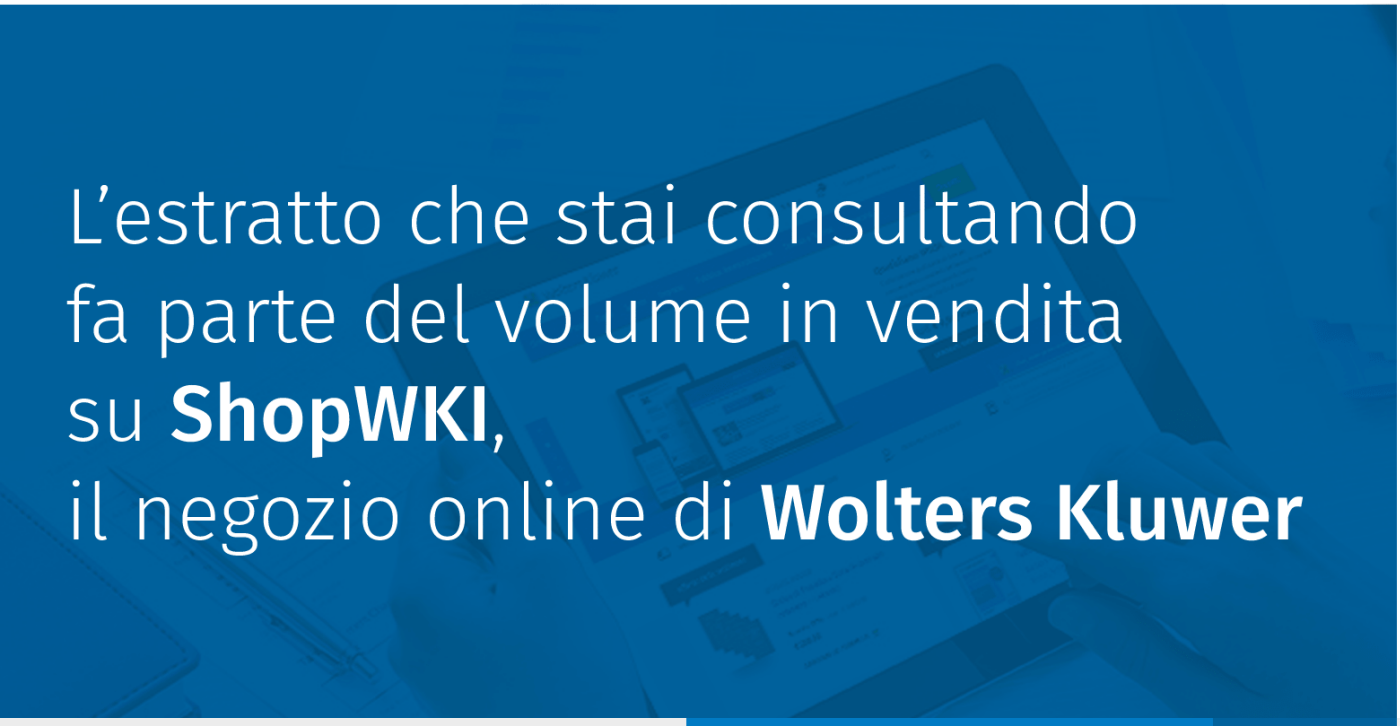
Wolters Kluwer



L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ISSN 1123-5055

Pubblicazione trimestrale
Anno XL

4/2024

CEDAM

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

RIVISTA FONDATA DA FRANCESCO GALGANO

- *Digital platform* e responsabilità del fornitore
- Regole per l'IA
- IA, contratto e meccanismi di controllo
- Crisi di impresa, preliminare di immobile ad uso abitativo e conflitto tra diritto alla casa e diritto di credito
- Obbligazioni e contratti
  - Ancora su rinegoziazione del contratto e buona fede
  - Contratti di acquisizione e clausole di garanzia
- Responsabilità civile
  - Danno morale e quantificazione
  - Presunzione di colpa, rischio e illecito trattamento di dati
- Impresa e società
  - *Securitization* bancaria, assicurativa e *asset* di proprietà intellettuale
  - Cooperative, insolvenza e l.c.a.

edicolaprofessionale.com/CI

Wolters Kluwer

40ANNI

Tariffa R.O.C Poste Italiane s.p.a. - Sped. in abb. post. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n°46) art. I, comma I, DCB Milano

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ISSN 1123-5055

Pubblicazione trimestrale
Anno XL

4/2024

CEDAM

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

RIVISTA FONDATA DA FRANCESCO GALGANO

- *Digital platform* e responsabilità del fornitore
- Regole per l'IA
- IA, contratto e meccanismi di controllo
- Crisi di impresa, preliminare di immobile ad uso abitativo e conflitto tra diritto alla casa e diritto di credito
- Obbligazioni e contratti

  Ancora su rinegoziazione del contratto e buona fede

  Contratti di acquisizione e clausole di garanzia
- Responsabilità civile

  Danno morale e quantificazione

  Presunzione di colpa, rischio e illecito trattamento di dati
- Impresa e società

  Securitization bancaria, assicurativa e *asset* di proprietà intellettuale

  Cooperative, insolvenza e l.c.a.

edicolaprofessionale.com/CI

Wolters Kluwer

40ANNI

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Copyright 2024 Wolters Kluwer Italia Srl

A norma della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro.

Editore: Wolters Kluwer Italia Srl
Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI)

Autorizzazione del Tribunale di Padova del 31 gennaio 2006 n. 2000
Direttore responsabile: Giulietta Lemmi

Fotocomposizione a cura di Sinergie Grafiche s.r.l.
Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI)

Stampa a cura di GECA s.r.l.
Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

Stampato in Italia - Printed in Italy

MISTO
Carta | A sostegno della gestione forestale responsabile
FSC® C007287

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

CONTRATTO E IMPRESA 4/2024

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

Rivista fondata da Francesco Galgano
quarantesimo anno

INDICE SOMMARIO

DIBATTITI

GUIDO ALPA, *Amazon in tribunale* 973

BRUNO INZITARI, *Contratto preliminare di immobile ad uso abitativo: conflitto tra diritto alla casa e diritto di credito dalla legge fallimentare al correttivo del Codice della crisi* 983

SOMMARIO: 1. Breve sintesi della disciplina di riferimento – 2. Art. 72, comma 8, l. fall.: successione *ex lege* del curatore nel contratto preliminare. – 3. Incompatibilità della vendita privatistica in esecuzione del contratto preliminare e vendita coattiva. – 4. Inapplicabilità della purgazione di cui all'art. 108, comma 2, l. fall. alle procedure in fallimento ancora in corso. – 5. La disciplina del Codice della Crisi. – 6. Le sopravvenute modifiche del correttivo per mitigare il conflitto tra il diritto alla casa e il diritto di credito.

ANDREA CAPRARA, *Liquidazione coatta amministrativa, insolvenza e cooperative: la ricerca di un difficile equilibrio sistematico* 998

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Insolvenza e l.c.a.: la questione della natura dell'ente e dell'attività (in concreto) esercitata. La posizione della Cassazione. – 2.1. Enti pubblici economici e accertamento dell'insolvenza. – 2.2. Cooperative sociali tra fallimento e l.c.a. – 2.3. La rilevanza dell'attività concretamente esercitata dall'ente. – 3. Accertamento dell'insolvenza e apertura della liquidazione giudiziale (fallimento) come concetti (non solo momenti) non sovrapponibili: la recente decisione della Corte costituzionale. – 3.1. Le ragioni del giudice rimettente. – 3.2. La decisione della Corte costituzionale. – 4. Alcu-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ne questioni insolute e il difficile incastro sistematico tra l.c.a. e liquidazione giudiziale (fallimento) nelle cooperative (specie se) svolgenti un'attività commerciale. – 4.1. La prima criticità: la cooperativa come modello unitario e la ricerca di una coerenza sistematica nell'accesso alle procedure liquidatorie. – 4.2. La seconda criticità: l'accertamento dell'insolvenza e il criterio previsto dall'art. 2545-*terdecies* c.c. – 4.3. La terza criticità: la disciplina applicabile all'impresa commerciale esercitata dall'ente pubblico economico. – 4.4. La quarta criticità: la disciplina applicabile all'impresa sociale strumentale ad associazioni e fondazioni. Cenni ad ulteriori questioni interpretative ancora aperte. 5. – Considerazioni conclusive.

GIACOMO GALEOTA, *La nullità delle clausole* claims made *in assenza di norme imperative «sostitutive»* 1020

SOMMARIO: 1. Il dibattito sulle clausole *claims made*. – 2. La nullità in assenza di norma imperative «sostitutive». – 3. (*segue*) Una recente decisione paradigmatica. – 4. (*segue*) Sostituzione della clausola e finalità protettiva della nullità. – 5. Adeguatezza dell'assicurazione ed equilibrio sinallagmatico. – 6. Conclusioni.

SAGGI

AURELIO GENTILI, *Regole per l'intelligenza artificiale* 1043

SOMMARIO: 1. La scelta dell'UE per la regolazione dell'IA: prevenzione dei danni e disciplina degli atti leciti e illeciti. – 2. Il sistema di prevenzione dell'*AI Act*, e il suo apparato di *public enforcement*. – 3. L'attività a mezzo di sistemi di IA e la sua disciplina giuridica: imputazione di diritti e doveri, attività contrattuale, attribuzione di responsabilità. – 4. L'imputazione di diritti e doveri e il problema dei diritti d'autore: l'IA come autrice, e come fruitrice di opere d'ingegno altrui – 5. La disciplina dell'attività contrattuale: contratti dell'IA e contratti algoritmici (*smart contracts*, *self-driving contracts*). – 6. L'imputazione di responsabilità: *a)* la responsabilità contrattuale. – 7. (*segue*): *b)* la responsabilità aquiliana. – 8. Conclusioni.

FABIO BRAVO, *Intelligenza artificiale, autonomia contrattuale e meccanismi di controllo* 1070

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

SOMMARIO: 1. Ambito ed obiettivo del discorso. – 2. Definizione di sistema di IA, negazione della soggettività e ruolo dell'«autonomia» nello svolgimento dell'attività contrattuale automatizzata. – 3. Sulla inadeguatezza e sull'inefficienza delle tesi in tema di soggettività dei sistemi di IA. – 4. Autonomia decisionale del sistema di IA per impieghi contrattuali e sussistenza dell'accordo. Il ruolo della volontà e l'attuazione dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c. – 5. Imputabilità del contratto concluso tramite sistemi di IA. Non ricorribilità all'istituto della rappresentanza. – 6. Il problema dell'imputabilità di fronte ai principi di spinta "centripeta" e di spinta "centrifuga" rispetto alla vicenda contrattuale. – 7. Il sistema di IA quale fonte di integrazione della volontà contrattuale. – 8. Meccanismi di controllo *ex post* dell'autonomia contrattuale: l'introduzione di un'applicazione generalizzata del diritto di recesso *ad nutum* nei fenomeni di contrattazione tramite sistemi di IA. – 9. Contrattazione tramite sistemi di IA e Regolamento europeo sull'IA (*AI Act*). Ancora sui meccanismi di controllo, tecnologici e giuridici, dell'attività contrattuale.

MASSIMO GAZZARA, *Della quantificazione del danno morale* 1099

SOMMARIO: 1. La specificità del problema quantificatorio del danno morale in rapporto a quello generale della categoria del danno non patrimoniale. – 2. Il dibattuto problema della prova del danno morale. – 3. La funzione della riparazione del danno tra sanzione e compensazione. – 4. I criteri integrativi del mero giudizio equitativo. – 5. L'illecito endofamiliare. – 6. Il danno non patrimoniale da inadempimento. – 7. La riparazione in forma specifica. – 8. Considerazioni conclusive.

TOMMASO MARIA UBERTAZZI, *Clausole di garanzia nei contratti di acquisizione e limiti delle formule di indennizzo* 1119

SOMMARIO: 1. Il problema dell'oggetto delle vendite per la dottrina. – 2. Il problema secondo la giurisprudenza. – 3. La rilevanza del patrimonio sociale a prescindere dalle clausole di garanzia. – 4. Le clausole di garanzia e la loro natura. – 5. Le *indemnities* nei contratti di acquisizione. – 6. Profili di criticità delle *indemnities* quando escludono altre forme di risarcimento o stabiliscono dei limiti. – 7. Profili di criticità delle *indemnities* quando il compratore contribuisce alla commissione del fatto.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ENRICO DEL PRATO, *Rinegoziazione del contratto e buona fede* 1140

SOMMARIO: 1. L'equilibrio contrattuale. – 2. Il regime generale delle sopravvenienze. – 3. L'area della rinegoziazione in assenza di previsioni pattizie. – 4. La rinegoziazione preventivata. – 5. La natura del contratto di rinegoziazione. – 6. Interferenze e unità del sistema.

DOMENICO FAUCEGLIA, *Sull'assunzione del debito* pro solvendo ... 1160

SOMMARIO: 1. Le vicende modificative dell'obbligazione: il caso dell'assunzione del debito. – 2. Gli interessi delle parti nella novazione e nella modificazione del rapporto obbligatorio. – 3. Il § 364 (Abs. 2) BGB e l'assunzione del debito *pro solvendo*. – 4. Affinità tra *cessio pro solvendo* e assunzione del debito *pro solvendo*.

