *A New Dawn for the Law of Illegality* in S. GREEN, A. BOGG (eds.), *Illegality after Patel v Mirza*, cit., p. 23; J. GOUDKAMP, *The end of an era? Illegality in private law in the Supreme Court*, in *L.Q. Rev.*, CXXXIII, 2017, pp. 14-20; A. GRABINER, *Illegality and Restitution Explained by the Supreme Court*, in *Cambridge L.J.*, LXXVI, 1, 2017, p. 18; E. LIM, *Ex Turpi Causa: Reformation Not Revolution*, in *Mod. L. Rev.*, LXXX, 5, 2017, p. 927. Vedi anche F.P. PATTI, *The Denial of Restitution Under Italian Law*, in *European Review of Private Law*, LVI, 2018, p. 255, che analizza il caso dalla prospettiva italiana.

53 Alcune parti della discussione sono adattate da R.E. CERCHIA, *Alcune riflessioni in tema di illegal contracts*, cit.; EAD., *A Comparative Viewpoint on Illegal Contracts: In Favor of Flexibility and Proportionality*, cit.

54 [2016] UKSC 42, par. 120.

55 *Ibidem*.

## 5. Stoffel & Co v Grondona

La UK *Supreme Court* non si è sottratta al suo ruolo di guida dello sviluppo del *common law* e, recentemente, ha avuto modo di tornare sulla messa in opera del “trio of necessary considerations” di Patel, in contesti alquanto diversi, con due pronunce, entrambe emesse in data 30 ottobre 2020.

Più interessante il primo caso, *Stoffel & Co v Grondona*<sup>56</sup> (d’ora innanzi, per brevità, Stoffel), nel quale uno studio legale, Stoffel & Co, ha provato ad utilizzare la *defence* dell’*illegality* per sottrarsi alla propria responsabilità nei confronti di una loro cliente, la signora Grondona, per la colpevole mancata registrazione dei documenti che effettuavano un passaggio di proprietà. L’*illegality* era legata al fatto che il trasferimento della proprietà facesse parte di una più complessa truffa ordita dalla loro cliente e da altri per ottenere un mutuo ipotecario. Il passaggio di proprietà non serviva a perfezionare la truffa che si era realizzata grazie a mendaci dichiarazioni rese dalla signora Grondona.

Al tempo del giudizio di primo grado, il giudice aveva seguito il summenzionato *reliance principle* del caso *Tinsley v Milligan*<sup>57</sup> e, dal momento che l’attrice non doveva basarsi sull’*illegality* per fondare le proprie richieste, questi aveva ritenuto che la difesa della *ex turpi causa* non fosse applicabile. Poco dopo la sentenza di primo grado, la UKSC si era pronunciata sul caso Patel, quindi, nel giudizio davanti alla *Court of Appeal*, lo studio legale Stoffel, tra gli altri motivi, aveva affermato che il precedente di Tinsley era stato scavalcato da Patel e, proprio in applicazione di quest’ultimo, l’appellante riteneva che la signora Grondona non avesse diritto ad agire. La *Court of Appeal*, applicando i criteri articolati da Lord Toulson in Patel, riteneva che non vi fosse alcuna ragione per discostarsi dalla conclusione del giudice di primo grado, secondo cui la signora Grondona poteva agire in giudizio per richiedere il risarcimento dei danni sofferti. In particolare, la Corte di Appello, nell’applicare il “trio of necessary considerations”, metteva in luce, relativamente al primo criterio di Patel: (a), che le truffe relative ai mutui ipotecari sono un danno per la società e che sia estremamente importante che coloro che li richiedono non siano autorizzati dalla legge ad abusare del sistema. Tuttavia, la Corte sottolinea che non si percepisce alcun interesse pubblico a permettere agli avvocati che si occupano dei trasferimenti di proprietà (o, in termini finanziari, ai loro assicuratori), che non sono parte della truffa e nulla ne sanno, di sfuggire ai loro obblighi professionali semplicemente a causa del fatto che i clienti per i quali agiscono hanno fornito dichiarazioni false per ottenere un mutuo. Al contrario, argomenta la Corte di Appello, sembra che ci siano più probabilità che si evitino truffe di tal fatta se gli avvocati capiscono che devono essere vigili e stare attenti a potenziali irregolarità. Inoltre, continua la Corte, l’idea

56 [2020] UKSC 42.

57 Vedi *supra* nota 44.

che non permettere la richiesta di risarcimenti, come quello promosso dalla signora Grondona, gioverebbe alla lotta contro questo tipo di reati, sarebbe perlomeno discutibile<sup>58</sup>. Guardando al secondo criterio di Patel (b), la Corte di Appello afferma che esiste un autentico interesse pubblico a garantire che i clienti che si avvalgono dei servizi degli avvocati abbiano il diritto di agire per le negligenze di questi ultimi, in circostanze in cui il cliente non cerchi di trarre profitto dalla sua truffa, ma semplicemente di ottenere che la garanzia del creditore sia adeguatamente protetta dalla registrazione<sup>59</sup>. Infine, per quanto riguarda l'ultimo criterio (c), la Corte di secondo grado ritiene che sarebbe del tutto sproporzionato negare la richiesta della signora Grondona<sup>60</sup>. A fronte di questa sentenza, lo studio legale Stoffel & Co ricorre alla UKSC perché ritiene, tra l'altro, che la Corte di Appello abbia errato nell'applicare le “*Patel v Mirza* guidelines”. La UKSC<sup>61</sup> ne respinge all'unanimità il ricorso e stabilisce che l'azione della signora Grondona non sia preclusa dalla *defence* della *illegality*, avallando le motivazioni della Corte di Appello. La UKSC, dopo aver richiamato la *ratio* di Patel, ha evidenziato che la messa in opera del “trio of necessary considerations” non deve essere un processo meccanico. Questi criteri sono infatti rilevanti per determinare se permettere una azione “macchiata” dall'*illegality* danneggerebbe l'integrità del sistema giuridico permettendo delle contraddizioni. La UKSC afferma che, relativamente alle *considerations* (a) e (b), la Corte deve identificare le *policy considerations* ad un livello relativamente alto di generalità prima di prendere in considerazione la loro applicazione alla fattispecie concreta. La domanda essenziale è se accettare l'azione che è in qualche modo viziata dall'*illegality*, nuocerebbe all'integrità del sistema giuridico. La risposta dipenderà dal fatto che essa sia o meno in contrasto con le *policies* che il sistema giuridico persegue o, se ci sono *policies* in contrapposizione, da dove si trova l'equilibrio. Mentre la proporzionalità del criterio (c), invece, richiede la disamina attenta del caso concreto. Quest'ultima fase non è sempre necessaria. Infatti, se il giudice, dopo aver esaminato le *policy considerations* nelle fasi (a)<sup>62</sup> e (b)<sup>63</sup>, stabilisce che l'azione non deve essere preclusa

58 [2018] EWCA Civ. 2031, al 37.

59 Ivi, al 38.

60 Ivi, al 39.

61 [2020] UKSC 42.

62 Lord Lloyd-Jones, estensore della sentenza, al 27/31, osserva che la signora Grondona è coinvolta in una truffa relativa a mutui ipotecari, che è un grave reato. Tuttavia, respingere la sua azione contro lo studio legale non rafforzerebbe lo scopo di fondo del divieto di questo tipo di truffe. È infatti improbabile che i truffatori siano scoraggiati dal rischio di rimanere senza un rimedio civile se i loro avvocati si dimostrano negligenti. Mentre consentire la azione aumenterebbe la protezione che la legge fornisce ai creditori ipotecari e ad altri membri del pubblico, che è un ulteriore scopo di fondo del divieto di truffa ipotecaria.

63 Lord Lloyd-Jones, al 32/35, afferma che respingere l'azione della signora Grondona sarebbe in contrasto con diverse importanti *public policy*. In particolare, risulterebbe contrario sia alla *policy* secondo cui gli avvocati devono adempiere in modo diligente i loro mandati sia a quella

dalla *defence* dell'*illegality*, non è necessario valutare la proporzionalità perché non c'è il rischio di un danno sproporzionato<sup>64</sup>. Se, invece, un bilanciamento delle *policy considerations* suggerisce di respingere l'azione, allora sarà necessario considerare il criterio della proporzionalità<sup>65</sup>.

## 6. Ecila Henderson v Dorset Healthcare University NHS Foundation Trust

Il medesimo giorno è stata pubblicata anche un'altra sentenza sulla *illegality defence*, *Ecila Henderson v Dorset Healthcare University NHS Foundation Trust*<sup>66</sup>. Il caso si inserisce in un contesto giuridico totalmente diverso, tuttavia merita un brevissimo cenno. I fatti di causa sono piuttosto semplici. La signora Henderson, malata di schizofrenia paranoica, mentre era in cura sotto la responsabilità della Dorset Healthcare, aveva pugnalato a morte sua madre durante un grave episodio psicotico e per questo era poi stata condannata per omicidio colposo. L'attrice aveva agito contro la Dorset Healthcare per farsi risarcire di una serie di danni legati all'omicidio e alla seguente condanna penale. La convenuta, pur avendo ammesso la propria responsabilità per non aver ricoverato l'attrice quando le sue condizioni psichiatriche erano peggiorate, evitando così il tragico omicidio, eccepiva la *defence* dell'*illegality* per opporsi alla richiesta di risarcimento secondo il precedente della House of Lords *Gray v Thames Trains Ltd*<sup>67</sup> (d'ora innanzi, per brevità, Gray), un caso del tutto analogo. Sia la *High Court* che la Corte d'Appello avevano in effetti ritenuto che il caso Gray fosse vincolante. La signora Henderson ricorreva alla UKSC, chiedendo sia un *distinguishing* rispetto a Gray, sia reputando che quel precedente potesse essere stato scavalcato da *Patel v Mirza* e, in caso contrario, chiedeva di appurare se tutte le voci di danno richieste fossero inesigibili. La UKSC, con l'arresto del 30 ottobre 2020, ha respinto all'unanimità il ricorso della signora Henderson e ha dichiarato che la sua azione era preclusa dalla

---

che impone che chi subisce un danno per colpa degli avvocati deve essere risarcito. Inoltre, negare l'azione risulterebbe anche in contrasto con il fatto che la legge riconosce un *equitable property right* alla signora Grondona.

64 Lord Lloyd-Jones, infine, afferma che non sarebbe necessario considerare il terzo criterio, quello della proporzionalità, ma dichiara di volerlo fare lo stesso, concludendo che non sarebbe proporzionato respingere la domanda della signora Grondona perché è concettualmente separata dalla truffa. Accordare la richiesta di risarcimento della signora Grondona non le permetterebbe di trarre profitto dalla truffa e, comunque, dopo *Patel v Mirza*, l'attenzione della Corte deve focalizzarsi sulla necessità di evitare contraddizioni che possano danneggiare l'integrità del sistema giuridico e non sulla questione che chi agisce possa trarre profitto dall'*illegality*, che rimane rilevante ma non è più il vero *focus*.

65 [2020] UKSC 42, al 26.

66 [2020] UKSC 43.

67 [2009] UKHL 33.

*illegality*. Senza scendere nel dettaglio della motivazione, la UKSC afferma che non ci sia spazio per un *distinguishing* rispetto a Gray, sempre valido e vincolante, non essendo questo in contrasto con Patel, e aggiunge che i criteri di quest'ultimo sono, in generale, una guida per i casi di *illegality* nel diritto privato<sup>68</sup>. Per quanto riguarda i tre criteri indicati in Patel, la UKSC conferma che essi dovrebbero, di norma, poter essere affrontati a un livello di generalità che non renda necessarie le prove e che essi comportano un bilanciamento tra le *policy considerations* che emergono in a) e b), e che il criterio c) si riferisce alla proporzionalità e alle circostanze del caso, piuttosto che a *policy considerations* generali<sup>69</sup>. Sul punto, quando le *policy considerations* sono fermamente contro il rigetto della domanda, non sarà necessario considerare la fase (c) e la relativa proporzionalità<sup>70</sup>, che, del caso, andrebbe valutata tenendo conto della centralità e della vicinanza del legame causale tra l'illegalità e la domanda<sup>71</sup>. La UKSC aggiunge che è opportuno dare grande peso alla *policy consideration* che una persona non dovrebbe trarre profitto dal proprio illecito e che la legge dovrebbe essere coerente<sup>72</sup>.

## 7. Conclusioni

Le diverse angolazioni con cui si sono guardati gli *illegal contracts* hanno messo in luce che la complessità della materia non consente soluzioni semplici e regole rigide con cui disciplinarla.

La risposta a questa spinosa tematica si può scorgere nella duttilità dei rimedi che, tuttavia, per essere maneggiata, richiede una discrezionalità per trovare un equilibrio tra le violazioni, le circostanze del caso e i relativi rimedi. Tutta la ragionevole prevedibilità della decisione giuridica rivendica che quest'approccio plastico sia accompagnato da criteri trasparenti e intellegibili che guidino il decisore e siano conoscibili *ex ante*. Le moderne leggi-modello in materia di contratti che violano le *mandatory rules* seguono questa impostazione.

In generale, formulazioni normative che si affidano alla discrezionalità del giudicante hanno bisogno di appoggiarsi a giudici assai avvertiti, che concretizzino ulteriormente tali linee guida in criteri atti a guidare le corti e che siano poi da queste seguiti, così da assicurare esiti giurisprudenziali prevedibili.

In tema di effetti di *illegal contracts*, il sistema inglese sembra un'ottima cartina tornasole. Nel corso del tempo, infatti, la durezza della *defence* basata sull'*illegality* è stata attenuata, ma la mancanza di criteri chiari aveva creato non poca incertezza sugli esiti giudiziali. La UKSC, che ha al suo arco l'esperienza affinata nel corso

---

68 Ivi al 77.

69 Ivi al 116 ss.

70 Ivi al 123.

71 Ivi al 124.

72 Ivi al 121-122.

dei secoli da giudici che considerano la giurisprudenza fonte del diritto e che tengono in massima cura i precedenti, da cui si sentono in linea di massima vincolati, sembra aver vinto la sfida, che ancora impegna, con esiti più incerti, altri sistemi giuridici maggiormente restii a svelare i criteri delle proprie scelte.



# Cibo & diritto comparato: le etichette alimentari tra Europa e America Latina\*

*Sabrina Lanni*

SOMMARIO: 1. Le molteplici finalità dell’etichetta alimentare. – 2. Neuroscienze e vulnerabilità dei processi decisionali dei consumatori. – 3. Dal “Keyhole” svedese alla “Batteria a semaforo” italiana: il difficile percorso dell’armonizzazione dell’etichettatura alimentare nel mercato europeo. – 4. I *Warning Labels* e la prevalenza di finalità pubblicitarie negli orientamenti dell’etichettatura latinoamericana. – 5. Riflessioni conclusive.

## 1. Le molteplici finalità dell’etichetta alimentare

Il mercato europeo è attualmente privo di un’etichetta alimentare condivisa tra tutti i Paesi dell’UE. Da più parti si avverte l’esigenza di porre rimedio a quello che, soprattutto in termini di armonizzazione del diritto, può apparire un vero e proprio limite per la tutela europea dei consumatori, e ancor prima per la garanzia dei loro diritti. Invero, il cibo viaggia, e proprio per questa diffusa circostanza non sembra plausibile che lo standard europeo di un’informazione corretta ed esauriente risenta ancora oggi delle differenti regole nazionali di etichettatura<sup>1</sup>.

Nei dibattiti in atto, particolarmente accesi nello scorcio dell’anno in corso, rivestono un ruolo cruciale, sia le riflessioni sulla tutela del consumatore, sia quelle sulla protezione del mercato unico, sebbene con incidenza e peso diverso. Una certa qual enfasi verso la protezione del mercato unico si avverte in ambito giurisprudenziale: nel caso “Buy Irish”, ad esempio, la Corte Europea di Giustizia è stata perentoria nel sottolineare come, in riferimento ai caratteri dell’etichettatura, «qualsiasi atto che si rileva di indole tale da indurre i loro

---

\* Il contributo si inserisce nelle attività sviluppate per la Jean Monnet Chair ENFASIS co-finanziata dall’Unione Europea. Come concordato con la curatrice della raccolta il lavoro mantiene il taglio e l’impostazione della esposizione orale, con la sola aggiunta di un limitato apparato di note essenziali.

1 Per un quadro bibliografico L. MANEA-GH. EPURAN, *The Packaging and Labelling of Food Products in the European Regulatory Requirements*, in *Bulletin of the Transilvania University of Braşov*, 58, 2016, pp. 175 ss.; S. TOMMASI, *Food Diversity and Consumer Protection*, in *European Food and Feed Law Review*, 2017, pp. 220 ss.

destinatari ad acquistare prodotti nazionali rientra nelle misure d'effetto equivalente a restrizioni quantitative, vietate all'art. 30 del Trattato»<sup>2</sup>.

Diversamente, la dottrina gius-consumeristica, consapevole dell'ampliamento del quadro di riferimento del diritto dei consumatori in Europa e, quindi, delle molteplici aspettative nutrite dal consumatore di prodotti alimentari, lascia trasparire una riflessione più articolata. Il che equivale a dire che, rispetto all'analisi dei meri requisiti tecnico-giuridici che deve possedere lo strumento per eccellenza dell'informazione del prodotto alimentare, vale a dire l'etichetta, in relazione alla nutrizione ed alla salubrità degli alimenti, emergono anche altre preoccupazioni che si ritiene di poter soddisfare attraverso la promozione di un'etichetta alimentare europea<sup>3</sup>.

Avendo in considerazione i diritti ed i nuovi diritti che fanno capolino nel *consumerism* europeo, l'informazione trasmessa attraverso l'etichettatura del prodotto alimentare sembra dover tutelare, non solo la salute (favorendo la giusta ponderazione sugli effetti dei prodotti destinati a diventare parte integrante dell'organismo), ma anche l'eticità delle scelte alimentari (come dire la scelta di alimenti o ingredienti primari coltivati e/o allevati senza ledere gli altrui diritti fondamentali), come pure la preservazione degli ecosistemi (o meglio, la considerazione dell'impatto connesso alle proprie scelte alimentari sull'ambiente e sulle risorse naturali).

Esigenze gius-privatistiche si intersecano ed accavallano con esigenze gius-pubblicistiche. Se, da un lato, l'etichetta del prodotto alimentare rappresenta lo strumento attraverso cui prevenire e/o riequilibrare la posizione del contraente debole e, quindi, le asimmetrie ostative ad una scelta negoziale cosciente e ponderata, da un altro lato, l'etichetta del prodotto alimentare si configura come lo strumento attraverso cui tutelare in via preventiva e precauzionale, la sicurezza e la salute dell'intera platea dei consumatori e, non da ultimo, la sostenibilità del mercato europeo nel suo complesso.

Dal punto di vista normativo, tutte le risposte elaborate sul piano europeo trovano una cornice di riferimento nel Reg. CE 178/2002, che rappresenta la sintesi dei principi e delle regole per la tutela del consumatore di prodotti alimentari e, allo stesso tempo, la misura dei limiti della libertà di informazione imposta ai produttori in tema di sicurezza alimentare. Il Reg. CE 178/2002

2 Cfr. la sentenza 249/81 del 24/11/1982. In diverse circostanze, le attività riferibili agli Stati membri, finalizzate a valorizzare la commercializzazione dei prodotti agro-alimentari interni, sono state considerate dalla Corte di giustizia come misure idonee a produrre, almeno potenzialmente, degli effetti restrittivi sulla libera circolazione delle merci; con riferimento, ad esempio, all'uso di una lingua determinata per l'etichettatura dei prodotti alimentari, è significativa la causa C-366/98 (*Yannik Geffroy e Casino France*) del 12/9/2000.

3 Cfr. *Report from the Commission to the European Parliament and the Council regarding the use of additional forms of expression and presentation of the nutrition declaration*, COM (2020) 207 final ([https://ec.europa.eu/food/sites/food/files/safety/docs/labelling-nutrition\\_fop-report-2020-207\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/food/sites/food/files/safety/docs/labelling-nutrition_fop-report-2020-207_en.pdf)) p. 20.

rafforza il diritto dei consumatori alla corretta informazione rispetto a quanto già riconosciuto in via generale a favore della figura stessa (in modo particolare attraverso la Dir. CEE 374/85 sulle disposizioni legislative in materia di prodotti difettosi ed il Reg. EU 1924/2006 sulle regole di riferimento in tema di indicazioni nutrizionali), e impedisce esplicitamente tutti quei comportamenti che possano essere diretti ad ostacolare le scelte consapevoli dei consumatori in relazione agli alimenti che consumano (art. 8), come pure ribadisce, in linea generale, l'importanza della correttezza delle informazioni contenute nell'etichetta, al fine della qualificazione di un alimento come sicuro e commerciabile (art. 14, par. 3, lett. B), nonché la correttezza delle comunicazioni commerciali (art. 7).

Al riguardo è opportuno sottolineare come, sebbene il Reg. CE 178/2002 rappresenti la linea guida per la tutela del consumatore di prodotti alimentari, le risposte salienti sui requisiti che deve contenere il contenitore per antonomasia dell'informazione, vale a dire l'etichetta, sono ravvisabili tuttavia nel Reg. EU 1169/2011. In modo particolare, una norma di riferimento si individua nell'art. 7, in rapporto ai requisiti specifici che deve contenere un'etichetta per evitare che il consumatore finale sia indotto in errore. Essi appaiono una sintesi tra il complesso di regole già vigenti precedentemente e le pratiche leali d'informazione. Tra queste ultime spicca il criterio d'intelligibilità delle informazioni (chiare e accessibili) da parte del consumatore finale<sup>4</sup>.

L'intelligibilità e la trasparenza delle informazioni contenute in etichetta costituiscono una delle esigenze più sentite nella società civile poiché rappresentano l'antecedente logico dell'autodeterminazione del singolo. Si tratta di una valutazione che emerge dai considerando 4 e 26 del Reg 1169/2011 e che riguarda, in modo particolare, il contenuto dell'informazione trasmessa in etichetta, la cui giuridificazione risponde essenzialmente al tentativo di riequilibrare quelle asimmetrie informative che possono ostacolare una scelta negoziale cosciente e ponderata.

Se, nel contesto europeo, l'etichettatura dei prodotti alimentari appare contestualizzata prevalentemente sui diritti e sulle garanzie dei consumatori, soprattutto in relazione all'affidabilità nutrita verso informazioni corrette e leali, viceversa, nell'area latinoamericana, la sua considerazione emerge, in seno ai diversi formanti del diritto, prevalentemente in relazione alla garanzia del diritto alla salute ed all'onere dei poteri pubblici per la sua preservazione. Questa tendenza, a cui è possibile fare solo fugace menzione nel ristretto ambito di questo contributo, trova un segno tangibile anche a livello di armonizzazione sovranazionale del diritto: il riferimento è alla *Ley modelo de etiquetado de productos*

4 Cfr. A. DI LAURO, *Nuove regole per le informazioni sui prodotti alimentari e nuovi analfabetismi. La costruzione di una "responsabilità del consumatore"*, in *Rivista di diritto alimentare*, open access, 2012, (cfr. <http://www.rivistadirittoalimentare.it/rivista/2012-02/DI%20LAURO.pdf>) p. 18.

*alimenticios procesados y ultraprocesados para el consumo humano y protección a la salud* del Parlamento Latinoamericano e Caraibico (il c.d. Parlatino), dove, non a caso, la tutela della “persona” insegue e si sovrappone a quella del “consumatore”, verosimilmente per estendere l’ambito operativo della protezione auspicata al di là della relazione di consumo<sup>6</sup>, ma anche per sottolineare il suo stretto collegamento con la Carta di Ottawa, adottata in seno alla Conferenza internazionale sulla promozione della salute (1986), come pure con la Strategia mondiale sul Regime alimentare, l’attività fisica e la salute, approvata dai Paesi membri dell’Organizzazione Mondiale della Sanità (2004)<sup>7</sup>.

La disciplina dell’etichettatura alimentare risponde, nel contesto latinoamericano, alla esigenza di informare adeguatamente il consumatore sui rischi connessi al consumo eccessivo di alimenti considerati “non raccomandabili” per la salute, soprattutto avendo riguardo ad una categoria di soggetti vulnerabili, vale a dire i bambini e gli adolescenti (a cui si fa espressa menzione nell’art. 1 e nell’art. 5, lett. b della *Ley modelo* menzionata), in riscontro di una linea di intervento contro l’obesità che, come avrò modo di dire successivamente, emerge come tratto caratterizzante della giurisprudenza cilena sui temi di riferimento.

## 2. Neuroscienze e vulnerabilità dei processi decisionali dei consumatori

Nel contesto del diritto europeo, l’ambito operativo attribuito all’etichettatura dei prodotti alimentari è decisamente più vasto della tutela della salute del consumatore. In Europa, l’approccio interdisciplinare al diritto alimentare dei consumi ha evidenziato – soprattutto attraverso l’apporto delle neuroscienze e l’analisi dei fattori sociali che incidono sul fenomeno giuridico – come l’attuale consumatore sia divenuto sofisticato e complesso nelle esigenze alimentari<sup>8</sup>. Nelle sue scelte si ravvisa la combinazione di esigenze prettamente fisiologiche con esigenze sociali, quali, ad esempio, la necessità di garantire un ambiente non inquinato o depauperato dalle monoculture intensive, come pure l’interesse a preservare gli eco-sistemi attraverso scelte alimentari e di packaging

5 [https://parlatino.org/pdf/leyes\\_marcos/leyes/ley-modelo-etiquetado.pdf](https://parlatino.org/pdf/leyes_marcos/leyes/ley-modelo-etiquetado.pdf).

6 Sull’ampiezza dell’ambito soggettivo che contraddistingue nel diritto latino-americano la relazione giuridica di consumo rispetto a quanto emerge nel diritto europeo si rinvia a S. LANNI, *America Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del MERCOSUR tra problema e tecniche di unificazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 2005.

7 La *ley modelo* del Parlatino sottolinea come la strategia menzionata nel testo «alienta a que la empresa privada adopte prácticas de comercialización responsables, en particular con respecto a la promoción y la comercialización de alimentos con alto contenido de grasas saturadas, ácidos grasos trans, azúcares libres o sal, especialmente los dirigidos a los niños».

8 Sul rapporto neuroscienze-diritto dei consumi cfr. R. CATERINA, *Architettura delle scelte e tutela del consumatore*, in *Consumatori, Diritto e Mercato*, 2012, pp. 73 ss.

ecosostenibili, tanto che, sempre più frequentemente, si parla di “ambientalizzazione del diritto dei consumi”. Come dire che, sebbene a livello ancestrale il cibo rappresenti essenzialmente un’esigenza fisiologica per la persona, e, non da meno, uno strumento per la sua buona salute, attualmente emergono anche esigenze ulteriori di cui il diritto è chiamato ad avere debita considerazione.

Nella prospettiva di questo nuovo orientamento, i prodotti alimentari sono proiettati a soddisfare pienamente le diverse aspettative del consumatore, diventando sofisticati e complessi, non solo nella composizione nutrizionale e nei processi di produzione, ma anche attraverso la presentazione, l’imballaggio e le informazioni nell’insieme trasmesse con l’etichetta. Lo strumento originariamente ideato per le sole informazioni nutrizionali viene ad arricchirsi di funzioni ulteriori che, non di rado, trovano una collocazione volutamente strategica. Invero, il c.d. FOP (*front of pack label*) è in grado di comunicare immediatamente al consumatore (attraverso immagini, segni, colori e parole) un filtro di valutazione preliminare sui requisiti nutrizionali e/o sociali del singolo prodotto alimentare<sup>9</sup>.

Queste potenzialità dell’etichettatura alimentare sono note agli esperti del marketing. Non a caso si parla diffusamente di neuro-packaging, proprio per indicare l’applicazione delle neuroscienze alla progettazione strategica dell’etichettatura, al fine di far emergere adeguatamente il prodotto alimentare all’interno di una offerta sempre più vasta ed articolata di cibi dello stesso settore. Gli studi neuroscientifici e di psicologia comportamentale offrono diversi spunti per saggiare il prodotto dal punto di vista di un imballaggio e di una presentazione che risultino “*eye-catching*” e “*multisensory-fashionable*”. Attraverso la considerazione di queste diverse componenti del neuro-packaging si va oltre la superficie ed il contenuto tecnico dell’informazione da trasmettere, per rivolgere attenzione alla parte più istintiva ed emotiva, e quindi meno razionale, dei processi di scelta del consumatore<sup>10</sup>.

Le neuroscienze parlano di “neuroni specchio”<sup>11</sup>; accogliere questa conoscenza nella scelta di un format di etichettatura vuol dire utilizzare immagini attraverso le quali il consumatore può essere coinvolto in processi come l’imitazione e l’emulazione. Si parte dalla consapevolezza che il complesso di informazioni veicolate al consumatore attraverso parole, immagini o colori, sia

9 Si vedano M. SIEGRIST-R. LEINS-HESS-C. KELLER, *Which Front-of-pack Nutrition Label is the Most Efficient One? The Results of an Eye-tracker Study*, in *Food Quality and Preference*, 39, 2015, pp. 183-190.

10 In argomento rinvio a R. MAI-S. HOFFMANN, *How to Combat the Unhealthy – Tasty intuition: The Influencing Role of Health Consciousness*, in *Journal of Public Policy & Marketing*, 34/1, 2015, pp. 63-83 e al recente volume collettivo a cura di M. DIOTTO, *Neurobranding: il neuromarketing nell’advertising e nelle strategie di brand*, Hoepli, Milano, 2020.

11 È stato autorevolmente rimarcato come il coordinamento sociale non ricorra necessariamente alla lingua; per un approfondimento R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Mulino, Bologna, 2015, pp. 126 ss.

finalizzato ad influenzare e/o determinare il comportamento del consumatore stesso, facendo ovviamente salva la massima diffusione del prodotto nel mercato, e quindi il successo economico del produttore in termini concorrenziali, indipendentemente dalla natura del prodotto e, non di rado, dalla dubbia liceità dell'informazione veicolata.

I casi sono molteplici e vanno al di là del contenuto proprio del *front of pack labelling*.

Si pensi, ad esempio, al fenomeno del c.d. *Italian sounding*, consistente nell'uso di parole, immagini, combinazioni cromatiche, riferimenti geografici, marchi evocativi dell'Italia e del suo tipico tricolore, con l'intento comune di promuovere e commercializzare prodotti stranieri come se fossero *Made in Italy*<sup>12</sup>. Di tale fenomeno – che è diffuso prevalentemente nel mercato agro-alimentare in ragione dell'eccellenza riconosciuta alla produzione italiana – si sono occupate più volte le Corti di giustizia, sia a livello nazionale che a livello europeo. Basti pensare al “Parmesan”, che viene commercializzato all'estero, sfruttando l'assonanza con il ben più noto “Parmigiano”, e che ha dato luogo ad una sentenza storica sulla tutelabilità dei prodotti tipici da parte della Corte di Giustizia europea, che ha obiettato, a quanti come il governo tedesco ritenevano che la denominazione “Parmesan” fosse generica e quindi utilizzabile, come sia «tutt'altro che evidente che la denominazione “Parmesan” sia divenuta generica. Infatti, tranne il governo tedesco e, in un certo qual modo, quello austriaco, tutti i governi che hanno presentato osservazioni nel presente procedimento, nonché la Commissione, hanno fatto valere che la denominazione francese “Parmesan” costituisce la traduzione fedele della DOP “Parmigiano Reggiano”»<sup>13</sup>.

Conscio dell'impatto che tali pratiche possono avere sulla produzione italiana, il legislatore ha tentato di arginare il fenomeno con la legge 7 agosto 2012, n. 134, per il sostegno alle piccole e medie imprese nei mercati esteri e la diffusione internazionale dei loro prodotti e servizi, nonché per incrementare la presenza e la conoscenza delle autentiche produzioni italiane presso i mercati e presso i consumatori internazionali, al fine di contrastare il fenomeno dell'*Italian sounding* e della contraffazione dei prodotti agroalimentari italiani. Bisogna, peraltro, rilevare che il fenomeno dell'*Italian sounding* è molto più difficile da combattere rispetto alla contraffazione: infatti, mentre i prodotti contraffatti – violando marchi registrati o altri segni distintivi tutelati per legge quali, ad esempio, le denominazioni di origine – sono perseguibili legalmente, i prodotti

12 Sul tema dell'*Italian sounding* si veda I. CARREÑO-P. R. VERGANO, *Geographical indications, “Food Fraud” and the Fight Against “Italian sounding” Products*, in *European Journal of Risk Regulation*, 7, 2016, pp. 416 ss.

13 Il riferimento è alla causa C-66/00 del 25 giugno 2002 (ECLI:EU:C:2002:397).

“*Italian sounding*” non violano espressamente alcuna disposizione, pur potendo generare nel consumatore (soprattutto se non italiano) una certa confusione<sup>14</sup>.

Un altro esempio che spicca è quello dell’uso/abuso dei riferimenti lessicali e cromatici evocativi della naturalità del prodotto e/o degli ingredienti naturali utilizzati. Si pensi, ad esempio, alla presentazione e all’etichettatura di una marmellata di fragole, posta in commercio da una società tedesca (il c.d. *Naturrien case*<sup>15</sup>), per la quale la Corte di giustizia dell’Unione europea è intervenuta sull’uso della denominazione «naturalmente pura» apposta sulla etichettatura della confettura stessa, pur in presenza di gelificante pectina e tracce di alcuni metalli (piombo, cadmio, pesticidi), per valutare se tale genere d’indicazione potesse far sorgere nel “consumatore medio” l’idea di un «puro prodotto della natura esente da qualsiasi impurità o sostanza estranea», e quindi una sorta di effetto ingannevole.

Parallelamente al Reg. EU 1169/2011, tutte le problematiche summenzionate trovano un quadro normativo di dialogo e di confronto anche nella Dir. CEE 2005/29, con la quale si è perseguito il fine di realizzare un’armonizzazione completa delle norme europee in materia di pratiche commerciali sleali, nella prospettiva di elevare concretamente il livello di tutela dei consumatori e di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno. La disciplina in esame interseca diversi aspetti pubblicitari già normati dalle direttive 84/450/CEE, 97/55/CEE e 2006/114/CEE. Essa modifica la disciplina esistente sulla pubblicità e individua le pratiche commerciali sleali, che si concretizzano in comportamenti non diligenti dei professionisti o comunque idonei ad alterare la libertà di scelta dei consumatori. È noto che le pratiche sleali più comuni possono configurarsi come tentativi di aziende spregiudicate di accaparrarsi le risorse di fiducia accumulate da altre aziende. In questa prospettiva rileva l’art. 5 della Dir. CEE 2005/29 dove si prospetta una definizione generale di pratica sleale, come pure rileva l’articolato che segue ove si definiscono due tassonomie speciali di slealtà – quelle ingannevoli, di cui all’art. 6 e 7, e quelle aggressive, di cui all’art. 8 e 9, corredate da un elenco che annovera le pratiche da considerarsi in ogni caso sleali, siano esse ingannevoli o aggressive – la cui incidenza operativa inevitabilmente integra ed arricchisce quanto previsto nello specifico per la *food law* europea<sup>16</sup>.

L’informazione compresa nell’etichettatura rientra nella disciplina della Dir. CEE 29/2005 proprio perché la promozione del prodotto mette a repentaglio la sfera razionale cui si rivolge l’informazione, in quanto, attraverso la stessa, le imprese ambiscono ad attribuire ai loro prodotti alimentari valori emotivi e

14 Cfr. S. LANNI-G. MAGRI, *Healthy Eating Apps: la salubrità degli alimenti in mano agli algoritmi*, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, 1/2020, pp. 77-104.

15 Cfr. C.-495/98 – *D’Arbo Naturrien*, ECR I-2321, 2000.

16 Nella prospettiva menzionata si è collocata recentemente anche la Dir. EU 2019/633 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare.

sociali che vanno oltre la semplice promozione del prodotto. Le *words of mouth*, il *marketing* occulto, l'*ambient advertising*, il *product placing* e il *colour labelling* sono tecniche in grado di influenzare i consumatori proprio perché agiscono sul processo decisionale che è alla base delle loro motivazioni razionali di scelta<sup>17</sup>.

Proprio l'incidenza e la considerazione di diversi fattori rende utile valutare se la varietà dei format di etichettatura volontaria in uso nel mercato europeo e in quello globale preservi, per un verso, il bilanciamento tra "obbligatorietà" ed "autonomia" dei contenuti dell'informazione al consumatore finale e, per altro verso, il giusto equilibrio tra le istanze gius-privatistiche e quelle gius-pubblicistiche, di cui si è fatta precedentemente menzione.

### 3. Dal "Keyhole" svedese alla "Batteria a semaforo" italiana: il difficile percorso dell'armonizzazione dell'etichettatura alimentare nel mercato europeo

L'etichettatura volontaria risponde a diversi format. Tra i più diffusi nel contesto europeo, ed oggetto di attenzione da parte della dottrina attenta alle prospettive dell'armonizzazione del diritto, rientrano il "Keyhole", la "Nutriscore", il "Mixed Multiple Traffic Light" e, non da ultimo, l'"etichetta a batteria", proposta nel contesto italiano. Queste forme di etichettatura hanno stimolato un grande dibattito nella letteratura. In Italia se ne sono occupati quasi esclusivamente gli studiosi di diritto alimentare, mentre in alte esperienze giuridiche, come quella degli Stati Uniti, il tema è stato affrontato con interesse tra gli studiosi del commercio internazionale, per gli ovvi riflessi del tema<sup>18</sup>.

Si tratta di un dibattito ancora aperto, tanto è vero che il legislatore europeo da anni richiama i Paesi europei alla necessità di adottare un'unica etichettatura per i prodotti alimentari, ad oggi senza esito. Emerge dunque per il giurista la necessità di valutare dal punto di vista delle regole di diritto privato se il *voluntary labelling* alteri la vulnerabilità del consumatore, e se, tra le diverse forme di etichettatura volontaria proposte nel panorama europeo, sia possibile valutare aspetti positivi e negativi delle stesse, al fine di individuare il modello di etichettatura migliore o, perlomeno, più consono alla garanzia multilivello dei diritti del consumatore<sup>19</sup>.

17 In argomento cfr. L. BAIRATI-E. GRASSO, *Lire ou regarder? Les couleurs dans l'étiquetage alimentaire et l'information du consommateur*, in *Contrats-Concurrence-Consommation*, 10, 2019, pp. 1-6.

18 Per sintesi, rinvio a S. LANNI, *Front-of-package food labels and consumer's autonomous decision-making*, in *Rivista di diritto alimentare*, open access, 1/2020, pp. 1-15.

19 Cfr. M. HOLLE-E. TOGNI-A. VETTOREL, *The Compatibility of National Interpretative Nutrition Labelling Schemes with European and International Law*, in *European Food and Feed Law Review*, 2014, pp. 149 ss.

Un primo riferimento, osservando un criterio cronologico, può essere fatto all'etichetta *Keyhole*, che è considerata, dal punto di vista diacronico, la più antica ed influente etichetta alimentare europea. Invero, originariamente è stata introdotta in Svezia nel 1989 dal rivenditore svedese ICA Gruppen, e successivamente è stata adottata dall'Agenzia nazionale alimentare svedese. Da allora, si è lentamente diffusa ed accreditata come l'"etichetta nordica", distintiva degli alimenti più sani e/o raccomandabili per la salute, per cui è stata introdotta da altri Paesi nordici (Danimarca, Norvegia, Islanda), come anche in Lituania e in Macedonia. La *Keyhole* risponde ad un format di etichettatura positivo, in quanto il messaggio da essa veicolato mira ad aiutare i consumatori nello scegliere i prodotti alimentari più salutari all'interno di una categoria di prodotti omologhi; altresì, essa risponde ad un format di etichettatura diretto, poiché la decisione sulla classificazione nutrizionale del prodotto è già stata presa per il consumatore, anche se diversi sono i fattori che concorrono nella decisione finale, come il contesto dello shopping e la dimensione culturale. In riferimento alla sua ipotetica adozione in tutto il mercato europeo, si deve evidenziare come la stessa rappresenti una forma di etichettatura speciale o relativa, poiché è utilizzata solo per tredici categorie di prodotti alimentari (quali, ad esempio, il pane e la pasta), vale a dire che solo per quelle categorie i produttori nazionali possono stampare sul lato anteriore della confezione il simbolo di riferimento (una serratura colorata, evocativa, a seconda dei casi, di un "lasciapassare" o di un "divieto") ogniqualvolta il prodotto soddisfi determinati criteri, che sono dunque diversi per ogni categoria di alimento. Al di là di queste limitazioni a carattere oggettivo, si tratta di una forma di etichettatura che, sebbene abbia riscosso grande successo, appare attualmente storicamente datata, perlomeno avendo riguardo al contesto socio-giuridico europeo che si è caratterizzato negli ultimi lustri, per il venir meno della funzione paternalistica del diritto dei consumi, in riscontro di una figura di consumatore (il c.d. "consum-attore") che è considerata consapevole ed informata delle scelte che compie<sup>20</sup>.

Un altro noto sistema di etichettatura è quello *Nutriscore*, che, nel contesto europeo, è stato dapprima adottato, e poi promosso a livello sovranazionale, dalla Francia, ed è stato recentemente approvato anche in Belgio, Germania, Lussemburgo, Spagna, Portogallo. Gli scopi principali dell'etichetta *Nutriscore* si possono ravvisare, in parte, nell'aiuto offerto ai consumatori per fare scelte informate, sane e salutari, in altra parte, nello stimolo alle imprese alimentari affinché riformolino, in base alle risposte del mercato, la composizione dei prodotti in modo più rispettoso di standard nutrizionali che siano idonei a preservare la buona salute delle persone. Contrariamente all'etichettatura *Keyhole*, quella *Nutriscore* trasmette un messaggio misto, non del tutto preconfezionato

---

20 Cfr. S. LANNI, *El consumidor en la venta de bienes de consumo en Italia. Notas de derecho comparado*, in *Annuario de derecho civil*, 2018, pp. 389-409.

per il consumatore finale, in quanto mostra cinque rettangoli con colori diversi, che vanno dal verde scuro al rosso scuro, con lettere per classificare gli alimenti in base alla loro qualità nutrizionale: da “A” per i prodotti con la migliore qualità nutrizionale, fino ad “E” per i prodotti con la minore qualità nutrizionale. Poiché la *Nutriscore* fornisce un indicatore sintetico per ogni prodotto alimentare, lungo il continuum da sano a malsano, è considerata una forma di etichettatura né positiva né negativa e, quindi, ipoteticamente idonea ad essere accolta per un’ampia gamma di prodotti alimentari e, ancor prima, per l’ampia platea dei consumatori europei. Tuttavia, l’adozione dell’etichetta *Nutriscore* come format di etichettatura ipoteticamente rappresentativo dell’intero mercato alimentare europeo, pur a fronte di un certo qual successo che ha riscontrato in diversi Paesi, desta perplessità da parte di alcuni ordinamenti giuridici dell’EU. Tra di essi, merita menzione l’Italia, dove la *Nutriscore* è ritenuta prevalentemente lesiva degli interessi del *Made in Italy* e, soprattutto, della dieta mediterranea, che potrebbe risentire della valutazione negativa tout court di alcuni prodotti alimentari, come ad esempio l’olio d’oliva ed il parmigiano, senza valutare i potenziali effetti benefici degli stessi nel quadro di una dieta equilibrata.

Altra etichettatura alimentare è quella promossa dal Regno Unito a partire dal 2013, quando sul mercato ha fatto ingresso il *Mixed Multiple Traffic Light* (MTL), con l’obiettivo principale di aiutare i consumatori a fare scelte alimentari più sane, anche in considerazione delle raccomandazioni degli esperti della salute umana sull’uso della codifica a colori, come pure in ottemperanza del Reg. EU 1169/2011 sulla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori. A differenza di tutte le altre etichette frontali precedentemente menzionate, il *Mixed Multiple Traffic Light* è un’etichetta semi-direttiva, in quanto combina la valutazione cromatica di qualità nutrizionale (verde, ambra e rosso) con le percentuali giornaliere di riferimento (RI, precedentemente note come importi giornalieri indicativi) per visualizzare l’importo di energia, grassi totali, grassi saturi, zucchero e sale negli alimenti e nelle bevande (“energia + 4”). Si tratta di un modello che, dal punto di vista comparatistico, gode di ampia ammirazione (solo nel Regno Unito è stato accolto da circa il 60% delle imprese), tuttavia, in alcuni contesti, in primis quello italiano, è fortemente criticato in quanto ritenuto semplicistico e non in grado di prendere in considerazione le modalità attraverso cui i diversi prodotti siano combinati tra loro nel contesto di una dieta generale.

Rispetto alle tendenze emerse nel contesto europeo, l’Italia ha proposto un suo format di etichettatura (evocativo di un modello già in uso in Australia e Nuova Zelanda), rappresentato graficamente da una batteria monocromatica che si riempie rispetto a percentuali predeterminate, con il quale si indicano singolarmente la quantità di calorie, grassi, grassi saturi, zuccheri e sale per una porzione di alimento, rispetto alle assunzioni di riferimento di un adulto medio. La cosiddetta “*Nutriform battery*”, che è fortemente sostenuta dall’industria alimentare italiana, presenta delle criticità connesse, non solo al venir meno di

colori – che sono di forte impatto secondo il neuro-packaging e che, comunque, già sono in uso negli altri format europei ormai consolidati (e, per un certo qual verso, antagonisti, come il *Nutriscore*) – ma anche per la maggiore informazione attraverso numeri e percentuali che si vuole fornire al consumatore e che, viceversa, potrebbe creare disinformazione (anche in considerazione della loro difficile decifrabilità avendo in considerazione le dimensioni ridotte di una etichetta).

Nell'anno in corso la Commissione europea ha pubblicato la tanto attesa strategia *Farm to Fork*, ossia il piano europeo per un sistema alimentare più equo, salutare e verde. Tra i tanti obiettivi della strategia menzionata c'è anche quello di realizzare, entro la fine del 2022, un'etichetta nutrizionale frontale che risolva le difformità nazionali e le frammentazioni del mercato europeo e, non da ultimo, sia resa obbligatoria per le produzioni agroalimentari di tutti i Paesi dell'UE<sup>21</sup>. Attualmente, al di là dei buoni propositi e dei tentativi di addivenire ad un accordo comune tra tutti i Paesi europei, il tema del format da adottare per l'etichettatura volontaria rimane ancora privo di punti di riferimento, in quanto, nel testo della strategia menzionata, non si fa alcun cenno al *Nutri-Score*. Tuttavia, leggendo il rapporto del *Joint Research Centre (JRC)* sulle etichette a semaforo, le probabilità dell'etichetta francese *Nutriscore* di diventare il sistema in uso in tutta Europa sono ritenute piuttosto buone<sup>22</sup>.

#### **4. I *Warning Labels* e la prevalenza di finalità pubblicitarie negli orientamenti dell'etichettatura latinoamericana**

Dalle forme di etichettatura summenzionate emerge un orientamento comune, ossia l'opportunità di coinvolgere il consumatore in una riflessione comparativa su quale sia il giusto prodotto alimentare da scegliere, e ciò grazie ad un ventaglio più o meno confezionato di informazioni che gli consentano di paragonare al meglio le sue esigenze nutrizionali con quelle ritenute scientificamente auspicabili. Rispetto a questo, che a livello globale appare un vero e proprio trend, appaiono di impostazioni diversa quelle forme di etichettatura che richiamano invece il consumatore sulla pericolosità di un determinato prodotto, poiché l'informazione che si vuole trasmettere, in quest'altro caso, potrebbe essere decodificata come: “desistere sarebbe meglio”. L'approccio è

21 Per un quadro aggiornato delle indagini in atto si fa rinvio alla Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'uso di forme di espressione e presentazione supplementari della dichiarazione nutrizionale (cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0207&from=EN>).

22 Cfr. S. STORCKSDIECK GENANNT BONSMANN-G. MARANDOLA-E. CIRIOLO-R. VAN BAVEL-J. WOLLGAST, *Front-of-pack Nutrition Labelling Schemes: A Comprehensive Review*, Joint Research Centre, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2020, dove viene sottolineato il ruolo positivo dell'uso dei colori nell'etichettatura frontale (pp. 10 e ss).

noto, prevalentemente, ai fumatori di tabacco, che, aprendo il pacchetto di riferimento, sono soliti affrontare, non solo in Italia, ma in diversi Paesi del mondo, lo shock emotivo causato da immagini di persone intubate per problemi cardiovascolari, o anche di bocche contagiate dalla piorrea, nonché di bambini nati malformati, ecc.

Il richiamo è ai cosiddetti *Warning Label* che molti Paesi hanno adottato, non solo per il tabacco, ma anche per il settore alimentare. Si tratta di etichette obbligatorie con portata informativa a carattere negativo, nel senso che il colore di riferimento del logo, oppure l'immagine rappresentativa delle etichette stesse, viene apposta per tutti i prodotti alimentari che superino la soglia massima di determinati livelli di nutrienti, considerati potenzialmente nocivi per la salute. Tra di essi, un'attenzione particolare è rivolta alla presenza di zuccheri e grassi, quali cause del cospicuo incremento dell'obesità in alcuni Paesi, e, in modo particolare, di quella infantile, tanto che si è parlato, in modo certamente efficace, di lotta alla "*Cookie Monster Generation*", rievocando il peloso peluche tinto di blu, appartenente al mondo della *Sesame Street Gang*, ossia il divoratore di biscotti dall'appetito insaziabile<sup>23</sup>.

Questa tendenza protezionistica e, per un certo qual verso, paternalistica del diritto alla salute, fa capolino in America Latina, area giuridica in cui riscuote un certo qual interesse, soprattutto in Cile, dove sono state promulgate una serie di nuove leggi che regolano l'etichettatura e la commercializzazione di determinati alimenti all'interno del Paese. In questa area il format di etichettatura utilizzato è quello "*PARE*", un'etichetta nera che, nella predisposizione, tanto della forma del logo, quanto del messaggio comunicato, appare decisamente veicolativa del segnale stradale globalmente noto come "stop". Il cardine normativo dell'esperienza cilena di etichettatura alimentare si ravvisa nella legge 20606 del 2016 (*Ley sobre composición nutricional de alimentos y su publicidad*), che ha inciso profondamente sulla protezione dei bambini da determinate attività di neuro-marketing alimentare, probabilmente a seguito di una significativa presa di consapevolezza sui tassi di obesità del Paese: invero il Cile è superato al riguardo solo da poche altre nazioni (tra le quali: la Nuova Zelanda, il Messico e gli Stati Uniti).

Una posizione così netta e decisa verso il problema dell'obesità e della garanzia totale del diritto alla salute del consumatore è possibile ravvisarla in Cile, non solo nel formante legislativo, ma anche in quello giurisprudenziale. L'esempio

23 Si veda T. Godfrey, *Transitioning to "Sometimes foods": Chile's new Stop-light Food Labelling Laws*, in *Law and Business Review of the Americas*, 2014, pp. 661 ss. L'obesità in America Latina è avvertita come un problema significativo: l'Organizzazione mondiale della sanità ha sottolineato come si tratti di una vera e propria malattia, anche stando ai dati statistici da cui traspare che le cifre sono triplicate a livello globale dal 1975, soprattutto nei Paesi dell'America Latina e dei Caraibi dove l'obesità è principalmente dovuta a malnutrizione correlata ad un eccessivo apporto calorico. In argomento cfr. S. DURYEA-M. ROBLES, *Pulso social en América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2017, pp. 147 ss.

più significativo si rinviene nel coinvolgimento del “*Viejito Pascuero*” in un caso giurisprudenziale che ha portato alla ribalta il divieto di utilizzare personaggi noti come ganci commerciali – nel caso di specie si trattava dell’uso, nell’involucro di cioccolatini, dell’immagine di quello che, nel contesto italiano, è conosciuto come Babbo Natale – per incentivare il consumo di alimenti considerati rischiosi<sup>24</sup>. Attraverso il caso menzionato si è determinato un allargamento delle abitudini alimentari da contenere; invero, l’interesse alla buona salute del minore è prevalso a tal punto nelle Corti di giustizia cilena, da bandire, non solo l’amato ovetto di cioccolato della *Kinder*, ma anche il più discusso *Happy meal* del MacDonalD, poiché, nell’uno e nell’altro caso, l’uso di gadget promozionali è stato inteso quale causa di dipendenza e/o probabile motivo di obesità da parte dei minori infraquattordicenni.