CHIARA D'ELIA, *Finanza strutturata e rilancio dell'economia europea. La* Securitization *bancaria, assicurativa e di* asset *di proprietà intellettuale a sostegno della ripartenza* 1179

SOMMARIO: 1. L'operazione della cartolarizzazione. – 2. La segmentazione dei titoli in diverse classi di rischio e la separazione patrimoniale. – 3. I soggetti della cartolarizzazione. – 4. Dalla cartolarizzazione "tradizionale" a quella "sintetica". – 5. La cartolarizzazione assicurativa. – 6. La valutazione economica di *asset* di proprietà intellettuale. – 7. (*Segue*) *IP Securitization*: un caso speciale di cartolarizzazione. – 8. La cartolarizzazione come fattore di ripresa dell'economia.

DAVIDE MARIA LOCATELLO, *Adeguata gestione del rischio e presunzione di colpa nell'imputazione del danno da illecito trattamento di dati personali* 1215

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: l'art. 82 GDPR come laboratorio della futura (e dogmaticamente impegnata) responsabilità civile eurounitaria. – 2. L'integrazione del precetto ad opera della Corte di Giustizia: una responsabilità per colpa presunta come mediazione tra diritto alla protezione dei dati e sviluppo dell'economia digitale. – 3. La «violazione del regolamento» quale presupposto della responsabilità e quale ogget-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

to di prova. – 4. Il limite al dovere preventivo tra bilanciamento d'interessi antagonisti, norme cautelari intrinsecamente elastiche e colpa da (*un*)*accountability*. – 5. Adeguatezza nella gestione del rischio, sviluppo tecnologico e precauzione. – 6. Illecito del *data processor* e responsabilità del *controller* tra rischio "d'impresa" e fatto proprio colposo – 7. L'eclissi della condotta colpevole nell'attribuzione della responsabilità per fatti endorganizzativi? – 8. La fedeltà alla colpa alla prova delle regole operative: verso un (dis)allineamento tra regole preventive e regole risarcitorie nel segno del latente paradigma della pericolosità?

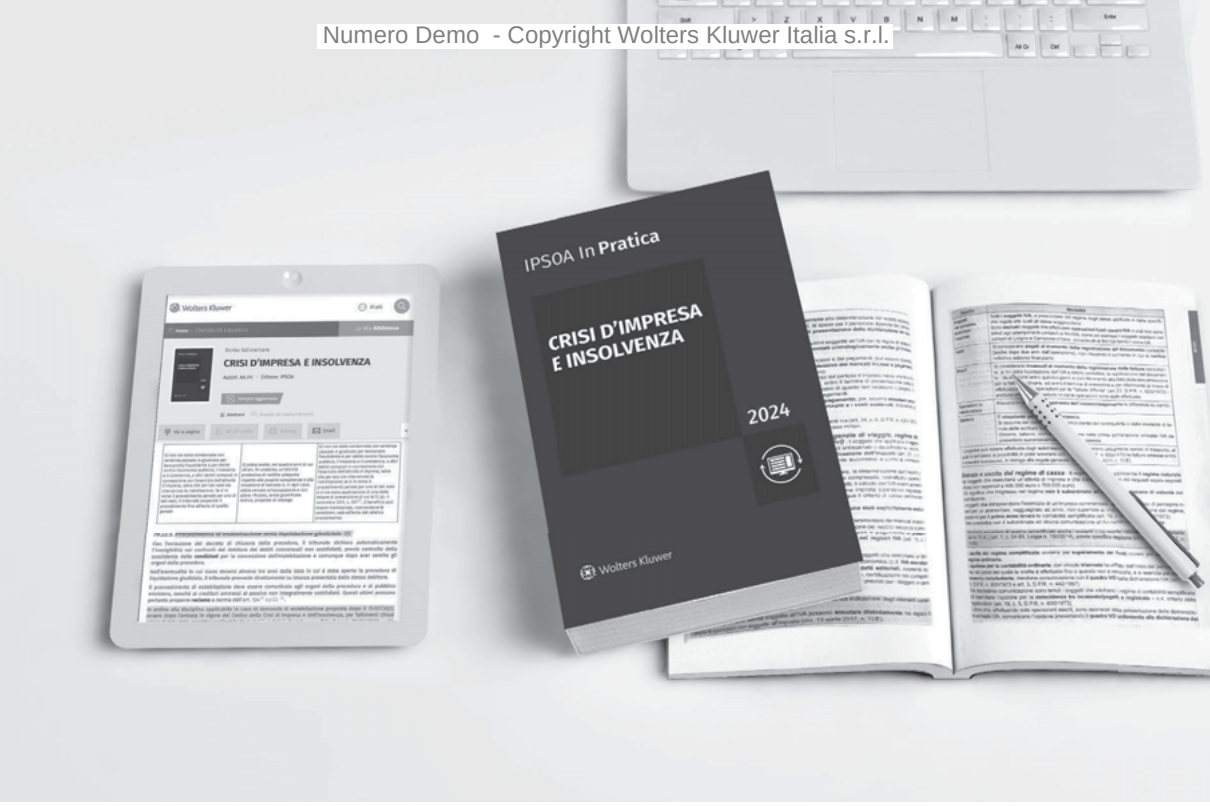
INDICI GENERALI 2024 1263

Policy Open access per ricerca finanziata con fondi pubblici

Per i contributi che documentano i risultati di **ricerca finanziata con fondi pubblici** (art. 4, L. n. 112/2013), l'Editore si riserva di valutare le richieste di pubblicazione in **Open access (O.A.)** entro il limite massimo del **5% degli articoli** annualmente pubblicati sulla Rivista.
La richiesta di pubblicazione in O.A. deve essere contestuale all'**invio dell'articolo** alla redazione e corredata dall'apposita **scheda di progetto** fornita dall'Editore. Una volta ottenuta l'autorizzazione, è consentito esclusivamente il caricamento in **archivi elettronici istituzionali** o **disciplinari aperti** (es. Iris-Cineca, repository di Ateneo, repository del MiUR) della sola **versione post-print*** dopo un periodo di **embargo di 6 mesi**.

* *Post-print" (= Authors' Accepted Manuscript) è la versione definitiva del contributo inviata dall'Autore all'Editore, post-referaggio, e deliberata dall'Autore in bozza word prima dell'impaginazione definitiva in pdf per la stampa.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



IPSOA In **Pratica**
Risposte chiare, autorevoli e sempre aggiornate

Crisi d'impresa e insolvenza

2024

CARTA + DIGITALE

Scegli la formula "sempre aggiornati" **CARTA+DIGITALE**: la soluzione ideale per rimanere costantemente aggiornati e godere di un testo sempre nuovo, grazie all'azione combinata dei due supporti:
- CARTA: analizza e interpreta la normativa concorsuale e le metodologie di gestione della crisi d'impresa.
- DIGITALE: monitora l'evoluzione delle pronunce giurisprudenziali per verificare l'applicabilità della Riforma e dei nuovi istituti della composizione negoziata e del concordato minore.

Y30OPBN

Wolters Kluwer

info.wolterskluwer.it/IPSOA-In-Pratica

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

AMAZON IN TRIBUNALE

La posizione giuridica delle piattaforme digitali dipende dalla loro definizione: esse sono qualificate come prestatori di servizi di intermediazione *online* dall'art. 2 del Reg. (UE) 2019/1150. Questa norma qualifica l'attività come oggetto dei «servizi della società dell'informazione», ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. *b)* della direttiva 2015/1535, a sua volta ripresa dall'art. 2, lett. *a)*, della direttiva 2000/31 sul commercio elettronico: un servizio «prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi».

A seconda delle fattispecie l'intermediazione è intesa come una attività interposta tra l'erogatore e l'utilizzatore del servizio o (addirittura) come attività assimilabile alla erogazione del servizio. Il distributore viene quindi ad identificarsi con il produttore.

Nei casi riguardanti Uber si tratta di «un servizio di intermediazione, il quale consenta la trasmissione, mediante un'applicazione per smartphone, delle informazioni relative alla prenotazione di un servizio di trasporto tra il passeggero e il conducente non professionista, che usando il proprio veicolo, effettuerà il trasporto, soddisfa, in linea di principio, i criteri per essere qualificato come "servizio della società dell'informazione"».

Sorge allora la questione se l'erogatore di servizi digitali che consenta all'utente di approvvigionarsi di cose e servizi sulla sua piattaforma, presentando insieme con i prodotti propri anche prodotti altrui, risponda comunque dei difetti che questi prodotti possono contenere.

A questo proposito occorre distinguere diverse ipotesi: (i) che la piattaforma presenti i prodotti come propri; (ii) che la piattaforma presenti i prodotti come fabbricati da terzi, senza equivoci informativi; (iii) che la piattaforma non indichi chi è il fabbricante, e quindi il consumatore o utente ordini il bene confidando nelle indicazioni della piattaforma (informazioni relative ad es. alla composizione del prodotto, alle allergie, alle modalità d'uso); (iv) che la piattaforma si occupi dell'imballaggio e della consegna del prodotto; (v) che la piattaforma apponga il proprio marchio sul prodotto; (vi) che la piattaforma metta il prodotto in distribuzione con il marchio di fabbrica del produttore ma all'insaputa di questi perché i prodotti sono forniti da terzi.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

È immediata, da questo punto di vista, la identificazione della piattaforma con il distributore, che è uno dei professionisti di cui si occupa la direttiva sulla responsabilità del produttore, il quale, insieme con il fornitore, è considerato responsabile dei difetti del prodotto, solo se è ignoto il fabbricante, o se il fabbricante risiede al di fuori dei confini dell'Unione europea, o se il distributore non comunica la identità del fabbricante.

Non è questa l'unica ipotesi di responsabilità delle piattaforme che emerge dai casi discussi dinanzi alle corti nazionali e dinanzi alla Corte di Giustizia.

L'attività delle piattaforme può provocare danni di diversa natura. Se si prende in considerazione il contenzioso che ha coinvolto Amazon nei diversi Stati in cui il gruppo societario ha stabilito le sue sedi, si possono identificare almeno tre profili di grande interesse per l'area della responsabilità civile: (i) i rapporti con i produttori esterni, ai quali Amazon mette a disposizione la piattaforma per la vendita degli articoli: la distribuzione selettiva può creare disparità di trattamento tra produttori e alterare il gioco della concorrenza; (ii) l'uso del marchio dei fabbricanti di cui Amazon pone in vendita i prodotti; (iii) ed ancora la responsabilità di Amazon per i difetti dei prodotti fabbricati da altre imprese e collocati in vendita sulla sua piattaforma.

Il primo profilo è stato esaminato con attenzione dalla giurisprudenza francese e dal Ministero dell'economia e delle finanze, che hanno individuato molteplici clausole vessatorie contenute nei contratti predisposti da Amazon e sottoscritti dai produttori esterni. Nell'ambito di una indagine del Ministero sui servizi di intermediazione on line si è scoperto che i contratti conclusi da Amazon con i produttori degli articoli messi in vendita sulla piattaforma erano contrari alla correttezza e alla buona fede e quindi il Tribunale di Commercio di Parigi ha disposto l'inibizione dell'uso di clausole vessatorie contenute in quei contratti.

Il secondo profilo è stato valutato dalla Corte di Cassazione francese che ha condannato Amazon per la distribuzione selettiva degli articoli con cui metteva in evidenza prodotti di alcuni fabbricanti e lasciava in ombra altri prodotti dei loro concorrenti. È il caso *Beauté Prestige Shisheido*, deciso l'11 gennaio 2023.

Questa prassi si accompagna ad altre, parimenti lesive della concorrenza. Di recente la Corte di Giustizia ha esaminato il caso di offerta sulle piattaforme di prodotti non messi in circolazione dal fabbricante, e consegnati ad Amazon da altri produttori. Nelle cause riunite C-148/21 e C-184/21, *Laboutin c. Amazon Europe Core Sàrl* (C-148/21), *Amazon EU Sàrl* (C-148/21), *Amazon Services Europe Sàrl* (C-148/21), *Amazon.com Inc.* (C-184/21), *Amazon Services LLC* (C-184/21), l'attore (Laboutin),

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

produttore di scarpe da donna con tacco alto di colori particolari, invocando una lesione dei diritti esclusivi che gli derivano dal marchio in questione, aveva proposto un'azione per contraffazione del suo marchio nei confronti di Amazon dinanzi al *Tribunal d'arrondissement de Luxembourg*. Louboutin chiedeva che Amazon fosse dichiarata responsabile della violazione del marchio e che essa cessasse, a pena di sanzione pecuniaria, di fare uso nel commercio di segni identici al marchio in tutto il territorio dell'Unione europea, e che fosse condannata al risarcimento del danno asseritamente causato da tali usi.

La Corte ha accolto il ricorso e risolto il quesito in senso favorevole a Laboutin. La questione è stata risolta in questi termini:

«si può ritenere che il gestore di un sito Internet di vendita online che integra, oltre alle proprie offerte di vendita, un mercato online, utilizzi esso stesso un segno identico a un marchio dell'Unione europea altrui per prodotti identici a quelli per i quali tale marchio è stato registrato, quando venditori terzi propongono in vendita sul mercato in parola, senza il consenso del titolare di detto marchio, siffatti prodotti recanti il suddetto segno, se un utente normalmente informato e ragionevolmente attento di tale sito stabilisce un nesso tra i servizi del menzionato gestore e il segno in questione; il che si verifica in particolare quando, tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano la situazione di cui trattasi, un utente siffatto potrebbe avere l'impressione che sia il gestore medesimo a commercializzare, in nome e per conto proprio, i prodotti recanti il suddetto segno. È rilevante a tale riguardo il fatto che detto gestore ricorra a una modalità di presentazione uniforme delle offerte pubblicate sul suo sito Internet, mostrando allo stesso tempo gli annunci relativi ai prodotti che vende in nome e per conto proprio e quelli relativi a prodotti proposti da venditori terzi su tale mercato, che esso faccia apparire il proprio logo di noto distributore su tutti i suddetti annunci e che esso offra ai venditori terzi, nell'ambito della commercializzazione dei prodotti recanti il segno in questione, servizi complementari consistenti in particolare nello stoccaggio e nella spedizione di tali prodotti».

Il terzo profilo chiama in causa Amazon non come produttore diretto dell'articolo che ha cagionato un danno all'utente ma come "presentatore" del prodotto sulla sua piattaforma. Il problema, nei suoi termini generali, dovrebbe risolversi nel senso della esclusione della responsabilità del fornitore, quando è noto il produttore.

Tuttavia, a quanto risulta dal dibattito in corso tra le istituzioni dell'Unione europea, in ordine all'aggiornamento della direttiva sulla responsabilità del produttore per i difetti del prodotto, una delle questioni aperte riguarda la definizione di produttore: il Consiglio dei Ministri, infatti, ha proposto di stabilire che

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

«il produttore include qualsiasi persona che si presenta come produttore apponendo, o autorizzando una terza parte ad apporre, il proprio nome, marchio o altro segno distintivo».

In un caso deciso dalla Corte di Cassazione (n. 26135 del 7 settembre 2023) concernente il difetto di un cambio automatico di una vettura presentata al pubblico da una società del gruppo Audi, a sua volta sottoposto alla *holding* Volkswagen, i giudici hanno dovuto risolvere il problema della imputazione della responsabilità, perché l'auto era distribuita da agenti della Volkswagen. I giudici hanno ritenuto che il codice del consumo, che reca le regole con cui si è data attuazione alla direttiva sulla responsabilità del produttore deve essere inteso in modo letterale:

«l'art. 116 prevede, nel comma 1, la sottoposizione del fornitore (cioè colui il quale distribuisce il prodotto nell'esercizio di una attività commerciale) a responsabilità solo quando il produttore non sia individuato, oppure quando il fornitore, trascorso un periodo di tre mesi dalla richiesta del danneggiato, non abbia comunicato all'interessato l'identità ed il domicilio del produttore. La responsabilità alla quale è sottoposto il fornitore sorge quando abbia omesso di ottemperare ad un preciso dovere, cioè comunicare al danneggiato, entro un ristretto lasso di tempo (tre mesi) dalla richiesta, l'identità ed il domicilio di chi abbia prodotto il bene difettoso».

Dunque, l'art. 116 c. cons. è norma che, al ricorrere di certi presupposti, equipara, ai fini della responsabilità, la posizione del fornitore a quella del produttore, allo scopo di consentire al danneggiato di individuare più facilmente il soggetto contro il quale proporre l'azione risarcitoria.

La responsabilità del fornitore è la stessa alla quale è sottoposto il produttore, ma non è con essa solidale: al ricorrere di determinati presupposti, è chiamato a rispondere un soggetto diverso dal produttore, cioè da colui che è il responsabile del danno. Invero, la responsabilità del fornitore viene affermata (non sulla base di una ipotetica partecipazione del fornitore al processo produttivo ed a quello causale che ha determinato l'evento dannoso, bensì) allo scopo di indurre il fornitore a rivelare l'identità del produttore, in modo che questi risponda dei danni subiti dall'utilizzatore del bene.

Il danneggiato, al fine di ottenere il risarcimento, viene così liberato dall'onere di compiere indagini (che potrebbero essere anche complesse) sull'identità del produttore. Essendo il fornitore il soggetto che ha posto il danneggiato nella disponibilità del prodotto, quest'ultimo potrà rivolgersi

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

direttamente al fornitore, che potrà sottrarsi ad ogni responsabilità permettendo l'individuazione del fabbricante o dell'importatore.

Se però il fornitore rivela l'identità dell'effettivo produttore, la responsabilità del fornitore è esclusa. E così si è chiuso il caso Volkswagen-Audi.

La Corte di Giustizia si è più volte espressa sul punto. Nella causa C-327/05) con sentenza del 5 luglio 2007 la Corte aveva condannato il Regno di Danimarca per aver adottato e mantenuto in vigore disposizioni che rendono i fornitori intermedi che intervengono nella catena di distribuzione responsabili alle stesse condizioni del produttore, in violazione dell'art. 3, n. 3, della direttiva del Consiglio 25 luglio 1985, 85/374/CEE.

Nella causa C-264/21 del 7 luglio 2020, a proposito di una macchina da caffè che si era incendiata, la Corte aveva così riposto alla questione di rinvio pregiudiziale:

«23 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 85/374 debba essere interpretato nel senso che la nozione di "produttore", di cui a tale disposizione, richiede che la persona che ha apposto il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto, o che ha autorizzato tale apposizione, si presenti anche come il produttore dello stesso in qualsiasi altro modo.

24 Secondo una giurisprudenza costante, ai fini dell'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione, si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte [sentenza del 17 dicembre 2020, CLCV e a. (Impianto di manipolazione su motore diesel)] C 693/18, EU: C: 2020: 1040, punto 94 e giurisprudenza ivi citata].

25 In primo luogo, occorre rilevare che, secondo il tenore letterale stesso dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 85/374, "[i]l termine 'produttore' designa il fabbricante di un prodotto finito, il produttore di una materia prima o il fabbricante di una parte componente, nonché ogni persona che, apponendo il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto, si presenta come produttore dello stesso".

26 Pertanto, l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 85/374 contiene, in sostanza, un'alternativa, di cui solo la prima parte riguarda la persona che è almeno parzialmente coinvolta nel processo di fabbricazione del prodotto. Per contro, la seconda parte dell'alternativa designa una persona che si presenta come

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

produttore apponendo sul prodotto il proprio nome, marchio o altro segno distintivo.

27 Dal tenore chiaro e inequivocabile di tale disposizione risulta quindi che la partecipazione della persona che si presenta come produttore nel processo di fabbricazione del prodotto non è necessaria affinché quest'ultima sia qualificata come "produttore", ai sensi di detta disposizione.

28 Inoltre, dalla giurisprudenza della Corte risulta che la cerchia dei responsabili contro i quali il danneggiato ha il diritto di intentare un'azione in base al regime di responsabilità previsto dalla direttiva 85/374 è definita agli articoli 1 e 3 di quest'ultima e che, poiché tale direttiva persegue un'armonizzazione totale sui punti da essa disciplinati, la determinazione della cerchia dei responsabili operata ai suddetti articoli deve essere considerata tassativa (sentenza del 10 gennaio 2006, Skov e Bilka, C 402/03, EU: C: 2006: 6, punti 32 e 33).

29 Pertanto, tale determinazione della cerchia dei responsabili non può essere subordinata alla fissazione di criteri supplementari che non derivano dal tenore letterale degli articoli 1 e 3 della direttiva 85/374.

30 Orbene, poiché la definizione accolta all'articolo 3, paragrafo 1, seconda parte dell'alternativa, della direttiva 85/374 non contiene alcun criterio supplementare, dal tenore letterale di tale disposizione risulta che è l'apposizione di segni distintivi da parte della persona designata da questi ultimi o da una persona autorizzata a fondare la qualità di "produttore", ai sensi di detta disposizione».

Si è accolta quindi una nozione ampia del termine "produttore".

Questo indirizzo però non ha ancora condotto alla affermazione che la piattaforma che presenta prodotti in vendita ai consumatori possa, per ciò solo, considerarsi "produttore" e quindi rispondere dei difetti dei prodotti.

Si deve considerare che in alcuni casi il mancato controllo, o addirittura, il rafforzamento delle convinzioni sulla autenticità del prodotto fatto dalla piattaforma, ha condotto alla condanna della piattaforma per omissione di informazione nei confronti dei consumatori. È il caso francese di E-Bay che aveva messo in vendita prodotti contraffatti.

A questo proposito la Corte di Giustizia, nella causa C-324/09 aveva precisato:

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

«Allorché prodotti che si trovano in uno Stato terzo – recanti un marchio registrato in uno Stato membro dell'Unione o un marchio comunitario e non commercializzati precedentemente nello Spazio economico europeo o, nel caso di marchio comunitario, non commercializzati precedentemente nell'Unione – sono venduti da un operatore economico, attraverso un mercato online e senza il consenso del titolare di detto marchio ad un consumatore che si trova nel territorio per il quale il marchio di cui trattasi è stato registrato, o sono oggetto di un'offerta in vendita o di pubblicità in un mercato siffatto destinata a consumatori che si trovino nel suddetto territorio, il titolare del marchio può opporsi alla vendita, all'offerta in vendita o alla pubblicità summenzionate in forza delle norme di cui all'art. 5 della prima direttiva 89/104, in materia di marchi, o all'art. 9 del regolamento n. 40/94, sul marchio comunitario. È compito dei giudici nazionali valutare caso per caso se sussistano elementi pertinenti per concludere che un'offerta in vendita o una pubblicità che compare in un mercato online accessibile in detto territorio sia destinata a consumatori che si trovano in quest'ultimo».

Pertanto:

«L'art. 11, terza frase, della direttiva 2004/48, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, deve essere interpretato nel senso che esso impone agli Stati membri di far sì che gli organi giurisdizionali nazionali competenti in materia di tutela dei diritti di proprietà intellettuale possano ingiungere al gestore di un mercato online di adottare provvedimenti che contribuiscano non solo a far cessare le violazioni di tali diritti ad opera degli utenti di detto mercato, ma anche a prevenire nuove violazioni della stessa natura. Tali ingiunzioni devono essere efficaci, proporzionate, dissuasive e non devono creare ostacoli al commercio legittimo».

Tuttavia, le circostanze di specie possono essere tali che il presentatore del prodotto può anche essere scambiato per il suo fabbricante, e quindi creare affidamento nei confronti del consumatore. È capitato così con Uber.

Proprio con riguardo ai servizi di Uber la Corte ha rilevato che la disponibilità di servizi offerta dall'intermediario nelle forme usuali in cui alla richiesta dell'utente fa seguito l'invio dell'automobile, in un circuito che si esaurisce nella piattaforma, si equipara alla fornitura del servizio e pertanto il distributore deve essere posto sullo stesso piano dell'erogatore (v. i casi Uber Spagna del 20 dicembre 2017 e Uber Francia del 10 aprile 2018).

E in precedenza la Corte di era espressa in modo ancor più esplicito.

La sentenza della Corte di Giustizia che si è occupata della vicenda nella causa C-434/15 ragiona nel senso che se le apparenze sono contro il

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

presentatore, questi può essere scambiato per il produttore o per l'erogatore del servizio e quindi ne risponde nei confronti del consumatore.

Le questioni sottoposte alla Corte erano le seguenti:

«Con la sua prima e la sua seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 56 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 58, paragrafo 1, TFUE, nonché l'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2006/123 e l'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34, cui rinvia l'articolo 2, lettera a), della direttiva 2000/31, debbano essere interpretati nel senso che un servizio d'intermediazione come quello di cui al procedimento principale, avente ad oggetto, mediante un'applicazione per smartphone, la messa in contatto, dietro retribuzione, di conducenti non professionisti che utilizzano il proprio veicolo con persone che intendono effettuare uno spostamento nell'area urbana, deve essere qualificato "servizio nel settore dei trasporti", ai sensi dell'articolo 58, paragrafo 1, TFUE, e, di conseguenza, escluso dall'ambito di applicazione dell'articolo 56 TFUE, della direttiva 2006/123 e della direttiva 2000/31 o, invece, se tale servizio rientri nell'ambito dell'articolo 56 TFUE, della direttiva 2006/123 nonché della direttiva 2000/31».

La Corte considera Uber un intermediario nel trasporto: il servizio d'intermediazione della Uber si basa sulla selezione di conducenti non professionisti che utilizzano il proprio veicolo ai quali tale società fornisce un'applicazione senza la quale, da un lato, tali conducenti non sarebbero indotti a fornire servizi di trasporto e, dall'altro, le persone che intendono effettuare uno spostamento nell'aerea urbana non ricorrerebbero ai servizi di tali conducenti. Inoltre, la Uber esercita un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione di siffatti conducenti. In relazione a tale ultimo punto, emerge segnatamente che la Uber fissa, mediante l'omonima applicazione, se non altro il prezzo massimo della corsa, che tale società riceve tale somma dal cliente prima di versarne una parte al conducente non professionista del veicolo e che essa esercita un determinato controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti nonché sul comportamento di quest'ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione.

Facendo Uber ricorso al commercio elettronico, nel quale il servizio di trasporto è presentato sotto il suo nome, la conseguenza è che Uber sia considerata parte del servizio e responsabile di esso nei confronti dell'utente. Sì che la Corte ha risolto il quesito sottopostole precisando che

«l'articolo 56 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 58, paragrafo 1, TFUE, nonché l'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2006/123 e l'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34, cui rinvia l'articolo 2, lettera a), della direttiva 2000/31 devono essere interpretati nel senso che un servizio d'intermediazione, come quello di cui al procedimento principale, avente ad oggetto la

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

messa in contatto mediante un'applicazione per smartphone, dietro retribuzione, di conducenti non professionisti, che utilizzano il proprio veicolo, con persone che desiderano effettuare uno spostamento nell'area urbana, deve essere considerato indissolubilmente legato a un servizio di trasporto e rientrante, pertanto, nella qualificazione di "servizi nel settore dei trasporti", ai sensi dell'articolo 58, paragrafo 1, TFUE. Un servizio siffatto deve, di conseguenza, essere escluso dall'ambito di applicazione dell'articolo 56 TFUE, della direttiva 2006/123 e della direttiva 2000/31».