L’esempio cileno ha promosso una circolazione di idee e di risposte normative all’interno del sistema giuridico latinoamericano<sup>25</sup>. L’Ecuador, che è stato il primo Paese dell’America Latina a regolare l’etichettatura dei prodotti alimentari, prevedendo, nel 2014, l’adozione del semaforo nutrizionale per alti livelli di zuccheri, grassi e sodio, ragiona sull’opportunità di introdurre misure più stringenti per limitare i danni alla salute provocati dall’assunzione smodata degli ingredienti menzionati. Il Perù e l’Uruguay hanno vietato i cibi confezionati nelle loro scuole e, recentemente, hanno resa obbligatoria l’etichettatura PARE, recependo appieno il modello cileno. Il Messico, condividendo le preoccupazioni che fanno capolino negli ordinamenti latinoamericani, ha affrontato il problema dal punto di vista tributario, aumentando le tasse sugli alimenti confezionati, al fine di disincentivare l’alimentazione ricca di zuccheri, e, attualmente, sta valutando l’opportunità di recepire il modello di etichettatura cilena<sup>26</sup>. Ciò equivale a dire che il segno PARE è apprezzato nei Paesi latinoamericani per contribuire all’attuazione di un diritto fondamentale della persona, ancor prima che del consumatore, ossia il diritto alla salute.

24 Il riferimento è a “*Rojas River c. Secretaría Regional Ministerial de Salud de Tarapacá*” (rol. N. 45.386-2017, Corte Suprema 18 ottobre 2018); per un commento cfr. A. PALMIERI, *Chocolate Santa Claus is (not) coming town! La sentenza cilena sul «Viejito Pascuero» e l’esigenza di rimeditare le regole sul food marketing nell’interesse dei minori*, in L. SCAFFARDI-V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, I, RomaTre-Press, 2020, pp. 695 ss.

25 Cfr. *Ley de Etiquetado y Publicidad de Alimentos en Chile: ¿Un modelo replicable para Latinoamérica?*, Informe special, Santiago, 2016 ([https://ideas.llorenteycuenca.com/wp-content/uploads/sites/5/2016/05/160504\\_DI\\_informe\\_alimentacion\\_chile\\_ESP.pdf](https://ideas.llorenteycuenca.com/wp-content/uploads/sites/5/2016/05/160504_DI_informe_alimentacion_chile_ESP.pdf)). In questa prospettiva protezionistica della salute del minore si colloca anche la *Ley modelo de etiquetado de productos alimenticios procesados y ultraprocesados para el consumo humano y protección a la salud* dove si stabilisce che è fatto divieto di utilizzare nell’etichettatura di prodotti alimentari «dibujos animados o animación, muñecas o similar, u otros personajes del universo infantil» (art. 5).

26 Interessa sottolineare come si tratti di una valutazione condivisa tra più Paesi: i rappresentanti dei Ministeri della salute del Guatemala, Salvador, Nicaragua, Honduras, Costa Rica e Panama stanno cercando di sviluppare un’etichettatura nutrizionale frontale unificata per i prodotti alimentari, simile a quella utilizzata in Cile, al fine di contrastare l’obesità.

## 5. Riflessioni conclusive

La comparazione tra le diverse forme di etichettatura pone il cultore del diritto di fronte ad una molteplicità di problemi. In questa sede, dovendo limitare lo spazio dell'intervento, circoscrivo la mia attenzione solo a tre diverse perplessità. È lecito attribuire le informazioni che incidono sulla tutela della salute del consumatore ad una etichetta volontaria? Al di là dei caratteri formali, in cosa differiscono essenzialmente le diverse forme di etichettatura al vaglio del mercato unico europeo e di quelli latinoamericani? Attraverso una forma di etichettatura obbligatoria per alcune categorie merceologiche, i poteri pubblici possono limitare la scelta dei consumatori e l'accesso ad alcuni prodotti alimentari, arrogandosi il ruolo di paladini della buona salute?

Con riferimento alla prima perplessità si deve rilevare come, nonostante i plurimi sforzi europei per la tutela del mercato transfrontaliero, e l'obiettivo di difendere maggiormente il consumatore di prodotti alimentari attraverso l'armonizzazione delle informazioni obbligatorie/volontarie trasmesse in etichetta, in realtà l'articolo 35 del Reg. EU 1169/2011 lascia, di fatto, spazio a iniziative nazionali sull'etichettatura nutrizionale. Invero, esso consente diverse forme di espressione e/o presentazione dei requisiti obbligatori su base volontaria, purché le stesse siano conformi ad altri requisiti più specifici, dimostrando che: «a) si basano su ricerche scientificamente valide e che non inducono in errore il consumatore; (b) il loro sviluppo è il risultato della consultazione di un'ampia gamma di gruppi di parti interessate; (c) mirano a facilitare la comprensione da parte del consumatore del contributo o dell'importanza dell'alimento nel quadro energetico e nutrizionale della dieta alimentare; (d) sono supportati da prove scientificamente valide della comprensione di tali forme di espressione o presentazione da parte del consumatore medio; e) nel caso di altre forme di espressione, si basano sulle prese di riferimento armonizzate di cui all'allegato XIII o, in loro assenza, su pareri scientifici generalmente accettati sui contenuti di energia o nutrienti; (f) sono obiettive e non discriminatorie; (g) la loro applicazione non crea ostacoli alla libera circolazione delle merci».

Dunque, a fronte delle concessioni ex art. 35 del Reg. EU 1169/2011, e nelle more di un'etichetta europea armonizzata ed obbligatoria per tutto il mercato europeo, non mi pare che possa sollevarsi un problema di liceità sui diversi format di etichettatura proposti dagli *stakeholders* e dai svariati governi dei Paesi europei, se non nel caso in cui un'etichetta alimentare screditi uno specifico prodotto tra i "non raccomandabili", prospettiva che difficilmente si può attribuire al *Nutriscore*, se non volendo rievocare, per finalità di politica economica, una categoria di consumatore debole, profano ed ignorante che, dopo lustri di

intenso dibattito ed attivismo sul piano dei diritti e dei doveri, appare attualmente poco credibile<sup>27</sup>.

Con riferimento alla seconda perplessità, lo studio del tema consente di ritenere, sulla base delle analisi svolte dagli esperti, tanto del settore nutrizionale, quanto di quello commerciale, che, tra i diversi formati di etichettatura alimentare, emergano minime differenze nell'efficacia e nell'efficienza percepite effettivamente da parte dei consumatori<sup>28</sup>. Una possibile spiegazione di questa contraddizione nei risultati potrebbe essere dovuta alla scelta dei prodotti alimentari da utilizzare per il confronto, o meglio: mentre l'etichetta *Mixed Multiple Traffic Light* può essere particolarmente idonea nell'identificare quale sia la bevanda più sana nell'opzione tra limonata o succo d'arancia, è probabile che la potenzialità comparativa e informativa dell'etichetta stessa fallisca in una categoria come la torta, dove, per la natura del processo di produzione, la stragrande maggioranza dei prodotti otterrà un punteggio rosso su grassi e zuccheri.

Più nello specifico, la comparazione dei tipi di etichettatura menzionati mostra un duplice riscontro a seconda del profilo preso in considerazione<sup>29</sup>. Da un lato, si deve rimarcare come, in riferimento al contenuto delle informazioni, non emergano grandi differenze. Infatti, alcune caratteristiche risultano simili tra le etichette positive, miste e negative. Invero esse: usano indistintamente la stessa unità di riferimento (100g/100ml), adottano tutti criteri squalificanti in relazione al superamento di soglie critiche per alcuni componenti potenzialmente dannosi (sodio, zucchero e grassi), mirano comunemente ad aiutare i consumatori a fare scelte più sane. Tuttavia, mentre le etichette positive utilizzano un approccio specifico per categoria (vale a dire: l'applicazione di criteri diversi per le diverse categorie alimentari), le etichette miste e negative, invece, utilizzano generalmente un set di criteri per tutte le categorie alimentari, a volte con alcune eccezioni relative a specifiche categorie alimentari. Da un altro lato, si deve evidenziare come emergano invece differenze in riferimento al messaggio veicolato. I tipi di informazione contenuti nelle diverse forme di etichettatura

27 Sulle linee evolutive che hanno caratterizzato il diritto europeo dei consumatori si vedano G. DE CRISTOFARO, *40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future* (pp. 11-38) e G. D'AMICO, *Disavventure dell'armonizzazione (minima): autorizzazione ad introdurre discipline "più favorevoli al consumatore" e poteri del giudice* (pp. 39-74), pubblicati in S. LANNI (a cura di), *Harmonization of European and Latin-American Consumer Law*, ESI, Napoli, 2019.

28 La comparazione scientifica delle informazioni volontarie diffuse in Europa trova un punto di riferimento nella teoria del c.d. *Funnel Model* (FM), attraverso la quale si possono valutare tutti quegli aspetti, siano essi funzionali o meramente visivi, che sono connessi alle etichettature alimentari frontali (FOP); cfr. D. VAN DER BEND ET ALII, *A Simple Visual Model to Compare Existing Front-of-pack Nutrient Profiling Schemes*, in *European Journal of Nutrition & Food Safety*, 2014, pp. 429-534.

29 Si vedano D.L.M. VAN DER BEND-L. LISSNER, *Differences and Similarities between Front-of-Pack Nutritional Labels in Europe: A Comparison of Functional and Visual Aspects*, in *Nutrients*, 11, 2019, pp. 1-16.

presentano un diverso grado di criticità per il consumatore, in quanto pongono in diverso equilibrio tre diversi fattori, vale a dire quelli espliciti (i.e. la quantità/percentuale di un determinato ingrediente), quelli percepibili (i.e. la salubrità o meno di un prodotto), e quelli allusivi (i.e. la capacità di un prodotto di essere in linea con scelte etiche e salutari). È probabile che la presenza di tre o quattro semafori rossi su un prodotto alimentare, o anche la presenza del simbolo cileno PARE, venga decodificata come una sorta di indicazione nutrizionale di dannosità, in modo che il consumatore possa pensare che, consumando quell'alimento, non avrà alcun vantaggio nutrizionale; parallelamente, lo stesso numero di semafori verde potrebbe fungere da informazione nutrizionale benefica, sia che si tratti di un'indicazione nutrizionale, sia che riguardi la salute<sup>30</sup>.

Il dibattito scientifico su quale sistema di etichettatura alimentare sia più efficace, nella traduzione di informazioni nutrizionali complesse per il consumatore, è tuttora vivo e lontano da una decisione concordata tra i sostenitori dei diversi format nazionali europei. Da quanto finora rilevato emerge, in ogni caso, una duplice conclusione: da un lato, si può rilevare come, sebbene i diversi sistemi di etichettatura alimentare presentino un addentellato normativo nella possibilità consentita dal Reg. EU 1169/2011<sup>31</sup>, di fatto l'uso del semaforo verde o del semaforo rosso, considerati come indicazioni esplicite sulla salute del consumatore, può creare delle influenze nel mercato unico e, talvolta, delle distorsioni in relazione alla circolazione di alcuni prodotti fuori dal contesto della tradizione alimentare a cui appartengono, sulla base di elementi cognitivi preconcepiuti che incidono sulle scelte di acquisto sulla base di elementi culturali preesistenti, costituendo quindi un possibile ostacolo al commercio intra-UE. Da un altro lato, si può sostenere come la batteria italiana monocromatica, al di là del suo scarso successo tra gli *stakeholders* ed i *policy makers* degli altri Paesi europei, si presenta meno "invasiva" negli equilibri del mercato europeo, ma, allo stesso tempo, rischia di attrarre poco l'attenzione del consumatore con evidenti deficit in termini di informazioni sulle scelte alimentari e la tutela della salute.

Concludendo, emerge una zona d'ombra nella dinamica del diritto all'informazione del consumatore di prodotti alimentari, la quale pone il ruolo dell'etichettatura in un campo d'indagine transdisciplinare e non necessariamente solo

---

30 Le scelte di *neuromarketing* sono collegate alle indagini sulla complessità dei processi psicologici nella percezione della salubrità degli alimenti. È dimostrato che i consumatori associano determinati colori alla salubrità del prodotto: ad esempio il giallo, il blu, il verde e il rosso sono evocativi della salute; mentre il rosa e l'azzurro suggeriscono un prodotto artificiale quindi malsano. In termini comparativi l'uso dei colori ha più effetto in relazione ai cibi "malsani" (cfr. G. WASOWICZ-M. STYKO-KUNKOWSKA-K.G. GRUNERT, *The Meaning of Colours in Nutrition Labelling in the Context of Expert and Consumer Criteria of Evaluating Food Product Healthfulness*, in *Journal of Health Psychology*, 20/6, 2015, pp. 907-920).

31 In modo particolare il riferimento è agli art. 35 (sulle forme di espressione e presentazioni supplementari) e al successivo art. 36 (in riferimento alle possibili informazioni volontarie sugli alimenti).

giuridico. La dimensione globale del cibo e la sua stretta relazione, per un verso, con le tradizioni alimentari, le identità culturali, le neuroscienze, le strategie di marketing e, per altro verso, con le esigenze del commercio internazionale, le normative nazionali e le esigenze di armonizzazione regionale, lasciano trasparire una nuova ed interessante prospettiva di indagine che coinvolge appieno il diritto comparato, grazie alla sua innata propensione a cogliere le nuove istanze ed i nuovi modelli giuridici che si affacciano nell'arena globale<sup>32</sup>.

---

32 Sull'uso del diritto comparato quale disciplina propensa a cogliere la molteplicità di fonti, regole e modelli giuridici che uniscono in un fervido dialogo la *European food law* con la *Global food law* si veda F. ALBISINNI, *Diritto agro-alimentare e metodo comparativo: oggetto, strumenti e prospettive*, in L. SCAFFARDI-V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, cit., p. 214.



# Proprietà e diritto dei beni vitali: un possibile itinerario di ricerca

*Barbara Vari*

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. Dai diritti fondamentali ai beni vitali. – 3. L'accesso all'acqua. – 4. L'abitazione. – 5. Preservare l'accesso ai beni vitali.

## 1. Note introduttive

Sul finire del 2019, nel contesto di un convegno dedicato alle sfide della proprietà nel XXI secolo, sono stata sollecitata a una riflessione sulla eventuale emersione di una categoria, quella dei beni vitali, condotta con una prospettiva francese e italiana<sup>1</sup>.

La riflessione è ancora embrionale; scopo di questo intervento è, pertanto, solo quello di fornire una cornice, alcune avvertenze e qualche spunto, che magari i dottorandi avranno voglia di approfondire o che comunque potranno esser loro utili nel futuro.

Personalmente, la prima domanda che mi sono posta è stata: “di cosa devo occuparmi? Cosa sono i beni vitali?” E qui è vero che questa quarantena ci ha disvelato e reso evidente il valore di alcune cose di cui abbiamo sentito la mancanza (e proprio perché ne abbiamo sentito la mancanza o le abbiamo sentite in pericolo) e quindi ci ha forse invitato a mettere a fuoco ciò che per noi, come singoli e come società, è di primaria importanza, ma, al di là di queste considerazioni – forse contingenti o forse foriere di un cambiamento di rotta – e su un piano generale, io credo che attualmente non esista una vera e propria categoria giuridica di riferimento: qualificare un bene come vitale non conduce ad individuare un gruppo di norme che si applicano a una specifica tipologia di beni.

Va poi osservato che le tassonomie dei beni sviluppate e utilizzate nella dottrina e nella giurisprudenza si basano su nomenclature tradizionali basate su dicotomie: beni mobili e immobili, beni fungibili e non fungibili, beni consumabili e non consumabili, ecc.

---

<sup>1</sup> La presente relazione, resa ai dottorandi milanesi il 26 maggio 2020, riprende l'intervento al convegno tenutosi a Bordeaux il 26 settembre 2019, sotto la direzione scientifica di V. Malabat, e si giova anche del contributo reso, nella medesima sede, da P. Chauviré, alla cui relazione, in corso di pubblicazione negli atti del convegno, si rimanda.

Queste tassonomie non fanno alcuno spazio alla nozione di bene vitale, che, in questo quadro, si contrapporrebbe, piuttosto imprecisamente, ai beni non vitali (vale a dire ai beni secondari, nel linguaggio degli economisti, ed ai beni superflui, nel linguaggio dei moralisti), ma tale opposizione non sarebbe simmetrica alle dicotomie tradizionali, in cui ogni categoria è l'esatto opposto dell'altra.

Tutto ciò è confermato dal fatto che una ricerca lessicale effettuata nelle consuete banche dati giuridiche, così come nei trattati di diritto civile, mostra che il binomio "beni vitali" non dà risultati significativi.

Questo accertamento non pregiudica però la possibilità di dotare la nozione di beni vitali di una configurazione giuridica; si tratta semplicemente di una categoria in fieri, alla ricerca di una collocazione, e, tuttavia, pare non necessario decidere a priori dove collocarla, in riferimento alla dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato.

Giova peraltro ricordare che attualmente, nel diritto italiano come in quello di altri sistemi giuridici, la fondamentale e tradizionale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato è in declino.

È questo un fenomeno che si osserva da tempo, al quale la SIRD aveva dedicato un convegno nel 2015, i cui atti sono raccolti in un volume curato da Benacchio e Graziadei, intitolato proprio *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, a cui vi rimando<sup>2</sup>.

Dal punto di vista metodologico, quindi, va tenuto presente che la "grande dicotomia", per dirla come Bobbio<sup>3</sup> – dicotomia a cui tutti noi siamo stati introdotti all'inizio del nostro corso di studi – è in realtà in crisi, perché i confini della *summa divisio* sono oramai «di facile trapasso», come è stato scritto<sup>4</sup>; così come va ricordato che non è più nemmeno concepibile un diritto privato separato dal diritto costituzionale e dai suoi valori<sup>5</sup>.

2 Cfr. G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Napoli, 2016; si veda anche A. GAMBARO, *Interessi diffusi, interessi collettivi e gli incerti confini tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, p. 779 e B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

3 Cfr. N. BOBBIO, *Pubblico/privato*, in *Enciclopedia*, vol. XIII, Torino, 1981.

4 Cfr. B. SORDI, *Verso la grande dicotomia. Il percorso italiano*, in G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di.), *op. cit.*, p. 19.

5 Cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, L. BALESTRA, *A proposito delle categorie del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 2; V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile – Nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005; P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari, 2012.

Il discorso è poi reso ulteriormente complesso dal fatto che il piano costituzionale (o blocco costituzionale, per usare una terminologia francese) è oramai multilivello, sicché la piramide di kelseniana memoria è una rappresentazione (e una metafora) che sempre meno riesce a catturare l'attuale sistema delle fonti (di qui la proposta di altre immagini ritenute più adeguate, tra cui quella della rete – cfr. per esempio F. OST, M. VAN KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002; M. LOSANO, *Diritto turbolento: alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti tra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2005, p. 403).

Proprio perché il nostro diritto appare piuttosto aperto alle fonti sovranazionali, e non solo europee, non deve sorprendere, quindi, che i materiali per la costruzione della categoria dei beni vitali siano dapprima ricercati a livello di carte costituzionali, a partire dalle carte universali.

## 2. Dai diritti fondamentali ai beni vitali

Nel senso sopra indicato, un punto di partenza promettente è costituito dall'articolo 25 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, una dichiarazione che è stata storicamente la matrice di innumerevoli carte dei diritti, adottate sia nell'ambito delle Nazioni Unite, che in varie parti del mondo e che quindi costituisce un documento di assoluto rilievo.

L'articolo citato così dispone:

Ogni individuo ha diritto a un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari; e ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vedovanza, vecchiaia o in altro caso di perdita di mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà.

È chiaro che questa disposizione di principio, sulle cui origini culturali è superfluo qui discorrere, nella sua formulazione letterale individua, non tanto una categoria di beni vitali, ma alcuni bisogni la cui soddisfazione è vitale per assicurare una vita dignitosa, trasformando così questi bisogni in diritti<sup>6</sup>.

Tuttavia è immediato osservare che alcuni di questi bisogni possono essere soddisfatti solo da beni che generano le utilità necessarie per il loro soddisfacimento. Il bene "casa" è necessario per garantire il diritto all'abitazione; il bene "cibo" è necessario per garantire il diritto all'alimentazione; i vestiti servono per garantire il diritto all'abbigliamento; i farmaci sono essenziali per garantire il diritto alla salute e alle cure mediche.

Se così è, attraverso l'elenco dei bisogni la cui soddisfazione è richiesta per raggiungere la soglia necessaria a garantire la dignità umana, è possibile individuare un primo elenco di beni che possono essere definiti vitali.

Ottenuto questo primo elenco, occorre però considerare che la trasformazione dei bisogni in diritti richiede il compimento di due passaggi.

---

6 A questo proposito è opportuno rilevare che la riflessione sul diritto ai beni vitali coincide solo in parte con quella sul diritto dei beni vitali, su cui si appunta principalmente la nostra attenzione. Sulla prima prospettiva si rimanda a B. VIMERCATI, *Il diritto ai beni vitali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2016; sul tema si vedano anche le riflessioni di FERRAJOLI (*ex multis*: L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari, 2012; ID., *Per una Carta dei beni fondamentali*, in T. MAZZARESE e P. PAROLARI (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino, 2010, p. 65).

Sul lato del blocco costituzionale, occorre infatti che dichiarazioni universali come la Dichiarazione dei diritti umani del 1948 siano poi implementate da altri atti aventi un più sicuro valore normativo.

E qui possiamo notare che, in effetti, è proprio il testo appena menzionato che è stato scelto come esempio da Holmes e Sustein, quando hanno voluto ricordare che i diritti «si trasformano in qualcosa di più di una semplice affermazione astratta solo nella misura in cui l'ordinamento conferisce ad organi le cui decisioni sono giuridicamente vincolanti il potere di imporne il rispetto (cosa che, per esempio, non succede per i diritti morali sanciti nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti umani del 1948)»<sup>7</sup>. La riflessione sui costi dei diritti – lo osserviamo incidentalmente – mette in rilievo il legame tra l'effettività della loro tutela e le risorse disponibili, non solo rimarcando così le scelte politiche sottostanti, ma evidenziando anche come i diritti, spogliati dalla retorica della loro inviolabilità e inderogabilità, non si atteggiino ad “assi piglia tutto” (*trumps*), per riprendere la nota formula di Dworkin<sup>8</sup>, ma siano piuttosto “pretese relative”, con il rischio, per i diritti sociali, di essere degradati a “promesse platoniche”.

Un secondo passaggio si colloca sul lato della tecnica giuridica, perché occorre che il nesso tra bisogni e beni sia mediato dai diritti sui beni che l'ordinamento giuridico attribuisce alle persone portatrici di bisogni.

Il primo passaggio è agevole, anche se l'elencazione dei documenti sovranazionali e nazionali sarebbe prolisso e basterà qui ricordare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, espressione del Consiglio d'Europa, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Si tratta di documenti che presentano un catalogo dei bisogni vitali leggermente diverso, ma che sono assistiti da un efficace apparato istituzionale di *enforcement* e dai quali, per via interpretativa, si sono sviluppate traiettorie di riconoscimento dei diritti fondamentali, e quindi dei bisogni che debbono essere effettivamente soddisfatti, largamente convergenti. Circa l'effettività dei diritti, in larga misura affidata alla tutela giurisdizionale, si potrebbe naturalmente discutere all'infinito, ma non è sotto questo profilo che si riscontrano le difficoltà concettuali maggiori.

Più intrigante appare, almeno per i giuristi, il secondo profilo, il cui punto di partenza muove dalla constatazione che il nesso prettamente naturalistico tra bisogni ed utilità dei beni può essere evocativo di uno stato delle cose, ma non dice alcunché circa la posizione giuridica di cui il soggetto portatore di bisogni deve essere dotato rispetto ai beni.

Per poter collegare i bisogni ai beni occorre anzitutto distinguere, all'interno del catalogo dei bisogni umani fondamentali, quelli che richiedono in

7 Cfr. S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000, p. 20.

8 Cfr. R. M. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982 (la traduzione integrale dell'opera è stata pubblicata sempre per i tipi del Mulino nel 2010).

principalità l'erogazione di servizi, o prestazioni personali. Le cure mediche richiedono ovviamente la prestazione professionale di un medico; la sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vecchiaia, richiede l'erogazione di indennità, prestazioni pensionistiche, ecc.

Tuttavia sarebbe logicamente inappropriato classificare i servizi o le prestazioni pecuniarie come beni. È vero che, nei sistemi giuridici latini, la nozione di bene comprende anche i beni immateriali, ma dobbiamo chiederci se la categoria possa essere convenientemente dotata di un raggio di azione così esteso, se cioè sia possibile ampliare la nozione di bene per comprendervi tutto ciò che è necessario per soddisfare i bisogni primari dell'esistenza umana, oppure se ci si debba rassegnare a considerare che la categoria dei beni vitali corrisponde solo ad una frazione dei mezzi con cui è possibile soddisfare i bisogni vitali delle persone.

La prima opzione corrisponde, grosso modo, alla proposta avanzata negli anni 60 del secolo scorso da Charles Reich, nel suo celebre saggio sulla *New Property*<sup>9</sup>. In quel saggio, Reich faceva leva proprio sulla omogeneità della funzione: la proprietà privata è stata per secoli lo strumento che ha garantito la sicurezza economica delle persone, quindi la loro indipendenza; è stata un presidio della loro libertà personale; anche la vita di quanti dipendono dalle varie forme di elargizione pubblica (*largess*) deve essere indipendente, di qui la proposta di equiparare la loro posizione giuridica a quella dei proprietari.

L'analisi di Reich, dal punto di vista dei problemi che pone, è a mio avviso ancora oggi molto interessante, ma la soluzione avanzata, che pure ha suscitato grande interesse, è stata rapidamente abbandonata a causa delle troppe criticità cui dava luogo. Ora, al di là del fatto che la proposta è tutta interna al sistema giuridico statunitense e in particolare al suo specifico contesto costituzionale<sup>10</sup>, a me pare che la discussione dottrinale attorno alla nozione di *new property* ha bene evidenziato come il diritto di accedere all'erogazione di prestazioni previdenziali o di servizi sanitari non può essere pensato allo stesso modo con cui si pensa all'accesso diretto alle utilità di un bene, perché la fruizione di tali prestazioni o servizi dipende dalla volontà umana di chi deve erogarli. Tale volontà può essere vincolata e dare origine ad obbligazioni (quando di carattere privato) o a doveri pubblici, ma ciò comporta che si entri nel campo dei rapporti obbligatori e non in quello dei beni.

9 Cfr. Ch. A. REICH, *The New Property*, 73 Yale Law Journal, 733 (1964). Dello stesso autore si vedano anche *The New Property after 25 Years*, 24 U.S.F. L. REV. 223 (1990) e *Property Law and the New Economic Order: a Betrayal of Middle Americans and the Poor*, 71 Chicago-Kent L. Rev. 817 (1996).

10 Cfr. A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property, propriété, Eigentum*, Padova, 1992, p. 173.

Sicché, a mio avviso, non rimane che rassegnarsi ad abbracciare l'altra opzione che resta sul tavolo, che presenta l'indubbio vantaggio di preservare un significato alla parola "bene", senza che ne vada smarrita la capacità ordinante.

In secondo luogo, e più pertinentemente, dobbiamo considerare che la soddisfazione di bisogni fondamentali mediante l'accesso alle utilità generate dai beni (in senso proprio) può essere resa effettiva mediante una pluralità di tecniche giuridiche che la dottrina francese<sup>11</sup> ed italiana<sup>12</sup> ha inquadrato ricorrendo ai due assi cartesiani dell'attribuzione e della ripartizione, e collocando le diverse soluzioni in funzione del modo di essere dei beni che ne formano l'oggetto.

Se è agevole convenire che, nel redigere un potenziale catalogo dei beni vitali, occorre fare riferimento a quelle cose che la cultura giuridica vigente considera come beni, e non alle prestazioni di carattere personale, si deve aggiungere che non è necessario che si tratti di beni suscettibili di appropriazione esclusiva.

Questa limitazione, infatti, condurrebbe a considerare nel catalogo dei beni vitali unicamente i beni suscettibili di essere oggetto di proprietà privata e, per effetto riflesso, a considerare il diritto di proprietà come l'unico strumento giuridico di trasposizione dei bisogni in diritti sui beni che possono soddisfarli.

Simile prospettiva sarebbe però errata. Se è vero che nel diritto italiano, come del resto in quello francese, la proprietà è il mezzo tecnico principale per garantire l'accesso alle utilità dei beni, si deve considerare che non è certamente l'unico.

Piuttosto, si deve partire dall'idea che l'ordinamento giuridico può procedere all'attribuzione alle persone delle utilità dei beni in forma (1) universale, (2) collettiva, (3) plurale e (4) individuale<sup>13</sup>.

Un guadagno immediato di questa impostazione è che essa permette di integrare il catalogo dei bisogni fondamentali redatto dalle Nazioni Unite nel 1948, facendo riferimento ai beni comuni che sono oggi percepiti come essenziali per assicurare alle persone una qualità della vita che sia minimamente soddisfacente, ed al riguardo si può fare riferimento all'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, ove si sancisce che un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere garantiti.

L'acqua, l'aria e l'ambiente (salubre) possono infatti essere considerati beni vitali per eccellenza, per l'ovvia ragione che gli esseri umani non possono

11 Cfr. Ch. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Paris, 1980 e edizioni successive.

12 Cfr. A. GAMBARO, *I beni*, Milano, 2012; ID., *La proprietà*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2017.

13 Cfr. A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., spec. p. 5 e ss. La differenza tra la proprietà dell'individuo e quella delle società, già indagata nello studio seminale di Berle e Means (cfr. A. BERLE, G. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1932), ha ricadute sempre più importanti – anche sul diritto dei beni – nello stadio di sviluppo attuale del capitalismo; cfr. A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2017; U. MATTEI, *La proprietà*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2015; ID., *Proprietà (nuove forme di)*, *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 1117. Un ampio riassunto della questione in C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020.

sopravvivere senza acqua potabile, aria respirabile o in un ambiente avvelenato. Tuttavia, la loro sistematizzazione nella teoria dei beni si è rivelata difficile, anche anni dopo che la consapevolezza dell'importanza delle *res communes* è entrata a far parte del bagaglio culturale diffuso, e anche dopo aver preso coscienza della fragilità delle cose la cui fruizione è aperta a tutti.

Non ho certo la possibilità di analizzare in questa sede un tema oggettivamente complesso, utilizzando l'altrettanto complessa trama analitica cui ho fatto cenno, e che però può essere una cornice adeguata per la riflessione in cui siamo impegnati. In questa sede mi limiterò ad un cenno rapido e a due esempi.

Il cenno è alla nozione di bene comune elaborata dalla c.d. Commissione Rodotà<sup>14</sup> che, accanto alle antiche categorie dei beni privati e dei beni pubblici, ha proposto l'inserimento nel codice civile della categoria dei beni comuni, intesi come le «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali della persona e sono informati al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità».

Si tratta quindi di utilità caratterizzate dal legame coi bisogni fondamentali della persona selezionati attraverso la categoria dei diritti fondamentali, menzionati e riconosciuti *in primis* dalla Dichiarazione universale dei diritti umani. Naturalmente, la composizione della categoria dei diritti fondamentali dipende dal riconoscimento che ciascuno di tali diritti può ottenere dal singolo ordinamento, e quindi si presenta come variabile sia localmente che nel tempo, ma quando tale categoria si volga ad individuare i beni comuni, essa inevitabilmente raccoglie tutti i beni vitali a fruizione non rivale o blandamente rivale. Il che comporta che la categoria dei beni comuni non può coincidere esattamente con la categoria dei beni vitali, perché quest'ultima non può non comprendere il cibo che è ontologicamente un bene a fruizione rivale.

### 3. L'accesso all'acqua

Lasciato ora sullo sfondo questa novità prodotta dalla dottrina italiana<sup>15</sup>, la quale si è assai appassionata al tema, il primo esempio che vorrei proporre è quello del bene acqua.

14 Il riferimento è alla Commissione, presieduta da Stefano Rodotà, che è stata istituita presso il Ministero della giustizia con d.m. 21 giugno 2007, con il compito di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici.

15 La novità consiste nella particolare elaborazione della Commissione, e non certo nella riflessione sui beni comuni, che ha invece attraversato le dottrine nazionali e i saperi disciplinari, dando vita a uno stimolante confronto, che sconta però la complessità derivante (anche) dalla varietà di significati assegnati alla locuzione. Cfr. M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELS (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, 2017, *Introduction*; L. NIVARRA, *Quattro usi di "beni comuni" per una buona discussione*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2016, p. 43; R. CATERINA, *Il benicomunismo come orientamento culturale: un bilancio teorico ed alcune questioni aperte*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2017, p. 293. La letteratura sul tema dei beni comuni è sterminata.

Come elemento naturale l'acqua è sicuramente un bene fondamentale, come attestato dallo spazio che già le riservavano i filosofi antichi e, più modernamente, è anche un bene vitale (infatti gli astrofisici che sono alla caccia di esopianeti "abitabili" utilizzano la traccia chimica dell'acqua come indizio di possibile presenza di forme di vita simili alla nostra).

Sotto il profilo giuridico e sociale, l'acqua è un bene multiforme che si presta a diversi usi, alcuni meno rivali (balneazione, navigazione, in certi limiti la pesca e la produzione di energia), altri più marcatamente rivali (irrigazione, consumi domestici): in questo ultimo caso il bene acqua deve pervenire agli individui o a gruppi di persone, ma il cambio di statuto, da bene comune a bene individuale, non fa venir meno il dato di fatto che l'accesso al bene acqua rimanga un bisogno vitale, e che pertanto il bene acqua acquisti il connotato di bene vitale.

Compiuto questo percorso, rimane da verificare se la qualificazione come bene vitale comporti riflessi sul suo statuto normativo.

Credo che la risposta debba essere positiva, ma, in sede di dimostrazione, concentrerò l'attenzione sull'acqua come bene materiale oggetto del servizio idrico, quello che porta l'acqua nelle case, dove può essere utilizzata per usi personali e domestici.

In Italia il timore che la concessione del servizio idrico ai privati, con un sistema di fissazione delle tariffe volte a coprire i costi e a garantire un ritorno sul capitale investito, potesse comportare un depauperamento dell'interesse collettivo a vantaggio del gestore privato, ha portato a un referendum abrogativo svolto sotto le insegne dell'"acqua bene comune"<sup>16</sup>.

Date le peculiarità del bene "acqua potabile", che necessita di essere captata, purificata e distribuita, vi era il timore che chi avesse controllato il processo distributivo avrebbe potuto escludere alcuni, se non molti, dall'accesso al servizio, semplicemente esercitando quello *jus excludendi* che integra l'aspetto più centrale fra le prerogative proprietarie, anche se, come ci ricorda il legislatore europeo in una direttiva, l'acqua non è un bene commerciale come gli altri<sup>17</sup>.

16 Per un primo approccio al tema, che presenta notevoli sfaccettature importanti e una natura multidimensionale, si può partire dal numero monografico dedicato dalla rivista *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2010; cfr. anche N. IRTI, *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle appartenenze)*, in *Diritto e società*, 2013, p. 381 e L. FERRAJOLI, *L'acqua come bene vitale*, relazione tenuta a Roma il 22 marzo 2014.

17 Cfr. Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2000 che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque.

Il 28 marzo 2019 il Parlamento europeo ha adottato un progetto di risoluzione legislativa sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la qualità delle acque destinate al consumo umano (rifusione), che considera anche le rivendicazioni contenute nell'iniziativa dei cittadini europei "Right2Water". Vi si legge, per esempio, che «Il diritto all'acqua e ai servizi igienico-sanitari è stato riconosciuto come diritto umano dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 28 luglio 2010 e, pertanto, l'accesso all'acqua potabile pulita non dovrebbe essere limitato a causa dell'insostenibilità economica dell'utente finale».

In realtà, se consideriamo il diritto positivo italiano attuale, vediamo che una certa quantità d'acqua, considerata il minimo vitale, deve essere garantita anche alle utenze disagiate, indipendentemente dalla loro capacità a versare il corrispettivo dovuto al soggetto erogatore del servizio idrico, e questo anche in caso di ritardo nei pagamenti. L'utente vulnerabile quindi, che non paga il corrispettivo del bene, ha comunque diritto ad ottenere la cessione di una certa quantità, senza che il servizio possa essere interrotto<sup>18</sup>.

Non si tratta di regole speciali, dettate in sede di normazione secondaria; si tratta, piuttosto, di punti di emersione a livello normativo di un principio generale; il che ha consentito alla giurisprudenza di utilizzarlo in sede di interpretazione delle norme legali<sup>19</sup>, ad esempio quando ha negato la facoltà al condominio di staccare l'allaccio dell'acqua al condomino che non abbia pagato la sua quota delle spese condominiali (con un'eccezione rispetto a quanto previsto dall'art. 63, c. 3 disp. att. c.c., che stabilisce che «in caso di mora nel pagamento dei contributi che si sia protratta per un semestre, l'amministratore può sospendere il condomino moroso dalla fruizione dei servizi comuni suscettibili di godimento separato»). Ovviamente le decisioni singole possono dare origine a casi complessi, perché, come spesso accade nella galassia dei "diritti sociali", non è quasi mai chiaro chi paga poi i costi al posto di chi ha bisogno, ma non riesce a far fronte ai pagamenti dovuti.

---

18 Cfr. l. 28 dicembre 2015, n. 221, recante disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali (c.d. Collegato ambientale), che prevede che l'Autorità, «al fine di garantire l'accesso universale all'acqua, assicura agli utenti domestici del servizio idrico integrato, in condizioni economico-sociali disagiate, l'accesso, a condizioni agevolate, alla fornitura della quantità di acqua necessaria per il soddisfacimento dei bisogni fondamentali». Il D.P.C.M. 29 agosto 2016, pubblicato in GU 14 ottobre 2016, n. 241, prevede poi che in nessun caso è applicata la disalimentazione del servizio «agli utenti domestici residenti che versano in condizioni di documentato stato di disagio economico-sociale, come individuati dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico integrato, in coerenza con gli altri settori dalla stessa regolati, ai quali è *in ogni caso* [Cors.d.A] garantito il quantitativo minimo vitale pari a 50 litri per abitante al giorno.» Per le utenze disagiate è prevista anche la gratuità della tariffa per il minimo vitale. Si segnala la recente delibera dell'Autorità di settore (ARERA, Del. n. 311/2019/R/idr.), che stabilisce le regole cui i gestori devono attenersi nella gestione della morosità degli utenti, così da avere regole ben definite e uguali in tutta la penisola, che – in considerazione del bene di cui si tratta – assicurino una certa protezione a tutti gli utenti residenziali morosi.

19 La giurisprudenza sul punto non è concorde; seguono l'orientamento richiamato per esempio Trib. Milano 24 ottobre 2013; Trib. Brescia 29 settembre 2014; Trib. Bologna, ord., 19 settembre 2017, che ritiene di aderire all'orientamento che distingue «– a fronte dell'interesse meramente economico del Condominio – fra servizi "essenziali" e non essenziali in funzione della preminente tutela del diritto alla salute, costituzionalmente tutelato [...], non senza sottolineare che dei servizi "essenziali" ha tenuto conto anche la legislazione statale», con riferimento al DPCM 29 agosto 2016 sopra ricordato.

Ma ciò che mi premeva indicare è che il carattere vitale delle risorse generate da alcuni beni che, per sineddoche, sono considerati vitali, non è senza riflessi giuridici rilevanti sulla disciplina dei rapporti che su tali beni si innestano.

#### 4. L'abitazione

Sempre procedendo per via esemplificativa, ma passando sull'asse cartesiano delle tecniche di ripartizione tra le persone delle utilità dei beni, si può prendere in esame il caso dell'abitazione.

Che una casa ove abitare sia qualificabile come bene vitale, discende da quanto ho ricordato in premessa, partendo dall'art. 25 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948, e direi che 72 anni dopo, tale qualifica è ancora più sicura. Ciò non significa naturalmente che gli Stati, e nemmeno gli Stati occidentali, siano effettivamente riusciti ad assicurare una casa a tutti, compresi i nuovi immigrati. Questo certamente no, ma non sarebbe nemmeno sensato ragionare in termini di trasposizione immediata degli scopi di politica del diritto, consacrati nelle norme, in realtà quotidiana; si tratta piuttosto di verificare se ed in che modo la qualificazione di un bene come bene vitale è in grado di coordinare tra loro norme sparse per i vari settori dell'ordinamento giuridico ed ai vari livelli della gerarchia delle fonti.

In riferimento al bene casa, i dati normativi che si possono ritrarre si collegano al punto cui avevo già accennato, per cui il bisogno fondamentale di disporre di una abitazione non viene necessariamente soddisfatto con la titolarità del bene in proprietà, ma anche con un diritto di godimento quale quello che si instaura con un contratto di locazione o in altre forme<sup>20</sup>. Quindi l'ordinamento può intervenire su un duplice versante, sia facilitando l'accesso alla proprietà, sia intervenendo sul contratto di locazione, onde agevolare il conduttore a conseguire la stabilità del diritto al godimento nel tempo.

Se questo rilievo è banale, giova però riflettere, da un lato, sul dato per cui il rapporto di locazione immobiliare è una delle tecniche più antiche e flessibili per ripartire tra diversi soggetti le utilità delle cose (nel caso specifico, le utilità del bene "casa d'abitazione") e dall'altro lato, che l'ordinamento giuridico attuale ha plasmato questo antico schema in modo che la sua disciplina rifletta il carattere fondamentale del bisogno di abitazione, facendo sì che i diritti del conduttore siano ampliati in vari modi, ma, basilamente, per evitare che la posizione di quest'ultimo sia caratterizzata da quella precarietà che i contratti di locazione urbana hanno ereditato dal diritto romano. In questo senso, dunque, si può ben dire che quando si riconosca che un bene presenta i caratteri del bene

20 Cfr. U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980, e per alcuni sviluppi: A. MUSIO, *Il diritto all'abitazione di proprietà ai tempi della crisi*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2017, p. 373; E. BARGELLI, *Abitazione (diritto alla)*, *Enc. dir., Annali*, Milano, 2013.

vitale, nel senso che le utilità da esso generate sono essenziali per soddisfare un bisogno vitale, anche la disciplina relativa ai modi con cui le utilità del bene possono essere ripartite tra le persone subisce metamorfosi importanti.

Posto che è ben noto quale evoluzione storica il contratto di locazione urbana abbia subito nel mondo occidentale nel corso del XX secolo<sup>21</sup>, mi limiterò a qualche breve cenno sommario relativo al diritto italiano.

È infatti risaputo che, nei sistemi europei continentali, il contratto di locazione ad uso abitativo è conformato da norme imperative e cioè che il contenuto del contratto non è interamente lasciato alla autonomia contrattuale delle parti, per esempio per quanto riguarda la durata minima, ma – per un certo periodo, con la legge sull'equo canone – anche nella fissazione del corrispettivo<sup>22</sup>. Oggi, questo strumento di calmieramento dei prezzi – che non aveva dato i risultati sperati – è stato abbandonato, ma si utilizza, per esempio, la leva fiscale per spingere i proprietari alla fissazione di un canone moderato<sup>23</sup> o che venga mantenuto costante, con la rinuncia della facoltà di chiederne l'aggiornamento.

Accanto alle norme imperative, quindi, se ne pongono altre che utilizzano la leva fiscale e/o che hanno il carattere della “spinta gentile”, per usare una espressione che è divenuta di moda nella letteratura italiana, sulla scia di una nota dottrina americana<sup>24</sup>. Ma ciò che preme mettere in luce è che, in ogni caso, si tratta di legislazione, primaria o secondaria, che ha chirurgicamente di mira il bene casa, quando questa sia adibita ad abitazione principale. Gli alloggi per vacanze possono essere lasciati al libero mercato, posto che essi, per loro natura, non soddisfano un bisogno primario, e, piuttosto, si tratterà di vigilare affinché, in alcune realtà urbane ove si assommano domande di alloggi turistici temporanei con domande di abitazioni stabili per i residenti, le prime non fagocitino una fetta troppo grande di risorse abitative.

Ma se si prendono in esame i dettagli della legislazione in vigore, si osserva una crescente tutela di chi (con)vive nella casa, pur non essendo titolare del contratto di locazione, il che è del tutto coerente con la dimensione costituzionale del diritto all'abitazione, pronto a dispiegare i suoi effetti al di fuori dei limiti del contratto. Non sorprende quindi che sia stato un intervento della Corte Costituzionale che ha affermato il diritto del convivente *more uxorio* a subentrare nei diritti del conduttore, garantendo così il «diritto ad abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritti!» (tale era allora la situazione del convivente di

21 V. A. DE VITA, *Diritto alla casa in diritto comparato*, Dig., disc. priv., sez. civ., VI, Torino, 1990.

22 Cfr. l. 27 luglio 1978, n. 392. L'equo canone è stato poi abbandonato venti anni dopo, con la l. 9 dicembre 1998, n. 431.

23 Alla locazione di immobili a fini abitativi effettuata a canone concordato si applica la cedolare secca del 10% (e non sono dovute imposta di bollo e di registro in sede di registrazione del contratto), prevista per le abitazioni nei comuni con carenze abitative e nei comuni ad alta tensione abitativa, dove quindi il gioco del libero mercato – data la differenza tra domanda e offerta – spinge in alto il costo degli affitti.

24 R. H. THALER, C. R. SUSTAIN, *Nudge. La spinta gentile*, Milano, 2014.

fatto), come si legge in un commento alla decisione della Consulta del 1988, ad opera di un importante civilista<sup>25</sup>.

La tutela della casa destinata ad abitazione primaria si estende in effetti alla protezione dei familiari e conviventi.

Per altro verso, norme speciali, opponibili ai terzi, sono volte a tutelare il coniuge e/o i figli, relativamente all'assegnazione della casa familiare<sup>26</sup>.

Nel passato, in Italia si è ricorso a misure drastiche quanto rozze, disponendosi la sospensione legale degli sfratti per finita locazione<sup>27</sup>; tali misure sono state considerate legittime dalla Corte costituzionale solo perché emergenziali<sup>28</sup>, sicché, trascorso il periodo della “finta” emergenza<sup>29</sup>, si è dovuto ricorrere ad un ventaglio di provvedimenti, più o meno coordinati tra loro, ma il cui punto focale è costituito dall'intento di far sì che il bene casa di abitazione pervenga in godimento a chi ne ha bisogno, indipendentemente dal fatto che sia titolare di un diritto reale sul bene immobile, o che sia il titolare di un rapporto contrattuale di tipo locatizio.

A proposito della frequente non esecuzione delle decisioni che ordinavano il rilascio dell'immobile (che hanno comportato anche alcune condanne da parte della Corte Edu), questa modalità di risolvere gli interessi confliggenti tra proprietari e conduttori è stata oggetto di critiche. È stato osservato che, tramite questa via, un onere che dovrebbe essere posta a carico della collettività viene scaricato sul privato locatore, che potrebbe trovarsi anche lui, peraltro, in situazione di disagio (con un ruolo di supplenza del diritto privato, in questo caso giudicato, da taluno, improprio). È stato a questo proposito osservato che «il confronto con gli altri ordinamenti, d'altra parte, mostra che l'inserimento strutturale di una clausola sociale» dia esiti più soddisfacenti (il riferimento è al par. 574 BGB, che legittima il conduttore a opporsi alla legittima disdetta, provando l'inesigibilità della fine del rapporto di locazione quando questa comporterebbe per il conduttore e i suoi familiari una difficoltà intollerabile). Una clausola siffatta «può produrre conseguenze meno dirompenti sulle facoltà proprietarie

25 Cfr. A. TRABUCCHI, nota a Corte cost., 7 aprile 1988, 404, in *Giur. it.*, 1988, 1, c. 1627 ss.

26 Cfr. a titolo di esempio: l'opponibilità al terzo, che ha acquistato il bene dal congiunto – unico proprietario – della decisione giudiziaria che attribuisce la casa familiare all'altro coniuge collocatario dei figli, o le regole che proteggono, con gradi diversi, il coniuge, il partner unito civilmente e il convivente contro gli eredi del proprietario del bene (art. 540 c.c.; art. 1 c. 42 lg 76/2016, Cass., 27 aprile 2017, n. 10377).

27 Cfr. l. 431/1998, art. 6 e gli interventi di sospensione della fase esecutiva a partire dalla l. 09/2007, più volta prorogata.

28 Lo scopo di «protéger les intérêts des locataires à faibles revenus et éviter tout risque de trouble de l'ordre public» può giustificare una limitazione del diritto del locatore al rispetto dei suoi beni anche secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. Spadea e Scalabrino c. Italia, 28 settembre 1995, ric. 12868/87).

29 Non si intende naturalmente sottovalutare la serietà di quella che può essere oramai definita “questione abitativa”, ma solo sottolineare che (purtroppo) non si tratta di una situazione transitoria.

rispetto ad una regola surrettizia che rende estremamente difficoltoso e incerto il recupero dell'immobile da parte del locatore.»<sup>30</sup>

Naturalmente, per quanto riguarda il diritto all'abitazione, l'uso di norme imperative che disciplinano il contratto di locazione è solo una delle tecniche legali utilizzate per renderlo efficace. Si tratta, infatti, di un'altra caratteristica del diritto di accesso ai beni vitali, ovvero la necessità di ricorrere a una pluralità di tecniche giuridiche.

In Italia, l'accesso all'alloggio è, in una percentuale significativa di casi, non tramite la locazione, ma attraverso la proprietà (la stessa Costituzione favorisce la "proprietà della casa"). Una serie di regole tutelano chi ha progettato di acquistare un immobile, per esempio dalla falcidia concorsuale (si pensi alle norme che regolano la vendita degli immobili da costruire, in caso di fallimento del costruttore, e alla più recente legge sul leasing immobiliare residenziale); norme di tutela possono essere applicate, sia in caso di fallimento del "venditore", che in caso di difficoltà economiche dell'acquirente<sup>31</sup>.

## 5. Preservare l'accesso ai beni vitali

Il riferimento al caso del fallimento del venditore ci porta a considerare un'altra prospettiva: oltre alle regole volte a facilitare l'accesso ai beni vitali, ci sono regole volte a proteggere chi possiede questi beni da possibili perdite.

La protezione di coloro che già possiedono i beni vitali di cui hanno bisogno è un aspetto complementare dello status giuridico dei beni vitali.

In effetti, attualmente, nessuno Stato è in grado di garantire a tutti, senza eccezioni, l'accesso ai beni vitali. D'altra parte, sembra più facile dare garanzie che tali beni non vengano sottratti a chi già li possiede o che guadagna quanto necessario per acquistarli.

Quando si trascorra a considerare l'aspetto della preservazione dell'accesso alle utilità dei beni vitali in capo a coloro che di tali beni hanno essenziale bisogno, muta però il quadro normativo di riferimento, e di tale mutamento è opportuno essere avvertiti.

Sino a qui, infatti, si è seguita la prospettiva che parte dal catalogo dei diritti fondamentali, consacrato nei testi che costituiscono il cosiddetto blocco

30 Cfr. E. BARGELLI, *Locazione abitativa e diritto europeo. Armonie e disarmonie di un capitolo del diritto privato sociale*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 951.