Tornando allora alla questione di base, se cioè il presentatore del prodotto possa essere ritenuto responsabile dei difetti del prodotto, non stupisce che negli Stati Uniti, a fronte di sentenze che negano la responsabilità, ve ne siano già alcune che l'affermano.

È il caso del collare per cani con filo retrattile (Oberdorf c.Amazon.com) in cui la Corte del Terzo Circuito, a Philadelphia, ha ritenuto che Amazon fosse responsabile del danno risentito dalla proprietaria di un cane, che aveva comprato un guinzaglio retrattile, e per il distacco improvviso del collare, era stata colpita al viso dal guinzaglio. O il caso californiano della carica di batteria di un computer, che si era incendiata, cagionando ustioni alla proprietaria (Bolger v.Amazon.com (2020) 53 Cal.App.5th 431).

Non sono solo questi i profili di illeceità che connotato l'operato di Amazon.

L'Autorità italiana per la tutela della concorrenza ha sanzionato Amazon in diverse occasioni con riguardo alla pre-selezione dell'acquisto periodico, invitando i consumatori ad effettuare acquisti sistematici, nonostante essi avessero effettuato un acquisto singolo, qualificando questa prassi una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 24 e 25 c. cons., vietandone perciò la continuazione e multando la società per 10 milioni di euro.

Ancora.

L'Autorità ha comminato una sanzione di euro 1.128.596.156,33 alle società Amazon Europe Core S.à.r.l., Amazon Services Europe S.à r.l., Amazon EU S.à r.l., Amazon Italia Services S.r.l. e Amazon Italia Logistica S.r.l. Secondo l'Autorità, le società hanno legato all'utilizzo del servizio Logistica di Amazon l'accesso a un insieme di vantaggi essenziali per ottenere visibilità e migliori prospettive di vendite su Amazon.it. Tra tali vantaggi esclusivi spiccava l'etichetta Prime, che consente di vendere con più facilità ai consumatori più fedeli e alto-spendenti aderenti all'omonimo programma di fidelizzazione di Amazon. L'etichetta Prime consente, inoltre, di partecipare ai famosi eventi speciali gestiti da Amazon, come Black Friday, Cyber Monday, Prime Day e aumenta la probabilità che l'offerta

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del venditore sia selezionata come Offerta in Vetrina e visualizzata nella cosiddetta Buy Box. Amazon, secondo l'Autorità, aveva così impedito ai venditori terzi di associare l'etichetta Prime alle offerte non gestite con FBA.

L'istruttoria ha accertato che si tratta di funzionalità della piattaforma Amazon.it cruciali per il successo dei venditori e per l'aumento delle loro vendite. Infine, ai venditori terzi che utilizzano FBA non viene applicato lo stringente sistema di misurazione delle performance cui Amazon sottopone i venditori non-FBA e il cui mancato superamento può portare anche alla sospensione dell'account del venditore.

In tal modo Amazon ha danneggiato gli operatori concorrenti di logistica per e-commerce, impedendo loro di proporsi ai venditori online come fornitori di servizi di qualità paragonabile a quella della logistica di Amazon. Tali condotte hanno così accresciuto il divario tra il potere di Amazon e quello della concorrenza anche nell'attività di consegna degli ordini e-commerce.

La proposta di modificazione della direttiva sulla responsabilità del produttore prevede che

«*Online platforms should be liable in respect of a defective product on the same terms as such economic operators when performing the role of manufacturer, importer or distributor*».

Qualora il *software* sia parte integrante del prodotto, il produttore risponde dei difetti del *software* (così come chi lo abbia realizzato) per responsabilità oggettiva, anche se la proposta di direttiva sulla responsabilità derivante dalla intelligenza artificiale è basata sulla responsabilità per colpa.

GUIDO ALPA

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

CONTRATTO PRELIMINARE DI IMMOBILE AD USO ABITATIVO: CONFLITTO TRA DIRITTO ALLA CASA E DIRITTO DI CREDITO DALLA LEGGE FALLIMENTARE AL CORRETTIVO DEL CODICE DELLA CRISI

SOMMARIO: 1. Breve sintesi della disciplina di riferimento – 2. Art. 72, comma 8, l. fall.: successione *ex lege* del curatore nel contratto preliminare. – 3. Incompatibilità della vendita privatistica in esecuzione del contratto preliminare e vendita coattiva. – 4. Inapplicabilità della purgazione di cui all'art. 108, comma 2, l. fall. alle procedure in fallimento ancora in corso. – 5. La disciplina del Codice della Crisi. – 6. Le sopravvenute modifiche del correttivo per mitigare il conflitto tra il diritto alla casa e il diritto di credito.

1. – Nell'ambito della disciplina dei contratti in corso, il contratto preliminare è ancora oggi tra i più tormentati e complessi, tanto nella vigenza della legge fallimentare quanto nella rinnovata disciplina del Codice della Crisi [1], che peraltro sta subendo ulteriori modifiche con il decreto correttivo varato dal Consiglio dei Ministri del 10 giugno 2024 [2].

Il principio, secondo cui la continuazione o lo scioglimento del rapporto contrattuale pendente spetta al curatore, ha subito nel tempo deroghe e adattamenti, che hanno investito tanto il trattamento del credito del promissario acquirente (definito *credito conseguente al mancato adempimento, senza che sia dovuto il risarcimento del danno,* art. 72, comma 4; comma 7, l. fall. e nello stesso senso l'art. 172, comma 4, del nuovo CCII), quanto la tutela riconosciuta per i preliminari aventi per oggetto l'immobile destinato ad abitazione principale del promissario compratore oppure alla sede principale della sua attività d'impresa.

Una particolare disciplina è stata riservata al contratto preliminare di vendita immobiliare. Il d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito in l. 28 febbraio 1997, n. 30, ha infatti introdotto: *i)* la trascrivibilità del contratto preliminare di vendita immobiliare, inserendo l'art. 2645-*bis* nel Codice civile; *ii)* una particolare tutela del credito maturato dal promissario acquirente per gli acconti sul prezzo versati in adempimento di un contratto preliminare di vendita immobiliare trascritto.

---

(1) Questo, particolarmente nel nuovo testo dell'art. 173, comma 3 e 4.

(2) Considerato che la disciplina dei contratti in corso della legge fallimentare, in virtù della norma transitoria di cui all'art. 390, comma, 2, CCII, continua ad avere applicazione alle procedure di fallimento pendenti, particolarmente per alcune fattispecie, la cui disciplina risulta ancor più tormentata, è necessario tenere conto delle diverse discipline che nel tempo si sono alternate nella legge fallimentare, nel Codice della Crisi e nel "correttivo".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La citata legge del 1997 ha infatti inserito un settimo comma all'art. 73, l. fall., nel quale si prevede che, nel caso in cui il curatore si sciolga dal preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c. prima del fallimento, per la parte del prezzo già corrisposta, al credito venga riconosciuto un nuovo privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati alla data della dichiarazione di fallimento.

Successivamente l'art. 4, comma 6, lett. *c)*, d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, ha sostituito il precedente comma 7 con due nuovi commi 7 e 8. Quest'ultimo comma 8 è stato quindi ulteriormente modificato dall'art. 33, comma 1, lett. a-*ter)*, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha aggiunto una ulteriore tutela anche per l'immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente.

La speciale disciplina prevista dal comma 8 dell'art. 72, l. fall., per gli acquirenti di immobili destinati ad abitazione o allo svolgimento di attività d'impresa, si collega poi con quella introdotta, sempre con lo stesso d.l. n. 169 del 2007, all'art. 67, lett. *c)*, che esclude dalla revocatoria le vendite e i preliminari di vendita trascritti conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso non abitativo destinati ad attività d'impresa [3].

2. – La maggiore e più rilevante novità, che costituisce una deroga di estremo rilievo nell'intero sistema della disciplina dei rapporti pendenti nel fallimento, è costituita dal fatto che, secondo la speciale disciplina di cui all'art. 72, comma 8, l. fall., la sorte del rapporto contrattuale instaurato con il preliminare è rimessa, piuttosto che al curatore, al terzo *in bonis* e cioè all'acquirente.

Al curatore è preclusa infatti la facoltà di scelta del subentro o dello scioglimento. Il subentro del curatore avviene nella sostanza come atto dovuto, peraltro senza alcuna condizione. Il risultato è dunque un contratto preliminare che vincola entrambe le parti e nel quale il curatore assume il ruolo *ex lege* di promittente venditore.

In relazione alla effettiva portata della modifica legislativa, che ha introdotto un siffatto dirompente principio di successione *ex lege* nel contratto, va rilevato che nella legge fallimentare essa è stata contenuta nei confini di una (sia pure vistosa) deroga al diritto del curatore allo sciogli-

---

[3] Sulla rinnovata disciplina dei preliminari vedi LUMINOSO, *I contratti preliminari: dalla legge fallimentare al Codice della crisi d'impresa*, in *questa rivista,* 2020, 3, p. 1060; BROGI, *I rapporti pendenti nella liquidazione giudiziale*, in *Fall.,* 2019, 10, p. 1183.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mento dei contratti preliminari ineseguiti, ma nulla ha previsto in relazione alla sorte dei possibili vincoli iscritti o trascritti sugli immobili oggetto del preliminare, la cui cancellazione è invece espressamente prevista per le vendite fallimentari, secondo quanto disposto dall'art. 108, comma 2, l. fall..

Gravi problemi applicativi sono quindi sorti in relazione alla esistenza, come di frequente accade, di iscrizioni ipotecarie sull'immobile oggetto del preliminare.

Queste sarebbero suscettibili di essere cancellate, qualora si ritenesse che l'adempimento del preliminare da parte del curatore ed il trasferimento dell'immobile al promissario acquirente possano essere ricondotti ad una vendita coattiva fallimentare.

Al contrario, se si tiene conto della effettiva natura del trasferimento di proprietà attuato in adempimento del contratto preliminare, vale a dire sulla base di un contratto privatistico nel quale è succeduto il curatore, l'ammissibilità della purgazione ipotecaria, di cui all'art. 108, comma 2, l. fall., risulta incerta e controversa ed ha infatti suscitato significative voci critiche in dottrina, come pure ha dato luogo a diversi orientamenti nella giurisprudenza di merito.

La purgazione delle ipoteche ai sensi dell'art. 108, comma 2, l. fall. in caso di vendita fallimentare, attuata tramite forme contrattuali, è stata ritenuta ammissibile dal Tribunale di Messina 11 aprile 2018 e dal Tribunale di Cagliari 2 gennaio 2020, mentre in senso opposto si è espresso il Tribunale di Milano 21 settembre 2017, 13 novembre 2017, 4 dicembre 2017 (4).

In questo contesto si registra la sentenza della Cassazione, 8 febbraio 2017, n. 3310, che ha confermato la decisione del Tribunale di Verona che, in relazione ad un contratto preliminare trascritto avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo, aveva affermato, all'esito del pagamento del prezzo, la legittimità del provvedimento del giudice delegato di cancellazione delle ipoteche.

La motivazione di questa sentenza della Cassazione e lo stesso percorso argomentativo, appaiono assai scarne, se non addirittura "apodittiche", come non ha mancato di mettere in luce la dottrina (5).

---

(4) Preciso che non ho potuto consultare tali sentenze di difficile rinvenimento, ma esse sono diffusamente citate nella ordinanza della Cass., 8 giugno 2023, n. 16166 di rimessione al Primo Presidente sulla applicabilità dell'art. 108 l. fall., alle fattispecie in esame, della quale verrà dato conto successivamente.

(5) Cfr. Bozza, *L'accertamento del passivo nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, p. 1211.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Gli argomenti che vengono presi in considerazione dalla sentenza sostanzialmente consistono nella nell'affermazione dell'esattezza del principio di diritto enunciato dal Tribunale di Verona, secondo il quale il trasferimento della proprietà eseguito in adempimento del contratto preliminare di cui all'art. 72, comma 8, l. fall., andrebbe ricondotto alla vendita fallimentare, indipendentemente dal fatto che sia stato attuato in forma contrattuale oppure o in forma di esecuzione coattiva. Conseguentemente, la Cassazione è arrivata ad enunciare il seguente principio di diritto: «trova applicazione l'art. 108 secondo comma l. fall.: con la conseguente cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione ed ammissione del creditore privilegiato al concorso con rango privilegiato sull'intero prezzo pagato».

Nessuna considerazione si rinviene nella (peraltro scarna) motivazione in relazione alla posizione ed ai diritti del creditore ipotecario destinato a subire la cancellazione dell'ipoteca anteriore alla trascrizione del preliminare, ma si rinviene piuttosto soltanto un riferimento agli acquirenti, per affermare che questi non otterrebbero alcun vantaggio rispetto alla eventuale compravendita stipulata con il venditore *in bonis* «dal momento che, in tal caso, avrebbero pagato il prezzo a condizione della cancellazione dell'ipoteca: in ipotesi, mediante versamento del prezzo o di parte di esso alla banca».

Il carattere tutt'altro che appagante di questa soluzione è prontamente emersa in occasione dell'impugnazione in cassazione di una decisione del Tribunale di Monza che, aveva ritenuto di seguire l'orientamento espresso dalla citata sentenza Cass., n. 3310 del 2017, ed aveva ritenuto che la vendita attuata dal curatore nelle forme contrattuali in esecuzione del preliminare trascritto, in quanto posta in essere dal curatore, dovesse essere assimilata ad una vendita fallimentare, con conseguente cancellazione *ex* art. 108 l. fall. delle iscrizioni ipotecarie da parte del giudice delegato.

La Cassazione chiamata a decidere con ordinanza 8 giugno 2023, n. 16166, sulla legittimità di tale decisione adottata dal giudice di merito, ha necessariamente constatato che la netta divaricazione tra due diversi orientamenti, emersi nella giurisprudenza di merito ed in dottrina, quale *espressione di un conflitto tra diritto dell'esecuzione del preliminare di vendita trascritto e diritto di prelazione e sequela del creditore ipotecario (o se si preferisce diritto alla casa e diritto di credito).*

A questo non poteva che seguire con la stessa ordinanza il provvedimento al Primo Presidente, affinché valutasse se rimettere la questione alle Sezioni Unite con il seguente interrogativo: *se la l. fall., art. 108 comma 2, sia applicabile anche alla vendita attuata non all'esito di una procedura*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

competitiva pubblicizzata e svoltasi sulla base di valori di stima, ma in forma contrattuale in adempimento di un contratto preliminare in cui il curatore sia subentrato ex lege in applicazione del disposto della l. fall., art. 7, comma 8.

3. – Le Sezioni Unite della Cassazione si sono quindi espresse con una recentissima sentenza 19 marzo 2024, n. 7337 la quale, sulla base di una motivazione significativamente ampia ed approfondita, come pure sulla base di una assai attenta ricostruzione del sistema nei suoi fondamenti ed evoluzione, ha escluso l'applicabilità dell'art. 108, secondo comma, l. fall. al trasferimento attuato sulla base del contratto preliminare, nel quale è subentrato *ex lege* il curatore.

Le Sezioni Unite hanno infatti ritenuto che la cancellazione delle iscrizioni dei diritti di prelazione, delle trascrizioni, dei pignoramenti e di ogni altro vincolo da parte del giudice delegato di cui all'art. 108 secondo comma l. fall., *non sono concepibili al di fuori di una procedura coattiva aperta al mercato e finalizzata al realizzo dell'intero (ed anzi del migliore) prezzo di vendita del bene acquisito all'attivo.*

La ragione risiede nella incompatibilità tra la vendita coattiva, di cui all'esecuzione forzata, regolata dall'art. 586 del Codice di procedura civile e dall'art. 107 della legge fallimentare, rispetto alla vendita privatistica effettuata dal curatore in attuazione dell'obbligo, derivante dal contratto preliminare, nel quale è succeduto *ex lege*.

Da questo consegue l'estraneità e quindi l'inapplicabilità al trasferimento attuato dal curatore in esecuzione del preliminare, della purgazione delle iscrizioni e trascrizioni *ex* art. 108, secondo comma, l. fall..

Il fondamento di tale potere di cancellazione attribuito al giudice delegato risiede infatti nella funzione liquidatoria della vendita coattiva fallimentare, al pari di quanto accade per l'esecuzione individuale con l'art. 586 c.p.c.

Va ricordato che l'art. 105, nel testo anteriore alle modifiche apportate dalla novella del d.lgs. n. 5 del 2006, inquadrava le vendite fallimentari nell'ambito delle vendite giudiziali o come si dice forzate, che si concludono con il decreto di trasferimento del bene, mentre restavano certamente escluse le vendite effettuate a trattativa privata.

La riforma del 2006-2007, intervenuta sugli artt. 105-107 della legge fallimentare, pur avendo comportato un ridimensionamento dei rinvii al processo esecutivo disciplinato nel Codice di procedura civile, non ha messo in discussione ed ha mantenuto il tratto caratteristico della vendita fallimentare, quale vendita esecutiva procedimentalizzata in funzione liquidatoria. Ad essa, in considerazione del carattere comunque coattivo, si

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

accompagna l'effetto purgativo di cui all'art. 108, comma 2, attraverso il decreto di cancellazione del giudice delegato.

Il nuovo testo dell'art. 107 l. fall., prevede tre modalità di vendita, tutte riconducibili, sia pure in alcune ipotesi con rinnovate modalità, alla vendita forzata o comunque alla vendita procedimentalizzata.

Queste si articolano nella vendita effettuata: *i)* dal curatore attraverso procedure competitive; *ii)* dal giudice delegato secondo le disposizioni del Codice di procedura civile; *iii)* dal curatore con il subentro nelle procedure esecutive in corso, secondo il Codice di procedura civile.

Gli orientamenti che vorrebbero estesa alla vendita effettuata dal curatore in esecuzione del preliminare trascritto, l'applicazione del decreto purgativo del giudice delegato, muovono nella sostanza da un tentativo volto ad affermare una mera *similitudine*, come si afferma la sentenza delle Sezioni Unite, tra la vendita effettuata dal curatore, quale successore del fallito e la vendita fallimentare forzata o comunque procedimentalizzata di cui all'art. 107, l. fall.

L'argomento secondo cui la vendita immobiliare in esecuzione del preliminare trascritto configurerebbe una vendita concorsuale, ai fini della applicazione dell'art. 108, secondo comma, l. fall. si appoggia sull'argomento assai fragile della circostanza empirica che tale vendita viene disposta dal curatore fallimentare con l'autorizzazione del comitato dei creditori.

È questo il ragionamento seguito nella citata sentenza della Cassazione n. 3310 del 2017, che infatti così giustifica l'applicazione della purgazione dalle iscrizioni ipotecarie comma, al trasferimento effettuato dal curatore in esecuzione del contratto preliminare, secondo una applicazione estensiva dell'art. 108 l. fall.

In considerazione delle conseguenze di tale scelta interpretativa, la stessa sentenza, nel tentativo di bilanciare il deteriore trattamento del creditore ipotecario, avanzò una ulteriore opzione interpretativa, consistente nel riconoscimento di un diritto a favore del creditore ipotecario *di ammissione al concorso con rango privilegiato sull'intero prezzo pagato, ivi compreso l'acconto eventualmente versato dal promissario acquirente.*

Si tratta di una costruzione soltanto enunciata ma priva di una adeguata giustificazione o dimostrazione. Su di essa, infatti, la stessa successiva sentenza delle Sezioni unite n. 7337 del 2024 si esprime in modo apertamente critico, rilevando che tale conclusione risulta assunta *senza che di tale e asseritamente conseguenziale assunto sia individuabile un minimo riscontro sul piano normativo.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

4. – La soluzione del tema complessivamente considerato del conflitto tra il diritto all'esecuzione del preliminare di vendita trascritto, vale a dire tra le ragioni del promissario acquirente dell'immobile destinato ad uso abitativo ed il diritto di prelazione e sequela del creditore ipotecario (*conflitto tra diritto alla casa e diritto di credito* (6)), dovrebbe trovare soluzione in una adeguata ricostruzione del significato dell'art. 72, l. fall., così modificato per effetto dell'introduzione dell'ottavo comma.

Come abbiamo visto, con questa norma viene esclusa la possibilità per il curatore di sciogliersi dal contratto preliminare trascritto, contrassegnato dal particolare interesse sociale ed economico, della destinazione abitativa o imprenditoriale dell'immobile.

La deroga che è stata introdotta attiene, quindi, alla complessiva disciplina dei rapporti contrattuali pendenti ed in particolare dei contratti preliminari ineseguiti e trascritti, nei quali al curatore, sia pure sulla base di una differenziata regolamentazione, viene riconosciuto il diritto allo scioglimento del contratto.

Nello stesso tempo l'introduzione del comma 8 dell'art. 72 l. fall., non ha comportato alcuna deroga al generale sistema precedentemente ricordato, che consente la purgazione delle iscrizioni ipotecarie e delle trascrizioni con il decreto di cancellazione del giudice delegato alle sole vendite fallimentari, intese sia come vendite forzate o, come afferma ora la Suprema Corte, procedimentalizzate nell'ambito della liquidazione dei beni acquisiti dal curatore e facenti parte della massa fallimentare.

Il *quid novi* in sostanza risiede nell'aver imposto *ex lege* la successione del curatore, quale parte promittente venditore del contratto preliminare, che quindi è obbligato a dare esecuzione al preliminare e, in mancanza, è assoggettato al rimedio assorbente dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, di cui all'art. 2932 c.c., con conseguente trasferimento giudiziale della proprietà dell'immobile, attraverso la sentenza costitutiva.

L'immobile promesso resta in questo modo esterno rispetto alla massa attiva del fallimento. La collocazione fuori dal concorso, infatti, è avvenuta precedentemente alla dichiarazione di fallimento. Questa è avvenuta con il compimento dell'atto dispositivo del debitore allora *in bonis* poi fallito per effetto della stipulazione di un contratto preliminare. La ragione di tale disciplina risiede nello speciale contenuto e caratteristiche previste per l'immobile oggetto del preliminare dall'art. 72 ottavo comma. Tale immobile non è suscettibile di essere acquisito dal curatore, se non con l'azione

(6) Così l'ordinanza della Cass., n. 16166 del 2023.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

revocatoria la cui portata, proprio in ragione ed in corrispondenza con la speciale tutela accordata al promissario acquirente, è stata circoscritta secondo quanto disposto dall'art. 67, comma 2, lett. *c*), dalle esenzioni dalla revocatoria per le vendite ed i preliminari di vendita conclusi a giusto prezzo.

La deroga introdotta quindi con il comma 8 dell'art. 72 l. fall., non riguarda la disciplina del contratto preliminare, né tantomeno la disciplina delle vendite fallimentari o della purgazione delle iscrizioni e trascrizioni secondo i principi del processo esecutivo e dell'art. 108, l. fall.. La deroga investe piuttosto il diritto del curatore allo scioglimento del contratto pendente ed in particolare del contratto preliminare, con l'effetto della successione *ex lege* del curatore nel contratto.

La successiva vendita che il curatore viene ad effettuare a favore del promissario acquirente in adempimento del contratto preliminare o anche l'eventuale trasferimento giudiziale della proprietà dell'immobile, con sentenza costitutiva *ex* art. 2382 c.c., rientrano e sono espressione della disciplina di diritto comune delle obbligazioni e dei contratti, senza alterazioni o correzioni della disciplina o dei principi di diritto fallimentare o delle esecuzioni.

Del tutto forzati sono dunque i tentativi di parificare alla vendita fallimentare, il trasferimento dell'immobile attuato dal curatore in adempimento del contratto preliminare, del quale il curatore è divenuto parte e*x lege.*

La vendita effettuata dal curatore in adempimento del preliminare trascritto non può avere la natura di vendita coattiva, come pure non svolge la funzione di liquidazione dell'attivo, in quanto l'immobile oggetto del trasferimento, per effetto del contratto preliminare trascritto ed opponibile ai creditori, non è compreso tra i beni oggetto della liquidazione fallimentare.

Dalla circostanza che con la vendita effettuata in esecuzione del preliminare il curatore trasferisce l'immobile, non può farsi derivare, sulla base di una deduzione di meccanica *similitudine* (7), la natura di vendita coattiva fallimentare.

Quest'ultima, infatti, svolge una funzione liquidatoria, che il curatore e gli organi fallimentari attuano secondo le norme procedimentali previste per la liquidazione coattiva dei beni facenti parte dell'attivo.

L'effetto purgativo previsto dall'art. 108 l. fall. può accompagnare solo gli atti di trasferimento, che realizzano l'obiettivo della liquidazione nel-

(7) L'espressione è della Cass., sez. un., n. 7337 del 2024.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'interesse dei creditori, coattivamente, vale a dire, attraverso determinazione sia del soggetto destinatario del trasferimento, sia del prezzo, secondo criteri di mercato e competitivi.

L'applicazione dell'art. 108, comma 2, l. fall. anche alla vendita effettuata in esecuzione del preliminare, verrebbe inoltre a travolgere il diritto di sequela riconosciuto dall'art. 2808 c.c. al creditore ipotecario, e contrasterebbe con la disciplina sulla cancellazione delle ipoteche prevista dagli artt. 2878 e 2882 c.c.

L'inapplicabilità della purgazione delle iscrizioni e trascrizioni attraverso il decreto del giudice delegato di cui dell'art. 108, comma 2, l. fall. al trasferimento conseguente al contratto definitivo, che fosse sottoscritto dal curatore, è pienamente confermata dal fatto che neanche con l'esecuzione in forma specifica del preliminare *ex* art. 2932 c.c., l'acquirente potrebbe ottenere la purgazione delle iscrizioni e trascrizioni gravanti sull'immobile. Infatti, la sentenza costitutiva trasferisce il diritto di proprietà ma certamente o non cancella le iscrizioni e le trascrizioni che dovessero gravare il bene, in quanto questioni estranee, al di fuori della competenza del giudice del procedimento di esecuzione in forma specifica del preliminare.

In ogni caso va considerato che, se in esecuzione del preliminare, l'immobile fosse trasferito senza la liberazione dalle iscrizioni e trascrizioni, l'acquirente potrebbe far valere contro il promittente venditore (e quindi contro il fallimento essendo il curatore succeduto *ex lege* nel contratto) l'inadempimento all'obbligo assunto con il preliminare di trasferire l'immobile libero da tali pesi.

La mancata liberazione dalle ipoteche e da altri eventuali vincoli sull'immobile, verrebbe a configurare un inadempimento nell'esecuzione del preliminare, in quanto la mancata cancellazione delle ipoteche, se prevista nel contratto preliminare, costituisce un inadempimento del venditore e legittima l'acquirente a far valere i diritti e le azioni conseguenti e prima di tutto quelle previste agli artt. 1482 c.c. *cosa gravata da garanzie reali o da altri vincoli*, 1483 c.c. *evizione totale della cosa*, 1484 c.c. *evizione parziale* del Codice civile.