31 A fronte della crisi economica e della crescente difficoltà di accedere ai mutui ipotecari per l'acquisto di immobili, l'autonomia privata ha elaborato nuovi modelli contrattuali, che hanno poi trovato un riconoscimento legislativo, resosi necessario, tra l'altro, per garantire alcune tutele nei confronti del conduttore, possibile futuro acquirente del bene. Cfr. D. POLETTI, *L'acquisto "progressivo" della proprietà abitativa tra autonomia privata, tecnica legislativa e controllo giurisdizionale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Drittwirkung e principio di effettività nelle discipline di settore*, Torino, 2017, p. 109.

costituzionale, per verificare, esemplificativamente, in che modo ed in che misura tali diritti astratti si concretizzano nella disciplina relativa alla attribuzione e ripartizione delle utilità dei beni. Questa prospettiva e questo percorso può anche essere denominato come un percorso deduttivo, che parte dal livello del diritto costituzionale per giungere al livello delle regole operative governate dal diritto civile opportunamente modificato.

Una prospettiva induttiva può però suggerire un diverso percorso, che parta da regole operative di diritto civile o di procedura civile, in base alle quali certi beni che siano già in possesso di chi ha un insopprimibile bisogno di mantenere l'accesso alle loro utilità, non possono essergli sottratti, per verificare se dall'insieme di tali regole poste dal legislatore ordinario è possibile redigere un catalogo di beni che possono essere qualificati come vitali.

In questo contesto possiamo collocare la disciplina, risalente, che ci dice che, sebbene il debitore debba rispondere dei debiti con tutti i suoi beni (art. 2740 c.c. it; attuale art. 2284 c.c. fr.<sup>32</sup>), ci sono però dei beni impignorabili. Così, in Italia, possiamo ricordare le norme del codice di procedura civile, dove troviamo elencati alcuni beni che possono avere un particolare valore affettivo, e altri beni, dal cui elenco traspare che lo scopo della norma è quello di non privare il debitore delle cose necessarie per un'esistenza dignitosa e per procurarsi i mezzi di sussistenza.

Secondo la giurisprudenza relativa all'art. 514 c.p.c., i beni in discorso sono impignorabili, non per natura, ma per destinazione, nel senso che l'impignorabilità va esclusa quando non risultino attualmente destinati all'uso della vita quotidiana del debitore e della sua famiglia<sup>33</sup>.

Abbiamo poi limiti alla pignorabilità di stipendi, pensioni e crediti alimentari: si vuole garantire che l'individuo abbia quanto gli è necessario per vivere, garantendogli un flusso di denaro. L'interesse del creditore precedente trova un limite nell'esigenza di garantire questo minimo (e non a caso tale limite può eventualmente essere superato quando si tratta del creditore alimentare, perché in tal caso occorre trovare un bilanciamento tra le posizioni antitetiche di due soggetti

32 L'art. 2284 c.c. fr. (che riprende il testo del precedente art. 2092) dispone che «Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.»

33 Nell'elenco non sono più compresi «gli strumenti, gli oggetti e i libri indispensabili per l'esercizio della professione, dell'arte o del mestiere del debitore»; in seguito a una riforma del 2006, sono oggi relativamente impignorabili e ne troviamo menzione nell'art. 515 c.p.c., che stabilisce che «possono essere pignorati nei limiti di un quinto, quando il presumibile valore di realizzo degli altri beni rinvenuti dall'ufficiale giudiziario o indicati dal debitore non appare sufficiente per la soddisfazione del credito; il predetto limite non si applica per i debitori costituiti in forma societaria e in ogni caso se nelle attività del debitore risulta una prevalenza del capitale investito sul lavoro». Qualora, però, la privazione degli strumenti impedisse lo svolgimento dell'attività lavorativa, secondo un'interpretazione che valorizza la funzione della norma, la procedura esecutiva andrebbe esclusa. Cfr. Trib. Trani, 5 novembre 2014.

le cui esigenze fondamentali devono trovare soddisfacimento sullo stesso flusso di denaro, in un gioco che è necessariamente a somma zero).

In Francia, il legislatore è intervenuto con una legge del 1972<sup>34</sup>, che ha comportato l'inserimento, in un primo tempo nel codice civile (art. 2092-2), di una lista di beni che non possono essere pignorati; tra questi troviamo le pensioni, gli alimenti e i beni mobili necessari per la vita e il lavoro del debitore e della sua famiglia. Scopo della norma è di non lasciare il debitore in uno stato di indigenza, in virtù di considerazioni che la dottrina ha indicato come umanitarie. Una conferma sembra rinvenirsi in una recente sentenza della *Cour de cassation* che, chiamata ad esprimersi su una *question prioritaire de constitutionnalité* relativa alla norma (nel frattempo inserita nel codice di rito), ha rigettato la *QPC*, affermando che lo scopo della legge «est d'assurer une protection du débiteur pour ses biens présentant un caractère vital»<sup>35</sup>.

La necessità di preservare i beni del debitore, necessari per condurre un'esistenza dignitosa e per il sostentamento suo e della sua famiglia, emerge anche nella disciplina concorsuale<sup>36</sup> e in quella relativa al sovraindebitamento del debitore, ora confluite nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

E la giurisprudenza più recente ritiene che le somme dovute all'assicurato o al beneficiario di una assicurazione sulla vita, che secondo l'art. 1923 c.c. it. non possono essere oggetto di azioni esecutive, non possano neppure essere oggetto di esecuzione concorsuale, perché una interpretazione costituzionalmente orientata deve dare rilievo alla funzione previdenziale assolta da questo istituto<sup>37</sup>.

Con riferimento alla casa di abitazione, possiamo rilevare come sia oggetto di una tensione che porta in direzioni opposte. Da un lato, è un bene che può essere offerto in garanzia ai creditori, ed anzi la tendenza attuale è quella di ampliare questa possibilità per facilitare l'accesso al credito, anche per quegli strati della popolazione che siano *house rich* ma *cash poor* (si pensi al prestito vitalizio ipotecario)<sup>38</sup>, e questo comporta inevitabilmente che debba poter essere oggetto di azioni esecutive. La concessione di una garanzia reale, infatti, consente l'accesso a un credito che, diversamente, non sarebbe possibile ottenere, o con un tasso di interesse più basso di quello che si otterrebbe in assenza di garanzia, proprio perché, in caso di inadempimento del debitore, il creditore garantito può escutere il bene e soddisfarsi sul suo ricavato con preferenza sugli altri debitori. Sulla

34 Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972, instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile.

35 Cfr. Cass. Civ. 2°, 9 février 2017, n. 16-40.248, segnalata nel saggio di P. Chauviré.

36 Cfr. art 46 l. fall, il cui contenuto ritroviamo ora nell'art. 146 del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (d. lvo. 14/2019).

37 Cfr. Cass. s.u., 31 marzo 2008, n. 8271.

38 Si osserva in generale una facilitazione del credito immobiliare al consumatore, con l'uso dell'immobile come *collateral* per finanziamenti che non siano quelli dell'acquisto dell'immobile stesso.

efficienza complessiva per il sistema e sulle conseguenze distributive, gli effetti sono meno nitidi, e questo, a fronte del favore che si rinviene nei confronti delle garanzie reali (anche a seguito delle indicazioni dei rapporti *Doing Business*), meriterebbe di essere considerato<sup>39</sup>.

Dall'altro lato, però, va segnalato che – qualora si debba provvedere alla liquidazione dell'immobile – la rilevanza degli interessi di chi in quella casa abita vengono in rilievo e si riflettono nella messa in opera della procedura esecutiva, che può essere lunga e laboriosa.

Qui rammentiamo che, in Italia, l'impignorabilità della casa e di altri beni definiti essenziali è stata prevista per la sola esecuzione esattoriale, dove il sacrificio non viene addossato al singolo creditore ma al fisco, e quindi spalmato sulla collettività<sup>40</sup>.

Segnalo invece che in Francia, dal 2003, l'imprenditore persona fisica può fare una dichiarazione di impignorabilità della propria abitazione (e, dal 2008, di qualsiasi immobile, purché non destinato all'esercizio della sua attività professionale)<sup>41</sup> e, così facendo, sottrarre l'immobile dalla massa dei beni aggredibili dai creditori, i cui crediti, legati all'attività professionale, siano successivi alla dichiarazione stessa<sup>42</sup>. In Italia si è intervenuti su un fronte diverso, con una

39 Cfr. lo studio seminale di A. Schwartz, *Security Interests and Bankruptcy Priority: a Review of Current Theories*, 10 J. Legal Stud. 1 (1981), e il dibattito vivace che ne è scaturito.

40 Cfr. d.l. 69/2013.

41 La c.d. "Loi Macron" (Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques) prevede che la residenza principale sia impignorabile, senza la necessità (e i costi) della dichiarazione, ma con la possibilità di rinunciarvi (cfr. art. L. 526-1 Code de commerce e ss.).

42 È proprio in sede di commento alla legge del 2003 che Rochfeld si è interrogata sull'emersione di un *patrimoine de dignité*, poiché «Une affectation se dessine effectivement, qui repose sur l'idée que certains droits revêtent une importance vitale pour leur détenteur ou sa famille. Son ampleur est déjà non négligeable puisqu'elle est à même de fédérer toutes les insaisissabilités instituées ces dernières années» (cfr. J. ROCHFELD, «Initiative économique – Résidence principale – Insaisissabilité», in *RTD civ.*, 2003, p. 743). La riflessione dottrinale sulla emersione di questa nuova categoria prosegue, come è ben evidente dalle pagine ad essa dedicate nell'ultimo studio annuale della *Cour de cassation*, ove si può leggere che «en dehors de la protection directe des droits fondamentaux des personnes, il s'est installé dans notre droit une mise en retrait d'un ensemble de biens dédiés à la préservation de la dignité des individus, les "biens de dignité", intégrés à un "patrimoine de dignité": alors même qu'ils sont ordinaires et patrimoniaux, ces biens sont soustraits du mécanisme du droit de gage général des créanciers; ils s'agrègent en une masse distincte dans le patrimoine de la personne et sont destinés à assurer un "reste à vivre" et à demeurer attachés à la personne.» Il *patrimoine de dignité* sarebbe quindi una costruzione dottrinale, con una funzione esplicativa e ordinante di una serie di norme: «Le tout émane de mesures ponctuelles et diverses, qui prennent cependant un sens si on leur restitue leur fondement commun, à savoir la protection de la dignité de la personne et la conservation auprès d'elle (et de son groupe familial) des biens vitaux qui lui permettent d'exister dignement, matériellement et psychologiquement, et qui assurent son intégration sociale minimale» (cfr. *La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Etude annuelle 2019*, p. 148 e ss.)

tecnica diversa, stabilendo che l'abolizione del divieto del patto marciano, quando riguarda l'imprenditore, non può avere ad oggetto gli immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge, dei parenti ed affini entro il terzo grado<sup>43</sup>.

Per concludere, da questa breve rassegna ci pare di poter dire che gli indici normativi mostrano che il legislatore è intervenuto con tecniche diverse, e con una disciplina, certamente sparpagliata, ma che trova nel carattere "vitale" di alcuni beni il proprio asse di ordinamento.

---

43 Cfr. d. l. 72/2016 (c.d. decreto mutui) del 2016 e art. 48 bis del TUB.



# “Insurtech”: suggestioni e dubbi dal mondo assicurativo

*Santa Nitti*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Principali effetti delle nuove tecnologie sull'attività assicurativa. 3. Nozione di rischio e nuove tecnologie. 4. Conclusioni.

## 1. Introduzione

*Insurtech*, al pari di *Fintech* per il settore finanziario, è il neologismo coniato per descrivere l'impatto dell'innovazione tecnologica nel settore assicurativo, e la correlata necessità di adeguamento delle normative regolamentari dei mercati assicurativi. L'intento alla base del presente intervento è di delineare il fenomeno nelle sue linee essenziali, evidenziando alcune delle criticità che si pongono sul piano giuridico.

Non vi è alcun dubbio che il mercato assicurativo-finanziario sia stato, e continui ad essere attraversato da cambiamenti repentini e dirompendi, i cui effetti o possibili effetti divengono evidenti qualora li caliamo all'interno e nelle dinamiche del mercato assicurativo locale italiano, che è sempre stato piuttosto refrattario ai cambiamenti.

Per quanto evidente, pare opportuno ricordare come *Insurtech* o *Fintech* non siano fenomeni che si possono isolare nel mondo delle assicurazioni e della finanza, sembra abbastanza chiaro che, sebbene abbiano le loro peculiarità le quali devono essere esplorate, fanno parte del concetto più ampio di innovazione. Quest'ultima, quindi, da questa prospettiva di indagine, riguarda, in ultima analisi, un processo o un prodotto (bene o servizio) che garantisce migliori risultati e benefici, portando così un progresso sociale. L'innovazione esiste in ogni settore e, anche se spesso è legata alla tecnologia sotto forma di progresso tecnico e di mercato economico, ha un impatto sociale ampio. Infatti, la sensibilità e l'attenzione all'innovazione sono la chiave della competitività. L'innovazione, da questa prospettiva, è anche uno stimolo ai consumi e, quindi, alla domanda di beni e servizi che possono stimolare la crescita economica all'interno di un'economia di mercato<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Uno dei primi economisti che si è occupato a fondo del tema dell'innovazione è stato Joseph A. Schumpeter, che ha dato un prezioso contributo alla letteratura, da cui sono state

I fattori che spingono le aziende ad innovare sono legati al mantenimento o alla crescita della propria posizione nel mercato di riferimento, all'ingresso in nuovi mercati o all'adeguamento normativo. Di conseguenza, l'introduzione di innovazioni di successo permette di rispondere positivamente al naturale ciclo di vita di prodotti o servizi, e di ottenere vantaggi competitivi differenziati rispetto alla concorrenza.

Se guardiamo solo al lato della crescita e dello sviluppo dell'azienda, non c'è dubbio che, attraverso l'innovazione, quindi, si esplorano nuove opportunità di business e si aprono nuovi mercati, con il vantaggio competitivo del *first player*, in quanto l'azienda innovativa è la prima a rispondere alle nuove esigenze di un segmento di clientela precedentemente non servito fino a quando il mercato non si apre alla concorrenza.

Le imprese di assicurazione, pur nella particolarità di svolgere attività di rilevanza sociale e regolata, sono operatori economici del mercato e interagiscono all'interno di esso con le medesime dinamiche e logiche di ogni impresa. È, quindi, evidente che il settore non è estraneo all'innovazione che, al contrario, è parte integrante delle strategie di sviluppo e crescita dell'impresa stessa. L'evoluzione del mercato assicurativo si coglie se si presta attenzione sia alla costante crescente di nuovi servizi forniti dalle più note compagnie di assicurazione attraverso le varie applicazioni create *ad hoc* per fornire il servizio assicurativo, sia alla nascita e allo sviluppo di c.d. *start-up* dedicate al settore.

## 2. Principali effetti delle nuove tecnologie sull'attività assicurativa

È del tutto evidente che i nuovi mezzi *Hi-Tech*, sempre a portata di mano grazie ai dispositivi mobili, consentono la gestione di attività assicurative, sia nel ramo danni, che in quello vita, attraverso modalità telematica e in pochi secondi.

Soprattutto grazie all'assistenza di assistenti virtuali in grado, sia di velocizzare la pratica, sia di abbassare i costi delle pratiche stesse, eliminando così l'attesa necessaria per entrare in contatto con un operatore umano e semplificando la fase burocratico-amministrativa.

Questi fenomeni sono ben presenti, sia da parte degli operatori del mercato, sia da parte dell'Autorità di Vigilanza assicurativa italiana, come si evince dalle parole dell'IVASS, secondo cui, nell'era digitale, le compagnie di assicurazione

---

sviluppate le seguenti teorie sull'innovazione. Nel 1912, nella "Teoria dello sviluppo economico", definì lo sviluppo come un «fenomeno distinto, estraneo a ciò che si può osservare nel flusso circolare e nella tendenza all'equilibrio. È il cambiamento spontaneo e improvviso dei canali di flusso, la perturbazione dell'equilibrio che altera e sposta lo stato di equilibrio precedentemente esistente». J.A. SCHUMPETER, *Teoria dello sviluppo economico*, Traduzione di L. BERTI, Milano, 2002.

stanno migliorando i propri modelli operativi per offrire una migliore *customer experience*, valorizzando i punti di forza dei canali digitali e tradizionali<sup>2</sup>.

Sempre nelle parole della Vigilanza assicurativa, diverse compagnie stanno lavorando ad un sistema integrato digitale che collega assicuratori e clienti attraverso un efficiente flusso di informazioni e servizi.

Un sistema che, infatti, supporta servizi personalizzati e istantanei che i clienti, abituati al digitale nell’acquisto di beni e servizi di altro tipo, si aspettano, sempre più spesso, nel settore assicurativo.

Ma il tema dell’innovazione tecnologica, parafrasando una nota opera, porta con sé la necessità di chiedersi se può portare a un incremento del mercato o a minarne le fondamenta<sup>3</sup>. E cercare di fornire risposta ad una tale domanda, acquista maggior rilievo in relazione al mercato assicurativo-finanziario ed alla natura dei prodotti<sup>4</sup> in esso commercializzati, caratterizzati da una loro specificità di cui è necessario tener conto, pur nella consapevolezza che tali fenomeni vanno letti alla luce della generale rivoluzione delle modalità produttive, da un lato, e di quelle con cui si articolano i rapporti tra soggetti e tra soggetti ed oggetti, dall’altro<sup>5</sup>.

Non è semplice fornire una definizione dell’*Internet of Things* (“IoT”), locuzione cui sono state offerte diverse formulazioni definitorie, senza tuttavia, almeno per ora, pervenire ad una definizione che possa dirsi globalmente

- 
- 2 A livello italiano, l’Autorità di Vigilanza del Mercato Assicurativo IVASS ha già avviato iniziative, studi e gruppi di lavoro con gli operatori del mercato e altre associazioni di categoria, basti fare riferimento ai rapporti annuali 2017 e 2018 pubblicati dall’Autorità di Vigilanza, [www.ivass.it](http://www.ivass.it). Altrettanti contributi si devono ad EIOPA, si vedano tra gli altri sul sito dell’Autorità: <https://www.eiopa.europa.eu/> *Consultation paper on the proposal for Guidelines on outsourcing to cloud service providers*, EIOPA-BoS-19/270 1 July 2019; *Overview of the EIOPA work on outsourcing to cloud service providers*, EIOPA’s Fourth InsurTech Roundtable *The use of cloud computing by (re) insurance undertakings*, Frankfurt, 11 April 2019; *Outsourcing to the cloud: EIOPA’S contribution to the European Commission Fintech Action Plan*, EIOPA 2019; *Report on best practices on licencing requirements, peer-to-peer Insurance and the principle of proportionality in an insurance context*, EIOPA 2019, EI-01-19-144-EN-N.
  - 3 C. CHRISTENSON, *The Innovators’s Dilemma*, Harvard Business School Press, Cambridge, Mass., 1997.
  - 4 Sulla funzione sociale dell’assicurazione tra gli altri si rimanda a F. SANTORO-PASSARELLI, *Funzioni delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali*, in *Assicurazioni*, 1962, p. 42; G. FANELLI, *La “summa divisio” delle assicurazioni private: riflessioni su di un vecchio problema*, in *Il Foro Italiano*, 1962, Vol. 85, No. 4, pp. 51-70; G. COTTINO, *L’assicurazione tra passato e presente*, in G. COTTINO-M. CAGNASSO-M. IRRERA, *L’assicurazione: l’impresa e il contratto*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, Padova, 2001.
  - 5 L’Internet degli oggetti (IoT) è un’architettura informativa globale emergente basata su Internet che facilita lo scambio di beni e servizi. L’internet degli oggetti ha lo scopo di fornire un’infrastruttura informatica che faciliti lo scambio di “cose” in modo sicuro e affidabile, vale a dire che la sua funzione è quella di superare il divario tra gli oggetti nel mondo fisico e la loro rappresentazione nei sistemi informativi. L’internet degli oggetti servirà ad aumentare la trasparenza e a migliorare l’efficienza delle reti globali della catena di fornitura così R.H. WEBER AND R. WEBER, *Internet of Things* Springer-Verlag GmbH Berlin Heidelberg, 2010.

riconosciuta<sup>6</sup>. L'OCSE, ad esempio, l'ha descritta come «un ecosistema in cui le applicazioni e i servizi sono guidati dai dati raccolti da dispositivi che percepiscono e si interfacciano con il mondo fisico»<sup>7</sup>. In alternativa, «L'internet degli oggetti è un ampio ecosistema di oggetti fisici collegati a Internet, in grado di identificarsi e comunicare i dati ad altri oggetti con l'aiuto di una rete di comunicazione per l'elaborazione digitale»<sup>8</sup>. Come è stato acutamente osservato «l'industria 4.0, la c.d. “Third Wave” (ossia la terza rivoluzione industriale rispetto alle precedenti), ha introdotto nuove dimensioni applicative per gli oggetti; ciò trova espressione nel neologismo “Internet delle cose”: gli oggetti non si realizzano nel loro rapporto con il soggetto che li percepisce, ma si rendono riconoscibili per il fatto di poter comunicare dati su se stessi, e accedere ad informazioni aggregate da altri, in una fuga dai confini fisici cui la loro materialità li ha sempre confinati, che spinge l'universo delle res verso un mondo “post-materiale”<sup>9</sup>.

Gli effetti positivi, sotto il profilo di un migliore ed efficiente servizio, nonché riduzione dei costi, dell'applicazione delle nuove tecnologie all'assicurazione, sono facilmente individuabili e ben presenti agli attori del mercato, ma l'analisi giuridico-legale si deve occupare, anche e soprattutto, dei possibili effetti distorsivi dell'innovazione<sup>10</sup>.

*Insurtech*, l'applicazione delle più avanzate e moderne tecnologie nel settore assicurativo, come abbiamo già visto, non è più il futuro, ma la realtà presente:

6 Si veda la raccolta di definizioni di ROD FREEMAN-COOLEY E BRIGITTE ACOCA nel documento dell'OCSE *“Product Safety in the Internet of Things”*, Segretariato OCSE, OCSE Economia digitale Documenti, marzo 2018 n. 267, disponibile all'indirizzo: <https://www.oecd-library.org/deliver/7c45fa66-en.pdf?itemId¼%2Fcontent%2Fpaper%2F7c45fa66-en&imeType¼pdf>.

7 OECD, *The Internet of Things: Seizing the Benefits and Addressing the Challenges*, OECD Digital Economy Papers, No. 252, OECD, Paris 2016, [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/CISP\(2015\)3/FINAL&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/CISP(2015)3/FINAL&docLanguage=En).

8 Documento di lavoro dei servizi della Commissione europea sul libero flusso di dati e sulle questioni emergenti dell'Economia europea dei dati, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni “Costruire un'economia dei dati europea” {SWD(2017) 2 final} Bruxelles, 10.1.2017 COM(2017) 9 final, p. 41, online: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/IT/COM-2017-9-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>; O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *A Constitutional-Driven Change of Heart ISP Liability and Artificial Intelligence in the Digital Single Market*, (2019) in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, online: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3418995> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3418995>; J. CANNATACI, V. FALCE, O. POLLICINO (edit by), *Legal Challenges of Big Data*, Edward Elgar Publishing, 2020.

9 A. CANDIAN, *Finanza e sfide delle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione*, DIMAF, I, 2018.

10 Anche l'Autorità di Vigilanza è conscia di ciò tanto da aver in diverse occasioni espresso la sua preoccupazione circa l'adeguatezza sia propria che delle imprese a fronte della rivoluzione cui ho fatto cenno. Preoccupazioni che non a caso si sono indirizzate verso il tema della *cyber security* che costituisce uno degli aspetti più inquietanti perché sottolinea la fragilità di un sistema in rapida evoluzione.

Internet delle cose (IoT), *smart contract*, *blockchain* non sono più solo concetti “esotici”, di puro interesse accademico, ma hanno già un impatto concreto.

Queste premesse sono quindi funzionali all’analisi che segue, la quale, come si vedrà, intende mettere in luce come il fenomeno Insurtech stia producendo un triplice e dirompente impatto sul settore assicurativo: sul piano dell’attività di impresa, su quello della creazione ed ideazione dei prodotti assicurativi e sulla distribuzione assicurativa, intesa quale intermediazione.

Più in particolare, per quanto riguarda i mercati assicurativi o, meglio, il settore assicurativo, l’incidenza e l’inevitabile innovazione tecnologica ha e avrà un impatto, non solo sugli aspetti strettamente legati ai contratti venduti, in termini di copertura, ma anche sulle tecniche di distribuzione, ed in effetti, grazie all’impatto tecnologico, si stanno realizzando modalità innovative di interazione tra imprese e consumatori. Questo aspetto è essenziale, anche se finora sembra essere stato poco considerato. L’intero settore assicurativo non può non tenere conto della trasformazione che ha interessato il mercato negli ultimi vent’anni. Il cliente, infatti, è diventato l’attore principale, tanto da essere coinvolto nella progettazione e nella realizzazione del prodotto<sup>11</sup>. Ciò non è dovuto solo a cambiamenti sociali e culturali, ma anche e soprattutto a modifiche legislative, che hanno portato, da una logica basata sul prodotto, a una logica basata sul cliente e sulle sue esigenze. Questa evoluzione ha imposto alle compagnie di assicurazione anche un cambiamento tecnico e organizzativo che ha poi condotto ad un’evoluzione della normativa e a una trasformazione delle strutture di governance. Tuttavia, quando ci si appresta ad esplorare le potenzialità di questo nuovo scenario, si può notare che esso presenta anche alcuni aspetti critici, sia in termini di produzione che di distribuzione dei prodotti assicurativi.

A titolo di esempio, e senza entrare in esposizioni analitiche in questa sede, va ricordato che l’avanzamento delle tecniche di vendita online, non è più solo un mero strumento di distribuzione, ma è diventata modalità che connota, e talvolta rivoluziona, le caratteristiche dei contratti. In questa prospettiva, esempi sono le offerte di microassicurazione o di assicurazione istantanea (o *pay as you use the insurance*), dove i potenziali assicurati scelgono e modellano il loro contratto: non si tratta solo di una forma di c.d. “disintermediazione” e, quindi, di tendenza verso la relazione diretta tra impresa e cliente, ma anche di un profondo cambiamento nelle caratteristiche generali del contratto venduto.

È del tutto evidente che la potenza di calcolo e la velocità di trasmissione dei dati disponibili rendono possibili forme di distribuzione digitale del prodotto in forma modulare, grazie alle quali il cliente può individuare la copertura più idonea, aggregare le varie tipologie di copertura offerte, introdurre i parametri

11 Sull’impatto della disciplina sulla costruzione dei prodotti assicurativi si veda L. VELLISCIG, *Season 3: Product Governance. Rethinking Retail Customer Protection in the EU Insurance Market*, in *Global Jurist*, 2017.

più funzionali al tipo di rischio a cui ritiene di essere esposto. Gli assicuratori hanno sempre utilizzato intensamente i dati per analizzare e misurare i rischi che sottoscrivono, sulla cui base determinano poi, fissando i relativi termini e condizioni per le polizze assicurative, la valutazione del rischio e la gestione dei sinistri.

La tecnologia digitale cambia l'intera catena del valore assicurativo: cambia il tipo di dati che gli assicuratori utilizzano per valutare il rischio, il modo in cui le informazioni vengono analizzate e, in ultima analisi, la dimensione dei pool di rischio effettivi.

È già noto come la tecnologia abbia cambiato l'assicurazione auto, dove l'utilizzo della scatola nera, oltre all'archiviazione e all'elaborazione dei dati, ha portato alla nascita di nuovi prodotti, nuove modalità di calcolo delle tariffe, maggiore resistenza alle frodi<sup>12</sup>. Ma il cambiamento lo si può cogliere, per esempio, anche nel settore delle polizze di assicurazione sanitaria, che possono essere combinate con rilevatori di funzioni vitali da indossare, così come nelle assicurazioni per la casa, fortemente caratterizzate dall'installazione di sensori di calore e di umidità o altri dispositivi di sicurezza.

Gli esempi cui ci si è riferiti mostrano alcuni dati fondamentali, ovvero che le nuove tecnologie, da un lato aprono nuovi mercati, permettono di coprire nuovi rischi, riducono alcuni rischi operativi (come le frodi), dall'altro lato aumentano la loro esposizione ad altri (come i rischi informatici), ampliano la gamma dei prodotti, ma modificano le tecniche di assunzione del rischio e di tariffazione. I prodotti assicurativi altamente dinamici, basati sull'uso (UBI), proliferano e si adattano al comportamento dei singoli consumatori, determinando il passaggio da un modello di "acquisto e rinnovo annuale", a un ciclo continuo, in quanto l'offerta di prodotti si adatta costantemente ai modelli comportamentali dell'individuo. Inoltre, i prodotti sono essenzialmente disaggregati in elementi di micro-copertura (ad esempio l'assicurazione della batteria del telefono, l'assicurazione contro i ritardi dei voli, le diverse coperture per una lavatrice e un'asciugatrice all'interno della casa), che i consumatori possono personalizzare in base alle loro particolari esigenze, con la possibilità di confrontare istantaneamente i prezzi dei diversi fornitori. Emergono nuovi prodotti per coprire la natura mutevole degli accordi di vita e dei viaggi, UBI diventa la norma in quanto i beni fisici sono condivisi tra più soggetti, con un

---

12 Nelle parole del Presidente dell'Ivass «Lo sviluppo della scatola nera è, in origine, una risposta tecnologica a un problema di fiducia tra assicuratori e assicurati: i dati telematici consentono di ricostruire la dinamica degli incidenti e prevenire le frodi. Può però consentire di fornire servizi aggiuntivi tarati sulle esigenze dei clienti.» Cfr. D. FRANCO, *Il ruolo dell'assicurazione per la crescita e l'efficienza*, intervento tenuto all'assemblea ANIA 19 ottobre 2020, online: [https://www.ivass.it/media/interviste/documenti/interventi/2020/19-10-2020-df-ania/DF\\_Assemblea\\_ANIA\\_19\\_10\\_2020.pdf](https://www.ivass.it/media/interviste/documenti/interventi/2020/19-10-2020-df-ania/DF_Assemblea_ANIA_19_10_2020.pdf).

modello *pay-by-mile* o *pay-by-ride*, per il *car sharing*, e l'assicurazione *pay-by-stay*, per i servizi di *home-sharing*, come Airbnb.

Questa possibilità di modulare il contratto direttamente tramite computer, o anche cellulare, è già tecnicamente possibile. Ciò detto, e portando l'attenzione ai dati giuridici, ed in particolare alle strutture contrattuali dei prodotti assicurativi, si coglie immediatamente la forza del cambiamento. Al riguardo, è sufficiente riferirsi all'attività regolatoria svolta dai legislatori, ma anche a quella di vigilanza e “supervisione” dei rapporti assicurativi da parte delle Autorità di settore, a partire da quelle afferenti alla c.d. architettura europea di vigilanza, per avvedersi subito del fatto che esse si fondano sul presupposto che si verta in ambito di contratti di massa, ampiamente standardizzati, benché venga poi consentito alle parti di includere opzioni nei particolari termini e condizioni di polizza.

Questo presupposto è alla base anche per la regolamentazione degli obblighi di divulgazione che vengono imposti al fornitore (sia esso una impresa di assicurazioni o un distributore) nella fase precontrattuale.

Ampiamente risaputo che la relazione negoziale assicurativa, intercorrente tra professionista e consumatore, è caratterizzata da una marcata asimmetria informativa, a cui il legislatore ha cercato da sempre di porre rimedio con gli strumenti classici della tradizionale tutela consumeristica, per arrivare a quella più moderna.

Risolvendo le asimmetrie informative, è possibile riequilibrare la posizione contrattuale del consumatore, che altrimenti sarebbe caratterizzata da una debolezza strutturale, di cui il professionista potrebbe abusare. E qui si vede il cambiamento indotto dalla tecnologia: quando l'intermediazione si effettua su piattaforme che permettono al cliente di confezionare la polizza più adatta al livello di rischio, il problema delle asimmetrie informative, almeno sotto alcuni profili, si riduce. Si può sicuramente affermare che le polizze personalizzate sono più adatte alle esigenze dei singoli, basti pensare alla polizza più tradizionale, ovvero l'assicurazione RC auto<sup>13</sup>, in cui le variabili di rischio sono così numerose che la profilazione individuale è certamente più precisa della profilazione standardizzata per classe di clientela, perché, in questo modo, il prodotto corrisponde effettivamente alle esigenze dell'assicurato e, in questo senso, non vi è dubbio che la tecnologia diviene strumento di miglioramento dei contenuti dei prodotti i quali risultano più efficienti, ma occorre, tuttavia, rilevare anche un altro effetto del cambiamento tecnologico che ha un preciso impatto rispetto al quadro normativo.

---

13 Il settore della RC auto è sicuramente uno degli ambiti in cui la tecnologia ha avuto e continua ad avere un impatto considerevole, in generale si rinvia a A.A. V.V., *Smart roads and smart cars: prospettive, opportunità, responsabilità. Contributo ad uno studio su guida autonoma e Artificial Intelligence*, D. CERINI, A. PISANI TEDESCHI (a cura di), Torino 2019.

Mi riferisco, evidentemente, ai flussi informativi in fase precontrattuale, i quali, per realizzare quella personalizzazione favorita dalla tecnologia, di cui si è appena detto, dovrebbero essere invertiti, ovvero si dovrebbe tornare a quando era l'assicurato il soggetto gravato dall'obbligo di informare l'assicuratore circa il suo livello di rischio, con un chiaro ritorno al passato, certamente non auspicabile. Del resto, anche mantenendo tale obbligo a carico dell'assicuratore, si deve osservare che dalla tecnologia deriva un'altra grande conseguenza, ovvero il fatto che, grazie all'accesso a grandi dati sulle abitudini di vita del cliente, l'assicuratore sarà in grado di tracciarne un profilo individuale. Le due prospettive appena enunciate mostrano, pertanto, che la regolamentazione del rapporto contrattuale, sia in fase di pre-negoziazione che di esecuzione del rapporto, non può rimanere invariata, ovvero l'approccio normativo non può rimanere invariato.

Tutte le problematiche individuate, ovvero la scelta del prodotto più idoneo e la mitigazione delle asimmetrie informative, sono state finora regolamentate con l'imposizione di obblighi di comunicazione, anche e soprattutto agli intermediari, il che fa concludere che sia sicuramente necessaria una adeguata riflessione scientifica sulle implicazioni della tecnologia, con particolare riferimento ai profili di trasparenza ed informazione.

### 3. Nozione di rischio e nuove tecnologie

Da sempre, per comprendere il fenomeno assicurazione<sup>14</sup>, il quale è in continua evoluzione<sup>15</sup>, si ricorre a due concetti essenziali, ovvero quello di bisogno e quello di rischio. Secondo questa direttiva di indagine, l'assicurazione è attività volta a soddisfare i bisogni dell'uomo e ad apprestare i mezzi economici per affrontare i rischi, intesi come eventi economicamente sfavorevoli. Non è certo idea nuova quella secondo cui, oggi, ben pochi sono gli aspetti della vita dell'uomo in cui non sia presente l'attività assicurativa, e ciò pur nella consapevolezza che ancora si riscontrino fenomeni di sottoassicurazione. L'assicurazione è pervasiva nell'attuale società proprio perché la tecnica di fronteggiare i rischi trasferendoli all'assicuratore è diventata ormai di uso comune, talvolta anche resa obbligatoria dal legislatore (RC auto RC professionale ecc.). Superfluo

14 Per una ricostruzione storica cfr. G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. CICU-F. MESSINEO, vol. XXXVI, Milano, 1973, pp. 65-136; B. CAZZI, *Assicurazione ed economia nell'età moderna*, in AA. VV., *L'assicurazione in Italia fino all'unità*, Milano, 1975; A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee: l'assicurazione come risposta giuridica al bisogno economico di sicurezza: ieri e oggi*, II ed., Milano, 2000.

15 Già il Vivante ci ricordava come l'assicurazione *ripete dal commercio marittimo, che fu la sua culla, un carattere eminentemente cosmopolita*. C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, Vol. 1, *Le assicurazioni terrestri*, Milano 1885; A. GAMBINO, *La neutralizzazione dei rischi nella struttura e nella funzione giuridica unitaria del contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, 209 ss.

ricordare quanto la condizione umana sia soggetta ad una molteplicità di rischi: rischi della persona malattie infortuni, morte, tracolli finanziari. Nell’ottica dei rischi e della loro gestione, l’assicurazione consente agli individui, ma più in generale alle imprese, alle famiglie, agli enti privati o pubblici, dal più piccolo allo Stato, di proteggersi contro i rischi, intesi come eventi sfavorevoli idonei a determinare conseguenze patrimoniali negative.

Se si esamina l’assicurazione sotto un profilo funzionale, guardando, quindi, al suo ruolo all’interno della società, allora possiamo individuare due funzioni fondamentali: la prima, di protezione del patrimonio, la seconda, di previdenza, intesa in senso ampio e generale quale risparmio. In entrambe le funzioni è rinvenibile il concetto di bisogno in senso economico, ovvero la necessità di poter disporre dei mezzi economici necessari a far fronte all’avveramento di eventi economicamente sfavorevoli. Concetto che è strettamente correlato a quello di rischio, che altro non è se non l’elemento essenziale dell’operazione assicurativa. Nel linguaggio assicurativo, rischio rappresenta l’eventualità che si verifichi un dato evento negativo, futuro ed incerto, e coperto dalla garanzia assicurativa.

La nozione di rischio<sup>16</sup>, che assume, quindi, rilievo sul piano giuridico è, essenzialmente, quella di rischio assicurato, ovvero il concetto di rischio presunto nel contratto, al cui verificarsi si ricollega l’obbligazione dell’assicuratore di pagare un’indennità. Il legislatore così come le previsioni contrattuali, si occupano del rischio e, in particolare, se lo stesso esisteva al momento della stipulazione (art. 1895 c.c.), o se il rischio è cessato al momento della stipula (art. 1898 c.c.), o se, per lo stesso rischio, sono state contratte più assicurazioni (art. 1910 c.c.).

L’art.1882 c.c. prevede che possono essere assicurati soltanto quei rischi che si traducono nella possibilità di un sinistro e, cioè, di un evento, almeno astrattamente suscettibile di produrre un danno all’assicurato, o quei rischi atinenti alla durata della vita umana. Per tale ragione non è possibile assicurare un evento del tutto indifferente per l’assicurato, anche qualora, tecnicamente, non vi siano ostacoli alla sua assicurabilità, come, per esempio, una scommessa di gioco<sup>17</sup>.

La definizione e la differenziazione di un profilo di rischio individuale è una caratteristica intrinseca del modello di business assicurativo. Anche in presenza

16 Cfr. A. DONATI, *Trattato di diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956, 333 ss., spec. 349 s.; M. ROTONDI, *Considerazioni sui concetti di rischio e sinistro nella assicurazione di responsabilità civile*, in *Ass.*, 1960, 331 ss., spec. 337; G. FANELLI, *Le assicurazioni*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XXXVI, 1, Milano, 1973, 65 ss., 111 ss.; G. SCALFI, *I contratti di assicurazione. L’assicurazione danni*, Torino, 1991, 222; ampiamente, G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, 61 ss.

17 G. COMANDÉ, (a cura di) *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*. Milano 2006; L. VELLISCIG, *Assicurazione ed “autoassicurazione” nella gestione dei rischi sanitari. Studio di diritto comparato*, Milano, 2018.

di questionari c.d. preassuntivi sempre più esaurienti, così come dell'obbligo normativo dell'assicurato di rivelare i fatti materiali che attengono al rischio<sup>18</sup>, gli assicuratori si trovano ancora di fronte a molti fattori sconosciuti che influenzano materialmente il profilo di rischio dell'assicurato. Un altro metodo consiste nel classificare i clienti in base a determinate caratteristiche (ad es. sesso o età), per approssimare i rischi associati a questi fattori sconosciuti. L'incapacità di identificare e misurare con precisione tutti i fattori di rischio rilevanti, e l'uso di classificazioni alquanto arbitrarie nella determinazione del rischio, fanno sì che alcuni clienti a basso rischio sovvenzionino altri gruppi di clienti. Ad esempio, quando i premi delle assicurazioni auto sono in gran parte basati sul sesso e sull'età, è possibile che i giovani ma prudenti conducenti maschi debbano pagare premi più elevati, se l'assicuratore ipotizza, sulla base della percezione generale (o forse dell'analisi statistica), che i giovani maschi abbiano maggiori probabilità di causare incidenti stradali. La tecnica su descritta altro non è che l'applicazione del principio mutualistico. La mutualità assicurativa che si fonda sul concetto economico della ripartizione dei rischi come modello efficiente in grado di evitare il default del singolo<sup>19</sup>, si traduce, in definitiva, nella interdipendenza tra tutti i contratti di assicurazione stipulati dall'impresa, per effetto della compensazione dei rischi e mutualità assicurativa che caratterizza la gestione dell'impresa assicurativa. Ciò significa che un contratto di assicurazione non può essere visto e letto in senso atomistico come singolo patto di natura assicurativa, altrimenti la normativa non troverebbe giustificazione adeguata, così come il premio non è il corrispettivo del singolo rischio inerente al singolo contratto, ma è il corrispettivo, il "prezzo", del rischio medio calcolato in base ad una massa di rischi omogenei.

---

18 La letteratura in materia di doveri di informazione e disclosure è vasta tra gli altri si veda M. BIN, *Informazione e contratto di assicurazione*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1993, 732; A.D. CANDIAN, *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. ALPA e S. PATTI, Milano, 1997, t. II, 955; A. MONTI, *Buona fede e assicurazione*, Milano, 2002; M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Torino, 2009; L. BUGIOLACCHI, *Disclosure dell'assicurato e cooperazione dell'assicuratore nella determinazione dell'informazione rilevante*, in Resp. civ. prev., 2009 7-8, 1598; A. ANTONUCCI, Commento all'art. 1892 c.c., in *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, a cura di G. VOLPE PUTZOLU, Padova, 2010, 29 ss; S. NITTI, *Duty of disclosure e contratto di assicurazione comparazione tra modello italiano e inglese*, in DEA, 2010, 527-603; V. SANGIOVANNI, *Dichiarazioni inesatte, reticenze e annullamento del contratto di assicurazione*, in Ass. n. 2/2011; tra i più recenti P. CORRIAS, *Informativa precontrattuale e trasparenza nei contratti assicurativi tra Testo Unico Finanziario e Codice delle Assicurazioni*, in Resp. Civ. e Prev., fasc.1, 2017, pag. 0265; A. VICARI, *Polizze claims made, riserve tecniche, rischio operativo e trasparenza contrattuale*, in Giur. Comm., fasc.2, 2018, pag. 301.

19 Per le valutazioni gius-economiche nella ripartizione dei rischi Cfr. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 31 ss; G. CALABRESI, "The decision for accidents: An approach to nonfault allocation of costs." *Harvard law review* (1965) 713-745. F. DENOZZA, *Il danno risarcibile tra benessere ed equità: dai massimi sistemi ai casi "Cirio" e "Parmalat"*, in *Giurisprudenza Commerciale*, vol. I, 2004, pp. 331ss.

La differenziazione dei rischi che, da sempre, ha costituito la base della tecnica assicurativa, è stata oggetto di critiche negli anni più recenti, in quanto tale differenziazione dei clienti porterebbe ad attuare discriminazioni. Critiche che – non tenendo conto che l’assicurazione discrimina per tecnica (e, attenzione, la discriminazione non sempre produce effetti negativi per gli assicurati) – pongono l’accento più su argomenti a favore di un trattamento equo<sup>20</sup>. In alcuni casi si è arrivati sino a limitare l’uso di determinate informazioni come fattori di sottoscrizione, per rispondere alle preoccupazioni in materia di discriminazione. Ci sono esempi nei vari ordinamenti, la Corte di giustizia europea ha vietato agli assicuratori di differenziare i premi dell’assicurazione auto in base al sesso<sup>21</sup>. È probabile che *Insurtech* renda tali preoccupazioni più evidenti, in quanto consente ai clienti di essere profilati utilizzando una gamma molto più ampia di fattori che possono potenzialmente minare l’equità e creare effetti discriminatori<sup>22</sup>. Si pensi, ad esempio, alla possibilità, per un assicuratore, di utilizzare dati personali, provenienti dai social media o dai *social network*, per valutare il profilo di rischio di un cliente, sempre sul presupposto che ciò sia possibile o lecito. Il dubbio non è difficile da dipanare, in quanto l’applicazione di tali dati nell’assicurazione può, evidentemente, procurare vantaggi e svantaggi. Infatti, se nessuno può dubitare che l’*Insurtech* possa, in teoria, rendere l’assicurazione più economica per coloro che sono classificati come a basso rischio, può essere vero anche il contrario. L’abbandono di una mutualità diffusa, verso una sempre maggiore personalizzazione, verrebbe a determinare che alcune persone, rientranti all’interno di un gruppo, categorizzato dall’assicuratore come ad alto rischio, possano essere escluse dall’acquisizione di una protezione assicurativa, a causa di un rischio elevato o di premi più elevati<sup>23</sup>. L’impatto sulle pratiche di sottoscrizione, i requisiti prudenziali degli assicuratori e la più ampia questione dell’inclusione finanziaria, dovrebbero essere oggetto di ulteriori studi. La questione di come il settore debba affrontare questo potenziale effetto pregiudizievole deve essere oggetto di un ulteriore esame da parte, sia degli operatori che dei Regolatori del mercato. Da

20 Vengono evidenziati tali rischi da B. CHEATHAM, K. JAVANMARDIAN & H. SAMANDARI, “*Confronting the risks of artificial intelligence*”, McKinsey Quarterly (April 2019), 3, online: <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-analytics/our-insights/confronting-the-risks-of-artificial-intelligence>.

21 CGE Causa C236/09 (c.d. Test Achat), per un commento ed una ricostruzione critica della problematica si rinvia a D. V. CERINI, 2012, (*forse*) anno della “fine” (non solo per i Maya)? L’“imposizione” della polizza unisex tra solidarietà sociale ed esigenze della mutualità assicurativa, Dir.Ec. Ass. (dal 2012 Dir e Fiscalità assicur.) Fasc. 2, 2011.

22 B. KELLER, *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy* (March 2018) The Geneva Association at 11, online: [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf\\_public/big\\_data\\_and\\_insurance\\_-\\_implications\\_for\\_innovation\\_competition\\_and\\_privacy.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf_public/big_data_and_insurance_-_implications_for_innovation_competition_and_privacy.pdf).

23 Cfr. Financial Stability Board, *Artificial intelligence and machine learning in financial services* (2017), online: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P011117.pdf>.

un lato, si tratta di una scelta di valori che dovrebbe invitare ad adottare approcci diversi in mercati diversi. Ad esempio, è ancora comune utilizzare l'età e il sesso come semplici parametri di riferimento per decidere i premi delle assicurazioni auto in alcuni mercati<sup>24</sup>. Dall'altro lato, i legislatori dovrebbero considerare l'importante ruolo sociale dell'assicurazione come strumento di gestione del rischio, se la discriminazione può avere un impatto significativo sull'inclusione finanziaria e sulla qualità del *risk pooling*<sup>25</sup>. Tali effetti sono forse maggiormente percepibili nell'ambito delle assicurazioni sanitarie, ove l'ampiezza ed il grado dei potenziali problemi è strettamente correlato anche al sistema sanitario di un dato paese. È, infatti, evidente che il problema evidenziato potrebbe avere un impatto minore in un paese che garantisca ai suoi cittadini l'assistenza sanitaria di base (ad es. Italia, Francia, Regno Unito)<sup>26</sup>, al contrario, in un paese in cui le persone devono accedere al mercato assicurativo per ottenere un'assicurazione sanitaria che garantisca l'assistenza medica (ad es. Stati Uniti)<sup>27</sup> gli effetti discriminatori potrebbero rappresentare un problema importante. Questi possibili effetti negativi dell'*Insurtech* devono portare mercato, Autorità regolamentari e legislatori ad una attenta analisi degli effetti e conseguenze dell'applicazione delle tecnologie all'industria assicurativa nel suo complesso, ma, in particolar modo, sulle tecniche assuntive. Si tratta di problematiche che, necessariamente, devono vedere il coinvolgimento di tutti gli operatori, in quanto il solo formante legislativo potrebbe non essere

24 L. TAN, *Women are safer drivers and pay less insurance*, *The Straits Times* (1 September 2018), online: <https://www.straitstimes.com/lifestyle/motoring/women-are-safer-drivers-and-pay-less-insurance>.

25 La tematica dell'inclusione finanziaria o esclusione finanziaria è all'agenda delle politiche europee e globali ormai da qualche anno. Si tratta dell'emersione di un fenomeno che riguarda indistintamente tutti i Paesi a prescindere dal grado di sviluppo e di industrializzazione. Secondo uno studio di Banca d'Italia «L'esclusione finanziaria, in un'accezione molto generica, può essere definita come l'impossibilità o la riluttanza per alcuni soggetti – individui o imprese – di accedere a servizi finanziari basilari, quali conti correnti e di deposito, prestiti, servizi assicurativi e di pagamento.» Cfr. *Inclusione finanziaria le iniziative del G20 e il ruolo della Banca d'Italia*, Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers) N. 96 Luglio 2011 consultabile online sul sito della Banca d'Italia.

26 Nel Regno Unito, il sistema sanitario nazionale è fornito dal National Health Services (NHS), sovvenzionato dal Ministry of Health. Per una descrizione del funzionamento del sistema sanitario inglese si veda J. CHANG (edit by), *The UK Health Care System*, online: <http://assets.ce.columbia.edu/pdf/actu/actu-uk.pdf>; per l'Italia si rinvia a V. MAPELLI, *Il sistema sanitario italiano*, Bologna 2012; per una comparazione tra modello italiano e francese si veda M. PACI, *Il regime corporativo di welfare tra resistenze e cambiamento. Alcune riflessioni sui casi italiano e francese*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, Rivista trimestrale fondata da Camillo Pellizzi 2/2009, pp. 279-300.

27 Per un'analisi del sistema nord-americano K. DAVIS, K. STREMIKIS, D. SQUIRES, C. SCHOEN, *Mirror, Mirror on the wall. How the Performance of the U.S. Health Care System Compares Internationally*, 2014, online <https://www.resbr.net.br/wp-content/uploads/historico/Espeelhoespeelho.pdf>.

sufficiente a regolamentare il fenomeno. E, infatti, pur ipotizzando di poter isolare alcuni elementi considerati discriminatori, il solo individuarli e vietarne l'uso potrebbe non eliminare il problema e ciò in quanto, ad esempio, non si potrà escludere che l'utilizzo da parte dell'Impresa di assicurazione di un dato algoritmo, non reintroduca quell'elemento discriminatorio nel calcolo; è quello che accade, ad esempio, mediante l'applicazione di c.d. proxy trasparenti<sup>28</sup>. Per quanto l'algoritmo fornisce risposte che vengono percepite come oggettive, è stato altrettanto affermato che, nel funzionamento dell'algoritmo, sono però importanti, sia la quantità che la qualità dei dati, perché il funzionamento dell'algoritmo sia efficiente, ovvero fornisca una risposta probabilistica il più attendibile possibile<sup>29</sup>. È evidente che, nella costruzione dell'algoritmo, i dati che vengono immessi non sono mai tutti quelli disponibili, ma solo quelli che (comunque attraverso un processo di semplificazione e di riduzione informativa, necessario per ricondurre il fatto a dato numerico leggibile dalla macchina) si è deciso di ritenere rilevanti.

L'approccio legislativo regolamentare ai *Big data* però, anche per le ragioni su evidenziate, non può essere basato solo sulla scelta se consentire o meno l'uso del *Big data*, il loro utilizzo e le modalità concrete per un uso corretto e non discriminatorio dovranno essere valutate tenendo in considerazione tutti i fattori e le peculiarità del mondo assicurativo, nonché i profili etici, anche e soprattutto alla luce del ruolo sociale svolto dall'assicurazione nell'economia moderna<sup>30</sup>.

28 Con *proxy* trasparente si intende un particolare tipo di proxy che non può essere visto dagli utenti che vi accedono, ma è conosciuto solo dal fornitore del servizio. Individuano tale aspetto problematico L. LIN C. CHEN, *The Promise and Perils of InsurTech*, in NUS Law Working Paper 2019/021, October 2019, online: <https://ssrn.com/abstract=3463533>.

29 Sulla funzione probabilistica e non predittiva dell'algoritmo si veda E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in AGE, 2, 2018, p. 539, il concetto è ripreso anche da S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in AGE, 1, giugno 2019, p.111 e nota 9.

30 L'approccio dei vari ordinamenti al tema è diversificato: un primo esempio di regolamentazione in questo settore sono le leggi che riguardano l'uso corretto delle informazioni genetiche da parte degli assicuratori. Ad esempio, il *Genetic Information Non-discrimination Act* del 2008 negli Stati Uniti vieta generalmente agli assicuratori di utilizzare i dati genetici per l'assicurazione sanitaria. Si vedano: *Public Law 110-233—May 21, 2008*; e *Final Rules Prohibiting Discrimination Based on Genetic Information in Health Insurance Coverage and Group Insurance*, 45 CFR Parts 144, 146 and 148 (74 Federal Register 51663 et seq.). Le risposte degli altri Paesi possono andare dall'autoregolamentazione industriale alle limitazioni legali o ai divieti legali sull'uso delle informazioni genetiche. Nel nostro ordinamento non è una legge che regola l'utilizzo dei dati genetici, essi rientrano quale categoria dei dati sensibili e quindi disciplinati dalla legge in materia di Privacy. L'utilizzo degli stessi è pertanto escluso alle Imprese di assicurazione come si legge nell'Autorizzazione n. 8/2016 – Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici – 15 dicembre 2016 del Garante «Considerato che, fuori dei casi appena indicati, ulteriori trattamenti di dati genetici non ricompresi nella presente autorizzazione non risultano allo stato leciti, anche in riferimento all'attività dei datori di lavoro volta a determinare l'attitudine

## 4. Conclusioni

Le considerazioni esposte, senza pretesa di esaustività, di un argomento già di per sé intrinsecamente complesso, che, peraltro, investe e si intreccia con altrettante discipline e materie, sono state espresse con l'obiettivo di enucleare possibili strade di ricerca, senza quindi la pretesa, per ora, di fornire soluzioni, ma piuttosto di suscitare dubbi che necessitano di ulteriori approfondimenti. Un elemento, tuttavia, emerge con evidenza, ovvero che la "normale" complessità del diritto<sup>31</sup> è qui ulteriormente accentuata dalla presenza dell'innovazione tecnologica. La *policy* generale, a livello europeo, è improntata al principio della neutralità tecnologica, ovvero l'indicazione fornita agli Stati Membri di non limitare o impedire l'evoluzione tecnologica attuando politiche restrittive, e, al contempo, a livello di singoli di Stati, una valutazione generale dell'ordinamento attuale in grado di governare tali fenomeni<sup>32</sup>, e ciò anche sulla base dell'ulteriore principio secondo cui le Autorità nazionali possono "conformare" le regole in base al principio della proporzionalità. Se il fine da perseguire, per legislatori e regolatori, è certo, ovvero riuscire a fornire un quadro di norme e principi in grado di tutelare, sia la stabilità del mercato, che tutti gli attori coinvolti, ovvero consumatori ed imprese, lo strumento di attuazione deve ancora essere individuato: in particolare ci si interroga se sia opportuna una legislazione dettagliata, ovvero la messa in atto di un quadro normativo costituito da principi generali, lasciando poi anche al mercato il compito di autoregolarsi. In tale scelta pesa la considerazione che la tecnologia è in continua evoluzione e norme immutabili potrebbero risultare superate sin dalla loro emanazione, allo stesso tempo, come visto in tema di dati genetici,

---

professionale di lavoratori o di candidati all'instaurazione di un rapporto di lavoro, anche se basata sul consenso dell'interessato, nonché all'attività delle imprese di assicurazione». Si veda anche SWISS RE, *Seeing the Future? How Genetic Testing Will Impact Life Insurance* (2013), at 8-10, online: [Genetics\\_Seeing\\_the\\_future.pdf](#) (swissre.com); 5 Life Insurance Association Singapore, *Genetics and Life Insurance – A position paper by the Life Insurance Association, Singapore* [2006] at [6.3], online: [Microsoft Word - Genetics and Life Insurance. final doc.doc](#) (bioethics-singapore.gov.sg).

31 Al tema della complessità è stato dedicato un convegno SIRD i cui atti sono racchiusi in M. GRAZIADEI, M. SERIO (a cura di) *Regolare la complessità*. Giornate di studio in onore di Antonio Gambaro. Atti del V Congresso nazionale SIRD. Trapani 24-25 giugno 2016, Torino 2017; ed ivi in particolare sull'assicurazione si veda D. V. CERINI, *Regolare la complessità. L'assicurazione tra sentimenti, valori, regole tecniche*, pp. 100-111.

32 Si veda ad esempio *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: FinTech Action plan: For a more competitive and innovative European financial sector*, COM(2018) 109 final.

sono in gioco anche diritti fondamentali che impongono la messa in opera di norme certe<sup>33</sup>.

---

33 Evidenzia tale aspetto Albina Candian secondo cui «... le sfide digitali della nuova era, non possono portare in secondo piano le garanzie di una legge chiara e precostituita. Deve essere infatti garantita la c.d. “calcolabilità delle conseguenze giuridiche”. Tale esigenza è insita non soltanto nel nostro ordinamento, ma anche in ambito europeo. Si pensi all’art. 7 della CEDU, il quale prescrive che ogni norma debba essere caratterizzata dall’accessibilità e prevedibilità. In ragione di quanto detto, le sfide legislative e regolamentari conseguenti ai cambiamenti che intercorrono grazie alla tecnologia, si possono e devono proporre solamente in un’ottica che tenga conto della dimensione della complessità dei fenomeni che occorre regolare almeno se vogliamo che il progresso tecnologico non sia *disruptive*.» in A. CANDIAN, *Finanza e sfide delle Tecnologie*, *op.cit.*



# La riforma dello stile delle sentenze della *Cour de cassation*\*

Naiara Posenato

SOMMARIO: 1. Stile delle sentenze: profili di attualità. – 2. Uno sguardo sullo stile delle sentenze tradizionale della Corte di Cassazione francese. – 3. Breve ricostruzione della recente riforma della *Cour de cassation*. – 4. I principali contenuti della riforma dello stile delle sentenze e della motivazione. – 5. Osservazioni conclusive.

## 1. Stile delle sentenze: profili di attualità

Per “stile della sentenza” s’intende, nell’ambito della comparazione giuridica, l’analisi degli elementi direttamente relativi alla conformazione delle decisioni giudiziali – struttura, tipo di linguaggio, grado di dettaglio nella presentazione dei fatti della controversia e dello svolgimento del processo, forma del ragionamento, eventuale riferimento alla giurisprudenza precedente o alla dottrina, possibile presenza di opinioni separate, fra gli altri – come prodotto dell’interazione di fattori di natura non solo giuridica, ma anche sociale, culturale e politica relative a diverse tradizioni giuridiche nazionali. Tale indagine, spesso, si estende allo studio di componenti che incidono, anche indirettamente, sulle sentenze: ruolo dell’organo giudiziale nell’ordinamento e modalità di funzionamento, sistema di accesso alla corte e *workload*, composizione, origine e formazione del corpo giudicante, forma di deliberazione, avvocatura ammessa al patrocinio dinnanzi la corte, forme di diffusione della giurisprudenza, ecc. Si assume come modello uniforme dell’ordinamento giuridico la sentenza-tipo degli organi giudiziari di vertice delle diverse tradizioni giuridiche nazionali<sup>1</sup>.

---

\* Ho accolto con gioia l’opportunità di parlare agli studenti del Dottorato di Diritto Privato, Processuale Civile e dell’Impresa dell’Università degli Studi di Milano, nel corso dell’anno accademico 2019-20, offertami dall’infaticabile collega Rossella Esther Cerchia, Coordinatrice del Curriculum di Diritto Comparato. Non ho avuto dubbi sulla scelta del tema, caduta sullo stile delle sentenze: ero e sono convinta della sua importanza e del suo respiro sistemico, la sua attualità è evidente e mi sembrava perciò potesse essere opportuno e al contempo accattivante per un pubblico preparato e giovane, bramoso di dinamicità.

Allora come ora, nel cristallizzare in questa pubblicazione gli appunti di quella lezione, corredandoli da note bibliografiche (che rinviano, laddove possibile, a documenti open access o accessibili sul web) e da qualche puntuale riferimento, l’obiettivo è quello di illustrare la

La forma e il contenuto delle sentenze, generalmente, sono oggetto di prescrizioni legislative o regolamentari, ma per lo più, limitatamente alla determinazione dei requisiti minimi obbligatori che esse devono avere e delle conseguenze derivanti dalla loro mancanza. È ormai tuttavia condiviso che lo stile delle sentenze non dipende interamente dal diritto positivo, anzi, discende prevalentemente da elementi paragiuridici<sup>2</sup>, che costituiscono l'espressione di atteggiamenti storicamente e culturalmente radicati nell'ordinamento giuridico.

L'interpretazione della sentenza, l'accertamento del suo valore come precedente e dei suoi rapporti con altri precedenti, presuppongono la comprensione del suo stile. Ma, attraverso lo studio dello stile delle sentenze, si può altresì capire di più sull'importanza delle corti di giustizia, sui rapporti che mantengono con le altre corti, con la dottrina e l'università, e con gli altri poteri dello Stato, secondo il peculiare assetto di ciascun ordinamento. Ciò perché lo stile sintetizza l'insieme degli equilibri esistenti fra i diversi formanti del sistema e anche «l'ideologia giuridico-costituzionale che a tali equilibri fa da collante».<sup>3</sup>

---

riforma dello stile delle sentenze della Corte di Cassazione francese, ufficialmente in vigore a partire dal primo ottobre 2019.

Qualche premessa, tuttavia, mi era sembrata d'obbligo: se l'argomento della conformazione delle decisioni giudiziali è certamente conosciuto dagli studiosi comparatisti, forse non lo sono altrettanto le molteplici ragioni per le quali esso ha assunto rinnovati attualità e interesse. Seguirà a tale premessa la breve illustrazione dello stile della sentenza "classico" della *Cour de cassation*, con alcuni riferimenti storico-politici, che s'impone quale base necessaria per tracciare i principali punti della riforma, frutto di un inedito moto di riflessione sorto all'interno della stessa istituzione giudiziaria.

Infine, l'ultima parte della trattazione è dedicata alla delucidazione dello scopo e della portata delle principali modifiche introdotte alle sentenze della Corte di Cassazione francese, in generale e con specifico riguardo alla c.d. "*motivation en forme développée*".

- 1 Ciò è legato a una fondamentale funzione che, di norma, rientra fra quelle svolte da tali organi, solitamente fra i più autorevoli a livello nazionale ed in grado di influire sulla prassi generale, quella nomofilattica. È per tale ragione che solitamente ci si riferisce a un modello nazionale, francese, statunitense, italiano, ecc. Cfr. A. GAMBARO, *Il linguaggio e lo stile delle Corti supreme: la motivazione*. Roma 16 giugno 2016, *Corte di Cassazione*, pp. 1, 3 (disponibile all'indirizzo web [http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione\\_Prof\\_GAMBARO.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Prof_GAMBARO.pdf)); M. TARUFFO, *La fisionomia della sentenza in Italia*, in M. BESSONE; R. GUASTINI (cur.), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, Padova, 1994, pp. 234 e 249; J. G. WETTER, *The styles of appellate judicial opinions. A case study in comparative law*, Leyden, 1960, p. 44. Riferendosi specificatamente alla tradizione francese, G. GORLA, *Stile delle sentenze – Ricerca storico-comparativa*, in *Foro it., Quaderni*, vol. 90, 1967, pp. 321-322.
- 2 Per la nozione di "paragiuridico" si veda G. GORLA, voce *Diritto comparato e straniero*, per l'*Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IX, Roma, 1990, par. 2.4, e ID., *Note a margine di un codice deontologico forense*, in *Giust. civ.*, 1984, II, p. 506.
- 3 Così A. GAMBARO, *Lo stile della sentenza francese*, in L. VACCA (cur.), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici*, Torino, 2000, p. 136. Il tema si riannoda direttamente alle riflessioni sulle politiche di diritto che orientano, in determinati periodi storici, gli ordinamenti, cfr. S. MAZZAMUTO, *Relazione introduttiva*, in *ibidem*, p. 7.

Si è detto che questo tema costituisce uno dei contributi più rilevanti della comparazione giuridica alla conoscenza del diritto<sup>4</sup>. In Italia, ha suscitato interesse, soprattutto in seguito agli studi che ha dedicato alla questione G. Gorla<sup>5</sup>, seguito qualche decennio dopo, a livello europeo, da H. Kötz<sup>6</sup> e da altri<sup>7</sup>.

Da qualche tempo esso ha acquisito un rinnovato interesse per diverse ragioni. Innanzitutto a causa della crescente autorità riconosciuta, anche in sistemi giuridici appartenenti alla tradizione di *civil law*, al diritto giudiziale, che, in questo senso, si avvicinano alle esperienze anglo-americane. Tuttavia, tale convergenza non vuol dire omologazione e perciò oggi, forse mai come prima, è essenziale comprendere, e conseguentemente distinguere, il precedente anglosassone e la

4 E. CALZOLAIO, *La Corte di Cassazione francese abbandona gli attendus que: verso un nuovo «stile delle sentenze»?*, in *Il foro italiano*, 6/2019, V, p. 315.

5 Lo studio sullo stile delle sentenze è stato uno dei principali interessi scientifici di Gino Gorla, che ha portato il tema sulla scena giuridica italiana a partire dagli anni 60, con la pubblicazione di diversi contributi sulla materia in alcune riviste italiane e internazionali (alcuni poi ristampati nel volume *Diritto comparato e Diritto comune europeo*, Milano, 1981). Fra gli stessi si segnalano *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, e “*Ratio decidendi*”, principio di diritto (e “*obiter dictum*”). *A proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell’offerta contrattuale*, ambedue in *Foro it.*, vol. 87, 1964, rispettivamente p. 73 ss. e p. 89 ss.; *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nel “common law” riflessi di tale struttura sull’interpretazione delle sentenze sui “Reports” e sul “Dissenting”*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, p. 1239 ss.; “*Brevi temporis praescriptio*” e “*neglectio*” della giurisprudenza in Italia comparazione con la Francia, in *Foro it.*, *Quaderni*, 1967, vol. 90, p. 277 ss.; *Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e mezzi di informazione*, in *Foro it.*, *Quaderni*, 1967, vol. 90, p. 291 ss.; *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa*, cit., p. 313 ss.; *Lo stile delle sentenze. Testi commentati*, in *Foro it.*, *Quaderni*, 1968, vol. 91, p. 363 ss.; *Per una ricerca storico-comparativa delle note a sentenza*, in *Foro it.*, *Quaderni*, 1968, vol. 91, p. 601 ss.; *I grandi tribunali italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d’Italia*, in *Foro it.*, *Quaderni*, 1969, vol. 92, p. 629 ss.; *Civilian Judicial Decisions. An Historical Account of Italian Style*, in *Tul. Law Rev.*, 1970, vol. XLIV, p. 740 ss.; *La motivation des jugements*, in *Foro it.*, 1979, V, 1; *Sulla via dei motivi delle sentenze: lacune e trappole*, in *Foro it.*, 1980, parte V, pp. 201-230.

6 H. KÖTZ, *Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen*, in *RabelZ*, vol. 37, 1973, pp. 254-263.

7 A quello di Gorla ha fatto seguito l’interessamento dell’accademia italiana e la bibliografia è davvero troppo ampia perché si possa darne conto in questa sede. Sono da segnalare, comunque, alcuni studi collettivi e atti di convegno sul tema, improntati al metodo comparatistico. La motivazione delle sentenze è stata in primo luogo oggetto del X Congresso internazionale di Diritto Comparato, tenutosi a Budapest nell’agosto 1978, i cui lavori sono stati pubblicati nel 1981 nel volume collettivo *General reports to the 10th International Congress of Comparative Law*, Budapest, 1981. In Italia si ricorda il convegno tenutosi a Ferrara dal 10 al 12 ottobre 1985, *La sentenza in Europa. Metodo tecnico e stile*, e pubblicato a Padova con lo stesso titolo nel 1988; nello stesso anno e luogo sono stati pubblicati gli atti del Convegno che ci è svolto a Genova l’11 e 12 marzo 1988, a cura di G. VISINTINI, sulla *Giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, con particolare riguardo alla responsabilità civile. Dieci anni più tardi, l’Associazione Aristec realizzava a Perugia il 25 e 26 di giugno 1999 il convegno su *Lo stile delle sentenze e l’utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici*, i cui atti sono stati pubblicati a Torino, nel 2000, a cura di L. VACCA.

giurisprudenza continentale<sup>8</sup> (o altre varianti quali, ad esempio, la *súmula* brasiliana<sup>9</sup>, i chiarimenti del *Plenum* della Corte Suprema e della Corte Superiore d'Arbitrato della Federazione Russa<sup>10</sup>, o il sistema dei “casi-guida” della Corte Suprema del Popolo cinese<sup>11</sup>, per citare soltanto alcuni esempi).

Il tema dello stile è, poi, strettamente collegato a quello delle corti di vertice di ogni ordinamento. A proposito è noto che la dottrina, negli ultimi decenni, stia attuando un'approfondita riflessione, soprattutto con riguardo agli attuali e prevalenti profili funzionali delle corti superiori e all'efficacia del loro operato. In quest'ottica si usa distinguere fra le corti in cui è prevalente la tutela della legalità o dello *ius litigatoris*, nelle quali l'autorità giudiziaria si pone come organo di “terzo grado” e svolge una funzione *reattiva*, da quelle, invece, che sono promotrici dell'unità e della trasformazione del diritto, della tutela del c.d. *ius constitutionis*, e assumono così una funzione *proattiva*, orientata verso il futuro<sup>12</sup>. Per lo svolgimento di ciascuno di questi ruoli, rispettivamente, di corte superiore di impostazione classica o di corte autenticamente suprema, è chiaro che gli organi giudiziari dovranno adottare una logica argomentativa e degli stili comunicativi diversificati, diretti a diversi interlocutori e con differente contenuto.

Oltre a ciò, la valenza pratica del tema dello stile della sentenza è stata notevolmente incrementata da fenomeni di carattere internazionale o globale; si pensi al fenomeno identificato come “dialogo fra corti”. L'ormai estesa pratica della comunicazione fra le corti, e di utilizzo di decisioni giudiziali di altri sistemi giuridici, si accompagna alla necessità che i provvedimenti siano razionali e comprensibili, in grado di parlare ai giudici, alla comunità accademica e agli operatori di altre giurisdizioni. È stato giustamente osservato che lo stile delle sentenze costituisce uno dei fattori che possono incidere su tale dialogo,

8 Si rinvia sul tema a quanto detto da M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, f. 3, p. 709 ss.

9 In merito alla quale, per qualche riflessione, vedi N. POSENATO, *Il ruolo della giurisprudenza delle corti superiori brasiliane*, in V. BARSOTTI; V. VARANO (cur.), *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato, Annuario di Diritto comparato e studi legislativi, Quaderni*, Napoli, 2012, spec. p. 162 ss.

10 Cfr., a proposito, C. FILIPPINI, *Russia*, in A. S. BRUNO; M. CAVINO (cur.), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. II, 2012, p. 79 ss.

11 Cfr. B. AHL, *Retaining Juridical Professionalism: the New Case Guiding Mechanism of the Supreme People's Court*, in *China Quarterly*, vol. 217, 2014, p. 1; S. XIAO, *The formation of Precedent and the Case-guiding System in China*, in *Chinese journal of law*, 2011, p. 3; L. ZHANG, *Codification of Civil Law in PRC*, in *Thematic congress of the International Academy of Comparative Law*, Taiwan, 2012, p. 8.

12 Cfr., a proposito, M. TARUFFO, *Le funzioni delle Corti supreme. Cenni generali*, in V. BARSOTTI; V. VARANO (cur.), *Il nuovo ruolo delle corti supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di Diritto Comparato, Annuario di Diritto comparato e studi legislativi, Quaderni*, Napoli, 2012, p. 11 ss. Si veda anche E. SILVESTRI, *Corti supreme europee: accesso, filtri e selezione*, in *Le Corti Supreme. Atti del Convegno*, Milano, 2001, pp. 105-106; e D. MITIDIERO, *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, 3 ed., São Paulo, 2017, spec. p. 65 ss.

limitandolo quando, ad esempio, si adotti una formulazione concisa e dichiaratoria che non lascia spazi a riferimenti di diritto comparato<sup>13</sup>. E, proprio grazie alla sempre più accentuata circolazione delle decisioni, lo stile della sentenza sta acquisendo importanza anche nel contesto della concorrenza fra modelli giuridici. Alla base di ciò vi è la semplice constatazione che una sentenza scritta in un linguaggio giuridico comprensibile ha una maggior capacità di influenza internazionale e di fungere da riferimento per legislatori e giudici stranieri<sup>14</sup>.

Il tema di nostro interesse viene in considerazione, inoltre, in seno al movimento per la “qualità delle decisioni di giustizia”, promosso dal Consiglio d’Europa, nello specifico dalla Commissione europea per l’efficienza della Giustizia (CEPEJ)<sup>15</sup>, con il contributo del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE)<sup>16</sup>. La qualità delle decisioni è rilevante in quanto componente della più ampia qualità della giustizia, perché offre la possibilità di conoscere e comprendere il diritto giudiziale, costituendo anche una garanzia di legittimazione del giudice e di fiducia del cittadino nella giustizia<sup>17</sup>.

13 Cfr. M. ANDENAS; D. FAIRGRIEVE, *Intend on making mischief: seven ways of using comparative law*, in P. G. MONATERI (ed.), *Methods of comparative law*, Edward Elgar, 2012, p. 26; nello specifico sullo stile francese v. A. GAMBARO, *Il linguaggio e lo stile delle Corti supreme*, cit., p. 6.

14 Lady Justice M. ARDEN, *Judgment writing: are shorter judgments achievable?*, in *Law Q. Rev.*, vol. 128, 2012, p. 516; T. LÜNDMARK, *Soft Stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe*, in R. SCHULZ; U. SEIF (eds.), *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Baden-Württemberg, 2003, p. 168; M.-C. PONTTHOREAU, *L’énigme de la motivation. Encore et Toujours l’éclairage comparatif*, in F. HOURQUEBIE; M.-C. PONTTHOREAU (dir.), *La motivation des décisions de cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, 2012, p. 16.

15 La Commissione europea per l’efficienza della giustizia (*Commission européenne pour l’efficacité de la Justice – CEPEJ / European Commission for the efficiency of justice – CEPEJ*) è stata costituita nel 2002 mediante la Risoluzione 12 (2002) del Consiglio d’Europa. La sua principale missione, ai sensi dell’art. 1 della citata Risoluzione, è quella di migliorare il funzionamento dei sistemi giudiziari degli Stati membri del Consiglio d’Europa al fine di garantire che ogni persona possa accedere alla giustizia e far valere i propri diritti in modo effettivo, anche attraverso l’attuazione degli strumenti giuridici internazionali adottati a tal fine dalla citata organizzazione regionale (per maggiori informazioni e per l’accesso ai documenti si consulti l’indirizzo web [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp)).

16 Si tratta di un organo consultivo del Consiglio d’Europa, composto di soli giudici provenienti da tutti i 47 paesi membri dell’organizzazione, costituito nell’anno 2000 e il cui compito principale è quello di contribuire al miglioramento della qualità della giustizia mediante l’elaborazione di pareri concernenti le questioni dell’indipendenza, imparzialità e competenza dei giudici (per ogni informazione sul Consiglio consultivo dei giudici europei – *Conseil Consultatif de Juges européens – CCJE / Consultative Council of European Judges – CCEJ* – e per gli studi e pareri già prodotti si consulti l’indirizzo web [http://www.coe.int/t/DGHL/cooperation/ccje/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/DGHL/cooperation/ccje/default_en.asp)).

17 Ai sensi del Parere n. 11 (2008) del CCJE al Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa sul tema della qualità delle decisioni giudiziarie, adottato il 18 dicembre 2008 a Strasburgo: «Indipendentemente dalle caratteristiche specifiche di ciascun sistema giudiziario e dalle prassi attuate dai tribunali dei diversi Stati, la decisione giudiziaria deve rispondere ad una serie di esigenze, in ordine alle quali possono essere individuati dei principi comuni» (par. 7). «La decisione giudiziaria dev’essere percepita dai destinatari e dalla società in generale come il

In correlazione a tale aspetto, si rammenta che, in Europa, l'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziali è considerato una componente del diritto all'equo processo, ai sensi dell'art. 6, par. 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali (CEDU) e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Le Corti europee riconoscono che il contenuto della motivazione può variare, a seconda della natura della decisione e della procedura, nonché sulla base delle differenze nazionali<sup>18</sup>. Al contempo, la giurisprudenza ha stabilito che i motivi delle decisioni devono essere esposti con sufficiente chiarezza affinché le parti possano eventualmente esercitare il diritto di impugnazione e possano dimostrare che le loro ragioni siano state ascoltate<sup>19</sup>. Essa ha inoltre riconosciuto l'esistenza di un obbligo di motivazione rinforzato in alcuni casi, ad esempio qualora si operi un capovolgimento della posizione giurisprudenziale consolidata<sup>20</sup>.

Sono diversi gli ordinamenti nazionali che hanno posto recentemente la propria attenzione sulla tematica. Nel Regno Unito, questo è avvenuto in seguito ad importanti riforme, in particolare quelle introdotte dal *Constitutional Reform Act* (CRA) del 2005. La nuova impostazione giuridico-istituzionale ha favorito l'emergere del dibattito sullo stile delle decisioni della nuova *UK Supreme Court*; in molti si sono interrogati, ad esempio, se la nuova corte suprema avrebbe o no preso le distanze dalla prassi dell'*Appellate Committee* della *House of Lords* in materia, soprattutto in ordine all'adozione di un *single judgment of the Court* in luogo dei tradizionali *speeches*. Gli sviluppi verificatisi negli ultimi anni fanno intravedere una linea di tendenza verso forme di semplificazione e di maggiore chiarezza della giurisprudenza in quell'ordinamento, anche se la prassi è in continua evoluzione e, di per sé, non indica l'adozione di un unico stile di deliberazione<sup>21</sup>.

---

risultato dell'applicazione delle pertinenti regole di diritto, di un processo equo e di una valutazione dei fatti convincente oltre che come un provvedimento effettivamente eseguibile» (par. 31). Al fine di raggiungere tali obiettivi ci si prefigge, fra l'altro, che «La decisione dev'essere intelligibile, estesa in un linguaggio chiaro e semplice, permettendo tuttavia a ciascun giudice di scegliere liberamente il proprio stile o di basarsi su modelli *standards*» (lett. K); «La decisione deve, in linea di principio, essere motivata. La sua qualità dipende principalmente dalla qualità della motivazione. La motivazione implica anche l'interpretazione della norma giuridica, facendo salva la certezza del diritto e la costanza applicativa. Quando nondimeno un tribunale decide un mutamento di indirizzo giurisprudenziale, ciò deve essere chiaramente indicato nella decisione» (lett. M).

18 Cfr. CJUE, 6 settembre 2012, *Trade Agency*, C-619/10, p. 60; Corte EDU, 9 dicembre 1994, *Ruiz Torija c. Spagna*, ricorso n. 18390/91, par. 29.

19 Cfr. Corte EDU, 8 novembre 2018, *Hôpital Local Saint-Pierre d'Oléron et autres c. Francia*, richiesta n. 18096/12, par. 82-85.

20 V., *inter alia*, Corte EDU, 26 maggio 2011, *Legrand c. France*, ricorso n. 23228/08; Corte EDU, 30 agosto 2011, *Boumaraf c. France*, richiesta n. 32820/08; e Corte EDU, 14 gennaio 2010, *Atanasovski c. ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, richiesta n. 36815/03.

21 Sul tema, per approfondimenti, si veda N. ANDREWS, *The Supreme Court of the United Kingdom and English court judgments*, *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No.*

Anche in Italia, da alcuni anni, il tema dello stile delle sentenze ha acquisito rilevanza, specialmente nell'ambito del dibattito sulla durata ragionevole del processo, sull'efficienza della giustizia in generale, sull'elevato carico di lavoro che grava sulla Corte Suprema di Cassazione e sul suo arretrato. Diversi interventi hanno interessato, a tale riguardo, l'ordinamento italiano, sia in tema di struttura degli atti giudiziari in generale – e, in particolare, della sentenza –, sia con specifico riferimento al giudizio di Cassazione. Grande parte di tali misure, che hanno assunto le più diverse forme (fra le altre: legislazione processuale, protocolli concordati tra le istituzioni, decreti dei presidenti delle supreme magistrature, relazioni di gruppi di lavoro), fa riferimento al principio di sinteticità degli atti, che dovrebbe guidare *in primis* la redazione degli atti del giudice<sup>22</sup>. Tra le recenti riforme di più ampio respiro, si ricorda la Legge 18 giugno 2009, n. 69, che ha introdotto modifiche espressive al codice di procedura civile in tema di redazione delle sentenze e al fine di ridurre l'ampiezza delle motivazioni<sup>23</sup>. Lo stile delle pronunce di legittimità in materia civile ha sperimentato notevoli cambiamenti, susseguitisi con un ritmo accelerato negli ultimi anni<sup>24</sup>. Va, a

---

23/2014 (disponibile all'indirizzo web [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2399103](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2399103)); M. ANDENAS; D. FAIRGRIEVE, *Simply a matter of style? Comparing Judicial Decisions*, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies. Research Paper Series N. 2013-13, 2013 (disponibile all'indirizzo web [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2264098](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2264098)); M. SERIO, *Il confronto tra Supreme Court e dottrina inglese: un vento nuovo soffia a Westminster*, in AA.VV., *Giureconsulti e Giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze, I. Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Torino, 2016, spec. p. 91 ss.

- 22 Sul principio di sinteticità la letteratura è molto vasta; si veda, fra gli altri, R. CAPONI, *Sulla "ragionevole brevità" degli atti processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1075 ss.; F. DE STEFANO, *La sinteticità degli atti processuali civili di parte nel giudizio di legittimità*, in *Questione giustizia*, 2016; G. FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 853 ss.; G. GRASSO, *Le parole dei giudici: chiarezza, sinteticità e giustizia*, in *Foro it.*, 2016, V, p. 357 ss.; C. RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016, pp. 98 ss., 168 ss.; A. STORTO, *Il principio di sinteticità degli atti processuali*, in *Il giusto proc. civ.*, 2015, p. 1191 ss.; I. PAGNI, *Il ricorso per cassazione tra sinteticità e completezza – chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF*, in *Giuris. it.*, 2016, p. 2782 ss.; M. TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, e P. BLAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, ambedue in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 2, rispettivamente p. 453 ss. e p. 467 ss.
- 23 Il novellato art. 118 disp. att. c.p.c. definisce la motivazione come la «succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi», così facendo esplicito riferimento alla sinteticità dell'atto e consentendo al magistrato di motivare *per relationem* (senza limitarsi, fra l'altro, alle sole decisioni di legittimità). L'art. 132 c.p.c., relativo al "Contenuto della sentenza", stabilisce infatti, nella versione attuale in seguito a tale riforma, che la sentenza deve contenere «la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione», senza fare riferimento alla descrizione analitica dello svolgimento del processo, presente nella redazione precedente (art. 132, co. 2, n. 4, c.p.c.).
- 24 Si ricorda, ad esempio, l'introduzione, con la Legge n. 69 del 2009 ed *ex art.* 360-bis c.p.c., del c.d. "filtro per cassazione", che stabilisce inammissibilità del ricorso «quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della

tale proposito, premesso che il Supremo Collegio è coinvolto in un processo di rinnovamento, teso a rafforzare la propria funzione nomofilattica, e che ha portato all'attuazione di diverse riforme. Con il Decreto presidenziale del 22 marzo 2011, è stata dapprima introdotta la possibilità di adottare esplicitamente decisioni “a motivazione semplificata”. A seguito dell'emanazione di specifiche istruzioni interne per la redazione dei provvedimenti penali, nel 2016, è stato adottato il c.d. Decreto “Canzio”, su *La motivazione dei provvedimenti civili: in particolare, la motivazione sintetica*<sup>25</sup>. Quest'ultimo Decreto distingue le sentenze che hanno valenza sul piano della tutela dello *ius constitutionis*, che riguardano cioè questioni di diritto di particolare rilevanza e/o che siano dettate dall'interesse generale dell'unità della giurisprudenza, da quelle che, invece, sono prevalentemente orientate alla tutela di diritti individuali o dello *ius litigatoris*. Per tutti i provvedimenti adottati dalla Corte si invita all'osservanza dei canoni di chiarezza, stretta funzionalità dell'*iter* argomentativo alla decisione, assenza di motivazione subordinata, di *obiter dicta* e di ogni enunciazione che vada oltre ciò che è indispensabile per la decisione, oltre che puntualità dei richiami ai precedenti della giurisprudenza di legittimità. Per i provvedimenti che non hanno valenza nomofilattica, la tecnica di redazione va improntata a requisiti più stringenti di sintesi e, seppur a seconda del grado di complessità della questione, è prevista l'esposizione estremamente concisa dei fatti della causa e dei motivi della decisione. Una motivazione più complessa va naturalmente riservata, oltre che alle sentenze che svolgono una funzione nomofilattica, anche alle questioni controverse o nuove e che meritano, pertanto, una trattazione diffusa.

## 2. Uno sguardo sullo stile delle sentenze tradizionale della Corte di Cassazione francese

Il movimento di riforma dello stile delle sentenze è giunto anche in Francia.

In quel paese, il tema della motivazione in generale, e quello dello stile delle sentenze della *Cour de cassation* in particolare, è divenuto classico, sin dalla presa di posizione di A. Tunc e A. Touffait in un famoso scritto degli anni 70 del secolo scorso<sup>26</sup>. In quella sede, gli Autori sostenevano la necessità di rendere

---

stessa»; o la riforma, introdotta con il d.l. del 22 giugno del 2012, n. 83, dell'art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c. con la quale il legislatore ha sostituito al motivo di ricorso in cassazione fondato sui vizi della motivazione della sentenza impugnata quello fondato sull'«omesso esame circa un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti».

25 CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, *La motivazione dei provvedimenti civili: in particolare, la motivazione sintetica*, Decreto n. 136, del 14 settembre 2016 (disponibile all'indirizzo web [http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Provvedimento\\_motivazione\\_provvedimenti\\_civili\\_136.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Provvedimento_motivazione_provvedimenti_civili_136.pdf)).

26 A. TOUFFAIT; A. TUNC, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de Cassation*, in *Rev. trim. dr. civ.*, LXXII, 1974, p. 487 ss.

meno astratte le motivazioni delle sentenze della Corte di Cassazione francese, e più chiare le ragioni delle scelte interpretative della stessa, al fine di evitare l'isolamento rispetto alla dottrina e alla stessa realtà sociale, e per favorire l'effettiva unità del diritto e il suo progresso. La novità, rispetto al dibattito acceso dal testo dei due giuristi, è che in Francia, in questo momento, la questione non è dibattuta soltanto in sede dottrinale, ma coinvolge direttamente tutti gli organi giurisdizionali apicali francesi, la *Cour de cassation* e il *Conseil d'État*, oltre che lo stesso *Conseil Constitutionnel*, che hanno avviato una profonda riflessione e, in seguito, importanti riforme in materia<sup>27</sup>.

Il modello francese delle decisioni rileva soprattutto nella classica contrapposizione con l'estremo inglese<sup>28</sup>, ma interessa anche per la sua circolazione, storica e attuale, come dimostra, per esempio, l'influenza esercitata sullo stile decisorio di alcune corti di vertice di paesi del mondo francofono, come il Belgio e il Lussemburgo in particolare, ma anche come quello della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Le caratteristiche delle decisioni della *Cour de cassation* sono l'approccio unitario e impersonale, la brevità, la cripticità, la logicità e la tecnicità. È noto che le sue decisioni sono, tradizionalmente, statuizioni corali formulate sotto forma di un'unica frase, per questo vengono chiamati "*jugement à phrase unique*". In questa formulazione fra il soggetto (la Corte stessa) e il predicato, che può essere quello di rigetto (*rejette le pourvoir*) oppure di accoglimento e, pertanto, di cassazione e, molto spesso, di rinvio (*casse o casse et annulle l'arrêt*), viene collocata la sua intera motivazione, per mezzo di frasi secondarie precedute dalla formula *atendu que* oppure semplicemente *que*.

A prescindere dalle differenze fra le sentenze di rigetto e di accoglimento<sup>29</sup>, il risultato sarà un testo naturalmente conciso, che si estende, solitamente, da

27 Come si vedrà meglio *infra*, punti nn. 3 e 4.

28 Il raffronto fra le sentenze francesi e quelle anglo-americane è argomento che da tempo forma oggetto di studio da parte della dottrina comparatistica. Quest'analisi ha contribuito ad erigere quello che si può definire il tradizionale paradigma comparatistico in materia. La bibliografia sul tema è molto vasta. Per un chiaro riassunto di tale divaricazione, sulla base di un'analisi anche storica, si veda P. STEIN, *Judgments in the European Legal Tradition*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, p. 27 ss. Si vedano altresì C. AMODIO, *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, 2012, p. 186 ss.; A. GAMBARO, *Lo stile della sentenza francese*, cit., p. 121 ss. Ancora in lingua straniera, fra gli altri, J. H. MERRYMAN, *The Loneliness of the Comparative Lawyer*, The Hague, 1999, p. 70; B. RUDDEN, *Court and Codes in England, France and Soviet Russia*, in *Tul. Law Review*, 1974, p. 1010 ss.; M. WELLS, *French and American Judicial Opinions*, in *Yale J. Int. Law*, vol. 19, 1994, p. 81 ss.

29 La sentenza di rigetto inizia con un breve richiamo all'*iter* del processo e alle allegazioni del ricorrente, alle quali seguono i motivi della decisione e, infine, la disposizione di rigetto. La sentenza di cassazione, dall'altra parte, si aprirà con il riferimento al testo normativo, al quale seguiranno brevi indicazioni dei fatti di causa e alla sentenza impugnata, che precedono il dispositivo di cassazione e (normalmente) di rinvio. Per ulteriori approfondimenti si veda la *Fiche méthodologique en matière civile* della stessa Corte di Cassazione

una a poche pagine, dal tono impersonale e con un linguaggio tecnico e preciso. Nella motivazione in diritto, viene indicata la prescrizione normativa e/o il principio di diritto applicabile al caso in esame e, mediante un ragionamento interpretativo lineare e strettamente consequenziale, si giunge al dispositivo<sup>30</sup>. Raramente sono riportate, nel testo dell'*arrêt*, le ragioni della scelta di un determinato indirizzo interpretativo rispetto ad un altro o viene dato spazio a valutazioni di natura etica, politica, economica, ecc., che corredano una specifica lettura della norma o del principio<sup>31</sup>. Non si rinvencono altresì riferimenti espliciti a precedenti e alla letteratura giuridica: il giudice si limita, in questo senso, a darne tacita applicazione o, se del caso, a fare un generico riferimento alla *doctrine* della Corte<sup>32</sup>.

I motivi alla base di tali caratteristiche sono, in primo luogo, di natura storica. È risaputo che il ruolo istituzionale originario del *Tribunal de Cassation*, creato nel 1790, era esclusivamente di esercitare un controllo di legalità sulle decisioni rese dalle giurisdizioni inferiori; esso svolgeva una funzione prevalentemente politica e non giurisdizionale, volutamente introdotta dal legislatore rivoluzionario<sup>33</sup>, nello svolgimento della quale emetteva proposizioni che erano quasi atti amministrativi e che assomigliavano più a disposizioni legislative che a decisioni giudiziarie. La forma delle sentenze francesi, soprattutto con riguardo alla loro concisione e all'assenza di motivazione, appare, in questo senso, il risultato del ruolo originario del *Tribunal de Cassation*.

La Corte di Cassazione, attraverso il *pourvoir*, è ancora oggi chiamata a censurare la violazione del diritto da parte delle giurisdizioni inferiori e, dunque, a controllare la legalità dei giudizi senza, di regola, decidere sulla controversia

---

francese *Interprétation et portées des arrêts de la Cour de Cassation en matière civile*, pubblicato nel *Bulletin d'information* n. 661, del 15 maggio 2007 (e disponibile all'indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/publications\\_cour\\_26/bulletin\\_information\\_cour\\_cassation\\_27/bulletins\\_information\\_2007\\_2256/n\\_661\\_2399/](https://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2007_2256/n_661_2399/)).

30 Cfr. G. GORLA, *op. ult. cit.*, p. 326. Se si tratta di una sentenza di rigetto, sono esposti il o i motivi formulati nel ricorso in cassazione e la confutazione degli stessi: «attendu que X fait grief à l'arrêt d'avoir...; mais attendu que... d'où il suit que le moyen n'est pas fondé oppure ne peut être accueilli.»

31 «L'aspetto caratterizzante dello stile giurisprudenziale francese rimane l'omissione dell'itinerario ermeneutico seguente il quale il giudice ha interpretato il precetto normativo menzionato nel modo implicitamente asserito». Così A. GAMBARO, *Lo stile della sentenza francese*, cit., p. 125. In senso analogo H. KÖTZ, *Relazione introduttiva*, cit., pp. 362-363.

32 Cfr. C. AMODIO, *op. cit.*, p. 195; D. MAZEAUD, *Régards sur l'influence de la doctrine sur la Cour de cassation en droit des obligations*, in AA.VV., *Giureconsulti e Giudici. Influsso dei professori sulle sentenze*, Torino, 2016, p. 188 ss.

33 «Imbu de l'idée de séparation des pouvoirs, le législateur révolutionnaire a voulu réagir contre les pratiques du Grand Conseil, juridiction constitutionnelle qui cassait les décisions judiciaires des Parlements contraires aux édits et ordonnances royales, mais qui, section du Conseil du Roi, se permettait aussi d'évoquer le fond des affaires pour les juger à nouveau.» Così A. TUNC, *Synthèse – La cour judiciaire suprême Enquête comparative*, in RIDC, vol. 30, n. 1, 1978, p. 9.

in conformità a una valutazione *piena* di ogni elemento di diritto e di fatto, ai sensi del disposto nell'art. 604 e seguenti del Codice di procedura civile francese<sup>34</sup>. Tuttavia, accanto a tale c.d. “funzione disciplinare”, la Corte svolge anche una parallela “funzione normativa”, che si è sviluppata anche grazie all'erosione dell'ideologia francese di completezza ed autosufficienza della legge: esercitando il tradizionale “ruolo di censore”, essa pone una regola che decide un caso particolare e che, al contempo, svolge un'azione correttiva del sistema, ma anche integrativa dello stesso<sup>35</sup>. Ciò nonostante, è stato giustamente detto che lo stile delle sentenze della Cassazione francese, soprattutto per quanto attiene la concisione della motivazione, è ancora troppo improntato al suo ruolo tradizionale di controllo di legalità e appare slegato dalla sua funzione creatrice<sup>36</sup>.

Altro elemento storico, utile per spiegare alcune caratteristiche del modello francese, è la burocratizzazione della giustizia, introdotta con le riforme napoleoniche. Per l'ideologia burocratica della funzione giudiziaria, il giudice diventa parte del corpo di funzionari che compongono un'amministrazione e, coerentemente, la sentenza viene concepita come atto impersonale, come riflessione collettiva riferibile ad un ufficio che ha svolto la propria funzione<sup>37</sup>. Questo stile

---

34 Cfr. art. 604 del *Code de procédure civile* francese, secondo il quale le *pourvoi en cassation* tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit» e l'art. 411-2 del *Code de l'organisation judiciaire*, che stabilisce che «la Cour de cassation statue sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire, La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires sauf disposition législative contraire.» La riforma sulla giustizia introdotta dalla *Loi* n. 2016-1547 del 18 novembre 2016 sulla “modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle” ha ampliato la possibilità di decisione senza rinvio, stabilendo all'art. 38 che la Corte possa decidere nel merito in materia civile « lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie » (art. L-411-3 *Code de l'organisation judiciaire*).

35 *La Cour de cassation* è pienamente consapevole del proprio ruolo normativo, come si evince anche dal fatto che nel 2018, il Rapporto sull'anno giudiziario è stato dedicato a questa tematica. Si veda COUR DE CASSATION, *Le rôle normatif de la Cour de cassation. Étude annuelle 2018* (disponibile all'indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/IMG//2019-01-18\\_Etude\\_2018.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG//2019-01-18_Etude_2018.pdf)).

36 «Quand il s'agit de sanctionner l'application incorrecte de la règle de droit, (...) mission disciplinaire, la sentence du juge de cassation peut bien tomber lapidairement, come tombe le couperet de la guillotine (...). Quand s'agit, en revanche, d'éclairer le contenu de la règle, d'en interpréter le sens, voire d'en combler les lacunes tout en assurant l'unité du droit par l'unité de la jurisprudence, a fortiori de manière prospective, il faut s'en expliquer clairement et précisément a fin d'en convaincre les destinataires de la parole jurisprudentielle.» Così L. CADIEU, *Problèmes et perspectives de la Cour de cassation française*, in C. BESSO; S. CHIARLONI (cur.), *Problemi e prospettive delle Corti Supreme*, ESI, 2012, p. 65.

37 «La sentenza in effetti non è considerata la decisione di un solo uomo, la cui autorità personale è sufficiente senza aver bisogno di essere legittimato da una struttura gerarchizzata, ma è il prodotto di un gruppo. Il giudice francese non esercita le sue funzioni in modo individuale, ma al contrario, in quanto soggetto inserito in una struttura la cui coerenza è assicurata dal suo carattere gerarchizzato e dalla normalizzazione delle sue pratiche». Così V. VIGNEAU, *La redazione delle sentenze della Corte di Cassazione francese* (disponibile alla pagina web <https://www.>

tecnico-burocratico e la selezione, come destinatari della sentenza, del solo ceto dei giuristi, e, tra questi, di coloro che partecipano, o potenzialmente potrebbero partecipare, al processo (difensori e giudici dell'impugnazione), implica l'adozione di un linguaggio astratto e il profuso utilizzo della terminologia tecnica.

Com'è altrettanto noto, la particolarità francese ha contribuito all'affermazione di altre fonti documentali, diverse dalla decisione, e di altri attori, diversi dai membri del collegio giudicante, per la conoscibilità e la comprensione della giurisprudenza della Cassazione. Tra i documenti pubblici che assolvono tale funzione, si distinguono *in primis* le note alle sentenze<sup>38</sup>; in secondo luogo, rilevano altri scritti prodotti normalmente ai fini dell'elaborazione della sentenza in conformità con le norme di procedura, detti anche documenti preparatori o periferici, come la relazione elaborata dal Consigliere Relatore, eventualmente i progetti di sentenza predisposti dallo stesso, e il parere scritto dell'Avvocato Generale<sup>39</sup>. I documenti preparatori e le decisioni ritenute maggiormente rilevanti, vengono talvolta resi disponibili attraverso il *Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC)*, pubblicato con cadenza quindicinale, e che riporta note esplicative e comunicati di stampa. Questo è uno fra i cc.dd. strumenti paralleli o esterni d'informazione della *Cour de cassation*, destinati a migliorare la leggibilità delle sentenze, in attuazione di quella che viene definita una chiara "*politique de communication*" o "*de promotion*" dei propri *arrêts*, e che ha portato, altresì, all'adozione di un sistema di classificazione delle decisioni mediante sigle, per facilitare

---

cordedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione\_Cons\_Vigneau.pdf). Vedi anche H. KÖTZ, *Sullo stile delle sentenze delle corti supreme*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, pp. 779-780; M. TARUFFO, *La fisionomia della sentenza in Italia*, cit., pp. 257-258. Vedi altresì C. AMODIO, *op. cit.*, p. 188.

38 Anche su questo tema la bibliografia è estesa. Si vedano, fra gli altri, J. P. DAWSON, *The oracles of the law*, Ann Arbor, 1968, pp. 397-400; A. GAMBARO, *Lo stile della sentenza francese*, cit., p. 135; G. GORLA, *Stile delle sentenze ricerca storico-comparatistica*, cit., p. 324, nota 8; H. KÖTZ, *Sullo stile delle sentenze*, cit., p. 775, nota 6; M. LUPOI, *Cenni storici introduttivi allo studio delle fonti del diritto francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 1253 ss.

39 La relazione del Consigliere Relatore, estesa in seguito ad un'analisi individuale del *dossier*, consiste nella descrizione dei fatti, della procedura, dei motivi adottati dalle parti, in un'analisi poi della dottrina e della giurisprudenza pertinenti e, infine, in una illustrazione critica delle possibili soluzioni. Ad essa viene accompagnato un parere giuridico che indica la soluzione da preferire secondo il Relatore e una o più bozze di decisione (*projets d'arrêt*). Tale documentazione viene distribuita ai soli membri del Collegio e servirà di base per la discussione. Il decano della camera o della sezione potrà eventualmente richiedere approfondimenti supplementari o l'elaborazione di nuovi *projets d'arrêt* qualora ciò si renda necessario ai fini della deliberazione. Il parere scritto elaborato dall'Avvocato Generale, fornito in chiusura della fase preparatoria del processo di cassazione, è innanzitutto un documento di sintesi dell'insieme delle attività svolte fino a quel momento, ma esprime anche il parere del Pubblico Ministero sulle questioni giuridiche principali non soltanto da un punto di vista strettamente giuridico ma anche in relazione all'incidenza pratica delle stesse sulle realtà sociali ed economiche interessate. Per approfondimenti sui lavori preparatori all'*arrêt* si veda G. CANIVET, *Mode de délibération et mécanisme de décision de la Cour de Cassation*, in P. PASQUINO; B. RANDAZZO (cur.), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, Milano, 2009, p. 175 ss.

l'identificazione e la diffusione delle decisioni maggiormente significative<sup>40</sup>. Ma se, da una parte, tali iniziative sono viste positivamente e testimoniano una presa di coscienza da parte della Corte del proprio ruolo e della necessità di fornire strumenti che contribuiscano ad una migliore comprensione delle proprie decisioni<sup>41</sup>, dall'altra si ritiene che esse siano dei palliativi e che sarebbe preferibile offrire al pubblico una giurisprudenza leggibile, il cui senso non si trovi disperso in diversi documenti dal valore incerto e la cui combinazione può essere fonte di confusione<sup>42</sup>. Per tali ragioni qualcuno ha suggerito, ad esempio, l'abolizione del sistema di classificazione<sup>43</sup>.

40 L'interesse giuridico di ogni decisione viene reso noto da un sistema di classificazione delle stesse relativamente semplice, detta anche *hiérarchisation des arrêts*. Normalmente, le decisioni adottate in Assemblea plenaria dalla Corte o in "Chambre mixte" sono quelle che più contribuiscono all'evoluzione della giurisprudenza; tuttavia, la pubblicazione di una decisione viene valutata da ogni singolo collegio sulla base della sua rilevanza. È considerata degna di pubblicazione la sentenza «qui précise la portée d'une règle de droit; [...] qui amorce ou consacre une jurisprudence nouvelle; [...] qui infléchit ou modifie une solution ancienne; [...] qui rappelle des principes acquis, afin qu'ils ne soient pas perdus de vue ou pour montrer l'attachement de la Cour à des solutions controversées.» La pubblicazione della decisione nel *Bulletin civil o criminel* viene resa evidente dall'impressione della lettera "P" sulla prima pagina della decisione, seguita dalla "B" se si decide di rendere noti i titoli e sommari della stessa anche sul BICC, per facilitare la sua diffusione presso la magistratura. Se, inoltre, s'intende pubblicarla anche nel Rapporto annuale, essa verrà fornita anche della lettera "R". Tutte le altre decisioni vengono classificate con la lettera "D" e sono comunque disponibili dal 1990 presso il sito [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Cfr., per tutto ciò, [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/p\\_b\\_11926.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/p_b_11926.html), nonché, in dottrina, A. LACABARATS, *Président de chambre à la Cour de cassation*, in *La motivation des décisions de justice en France*, relazione tenutasi nel 2010, p. 3, par. II (<https://corruption.ovh/la-motivation-des-decisions-de-justice-en-france-par-alain-lacabarats-president-de-chambre-a-la-cour-de-cassation/>). Vedi anche, in tema, B. VARI, *Lo stile della Corte di Cassazione francese in discussione*, in *Studi in onore di Antonio Gambaro: un giurista di successo*, T. I, Milano, 2017, pp. 515-517.