In conclusione, sulla base delle considerazioni svolte e dell'orientamento espresso dalla recente sentenza delle Sezioni unite della Cassazione, n. 7337 del 2024, la purgazione delle iscrizioni ipotecarie e delle trascrizioni, di cui all'art. 108, comma 2, c.c. non risulta applicabile all'eventuale trasferimento che fosse attuato dal curatore in esecuzione del contratto preliminare, nel quale il curatore può essere succeduto *ex lege* sulla base di quanto disposto dall'art. 72, comma 8, c.c. Conseguentemente, il trasferimento effettuato dal curatore in esecuzione del preliminare nei confini della attuale vigenza (transitoria) della legge fallimentare non può dar

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

luogo alla cancellazione delle iscrizioni e le trascrizioni antecedenti alla trascrizione del preliminare non possano essere cancellati e continuano a gravare sull'immobile, restando aperte la possibilità per l'acquirente di far valere le già accennate azioni *ex* artt. 1482, 1483, 1484 c.c..

Questa disciplina, sulla base dei criteri di cui all'art. 360, comma 2, CCII, è ancora vigente per le procedure fallimentari in corso in una prevedibile non breve fase transitoria. Essa da ultimo, come si è visto, si è arricchita con i principi della già citata sentenza delle Sezioni Unite 9 marzo 2024, n. 7337, che con ampia e convincente motivazione ha ricondotto la tutela del promissario acquirente del creditore ipotecario ai generali e certamente non derogabili (se non con una espressa previsione di legge), principi di diritto comune, correggendo le criticità della precedente sentenza Cass., 8 febbraio 2017, n. 3310.

5. – Alla "stabilizzazione" della giurisprudenza della Cassazione ha fatto seguito un ulteriore ennesimo intervento del legislatore, che con il Codice della Crisi ha cercato di coniugare la tutela del promissario acquirente con quella del creditore ipotecario.

Va considerato che il succedere e spesso l'alternarsi in breve tempo di diversificate discipline non consente, la stabilizzazione dei principi affermati dalle Sezioni Unite nella recente sentenza n. 7337 del 2024, in quanto con il Codice della Crisi sono sopravvenute ulteriori modifiche, che peraltro non sono apparse convincenti allo stesso legislatore, che a breve distanza dall'entrata in vigore del Codice le ha sottoposte ad ulteriori significative modifiche con il decreto correttivo varato dal Consiglio dei Ministri il 10 giugno 2024.

Ma partiamo dal Codice della Crisi, che all'art. 173, con riferimento al preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c., avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale o la sede principale della attività d'impresa, ha confermato il principio già introdotto nella legge fallimentare dell'esclusione della facoltà di scelta allo scioglimento e vincolando piuttosto il curatore al subentro nel contratto e nello stesso tempo ha condizionato e limitato sotto vari profili i diritti del promissario acquirente.

Nel Codice della Crisi nel testo entrato in vigore nel 2022, l'art. 173, comma 3, prevedeva che il subentro del curatore nel contratto, potesse avvenire a condizione che il promissario acquirente facesse valere piuttosto che la consueta domanda giudiziale davanti al giudice ordinario, una domanda secondo le modalità della procedura di accertamento del passivo e nel rispetto dei termini per essa previsti: *l'esecuzione nel termine e secondo*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

le modalità stabilite per la presentazione delle domande di accertamento dei diritti dei terzi sui beni compresi nella procedura.

In questo modo si verifica una metamorfosi del diritto all'adempimento della obbligazione alla conclusione del contratto definitivo, che da pretesa contrattuale alla prestazione dovuta volta alla stipula del contratto definitivo, viene mutato e ridotto in un diritto volto al trasferimento del bene oggetto del preliminare, che il promissario acquirente può far valere secondo le modalità di accertamento nel concorso con gli altri creditori concorrenti e nel procedimento di accertamento del passivo.

La trasformazione è stata netta e significativa: l'originario diritto ad una prestazione contrattuale consistente nel *facere* della prestazione del consenso, diviene nella procedura di accertamento del passivo una sorta di rivendica della proprietà di un bene. Da questo deriva che tale pretesa potrà essere fatta valere esclusivamente nell'ambito della formazione dello stato passivo, dovrà essere decisa dal giudice delegato, con provvedimento di natura costitutiva del diritto di proprietà a favore del promissario acquirente, rispetto al quale il curatore pur succeduto nel contratto non sembra essere tenuto alla conclusione del contratto definitivo, in quanto il trasferimento del bene potrebbe avvenire attraverso sentenza costitutiva di accoglimento della domanda da parte del giudice delegato.

Una volta assimilata la domanda *ex* art. 2932 c.c., alla domanda di ammissione al passivo, si potrebbe arrivare a ritenere che il *termine finale* sia quello delle domande super tardive, con la conseguenza che le sorti dell'immobile resterebbero pregiudizievolmente incerte per tutta la durata della procedura.

Questa conclusione potrebbe essere evitata se si interpretasse la locuzione *il promissario acquirente ne chieda l'esecuzione nel termine e secondo le modalità stabilite,* nel senso che sarebbe richiesto al promissario. Il curatore del fallimento non può sciogliersi ma deve dare esecuzione al contratto preliminare di vendita trascritto avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente.

Anche secondo la recente decisione delle Sezioni Unite della Cassazione sull'immobile oggetto del trasferimento le ipoteche iscritte non possono essere cancellate dagli Organi della Procedura.

Non si tratta infatti di vendita coattiva fallimentare, ma di vendita sottoposta alle generali regole di diritto civile. (….) l'acquirente di presentare tempestivamente la domanda di esecuzione in forma specifica del preliminare, con esclusione della possibilità di far valere altre forme di insinuazione in tempi successivi al "*termine*" per le domande tempestive.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il successivo comma 4 dell'art. 173 CCII regola il subentro del curatore nel contratto preliminare. In relazione all'immobile oggetto del preliminare viene stabilito che esso deve essere *trasferito e consegnato nello stato di fatto in cui si trova,* intendendo in questo modo probabilmente escludere responsabilità e doveri del curatore in relazione al non completamento di lavori promessi nel preliminare, o a modificazioni o deterioramenti nel frattempo intervenuti, che eventualmente il promissario acquirente potrebbe far valere al passivo quale credito risarcitorio di natura chirografaria.

Ma in modo del tutto inaspettato. che non ha precedenti nella disciplina dei contratti, compresa quella dei rapporti in corso nelle procedure concorsuali, il carattere vincolante dell'originaria obbligazione del pagamento del prezzo viene incisivamente rivisitato, dando spazio alla possibilità, tutt'altro che remota di una profonda rideterminazione dello stesso prezzo originariamente fissato dalle parti nel preliminare.

L'aspetto più problematico che è stato avvertito dal legislatore risiede negli acconti che i promissari acquirenti solitamente corrispondono nel tempo anche in misura rilevante o tale da arrivare ad anticipare l'intero prezzo ma che spesso non risultano agevolmente controllabili nella loro effettiva correttezza ed opponibilità alla massa.

Il legislatore del Codice della Crisi ha quindi avvertito l'esigenza di limitarne la portata attraverso un criterio dobbiamo dire "meccanico" meramente "equitativo", stabilendo la riduzione alla metà della loro "portata", vale a dire *opponibilità.* nel concorso dei creditori.

A questo risultato la norma in parola giunge attraverso la limitazione dell'*opponibilità alla massa* nella misura della metà di ogni pagamento che il promissario acquirente dimostra di avere effettuato. Conseguentemente il promissario acquirente potrà imputare al pagamento del prezzo soltanto la metà degli acconti versati, restando obbligato ad integrare con una nuova provvista la parte non opponibile alla massa.

Tale inopponibilità realizza una forma di inefficacia relativa soltanto nei confronti della massa e conseguentemente se il contratto preliminare fosse fatto valere nei confronti dell'originario promittente venditore perché ad esempio la procedura fosse revocata e si verificasse il ritorno *in bonis* di quest'ultimo, gli acconti versati potrebbero essere fatti valere integralmente nella misura corrispondente ad ogni versamento effettuato.

Alla limitazione appena vista dei diritti del promissario, una volta eseguita la vendita e riscosso integralmente il prezzo, fa seguito nell'ultima parte del comma 4 della norma in parola, la previsione dell'applicazione dei principi di cui all'art. 108 l. fall. ed ora art. 217 CCII della purgazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione e delle trascrizioni dei pi-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

gnoramenti e dei sequestri e di ogni altro vincolo da parte del giudice delegato.

Viene in questo modo estesa alla vendita effettuata in esecuzione di un contratto preliminare la speciale disciplina della vendita coattiva concorsuale, mentre, come abbiamo visto, in senso ben diverso si era espressa la cassazione nella sentenza delle sezioni unite di poco anteriore.

L'estensione dell'effetto purgativo al trasferimento in esecuzione del preliminare comporta una rilevante e vistosa deroga ai principi che regolano il diritto del creditore ipotecario ed in particolare al diritto di sequela riconosciuto dall'art. 2808 c.c. ed alla disciplina sulla cancellazione delle ipoteche prevista dagli artt. 2878 e 2882 c.c.

Come si è già visto, dalla sola circostanza che la vendita viene effettuata dal curatore, sulla base di una meccanica s*imilitudine* [8], non sembra possa essere dedotta la natura di vendita coattiva fallimentare.

La purgazione dai vincoli di cui all'art. 108 l. fall. ed ora art. 217 CCII, in realtà si accompagna ai trasferimenti che realizzano l'obiettivo della liquidazione nell'interesse dei creditori, attraverso determinazione sia del soggetto destinatario del trasferimento, sia del prezzo, secondo criteri di mercato [9].

6. – Da ultimo questa assai tormentata disciplina, è stata ulteriormente rivista dal decreto correttivo varato dal Consiglio dei Ministri il 10 giugno 2024.

È stata confermata l'estensione al trasferimento, effettuata in adempimento del preliminare, della purgazione dei vincoli da parte del giudice delegato una volta riscosso integralmente il prezzo di vendita. A questo riguardo sembra che, per ragioni di protezione sociale, al fine di consentire una maggiore tutela all'acquirente della prima casa, il legislatore per ragioni di protezione sociale, ha sacrificato gli interessi del creditore ipotecario, facendo prevalere l'interesse, potremmo dire del "diritto alla casa" sulle "ragioni del credito".

Nello stesso tempo, anche al fine di bilanciare la descritta deroga ai diritti del creditore ipotecario, è stato introdotto nell'articolo 173 un nuo-

---

[8] L'espressione è della Cass., sez. un., n. 7337 del 2024.

[9] A ciò si aggiunge che l'immobile oggetto del preliminare è esterno rispetto alla massa attiva della procedura concorsuale, perché con l'atto dispositivo avvenuto con il preliminare esso è stato collocato fuori dal concorso ed il curatore, nel momento in cui adempie all''obbligo di concludere il contratto, agisce quale successore nel rapporto contrattuale dell'originario promittente venditore poi sottoposto a fallimento o liquidazione giudiziale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

vo comma 3-*bis*, nel quale viene riconosciuto al creditore ipotecario il diritto di contestare, con l'impugnazione di cui all'art. 206, comma 3, la congruità del prezzo pattuito nel preliminare che, se accertata, comporta lo scioglimento del contratto.

Si tratta di una nuova azione che, si può dire, partecipa della natura della revocatoria. Al creditore ipotecario impugnante spetta dimostrare che il prezzo fissato nel preliminare al momento della stipulazione del contratto non era congruo, perché *il valore di mercato del bene era superiore a quello pattuito di almeno un quarto.*

L'efficacia del contratto, infatti, viene meno con conseguente scioglimento dello stesso se le *obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che è stato dato o promesso,* secondo quanto è previsto nella revocatoria fallimentare ora della liquidazione giudiziale.

Al promissario acquirente viene concessa la possibilità di evitare lo scioglimento se questi provveda tempestivamente al pagamento della differenza tra il prezzo pattuito e quello accertato come di mercato, ma anche questa prestazione ha un regime del tutto speciale perché è previsto che tale pagamento debba imperativamente avvenire *prima che il collegio provveda sull'impugnazione proposta dal creditore ipotecario ai sensi dell'art. 207, comma 3.*

Queste nuove previsioni sono finalizzate a realizzare la tutela del creditore ipotecario ed anche della massa dei creditori sotto il profilo della congruità del prezzo e della corrispondenza ai valori di mercato, al fine di consentire al creditore ipotecario di ottenere una soddisfazione in una misura che si vorrebbe non fosse lontana da quelli che potrebbero essere valori di stima, pur in mancanza di vendita coattiva.

La modifica ha investito anche la disciplina degli acconti versati dal promissario acquirente rispetto ai quali la soluzione della opponibilità per la sola metà di quanto pagato, che abbiamo visto nel testo originario dell'art. 173, comma 4, è stata ritenuta inappagante.

L'opponibilità è stata ripristinata per l'intero ma, nello stesso tempo, è stato introdotto l'onere por il promissario acquirente di dimostrare che i pagamenti siano avvenuti *con mezzi tracciabili.*

Il risultato è dunque di una tutela diremmo completa per il promissario acquirente della prima casa a condizione che sia stata corretta la negoziazione in relazione alla determinazione del prezzo ed alle modalità di pagamento degli eventuali acconti nel rispetto della effettiva trasparenza e correttezza dei trasferimenti di danaro.