41 V'è chi sostiene altresì che la "motivation exogène" della *Cour de cassation* presenta il vantaggio di coinvolgere anche altri attori del pensiero giuridico nazionale, come la dottrina, in riflessioni maggiormente approfondite e meditate sulle soluzioni giuridiche. Così F. DESCORPS DECLÈRE, *Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation*, in *Rec. Dalloz*, 2007, p. 2822, spec. pto. II, B.

42 Il rapporto del Relatore e il parere dell'Avvocato Generale sono pubblicati solo in alcuni casi (e in particolare per le sentenze pronunciate in Assemblea plenaria e in Camera mista); le note alla *newsletter* della Corte di Cassazione stanno diventando scarse; la diffusione di comunicati stampa o note esplicative varia a seconda delle camere e dei periodi. Per quanto riguarda la gerarchizzazione delle decisioni, anch'essa è stata oggetto di critiche: alcune decisioni non sono oggetto di pubblicazione nel Bollettino o nel Rapporto nonostante l'importanza della questione di principio decisa.

43 Nello specifico il *Club des juristes – think tank* francese creato nel 2007 e composto da giudici, avvocati, notai, professori e rappresentanti di imprese –, in conformità alla *Proposition* n. 33 del *Rapport Sécurité juridique et initiative économique*, del maggio 2015 (disponibile all'indirizzo web <https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/05/S%C3%A9curit%C3%A9-juridique-WEB.pdf>).

Da sempre, a causa del proprio stile, le sentenze francesi della *Cour de cassation* sono oggetto di critiche e di accuse di formalismo, soprattutto da parte della dottrina anglo-americana. Studi recenti hanno cercato di ridimensionare queste critiche, come quello di M. Lasser, un giurista statunitense con forti legami culturali con la Francia, che ha pubblicato nel 2004 il volume *Judicial Deliberations: A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*<sup>44</sup>. Lasser parte dal concetto di “discorso giuridico”, nozione più ampia di quella di stile. Egli sostiene che, in Francia, il discorso giuridico non viene esclusivamente praticato nell’ambito dell’atto sentenza, ma anche lontano dagli occhi del pubblico, fra i rappresentanti di una élite istituzionale, che comprende la magistratura, i rappresentanti del *Parquet* e dell’Accademia. L’Autore elabora così la nozione di “biforcazione” del discorso giuridico francese e afferma che esso non sarebbe formalistico, ma praticato da altri soggetti rispetto al magistrato e in altri luoghi rispetto alla sentenza. L’opera di Lasser affronta altresì la questione della “*judicial legitimacy*” o “legittimazione democratica del potere giudiziario”; secondo l’Autore, il modello americano accorda legittimazione al sistema giudiziario sulla base di un unico documento, la sentenza, che dovrà pertanto riportare ampiamente le ragioni di fatto e di diritto che giustificano la decisione e le conseguenze della medesima. In un’ottica di trasparenza, si perseguono così finalità informative ed educative, garantendo la *public accountability*<sup>45</sup>. Dall’altra parte, la legittimazione francese rappresenterebbe piuttosto il prodotto di una complessa interazione di fattori di natura politico-istituzionale, relativi all’ordinamento nazionale e al suo funzionamento, e non dipenderebbe dalla decisione stessa<sup>46</sup>.

Al di là dell’apporto dottrinale alla tematica che ha rappresentato tale opera, è quanto mai interessante osservare che, negli ultimi anni, il tema dei provvedimenti giudiziari viene sempre più correlato ai valori della trasparenza, dell’accessibilità e della comprensione, in termini di apertura del dibattito giuridico alla collettività.

### 3. Breve ricostruzione della recente riforma della *Cour de cassation*

Questo insieme di idee si ritrova nel movimento di “*Réforme de la Cour de cassation*” che, dal 2014, interessa la Corte francese e che è stato fortemente voluto dall’allora appena insediato Presidente, B. Louvel<sup>47</sup>; movimento che ha

44 M. DE S.-O.-L’E. LASSER, *Judicial deliberations. A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*, New York, 2004.

45 M. DE S.-O.-L’E. LASSER, *op. ult. cit.*, p. 312-315.

46 M. DE S.-O.-L’E. LASSER, *op. ult. cit.*, p. 307-311.

47 «La montée en puissance de cours européennes, statuant en fait et en droit, amène notre juridiction à envisager, dans certaines situations, l’infléchissement de sa tradition de strict contrôle du droit. La motivation souvent pluridisciplinaire des arrêts de ces cours invite à

generato la costituzione di una Commissione di riflessione sulla riforma della Corte di Cassazione, sotto il coordinamento J.-P. Jean, allora Direttore del *Service de documentation, des études et du rapport* (SDER)<sup>48</sup>, per condurre una riflessione sul ruolo e sui metodi della Corte<sup>49</sup>. Ai sensi della lettera di incarico, il Gruppo formato dai Presidenti delle varie Camere, consiglieri, membri del *Parquet*, nonché dell'Ordine degli Avvocati presso il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione, e seguito anche da rappresentanti dell'Accademia, si doveva occupare di diverse e importanti tematiche, quali il meccanismo di selezione delle controversie (*filtrage des pouvoirs*), la natura del controllo che la Corte dovrà esercitare e il ruolo del Pubblico Ministero nella preparazione delle decisioni e, infine, della rivisitazione dello stile di redazione delle decisioni di quest'organo giudiziale e della loro motivazione. Un gruppo di lavoro specifico sulla redazione e sulla motivazione delle decisioni (c.d. *Groupe motivation*) è stato istituito nel 2015, sotto il coordinamento di A. Lacabarats e con il contributo di P. Deumier come membro dell'Accademia.

Va detto che prima di allora era stato il *Conseil d'État* a costituire un gruppo di lavoro, e a sperimentare, a partire dal 2012, uno stile diretto nella redazione delle decisioni della giustizia amministrativa<sup>50</sup>. Alla fine del 2018 è stato diffuso

---

mieux évaluer les incidences de nos décisions en termes sociaux et économiques, internes et internationaux, au-delà des seules analyses juridiques qui sont la culture de la Cour de cassation. La rapidité et l'ampleur atteintes par la communication sociale, permettant aux spécialistes de mesurer et publier en temps réel et sur toutes sortes de supports l'impact qu'ils attribuent à une décision, vont dans le même sens. Ces évolutions, qui nous portent à revisiter notre technique d'examen des pourvois, justifient la conduite d'une réflexion, tant collective que prospective, sur la place, le rôle et les méthodes de la Cour de cassation.» Così B. LOUVEL, *Discours d'installation*, tenutosi durante l'udienza solenne di presa di servizio, il 16 luglio 2014 (disponibile all'indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/IMG/Discours\\_PP\\_140716v2.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/Discours_PP_140716v2.pdf)).

- 48 Sulla composizione e le principali competenze e attività di questo organo si vedano gli artt. 433-1 a 433-4 del *Code de l'organisation judiciaire*.
- 49 Cfr. B. LOUVEL, *Lettre de mission adressée à Monsieur Jean-Paul Jean, président de chambre, directeur du SDER* (disponibile all'indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/IMG/1\\_LOUVEL\\_Lettre\\_mission\\_JPJ\\_0914.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/1_LOUVEL_Lettre_mission_JPJ_0914.pdf)).
- 50 Ne è scaturita un'ampia relazione, pubblicata due anni più tardi a cura del gruppo di lavoro presieduto da P. Martin, *Président adjoint* della Sezione del contenzioso del *Conseil d'État*, nella quale vengono formulate ben diciotto proposte, relative a procedure e a livelli giurisdizionali diversi, contenenti modifiche di presentazione e di stile. È stato suggerito, fra l'altro, l'eliminazione del classico *stile à phrase unique*, la sostituzione dello stile indiretto con quello diretto, con conseguente eliminazione dei *considérants* (*Proposition* n. 14), nonché l'introduzione di riferimenti giurisprudenziali (*Proposition* n. 7). Cfr. CONSEIL D'ÉTAT, Groupe de Travail sur la Rédaction des Décisions de la Jurisdiction Administrative, *Rapport, avril 2012* (disponibile alla pagina web <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/groupe-de-travail-sur-la-redaction-des-decisions-de-la-jurisdiction-administrative-rapport-final>). Successivamente sono stati predisposti dei protocolli di redazione la cui sperimentazione è stata messa in atto in alcune *sous-sections* della Sezione contenzioso della corte apicale e nei gradi inferiori. Cfr. J.-M. SAUVÉ, *Bilan et perspectives de la juridiction administrative*, relazione presentata in occasione

il *vademecum*, applicabile a tutte le sentenze, di una tecnica redazionale meno burocratica, anche se sempre ancorata alla costruzione sillogistica e deduttiva, e contenente il rifiuto di citare i propri precedenti<sup>51</sup>.

Anche il *Conseil constitutionnel* ha abbandonato, qualche anno fa e in modo piuttosto repentino, la frase unica: nel 2016 vengono pubblicate due decisioni formulate non a frase unica<sup>52</sup>, accompagnate da un laconico comunicato stampa dell'allora Presidente<sup>53</sup>, in cui si annunciava che, da quel momento in poi, non sarebbe stata più utilizzata la frase unica in favore di uno stile diretto<sup>54</sup>.

Nell'ambito delle proprie attività presso la Corte di Cassazione, il *Groupe motivation*<sup>55</sup> ha organizzato diversi momenti di discussione pubblica<sup>56</sup>, anche con la partecipazione dell'Accademia<sup>57</sup>. Ha condotto, inoltre, studi di sperimentazione pilota su sentenze rese nel periodo 2015-2017 da diverse camere della Corte,

---

della *Réunion annuelle des présidents des juridictions administratives*, 3 aprile 2013, p. 4 (disponibile all'indirizzo web <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/bilan-et-perspectives-de-la-jurisdiction-administrative>).

51 Consultabile all'indirizzo web <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/jurisdiction-administrative-nouveaux-modes-de-redaction-des-decisions>.

52 *Décision* n° 2016-539 QPC e *Décision* 2016-540 QPC, del 10 maggio 2016.

53 *Communiqué du Président du Conseil constitutionnel*, 10 maggio 2016 (disponibile all'indirizzo web <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiqué/communiqué-du-président-du-10-mai-2016>).

54 Sul tema, per approfondimenti, si può consultare il fascicolo *La réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers*, dei *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2017/2-3 (n° 55-56).

55 Durante la sessione di apertura delle attività del Gruppo di lavoro sulla motivazione è stato presentato uno studio destinato a servire di base per la successiva definizione dei temi e dei metodi di lavoro. Il documento, elaborato da Pasquale Deumier, considera il nuovo contesto e gli imperativi che attualmente inducono un ripensamento della motivazione delle sentenze della Corte di Cassazione francese, identificando alcuni aspetti rilevanti per un'eventuale nuova impostazione delle pronunce. Cfr. P. DEUMIER, *Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation? Raisons, identification, réalisation*, in *Rec. Dalloz*, 2015, p. 2022 (disponibile in versione lunga all'indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/cour\\_cassation\\_1/reforme\\_cour\\_7109/cour\\_cassation\\_32582.html](https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/cour_cassation_32582.html)).

56 In relazione al controllo di convenzionalità si veda SDER, *Compte-rendu de la réunion du 27 novembre 2015 avec A. Potocki, juge à la Cour EDH*, novembre 2015, disponibile all'indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/IMG/5\\_SDER\\_compte\\_rendu\\_Potocki\\_1115.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/5_SDER_compte_rendu_Potocki_1115.pdf); e C. JAMIN, *Contrôle de proportionnalité: Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux*, 30 marzo 2015, disponibile all'indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/cour\\_cassation\\_1/reforme\\_cour\\_7109/juger\\_motiver\\_31563.html](https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/juger_motiver_31563.html).

57 Ad esempio, uno di questi momenti è stata la conferenza *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, i cui atti sono stati pubblicati nella loro integralità nel supplemento della Rivista *La Semaine Juridique, édition générale*, n. 1-2, del 11 gennaio 2016 (disponibile sul sito della *Cour de cassation* all'indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/institution\\_1/reforme\\_cour\\_7109/travaux\\_reforme\\_2014\\_2019\\_9706/reflexion\\_reforme\\_8630/commission\\_reflexion\\_8180/regards\\_universitaires\\_reforme\\_cour\\_7855/debat\\_regards\\_33485.html](https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/travaux_reforme_2014_2019_9706/reflexion_reforme_8630/commission_reflexion_8180/regards_universitaires_reforme_cour_7855/debat_regards_33485.html)).

con la finalità di analizzare i risultati della prassi per quanto concerne le possibili tipologie di motivazione ampliata (*motivation en forme développée*)<sup>58</sup>, oltre che su sentenze, emesse dal primo gennaio 2013, in cui era stato attuato il controllo di convenzionalità<sup>59</sup>.

La Commissione di riflessione sulla riforma della Corte di Cassazione ha concluso i propri lavori e pubblicato un'estesa relazione nell'aprile 2017<sup>60</sup>. Tale documento dedica circa trenta pagine alla questione della motivazione delle sentenze e formula ben 13 proposte di modifica<sup>61</sup>. Nello stesso periodo è stata formata la Commissione per l'attuazione delle riforme della Corte di Cassazione, sotto la guida di B. Pireyre, Direttore del SDER. Questa Commissione è stata successivamente suddivisa in gruppi di lavoro che si sono concentrati sull'approfondimento di tre tematiche in particolare: l'attuazione del controllo di proporzionalità presso la Corte di Cassazione e nelle altre corti di merito, il filtro d'accesso dei ricorsi in cassazione e la "motivazione rafforzata o ampliata". A dicembre 2018, la Commissione per l'attuazione delle riforme ha pubblicato sul sito web della Corte di Cassazione un primo documento illustrativo delle modifiche attuate in merito alla motivazione e allo stile, in particolare, delle sentenze e dei pareri che prevedono "*motivation en forme développée*"<sup>62</sup>. Successivamente, il *dossier de presse* della Corte di Cassazione del 5 aprile 2019 ha dato notizia dell'adozione di nuove norme di redazione incidenti su tutte le sue decisioni<sup>63</sup>. A giugno dello stesso anno è stato reso disponibile, sempre sul sito web della Corte francese, una guida specifica con lo scopo di presentare e spiegare il nuovo modo di redazione delle decisioni<sup>64</sup>.

58 SDER, *Travaux menés par la commission de réflexion s'agissant de la motivation enrichie*, versione del 11 aprile 2017 (disponibile alla pagina web [https://www.courdecassation.fr/IMG/38\\_SDER\\_travaux\\_motivation\\_enrichie\\_1116.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/38_SDER_travaux_motivation_enrichie_1116.pdf)).

59 SDER, *Travaux menés par la commission de réflexion s'agissant du contrôle de conventionnalité (« contrôle de proportionnalité »)*, versione del 11 aprile 2017 (disponibile alla pagina web [https://www.courdecassation.fr/IMG/59\\_note\\_arrets\\_proportionnalite12042017.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/59_note_arrets_proportionnalite12042017.pdf)).

60 Cfr. COUR DE CASSATION, *Rapport de la Commission de Réflexion sur la Réforme de la Cour de cassation*, avril 2017 (disponibile all'indirizzo web <https://www.courdecassation.fr/IMG///Rapport%20sur%20la%20r%C3%A9forme%20de%20la%20Cour%20de%20cassation.pdf>).

61 ID., pp. 129-157. Le proposte in generale relative alla motivazione e alla sua diffusione sono contenute nei numeri da 28 a 40, raggruppati sotto il «*Titre II. Rendre plus compréhensibles et mieux diffuser les arrêts de la Cour de cassation*».

62 COUR DE CASSATION, *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*, dicembre 2018 (disponibile all'indirizzo web <https://www.courdecassation.fr/IMG///NOTE%20MOTIVATION%2018%2012%202018.pdf>).

63 Cfr. *Dossier de presse* «*Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation change*», diffuso il 5 aprile 2019 (disponibile all'indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/IMG///mode\\_de\\_redaction\\_01.07.19\\_v2.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG///mode_de_redaction_01.07.19_v2.pdf)).

64 COUR DE CASSATION, *Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts (mercredi 5 juin 2019)*, 225 p. (disponibile all'indirizzo web <https://www.courdecassation.fr/IMG///>

La riforma della redazione degli *arrêts* della Corte di Cassazione francese ha diversi obiettivi dichiarati, fra i quali, principalmente, migliorare la loro comprensibilità. Si ritiene che la miglior intelligibilità delle sentenze sia fondamentale per la loro persuasività, essendo ormai acquisito che l'autorità delle decisioni di giustizia dipende dalla forza argomentativa del ragionamento contenuto nella motivazione e non già, come la legge, dall'enunciazione lapidaria di regole. Ciò è necessario, come si evince anche dalle riflessioni contenute nei diversi documenti elaborati dalla Corte stessa, per l'illustrazione delle nuove regole, anzitutto in vista dei destinatari delle sentenze stesse, che non sono più limitati alle parti e agli operatori giuridici nazionali, ma comprendono l'opinione pubblica così come altre giurisdizioni straniere e comunitarie<sup>65</sup>. Si precisa infatti che la Corte di Cassazione dovrebbe poter partecipare ampiamente, con le proprie decisioni, ai dibattiti nazionali ed internazionali su questioni di diritto rilevanti, coordinare le decisioni interne con quelle delle Corti internazionali (soprattutto in materia di diritti umani), e non privarsi dell'occasione di esercitare un'influenza sull'opinione dei giuristi e dei giudici stranieri, come si può legittimamente pretendere nell'ambito dei fenomeni del dialogo dei giudici e della competizione fra i sistemi giuridici<sup>66</sup>.

Il presupposto generale del cambiamento è il riconoscimento del crescente ruolo normativo svolto dalla *Cour de cassation*, rispetto a quello disciplinare, e della sua veste di giudice ultimo del controllo convenzionalità in concreto, in relazione ai diritti tutelati anche dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali<sup>67</sup>. Allo stesso modo, tale iniziativa pare connessa alla necessità di garantire il margine nazionale di apprezzamento rispetto al controllo di convenzionalità delle sentenze francesi da parte della Corte EDU. Come è stato messo in evidenza, negli ultimi anni, in Francia, si sono moltiplicati i ricorsi che mirano alla disapplicazione di una norma interna a causa della sproporzione fra gli effetti derivati dalla sua stretta applicazione al caso controverso e un diritto fondamentale tutelato dalla CEDU<sup>68</sup>. È risaputo che, in

---

GUIDE%20NLLES%20REGLES%20STRUCT%20REDACT%20ARRETS%20V%20ANO%2026%20JUN%202019.pdf).

65 Cfr., fra gli altri, *Note relative a la structure des arrêts*, cit., p. 5.

66 A. LACABARATS, *Synthèse sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation*, novembre 2016 (disponibile all'indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/IMG/37\\_LACABARATS\\_Synthese\\_motivation\\_1116.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/37_LACABARATS_Synthese_motivation_1116.pdf)).

67 « Il apparaît dès lors difficile de nier aujourd'hui le changement de nature de la Cour de cassation, à la fois cour supérieure nationale, juge constitutionnel partiel et juge de droit commun des droits européen et international. » Così COUR DE CASSATION, *Le rôle normatif de la Cour de cassation. Étude annuelle 2018*, cit., p. 335. Si veda altresì L. CADIET, C. CHAINAIS, *Lignes directrices pour une modernisation des missions de la Cour de cassation*, dicembre 2016 (disponibile all'indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/IMG/22\\_CADIET\\_CHAINAIS\\_Lignes\\_modernisation\\_1216.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/22_CADIET_CHAINAIS_Lignes_modernisation_1216.pdf)).

68 Cfr. B. LOUVEL, *Réflexions à la Cour de cassation*, in *Dalloz Actualité*, 25 giugno 2015 (disponibile all'indirizzo web <http://www.dalloz-actualite.fr/chronique/reflexions-cour-de-cassation#.VcSqEEWw975>).

virtù del principio di sussidiarietà, il controllo di proporzionalità su tali richieste dev'essere attuato, in primo luogo, dal giudice nazionale; la *Cour de cassation* ha, in qualità di organo giurisdizionale di vertice, l'ultima parola sull'opportunità o meno di applicare, basandosi sul principio di proporzionalità, una disposizione della legge francese che sembra contraria alla CEDU o alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>69</sup>. Si tratta, tuttavia, di un'operazione diversa dal tradizionale controllo di legalità del *pourvoi*, che si attua mediante un ragionamento sillogistico stringato e senza particolari considerazioni sui fatti. Il controllo basato sul principio di proporzionalità implica, invece, un'analisi dettagliata di questi ultimi, così come sono stati ricostruiti nelle giurisdizioni inferiori, e una valutazione complessiva di natura multidisciplinare, che va al di là delle componenti strettamente giuridiche del caso, fino a comprendere aspetti del contesto sociale ed economico, generale e personale, materiale e morale, della fattispecie *sub judice*<sup>70</sup>.

Tuttavia, nell'insieme di una produzione annuale importante come quella della *Cour de cassation*, non tutte le decisioni hanno una portata normativa o riguardano il controllo di convenzionalità<sup>71</sup>. Per tale ragione, le prospettive di evoluzione, poi concretizzatesi, erano di due ordini: cambiamenti che interessano la forma delle sentenze o il loro stile *stricto sensu* e che colpiscono tutte le decisioni definitive della Corte di Cassazione francese, e cambiamenti che prevedono l'adozione di motivazioni ampliate o rafforzate (*motivation en forme développée*), che attengono soltanto a sentenze che, per la propria natura, richiedano tale approfondimento.

69 Cfr. F. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, C. JAMIN, *Révolution tranquille à la Cour de cassation*, in *Rec. Dalloz*, 2014, p. 2061 ss.

70 «Beaucoup attendent d'elle [la Corte di Cassazione] en particulier qu'elle explicite la part du raisonnement proprement juridique entrant dans la décision et celle des données techniques, économiques et sociales qui l'ont déterminée; qu'elle enrichisse ses motifs de considérations plus développées sur le contexte, nécessaires à l'appréciation de la proportion ou de la disproportion des effets d'un texte sur une situation intéressant un droit ou une liberté fondamentale.» Così B. LOUVEL, *Ouverture des travaux de la commission de réflexion sur la motivation*, Discorso del 14 settembre 2015 (disponibile all'indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/prises\\_parole\\_2039/discours\\_2202/premier\\_president\\_7084/discours\\_2015\\_7547/commission\\_reflexion\\_32508.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/premier_president_7084/discours_2015_7547/commission_reflexion_32508.html)). Vedi anche C. JAMIN, *Cour de cassation: une question de motivation*, in *A semaine juridique – Édition Générale*, n. 29, 20 luglio 2015, p. 1446.

71 Nel 2019 la *Cour de cassation* ha deciso 24.495 ricorsi, e 25.111 nuovi processi sono stati protocollati (di cui 8.040 in materia penale e 17.071 in materia civile). Cfr. COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2019* (consultabile all'indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/20200923\\_rapport\\_2019.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/20200923_rapport_2019.pdf)).

## 4. I principali contenuti della riforma dello stile delle sentenze e della motivazione

Le modifiche di forma o di stile *stricto sensu* delle sentenze della Corte di Cassazione francese hanno ad oggetto, in primo luogo, la trasformazione della loro struttura e prevedono l'eliminazione della frase unica e la disposizione della decisione in diverse parti e in paragrafi numerati; in secondo luogo, si esplicano nell'adozione dello stile diretto di redazione, con conseguente superamento delle classiche formule “*attendu que*” o “*que*”.

Le sentenze vengono generalmente articolate in tre parti – Fatto e processo, Esame dei motivi del ricorso e Dispositivo (*Faits et procédure, Examen des moyens e Dispositif*) –, potendo contemplare anche ulteriori divisioni (e.g. *Portée et conséquences de la cassation*, nel caso di cassazione senza rinvio), o suddivisioni (e.g. *Exposé du moyen, Réponse de la Cour*, all'interno del punto *Examen des moyens*), e, in tale ultimo caso, ogni livello si presenta con una formattazione diversa. L'obiettivo è migliorare la leggibilità delle sentenze ed evitare ogni confusione fra i motivi del ricorso e la risposta della Corte. Si precisa, inoltre, che i tradizionali *visas*, imposti dalla legge, continueranno a figurare in testa alla discussione di ciascuno dei *Moyens*, così come i *chapeaux*<sup>72</sup>, al fine di conservare l'impostazione sillogistica delle sentenze<sup>73</sup>. La riforma ha introdotto anche la numerazione dei paragrafi, dedicando ciascuno di essi allo sviluppo di un'unica idea, che permette di ottenere maggiore precisione, ad esempio, nel rinvio ad uno specifico passaggio della decisione.

Uno dei cambiamenti più eclatanti dello stile delle sentenze della *Cour de cassation*, è l'adozione del modello di discorso diretto accompagnato dall'abbandono della caratteristica struttura a frase unica e dagli *attendus que*. Con tale scelta si è voluto favorire l'intelligibilità della decisione, facilitare la sua traduzione e, pertanto, la comprensione da parte dei giuristi stranieri, e stabilire anche un'unità con lo stile già adottato dal *Conseil d'État* e dal *Conseil Constitutionnel*<sup>74</sup> e consigliato dalla Scuola Nazionale della Magistratura francese<sup>75</sup>.

Le novità dettate hanno naturalmente sollevato dubbi e critiche.

Così, ad esempio, si è affermato che la sostituzione della frase unica e degli *attendu que*, per lo stile diretto, avrebbe indebolito il ragionamento sillogistico e aumentato il rischio di motivazioni contenenti digressioni inutili, spiegazioni

72 Ai sensi dell'art. 1020 del c.p.c. francese, ogni sentenza di cassazione deve contenere l'indicazione dell'articolo di legge, della norma convenzionale o, più raramente, del principio generale di diritto sul quale la Corte di Cassazione si fonda, che viene indicato normalmente come *visa*. Subito dopo il *visa*, è solito comparire anche il *chapeau*, mediante il quale si riproduce o si sintetizza la regola di diritto corrispondente alla disposizione richiamata.

73 COUR DE CASSATION, *Guide des nouvelles règles* ecc., cit., par. 1.2.3, p. 7.

74 COUR DE CASSATION, *Note relative à la structure des arrêts* ecc., cit., par. 115-116.

75 S. HORTALA, *La réforme de la rédaction des décisions de la Cour de cassation. État des lieux*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, n. 37, 7 settembre 2020, doct. 999, p. 5.

superflue o dettagli irrilevanti, finendo per rendere il testo poco leggibile<sup>76</sup>. La necessaria introduzione di termini o locuzioni con funzione di concatenamento logico tra i paragrafi della sentenza – ora, allora, pertanto, di conseguenza, ne consegue che, ecc. –, avrebbe potuto produrre l'effetto di appesantire la sua lettura. La numerazione dei paragrafi, proprio perché rende possibile la precisa citazione del passaggio specifico della sentenza, in caso di riferimento alle proprie decisioni, per la Corte di Cassazione porterebbe ad attribuire un valore normativo superiore a certi elementi della motivazione, in detrimento di altri, dando luogo ad una pratica che si avvicinerrebbe alla dottrina dello *stare decisis* delle tradizioni di common law<sup>77</sup>.

Il secondo nodo della riforma delle sentenze della *Cour de cassation*, consiste nella previsione di una motivazione rafforzata o ampliata (*motivation en forme développée*) per le ipotesi in cui, in generale, la Corte affronta questioni di maggior rilevanza. La strategia è, pertanto, non già di apportare una modifica generale allo stile decisorio, ma di selezionare tipologie di sentenze nelle quali l'importanza e/o la complessità della controversia sottostante giustificano l'aggiunta di precisazioni supplementari, nell'ambito di una vera "*gradation des arrêts*". Nello specifico, si prevede che la motivazione rafforzata venga adottata in quelle sentenze in cui vi è il mutamento di un precedente orientamento giurisprudenziale (*revirement de jurisprudence*), oppure una decisione su una questione di principio di rilevante interesse per lo sviluppo del diritto o per l'unità della giurisprudenza. Allo stesso modo, la motivazione sarà ampliata qualora la Corte applichi, per la prima volta, una certa disposizione normativa o affronti una questione avente ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona e necessiti di un controllo sulla convenzionalità dell'applicazione della disposizione legale<sup>78</sup>. Infine, anche per ragioni attinenti all'istruzione delle relative domande, le decisioni di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, o di parere consultivo alla Corte europea dei diritti dell'uomo, dovranno contenere una *motivation développée*<sup>79</sup>. È possibile adottare la tecnica della motivazione ampliata in

76 Come riferisce P. DEUMIER, *Attendu que la phrase unique est progressivement abandonnée*, in *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 2019, p. 67 ss.

77 S. HORTALA, *op. cit.*, par. 8.

78 Per approfondimenti su tale specifica forma di decisione si vedano lo studio elaborato dalla Commissione di riflessione sulla riforma della Corte di Cassazione *Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, del dicembre 2018 (disponibile all'indirizzo web <https://www.courdecassation.fr/IMG//MEMENTO%20CDP%20CONSOLIDE.pdf>), e il più recente *Rapport 2020 del Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité* (disponibile all'indirizzo web <https://www.courdecassation.fr/IMG/Rapport%20du%20groupe%20de%20travail%20sur%20le%20contr%C3%B4le%20de%20conventionnalit%C3%A9.pdf>).

79 La Corte di Cassazione francese è stata il primo organo giudiziario nazionale ad applicare la procedura prevista dal Protocollo n. 16 alla CEDU, che consente alle più alte giurisdizioni degli Stati membri che l'hanno ratificato di richiedere alla Corte di Strasburgo pareri non vincolanti sull'interpretazione o l'applicazione delle norme convenzionali rilevanti per la

tutti gli altri casi che non rientrino nelle ipotesi indicate, ma che, per la propria complessità e incidenza sociale, la richiedono per una migliore comprensione.<sup>80</sup>

Non si tratta di adottare uno stile ampiamente discorsivo ma, nella maggior parte dei casi, di aggiungere qualche paragrafo supplementare che consenta al lettore una comprensione più agevole e più sicura della decisione<sup>81</sup>. In questo registro, sono previste alcune specificazioni che rendono più complesse le motivazioni delle decisioni del più alto organo giudiziario ordinario francese: in primo luogo, dovrà essere indicato il metodo d'interpretazione delle norme<sup>82</sup>, così come vanno menzionate le soluzioni alternative non accolte ma discusse durante la deliberazione, e le ragioni per le quali esse sono state respinte, nei casi in cui esse rappresentavano una seria alternativa alla decisione adottata in definitiva<sup>83</sup>. È stata fatta una distinzione preliminare per quanto concerne la citazione dei cc.dd. precedenti giudiziari: le decisioni delle corti europee superiori, quali la Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la Corte EDU, e quelle della Corte costituzionale francese, vanno sempre menzionati nelle sentenze, in virtù della loro autorità. Le decisioni del *Conseil d'État* e delle corti straniere, allo stesso modo, vanno indicate per il loro carattere informativo. Infine, è incoraggiata la citazione della precedente giurisprudenza della stessa Corte di Cassazione nei casi di *revirement de jurisprudence*, quale forma di concatenamento di decisioni che

---

definizione di cause pendenti dinnanzi ad esse. Il 5 ottobre 2018 l'*Assemblée plénière*, attraverso l'*Arrêt* n. 638 in tema di maternità surrogata, ha presentato una *Demande d'avis à la CEDH et sursis à statuer*, redatta in forma ampliata e contenente «la descrizione dei fatti rilevanti, delle norme interne applicabili e [...] ogni altra informazione utile ai giudici di Strasburgo», ai sensi dell'art. 1, co. 3, dello stesso Protocollo n. 16. La domanda conteneva due questioni specifiche sull'eventuale esistenza dell'obbligo di trascrizione integrale dell'atto di nascita di figlio nato all'estero a seguito di una procedura di GPA e sulla compatibilità della procedura di adozione per stabilire i legami di filiazione con il genitore che non possiede vincoli biologici con il minore. Dopo circa sei mesi dalla presentazione della richiesta di opinione consultiva, il 10 aprile 2019, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata al riguardo e ha fornito il proprio *Avis Consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention* (P16-2018-001).

80 È stato sostenuto in tal senso che «Più frequenti saranno le sentenze la cui redazione includerà una motivazione in forma rafforzata, più facile sarà la tracciabilità della giurisprudenza. Questa migliore leggibilità contribuirà, a sua volta, a rafforzare la coerenza degli sviluppi nella giurisprudenza». COUR DE CASSATION, *Note relative à la structure des arrêts* ecc., cit., par. 51.

81 Infatti, nella nota della Commissione per l'attuazione della riforma si fa espresso riferimento al fatto che lo stile delle decisioni delle due corti europee – che fa pensare alle corti di Lussemburgo e Strasburgo) non sarebbe adatto alla cultura francese. Così COUR DE CASSATION, *Note relative à la structure des arrêts* ecc., cit., par. 30.

82 «35. La commission estime indispensable que la Cour, à chaque fois qu'elle fixe une interprétation de la norme, indique dans l'arrêt la méthode d'interprétation dont elle a fait usage. Ainsi, par exemple, si, dans son interprétation de la loi, elle s'est référée à l'intention du législateur, elle devra faire mention de ce qu'elle a consulté les travaux parlementaires.» Così COUR DE CASSATION, *Note relative à la structure des arrêts* ecc., cit., p. 10.

83 *Idem, ibidem*.

consente di ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza, o nel caso in cui si decida su una fattispecie inedita<sup>84</sup>.

L'adozione di una motivazione ampliata pone altresì la questione dell'integrazione di argomenti che vanno al di là della stretta logica giuridica e comprendono riferimenti al contesto, alle conseguenze economiche o sociali di una decisione, o, per dirlo con un'espressione francese, *les motifs des motifs*<sup>85</sup>. Questo tipo di analisi, seppur non sia fatta trasparire nella sentenza, è spesso presente nei documenti preparatori della stessa (relazione elaborata dal Consigliere relatore e parere dell'Avvocato Generale)<sup>86</sup>. Tuttavia, tale prassi non è sistematica, e, in sede di riforma della motivazione, è emerso il dubbio sul se e come fare riferimento, nel corpo della sentenza, a tali elementi attraverso il riferimento a degli studi di incidenza (autorizzati dagli artt. L. 431-3-1 e L. 432-1 del *Code de l'organisation judiciaire*)<sup>87</sup>. A conclusione delle proprie attività, la Commissione per l'attuazione delle riforme ha rinunciato a pronunciarsi sulle condizioni e sui criteri in base ai quali tali studi dovrebbero essere condotti, ma si è dichiarata favorevole a fare menzione degli stessi nella decisione (anche solo mediante un *visa*) qualora abbiano avuto un'incidenza apprezzabile o determinante per la soluzione adottata<sup>88</sup>.

È assente, fra le proposte di modifica, la facoltà di fare citazioni dottrinali e l'ammissibilità delle opinioni separate. Il riferimento alla dottrina, in realtà, è stato oggetto di discussione durante i lavori della Commissione<sup>89</sup>, e la sua

84 COUR DE CASSATION, *Note relative a la structure des arrêts* ecc., cit., pp. 10-13.

85 A proposito si veda, *inter alia*, M. LASSER, *Les récentes modifications du processus de décision à la Cour de cassation, le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain*, in *RTD civ.*, 2006, p. 691 ss.; P. DEUMIER, *Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation – Étude de travaux préparatoires*, in *Mélanges Burgelin*, Dalloz 2008, p. 125 ss.

86 Esempi possono essere considerazioni di buona amministrazione della giustizia, che determinano delle scelte tenuto in conto il rischio di aumento del contenzioso, nonché i costi per i contendenti, a carico dello Stato, considerazioni legate alle conseguenze economiche di una soluzione, considerazioni legate al contesto sociale e alle conseguenze sociali, considerazioni di equità e giustizia (che possono essere osservate nella sentenza dell'Assemblée plénière del 17 novembre 2000 "Perruche"). Così SDER, *Les études d'impact en matière judiciaire*, settembre 2015, p. 4 (disponibile all'indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/IMG/31\\_SDER\\_etudes\\_impact\\_1116.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/31_SDER_etudes_impact_1116.pdf)).

87 *Code de l'organisation judiciaire* «Article L.431-3-1. Lors de l'examen du pourvoi, la Cour de cassation peut inviter toute personne dont la compétence ou les connaissances sont de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine. Article L.432-1[...]. Il [le procureur général] rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la cour sur la portée de la décision à intervenir.»

88 COUR DE CASSATION, *Note relative a la structure des arrêts* ecc., cit., pp. 19-20. Si veda altresì COUR DE CASSATION, *Rapport de la Commission de Réflexion* ecc., cit., pp. 106-111.

89 SDER, *Travaux menés par la commission de réflexion s'agissant de la motivation enrichie, Version provisoire au 11 avril 2017*, p. 3 (disponibile all'indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/IMG/38\\_SDER\\_travaux\\_motivation\\_enrichie\\_1116.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/38_SDER_travaux_motivation_enrichie_1116.pdf)).

introduzione non incontrerebbe alcun ostacolo normativo (a differenza che in Italia, ai sensi dell'art. 118, comma 3°, disp. att. c.p.c.)<sup>90</sup>. Per quanto riguarda, invece, le opinioni separate, la possibilità di diffonderle pare non sia stata presa in considerazione, se non in un momento iniziale, quando sono state ritenute inadatte in quanto legate ad uno stile di redazione discorsivo e ad un modello di giurisdizione molto personalizzato, agli antipodi della Corte francese<sup>91</sup>.

A proposito della motivazione ampliata, si è sostenuto innanzitutto, che l'*imperatoria brevitatis* delle sentenze della Cassazione francese non sia il prodotto di una scelta estetica o frutto di un particolarismo culturale, ma si tratti di un "indice strutturale di sovranità", poiché la Corte pone in essere un'attività quasi legislativa e, pertanto, non è tenuta a giustificare le proprie decisioni come un giudice<sup>92</sup>. La concisione conferirebbe così maggior autorità alla sentenza e l'introduzione di altre spiegazioni porterebbe ad indebolire tale autorità. L'esposizione dettagliata delle ragioni – anche di natura non giuridica – alla base dell'interpretazione o dell'applicazione della legge, allo stesso modo, renderebbe criticabile, e perciò più fragile, la soluzione adottata<sup>93</sup>. È stato rilevato, inoltre, che le formule abbreviate, caratteristiche delle sentenze della *Cour*, sarebbero più consone all'evoluzione della giurisprudenza e al suo adattamento<sup>94</sup>.

Certamente, fra le sfide di maggior rilievo che comporta l'introduzione della motivazione ampliata, vi è la necessità di dotare la Corte dei mezzi necessari e degli strumenti per la stesura delle decisioni nel rispetto della qualità e in osservanza della ragionevole durata dei processi. In merito, la Commissione di riflessione sulla Corte di Cassazione ha preso da subito in considerazione due diverse soluzioni: introdurre per via legislativa un meccanismo di filtro generale dei ricorsi che permettesse alla Corte di pronunciarsi solo sui ricorsi che avrebbe scelto perché ritenuti più rilevanti<sup>95</sup>, oppure razionalizzare e instaurare à

90 V. CAPASSO, *La motivation enrichie: controtendenze dalla Francia*, in *Rivista di diritto processuale*, 2018, vol. 73, n. 2, p. 539.

91 P. DEUMIER, *Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation?* cit., p. 2022 ss.

92 Per lo sviluppo di tale posizione si veda F. ZÉNATI, *La nature de la Cour de cassation*, in *Bulletin d'Information de la Cour de cassation*, 2003, n. 575.

93 P. DEUMIER, *Repenser la motivation des arrêts*, cit., I, C.

94 J. GHESTIN, *Réflexions sur l'interprétation des arrêts de la Cour de cassation*, in *La Cour de cassation, l'Université et le Droit, Mélanges A. Ponsard*, 2001, 3, p. 181; C. ROBIN, *La langue de la Cour de cassation*, in *Revue de la recherche juridique*, 2001-2, vol. 1, p. 515 ss., spec. p. 530.

95 La *Cour de cassation* già possiede un meccanismo per il vaglio di ammissibilità dei ricorsi, introdotto nel 2001 al fine di ridurre il *workload* e, conseguentemente, i tempi della giustizia, sul modello di un analogo strumento già esistente per il *Conseil d'État*: si tratta della *Procédure d'admission du pourvoi ex art. 1014 del Code de procédure civile* e dell'art. L131-6 del *Code de l'organisation judiciaire*, che si attua mediante un *allègement de la formation juridictionnelle*, che prevede che l'analisi sia svolta da un collegio composto da tre membri anziché dai normali cinque, e di un *allègement des formes procédurales*, secondo la quale la decisione di non accoglimento non dev'essere motivata ma, si potrà fare unicamente riferimento al fatto che, ai sensi della legge, il ricorso non è di natura tale da consentire il processo di revisione.

droit constant un trattamento differenziato dei *pourvois*, sia in materia civile che penale, con la creazione di “circuiti processuali” a funzionamento e formazione variabile, a seconda della complessità o meno e dell’urgenza delle questioni<sup>96</sup>. Di fronte alla problematica generale dell’inflazione del contenzioso, l’introduzione di un filtro di accesso alla giurisdizione dei tribunali superiori può alleggerire il loro carico di lavoro e, limitando l’afflusso a pochi e selezionati casi, è verosimile che le corti possano dedicarsi di più all’analisi di questioni giuridiche rilevanti, che spesso trascendono la fattispecie concreta, e che decidano in modo più ragionato, e dunque più chiaro, fornendo, al contempo, un contributo significativo nella duplice prospettiva di uniforme interpretazione e di sviluppo del diritto<sup>97</sup>. Questo risultato è anche agevolato dal fatto che il minor numero di casi favorisce la conoscenza degli stessi da parte del tribunale, cosa che può ridurre il numero di pronunce contraddittorie e favorire l’unità della giurisprudenza nell’ordinamento<sup>98</sup>.

Tuttavia, è proprio in merito all’introduzione di un *filtrage des pouvoirs* che si riscontrano le critiche più dure alla riforma della Corte di Cassazione: si sostiene, infatti, che l’introduzione di un siffatto meccanismo comporterebbe, come conseguenza, l’eliminazione della garanzia del controllo di legalità delle decisioni in materia civile, soggetta alla discrezionalità della Corte, che si fonda su dei criteri alquanto indefiniti come quelli indicati, snaturando la Corte stessa e avvicinandola ad un modello vicino alla tradizione anglosassone e contraria alla propria cultura e storia nazionali<sup>99</sup>.

La riflessione sul tema si è svolta anche all’esterno della Corte di Cassazione e, il 7 novembre 2019, una commissione incaricata dal Ministero della Giustizia, sotto la guida di H. Nallet ha presentato la propria relazione suggerendo di seguire la seconda soluzione e di adottare un «traitement différencié des pourvois en simplifiant et accélérant le traitement des affaires relevant de la fonction unificatrice et disciplinaire de la Cour de cassation afin de lui permettre de dégager du temps pour mieux assurer son rôle normatif et motiver plus

96 Cfr. SDER, *Document de synthèse du rapport d’étape sur un avant-projet de réforme du filtrage des pourvois devant la Cour de cassation (Version courte)*, maggio 2015 (disponibile all’indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/IMG/10\\_SDER\\_Synthese\\_avant\\_projet\\_0515.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/10_SDER_Synthese_avant_projet_0515.pdf)); e COUR DE CASSATION, *Rapport de la Commission de Réflexion* ecc., cit., pp. 29-31, p. 84 ss.

97 In senso analogo, F. FERRAND, *Missions de la juridiction suprême et intensité du contrôle*, intervento al *Colloque: L’accès au juge de cassation*, 15 giugno 2015, p. 18 (disponibile all’indirizzo web <http://www.legiscompare.fr/site-web/?15-juin-2015-Colloque-L-accés-au&lang=fr>).

98 La letteratura in materia è molto ampia. Si vedano gli altri, A. PINNA, *Filtering Applications, Number of Judgments Delivered and Judicial Discourse by Supreme Courts: Some Thoughts Based on the French Example*, in N. HULS; M. ADAMS; J. BOMHOFF (eds.), *The Legitimacy of Highest Courts’ Rulings. Judicial Deliberations and Beyond*, The Hague, 2009, p. 175 ss.

99 Si veda la lettera-petizione sottoscritta da un’ottantina di professori universitari (B. HAFTEL; L. MAYER, *Pour un accès démocratique à la Cour de cassation*, in *Rec. Dalloz*, 2018, p. 1653 ss.) nonché il comunicato pubblicato dall’Ordine degli *Avocats aux Conseils* (ORDRE DES AVOCATS AU CONSEIL D’ÉTAT ET À LA COUR DE CASSATION, *Communiqué*, 27 marzo 2018).

amplement ses arrêts»<sup>100</sup>. Ripresi i lavori all'interno della *Cour de cassation*, la Commissione sui *Méthodes de travail*<sup>101</sup>, ha avvalorato tale ultima soluzione nella propria Relazione, presentata a giugno 2020, proponendo, nello specifico, l'istituzione di tre circuiti differenti per la gestione dei ricorsi, con l'obiettivo di adeguare i mezzi utilizzati per la risoluzione della controversia in funzione del grado di complessità che essa presenta. Il modello prevede di istituire, all'interno di ciascuna camera, un'unità per l'indirizzamento dei casi a uno dei tre circuiti, prima della loro distribuzione ai consiglieri relatori. Un circuito breve, che permetterà di giudicare rapidamente ricorsi che non richiedono approfondimenti e la cui soluzione è imperativa; un circuito di approfondimento, destinato ad accogliere controversie che pongono nuove questioni di diritto, questioni che si presentano su base ricorrente, questioni d'impatto significativo per i tribunali di merito o questioni che potrebbero portare a un ribaltamento della giurisprudenza. Infine, tutte le attività che non rientrano nel circuito breve o di approfondimento, saranno orientate verso il circuito intermedio<sup>102</sup>.

Tale razionalizzazione del trattamento processuale permetterebbe di riservare un'istruzione maggiormente approfondita e partecipata a determinate categorie di ricorsi, scelti in ragione della propria rilevanza, che sarebbero poi oggetto di sentenze a motivazione ampliata, quando comportino un contributo normativo.

## 5. Osservazioni conclusive

La riforma della tecnica redazionale dei provvedimenti decisori della Corte di Cassazione francese può essere considerata un evento epocale per coloro che s'interessano allo studio del tema dello stile delle sentenze. Ciò, sia per il ruolo tradizionalmente paradigmatico ricoperto per la tematica da quel modello nazionale, sia per le modalità con le quali tale ripensamento è stato progettato e attuato, per iniziativa dello stesso organo giurisdizionale e sulla base di un dibattito aperto anche ad altri operatori giuridici.

Le modifiche approvate, e già in corso di attuazione, presentano evidenti aspetti innovativi e di discontinuità rispetto al modello tipico delle sentenze della Corte. Sono state abbandonate forma ed espressioni emblematiche a favore di uno stile diretto e meno formulare, ed è stata resa possibile l'inclusione,

100 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Direction des affaires civiles et du Sceau, *Rapport «Pour une réforme du pourvoi en cassation en matière civile»*, 30 settembre 2019, p. 10.

101 Sulla costituzione della Commissione e la sua composizione v. l'indirizzo web [https://www.courdecassation.fr/institution\\_1/reforme\\_cour\\_7109/travaux\\_reforme\\_2020\\_9803/rapport\\_methodes\\_travail\\_45167.html](https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/travaux_reforme_2020_9803/rapport_methodes_travail_45167.html).

102 Cfr. COUR DE CASSATION, *Rapport du groupe de travail Méthodes de travail co-présidé par les présidents Pascal Chauvin, Christophe Soulard et Bruno Cathala*, giugno 2020 (disponibile all'indirizzo web <https://www.courdecassation.fr/IMG/GT%20M%C3%A9thodes%20de%20travail%20Rapport.pdf>).

in alcune ipotesi, di elementi aggiuntivi relativi alla descrizione dei fatti, a dati di natura non giuridica, al riferimento a giurisprudenza precedente, tra gli altri. Oltre a rispondere a obiettivi prefissati di maggior chiarezza e leggibilità, tali cambiamenti denotano una nuova concezione del ruolo del giudice, della Corte e dello stesso diritto giudiziale all'interno dell'Ordinamento.

La *Cour de cassation* non sembra essersi arrestata nel proprio percorso di riflessione e di evoluzione, come dimostra la recente costituzione della *Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2020-2030*. In questo ampio processo lo stile delle sentenze può essere ancora oggetto di perfezionamento, ad esempio, attraverso l'armonizzazione della pratica delle varie camere della Corte.



# Strumenti di finanziamento del rischio catastrofale tra politiche pubbliche e ricorso a strumenti di mercato: l'esempio del «Pandemic Emergency Financial Facility»

Lydia Velliscig

SOMMARIO: 1. Note introduttive – 2. Il coordinamento tra settore pubblico e settore privato nella gestione dei rischi catastrofici. – 3. La risposta della Banca Mondiale: il *Pandemic Emergency Financial Facility*. – 4. Il PEF alla prova dei fatti. – 5. Uno sguardo alla riassicurazione e ai *cat bonds*. – 6. Riflessioni conclusive.

## 1. Note introduttive

Nel mese di marzo 2020, all'accennarsi della diffusione su larga scala dell'epidemia da COVID-19, sono state portate all'attenzione pubblica da parte della stampa alcune questioni connesse al funzionamento del «Meccanismo di finanziamento d'emergenza pandemico», più noto come PEF (*Pandemic Emergency Financial Facility*), istituito dalla Banca Mondiale al fine di sostenere economicamente i paesi più poveri in caso di insorgenza di alcune epidemie<sup>1</sup>. Ponendo l'accento soprattutto sulla speculazione del mercato dei capitali, piuttosto che sulle finalità di solidarietà del Meccanismo nei confronti di paesi meno attrezzati

---

1 Per un quadro complessivo: WORLD BANK, *World Bank Group President Calls for New Global Pandemic Emergency Facility*, 10 ottobre 2014, reperibile al seguente link: <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2014/10/10/world-bank-group-president-calls-new-global-pandemic-emergency-facility>; WORLD BANK, *Fact Sheet: Pandemic Emergency Financing Facility*, 20 marzo 2020, reperibile al seguente link: <https://www.worldbank.org/en/topic/pandemics/brief/fact-sheet-pandemic-emergency-financing-facility>; OECD, *Strengthening health systems during a pandemic: The role of development finance*, 2020 reperibile al seguente link: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/strengthening-health-systems-during-a-pandemic-the-role-of-development-finance-f762bf1c/>; L.O. GOSTIN, K.E.O. CATHAOIR, *Lurching from Complacency to Panic in the Fight against Dangerous Microbes: A Blueprint for a Common Secure Future*, 67 Emory L.J. 337, 372 (2017-2018); B. BRIM, C. WENHAM, *Pandemic Emergency Financing Facility: struggling to deliver on its innovative promise*, BMJ 2019; 367:l5719 doi: 10.1136/bmj.l5719 (published 9 October 2019); C.M. PONTECORVO, *La riforma dell'azione internazionale di risposta alle emergenze sanitarie globali all'indomani del 'caso Ebola': "quo vadis"?*, in *Diritti umani e dir. intern.*, 2019, vol. 13, f. 2, pp. 363-391; S.L. ERIKSON, L. JOHNSON, *Will financial innovation transform pandemic response?*, in *Lancet*, 2020, vol. 20, pp. 529-530.

per far fronte alle spese urgenti legate ad emergenze sanitarie, le riflessioni hanno assunto toni deludenti, preferendo radicarsi ad evidenziare l'interesse del mercato dei capitali nei confronti di questa opportunità di investimento offerta dalla Banca Mondiale, piuttosto che illustrarne il funzionamento. Anche quando, a fine aprile 2020<sup>2</sup>, la Banca Mondiale ha reso noto che i requisiti necessari per l'attivazione del Meccanismo erano stati raggiunti e che, pertanto, di lì a breve il PEF avrebbe erogato le somme previste a favore dei paesi più poveri del mondo con casi accertati di COVID-19, il Meccanismo è stato criticato per la scarsa trasparenza del suo funzionamento, per la scarsa tempestività dei finanziamenti erogati e per la loro esiguità. Individuando nell'obiettivo del PEF il tentativo di ridurre le vulnerabilità dei paesi più svantaggiati e la volontà di aiutare tali paesi a governare e fronteggiare le conseguenze dello scoppio di epidemie, si è giunti alla conclusione che questo esperimento sia stato fallimentare<sup>3</sup>.

Il PEF rappresenta una delle esemplificazioni di quei modelli di cooperazione pubblico-privata, volti a coordinare iniziative promosse dal settore pubblico, stati ed organizzazioni internazionali, con finanziamenti provenienti dal settore privato, facendo leva sulla propensione del mercato dei capitali alla diversificazione dei propri investimenti, e ciò al fine di promuovere obiettivi di *public policy*, quale il miglioramento della capacità di pronta reazione ad eventi di ampio impatto da parte dei paesi più svantaggiati.

Posto che, già da qualche tempo, si è registrata la tendenza ad articolare soluzioni istituzionali di gestione dei c.d. rischi estremi, fondate sulla cooperazione tra settore pubblico e quello privato<sup>4</sup>, una adeguata riflessione sul tema appare opportuna per una migliore comprensione di questi strumenti, riflessione che, peraltro, appare come ancora più urgente alla luce delle vicende contingenti. Scopo di questo intervento è, dunque, quello di chiarire la cornice di riferimento entro il quale si colloca il PEF e di tentare di ricondurre a razionalità considerazioni che possono essere state caratterizzate da un certo grado di emotività.

2 Il 17 aprile 2020 l'agente di calcolo indipendente, la AIR Worldwide Corporation, ha verificato e dichiarato che i requisiti necessari all'innescio del Meccanismo sono stati raggiunti. Per un approfondimento, cfr. <https://www.worldbank.org/en/topic/pandemics/brief/fact-sheet-pandemic-emergency-financing-facility>.

3 È sufficiente una rapida scorsa su un qualsiasi motore di ricerca per trovare articoli su stampa nazionale e internazionale a commento del funzionamento del PEF. Per tutti, K. McVEIGH, *World Bank's \$500m pandemic scheme accused of «waiting people to die»*, in *The Guardian*, 28 febbraio 2020, reperibile al seguente link: <https://www.theguardian.com/global-development/2020/feb/28/world-banks-500m-coronavirus-push-too-late-for-poor-countries-experts-say>.

4 Per tutti si veda A. MONTI, *Il danno catastrofale. Strumenti giuridici e modelli istituzionali per la gestione dei rischi estremi*, Pavia, 2012.

## 2. Il coordinamento tra settore pubblico e settore privato nella gestione dei rischi catastrofali

Il primo passo che occorre compiere nella direzione tracciata consiste nel definire la categoria generale dei c.d. rischi estremi, cui farà poi seguito l'individuazione dei tratti caratteristici del rischio pandemico.

I rischi estremi, o rischi catastrofali, sono quei rischi che si contraddistinguono per il fatto che, al loro verificarsi, essi recano danno contemporaneamente ad una pluralità di soggetti giuridici, e le cui conseguenze, non solo in termini di perdite di vite umane, ma anche in termini di perdite economiche e finanziarie, sono tali da alterare il normale funzionamento della comunità colpita.

Riconducibili a tale categoria di rischi sono gli eventi naturali estremi, quali i terremoti e gli uragani, gli eventi direttamente dipendenti da attività umana, quali gli incidenti industriali o gli attacchi terroristici, i cui effetti si producano su una pluralità di soggetti, nonché, evidentemente, una pluralità di eventi estremi, i cui effetti si sommino ampliando ulteriormente le conseguenze dannose<sup>5</sup>.

Quanto alle caratteristiche principali dei rischi estremi, esse sono sintetizzabili in: tendenziale concentrazione spazio-temporale degli effetti dell'avverarsi di un rischio estremo, quale un disastro naturale o antropico, che colpisce un'area geografica più o meno ampia; coinvolgimento di un numero elevato di soggetti danneggiati; conseguenze elevate in termini di perdite economico-finanziarie<sup>6</sup>. Rispetto a questi tratti caratteristici, sommariamente richiamati, il rischio pandemico si contraddistingue per due sue specificità: intanto la pandemia, per sua definizione, non è limitata geograficamente nella sua diffusione, anzi, ha la tendenza a diffondersi ovunque, specie in una società interconnessa come quella a noi contemporanea, come peraltro i fatti che stiamo vivendo dimostrano. Pertanto, il rischio pandemico risente meno della diversificazione geografica rispetto agli altri rischi estremi e determina un accumulo su larga scala di danni provocati, rendendo più complessa la stima delle sue conseguenze. In secondo luogo, le perdite generate dalla pandemia si concretizzano nel tempo, contribuendo a rendere ancora più complessa l'operazione di misurazione di questo rischio. Queste due caratteristiche, che, peraltro, possono essere riscontrabili anche nel verificarsi di altri rischi estremi, rendono però il rischio pandemico difficile da modellare in chiave probabilistica e quindi da gestire<sup>7</sup>.

5 *Ivi*, pp. 5-6.

6 *Ibidem*.

7 Gli assicuratori parlano frequentemente di inassicurabilità del rischio pandemico. Cfr., ad esempio, la dichiarazione resa da Florence Lustman, presidente della *Fédération française de l'Assurance* (FFA): «da pandémie n'est pas assurable parce que finalement, l'assurance c'est la mutualisation et donc ceux qui n'ont pas de sinistre financent les sinistres de ceux qui en ont. En ce moment ce qui se passe c'est que tout le monde a un sinistre au même moment donc [...] les mécanismes de mutualisation ne peuvent pas fonctionner» (<https://www.rtl.fr/actu/debats-societe/coronavirus-le-risque-pandemique-est-par-nature-inassurable-dit-florence-lustman-7800403465>).

Il forte impatto, anche economico e finanziario, che i rischi estremi in generale, e il rischio pandemico in particolare<sup>8</sup>, hanno sulla società, impone di valutare attentamente quali opzioni riferibili alle scelte di loro governo sono percorribili, e di individuare gli strumenti giuridici e i modelli istituzionali più adeguati per migliorare la c.d. resilienza finanziaria al momento del verificarsi di un evento foriero di danni di così ampia portata, tenendo conto, in questa valutazione, anche del ruolo che le istituzioni finanziarie internazionali rivestono nell'assistere i loro paesi membri in questo processo di governo del rischio.

Proprio in considerazione degli esiti "catastrofici" che un rischio estremo può causare, la gestione di questa tipologia di rischi, soprattutto sul fronte della mitigazione delle conseguenze economiche e della capacità di reazione agli eventi, non può essere interamente affidata al settore privato, con ciò intendendo, nello specifico, il mercato assicurativo, riassicurativo e finanziario, né tanto meno rientrare esclusivamente nelle competenze dello stato, dalle finanze pubbliche notoriamente limitate. Così, da qualche tempo, si delineano strategie di gestione dei rischi estremi fondate sulla cooperazione tra settore pubblico e privato, che hanno condotto alla sperimentazione di modelli giuridico-istituzionali di gestione del rischio anche complessi e riconducibili al c.d. «partenariato pubblico-privato» (PPP).

All'indomani del verificarsi di un evento estremo, sia esso una catastrofe naturale, un incidente tecnologico, un attacco terroristico o anche una pandemia, la rapidità con cui risorse economico-finanziarie sono rese disponibili è uno dei fattori chiave per la ripresa. Ecco che, mediante il coinvolgimento del settore privato, i governi hanno a disposizione una varietà di strumenti che consentono loro di "finanziare" la risposta alle catastrofi. Questi strumenti includono: linee di credito contingenti (ossia prestiti a rapida erogazione), prodotti assicurativi parametrici (polizze assicurative che si attivano automaticamente quando vengono soddisfatte determinate condizioni), obbligazioni catastrofali, oltre ai tradizionali strumenti assicurativi e riassicurativi<sup>9</sup>. Trovano così un punto di incontro la necessità dei governi di alleggerire le finanze pubbliche dal peso dei danni catastrofali, con l'interesse che il settore privato ha per la diversificazione degli investimenti.

Nel panorama europeo, il sistema giuridico che ci offre un esempio di modello consolidato di meccanismi istituzionali di gestione del rischio catastrofale fondati sul c.d. partenariato pubblico-privato è quello francese, al quale pare opportuno quindi rivolgersi, per meglio comprendere il meccanismo di cooperazione di cui stiamo parlando.

---

8 Per una efficace sintesi delle conseguenze correlate ad un evento pandemico cfr. EUROPEAN ACTUARIAL CONSULTATIVE GROUP, *Actuarial reflections on pandemic risk and its consequences*, 2006, reperibile al link [https://actuary.eu/documents/pandemics\\_web.pdf](https://actuary.eu/documents/pandemics_web.pdf).

9 Vedi ancora A. MONTI, *op. cit.*, p. 27 ss.

Sinteticamente, con riferimento ai rischi catastrofali di origine naturale, il sistema francese ha istituito il sistema c.d. Cat-Nat (*catastrophes naturelles*)<sup>10</sup>, il quale prevede il coordinamento tra tre attori principali: gli assicuratori, la *Caisse Centrale de Réassurance* (CCR), che è una impresa di riassicurazione a partecipazione pubblica<sup>11</sup>, e infine lo Stato<sup>12</sup>. Il sistema si fonda, da un lato, sulla semi-obbligatorietà delle coperture assicurative individuali, posto che l'art. L125-1 del *Code des Assurances* francese<sup>13</sup> prevede l'estensione obbligatoria della copertura delle polizze incendio e altri danni ai beni, commercializzati dagli assicuratori su base volontaria, al rischio da catastrofe naturale, a fronte di un supplemento di premio fissato dalla legge, prevedendo, altresì, la nullità di eventuali clausole di esclusione o limitazione di tale rischio. L'autonomia privata degli assicuratori viene quindi limitata imponendo loro l'estensione obbligatoria della copertura anche ai rischi catastrofali di origine naturale. Questo obbligo, imposto agli assicuratori, viene controbilanciato da un deciso intervento pubblico nella forma della riassicurazione: la *Caisse*, infatti, offre copertura riassicurativa dei rischi di catastrofe naturale, con garanzia illimitata da parte dello Stato<sup>14</sup>. Con ciò viene assicurata la solvibilità del sistema così congegnato.

Il modello francese di gestione dei rischi catastrofali di origine naturale costituisce una delle possibili esemplificazioni di modelli di gestione del rischio fondati sul coordinamento tra risorse pubbliche e risorse private, ove, per giungere ad un preciso obiettivo di *public policy*, ossia compensare con rapidità i danni

10 Il sistema è stato istituito nel 1982 dalla Loi n° 82-600 del 13 luglio 1982. Per maggiori informazioni cfr. il seguente link: <https://catastrophes-naturelles.ccr.fr/> e Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2017, p. 28 ss.

11 Cfr. <https://www.ccr.fr/accueil> e CCR, *Les Catastrophes Naturelles en France: Natural Disasters in France*, 2005, pp. 19, 24-26.

12 Per un approfondimento: N. DE MARCELLIS-WARRIN, E. MICHEL-KERJAN, *The Public-Private Sector Risk-Sharing in the French Insurance "Cat. Nat. System"*, 2001; OECD, *Catastrophic Risks and insurance*, 2005, p. 293 ss.; A. MONTI, *op. cit.*, p. 65 ss.; Y. PAUDEL, *A Comparative Study of Public – Private Catastrophe Insurance Systems: Lessons from Current Practices*, in *The Geneva Papers on Risk and Insurance. Issues and Practice*, Vol. 37, No. 2, 2012, pp. 257-285; D. CERINI, *Assicurazioni contro i rischi di catastrofi naturali: profilature italiane dopo il "Green Paper" UE*, in *Diritto e fiscalità dell'assicurazione*, 2013, f. 4, pp. 460-477; N. VARDI, *L'assicurabilità dei rischi da catastrofe*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, f. 3, pp. 337-354; B. BARRAQUÉ, A. MOATTY, *The French Cat' Nat' system: post-flood recovery and resilience issues*, in *Environmental Hazards*, 2020, Vol. 19, 3, published Online: 11 Dec 2019; R. CESARI, L. D'AURIZIO, *Calamità naturali e coperture assicurative: valutazione dei rischi e policy options per il caso italiano*, IVASS, Quaderno n. 13, luglio 2019 (aggiornato a Febbraio 2020), p. 21 ss.

13 Art. L125-1 *Code Ass.*: «Les contrats d'assurance, souscrits par toute personne physique ou morale autre que l'Etat et garantissant les dommages d'incendie ou tous autres dommages à des biens situés en France, ainsi que les dommages aux corps de véhicules terrestres à moteur, ouvrent droit à la garantie de l'assuré contre les effets des catastrophes naturelles, dont ceux des affaissements de terrain dus à des cavités souterraines et à des marnières sur les biens faisant l'objet de tels contrats».

14 Si noti che gli assicuratori non sono obbligati a rivolgersi alla *Caisse*, tuttavia la protezione senza limite che lo Stato offre si traduce di fatto in assenza di concorrenza per la *Caisse* stessa.

causati da eventi catastrofici e consentire più in generale una rapida risposta agli eventi, il settore pubblico coinvolge il settore privato, anche etero-regolamentandone gli strumenti privatistici in uso<sup>15</sup>.

### 3. La risposta della Banca Mondiale: il *Pandemic Emergency Financial Facility*

Da qualche tempo, anche le istituzioni finanziarie internazionali (le c.d. IFIs<sup>16</sup>), collocando le proprie azioni all'interno delle varie Agende internazionali che si prefiggono, tra i vari obiettivi di sostenibilità<sup>17</sup>, anche quello di consentire ai paesi in via di sviluppo di poter disporre di risorse liquide necessarie a fronteggiare nell'immediato l'impatto anche finanziario che segue il verificarsi di un evento estremo, hanno iniziato ad impiegare strumenti innovativi di gestione finanziaria del rischio, messi a disposizione dal mercato dei capitali<sup>18</sup>.

15 Il 27 aprile 2020 il Ministro dell'Economia e delle Finanze francese, Bruno Le Maire, ha costituito un gruppo di lavoro, costituito da parlamentari, rappresentanti delle imprese commerciali, delle imprese di assicurazione e di riassicurazione, dei distributori assicurativi e degli attuari, con lo scopo di analizzare le possibili strategie di gestione di rischi eccezionali e proporre delle soluzioni. Tra le proposte, si segnala quella che prevede l'istituzione di un sistema fondato sul partenariato pubblico-privato, denominato «Catex» (*catastrophe exceptionnelle*). Per maggiori informazioni si rimanda al seguente link: <https://www.ffa-assurance.fr/actualites/la-federation-francaise-de-assurance-presente-sa-contribution-au-debat-sur-la-creation-un>. Si noti che, nei mesi successivi allo scoppio della pandemia, anche in altri ordinamenti sono state avanzate proposte di istituire meccanismi fondati sulla cooperazione tra pubblico e privato. Ad esempio, negli Stati Uniti è stata proposta l'approvazione del *Pandemic Risk Insurance Act* (PRIA), presentato nel mese di maggio 2020, che prevede il coinvolgimento finanziario anche del governo federale al fine di limitare l'esposizione finanziaria delle imprese di assicurazione (<https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/7011>); in Germania l'associazione delle imprese di assicurazione ha auspicato un intervento coordinato tra pubblico e privato per istituire un meccanismo di protezione dagli effetti di futuri eventi pandemici (cfr. GDV, *Green paper. Supporting the economy to better cope with the consequences of future pandemic events*, giugno 2020, reperibile al link <https://www.en.gdv.de/resource/blob/59854/079826b589006ed3bd4fc7a09e64cf1a/pandemiefonds-vorschlag-download-green-paper-data.pdf>).

16 Sono riconducibili alla categoria delle *International Financial Institutions*, oltre la *World Bank*, anche, ad esempio, la *Asian Development Bank* (ADB) o la *European Bank for Reconstruction and Development* (EBRD).

17 Si veda, ad esempio, la «2030 Agenda for Sustainable Development» delle Nazioni Unite (maggiori informazioni reperibili al seguente link: <https://sdgs.un.org/goals>) o il «Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030», approvato dall'Assemblea generale dell'ONU a seguito della Terza Conferenza mondiale dell'ONU dedicata al tema della riduzione del rischio di catastrofi e tenutasi nel 2015 (per maggiori informazioni si veda il sito dello *United Nations Office for Disaster Risk Reduction* al seguente link: <https://www.undrr.org/>).

18 Sulla importanza di sviluppare strategie efficaci per la gestione del rischio di catastrofi e, nello specifico, anche strategie per la gestione finanziaria dei rischi di disastro, cfr.: G20/OECD, *Methodological Framework on Disaster Risk Assessment and Risk Financing*, 2012; OECD, *Disaster*

Esemplificazione di questa tendenza di coinvolgere il settore privato nel perseguimento di *public policies*, quali la tutela della salute pubblica<sup>19</sup>, o più in generale obiettivi umanitari<sup>20</sup>, è appunto il PEF<sup>21</sup>, costituito in seno alla Banca Mondiale, nel mese di marzo del 2016, e reso operativo, poi, nel mese di luglio del 2017, con lo scopo di mettere a disposizione risorse finanziarie per quei paesi che non hanno le stesse “reti di sicurezza finanziarie” dei paesi più sviluppati.

Spunto per l'inaugurazione di questo Meccanismo è stata la crisi epidemica di Ebola, scoppiata nel periodo 2014 – 2016 in Africa occidentale, in occasione della quale si è presa coscienza del fatto che la difficoltà nel reperire rapidamente fondi presso donatori internazionali è stata una delle cause che ha concorso alla rapida diffusione dell'epidemia stessa<sup>22</sup>. La comunità internazionale ha quindi cercato nuove vie che consentissero aiuti maggiormente tempestivi ai paesi più vulnerabili, nel tentativo di aumentarne la capacità di risposta finanziaria<sup>23</sup>. La strada scelta è stata quella di sperimentare un modello di partenariato pubblico-privato, fondato sull'utilizzo di strumenti finanziari innovativi per la gestione finanziaria del rischio pandemico, con lo scopo di rilasciare rapidamente risorse iniziali, nell'attesa che ulteriori risorse vengano poi reperite.

Sviluppato con il sostegno di paesi donatori, in particolare Giappone e Germania, e dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, e reso operativo anche con il supporto dei riassicuratori Swiss Re e Munich Re, e del broker GC Securities, il PEF è stato istituito proprio con lo scopo di mitigare le conseguenze socio-economiche di eventuali epidemie causate da alcuni specifici virus, rendendo rapidamente disponibili risorse finanziarie per consentire ai paesi

---

*Risk Financing: A global survey of practices and challenges*, 2015; OECD, *Recommendation on Disaster Risk Financing Strategies*, 2017.

- 19 Si noti che nel 2005 196 paesi, tra cui tutti quelli membri dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, hanno approvato le *International Health Regulations*, volte ad indirizzare i paesi verso il rafforzamento della loro capacità di intervento nella gestione di eventi di sanità pubblica. Per maggiori informazioni cfr. il seguente link: <https://www.who.int/ihr/about/en/>. Si vedano anche le osservazioni di M. BROBERG, *A Critical Appraisal of the World Health Organization's International Health Regulations (2005) in Times of Pandemic: It Is Time for Revision*, in *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 11, Special Issue 2, June 2020, pp. 202-209.
- 20 Tra i progetti promossi dalla Banca Mondiale, cfr. anche il «Famine Action Mechanism» o FAM, progetto al quale partecipano, da un lato, Banca Mondiale, alcune agenzie delle Nazioni Unite e il Comitato Internazionale della Croce Rossa, dall'altro, anche alcune tra le principali aziende del settore tecnologico, al fine di sviluppare strumenti di natura parametrica da porre al servizio di obiettivi umanitari. Maggiori informazioni al seguente link: <https://www.worldbank.org/en/programs/famine-early-action-mechanism->.
- 21 Cfr. <https://www.worldbank.org/en/topic/pandemics/brief/pandemic-emergency-facility-frequently-asked-questions>.
- 22 Vedi, ad esempio, L.O. GOSTIN, E. FRIEDMAN, *Ebola: A Crisis in Global Health Leadership*, in *Lancet*, 2014, vol. 384, pp. 1323-1325; D.L. HEYMANN et al., *Global health security: the wider lessons from the west African Ebola virus disease epidemic*, in *Lancet*, 2015, vol. 385, pp. 1884-1901.
- 23 Cfr. INTERNATIONAL WORKING GROUP ON FINANCING PREPAREDNESS, *From Panic and Neglect to Investing in Health Security: Financing Pandemic Preparedness at a National Level*, 2017.

più vulnerabili di organizzare una pronta risposta ai focolai di malattie infettive, contenendone la diffusione<sup>24</sup>. Quale esempio di cooperazione tra settore pubblico e quello privato, il PEF è alimentato da contributi volontari dei paesi donatori e di alcune organizzazioni internazionali, cui però si affiancano anche investimenti operati dal mercato dei capitali<sup>25</sup>, aventi lo scopo di accrescere i fondi disponibili da liquidare prontamente in caso di emergenza di speciale entità<sup>26</sup>.

Possono richiedere l'intervento del PEF quei paesi considerati più vulnerabili secondo una classifica stilata dall'*International Development Association* o IDA<sup>27</sup>. Possono poi chiedere accesso ai fondi del PEF anche le organizzazioni internazionali e le ONG impegnate in attività di risposta nei paesi colpiti dalle epidemie. I fondi resi disponibili sono sovvenzioni e non devono essere restituiti dai paesi beneficiari.

Dal punto di vista operativo, il PEF poggia su due “sportelli”: la *cash window* e l'*insurance window*, le quali sono indipendenti l'una dall'altra e sono state ideate per fronteggiare scenari diversi<sup>28</sup>.

La c.d. *cash window* è alimentata da contributi volontari da parte di *donors* internazionali ed è stata ideata con lo scopo di fornire rapidamente sovvenzioni a paesi che si trovino in difficoltà. Copre tutte le malattie coperte dallo sportello assicurativo, nonché altre malattie infettive causate da agenti patogeni che non sono già trasmesse per via endemica all'interno della popolazione umana, quando l'epidemia non è grave a sufficienza per determinare l'attivazione dell'*insurance window*. La decisione sui pagamenti da effettuare viene presa dallo *Steering Body* del PEF.

La c.d. *insurance window*, invece, è stata ideata per offrire copertura in caso di epidemie su larga scala causate da sei virus, ossia il nuovo virus pandemico

24 Al fine di un rapido reperimento di finanziamenti della comunità internazionale, si segnala che anche l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha costituito il *Contingency Fund for Emergency*. Per maggiori informazioni, si rinvia al seguente link: <https://www.who.int/emergencies/funding/contingency-fund-for-emergencies>.

25 Per un inquadramento del tema cfr. OECD, *A Calculated Risk. How Donors Should Engage with Risk Financing and Transfer Mechanisms*, 2014.

26 Cfr. <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2016/05/21/world-bank-group-launches-groundbreaking-financing-facility-to-protect-poorest-countries-against-pandemics>. Vedi anche F. STEIN et al., *Health as a “global public good”: creating a market for pandemic risk*, in *BMJ*, 2017, p. 358.

27 L'IDA è un'istituzione della Banca Mondiale che ha lo scopo di fornire sostegno ai paesi più poveri del mondo. Cfr. il link: <https://ida.worldbank.org/>. Per la classifica dei paesi più vulnerabili stilata da IDA si veda invece il seguente link: <https://ida.worldbank.org/about/borrowing-countries>.

28 Si noti che nel 2019 il PEF ha reso noto che, per il triennio 2017-2020, la *cash window* aveva una disponibilità di pagamento pari a 50 milioni di dollari, l'*insurance window* era invece in grado di effettuare pagamenti fino all'importo di 425 milioni di dollari. Cfr. PEF, *Operational Brief for Eligible Countries*, February 2019 reperibile al seguente link: <http://pubdocs.worldbank.org/en/134541557247094502/PEF-Operational-Brief-Feb2019.pdf>.

dell'influenza A, i Coronaviridae (come SARS, MERS e il COVID-19), i Filoviridae (come Ebola e Marburg), infine altre malattie zoonotiche (quali febbre emorragica Crimea-Congo, febbre della Rift Valley, febbre di Lassa), ed è fondata su un meccanismo parametrico che richiede il raggiungimento di alcune soglie predeterminate per consentire il rilascio di fondi<sup>29</sup>. Questo secondo sportello ha, dunque, come scopo quello di mettere a disposizione fondi aggiuntivi, nel caso di peggioramento di alcune specifiche epidemie.

La peculiarità dell'*insurance window* consiste nel fatto che questo secondo sportello fonda la propria operatività sulla raccolta di investimenti da parte del mercato dei capitali tramite l'emissione di *pandemic risk-linked swaps*<sup>30</sup> e dei primi<sup>31</sup> *pandemic bonds*<sup>32</sup>, ossia di strumenti finanziari adatti ad individuare meccanismi di natura aleatoria che, in qualche misura, "mimino" l'assicurazione, senza avere le caratteristiche di raccolta di rischi in portafoglio<sup>33</sup>. In particolare, il PEF ha collocato due categorie di titoli d'investimento, aventi scadenza luglio 2020, con un diverso grado di ritorno economico: la c.d. classe A, a minor rischio, con interessi del 6,5%, maggiorati del tasso Libor in dollari a sei mesi, e la c.d. la classe B, più rischiosa, con interessi al 11,1%, sempre con identica maggiorazione. Gli investitori incassano i rendimenti e, alla scadenza, ottengono il rimborso

29 Per approfondimenti sul funzionamento del PEF, si rinvia all'*Operations Manual* (September 2017) del PEF, reperibile al seguente link: <http://pubdocs.worldbank.org/en/168391509719305386/PEF-Operations-Manual-September-13-2017.pdf>.

30 Gli *swaps* sono contratti finanziari che determinano per un importo fisso un importo variabile che dipende dal verificarsi di determinate circostanze. Per un approfondimento, vedi almeno D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Quaderno di Banca Borsa e titoli di credito, 2014; ID., *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di "swap"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, f. 4, pp. 1096-1124; M. BARCELLONA, *I derivati e la circolazione della ricchezza: tra ragione sistemica e realismo interpretativo* (Relazione al Convegno «Il contratto come programma di flussi finanziari. Dagli "swap" ai PRIIPs», Brescia, 27 aprile 2018), in *Europa e diritto privato*, 2018, f. 4, pp. 1097-1127.

31 Cfr. BANCA MONDIALE, *Annual Report*, 2016, p. 18: «Through the PEF, the World Bank will issue the first pandemic bonds and create a new market for pandemic risk insurance».

32 Il *Pandemic Emergency Financing Facility Framework*, all'art. 1, lett. o), definisce i *pandemic bonds* come «any catastrophe bond issued or to be issued by the Treasury Manager, under which agreed-upon payout(s) will be made available to the Treasury Manager through a reduction of principal amount of the bond due to the bondholders, upon meeting the Activation Criteria», ossia quei requisiti che devono essere soddisfatti «to activate a payout under a Pandemic Insurance or a reduction of principal under a Pandemic Bond». Più in generale, sui *cat bonds* quali strumenti di finanziamento del rischio vedi M. NELL, A. RICHTER, *Improving risk allocation through cat bonds*, in *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 2004, vol. 29, pp. 183-201.

33 Ancora, nel *Pandemic Emergency Financing Facility Framework*, si legge che gli obiettivi perseguiti tramite il collocamento di meccanismi innovativi di finanziamento del rischio sono i seguenti due: «(a) make available surge financing to key responders, including governments, multilateral agencies and civil society organizations, to respond to an outbreak with pandemic potential and to minimize its health and economic consequences; and (b) help catalyze the creation of a global market for pandemic insurance instruments by drawing on resources from insurance, bonds and/or other private sector financial instruments».

del capitale inizialmente versato, a meno che un evento epidemico, causato da una delle categorie di virus individuate, raggiunga i livelli di diffusione predefiniti; in tal caso, gli investitori appartenenti alla classe A perdono il 16,67% di quanto versato, quelli appartenenti alla classe B, invece, l'intero capitale<sup>34</sup>. I criteri di attivazione (il c.d. *trigger event*) sono parametrici<sup>35</sup> e si misurano in termini di dimensione dell'epidemia (numero di contagi o di decessi), di diffusione (numero di paesi colpiti) e di crescita (rispetto ad un determinato periodo di tempo). Spetta, infine, ad un agente di calcolo indipendente, la AIR Worldwide Corporation, valutare se tali criteri vengono soddisfatti.

L'*insurance window* funziona, dunque, proprio come un meccanismo assicurativo: in caso di scoppio di un'epidemia che risponda a determinate condizioni (evento assicurato), gli investitori privati, attraverso la sottoscrizione di obbligazioni, si impegnano a fornire aiuti economici alle condizioni prefissate (gli assicuratori), in cambio del pagamento di cedole (l'equivalente di un premio) finanziate da *donors* (Banca Mondiale, Giappone, Germania e Australia – gli assicurati). Qualora l'evento non si verifichi entro il termine prefissato, gli investitori ottengono la restituzione del capitale investito.

Questi strumenti finanziari, che “mimano” lo strumento assicurativo, non sono, dunque, altro che obbligazioni con cedole ad alto rendimento, le quali consentono al mercato dei capitali di disporre di un ulteriore strumento di investimento avente carattere puramente speculativo, ma con bassa correlazione con i rischi del mercato, e alla Banca Mondiale di poter disporre di fondi aggiuntivi, oltre ai contributi volontari, per fronteggiare i disastri sanitari nei paesi più vulnerabili.

Delineata, per sommi capi, la struttura del PEF, pare ora opportuno valutare il funzionamento dell'*insurance window* alla prova dei fatti.

#### 4. Il PEF alla prova dei fatti

Dal 2018 al 2020, una nuova epidemia di Ebola (la decima) è scoppiata nella Repubblica Democratica del Congo<sup>36</sup>. Nonostante la gravità della situazione epidemiologica, non tutti i requisiti necessari per l'attivazione dello sportello

34 I termini e le condizioni di riepilogo delle obbligazioni sono reperibili al seguente link: <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2017/06/28/world-bank-launches-first-ever-pandemic-bonds-to-support-500-million-pandemic-emergency-financing-facility>. Si segnala l'approfondimento di L. ALBANESE, *Pandemic bonds: una scommessa (fallimentare) sul diffondersi della pandemia*, in *Diritto del risparmio*, 2020 reperibile al link: <https://www.dirittodelrisparmio.it/2020/04/01/pandemic-bonds-una-scommessa-fallimentare-sul-diffondersi-della-pandemia/>.

35 Semplificando, per innesco parametrico si intende che l'indennizzo scatta automaticamente al maturarsi di determinati parametri prestabiliti, prescindendo dall'accertamento del danno.

36 Cfr. <https://www.who.int/news/item/25-06-2020-10th-ebola-outbreak-in-the-democratic-republic-of-the-congo-declared-over-vigilance-against-flare-ups-and-support-for-survivors-must-continue>.

assicurativo sono stati raggiunti, e il PEF non ha erogato alcuna sovvenzione tramite l'*insurance window*<sup>37</sup>. Il PEF ha invece erogato 61,4 milioni di dollari tramite lo sportello cassa<sup>38</sup>.

Con riferimento alla corrente pandemia da COVID-19, invece, si segnala che, il 17 aprile 2020, la AIR Worldwide Corp. ha reso noto che anche l'ultimo requisito per l'attivazione dell'*insurance window*, secondo le condizioni previste nei contratti, è stato raggiunto il 31 marzo 2020. Di conseguenza, il 27 aprile 2020, l'organo direttivo del PEF ha annunciato che i *pandemic bonds* e gli *swaps* avrebbero consentito, tramite l'*insurance window*, lo stanziamento di 195,84 milioni di dollari a 64 tra i paesi più vulnerabili con casi segnalati di COVID-19, a fronte dei 107,2 milioni di dollari pagati in cedole agli investitori da parte dei *donors* (il corrispettivo di quello che è il premio in un contratto d'assicurazione)<sup>39</sup>.

In entrambi i casi ora presentati, il meccanismo assicurativo sotteso al PEF è stato oggetto di critica.

Con riferimento all'epidemia di Ebola in Congo, le maggiori critiche si sono appuntate sul meccanismo parametrico e sul fatto che i requisiti per l'attivazione dell'*insurance window* fossero troppo stringenti e, quindi, non funzionali a consentire ai paesi più vulnerabili di ottenere effettivamente sovvenzioni utili a contenere il dilagare dell'epidemia. Inevitabilmente, è stato sottolineato che se i *donors* avessero impiegato i propri contributi, anziché per remunerare gli investitori, per aiutare direttamente i paesi colpiti dall'epidemia di Ebola, la risposta all'epidemia sarebbe stata più efficace.

La calibrazione del meccanismo parametrico è stata criticata, però, anche con riferimento alla pandemia da COVID-19. Benché si siano verificate tutte le condizioni predeterminate necessarie affinché l'*insurance window* effettuasse i pagamenti, è stato evidenziato che l'eccessiva rigidità dei requisiti e la complessità della struttura contrattuale degli strumenti finanziari adottati, hanno avuto come conseguenza quella di dilatare i tempi di reazione, in quanto si è dovuto attendere una diffusione quasi a livello globale, e allarmanti livelli di contagio, perché il meccanismo fosse innescato, nonché la valutazione dell'agente

37 O. JONAS, *Pandemic Bond: Designed to Fail in Ebola*, in *Nature*, 2019, vol. 572, p. 285; L. GARRETT, *The World Bank Has the Money to Fight Ebola but Won't Use It*, in *Foreign Policy*, 22 luglio 2019.

38 «The cash window has been operational since mid-2018 and (as of August 2019) has allocated USD61.4 million in response to the DRC Ebola outbreaks». Cfr. WORLD BANK, *Pandemic Preparedness Financing – Status Update*, September 2019, p. 9.

39 Cfr. Banca Mondiale, *Fact Sheet: Pandemic Emergency Financing Facility*, 27 aprile 2020 consultabile al seguente link: <https://www.worldbank.org/en/topic/pandemics/brief/fact-sheet-pandemic-emergency-financing-facility>. Vedi anche S. EVANS, *World Bank pandemic bonds & swaps triggered, will pay out \$195,84m*, in *Artemis*, 17 April 2020, reperibile al seguente link: <https://www.artemis.bm/news/world-bank-pandemic-bonds-swaps-triggered-will-pay-out-195-84m/>.

di calcolo, vanificando così lo scopo delle sovvenzioni del PEF, ossia quello di servire da “pronto intervento”<sup>40</sup>.

Un limite alla struttura dello sportello assicurativo è stato, infine, rinvenuto anche nel fatto che il PEF e la Banca Mondiale non hanno l'autorità di intervenire per rilasciare comunque sovvenzioni, pertanto il meccanismo peccherebbe di flessibilità<sup>41</sup>. In realtà, sul punto occorre sottolineare che le decisioni circa l'attivazione del meccanismo assicurativo spettano ad un agente di calcolo indipendente, perché così stabiliscono le clausole contrattuali, e i criteri di attivazione del meccanismo sono predeterminati, senza che alcun grado di discrezionalità possa influenzare l'esito dell'operazione economica<sup>42</sup>.

Non solo la tardività, ma anche l'esiguità delle somme alla fine rese disponibili ai paesi destinatari delle sovvenzioni, hanno fatto in modo che l'attenzione si posasse più sull'alto rendimento delle cedole, e, quindi, sul fatto che il meccanismo abbia favorito il mercato dei capitali, piuttosto che sul fatto che l'importo reso disponibile (195,84 milioni di dollari) è maggiore rispetto alle contribuzioni dei *donors* (107,2 milioni di dollari)<sup>43</sup>.

L'esito di tali vicende e critiche è stato che la Banca Mondiale, che aveva inaugurato un tavolo di lavoro volto a perfezionare l'uso di queste “forme di leva” sul mercato dei capitali, nella direzione di sviluppare il PEF 2.0<sup>44</sup>, ha

40 «The PEF is a facility to finance surge response». Cfr. PEF, *Operational Brief for Eligible Countries*, febbraio 2019, p. 4.

41 In questo senso spunti interessanti provengono dall'analisi del funzionamento dell'*African Risk Capacity* (ARC) un *pool* che offre soluzioni assicurative parametriche per la copertura dei rischi sovrani legati ad eventi meteorologici estremi (per un approfondimento cfr. <https://www.africanriskcapacity.org/>). A seguito della siccità che ha colpito il Malawi nel 2016, la calibrazione dei parametri su cui si basava la copertura assicurativa è stata messa in discussione e le forti critiche hanno indotto l'ARC e il suo *board* ad effettuare comunque un pagamento di 8,1 milioni di dollari a favore del governo del Malawi. Sul punto cfr. <https://www.africanriskcapacity.org/2016/11/14/press-release-malawi-to-receive-usd-8m-insurance-payout-to-support-drought-affected-families/>. Per un approfondimento vedi anche D.J. CLARKE, *Cost-benefit analysis of the African Risk Capacity Facility: Malawi Country case study*, 2017 (reperibile al seguente link: <https://www.africanriskcapacity.org/wp-content/uploads/2017/09/Malawi-Country-Case-Study.pdf>) e J. REEVES, *The wrong model for resilience: How G7-backed drought insurance failed Malawi, and what we must learn from it*, Actionaid publications, 2017.

42 Cfr. S.L. ERIKSON, L. JOHNSON, *op. cit.*, 529-530; *contra* L. GARRETT, *op. cit.*

43 Tra gli articoli della stampa dedicati a questo argomento, cfr. F. MASSARO, «Pandemic Bond», *gli investitori che scommettono sul Coronavirus*, su *Il Corriere*, 9 marzo 2020; P. PARONETTO, *Clauseole pronte a scattare su 320 milioni di dollari di “pandemic bond”*, su *IlSole24ore*, 11 marzo 2020; D. MALCANGI, *I pandemic bonds: perché c'è chi scommette sulle pandemie*, su *Euronews*, 12 marzo 2020; V. PULEDDA, *Pandemic bond, la dichiarazione dell'Oms mette a rischio i rimborsi*, su *La Repubblica*, 13 marzo 2020.

44 WORLD BANK, *Selection of Expert Risk Modeling Engagement for PEF 2.0*, Press release, April 2019, reperibile al seguente link: <https://www.worldbank.org/en/news/statement/2019/04/08/selection-of-expert-risk-modeling-engagement-for-pef-20>.

abbandonato questi intenti e ha deciso di non effettuare una nuova emissione di titoli<sup>45</sup>.

Alla luce di tutto ciò, pare opportuno identificare, in termini generali, alcuni profili di particolare rilevanza, che dovrebbero poi, in altre sedi, essere indagati in profondità.

## 5. Uno sguardo alla riassicurazione e ai *cat bonds*

La domanda che occorre porsi è la seguente: il problema risiede nella cartolarizzazione e, nello specifico, nell'uso dei *pandemic bonds*, ossia, in definitiva, nella struttura che il mercato finanziario ha elaborato per raccogliere capitali da investire nella copertura del rischio pandemico o, piuttosto, nella calibrazione del c.d. *trigger event* che consente l'attivazione di questo meccanismo assicurativo?

Sofferinarsi sull'analisi del funzionamento e dello scopo di questo meccanismo da un punto di vista tecnico-giuridico, diviene allora interessante, perché un problema di comprensione su funzionamento e scopo di questo meccanismo, si può tradurre in accuse al meccanismo stesso. E se il problema non è l'utilità della cartolarizzazione, quanto, piuttosto, la sua calibrazione, un fraintendimento sul funzionamento di uno strumento di mercato può diventare particolarmente rilevante quando lo stesso strumento di mercato è volto al raggiungimento di politiche pubbliche, rispetto alle quali, chiaramente, possono sorgere parecchie discussioni<sup>46</sup>.

Si cominci allora con l'osservare che i *pandemic bonds* sono riconducibili alla categoria dei titoli obbligazionari denominati *catastrophe bonds*, meglio noti come *cat bonds*, cui si fa ampio ricorso per la copertura di eventi catastrofali di straordinaria intensità<sup>47</sup>. Anzi, proprio la copertura e la cartolarizzazione del rischio catastrofale di origine naturale tramite i *cat bonds*, costituiscono l'esempio di una tecnica innovativa nella gestione del rischio che ha consentito il trasferimento di questi rischi al mercato dei capitali, funzionale alla limitazione dell'esposizione finanziaria dei soggetti esposti ai rischi estremi e alla protezione della solidità del mercato assicurativo e riassicurativo<sup>48</sup>.

45 C. HODGSON, *World Bank ditches second round of pandemic bonds*, in *Financial Times*, 5 luglio 2020 reperibile al seguente link: <https://www.ft.com/content/949adc20-5303-494b-9cf1-4eb4c8b6aa6b>.

46 Sull'impatto dei danni catastrofali su bilanci pubblici, cfr. OECD, *Managing Disaster-Related Contingent Liabilities in Public Finance Frameworks*, 2017.

47 Cfr. G. VALLISNERI, *I nuovi strumenti per il finanziamento dei rischi catastrofali*, in *Dir. econ. ass.*, 1999, f. 2-3, pp. 601 – 635; C. RUCCELLAI, *Cartolarizzazione del rischio assicurativo*, in *Dir. econ. ass.*, 2003, f. 3-4, pp. 781 – 787; S. LANDINI, G. MARACCHI (a cura di), *Cambiamenti climatici, catastrofi ambientali e assicurazione*, Cesifin online, 2012.

48 In generale, K.A. FROOT, *The Evolving Market for Catastrophic Event Risk*, in *Risk Management and Insurance Review*, 1999, vol.2, no. 3, pp. 1-28; OECD, *Risk Awareness, Capital Markets and Catastrophic Risks*, 2011; M. EDESESS, *Catastrophe Bonds: An Important New Financial Instrument*,

Queste emissioni obbligazionarie sono nate negli Stati Uniti nei primi anni 90 dello scorso secolo<sup>49</sup>, allo scopo di trasferire il rischio di eventi catastrofici naturali verso i mercati finanziari, nel tentativo di beneficiare della loro capacità finanziaria e di superare le ricorrenti contrazioni del mercato assicurativo e riassicurativo. Da lì, poi, si sono diffusi, attirando l'attenzione dei mercati finanziari globali e di quella dei paesi in via di sviluppo<sup>50</sup>.

Nella forma base, queste emissioni obbligazionarie prevedono che la restituzione del capitale a scadenza sia condizionata al verificarsi o meno dell'evento catastrofico coperto, e la remunerazione del capitale investito può avvenire a scadenza, oppure mediante la corresponsione di cedole periodiche. Questi *bonds* consentono, quindi, agli investitori di operare una diversificazione degli investimenti, posto che l'evento dedotto in obbligazione consiste nel verificarsi di un evento catastrofico che ha una bassa correlazione con i rischi tipici del mercato dei capitali; componendosi poi l'investimento di cedole ad alto rendimento, era inevitabile che la cartolarizzazione del rischio catastrofico diventasse oggetto di speculazione finanziaria<sup>51</sup>.

La spinta verso questi nuovi strumenti di distribuzione del rischio sul mercato dei capitali è venuta, in prima battuta, dalle imprese di assicurazione e di riassicurazione che, per fronteggiare la riduzione dell'offerta di riassicurazione non proporzionale, hanno cercato un'alternativa che consentisse loro di trasferire i

---

EDHEC working paper, 2014; J. DAVID CUMMINS, *CAT Bonds and Other Risk-Linked Securities: State of the Market and Recent Developments*, in *Risk Management and Insurance Review*, 2008, vol. 11, pp. 23-47.

49 Cfr. la ricostruzione di A. POLACEK, *Catastrophe Bonds: A Primer and Retrospective*, Chicago Fed Letter, Federal Reserve Bank of Chicago, 2018. In particolare l'occasione che ha portato ad ideare i primi *cat bonds* è stata il succedersi di due eventi catastrofici di ingenti proporzioni negli Stati Uniti, l'uragano Andrew del 1992 e il terremoto di Northridge del 1994. A seguito della successiva limitazione dell'offerta di coperture per rischi estremi, si sono sperimentate nuove strade volte a distribuire il rischio sul mercato finanziario internazionale.

50 Si veda il *MultiCat Program*, lanciato dalle Nazioni Unite nel 2009, il quale consiste nel mettere a disposizione dei governi dei paesi in via di sviluppo una piattaforma per l'emissione di obbligazioni in caso di catastrofe e poter accedere ai mercati internazionali dei capitali per assicurarsi contro il rischio di catastrofi naturali a prezzi accessibili. Per maggiori informazioni, cfr. <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2009/10/19/world-bank-launches-multicat-program>. Tra gli enti sovrani che fanno ricorso al mercato dei capitali tramite l'emissione di *cat bonds* si segnala il Messico (per un approfondimento, cfr. <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2020/03/09/world-bank-catastrophe-bond-provides-financial-protection-to-mexico-for-earthquakes-and-named-storms> e OECD, *Catastrophe Financing for Governments: Learning from the 2009-2012 MultiCat Program in Mexico*, 2011).

51 I *cat bonds* sono titoli diffusi, che possono essere emessi direttamente dal soggetto che desidera trasferire il rischio (imprese di assicurazione o di riassicurazione, ma anche enti sovrani), ma che, nella maggioranza dei casi, vedono l'interposizione di una società veicolo che emette strumenti di debito, cioè raccoglie il prestito degli investitori e lo versa in un conto vincolato che, peraltro, può gestire per avere un certo ritorno economico; al verificarsi dell'evento dedotto nel contratto (formulato in modo da avere attinenza con l'impatto cumulativo catastrofico di danni sul portafoglio), i sottoscrittori possono perdere il capitale investito.

rischi catastrofali e di evitare di mantenere in portafoglio quello che viene chiamato il c.d. rischio di cumulo, ossia il rischio di concentrazione spazio-temporale dei danni provocati dall'evento catastrofale ai beni assicurati<sup>52</sup>.

Il mercato delle assicurazioni ha, quindi, raccolto capitale tramite la cartolarizzazione del rischio, deducendo in contratto, quale evento, una formulazione attinente all'impatto cumulativo catastrofale di danni sul portafoglio, con lo scopo di raccogliere capitale da utilizzare in caso di evento catastrofale e, in ultima battuta, per aumentare la propria capacità di resistenza finanziaria. Usando uno strumento "eccentrico" rispetto allo strumento assicurativo, quale è la cartolarizzazione, ma che "mima" gli effetti economici di una riassicurazione c.d. non proporzionale *stop-loss*, negoziata, evidentemente, non sul mercato assicurativo, ma su quello dei capitali, l'industria assicurativa e riassicurativa ha percorso una strada alternativa per cercare di evitare l'impatto cumulativo di danni catastrofali sul portafoglio.

Giunti a questo punto dell'analisi, occorre interrogarsi sul significato di "riassicurazione non proporzionale"; dedichiamo dunque qualche battuta proprio alla riassicurazione partendo dalle basi<sup>53</sup>.

La riassicurazione è il contratto mediante il quale un'impresa di assicurazione (c.d. riassicurato o cedente) trasferisce un rischio, dalla stessa assicurato, ad un'altra impresa (c.d. riassicuratore o cessionario), a fronte del pagamento di un premio<sup>54</sup>. Scopo della riassicurazione è la ripartizione del rischio tra più soggetti, per consentire alla cedente di giungere ad un equilibrio di portafoglio che riduca il rischio di incapienza patrimoniale, e di aumentare la propria capacità di sottoscrizione, senza compromettere la propria solvibilità<sup>55</sup>.

La riassicurazione può assumere due forme diverse. Si dice "facoltativa" quella riassicurazione che ha ad oggetto singoli rischi che la cedente trasferisce in riassicurazione; è, invece, "obbligatoria" quella riassicurazione che ha ad oggetto l'intero portafoglio, o meglio, i rischi che rientrano nelle previsioni negoziali (e che saranno, o quelli già esistenti al momento della sottoscrizione dell'accordo, o quelli che l'impresa sottoscriverà in corso di copertura riassicurativa). Nella prassi, i contratti che regolano la riassicurazione obbligatoria si chiamano "trattati".

52 Così A. MONTI, *op. cit.*, pp. 28-29.

53 In generale vedi E. BANKS, *Alternative risk transfer: integrated risk management through insurance, reinsurance, and the capital markets*, Wiley, 2004; R. MERKIN (ed.), *A Guide to Reinsurance Law*, Informa, 2007; C. EDELMAN, A. BURNS, *The Law of Reinsurance*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford Univ. Press, 2013. Cfr. anche I. RIVA, *La direttiva 2005/68/CE in materia di riassicurazione*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2006, f. 1, pp. 533-544; S. LANDINI, *La riassicurazione nella teoria e prassi dei contratti del commercio internazionale*, in *Dir. comm. Intern.*, 2015, f. 4, pp. 1005-1025.

54 La c.d. retrocessione, poi, consente una ulteriore distribuzione del rischio: il riassicuratore (c.d. retrocedente) può trasferire a sua volta i rischi che non desidera mantenere nel proprio portafoglio ad altro riassicuratore (c.d. retrocessionario).

55 Cfr. A. MONTI, *op. cit.*, pp. 33-39.

A loro volta, i trattati possono essere “proporzionali” o “non proporzionali”.

Nella sua forma elementare, la riassicurazione è proporzionale quando l'impresa di assicurazione cede in riassicurazione una quota del rischio sottoscritto<sup>56</sup>. Diversamente, la riassicurazione non proporzionale prescinde dalla ripartizione pro-quota del rischio, perché individua una fascia di rischi che l'impresa cedente terrà in ritenzione, e una fascia di rischi che invece cederà in riassicurazione. La soglia di ritenzione è detta “priorità”, l'importo massimo che il riassicuratore si impegna ad indennizzare, è invece, la “portata”.

Più nel dettaglio, la riassicurazione non proporzionale *excess of loss* prevede che la cessionaria tenga indenne la cedente da quegli importi che superano la priorità fino alla concorrenza della portata; la riassicurazione non proporzionale *stop loss* prevede, invece, che la cessionaria tenga indenne la cedente da quella porzione di perdite che superano un certo livello a chiusura di esercizio<sup>57</sup>. La riassicurazione non proporzionale ha, dunque, lo scopo di proteggere la cedente da scenari verosimili di difficile gestione, perché superano determinate sue capacità di ritenzione del rischio.

Ciò detto, alla domanda su quale sia l'esigenza primaria dell'assicuratore in caso di danno catastrofale, si deve, evidentemente, rispondere che l'assicuratore intende evitare un accumulo di perdite sul portafoglio. Il meccanismo di cui ha bisogno è, quindi, quello che consente all'assicuratore di proteggersi per l'intero portafoglio, in una determinata finestra temporale, ossia la riassicurazione non proporzionale. Se l'impatto cumulativo dei rischi supera, infatti, la soglia di ritenzione, l'eccesso di danno rispetto alla ritenzione di rischio sull'intero portafoglio, in un dato orizzonte temporale, viene trasferito al riassicuratore.

La cartolarizzazione “mima”, sul mercato dei capitali, una riassicurazione non proporzionale: in caso di evento catastrofale, gli investitori forniscono risorse finanziarie nei limiti contrattualmente definiti, replicando, appunto, il ruolo dei riassicuratori.