Il creditore ipotecario è tutelato sotto il profilo della corrispondenza tra il ricavato della vendita effettuato dal curatore in esecuzione del preliminare con i valori di mercato del bene, almeno con riferimento al

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

momento della stipula del preliminare mentre sopporta il rischio della erosione del ricavato in presenza di acconti ad esso opponibili, se disposti con pagamenti avvenuti in forma trasparente e corretta perché *tracciabili*.

Con questa espressione viene richiamata la disciplina sull'obbligo di pagamenti tracciabili per le transazioni immobiliari alla quale è collegata la relativa disciplina fiscale.

Nella sostanza, la rilevanza degli eventuali acconti rilasciati dal promissario acquirente è, strettamente condizionata alla correttezza della negoziazione posta in essere prima dell'apertura della liquidazione giudiziale con la sottoscrizione del contratto preliminare. La correttezza della negoziazione deve risultare sotto il profilo della trasparenza e dell'adempimento degli oneri fiscali, che alla stessa sono connessi.

Per la prima volta in modo efficace e condivisibile, viene stabilito il principio della inesigibilità del credito sorto in violazione degli obblighi tributari.

La mancata osservanza di questi obblighi, che sono sostanzialmente di natura fiscale, comporta infatti un effetto assai rilevante sul piano concorsuale, perché rende inopponibili gli acconti versati alla massa dei creditori e tra questi al creditore ipotecario.

BRUNO INZITARI

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA, INSOLVENZA E COOPERATIVE: LA RICERCA DI UN DIFFICILE EQUILIBRIO SISTEMATICO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Insolvenza e l.c.a.: la questione della natura dell'ente e dell'attività (in concreto) esercitata. La posizione della Cassazione. – 2.1. Enti pubblici economici e accertamento dell'insolvenza. – 2.2. Cooperative sociali tra fallimento e l.c.a. – 2.3. La rilevanza dell'attività concretamente esercitata dall'ente. – 3. Accertamento dell'insolvenza e apertura della liquidazione giudiziale (fallimento) come concetti (non solo momenti) non sovrapponibili: la recente decisione della Corte costituzionale. – 3.1. Le ragioni del giudice rimettente. – 3.2. La decisione della Corte costituzionale. – 4. Alcune questioni insolute e il difficile incastro sistematico tra l.c.a. e liquidazione giudiziale (fallimento) nelle cooperative (specie se) svolgenti un'attività commerciale. – 4.1. La prima criticità: la cooperativa come modello unitario e la ricerca di una coerenza sistematica nell'accesso alle procedure liquidatorie. – 4.2. La seconda criticità: l'accertamento dell'insolvenza e il criterio previsto dall'art. 2545-*terdecies* c.c. – 4.3. La terza criticità: la disciplina applicabile all'impresa commerciale esercitata dall'ente pubblico economico. – 4.4. La quarta criticità: la disciplina applicabile all'impresa sociale strumentale ad associazioni e fondazioni. Cenni ad ulteriori questioni interpretative ancora aperte. 5. – Considerazioni conclusive.

1. – *Premessa*

La liquidazione coatta amministrativa (anche l.c.a.), come procedura essenzialmente liquidatoria di enti pubblici e privati, ha superato, senza esserne travolta e senza subire radicali rivisitazioni, le molte stagioni del diritto della crisi di impresa. Il r.d. n. 267 del 1942 (l. fall.), prima, e il d.lgs. n. 14 del 2019 (Codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa – CCII), poi, si limitava e, rispettivamente, si limita a dettare una disciplina generale della l.c.a. che trova specifica e puntuale declinazione nelle leggi speciali. Sono queste che individuano infatti i presupposti (soggettivo e oggettivo), le regole procedurali uniformi (v. d.p.r. n. 400 del 1975) e le norme di dettaglio della categoria di enti assoggettabili alla l.c.a. Per la verità, in occasione della riscrittura della disciplina della crisi di impresa, si era prospettata la possibilità di comprimere (se non sostanzialmente abrogare) la procedura in parola almeno per quanto riguarda le cooperative che svolgono l'impresa commerciale, assoggettando le stesse alla liquidazione giudiziale. Soluzione questa che non ha trovato seguito con il CCII e sembra essere stata abbandonata (v. TOMASSO, *La liquidazione coatta amministrativa tra prospettive di sostanziale abrogazione e criticità odierne*, in *Fallimento*, 2016, p. 1113 ss., NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2023 p. 515, BONFATTI, *La liquidazione coatta amministrativa nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza - I. Struttura della nuova disciplina*, in *Diritto della crisi*, 2021, p. 8, *amplius* ID., *La*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

procedura di Liquidazione Coatta Amministrativa nel fallimento e nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, Pisa, 2021; AA.VV., *Commentario breve alle leggi su crisi di impresa e insolvenza*, a cura di A. Maffei Alberti, Milano, 2023, p. 2186 ss.).

Restano quindi intatte le questioni di cui si dibatteva anteriormente all'introduzione del CCII circa, innanzitutto, il rapporto tra l.c.a. e liquidazione giudiziale e, in secondo luogo, la disciplina dell'accertamento dell'insolvenza degli enti soggetti a l.c.a.

Su entrambi i versanti hanno avuto modo di intervenire la Cassazione e, in un'occasione, la Corte costituzionale. Se è chiaro, infatti, che la l.c.a. ha la sua ragion d'essere nella rilevanza pubblicistica degli interessi coinvolti dagli enti che ad essa sono soggetti, restano coperte da un velo opaco due questioni rilevanti: innanzitutto, il perimetro entro il quale la liquidazione coatta amministrativa opera *in alternativa* alla liquidazione ("non amministrativa", ma) giudiziale dell'ente insolvente e, in secondo luogo, quando sia possibile, ancorché l'impresa resti soggetta a l.c.a., accertare giudizialmente l'insolvenza con effetti in ordine all'esperibilità delle azioni revocatorie (v. art. 299 CCII) e all'applicabilità di norme penali incriminatrici (v. art. 343 CCII).

Le diverse fattispecie esaminate dalla giurisprudenza ruotano attorno al tema del valore sistematico dell'accertamento (giudiziale) dell'insolvenza (sulla contrapposizione tra l'insolvenza c.d. giudiziale e l'insolvenza c.d. amministrativa v., anche per i riferimenti, v. TOMASSO, *La liquidazione coatta amministrativa tra prospettive di sostanziale abrogazione e criticità odierne*, cit., p. 115 ss.). L'insolvenza, nel senso che si ricava dall'art. 5 l. fall. e, ora dall'art. 2, lett. *b*), CCII si presta, infatti, ad essere vista in ordine alla specificità, in primo luogo, della l.c.a. e degli interessi che troverebbero in essa adeguata tutela e, in secondo luogo, della cooperativa come peculiare modello di esercizio dell'attività economica. Le difficoltà interpretative nascono, in sostanza, dall'esigenza – imposta da norme collocate sia nel codice civile che nel CCII – di spiegare le aree di intersezione tra concetti e istituti quali l'insolvenza, la l.c.a., la liquidazione giudiziale, le società cooperative (intese come modello unitario), che hanno differenti ragioni e finalità di tutela.

Ci si soffermerà, quindi, innanzitutto, sulle decisioni della Cassazione che hanno toccato i temi del rapporto tra l.c.a. e accertamento dell'insolvenza per enti non fallibili e della soggezione a fallimento (piuttosto che a l.c.a.) delle cooperative sociali.

Successivamente, si esaminerà la sentenza della Corte costituzionale che ha ritenuto assoggettabile ad accertamento dell'insolvenza un ente (una cooperativa "sotto soglia") non fallibile.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'obiettivo è quello di verificare se, sul piano sistematico, le pronunce oggetto di esame contribuiscano a mettere in luce i nessi di uno scenario coerente o facciano emergere piuttosto delle fratture non colmabili in via interpretativa e, quindi, bisognose di un intervento normativo.

2. – *Insolvenza e l.c.a.: la questione della natura dell'ente e dell'attività (in concreto) esercitata. La posizione della Cassazione*

La l.c.a. si caratterizza, come è noto, oltre che per la coazione dell'assoggettamento alla procedura, per la gestione amministrativa anziché giudiziale della liquidazione in relazione alla natura pubblica degli interessi coinvolti (cfr. PAJARDI, *Radici e ideologie del fallimento*, Milano, 1992, p. 124 ss., recentemente BONFATTI, *La procedura di Liquidazione Coatta Amministrativa nel fallimento e nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 11 ss.).

Non è ben delimitato, tuttavia, il rapporto tra la l.c.a. l'insolvenza e l'istituto della liquidazione giudiziale. In altri termini, collocando il punto di osservazione sul concetto di insolvenza, non sono agevoli da comprendere le ragioni e i criteri sulla cui base il legislatore, da un lato, elegga la l.c.a. a procedura talvolta esclusiva, talaltra alternativa alla liquidazione giudiziale e, dall'altro, legittimi o precluda l'accertamento giudiziale dell'insolvenza anteriormente o successivamente all'apertura della l.c.a. La Cassazione è, infatti, intervenuta in più occasioni sulla questione, in primo luogo, dell'accertamento dell'insolvenza in caso di enti pubblici economici, in secondo luogo, della disciplina applicabile a cooperative sociali aventi i requisiti dimensionali che le renderebbero potenzialmente assoggettabili a liquidazione giudiziale e, in terzo luogo, precisando l'importanza di verificare di volta in volta l'attività svolta dall'ente.

2.1. – *Enti pubblici economici e accertamento dell'insolvenza*

Riguardo l'accertamento dell'insolvenza di enti pubblici economici è noto che gli stessi non erano soggetti alla disciplina della legge fallimentare (disciplina vigente al tempo dei fatti e della decisione), né lo sono ora al codice della crisi e dell'insolvenza (v. artt. 294, comma 3, 297, comma 9, CCII con riguardo alla l.c.a., ma v. già l'art. 1 CCII). A tal proposito la Cassazione chiarisce che:

> «gli enti pubblici sono sottoposti al diritto comune, e cioè alle medesime norme applicabili ai soggetti privati, per quanto riguarda la disciplina degli atti posti in essere, mentre si distinguono per ciò che invece attiene alla disciplina del soggetto, della sua organizzazione e delle sue vicende» (Cass. civ., sez. I, 30 aprile 2018, n. 10383, in *Fallimento*, 2018, p. 1256 ss., con nota di SPIOTTA, *L.C.A.: il*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

divieto, dettato per gli enti pubblici, di accertamento preventivo dello stato di insolvenza vale anche per l'accertamento successivo).

Ne consegue, ad avviso dei Supremi giudici, che se l'accertamento dell'insolvenza è precluso in via preventiva rispetto all'apertura della l.c.a. ai sensi dell'art. 195 l. fall. (oggi art. 297 CCII), non può dirsi altrettanto, sul piano letterale, per l'accertamento dell'insolvenza successivamente all'apertura della l.c.a., stante il dettato dell'art. 202 l. fall. (oggi art. 298 CCII). Vi sarebbe, infatti, una lacuna nell'allora vigente art. 202 l. fall. laddove lo stesso non esclude(va) l'accertamento successivo dell'insolvenza per gli enti pubblici. Lacuna che, secondo la Cassazione, va colmata rilevando una simmetria tra le due fattispecie dell'accertamento preventivo e successivo. In entrambe le fattispecie ricorrono, infatti,

«conseguenze comuni (...) in punto di possibile esercizio delle azioni revocatorie anche fallimentari (art. 203 l. fall.) e di assoggettabilità dell'imprenditore (o degli organi societari) alle fattispecie penali previste per l'eventualità del fallimento (art. 237 l. fall.)» (Cass., sez. I, 30 aprile 2018, n. 10383, cit.).

Pertanto, se si esclude l'eccezionale ipotesi in cui si svolga un'attività bancaria (v. art. 82 TUB), l'ente pubblico economico che eserciti l'impresa commerciale non è assoggettabile a liquidazione giudiziale, ma nemmeno all'accertamento giudiziale (preventivo o successivo all'apertura della l.c.a.) dell'insolvenza. La Corte, riprendendo quanto già affermato in altra occasione (Cass., sez. I, 9 ottobre 1993, n. 10008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, p. 485 ss., in *Fallimento*, 1994, p. 173), rileva infatti che la l.c.a.

«trova ragione nella incidenza della procedura non sugli atti ma sul soggetto in quanto tale. E [...], la specificità di tale condizione, dal legislatore evidentemente ritenuta essenziale, sarebbe infine vanificata se una dinamica analoga a quella esclusa (del fallimento) fosse perseguita attraverso la equivalente (negli effetti) dichiarazione di insolvenza successiva» (Cass., sez. I, 30 aprile 2018, n. 10383, cit.).