Questo meccanismo, però, funziona nella misura in cui si può individuare il *trigger event* in maniera chiara. Le prime formulazioni parametriche dei *cat bonds* volti a coprire i rischi da terremoto, i c.d. *Cat-in-a-Box Parametric Earthquake Catastrophe Bonds*, hanno, infatti, mostrato un problema di calibrazione dei parametri fisici dell'evento d'insacco. In caso di evento sismico, l'epicentro del terremoto doveva essere localizzato entro una specifica area geografica, avere una certa intensità misurata in termini di magnitudo/momento, e il punto di rottura doveva verificarsi ad una certa profondità. Se anche uno solo di questi tre criteri non veniva soddisfatto, nessun pagamento veniva effettuato. Questa

56 Si osservi che questa operazione, dal punto di vista economico, ha la stessa funzione della coassicurazione, ossia il contratto con il quale più assicuratori coprono lo stesso rischio in quota, il meccanismo di base è infatti sempre quello della redistribuzione del rischio. Sulla coassicurazione vedi G. FANELLI, voce *Assicurazione contro i danni*, in *Enc. dir.*, 1981, III, p. 14.

57 Per un approfondimento, vedi ancora A. MONTI, *op. cit.*, p. 38.

prima formulazione parametrica dell'inesco era poco appetibile ai fini di *public policy* e i governi erano restii ad utilizzare questa forma di finanziamento, perché troppo rischiosa. Il meccanismo è stato poi ricalibrato e, ora, si fonda su un sistema di reti accelerometriche digitali che consente di misurare l'accelerazione al suolo dell'onda sismica in diversi luoghi, e di estrapolare un indice da questi dati, per determinare effettivamente l'impatto del terremoto in un'area geografica più ampia<sup>58</sup>. È stato sufficiente ricalibrare i parametri di innesco per rendere nuovamente interessanti queste operazioni di cartolarizzazione.

In definitiva, per rendere appetibili agli investitori questi strumenti, occorre trovare degli indicatori precisi e obiettivi che determinino l'inesco dell'obbligo di pagamento e che consentano di vincere o perdere questa "scommessa". Scommessa, perché, se in una operazione di riassicurazione l'interesse dei riassicuratori è quello di neutralizzare il rischio in senso assicurativo, dando applicazione dei criteri di valutazione del rischio propri dell'assicurazione come operazione economica<sup>59</sup>, nelle operazioni di cartolarizzazione, questo interesse alla neutralizzazione del rischio in senso assicurativo potrebbe non essere rilevante, posto che il principale interesse degli investitori è la decorrelazione di questi investimenti rispetto ad altri investimenti in portafoglio, ad esempio, azionari e obbligazionari. Il meccanismo deve, però, poi bilanciare gli interessi del settore finanziario, che è disposto ad assumersi alti rischi di verifica dell'evento dedotto in obbligazione, purché ben remunerati, con gli obiettivi perseguiti dalle politiche pubbliche, le quali hanno l'esigenza di poter fare affidamento su un meccanismo calibrato in modo tale da offrire una probabilità di pagamento.

## 6. Riflessioni conclusive

La priorità, nella strategia di gestione delle catastrofi, è l'attività di prevenzione e di riduzione dei rischi, cui si affianca la previsione di strumenti volti alla copertura finanziaria dei rischi stessi, per consentire ai governi di essere in grado di fronteggiare le conseguenze del verificarsi di un rischio estremo e di

<sup>58</sup> Ancora A. MONTI, *op. cit.*, p. 44.

<sup>59</sup> La tecnica assicurativa moderna si fonda su un procedimento tecnico di selezione dei rischi che si basa sul calcolo delle probabilità che, come noto, consente di stabilire con un grado di approssimazione via via sempre più elevato quanto più numerosa è la collettività esposta, quante volte un certo rischio si verificherà all'interno della collettività, entro un determinato periodo di tempo. Ne discende che l'assicuratore è in grado di prevedere quale sarà il costo che dovrà sostenere e potrà ripartirlo preventivamente fra tutti i soggetti appartenenti alla collettività esposta. Così A. DONATI, G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, 12<sup>a</sup> ed., Milano, 2019, p. 3. Tale procedimento è noto come «mutualità assicurativa» e consente agli assicuratori di "neutralizzare" il rischio, ossia di ridurre lo scarto tra probabilità teorica e frequenza pratica dell'avverarsi del rischio assunto. Di conseguenza, se le perdite sono prevedibili, Paleatorietà dell'attività assicurativa e riassicurativa si riduce. Per tutti, F. DENOZZA, *Contratto e impresa nell'assicurazione a premio*, Milano, 1978, p. 1.

mitigarne gli effetti catastrofici. Da più parti, infatti, giungono pressioni perché i decisori pubblici individuino le priorità nella gestione delle catastrofi e agiscano poi di conseguenza, con l'obiettivo di rendere le comunità più resilienti dal punto di vista strutturale e finanziario<sup>60</sup>.

L'esperimento promosso dalla Banca Mondiale aveva lo scopo di mostrare che il mercato dei capitali era in grado di gestire e investire gli aiuti erogati dai *donors*, attraverso meccanismi funzionali a rendere disponibili fondi aggiuntivi che alleviassero l'impatto finanziario immediato che segue lo scoppio di una epidemia, con maggiore tempestività e con una migliore valorizzazione economica degli aiuti. E in effetti, quando i livelli di innesco sono stati raggiunti e il rischio dedotto in garanzia si è realizzato, il ritorno economico dei paesi più vulnerabili è stato maggiore. La scarsa flessibilità del meccanismo, e la sua lentezza nel reagire ad esigenze dettate dall'emergenza, paiono indicare solo che, a livello contrattuale, si deve intervenire sugli inneschi e sulle condizioni per la copertura. Ciò non deve fare velo al fatto che la prospettiva del ricorso alla capacità finanziaria del mercato dei capitali, anche per alleviare l'impatto sulle risorse pubbliche, rappresenta, comunque, una componente importante nell'elaborazione di funzionali modelli istituzionali di gestione del rischio catastrofico.

---

60 Per tutti cfr. ancora il *Sendai Framework* già citato *supra* nota 17.

# La tutela dei dati personali relativi alla salute: approccio europeo ed americano a confronto

*Carlo Masieri*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Di cosa parliamo (veramente) quando parliamo di “dati personali”? – 3. Esiste una tipologia separata di dati qualificabili come “dati relativi alla salute”? – 4. Diritti dell’“interessato” e meccanismi di tutela nella prospettiva europea. – 5. La tutela risarcitoria in Europa. – 6. Uno sguardo al sistema americano: la carenza di un approccio unitario a livello federale. – 7. (*segue*). Il risarcimento del danno: gli istituti della tradizione alla prova del cambiamento tecnologico. – 8. Conclusioni.

## 1. Premessa

Molteplici sono, ovviamente, gli approcci possibili alla tutela dei dati personali, e vi sono pure numerosi contributi dottrinali che hanno effettuato un confronto tra l’esperienza europea e quella americana in materia: alcuni lo hanno fatto secondo una prospettiva storica<sup>1</sup>; altri prendendo in considerazione come si declina nei diversi sistemi il rapporto tra tutela dei dati personali e diritti fondamentali dell’individuo, ed in particolare quello alla riservatezza della vita privata<sup>2</sup>, di cui molto si discute nell’attuale contesto di emergenza sanitaria dovuta alla pandemia da Coronavirus<sup>3</sup>.

---

1 Cfr. ad es. L. MIGLIETTI, *Profili storico-comparativi del diritto alla privacy*, in *Diritti comparati*, 4 dicembre 2014, disponibile online su <https://www.diritticomparati.it/profili-storico-comparativi-del-diritto-alla-privacy/>, ultima consultazione in data 6 maggio 2020.

2 Cfr. ad es. D. VANNI, voce *Protezione dei dati personali (dir. civ.)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg. VIII, Milanofiori Assago (MI), 2013, p. 535 ss.; si v. inoltre art. 1, par. 1 Direttiva 95/46/CE; cfr. però oggi l’art. 1, par. 2 Regolamento (UE) 2016/679, c.d. GDPR: «Il presente regolamento protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali».

3 Cfr. ad es. C. CAMARDI, C. TABARRINI, *Contact tracing ed emergenza sanitaria. “Ordinario” e “straordinario” nella disciplina del diritto al controllo dei dati personali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 3, Speciale *CoViD-19 e diritto privato*, p. 32 ss.; A. VENCHIARUTTI, *CoViD-19 e diritto alla riservatezza del paziente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 3, Speciale *CoViD-19 e diritto privato*, p. 40 ss.

Il punto di vista da cui si vuole prendere le mosse in questa sede è, invece – almeno inizialmente –, quello del giurista europeo che affronta questa tematica per la prima volta.

## 2. Di cosa parliamo (veramente) quando parliamo di “dati personali”?

La prima domanda che costui potrebbe porsi, riguarda l'identificazione dell'oggetto della *privacy*, ed è tutt'altro che scontata. Per rispondervi, infatti, bisogna andare alle origini del diritto comunitario in materia.

Come è noto, l'art. 2, lett. *a* Direttiva 95/46/CE affermava che sono «“dati personali”»: qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile (“persona interessata”); si considera identificabile la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale». Peraltro, si trattava di una identificabilità “a tempo determinabile”, in quanto correlata al raggiungimento delle finalità della raccolta o trattamento dei dati stessi<sup>4</sup>.

Il Regolamento (UE) 2016/679, c.d. GDPR, non sembra aver modificato tale impostazione<sup>5</sup>, ma ha precisato – anche visto il mutato contesto tecnologico – che l'identificabilità può avvenire anche tramite «il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online», e ha aggiunto, tra gli «elementi caratteristici» rilevanti, quelli relativi all'«identità [...] genetica»<sup>6</sup>.

Inoltre, l'art. 1, par. 2 Direttiva 95/46/CE, garantiva la «libera circolazione dei dati personali tra Stati membri», e la norma è stata, in sostanza, confermata con il nuovo Regolamento<sup>7</sup>. Dal punto di vista fenomenologico, si evince, perciò, che le informazioni in questione possono circolare; dal punto di vista normativo, infatti, la disposizione in esame equivale a dire che l'Unione Europea si riserva di dettare le regole secondo cui tale circolazione debba avvenire tra gli Stati membri. Bisogna, però, comprendere meglio cosa ciò significhi concretamente.

Per procedere nell'analisi, è necessario, dunque, richiamare il mezzo fondamentale della circolazione dei dati, ossia il consenso. Ai sensi dell'art. 2, lett. *b* Direttiva 95/46/CE, per “consenso della persona interessata” si intendeva «qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica e informata con la quale la persona interessata accetta che i dati personali che la riguardano siano oggetto

4 Cfr. art. 6, par. 1, lett. *e* Direttiva 95/46/CE.

5 Cfr. ad es. art. 11 GDPR.

6 Cfr. art. 4, par. 1, n. 1 GDPR; per la definizione di dati genetici, cfr. *ibidem*, n. 13.

7 Cfr. artt. 1, par. 1 e 3, 51, par. 1 GDPR.

di un trattamento». Tale consenso doveva peraltro essere espresso in maniera «inequivocabile»<sup>8</sup>. Il GDPR ha chiarito che può trattarsi, sia di una «dichiarazione», sia di una «azione positiva inequivocabile»<sup>9</sup>, e ha ulteriormente dettagliato la sua disciplina<sup>10</sup>, anche con riferimento ai minori<sup>11</sup>, specificando che esso è revocabile «in qualsiasi momento»<sup>12</sup>.

Sul presupposto che raccogliere e utilizzare informazioni relative a persone identificabili fosse generalmente vietato, a parte nei casi previsti dalla legge<sup>13</sup> – tra cui rientrava anche il consenso –, il Capo II della Direttiva stabiliva poi, agli artt. 5 ss., le «condizioni generali di liceità dei trattamenti di dati personali», e, tra di esse, si annoveravano principalmente la necessità che venissero «rilevati per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo non incompatibile con tali finalità»<sup>14</sup>; una volta stabilite le finalità, era poi necessaria una progettazione dei dati da raccogliere, volta a individuare solo quelli «adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali vengono rilevati e/o per le quali vengono successivamente trattati»<sup>15</sup>; i dati raccolti dovevano essere inoltre «esatti e, se necessario, aggiornati»<sup>16</sup>; il tutto, solo per il tempo connesso al raggiungimento dello scopo prefissato<sup>17</sup>. Se, però, si guardava all'intera direttiva, all'elenco delle condizioni di liceità si poteva aggiungere anche il rispetto di obblighi di informazione dell'interessato<sup>18</sup> «in caso di raccolta dei dati», e in caso di «registrazione dei dati», o in caso di loro «comunicazione [...] a un terzo»<sup>19</sup>.

Va, peraltro, notato che il legislatore comunitario lasciava un margine piuttosto ampio agli Stati membri di «adottare disposizioni legislative intese a limitare la portata degli obblighi» in questione, a condizione che le limitazioni fossero necessarie per salvaguardare – tra le altre cose – la «pubblica sicurezza» e lo svolgimento dei connessi compiti «di controllo, ispezione o disciplina», nonché – con una formula di grande ampiezza – la «protezione della persona interessata o dei diritti e delle libertà altrui»<sup>20</sup>. Inoltre, qualora i dati fossero stati «trattati

8 Cfr. art. 7, par. 1, lett. a Direttiva 95/46/CE.

9 Cfr. art. 4, par. 1, n. 11 Regolamento (UE) 2016/679; sul tema della forma del consenso, cfr. CGUE, Grande Sezione, sent. 1° ottobre 2019, causa C-673/17.

10 Cfr. art. 7 GDPR.

11 Cfr. art. 8 GDPR.

12 Cfr. art. 7, par. 3 GDPR.

13 Cfr. art. 7 Direttiva 95/46/CE.

14 Art. 6, par. 1, lett. b Direttiva 95/46/CE.

15 Art. 6, par. 1, lett. c Direttiva 95/46/CE.

16 Art. 6, par. 1, lett. d Direttiva 95/46/CE.

17 Cfr. *supra*, nota 4.

18 Per «persona interessata» si intendeva la «persona fisica identificata o identificabile» a cui le informazioni si riferivano, cfr. art. 4, par. 1, lett. a Direttiva 95/46/CE; oggi la locuzione è sostituita dalla parola «interessato», cfr. art. 4, par. 1, n. 1 GDPR.

19 Cfr. artt. 10-11 Direttiva 95/46/CE.

20 Cfr. art. 13, par. 1 Direttiva 95/46/CE.

esclusivamente ai fini della ricerca scientifica» o «memorizzati [...] per un periodo che non superi quello necessario alla sola finalità di elaborazione delle statistiche», sarebbero stati possibili – su iniziativa degli Stati membri – ulteriori attenuazioni degli obblighi informativi o dell’obbligo di rettifica<sup>21</sup>.

Con l’art. 23 GDPR, tra le deroghe opzionali espressamente ammesse, vi sono anche quelle «in materia [...] di sanità pubblica e sicurezza sociale».

Di carattere invece più rigido era l’obbligo – previsto all’art. 17 della Direttiva – di «attuare misure tecniche ed organizzative appropriate al fine di garantire la protezione dei dati personali dalla distruzione accidentale o illecita, dalla perdita accidentale o dall’alterazione, dalla diffusione o dall’accesso non autorizzati, segnatamente quando il trattamento comporta trasmissioni di dati all’interno di una rete, o da qualsiasi altra forma illecita di trattamento di dati personali. Tali misure devono garantire, tenuto conto delle attuali conoscenze in materia e dei costi dell’applicazione, un livello di sicurezza appropriato rispetto ai rischi presentati dal trattamento e alla natura dei dati da proteggere».

Per quanto si è fin qui detto, si può dunque osservare che, nel sistema della Direttiva 95/46/CE, i dati personali erano informazioni, relative in particolare ad un soggetto identificabile<sup>22</sup>. La loro raccolta e il loro uso erano vietati, tranne nei – molti – casi previsti dal diritto comunitario, tra i quali vi era anche quello della manifestazione di espresso consenso da parte dell’interessato. Tuttavia, anche nei casi ammessi, tali attività relative ai dati personali dovevano avvenire secondo regole dettate dal diritto comunitario, risultando altrimenti illecite.

Come si è anticipato, la materia della protezione dei dati personali è stata poi integralmente uniformata dal legislatore europeo con il GDPR, entrato in vigore nel maggio del 2018. Tale uniformazione non implica, però, necessariamente una riforma di tutti gli aspetti dell’assetto previgente. Alcuni, infatti – lo si è anticipato –, sono rimasti sostanzialmente invariati rispetto alla Direttiva; altri hanno subito modificazioni tassonomiche di importanza minore (ad esempio, viene fornito *ex novo* un referente linguistico sintetico per alcune proposizioni più o meno lunghe<sup>23</sup>); vi sono stati anche cambiamenti di indubbio impatto che, però, non riguardano direttamente la presente analisi (come ad esempio l’estensione dell’ambito di applicazione della disciplina europea in materia di *privacy*<sup>24</sup>, oppure il fatto che il «responsabile del trattamento» della Direttiva, diviene, nel GDPR, il «titolare del trattamento»<sup>25</sup>). Ciò che qui interessa sottolineare è,

21 Cfr. art. 13, par. 2 Direttiva 95/46/CE.

22 Ciò comportava che qualora non fosse stato identificabile il soggetto a cui si riferivano le informazioni, queste ultime non sarebbero state qualificate come dati personali.

23 Cfr. ad es. il principio di «satezzazza» e quello di «limitazione della conservazione» di cui all’art. 5, par. 1, lett. *d-e* GDPR.

24 Cfr. art. 4 Direttiva 95/46/CE e art. 3 GDPR; in dottrina, cfr. M. G. STANZIONE, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Eur. dir. prin.*, 2016, 4, p. 1249 ss.

25 Cfr. art. 4, par. 1, n. 7 GDPR.

invece, che il GDPR sembra aver operato un cambiamento di punto di vista, figlio della nuova era in cui viviamo.

In primo luogo, seppur apparentemente senza particolari conseguenze pratiche, le condizioni di liceità di cui all'art. 6 della Direttiva sono divenute, all'art. 5 GDPR, semplici «principi».

Inoltre, l'art. 6 GDPR – che corrisponde al vecchio art. 7 della Direttiva – prevede certamente ancora i casi in cui il trattamento è lecito; esso, però, esplicita, al par. 4, che i dati possono essere raccolti per una determinata finalità, e venire poi trattati, invece, per una finalità diversa da quella iniziale, e ciò anche senza consenso dell'interessato o senza una “copertura” legislativa dell'Unione o degli Stati membri<sup>26</sup>. Sembra che per liceizzare questo ulteriore trattamento sia sufficiente che esso venga qualificato come «necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali»<sup>27</sup>. Gli artt. 13, par. 3 e 14, par. 4, prevedono che, in questo caso, il titolare del trattamento informi l'interessato, e sottintendono che costui abbia diritto di domandare la «limitazione del trattamento dei dati personali che lo riguardano e di opporsi al loro trattamento».

Altre novità di grande rilievo, anche sotto il profilo sistematico, sono il diritto all'oblio, di cui all'art. 17, e il diritto alla portabilità dei dati, di cui all'art. 20 GDPR.

Il primo<sup>28</sup> è solo in parte nuovo, ma permette di fare qualche considerazione – piuttosto ovvia – di carattere fenomenologico, e cioè che, al giorno d'oggi, l'informazione, una volta pubblicata, può essere difficilmente eliminata. Oltre alle ragioni tecniche – da cui forse deriva l'ambiguo riferimento della norma alla «tecnologia disponibile» ed ai «costi di attuazione» – vi sono anche quelle legate alla pluralità di soggetti che dispongono della stessa informazione<sup>29</sup>.

Il secondo, che consiste nel «diritto di trasmettere [...] dati a un altro titolare del trattamento senza impedimenti da parte del titolare del trattamento cui [l'interessato] li ha forniti», consente di ribadire un aspetto normativo, e cioè che il potere dell'interessato sull'informazione – in molti casi<sup>30</sup> – non viene mai meno, e che egli non può obbligarsi *pro futuro* a renderla nota ad un solo soggetto. E il

26 Questo era in qualche modo già desumibile dall'art. 6, par. 1, lett. b Direttiva 95/46/CE, secondo cui i dati dovevano essere «rilevati per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo non incompatibile con tali finalità».

27 Cfr. art. 6, par. 1, lett. f GDPR.

28 Su cui si v. M. BORGHI, *Portabilità dei dati e regolazione dei mercati digitali*, in *Merc. conc. reg.*, 2018, 2, p. 223 ss.

29 Ma vi è poi anche il problema della pluralità dei punti di accesso alla medesima informazione, su cui si v. CGUE, Grande Sezione, sent. 24 settembre 2019, causa C-507/17.

30 Ossia in quelli in cui «a) il trattamento si basi sul consenso ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), o su un contratto ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b); e b) il trattamento sia effettuato con mezzi automatizzati».

fatto che il potere dell'interessato non venga mai meno è confermato dal potere di revocare «in ogni momento» il consenso dato, *ex art. 7, par. 3 GDPR*.

Oltre a quanto osservato, in conclusione all'analisi della Direttiva 95/46/CE, si può dunque aggiungere che, in seguito all'entrata in vigore del GDPR, i dati personali non possono essere oggetto di derelizione o di trasferimento a titolo esclusivo, ma solo di condivisione – tendenzialmente sempre revocabile – tra l'interessato e uno o più titolari di trattamento.

Fenomenologia e diritto positivo fanno, dunque, della tutela dei dati personali una materia in gran parte a sé stante rispetto al resto del diritto privato.

In primo luogo, anche volendo concedere che le informazioni riguardo a un soggetto siano cose che possono formare oggetto di diritti<sup>31</sup>, e che vi sia la possibilità di predicarne un'appartenenza esclusiva in capo all'interessato, non pare, in ogni caso, utile ricondurre la disciplina dei dati personali alla categoria dei diritti reali<sup>32</sup>. Infatti, sul piano dei rimedi, non avrebbe senso prevedere per legge una “rivendicazione” delle informazioni, nel senso di poter ottenere una loro “restituzione” in capo all'interessato, e nemmeno una “reintegrazione” nel possesso delle stesse. Si è detto, infatti, che dei dati è, tuttalpiù, pensabile una rettifica o cancellazione, e che, peraltro, vi sono limiti tecnici a quest'ultima.

Pure l'istituto del contratto sembra inadatto a regolare la circolazione dei dati personali, vista l'impossibilità per l'interessato di obbligarsi in maniera irrevocabile.

Un discorso, in parte diverso, è invece possibile – e lo si vedrà più avanti<sup>33</sup> – rispetto alla responsabilità civile, che si presta ad essere utilizzata anche nell'ambito della *privacy*.

### 3. Esiste una tipologia separata di dati qualificabili come “dati relativi alla salute”?

Una volta chiarito cosa sono i dati personali, bisogna verificare se quelli “relativi alla salute” costituiscono una tipologia a sé stante. L'esistenza di contributi scientifici specificamente dedicati al tema permette di partire da un'ipotesi affermativa<sup>34</sup>; in ogni caso, è però necessario capire se ci si trova di fronte ad un fenomeno distinguibile dagli altri dati, se è dunque possibile la creazione di una fattispecie astratta e l'imposizione di una disciplina in qualche misura separata.

31 Sulla nozione di bene, cfr. A. GAMBARO, *I beni*, nel *Trattato Cicu – Messineo*, Milano, 2012, *passim*.

32 Su cui cfr. A. GAMBARO, *I diritti reali come categoria ordinante*, in A. GAMBARO, U. MORELLO (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, I, Milano, 2008, p. 3 ss.

33 Cfr. *infra*, par. 5.

34 Cfr. ad es. A. TAGLIABRACCI, *Trattamento dei dati inerenti alla salute e privacy. Problemi applicativi e riflessioni medico-legali sulla l. 675/96*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 4-5, p. 1087 ss.; più di recente, cfr. ad es. AA. VV., *Tutela dei dati personali concernenti la salute e attività di ricerca: considerazioni interdisciplinari nella prospettiva etico-giuridica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 1, p. 165 ss.

All'art. 8 della Direttiva, venivano individuate «categorie particolari di dati», tra cui rientravano anche quelli «relativi alla salute»<sup>35</sup>. Con una tecnica di redazione legislativa forse non eccellente, veniva ribadito che il loro trattamento era vietato, tranne che in una serie di ipotesi previste dalla legge, più limitate, però, di quelle relative a tutti gli altri dati. Tra i casi ammessi di trattamento vi era, ancora una volta, quello autorizzato dal «consenso esplicito», ma il legislatore comunitario aveva lasciato agli Stati membri la possibilità di prevedere che «il consenso della persona interessata non sia sufficiente per derogare al divieto»<sup>36</sup>. Altri casi notevoli di trattamento di queste categorie di dati erano i rapporti lavorativi e quelli inerenti ad organizzazioni senza scopo di lucro e di carattere politico, filosofico, religioso o sindacale<sup>37</sup>. Agli Stati membri era inoltre concesso, «per motivi di interesse pubblico rilevante, stabilire ulteriori deroghe»<sup>38</sup>.

Con riguardo alle attività sanitarie, infine, vi era un'importante ipotesi di trattamento consentita dalla Direttiva: infatti, «Il paragrafo 1 non si applica quando il trattamento dei dati è necessario alla prevenzione o alla diagnostica medica, alla somministrazione di cure o alla gestione di centri di cura e quando il trattamento dei medesimi dati viene effettuato da un professionista in campo sanitario soggetto al segreto professionale sancito dalla legislazione nazionale, comprese le norme stabilite dagli organi nazionali competenti, o da un'altra persona egualmente soggetta a un obbligo di segreto equivalente»<sup>39</sup>. Si trattava di una deroga che, ovviamente, riguardava i dati relativi alla salute in senso stretto, ma poteva, in astratto, incidere anche su altre «categorie particolari di dati», di cui all'art. 8: si pensi al caso del testimone di Geova ricoverato in ospedale, rispetto al quale il dato relativo alle convenzioni religiose poteva essere rilevante nell'ottica di eventuali trasfusioni.

Una valorizzazione delle particolarità dei dati relativi alla salute poteva forse essere anche predicata ai fini dell'art. 17 della Direttiva, secondo cui – come si è detto – la «natura dei dati da proteggere» avrebbe dovuto essere tenuta in considerazione nell'adozione delle «misure tecniche ed organizzative» a loro protezione.

In sintesi, dunque, i dati relativi alla salute avevano sicuramente, secondo la *law in the books*, una disciplina – o, se si vuole, un'area di liceità del trattamento – diversa rispetto a quella dei dati non riconducibili ad altre «categorie particolari». Tuttavia, nella *law in action*, la rilevanza e la frequenza del consenso dell'interessato, il quale rappresentava una condizione comune di liceità del trattamento,

35 Ma, come si ricorderà, nell'art. 8 Direttiva 95/46/CE erano anche ricompresi i «dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché [...] dati relativi [...] alla vita sessuale».

36 Art. 8, par. 2, lett. *a* Direttiva 95/46/CE.

37 Cfr. art. 8, par. 2 lett. *b* e *d* Direttiva 95/46/CE.

38 Cfr. art. 8, par. 4 Direttiva 95/46/CE.

39 Cfr. art. 8, par. 3 Direttiva 95/46/CE.

tanto dei dati personali in generale, quanto delle «categorie particolari», tra cui rientravano anche quelli relativi alla salute, rendevano piuttosto irrilevante la specificità di questi ultimi. Ciononostante, come si è detto poco sopra, la natura diversa dei dati relativi alla salute rispetto a tutti gli altri dati – compresi quelli di altre «categorie particolari» – richiedeva, probabilmente, un più alto livello di misure tecniche e organizzative di protezione *ex art. 17* Direttiva 95/46/CE, per evitare – ad esempio – di incorrere in responsabilità *ex art. 23* della medesima.

A livello nazionale, poi, il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. Codice della Privacy) dedicava una serie di disposizioni speciali per i dati relativi alla salute<sup>40</sup>, e disciplinava, al Titolo V della Sezione II, il «Trattamento di dati personali in ambito sanitario».

In seguito, con il GDPR, viene data un'espressa definizione di «dati relativi alla salute», che sono quelli «attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute»<sup>41</sup>.

Anche l'art. 9 GDPR – come il vecchio art. 8 della Direttiva – annovera tali dati all'interno di «categorie particolari», sottoposte a speciali limitazioni di trattamento. Rispetto alla normativa previgente, tuttavia, è cresciuto il novero delle ipotesi di trattamento lecito di tali dati: si segnalano, in particolare, quello – in parte già previsto – per «finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 3», il quale specifica, a sua volta, la necessità «di un professionista soggetto al segreto professionale [...] o [...] altra persona anch'essa soggetta all'obbligo di segretezza»; inoltre, di stretta attualità è il possibile trattamento per «motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale». A differenza del passato, l'art. 9, par. 4 GDPR prevede che «Gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati [...] relativi alla salute».

Viene inoltre detto, all'art. 6, par. 4, lett. *c* GDPR, che, nei casi in cui le informazioni vengano raccolte senza il consenso dell'interessato, «al fine di verificare se il trattamento per un'altra finalità sia compatibile con la finalità per la quale

40 Cfr. ad es. artt. 60 e 71, 2° comma, Cod. Privacy.

41 Cfr. art. 4, par. 1, n. 15 GDPR.

i dati personali sono stati inizialmente raccolti, il titolare del trattamento» deve «tenere conto della natura dei dati personali, specialmente se siano trattate categorie particolari di dati personali ai sensi dell'articolo 9».

All'art. 22, par. 4 GDPR, si vieta – salvo il caso di consenso o di interesse pubblico e l'adozione di «misure adeguate» di tutela – che i dati, di cui alle «categorie particolari» *ex art. 9* GDPR, e, quindi, anche quelli relativi alla salute, vengano posti a fondamento di una «decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici» o altrimenti incida significativamente sulla persona.

Il trattamento di queste «categorie particolari di dati personali» impone *ex art. 37*, par. 1, lett. *c* GDPR, la nomina di un *data protection officer*.

Gli artt. 24, 25 e 32 GDPR, prendono atto – in maniera piuttosto ridondante – che esistono «rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche», e sembrano imporre di tenere conto di ciò nella valutazione di adeguatezza delle «misure tecniche e organizzative» adottate dal titolare del trattamento. Non vi è un espresso riferimento ai dati personali relativi alla salute, ma pare ragionevole ritenere che un accesso illecito, o una diffusione non autorizzata relativamente a questi ultimi, siano più gravi di quelli che colpiscono – ad esempio – informazioni sui beni di consumo acquistati frequentemente dall'interessato.

Se si aggiunge che, a livello nazionale, permangono disposizioni speciali dedicate ai dati relativi alla salute<sup>42</sup> e che il Garante per la protezione dei dati personali ha recentemente emanato «Chiarimenti sull'applicazione della disciplina per il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario»<sup>43</sup>, il quadro normativo attuale sembra confermare l'ipotesi che essi costituiscano una categoria di informazioni diversa dalle altre, e degna di tutele giuridiche rinforzate.

#### 4. Diritti dell'“interessato” e meccanismi di tutela nella prospettiva europea

Su questo piano, è necessaria una breve rassegna dei diritti e dei meccanismi di tutela dell'“interessato” nella prospettiva europea.

Oltre al diritto al risarcimento del danno, di cui si dirà meglio più avanti<sup>44</sup>, la Direttiva 95/46/CE riconosceva all'interessato il diritto di accesso, il quale comprendeva il diritto di sapere se esiste un trattamento dei dati a lui relativi, di quali in particolare e per quali finalità, ma anche di conoscere la «logica applicata

42 Cfr. ad es. l'art. 60 Cod. Privacy già menzionato, modificato dall'art. 5, 1° comma, lett. *b* d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101.

43 Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, provv. 7 marzo 2019 n. 55, disponibile online su <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9091942>.

44 Cfr. *infra*, par. 5.

nei trattamenti automatizzati»<sup>45</sup>. Tale diritto è oggi confermato e ulteriormente specificato all'art. 15 GDPR<sup>46</sup>.

Vi era poi il diritto alla rettifica, alla cancellazione o al congelamento dei dati incompleti, inesatti, o comunque «dei dati il cui trattamento non è conforme alle disposizioni» della Direttiva<sup>47</sup>. Oggi, vi è invece, da un lato, il diritto alla integrazione o rettifica delle informazioni, che deve avvenire «senza ingiustificato ritardo»<sup>48</sup>; dall'altro, il «diritto alla cancellazione» dei dati, altrimenti detto «diritto all'oblio», che trova la sua complessa disciplina all'art. 17 GDPR.

Quanto al diritto di opposizione *ex* art. 14 della Direttiva, si trattava della facoltà dell'interessato di «opporsi in qualsiasi momento, per motivi preminenti e legittimi, derivanti dalla sua situazione particolare, al trattamento dei dati» a lui relativi, il quale però poteva subire deroghe piuttosto ampie da parte del diritto degli Stati membri<sup>49</sup>. Il diritto è confermato dall'art. 21 GDPR.

All'art. 18 della fonte europea da ultimo richiamata, ha fatto poi la sua comparsa il «diritto alla limitazione di trattamento», che, in sostanza – nelle sole evenienze di carattere interinale previste dal Regolamento<sup>50</sup> –, sottopone ogni trattamento al necessario «consenso dell'interessato».

Sul diritto alla portabilità, si è già detto in precedenza<sup>51</sup>.

Infine, nel Regolamento si è voluto esplicitare anche che agli obblighi di informazione gravanti sul titolare del trattamento, corrispondono altrettanti «diritti dell'interessato»<sup>52</sup>.

Va da sé che questi può rivolgere direttamente le proprie pretese nei confronti del titolare del trattamento. Ma, nel caso di mancata cooperazione di quest'ultimo, non rimangono che da azionare meccanismi di risoluzione delle controversie, i quali sono, in Europa, molteplici.

In primo luogo, già la Direttiva poneva in essere un sistema di carattere pubblicistico, con l'istituzione/individuazione di autorità amministrative a livello dei singoli Stati membri<sup>53</sup>, l'imposizione in capo ai responsabili del trattamento di un obbligo di notificazione nei confronti di tali autorità «prima di procedere alla realizzazione» dello stesso<sup>54</sup>, la concessione di poteri investigativi e di

45 Cfr. art. 12, par. 1, lett. *a* Direttiva 95/46/CE.

46 Dove si parla anche della profilazione, su cui cfr. art. 4, par. 1, n. 4 e art. 22 GDPR.

47 Cfr. art. 12, par. 1, lett. *b* Direttiva 95/46/CE.

48 Cfr. art. 16 GDPR.

49 Cfr. art. 14, par. 1, lett. *a* Direttiva 95/46/CE.

50 Ad esempio, quella della proposizione – da parte dell'interessato – di una contestazione relativa all'«esattezza dei dati personali, per il periodo necessario al titolare del trattamento per verificare l'esattezza di tali dati personali».

51 Cfr. *supra*, par. 2.

52 Cfr. l'intestazione del Capo III del GDPR, che al suo interno contiene anche gli artt. 12-14 in materia di «informazioni da fornire».

53 Cfr. art. 28, par. 1 Direttiva 95/46/CE.

54 Cfr. art. 18 Direttiva 95/46/CE.

*enforcement* alle autorità<sup>55</sup>, e la possibilità, per «qualsiasi persona, o associazione che la rappresenti», di presentare ad esse «una domanda relativa alla tutela dei suoi diritti e libertà con riguardo al trattamento di dati personali» *ex* art. 28, par. 4 Direttiva 95/46/CE.

Oggi, oltre alla conferma di tale forma di ricorso amministrativo<sup>56</sup>, sotto il nome di «reclamo» *ex* art. art. 77 GDPR, vi è anche l'obbligo di notifica, in caso di *data breach*, all'autorità<sup>57</sup> e – «quando la violazione dei dati personali è suscettibile di presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche», ma salvo alcune deroghe – anche all'interessato<sup>58</sup>. Inoltre, il ruolo dell'autorità di controllo è andato espandendosi e – addirittura – generalizzandosi, essendo essa delegata a svolgere «qualsiasi [...] compito legato alla protezione dei dati personali»<sup>59</sup>, venendo dotata di un lunghissimo elenco di poteri<sup>60</sup>, tra cui – di norma<sup>61</sup> – anche quello di irrogare pesanti sanzioni amministrative pecuniarie. A fronte di tutto ciò, viene espressamente previsto, in capo ad «ogni persona fisica o giuridica», il diritto di ottenere una *judicial review* dei provvedimenti amministrativi in materia<sup>62</sup>.

In secondo luogo, l'art. 22 della Direttiva – rubricato *Ricorsi* – prevedeva che «chiunque» avrebbe potuto anche «disporre di un ricorso giurisdizionale in caso di violazione dei diritti garantitigli dalle disposizioni nazionali applicabili al trattamento in questione». Oggi, la disciplina che si occupa della materia è l'art. 79 GDPR, il quale, al par. 2, contiene anche le regole di competenza giurisdizionale<sup>63</sup>.

Infine, gli artt. 40, par. 2, 58, par. 5, 78, parr. 1-2 e 79, par. 1 GDPR, accennano alla possibilità di utilizzare meccanismi di «ricorso [...] extragiudiziale», lasciando alla legge nazionale<sup>64</sup> e ai codici di condotta<sup>65</sup> – su cui si dirà tra poco<sup>66</sup> – di occuparsi della materia.

## 5. La tutela risarcitoria in Europa

Tra le varie tutele esperibili, pare opportuno soffermarsi sull'azione risarcitoria. Secondo l'art. 23 della Direttiva – rubricato *Responsabilità* – «1. Gli Stati

55 Cfr. art. 28, par. 3 Direttiva 95/46/CE.

56 Cfr. art. 22 Direttiva 95/46/CE.

57 Cfr. art. 33 GDPR.

58 Cfr. art. 34 GDPR.

59 Cfr. art. 57, par. 1, lett. *v* GDPR.

60 Cfr. art. 58 GDPR.

61 Cfr. artt. 58, par. 2, lett. *i*, 70, par. 1, lett. *k*, e 83 GDPR.

62 Cfr. art. 78 GDPR; in passato, cfr. l'art. 28 Direttiva 95/46/CE.

63 Sulla litispendenza, cfr. art. 81 GDPR.

64 Cfr. art. 58, par. 5 GDPR.

65 Cfr. art. 40, par. 2, lett. *k* GDPR.

66 Cfr. *infra*, par. 5.

membri dispongono che chiunque subisca un danno cagionato da un trattamento illecito o da qualsiasi altro atto incompatibile con le disposizioni nazionali di attuazione della presente direttiva abbia il diritto di ottenere il risarcimento del pregiudizio subito dal responsabile del trattamento.

2. Il responsabile del trattamento può essere esonerato in tutto o in parte da tale responsabilità se prova che l'evento dannoso non gli è imputabile».

A parte una recente decisione che apre alla legittimazione attiva delle associazioni senza scopo di lucro<sup>67</sup> – oggi comunque espressamente confermata dal diritto positivo<sup>68</sup> – la giurisprudenza comunitaria non si è mai pronunciata sull'interpretazione della disposizione appena menzionata.

Ma, quanto all'attuazione della normativa europea negli Stati membri, ed in particolare nel nostro Paese, vi è da segnalare che la giurisprudenza di Cassazione – interpretando gli artt. 11 e 15 Cod. Privacy<sup>69</sup> – ha operato alcuni importanti chiarimenti, anche giudicando alcuni casi di trattamento di dati sanitari<sup>70</sup>.

In una prima vicenda, tale attività era stata compiuta dall'Amministrazione convenuta in modo «non [...] conforme alle previsioni del D.Lgs. n. 196 del 2003, artt. 4 e 20, in quanto, trattandosi di dati sensibili, gli stessi potevano essere trattati solo in presenza di autorizzazione da parte del Garante per la protezione dei dati personali, nella specie non richiesta». La condotta in esame – secondo gli ermellini – integrava «un illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c., al quale, tuttavia, non consegue un'automatica risarcibilità, dovendo il pregiudizio morale o patrimoniale essere comunque provato secondo le regole ordinarie, quale ne sia l'entità ed a prescindere anche dalla difficoltà della relativa prova. Il che, tra l'altro, è del tutto logico, trattandosi di un danno-conseguenza e non di un danno-evento. Non potrebbe giungersi a diversa conclusione, del resto, neppure se si identificasse il danno in questione in termini di danno non patrimoniale derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona costituzionalmente

67 Cfr. CGUE, sez. II, sent. 29 luglio 2019, causa C-40/17.

68 Cfr. art. 80 GDPR.

69 I quali disponevano rispettivamente che «1. I dati personali oggetto di trattamento sono: a) trattati in modo lecito e secondo correttezza; b) raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi; c) esatti e, se necessario, aggiornati; d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati; e) conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati.

2. I dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati» e che «1. Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile. 2. Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'articolo 11».

70 Per vicende non collegate al diritto alla salute in cui si è giunti a statuizioni analoghe, cfr. ad es. Cass. civ., sez. VI, ord. 26 settembre 2013, n. 22100, in *DeJure*; Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2014, n. 16133, in *Danno e resp.*, 2015, 4, p. 339 ss. con note di CECCARELLI e NITTI.

garantiti, poiché la fondamentale sentenza 11 novembre 2008, n. 26972, delle Sezioni Unite di questa Corte, nell'ammettere la risarcibilità della lesione di siffatti diritti e nel tracciarne rigorosamente i confini, ha contestualmente riconosciuto che l'esistenza del relativo danno deve comunque essere provata dal danneggiato»<sup>71</sup>.

In un altro caso, il ricorrente lamentava lo «smarrimento di documenti contenenti dati sensibili (inerenti lo stato di salute)», e la Corte ha ritenuto che «Il danno non patrimoniale risarcibile [...], pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost., e dall'art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della gravità della lesione e della serietà del danno (quale perdita di natura personale effettivamente patita dall'interessato), in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà *ex* art. 2 Cost., di cui il principio di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della privacy ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva», precisando che «Il relativo accertamento di fatto è rimesso al giudice di merito e resta ancorato alla concretezza della vicenda materiale portata alla cognizione giudiziale ed al suo essere maturata in un dato contesto temporale e sociale»<sup>72</sup>.

Una pronuncia successiva, che, però, ha fatto ancora applicazione delle norme summenzionate, si è posta in senso contrario all'orientamento in esame, ma non può andare esente da critiche: non pare infatti che l'art. 2050 cod. civ., a cui si riferiva l'art. 15 Cod. Privacy, possa essere interpretato nel senso di sollevare l'attore dalla prova del danno subito<sup>73</sup>.

L'art. 82 GDPR, rubricato *Diritto al risarcimento e responsabilità*, afferma, oggi, invece, che: «1. Chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento.

2. Un titolare del trattamento coinvolto nel trattamento risponde per il danno cagionato dal suo trattamento che violi il presente regolamento. Un responsabile

71 Cfr. Cass. civ., sez. III, 3 luglio 2014, n. 15240, in *DeJure*.

72 Cfr. Cass. civ., sez. VI, ord. 11 gennaio 2016, n. 222, in *DeJure*.

73 Cfr. Cass. civ., sez. I, ord. 4 giugno 2018, n. 14242, in *Giur. it.*, 2019, 1, p. 41 ss. con nota di THOBANI, secondo cui «La fattispecie delineata dai due commi del Decreto Legislativo n. 196 del 2003, articolo 15, pone [...] due presunzioni: quella secondo la quale il danno è da addebitare a chi ha trattato i dati personali o a chi si è avvalso di un altrui trattamento a meno che egli non dimostri di avere adottato tutte le misure idonee per evitarlo ai sensi dell'articolo 2050 c.c., e quella secondo la quale le conseguenze non patrimoniali di tale danno – sia esso di natura contrattuale che extracontrattuale – sono da considerare *in re ipsa* a meno che il danneggiante non dimostri che esse non vi sono state ovvero che si tratta di un danno irrilevante o bagatellare ovvero ancora che il danneggiato abbia tratto vantaggio dalla pubblicazione dei dati».

del trattamento risponde per il danno causato dal trattamento solo se non ha adempiuto gli obblighi del presente regolamento specificatamente diretti ai responsabili del trattamento o ha agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento.

3. Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del paragrafo 2 se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile. [...]».

La disciplina appena esaminata – sulla cui interpretazione non vi sono ancora pronunce della Corte di Lussemburgo – dovrebbe entrare in raccordo con altre disposizioni del Regolamento. In particolare, l'art. 4, par. 1, n. 12 GDPR, definisce «“violazione dei dati personali”»: la violazione di sicurezza che comporta accidentalmente o in modo illecito la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati». Tra i principi di cui all'art. 5 GDPR, vi è anche quello di «integrità e riservatezza», a mente del quale i dati personali devono essere «trattati in maniera da garantire un'adeguata sicurezza dei dati personali, compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentali». Inoltre, ai sensi del par. 2 del medesimo articolo, «Il titolare del trattamento è competente per il rispetto del paragrafo 1 e in grado di provarlo (“responsabilizzazione”))». Una serie di disposizioni – i piuttosto ridondanti artt. 24, 25 e 32 GDPR – fanno riferimento all'obbligo di adottare misure tecniche e organizzative che garantiscano il rispetto del Regolamento, e affermano che l'adesione a codici di condotta o meccanismi di certificazione possono essere usate per «dimostrare il rispetto degli obblighi del titolare del trattamento». I codici di condotta<sup>74</sup>, già previsti in passato dall'art. 27 della Direttiva, trovano dunque nel GDPR un maggiore raccordo con le regole di responsabilità. La certificazione, emanata da un organismo accreditato<sup>75</sup>, è una novità, ma per essa espressamente si prevede che «[...] non riduce la responsabilità del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento riguardo alla conformità al presente regolamento»<sup>76</sup>.

Sul piano nazionale, va poi osservato che, per effetto degli artt. 27, 1° comma, lett. a e 13 d.lgs. 101/2018, sono stati abrogati gli artt. 11 e 15 Cod. Privacy, e, all'art. 152, 1° comma di quest'ultimo, è stato inserito il riferimento al «diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 82 del» GDPR.

Nell'attuale panorama normativo europeo, dunque, se da un lato si può ancora ritenere che la responsabilità da illecito trattamento dei dati personali

74 Cfr. art. 40, par. 2 GDPR.

75 Cfr. art. 43 GDPR.

76 Art. 42, par. 4 GDPR.

presupponga un danno-conseguenza<sup>77</sup> – danno che si è però detto può essere anche di carattere immateriale – restano aperti altri quesiti, e, specificatamente, se si tratti di una responsabilità per colpa o una responsabilità oggettiva<sup>78</sup>, quale sia l'assetto degli oneri probatori e quale regime della prescrizione si debba applicare.

## 6. Uno sguardo al sistema americano: la carenza di un approccio unitario a livello federale

Se questo è ciò che accade nel Vecchio Continente, ci si può domandare cosa avvenga, invece, oltreoceano.

Da più parti è stato autorevolmente rilevato che negli Stati Uniti, manca un approccio legislativo unitario al problema della *privacy*<sup>79</sup>.

Ciò non sembra derivare da limitazioni formali di competenza in capo agli organi legislativi federali. Del resto, in Europa solo di recente tale competenza è stata espressamente prevista nei trattati<sup>80</sup>, ma ciò non ha in precedenza impedito una produzione legislativa in materia: la Direttiva 95/46/CE si basava infatti sul potere della Comunità Europea di favorire il «ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune»<sup>81</sup>. Poteri di questo genere non mancano di certo al livello federale americano: è vero che solo l'interpretazione ha permesso di inscrivere il diritto alla *privacy* nel testo costituzionale<sup>82</sup>, ma allo stesso tempo, nello U.S. Const. Art. I, par. 8, si prevede espressamente che il Congresso possa «regulate commerce [...] among the several states».

A riprova di ciò, vi sono un numero piuttosto significativo di leggi federali in materia di *privacy*, alcune delle quali anche abbastanza risalenti: solo per fare qualche esempio, si ricordi, per quanto riguarda i dati raccolti da agenzie

77 Sul tema, cfr. S. THOBANI, *Il danno non patrimoniale da trattamento illecito dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 2017, 2, p. 427 ss.

78 Sul tema, cfr. E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, Milano, 2019, p. 136 ss.; nel senso di una responsabilità oggettiva si v. una pronuncia di merito relativa alla rivelazione ad opera di sanitari ai parenti di una paziente del fatto che costei facesse uso di metadone, ciò da cui si inferiva che fosse una *ex* tossicodipendente: cfr. Trib. Pordenone, 16 aprile 2010, in *Pluris*.

79 Sul «sectoral approach to data privacy protection» negli Stati Uniti si v., *ex multis*, S. M. BOYNE, *Data Protection in the United States*, 66 Am. J. Comp. L. 299 (2018); V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005, p. 44-47.

80 Cfr. art. 16 TFUE.

81 Cfr. art. 100 Trattato CE (Trattato di Roma del 25 marzo 1957).

82 Cfr. la *dissenting opinion* di Justice Brandeis in *Olmstead v. U.S.*, 277 U. S. 438, 478 (1928) (Brandeis, J., dissenting); nella letteratura italiana, cfr. D. VANNI, *op. cit.*, p. 537-538.

federali, il *Freedom of Information Act of 1966 (FOIA)*<sup>83</sup> o il *Privacy Act of 1974*<sup>84</sup>. Alcune normative riguardano poi direttamente il problema dei dati relativi alla salute, come, ad esempio, lo *Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996 (HIPAA)*<sup>85</sup>. E, del resto, un ruolo importante nell'*enforcement* del diritto alla *privacy* viene svolto dalla *Federal Trade Commission*, sulla base di disposizioni del *Federal Trade Commission Act of 1914*<sup>86</sup>, volte a reprimere la *unfair competition* e la *deception*.

La mancanza di un approccio normativo unitario risulta, dunque, una scelta (o, se si preferisce, una non-scelta) di *policy*, che è sicuramente foriera di conseguenze importanti, per lo meno sul piano della disciplina.

Infatti, il concetto americano di “dati personali” – e di dati personali relativi alla salute – non sembra essere molto differente rispetto a quello europeo: ad esempio, nell'ambito dell'*HIPAA*, viene qualificata come «protected health information» un insieme di dati «individually identifiable», ossia avente un ragionevole potenziale identificativo di una persona<sup>87</sup>, in cui vengono ricomprese, oltre alle informazioni relative alle condizioni di salute e alle prestazioni sanitarie, anche quelle relative al pagamento di queste ultime<sup>88</sup>.

Tuttavia, l'ambito di applicazione dell'*HIPAA* è fortemente limitato a livello soggettivo, in quanto per rientrare nello *scope* di tale *Act*, l'informazione in questione deve essere stata raccolta da soggetti determinati: si tratta delle c.d. *covered entities*<sup>89</sup>, tra cui rientrano, ad esempio, i medici e gli *health care providers*<sup>90</sup>, ma non altre organizzazioni che oggi raccolgono tali dati, quali, ad esempio, imprenditori che gestiscono palestre o società fornitrici di applicazioni per *smartwatch*.

Per quanto riguarda il piano delle tutele della *privacy*, poi, vi è una vera e propria *babele*, che dipende dalla pluralità delle fonti legislative: come si è già osservato, poteri sanzionatori sono previsti in capo alla *Federal Trade Commission*<sup>91</sup>; nello *HIPAA* – tuttavia – il *Civil enforcement*<sup>92</sup> è esercitato dal *Secretary* dello *U.S. Department of Health and Human Services (HHS)* e dallo *state attorney general* di

83 Cfr. Pub. L. No. 89-554, 80 Stat. 383 (1996) (codified as amended at 5 U.S.C. par. 552).

84 Cfr. Pub. L. No. 93-579, 88 Stat. 1896 (1974) (codified at 5 USCS par. 552a).

85 Cfr. Pub. L. 104-191, 110 Stat. 1936 (1996) (codified in scattered sections of 26, 29, & 42 U.S.C.).

86 Cfr. Pub. L. No. 63-203, 38 Stat. 717 (1914) (codified at 15 USCS par. from 41 to 58).

87 Cfr. 45 C.F.R. par. 160.103; 42 U.S.C.S. par. 1320d(6).

88 Cfr. 42 U.S.C.S. par. 1320d(4)(B).

89 Cfr. 42 U.S.C.S. par. 1320d-1(a).

90 Fra i quali vi sono ad es. le strutture ospedaliere, cfr. 42 U.S.C.S. par. 1320d(3), il quale rimanda a sua volta al 42 U.S.C.S. par. 1395x(u), secondo il quale «“provider of services” means a hospital, critical access hospital, skilled nursing facility, comprehensive outpatient rehabilitation facility, home health agency, hospice program».

91 Cfr. *supra*, nel presente par.

92 Si ricordi che il sistema americano non conosce una distinzione netta tra diritto privato e diritto amministrativo.

ciascuno Stato<sup>93</sup>, ma i cittadini sembrano del tutto privi di una *cause of action* individuale; nel *Freedom of Information Act of 1966 (FOIA)*, invece, se l'ente pubblico non adempie alle richieste d'accesso e di rettifica da parte dell'interessato, questi ha diritto ad un'azione civile<sup>94</sup>.

Nessuna norma federale, infine, sembra prevedere espressamente un diritto al risarcimento del danno in capo all'interessato, i cui dati siano stati violati.

## 7. Il risarcimento del danno: gli istituti della tradizione alla prova del cambiamento tecnologico

A fronte della mancanza di un'azione risarcitoria prevista dal diritto federale, i *plaintiffs* hanno cercato di fare uso – anche innanzi alle Corti federali – dei rimedi previsti nel diritto statale, e, in particolare, delle azioni *in Tort*. Inevitabilmente, questa spinta dal basso produce un quadro giuridico molto articolato, ricco di sfumature e non privo di contraddizioni.

I *Privacy Torts* – e, in particolare, quelli della *Intrusion upon seclusion* e della *Publication of private matter* – pur avendo un campo di applicazione piuttosto ampio, appaiono di limitata efficacia, l'uno, a causa del requisito soggettivo dell'*intent*<sup>95</sup>, e l'altro, per via della necessità che si siano verificati una divulgazione al pubblico e un danno in concreto<sup>96</sup>.

L'azione per ottenere il risarcimento dell'*emotional distress* fondata sul dolo, sconta la necessità di una condotta particolarmente grave<sup>97</sup>, mentre quella fondata sulla colpa non annovera nel proprio campo applicativo – per il momento – la raccolta e la gestione di dati personali, tantomeno quelli relativi alla salute<sup>98</sup>.

---

93 Cfr. 42 U.S.C.S. par. 1320d-5(d)

94 Cfr. 76 C.J.S. *Records* par. 103.

95 Il *Tort of intrusion* consiste infatti nell'intrusione volontaria, qualificabile come altamente offensiva per una persona ragionevole, in un luogo privato o negli affari privati di un soggetto, cfr. 77 C.J.S. *Right of Privacy and Publicity* par. 10, Westlaw (March 2020 Update); RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS par. 652B (AM. LAW. INST. 1977).

96 Per la configurazione del *Tort of disclosure*, è necessario che il *defendant* abbia dato *publicity* ad una informazione privata altrui: ciò significa che deve essere realizzata una divulgazione al pubblico, e non una mera comunicazione ad un ristretto gruppo di terzi, o a singoli individui, cfr. 77 C.J.S. *Right of Privacy and Publicity* par. 12 (March 2020 Update); RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS par. 652D (AM. LAW. INST. 1977); per una critica alla distinzione da ultimo richiamata, in quanto eccessivamente restrittiva nell'era di *Internet* e dei *social media*, cfr. D. A. ELDER, *Privacy Torts*, par. 3:3, Westlaw (2019); sulla necessità del danno in concreto alla reputazione, cfr. RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS par. 652H cmts a-c (AM. LAW. INST. 1977).

97 Essa deve essere *extreme and outrageous*; cfr. ad es. *Andrews v Bruk*, 631 N.Y.S.2d 771, 772 (N.Y. App. Div. 1995), che non ritiene tale l'aver ottenuto informazioni sanitarie relative ad una vasectomia per utilizzarle contro il paziente in una causa di divorzio.

98 Cfr. RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: PHYS. & EMOT. HARM par. 47 (AM. LAW. INST. 2012): «An actor whose negligent conduct causes serious emotional harm to another is subject to liability to the other if the conduct: (a) places the other in danger of immediate bodily harm and the

Il rimedio maggiormente promettente – quello del *Tort of breach of confidence* – può essere promosso solamente contro gli *healthcare providers* in caso di violazione dei loro *fiduciary duties*<sup>99</sup>, ma non contro altri soggetti che raccolgono e gestiscono dati sanitari.

Inoltre, l'azionabilità dei rimedi forniti dalla *Law of Torts* per le violazioni della *Privacy* nella giurisdizione federale riscontra ulteriori difficoltà. Si può rapidamente ricordare che, ai sensi del U.S. Const. art. III, par. 2, «The judicial Power [of the United States] shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; [...] to Controversies [...] between Citizens of different States».

Come è noto, da questa disposizione si ricava *in primis* che azioni *at Common Law*, come quelle appena esaminate, non sono, di per sé, esperibili dinnanzi alle Corti federali, a meno che la differenza di cittadinanza delle parti coinvolte non lo permetta.

In secondo luogo, e principalmente dalla locuzione “*cases and controversies*”, è stata tratta la *Justiciability doctrine*, secondo la quale la giurisdizione federale è circoscritta alla cognizione di *adversary litigation*<sup>100</sup>. In questo ambito, durante il XX secolo, le Corti federali hanno elaborato una specifica accezione del requisito dello *standing*<sup>101</sup>, ai sensi del quale, per agire in giudizio avanti le stesse è necessario che vi sia «a “personal stake” that will make the plaintiff an effective litigant», specificando che esso è integrato quando vi è «an injury in fact that has been caused by the challenged conduct and that can be remedied by a judicial decree»<sup>102</sup>.

---

emotional harm results from the danger; or (b) occurs in the course of specified categories of activities, undertakings, or relationships in which negligent conduct is especially likely to cause serious emotional harm».

99 Cfr. RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS par. 874 reporter's note (AM. LAW. INST. 1979); in qualche Stato, si riscontra una certa confusione tra l'azione per rimediare alla violazione dei doveri in esame e quella per *medical malpractice*: cfr. in Louisiana, *Leger v Spurlock*, 589 So. 2d 40 (La. Ct. App. 1991); in Michigan, si v. poi *Saur v Probes*, 476 N.W.2d 496 (Mich. Ct. App. 1991), e più di recente anche *Ware v Bronson Methodist Hosp.*, No. 307886, 2014 Mich. App. LEXIS 2125, 2014 WL 5689877 (Nov. 4, 2014); naturalmente si deve tener conto che in ambiente americano si rimane nell'ambito di *Tort Law*, e ciò costringe a rinunciare a ragionare in termini di responsabilità contrattuale e di inadempimento di obblighi di protezione.

100 Cfr. 13 C. A. WRIGHT, A. R. MILLER ET AL., FED. PRAC. & PROC. JURIS. par. 3529 (3d ed. 2008), Westlaw, (August 2019 Update); U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di Diritto Comparato*, Torino, 1992, p. 206 ss.

101 Il quale è richiesto anche dalla giurisprudenza della maggior parte degli Stati, dove però vengono adottate in genere soluzioni meno restrittive, le quali normalmente non si fondano sui testi delle costituzioni particolari, cfr. W. SASSMAN, *A Survey of Constitutional Standing in State Courts*, 8 Ky. J. Equine Agric. & Nat. Resources L. 349, 352–54 (2015).

102 Cfr. C. A. WRIGHT, A. R. MILLER ET AL., *op. cit.*, par. 3531.

Rispetto alla *injury in fact*, in particolare, la Corte Suprema ha recentemente affermato che, per avere *standing* dinnanzi ai giudici federali, è necessaria almeno una «threatened injury», la quale «must be “certainly impending”»<sup>103</sup>, e che non è sufficiente una «highly attenuated chain of possibilities» che il danno si verifichi<sup>104</sup>, mentre può bastare un «“substantial risk” that the harm will occur, which may prompt plaintiffs to reasonably incur costs to mitigate or avoid that harm»<sup>105</sup>. In un'altra decisione, la *Supreme Court* ha poi affermato che il requisito della *injury in fact* è integrato quando la lesione lamentata è attuale o imminente, e, al contempo, è concreta ed individuale<sup>106</sup>.

Le pronunce del massimo organo giurisdizionale si sono, però, inserite in un sostrato caratterizzato da non trascurabili divergenze di orientamento tra le Corti federali d'appello<sup>107</sup>; divergenze che, peraltro, sembrano perdurare. Tutti i *Circuits* – tranne il quinto, per il momento – si sono, infatti, espressi in materia di *standing* in azioni relative alla *Data Privacy*, e le decisioni emanate evidenziano un contrasto giurisprudenziale: in caso di *data breach* a cui segua la pubblicazione indebita delle informazioni da parte di chi le conserva o anche la loro sottrazione da parte di terzi, ma non altre conseguenze negative, le possibilità di successo dell'azione vengono azzerate per carenza di *standing* sotto il profilo della assenza di una *injury in fact* in un terzo delle Corti federali d'appello<sup>108</sup>.

Come sempre accade in questi casi, non mancano voci di chi auspica una ampia riforma del diritto in materia<sup>109</sup>. Va però osservato che alcuni tra gli ostacoli sperimentati dai *plaintiffs* americani sono radicati in una mentalità giuridica che non è suscettibile di rapidi interventi riformatori. Si pensi alla tradizionale ritrosia dei *common lawyers* a riconoscere il risarcimento dei danni non patrimoniali in assenza di una lesione tangibile<sup>110</sup>. A livello statale, tuttavia, si iniziano ad intravedere novità nel formante legislativo: ad esempio, in California, una

103 Clapper v Amnesty Int'l USA, 568 U.S. 398, 401, 409 (2013).

104 *Id.* at 410.

105 *Id.* at 414 n. 5.

106 Cfr. Spokeo, Inc. v Robins, 136 S. Ct. 1540 (2016).

107 Dove viene presa la maggior parte delle decisioni con forza di precedente vincolante, cfr. M. TARUFFO, voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VI, Torino, 1990, p. 384.

108 Cfr. Katz v Pershing, LLC, 672 F.3d 64 (1st Cir. 2012); Whalen v Michaels Stores, Inc., 689 F. App'x 89 (2d Cir. 2017); Beck v McDonald, 848 F.3d 262 (4th Cir. 2017), *cert. denied sub nom.* Beck v Shulkin, 137 S. Ct. 2307 (2017); Alleruzzo v SuperValu, Inc. (In re SuperValu, Inc., Customer Data Sec. Breach Litig.), 870 F.3d 763 (8th Cir. 2017).

109 In questo senso, cfr. *ex multis*, K. M. SULLIVAN, *But Doctor, I Still Have Both Feet – Remedial Problems Faced by Victims of Medical Identity Theft*, 35 Am. J.L. & Med. 647, 669-670 (2009).

110 Cfr. G. COMANDÈ, *Le non pecuniary losses in Common Law*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 4, p. 499-521.

nuova disposizione permette ai consumatori che lamentino alcune violazioni della *privacy*, di domandare *statutory damages* anche in assenza di ulteriori danni<sup>111</sup>.

## 8. Conclusioni

Al termine di questo percorso, possiamo osservare, in primo luogo, che il fenomeno dei dati personali è grossomodo lo stesso in Europa e in America, e che – a livello normativo – su entrambe le sponde dell’Atlantico, quelli relativi alla salute hanno ricevuto una disciplina (almeno in parte) a sé stante. Tuttavia, sempre a livello normativo, sono state adottate scelte di *policy* differenti: in particolare, negli Stati Uniti prevale una frammentazione degli attori e dei meccanismi di *enforcement*. Infine, va rilevato che, in America, l’azione risarcitoria – pur non formalmente prevista – è un rimedio ricercato dai *plaintiffs*, e tuttavia sconta problematiche relative al danno-conseguenza; in Europa, invece, l’espressa previsione normativa della risarcibilità dei danni immateriali sembra volta a facilitare gli attori, sebbene la soddisfazione dei loro interessi, al momento, dipenda ancora molto dalle scelte interpretative della giurisprudenza nazionale, nell’attesa che la Corte di giustizia dell’Unione europea si pronunci in materia.

---

111 Cfr. CAL. CIV. CODE par. 1798.150(a) (West 2020), introdotto dal California Consumer Privacy Act, ed entrato in vigore il 1° gennaio 2020.

# Il Trust: la circolazione di un istituto dal diritto di *equity* alle moderne legislazioni *offshore*

Giulia Terranova

SOMMARIO: 1. Le origini e le caratteristiche del trust volontario. – 2. Il trust negli ordinamenti *offshore*. – 3. I diversi modelli di trust e l'ordinamento italiano: quali i limiti di compatibilità?

## 1. Le origini e le caratteristiche fondamentali del trust volontario

La circolazione del trust in ordinamenti distinti da quello dove trova origine, rappresenta un importante esempio di trapianto giuridico di un istituto determinato dal suo prestigio<sup>1</sup> o, come è stato autorevolmente sottolineato, di un flusso giuridico, inteso come qualsiasi «dato dell'esperienza giuridica che, proprio di un ordinamento, sia percepito in un altro e qui introduca un elemento di squilibrio»<sup>2</sup>.

- 
- 1 La letteratura comparatistica relativa ai *legal transplants* è molto ampia e in questa sede se ne può fare esclusivamente rinvio: A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edimburgh (1974); ID., *Comparative Law and Legal Change*, Cambridge LJ 313 (1978); R. SACCO, *La circulation des modèles juridiques*, in *Rapports généraux au XIII Congrès International de droit comparé-Montreal 1990* (1992), 1; ID., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, *Am. J. Comp. L.* 393 (1991) 397; ID., *Introduzione al diritto comparato*, p. 148; P.G. MONATERI, *The Weak Law: Contaminations and Legal Cultures*, *Global Jurist*, 2001, 1, 3; U. MATTEI, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, 14 *International Review of Law and Economics* 3 (1994); ID., voce *Circolazione dei modelli giuridici*, in *Enciclopedia del diritto*, 2007, p. 173; M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplants and receptions*, in *Oxford Handbook of Comparative Law*, M. Reimann-R. Zimmermann, Oxford (2008), p. 441. ID., *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 10.2, (2009), 723; E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000, p. 43; J.W. CAIRNS, *Watson, Walton and the History of Legal Transplants*, 41 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 637 (2013). Contro l'ammissibilità dei trapianti giuridici si può fare riferimento a P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal transplants*, in 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111 (1997).
- 2 Sono le parole di M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 19, che continua osservando che «La percezione del dato dell'esperienza giuridica ne fa un flusso quando se ne avverta la rilevanza; ed

Il diritto dei trust infatti nasce nel sistema giuridico inglese e si consolida grazie all'attività giuridica della Corte di *equity*<sup>3</sup>, nell'ambito della quale è definito come il più fortunato risultato raggiunto dalla giurisprudenza inglese<sup>4</sup>, ed è riuscito ad esercitare la propria influenza in numerosi ordinamenti stranieri, che oggi ne prevedono, infatti, una disciplina *ad hoc*.

Lo scritto si soffermerà su alcuni aspetti del menzionato fenomeno, in primo luogo, valutando se e in che modo il trust trapiantato in alcuni sistemi giuridici differisca da quello originario, e, successivamente, esaminerà l'influenza che i diversi modelli di trust hanno esercitato, anche rispetto all'ordinamento italiano.

Con riferimento al diritto inglese, lo sviluppo e la consolidazione del diritto dei trust nell'ambito della giurisprudenza di *equity*, ha rappresentato un importante esempio di come quest'ultima sia riuscita a mitigare la rigidità delle regole elaborate dalle Corti di *common law*, vincolate al sistema chiuso dei *writs* e delle *forms of actions*, e abbia saputo garantire dei rimedi giuridici a situazioni inique, fornendo una tutela ispirata all'equità e alla giustizia sostanziale.

Mentre le prime forme di trust sono state utilizzate prevalentemente nel contesto familiare, analogamente a quanto avveniva con lo *use*, il suo antecedente storico, e, quindi, per organizzare in modo più efficiente i patrimoni familiari e per gestirne il passaggio intergenerazionale, successivamente, l'istituto, coerentemente con lo sviluppo del mercato e dei traffici, è stato impiegato anche in diversi settori, come quello commerciale.

Nel diritto inglese contemporaneo il trust conosce un utilizzo pervasivo in diversi ambiti dell'ordinamento giuridico e comprende diverse tipologie che vanno dai trust volontari a quelli involontari e *statutory*: in queste pagine ci si soffermerà, tuttavia, solo su alcuni aspetti del trust volontario, che, peraltro, è quello che ha subito una maggiore diffusione al di fuori del contesto inglese.

---

è allora che il contesto nel quale la percezione avviene entra in uno stato di squilibrio. Nessun flusso, infatti, avviene senza un bisogno».

- 3 È tuttavia doveroso ricordare gli ormai numerosi studi che rinvergono già nel diritto romano alcuni concetti giuridici centrali per l'istituto, come, ad esempio, quello di fiducia, nonché alcuni istituti come l'*usus* e il *fideicommissum* rispetto ai quali il trust potrebbe essere considerato una evoluzione storica. Su questi temi si veda: M. LUPOI, *Trust and confidence*, Part I e Part II, in *Trusts e att. fid.*, 2009, 4, p. 353 e 5, p. 469; F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario*, 2012, Napoli, I, p. 217; H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo — La sostenibilità della differenza*, Bologna, 2010, p. 431; D. JOHNSTON, *The roman law of trusts*, Oxford (1988); P. PARDOLESI-L. CAPUTI, *Percorsi Microcomparatistici: dal trust al contratto di affidamento fiduciario*, *Quaderni del dipartimento Jonico*, Bari, 2018, p. 19.
- 4 La possibile continuità storica tra il trust e i predetti istituti di diritto romano è stata giustificata anche sulla base dell'influenza subita dalle prime Corti di *equity* da parte del diritto romano. Si è altresì sottolineato che il trust presenta alcune peculiarità che lo distinguono dall'*usus* e dal fedecommesso, soprattutto se si considera l'evoluzione successiva del trust, utilizzato anche al di fuori del contesto familiare. In questi termini N. LUISI, *Brevi considerazioni sull'origine romanistica della struttura negoziale del trust*, in *Fiducia, Trusts, Affidamenti. Un percorso comparatistico*, BICCARI (a cura di), Urbino, 2015, p. 127.

Quest'ultimo rientra, ancora oggi, nel diritto di *equity* e la sua struttura prevede il trasferimento della titolarità del *legal estate* su determinati beni (il trust *fund*) dal disponente ad un trustee che li gestisce fiduciariamente a favore di altri soggetti, i beneficiari, o per uno scopo determinato (*charitable trust*).

Con riferimento al trust con beneficiari, l'aspetto che preme, in questa sede, evidenziare, riguarda il particolare equilibrio che si crea tra i tre centri di interesse coinvolti (disponente, trustee e beneficiari): nel modello inglese esso si fonda sulla centralità del beneficiario e, una volta istituito il trust, con il trasferimento dei beni al trustee, il rapporto caratterizzante diventa quello esistente tra i beneficiari e il trustee, mentre il disponente *drops out of the picture*: una volta istituito il trust, egli perde il controllo sul trust fund e sulla relativa gestione<sup>5</sup>.

Testimoniano la centralità del menzionato equilibrio molte regole inglesi di cui sono espressione e su cui si fonda questa area del diritto: tra di esse va senz'altro menzionato il *beneficiary principle*, sulla base del quale un trust non è valido se non individui almeno un beneficiario<sup>6</sup> con sufficiente certezza (regola della *certainty of objects*<sup>7</sup>).

- 
- 5 Con l'istituzione del trust infatti la gestione del trust fund è affidata esclusivamente al trustee, il quale è obbligato a rispettare gli obblighi imposti dall'atto istitutivo e quelli previsti dall'ordinamento a favore dei beneficiari. L'estromissione del disponente dalla gestione del trust del resto non ha mai impedito allo stesso di mantenere un contatto con il trust e, in particolare, con il trustee; nei trust istituiti per gestire patrimoni familiari spesso accadeva infatti che il trustee fosse una persona molto vicina al disponente e, proprio per questo, di sua fiducia. Il trustee inoltre nella gestione del trust deve sempre tenere in considerazione la volontà del disponente espressa nell'atto istitutivo ed eventualmente anche nelle *letter of wishes*, documenti con cui il disponente dà al trustee delle indicazioni relative alla gestione del trust *fund* (M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 405). Il punto che preme sottolineare è che l'influenza del disponente sulle scelte gestorie poste in essere dal trustee non può vincolarne le decisioni, che, ancorché si allineino a quelle eventualmente suggerite dal disponente, devono essere sempre frutto di una libera determinazione del trustee fondata sul perseguimento dell'interesse dei beneficiari.
- 6 La *ratio* di questa regola è di tipo processuale e consiste nella necessaria presenza di almeno un soggetto che in caso di inadempimento degli obblighi gestori e fiduciari del trustee sia interessato ad agire in giudizio. La seconda ragione giustificatrice del principio risiede nella necessità che vi sia un soggetto a cui riferire un *property right in equity*, in favore del quale sia orientata l'attività del trustee. In assenza di almeno un beneficiario, infine un trust sarebbe in contrasto con la *rule against perpetuities*, che stabilisce a pena di nullità che il trust debba individuare entro un certo termine una persona determinata a favore della quale possano incardinarsi i diritti del beneficiario.
- 7 La *certainty of object* è una delle tre certezze teorizzate dal precedente *Knight v Knight* (1840) 3 Beav 148, in assenza delle quali un trust è considerato *void*. Le altre due certezze sono la *certainty of intention*, su cui *infra*, e la *certainty of subject matter* in forza della quale l'oggetto del diritto di proprietà trasferito al trustee deve essere identificato o identificabile. Cfr. J. PENNER, *The Law of Trusts*, Oxford, 2016, p. 190.

È ancora espressione della centralità dei beneficiari la nota regola *Saunders v Vautier*<sup>8</sup>, che prende il nome dal precedente che la ha teorizzata<sup>9</sup> e in forza della quale i beneficiari che siano maggiorenni e capaci di intendere e di volere (*sui iuris, ie of full age and sound of mind*) hanno il diritto di ottenere in qualunque momento, dal trustee, il trasferimento del *legal estate* sulla quota di beni ad essi spettante, ancorché il trust non sia ancora giunto al suo termine finale. I beneficiari hanno, quindi, diritto di porre fine anticipatamente al trust, anche in contrasto con la volontà del disponente. La *ratio* della regola deriva dal riconoscimento della posizione dei beneficiari quali *owners*, seppur solo in *equity*, di una quota del trust *fund*: proprio perché ne sono titolari, possono liberamente disporne, anche ponendo fine al trust.

A partire dal 1996, alle prerogative dei beneficiari, le *Sections* da 19 a 21 del *Trust of Land and Appointment of Trustees Act*, hanno aggiunto la possibilità di sostituire il trustee<sup>10</sup> e, quindi, ancorché indirettamente, di incidere nella gestione fiduciaria: il suo presupposto applicativo è che i beneficiari esprimano una volontà unanime e ricorrano i presupposti individuati dal già citato precedente *Saunders v Vautier* (gli stessi, cioè, devono essere maggiorenni e capaci di intendere e di volere).

La – necessaria – centralità dell'interesse dei beneficiari nell'equilibrio del trust ha comportato, tra le varie conseguenze, che l'eventuale mantenimento del controllo da parte del disponente sul trust *fund* o sulla gestione del trustee e, quindi, lo sbilanciamento del predetto equilibrio verso quest'ultimo, possa comportare l'invalidità del trust.

Si tratta di quei casi in cui il permanere dell'influenza del disponente sia giudicato sintomatico dell'assenza di una sua autentica volontà di istituire il trust e manchi, quindi, l'inderogabile requisito della *certainty of intention*<sup>11</sup>. La giurisprudenza è giunta a tale conclusione se, dall'esame dei casi in concreto, abbia accertato che il disponente nell'atto di trust si sia riservato numerosi poteri e li abbia

8 J. PENNER, op. cit., p. 82; P. MATTHEWS, *The comparative importance of the rule in Saunders v Vautier*, 122 L.Q.R. 266 (2006).

9 *Saunders v Vautier* (1814) 4 Beav 115.

10 Le disposizioni hanno avuto una importante portata innovativa rispetto alla precedente interpretazione giurisprudenziale, in forza della quale i beneficiari, ancorché ricorressero i presupposti per invocare la regola espressa dal precedente *Saunders v Vautier*, non avrebbero potuto nominare un nuovo trustee, né dare delle indicazioni in tal senso al soggetto titolare del relativo potere in forza dell'atto istitutivo. Essi potevano quindi scegliere esclusivamente tra porre fine al trust, ovvero mantenerlo in vita e rispettare quanto previsto nell'atto istitutivo, senza facoltà di sostituire il trustee. L'unica modalità per i beneficiari di sostituire il trustee era quindi quella di dapprima porre fine al trust, applicando la regola *Saunders v Vautier* e, successivamente, istituire un nuovo con un trustee diverso. Sul tema cfr. N. HOPKINS, *The Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996*, *Conveyancer and Property Lawyer* 428 (1996); J. GOLDSWORTHY, *Appointment and Retirement of Trustees: UK rules modified*, *Trusts and Trustees*, 2 (1996), p. 23 ss.

11 Cfr. *supra* nota n. 7.

poi effettivamente esercitati: tra questi, ad esempio, quello di revocare il trust e il trustee, di rimuovere i beneficiari o di dare indicazioni vincolanti al trustee, il quale assume il ruolo di passivo esecutore degli ordini del disponente, senza perseguire gli interessi dei beneficiari<sup>12</sup>. In queste ipotesi il trust, per l'assenza della *certainty of intention*, è stato definito come *sham*<sup>13</sup> e, di conseguenza, non ha potuto produrre l'effetto traslativo nei confronti del trustee, ancorché siano stati fatti salvi gli effetti nei confronti dei terzi in buona fede<sup>14</sup>.

I casi affrontati dalla giurisprudenza inglese hanno riguardato, prevalentemente, fattispecie in cui il disponente abbia utilizzato il trust solo per creare una segregazione patrimoniale per finalità illecite, come quella di sfuggire alle azioni creditorie.

## 2. Il trust negli ordinamenti *offshore*

Tra i numerosi ordinamenti ove il trust è stato oggetto di trapianto giuridico, vi sono quelli cc.dd. *offshore*<sup>15</sup>, che, anche grazie ai benefici fiscali connessi<sup>16</sup>, hanno previsto delle legislazioni sul trust *ad hoc*, perseguendo lo scopo principale di attrarre capitali, tanto che, oggi, il trust rappresenta uno dei settori più importanti delle loro economie.

La disciplina dei trust *offshore*, pur essendosi instaurata sulle regole elaborate dall'ordinamento inglese, e pur basandosi anch'essa sul trasferimento della titolarità del trust *fund* dal disponente al trustee, presenta delle peculiarità che lo rendono affatto distante dal modello originario, con una alterazione radicale dell'equilibrio, già esaminato, tra i suoi tre centri di interesse (disponente-trustee-beneficiari).

12 L.E. PERRIELLO, *Sham Trust: A Comparative Study*, 5 *European Review of Private Law* 943 (2017).

La circostanza che il trustee si adegui alle indicazioni del disponente non è peraltro dirimente nella qualificazione del trust come *sham* per assenza di *certainty of intention* qualora il giudice accerti che il trustee, pur seguendo le richieste del disponente, abbia correttamente perseguito l'interesse dei beneficiari. Questa conclusione è quella oggi prevalente nella giurisprudenza inglese: cfr. *Shalson v Russo* (2006) 8 ITEL 435; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Padova, 2019, p. 97.

13 La nozione e la definizione di *sham* trust sono stati oggetto di diverse pronunce giurisprudenziali, a partire dagli anni 60 del secolo scorso. Le più importanti sono: *Snook V London and West Riding Investments Ltd*, [1967] 2 Q.B. 786; *Midland Bank Plc v Wyatt*, [1995] 1 F.L.R. 467; *Minnalla v Minnalla* [2005] 1 F.L.R. 771 (FD), in *Trusts e att. fid.*, 2006, p. 230; *Shalson v Russo* [2005] Ch 281 (Ch), in *Trusts e att. fid.*, 2006, p. 275.

14 HANBURY-MARTIN, *Modern Equity*, Londra, 2018, p. 82; sulla possibilità che l'interesse dei terzi in buona fede che abbiano fatto affidamento sul trust *sham* sia tutelato cfr. L.E. PERRIELLO, *op. cit.*, p. 946.

15 Vi rientrano, ad esempio, gli ordinamenti di Anguilla, Antigua, Bahamas, Belize, Bermuda, British Virgin Islands, British Cook Islands, Cayman Islands, Guernsey, Jersey, Labuan e Nevis. I testi legislativi di riferimento sono reperibili all'indirizzo [www.iltrustitalia.it](http://www.iltrustitalia.it).

16 Da qui la definizione di *offshore trusts*.

Nelle legislazioni *offshore*, accomunate tra loro dalla medesima linea evolutiva, infatti, il fulcro del trust è rappresentato dal disponente che può mantenere ampi poteri di gestione e controllo, sia sul trust *fund*, sia sul trustee. Il trust tende perciò a divenire uno strumento attraverso il quale il disponente può creare un patrimonio separato che permane sotto il suo dominio; la funzione del trustee, che il più delle volte è un soggetto professionale che svolge la sua attività in via istituzionale, è più vicina a quella di un mandatario, e il ruolo del beneficiario passa in secondo piano, tanto che il rapporto caratterizzante il trust è quello esistente tra il disponente e il trustee<sup>17</sup>.

La differente impostazione del modello internazionale emerge, in modo chiaro, da quelle disposizioni che consentono espressamente che il disponente mantenga una serie molto ampia di poteri, quali, ad esempio, la possibilità di revocare il trust, di modificare le clausole dell'atto istitutivo, di disporre degli interessi dei beneficiari e di revocare il trustee<sup>18</sup>. I predetti ordinamenti, in questo modo, legittimano *ex ante* tali previsioni, senza lasciare spazio, quindi, a un giudizio di ammissibilità in concreto da parte del giudice, come, al contrario, accade nell'ordinamento inglese. L'accentramento dei poteri nel disponente è tale che i trust regolati da queste legislazioni siano chiamati anche *reserved powers trusts*.

Alla maggiore rilevanza della posizione del disponente, corrisponde, specularmente, un ruolo affievolito in capo ai beneficiari, i quali vedono diminuite notevolmente le loro prerogative. Diversi ordinamenti, ad esempio, hanno previsto la derogabilità della regola *Saunders v Vautier*, non consentendo ai beneficiari maggiorenni, capaci di intendere e di volere, di chiedere l'assegnazione anticipata dei beni ad essi spettanti in forza del trust<sup>19</sup>. È consentito, inoltre, al disponente, di limitare la facoltà dei beneficiari di chiedere informazioni circa la gestione dei beni. Nell'impostazione tradizionale inglese, invece, i beneficiari titolari di un diritto certo all'assegnazione di una quota del trust *fund* (detti *vested*), hanno il diritto di prendere visione dei documenti del trust e, quindi, delle informazioni ivi contenute.

17 Si parla a tal proposito di contrattualizzazione del trust: quest'ultimo, infatti, da affidamento fiduciario unilaterale nell'interesse di un terzo (il beneficiario) diviene più simile ad un rapporto bilaterale di *agency* tra disponente e trustee, dovendo quest'ultimo adempiere alla volontà del primo, come, appunto, un agent nei confronti del *principal*. I beni del trust *fund*, correlativamente, divengono oggetto piuttosto di un patrimonio separato riconducibile alla sfera di controllo del disponente. Cfr. P. MATTHEWS, *op. cit.*, p. 293; J.H. LANGBEIN, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 *Yale L.J.* 638 (1995).

18 Si tratta ad esempio di Cayman Islands, Trust Law (2017 Revision), Section 14; Bahamas Trustee Act, 1998, Section 3; Trusts (Jersey) Law 1984, Section 9A; Trusts (Guernsey) Law 2007, Section 15.

19 Si tratta ad esempio di Cook Islands, International Trusts Act, 1984, Section 10(1); British Virgin Islands, Special Trusts Act 2003, Section 12; Bahamas Trustee Act, 1998, Section 87(1); San Marino, lg. 1° marzo 2010, n. 42, art. 50.3.

L'ordinamento di Jersey, infine, ha espressamente escluso l'applicazione del principio tradizionale *donner et retenir ne vaut*, derivante da una regola consuetudinaria normanna prevista a tutela del diritto dei legittimari della quota di legittima a loro spettante. In base a detto principio, infatti, sono nulli i trasferimenti a titolo gratuito compiuti in vita dal *de cuius*, che possano pregiudicare le quote di legittima degli eredi, nel caso in cui il donante, nonostante il trasferimento, abbia mantenuto un potere di disposizione e di controllo sui beni donati<sup>20</sup>.

È possibile osservare, quindi, che il trust, negli ordinamenti *offshore*, da strumento posto in essere dal disponente con la finalità di cedere dei beni ai beneficiari, ancorché con l'intermediazione del trustee, è divenuto un mezzo attraverso il quale è possibile istituire legittimamente dei patrimoni separati atipici, rispetto ai quali il disponente può continuare a esercitare ordinari poteri di gestione e controllo.

Da ultimo, va fatto un breve cenno alla circostanza che il menzionato *trend* evolutivo che accomuna le legislazioni *offshore*, non sempre è lineare e costante: l'ordinamento di Jersey, in particolare, se ne è talvolta discostato. Se, da un lato, infatti, esso è uno dei principali sistemi che orientano l'evoluzione del trust nei termini anzidetti, dall'altro lato, si è distinto, in alcune occasioni, grazie all'intervento della giurisprudenza, che, seppur timidamente, ha cercato di porre un argine alla tendenza centralizzatrice del disponente. I giudici di Jersey hanno infatti applicato in alcune occasioni la categoria dello *sham* trust, che colpirebbe, invalidandoli, quei trust istituiti esclusivamente per creare un trasferimento apparente al trustee, il quale sarebbe privo anche di una minima forma di autonomia decisionale rispetto alla gestione dei beni. L'intervento della giurisprudenza in questo ambito, si è tuttavia rilevato finora in concreto poco incisivo, richiedendo, infatti, a carico del soggetto interessato ad invalidare il trust, un onere della prova molto oneroso<sup>21</sup>.

20 Con la riforma del 2006 della Trusts (Jersey) Law 1984 è stata introdotta la Section 9(5) che così dispone: «The rule *donner et retenir ne vaut* shall not apply to any question concerning the validity, effect or administration of a trust, or a transfer or other disposition of property to a trust». La circostanza che il disponente, dopo aver trasferito il trust *fund* al trustee, mantenga il controllo sui beni non può pertanto comportare l'invalidità del trust in forza della regola *donner et retenir ne vaut*.

21 La giurisprudenza, infatti, ha richiesto oltre alla dimostrazione della predetta situazione di apparenza, anche la prova di un accordo simulatorio tra disponente e trustee volto a creare un assetto di interessi fittizio. Le Corti, inoltre, hanno ritenuto necessario anche dimostrare che il disponente e il trustee abbiano avuto «the common intention to give a false impression to third parties». L'intento fraudolento del disponente accompagnato dalla mera acquiescenza del trustee rispetto al programma negoziale del disponente non è al contrario stata ritenuta sufficiente per concludere circa la natura *sham* del trust. In questo senso cfr. *In re Esteem Settlement* [2003] JLR 188, in *Trusts e att. fid.*, 2004, p. 414; *Mackinnon v The Regent Trust Co Ltd* [2004], in *Trusts e att. fid.*, 2006, p. 268.

### 3. I diversi modelli di trust e l'ordinamento italiano: quali i limiti di compatibilità?

L'evoluzione del diritto straniero sui trust è rilevante anche per l'ordinamento italiano, che, come noto, con la legge n. 364 del 1989, ha ratificato la Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts e al loro riconoscimento, del 1° luglio 1985<sup>22</sup>. La Convenzione ha, infatti, disposto che gli effetti derivanti dall'istituzione di trust devono essere riconosciuti anche negli ordinamenti che la abbiano ratificata, ancorché non ne prevedano una regolamentazione sostanziale interna, attribuendo al disponente la facoltà di scegliere, come regolatrice del trust, una legge straniera che lo disciplini (art. 6). Perché un trust possa essere riconosciuto come tale dalla Convenzione e, quindi, produrre effetti<sup>23</sup> anche nell'ordinamento che la ha ratificata, come quello italiano, è necessario che presenti alcuni requisiti minimi, elencati dall'art. 2, che senz'altro caratterizzano anche il trust degli ordinamenti inglese e *offshore*<sup>24</sup>.

22 Su questo tema, tra i tanti, si ricorda: E. GAILLARD-D.T. TRAUTMAN, *Trusts in Non-Trust Countries: Conflicts of Laws and the Hague Convention of Trusts*, 35 *Am. J. Comp. L.* 307 (1987); D. HAYTON, *The Hague Convention on the Law Applicable to Trust and on their Recognition*, *Int. Comp. Law Quart.* 260 (1987); A. GAMBARO-A. GIARDINA-G. PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1211 ss; M. LUPOLI, *Introduzione ai trusts. Diritto inglese-Convenzione dell'Aja-Diritto italiano*, Milano, 1994.

23 L'art. 11 della Convenzione dispone che gli effetti minimi che devono essere riconosciuti ad un trust corrispondono sostanzialmente alla separazione patrimoniale del trust *fund* rispetto al patrimonio del trustee. «Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity. In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular – a) that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets; b) that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy; c) that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death; d) that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets. However, the rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum».

24 La definizione del trust convenzionale è stata volutamente formulata in termini più ampi rispetto al concetto di trust nell'ordinamento inglese di origine: la disposizione infatti non richiede che i beni siano trasferiti al trustee ma semplicemente che siano posti sotto il suo controllo. L'art. 2 in particolare dispone che «For the purposes of this Convention, the term "trust" refers to the legal relationships created – inter vivos or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose. A trust has the following characteristics – a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate; b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee; c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law. The reservation by the settlor of certain rights and

Grazie alla ratifica della Convenzione dell'Aja è, quindi, oggi possibile che un soggetto italiano istituisca un trust con ad oggetto dei beni siti in Italia e a favore di soggetti italiani, che produca i suoi effetti nel territorio italiano<sup>25</sup>. Il giudice italiano chiamato a giudicarne la legittimità, dovrà valutare, in primo luogo, la conformità dello stesso alle disposizioni interne imperative, di ordine pubblico e di applicazione necessaria<sup>26</sup>: nel caso contrario il trust infatti non potrà produrre effetti. Superato il primo vaglio di legittimità, l'organo giudicante dovrà, quindi, valutare la conformità del trust al diritto prescelto dal disponente come regolatore dello stesso: nel caso negativo, dovrà concludere per l'invalidità o l'inefficacia del negozio, secondo quanto previsto nell'ordinamento straniero.

L'iniziale percezione del trust da parte di una porzione della dottrina e della prassi italiane ha ignorato le origini e le funzioni dell'istituto svolte nel diritto inglese, recependolo semplicemente come strumento attraverso il quale fosse possibile creare delle segregazioni patrimoniali atipiche, in assenza di alcun limite. E la diffusione del modello dei *reserved powers trusts* ha influito notevolmente nella affermazione della predetta percezione del trust, veicolando lo schema dell'istituto basato sul mantenimento da parte del disponente del controllo del trust *fund*, pur non essendone più il titolare formale, e così avvalorando la sua funzione elusiva delle disposizioni poste a tutela dei creditori.

La giurisprudenza italiana si è così trovata a dover giudicare della validità di questa tipologia di trust "fittizi", i quali, il più delle volte, sono stati impugnati dai creditori del disponente, interessati evidentemente a revocare gli effetti della segregazione, potendo così aggredire il patrimonio del disponente. La risposta dei giudici<sup>27</sup> è stata, da subito, univoca nel considerare esperibile l'azione revocatoria nei confronti dell'atto di trasferimento dei beni al trustee che, come noto, lo renderebbe relativamente inefficace. Si tratterebbe di uno strumento

---

powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust».

La formulazione più ampia dell'art. 2 è il frutto delle richieste degli esponenti dei paesi di *civil law* che, da un lato, volevano ampliare l'ambito di applicazione della Convenzione anche a rapporti fiduciari che tuttavia non prevedessero il trasferimento della proprietà al fiduciario e, dall'altro lato, non volevano fare riferimento al trasferimento della proprietà per paura che si presentassero delle resistenze legate al timore del recepimento del concetto di *dual ownership*. Cfr. J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention. Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford (2002), p. 105.

25 Si tratta del c.d. trust interno.

26 L'art. 15 della legge di ratifica della Convenzione si riferisce alle norme imperative; l'art. 16 alle disposizioni di applicazione necessaria e l'art. 18 all'ordine pubblico. M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 543. Per una disamina dei trust che potrebbero porsi in contrasto con queste disposizioni: S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001, p. 636 ss.

27 *Ex multis*: Cass., 29 novembre 2019, n. 31069; Trib. Vicenza, 19 marzo 2020, reperibile all'indirizzo [www.iltrustitalia.it](http://www.iltrustitalia.it); Trib. Catania, 17 febbraio 2020, reperibile all'indirizzo [www.iltrustitalia.it](http://www.iltrustitalia.it); App. Milano, 12 febbraio 2020, n. 498, reperibile all'indirizzo [www.iltrustitalia.it](http://www.iltrustitalia.it).

applicabile anche nei confronti di un trust regolato da una legge straniera, perché è previsto da disposizioni imperative a tutela dei creditori<sup>28</sup>.

Al contrario, non si è ancora affermata una solida giurisprudenza per quanto riguarda la qualificazione giuridica dell'atto istitutivo di trust in termini di invalidità o meno: non è stato ancora chiarito, cioè, se esista una disposizione interna imperativa, di applicazione necessaria, ovvero di ordine pubblico, che possa rendere invalido un *reserved powers trust*.

È opportuno, al proposito, ricordare un orientamento interpretativo che ha concluso che l'atto istitutivo di trust che preveda che il disponente mantenga poteri di gestione e controllo sul trust *fund* e sul trustee, debba considerarsi simulato e, di conseguenza, il trasferimento al trustee non possa produrre effetti giuridici, cosicché i beni in trust sono aggredibili dai creditori personali del disponente, indipendentemente dalla eventuale validità del trust per la legge straniera che lo regola<sup>29</sup>. Il giudizio volto ad accertare la predetta fattispecie simulatoria rientrerebbe in quello previsto dall'art. 15 della Convenzione, che consente al giudice interno di vagliare la violazione di disposizioni imperative interne poste a tutela dei creditori (lett. e). Dalla lettura delle decisioni si può osservare che i giudici concludono che il trust debba ritenersi simulato e, quindi, inefficace, perché utilizzato in concreto come «mero espediente per creare un diaframma tra patrimonio personale e proprietà costituita in trust, con evidente finalità elusiva delle ragioni creditorie di terzi»<sup>30</sup>. Le sentenze riconducono alla categoria giuridica della simulazione ogni trasferimento della titolarità formale dei beni a cui non corrisponda anche uno spossessamento materiale (in cui si identifica la perdita del controllo) dei beni stessi a favore del trustee.

Il ricorso alla simulazione, sebbene sia condivisibile l'intento di porre un argine all'utilizzo del trust per meri scopi segregativi, non sembra tuttavia corretto. La struttura della simulazione, infatti, ai sensi degli artt. 1414 e ss. c.c., è necessariamente composta da due elementi: l'accordo simulato, rispetto al quale le parti non vogliono che si producano gli effetti giuridici, da un lato, e l'accordo simulatorio, identificato nelle controdedichiarazioni con cui convengono che il primo accordo non abbia valore e quindi non produca effetti, dall'altro lato. Ma, nel caso dei *reserved powers trust*, manca la controdedichiarazione: il disponente

28 L'art. 15 lett. e) della Convenzione prevede infatti che «The Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act, relating in particular to the following matters [...] e) the protection of creditors in matters of insolvency».

29 Cass. pen., 10 febbraio 2015, n. 5929; Cass. pen., 24 gennaio 2011, n. 13276, in *Trusts e att. fid.*, 2011, 408; Cass. pen., 7 novembre 2017, n. 20862; Cass. pen., 17 settembre 2018, n. 2569; Cass. pen., 30 gennaio 2020, n. 10649; Trib. Catania, 17 febbraio 2020, reperibile all'indirizzo [www.iltrustinitalia.it](http://www.iltrustinitalia.it); Trib. Cassino, 14 novembre 2017, *ivi*; Trib. Reggio Emilia, 29 ottobre 2014, reperibile all'indirizzo [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

30 Così si legge in Cass. pen., 7 novembre 2017, n. 20862.

*vuole* infatti che si produca l'effetto traslativo a favore del trustee, il trasferimento della titolarità è infatti la ragione essenziale per cui è posto in essere il trust.

Un differente orientamento giurisprudenziale ha concluso che i *reserved powers trust* non sarebbero riconoscibili, perché non rientrerebbero nella nozione di trust, di cui all'art. 2 della Convenzione<sup>31</sup>. Quest'ultimo, infatti, come già ricordato, definisce il trust come un rapporto giuridico istituito da una persona qualora dei beni siano stati posti *sotto il controllo* di un trustee: circostanza, quest'ultima, che non si verificherebbe qualora si preveda una eccessiva concentrazione di prerogative e poteri in capo al disponente. Anche detta ricostruzione non pare condivisibile, perché in contrasto con l'origine della disposizione<sup>32</sup> e con il suo carattere piuttosto vago, che rende difficile ergerla a filtro sostanziale di validità del trust, ponendo anche importanti problemi di certezza del diritto: la norma non dà alcuna indicazione sul contenuto della nozione di controllo, né individua il livello minimo di autonomia che dovrebbe essere garantita al trustee attraverso accertamenti fattuali che potrebbero, peraltro, rilevarsi complicati in concreto.

Altra interpretazione, ancora, ha concluso per la immeritevolezza *ex art.* 1322 c.c. del trust teso esclusivamente a realizzare una segregazione patrimoniale atipica<sup>33</sup>: il giudizio di meritevolezza sarebbe diverso e ulteriore rispetto a quello di liceità, già previsto dalla Convenzione agli artt. 15, 16 e 18. Anche questa tesi non va, tuttavia, esente da critiche: si sottolinea, infatti, da un lato, la circostanza che il trust sarebbe un negozio tipico, disciplinato dall'ordinamento straniero e dalle disposizioni applicabili dell'ordinamento interno<sup>34</sup>, non sottoponibile, pertanto, a un sindacato previsto per i negozi atipici<sup>35</sup> e, dall'altro lato, che il

31 *Ex multis*: Cass., 25 febbraio 2015, n. 3735; App. Bologna, 11 gennaio 2019, n. 143, reperibile all'indirizzo [www.iltrustitalia.it](http://www.iltrustitalia.it); Trib. Cuneo, 26 luglio 2017, n. 788, reperibile all'indirizzo [www.iltrustitalia.it](http://www.iltrustitalia.it); Trib. Monza, 13 maggio 2015, n. 1425, reperibile all'indirizzo [www.iltrustitalia.it](http://www.iltrustitalia.it); Trib. Bologna, 9 gennaio 2014, in *Trusts e att. fid.*, 2014, p. 293.

32 Come già ricordato dall'analisi dei lavori preparatori della Convenzione emerge che l'espressione «porre sotto il controllo di» è stata introdotta in seguito alla richiesta dei rappresentanti dei paesi di *civil law* di sostituire quella precedente che faceva espresso riferimento al necessario trasferimento della proprietà dei beni al trustee. Cfr., in particolare, quanto già riferito *supra* alla nota n. 24.

33 L.E. PERRIELLO, *Lo sham trust nell'ordinamento giuridico italiano. Meritevolezza degli interessi e tecniche di tutela*, Napoli, 2017, p. 344 a cui si rinvia per i riferimenti bibliografici. In giurisprudenza, *ex multis*: Cass. pen., 27 febbraio 2014, n. 21621; Trib. Pavia, 12 giugno 2014, reperibile all'indirizzo [www.iltrustitalia.it](http://www.iltrustitalia.it).

34 In giurisprudenza: Cass., ordinanza 19 aprile 2018, n. 9637; trib. Bologna, 1° ottobre 2003, n. 4545, reperibile all'indirizzo [www.iltrustitalia.it](http://www.iltrustitalia.it); Trib. Ancona, 3 marzo 2016, n. 396, reperibile all'indirizzo [www.iltrustitalia.it](http://www.iltrustitalia.it).

35 Concludono per la non esperibilità del sindacato di meritevolezza dei negozi atipici: F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, Milano, 2017, p. 64; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 423. Va del resto ricordata una tesi interpretativa che ha concluso per la atipicità del trust:

giudizio sulla meritevolezza ha carattere prettamente nazionale e non rientra tra quelli attuabili ai sensi della Convenzione<sup>36</sup>.

È utile richiamare, infine, la tesi interpretativa che ha condivisibilmente individuato ulteriori strumenti di diritto interno che potrebbero validamente fornire un argine all'utilizzo del trust come mero strumento di segregazione atipica del patrimonio. La soluzione proposta è quella di ricorrere al principio dell'ordine pubblico, che rientra tra i limiti espressamente previsti dalla Convenzione, in particolare all'art. 18<sup>37</sup>. Si tratta di una opzione ermeneutica che offre senz'altro una soluzione percorribile e che meriterà di essere ulteriormente indagata dalla ricerca comparatistica.

---

Trib. Velletri, 29 giugno 2005, reperibile all'indirizzo [www.iltrustitalia.it](http://www.iltrustitalia.it); Trib. Trieste, 19 settembre 2007, in *Notariato*, 2008, p. 251.

36 M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 549; A. GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trust e att. fid.*, 2000, p. 156.

37 M. LUPOI, *I trust, i flussi giuridici e le fonti di produzione del diritto*, in *Trusts e att. fid.*, 2019, p. 5. L'autore sottolinea che di fronte al principio di ordine pubblico «cede l'applicazione del diritto straniero che quel principio non conosce».

# Notizie sugli autori

CRISTINA AMATO

Professoressa ordinaria di diritto privato comparato, Università degli Studi di Brescia.

ALBINA CANDIAN

Professoressa ordinaria di diritto privato comparato, Università degli Studi di Milano.

ROSSELLA ESTHER CERCHIA

Professoressa ordinaria di diritto privato comparato, Università degli Studi di Milano.

ANTONIO GAMBARO

Professore emerito dell'Università degli Studi di Milano, Accademico dei Lincei.

SABRINA LANNI

Professoressa associata di diritto privato comparato, Università degli Studi di Milano.

CARLO MARCHETTI

Professore ordinario di diritto privato comparato, Università degli Studi di Milano.

CARLO MASIERI

Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Milano.

SANTA NITTI

Ricercatrice di diritto privato comparato, Università degli Studi di Milano.

NAIARA POSENATO

Ricercatrice di diritto privato comparato, Università degli Studi di Milano.

GIULIA TERRANOVA

Dottoressa di ricerca, professoressa a contratto presso l'Università degli Studi di Milano.

BARBARA VARI

Ricercatrice di diritto privato comparato, Università degli Studi di Milano.

LYDIA VELLISCIG

Ricercatrice t.d. di diritto privato comparato, Scuola Universitaria Superiore IUSS-Pavia.

# Percorsi di diritto comparato

L'opera collettanea *Percorsi di diritto comparato* prende le mosse dagli interventi tenuti nel 2020 nell'ambito del corso del Curriculum di Diritto Comparato della Scuola di Dottorato di Diritto Comparato, Privato, Processuale Civile e dell'Impresa dell'Università degli Studi di Milano. Il volume si compone di dodici saggi che vogliono offrire uno spaccato di alcuni dei temi che animano le riflessioni giuscomparatistiche, affrontando questioni di grande attualità nel dibattito dottrinale nazionale ed internazionale.

In copertina: *Scie*, di Nicolò Lamberti ©

ISBN 979-12-80325-21-1 (print)  
ISBN 979-12-80325-24-2 (PDF)  
ISBN 979-12-80325-26-6 (EPUB)  
DOI 10.13130/milanoup.49