In sostanza, la Cassazione: *i)* premesso che per gli enti pubblici (a prescindere dall'attività esercitata e dalle dimensioni) il legislatore esclude la dichiarazione di fallimento (ora liquidazione giudiziale), *ii)* considerato che gli effetti della dichiarazione di insolvenza (che rilevano, come detto, sul piano dell'esperibilità delle azioni revocatorie e dell'integrazione di talune fattispecie penali) sono equiparabili (negli effetti) alla dichiarazione di fallimento, *iii)* ne deduce che non vi è alcuno spazio interpretativo per ammettere tanto il fallimento, quanto la dichiarazione giudiziale di insol-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

venza dell'ente pubblico, anche una volta che sia già stata aperta la l.c.a. La soluzione giurisprudenziale probabilmente poggia sulla peculiare posizione dell'ente pubblico rispetto ad istituti come l'azione revocatoria e l'accertamento delle sanzioni penali. Del resto, questa soluzione sembra coerente con una giurisprudenza di merito che ha considerato inammissibile la proposta di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento presentata da un Istituto Pubblico di Assistenza e Beneficenza (IPAB). Infatti, in un caso, il tribunale (Trib. Treviso, sez. II, 12 maggio 2016, in *www.DeJure.it*) ha accolto l'opposizione contro il decreto del giudice delegato (Trib. Treviso, 20 maggio 2015, in *www.ilcaso.it*.), rilevando che l'IPAB è soggetto ad un autonomo procedimento di liquidazione previsto dal d.lgs. n. 207 del 2001, dalla legge regionale attuativa, nonché dalla l. n. 1404 del 1956. La legge sul sovraindebitamento (l. n. 3 del 2012), ad avviso del Tribunale, non può essere intesa a chiusura del sistema, ovvero applicabile a tutte le ipotesi in cui l'ordinamento non appronta una specifica regolazione della liquidazione o della crisi (come sembra ricavarsi dall'art. 6 della l. n. 3 del 2012), perché questa lettura «non appare coerente con la volontà del legislatore» (Trib. Treviso, sez. II, 12 maggio 2016, cit.). Inoltre, non avrebbe spazio nemmeno l'argomento per il quale la citata disciplina pubblicistica della liquidazione, non prevedendo la possibilità di risanamento, configura una lacuna colmabile con la l. n. 3 del 2012 (oggi artt. 65 ss. CCII): nel caso di specie, infatti, l'art. 8, comma 9, L.R. Veneto n. 43/12 «prevede una fase di gestione commissariale finalizzata proprio al risanamento dell'ente». Infine, l'applicazione della l. n. 3 del 2012 «alle IPAB in dissesto comporterebbe una inammissibile ingerenza dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria nella sfera della Pubblica Amministrazione (...)». Occorre peraltro rilevare che la conclusione potrebbe oggi non essere così sicura alla luce del quadro sistematico che emerge dal codice della crisi che contribuisce ad alimentare la convinzione – che trova alimento dalle fonti europee – per la quale vi sarebbe un diritto soggettivo all'esdebitazione (cfr. SCIPIONE, *Un tentativo di ricostruzione dell'istituto dell'esdebitazione nel nuovo diritto della crisi*, in *Giur. comm.*, 2024, I, p. 98 ss., in part. p. 109).

In questo percorso argomentativo non è possibile soffermarsi sulle ulteriori questioni di carattere processuale come, a ad esempio, quella sulla competenza del tribunale all'accertamento *ex* art. 195 l. fall. dello stato d'insolvenza di un'impresa soggetta a l.c.a. rispetto alla competenza a conoscere le controversie legate allo svolgimento successivo della procedura (cfr. Cass., sez. 1, 6 febbraio 2023, n. 3575). Tuttavia, lascia perplessi la piena equiparazione tra l'accertamento dell'insolvenza per l'apertura della liquidazione giudiziale e l'accertamento dell'insolvenza che prescinde

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dall'apertura della liquidazione giudiziale, specie quando l'insolvenza è dichiarata successivamente all'apertura della l.c.a. Inoltre, sfugge in che modo gli effetti dell'accertamento dell'insolvenza successivamente all'apertura della l.c.a. possano pregiudicare gli interessi pubblici la cui tutela giustifica l'esenzione dalla liquidazione giudiziale. Proprio perché la l.c.a. è già aperta non vi sono infatti motivi che «possano giustificare una disparità di trattamento, sul punto, tra i diversi enti assoggettabili a l.c.a.» (così, testualmente NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 520).

2.2. – *Cooperative sociali tra fallimento e l.c.a.*

Riguardo la disciplina applicabile alle cooperative sociali, la Cassazione decide, in prima battuta, che le stesse siano assoggettabili a fallimento in caso di accertato svolgimento di un'attività commerciale.

Nel primo principio di diritto si afferma infatti:

> «È assoggettabile a fallimento, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2545-*terdecies* cod. civ., 2082 cod. civ. e 1, l. fall., una società cooperativa sociale che svolga attività commerciale secondo criteri di economicità (cd. lucro oggettivo), senza che rilevi l'eventuale assunzione della qualifica di Onlus ai sensi del d.lgs. n. 460 del 1997, art. 10, trattandosi di norma speciale di carattere fiscale che non integra la "diversa previsione di legge" contemplata dal secondo comma dell'articolo 2545-*terdecies* cod. civ.» (Cass., sez. I, 20 ottobre 2021, n. 29245, in *Giur. it.*, 2022, p. 656 ss., con nota di BONFANTE, *Il fallimento di una cooperativa sociale onlus. Una sentenza incompleta*, in *Società*, 2022, p. 148 ss., con note di CUSA, *La fallibilità delle cooperative tra mutualità, lucratività, commercialità e qualifiche speciali* e di BONFANTE, *La fallibilità delle cooperative sociali: una breve postilla*, in *Fallimento*, 2022, p. 387 ss., con nota di FICI, *L'insolvenza delle cooperative sociali tra disciplina del tipo e disciplina dello* status).

La Cassazione ritiene in sostanza che, nel caso di specie, l'impresa svolta dalla cooperativa sociale sia commerciale in quanto persegua il c.d. lucro oggettivo e, pertanto, la stessa debba considerarsi assoggettabile a fallimento o a l.c.a. in applicazione del criterio della prevenzione (art. 2545-*terdecies* c.c.).

La decisione – in cui si toccavano molte questioni legate alla natura dell'attività svolta dalla cooperativa e ai caratteri tipologici della cooperativa, nonché alla qualifica di ONLUS e alla vincolatività giuridica di un parere del MiSE – ha suscitato un vivace dibattito in dottrina. Questa si è concentrata tuttavia prevalentemente su un versante della questione e, in particolare, sulla disciplina applicabile alle cooperative sociali. In estrema sintesi si è rilevato, per una prima opinione, che le cooperative sociali

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dovrebbero essere considerate quali enti svolgenti un'impresa non già commerciale o agricola, ma un *tertium genus* di impresa che, in quanto tale, non sarebbe assoggettabile a fallimento (o liquidazione giudiziale). In ogni caso – prosegue l'opinione in parola – tali enti, essendo di diritto imprese sociali *ex* art. 1, comma 4, d.lgs. n. 112 del 2017, sono assoggettabili, ai sensi dell'art. 14 d.lgs. n. 112 del 2017, solamente a l.c.a. (BONFANTE, *Cooperative sociali, imprese sociali e lca: un* terzium genus *di imprese?*, in *Società*, 2021, p. 802 e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Siracusa, Sez. fall., decr., 5 maggio 2021, in *Società*, 2021, p. 799 ss., con nota di BONFANTE, *Cooperative sociali, imprese sociali e lca: un tertium genus di imprese?*).

Per una seconda opinione la questione della soggezione della cooperativa sociale al fallimento va risolta nell'ambito della disciplina generale delle procedure concorsuali tenendo conto del rapporto tra tipo (di società cooperativa) e *status* (di impresa sociale). Alla luce dell'art. 295, comma 1, CCII si propende per l'applicabilità dell'art. 14, d.lgs. n. 112 del 2017 alle cooperative sociali (e ai loro consorzi). Tale disposizione prevede che in «caso di insolvenza, le imprese sociali sono assoggettate alla liquidazione coatta amministrativa», escludendo così l'operatività dell'art. 2545-*terdecies* c.c. e, quindi, la soggezione alla liquidazione giudiziale (FICI, *L'insolvenza delle cooperative sociali tra disciplina del tipo e disciplina dello* status, cit., p. 387 ss.).

Per una terza opinione vi sarebbero significative differenze normative tra le cooperative sociali e le cooperative non sociali con la qualifica di impresa sociale. Queste ultime sarebbero infatti enti appartenenti a un unico tipo normativo (la società cooperativa) soggetto a un trattamento giuridico irragionevolmente differente. Irragionevolezza a cui non può porre rimedio l'interprete. L'esito è che, laddove ricorrano i presupposti soggettivo e oggettivo, le cooperative sociali sono sottoposte a liquidazione giudiziale o a l.c.a. in base al criterio della prevenzione (artt. 295, comma 2, d.lgs. n. 14 del 2019 e 2545-*terdecies*, comma 2, c.c.), mentre le cooperative non sociali con la qualifica di impresa sociale sono soggette soltanto a l.c.a. (v. CUSA, *Frammenti di disciplina delle cooperative con la qualifica di impresa sociale*, in *Nuove leggi civ.*, 2021, p. 275-276).

La questione torna ad essere al centro del dibattito giurisprudenziale, con l'ordinanza interlocutoria del 18 gennaio 2023, n. 1503.

Il Collegio rileva infatti che:

«il primo motivo di ricorso prospetta una questione di diritto di particolare rilevanza, circa la perdurante assoggettabilità a fallimento (oltre che a liquidazione coatta amministrativa, secondo il criterio di prevenzione), delle cooperative sociali

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

e dei loro consorzi, cui il d.lgs. n. 112 del 2017 attribuisce di diritto la qualifica di "imprese sociali", in relazione al combinato disposto degli artt. 14 comma 1 e 1 comma 4 dello stesso d.lgs. e dell'art. 2545-*terdecies* c.c, della quale è opportuna la trattazione in pubblica udienza» (Cass., sez. I, 18 gennaio 2023, n. 1503, cit.).

Tuttavia, la S.C. – pur senza formalmente porsi in contrasto con il suo criticato precedente – sembra voler chiudere la questione con una sentenza nella quale si afferma che:

«la recente pronuncia di questa Sezione (Cass. 20 ottobre 2021, n. 29245) (...) non risulta conferente nel caso in esame, ove viene in rilievo (...) il regime introdotto dal d. lgs. n. 112 del 2017 sulla "impresa sociale", che in quella vicenda era invece rimasto totalmente estraneo al giudizio di legittimità, in quanto mai allegato da alcuna parte, né rilevato nei precedenti gradi di giudizio». Pertanto deve essere affermata la «applicabilità dell'art. 14 del d.lgs. n. 112/2017 anche alle cooperative sociali (e ai loro consorzi), in luogo dell'art. 2545-*terdecies* cod. civ., dovendo prevalere la specialità della disciplina (più vantaggiosa) dello "status" impresa sociale su quella (meno vantaggiosa) del "tipo" società cooperativa» (Cass., sez. I, 27 ottobre 2023, n. 29801, depositata il 27 ottobre 2023, in *Giur. it.*, 2024, p. 1890 ss., con nota di CAVANNA, *Non va soggetta a liquidazione giudiziale la cooperativa sociale insolvente*; in *Fallimento*, 2024, p. 470 ss., con nota di FICI, *Cooperative sociali e liquidazione coatta amministrativa: dalla Suprema Corte un autorevole contributo al riconoscimento della 'specialità' delle imprese di cui alla L. n. 381/1991*; in *Società*, 2024, p. 409 ss., con nota di BONFANTE, *L'insolvenza delle cooperative sociali e la lca: il nuovo (condivisibile) approdo della Suprema Corte*, ma v. anche le ulteriori decisioni della prima sezione della Cassazione: 28 novembre 2023 n. 33069; 28 novembre 2023, n. 32992; 29 novembre 2023, n. 33280. Le sentenze citate sono altresì annotate da M. RENNA, *Le cooperative sociali, quali imprese sociali di diritto, sono sottoposte esclusivamente a l.c.a.*, in *www.terzjus.it*, 12 dicembre 2023).

A prescindere dall'evoluzione della giurisprudenza della Cassazione, la vicenda suscita una riflessione che tuttavia richiede di considerare il tema da un versante differente: quello del rapporto tra le procedure liquidatorie e l'accertamento dell'insolvenza. In questa prospettiva le diverse opinioni ora rappresentate consentono, da un lato, di mettere in risalto il senso della precarietà del quadro giuridico complessivo in cui si sta sviluppando il ragionamento e, dall'altro, di ricavare utili conseguenze di ordine sistematico. Se si considera, infatti, la cooperativa sociale come un'impresa sociale di diritto, a cui si applica l'art. 14 del d.lgs. n. 112 del 2017, ne consegue che tali enti sarebbero totalmente sottratti alla liquidazione giudiziale (anche se esercitassero un'impresa commerciale). Tuttavia, ai sensi degli artt. 297 e 298 CCII e della decisione della Corte cost. n. 93 del 2022

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

– su cui ci si soffermerà in seguito – sarebbe possibile procedere con l'accertamento giudiziale dell'insolvenza anche se tali imprese non integrano i requisiti soggettivi e oggettivi dell'impresa commerciale assoggettabile a liquidazione giudiziale. In sostanza, si realizzerebbe una situazione differente (forse quasi un rovesciamento) rispetto a quella descritta per gli enti pubblici economici che, pur svolgendo un'impresa commerciale, sono sempre sottratti – per la Cassazione – all'accertamento dell'insolvenza, oltre che alla liquidazione giudiziale.

Pertanto, avremmo: *a)* imprese commerciali "sopra soglia" passibili di essere soggette alla sola l.c.a. senza la possibilità di accertare nemmeno l'insolvenza in via giudiziale e *b)* imprese sociali che, avendo la forma della cooperativa sociale, anche se soggette alla sola l.c.a., sarebbero comunque soggette, ancorché "sotto soglia", all'accertamento dell'insolvenza in sede giudiziale.

Non solo: le diverse tesi sopra ricordate impattano anche su altri profili di diritto della crisi. Si pensi alla possibilità di includere le cooperative sociali tra le cooperative che possono accedere alla composizione negoziata. Se si ritiene che le cooperative sociali esercitino un *tertium genus* di impresa (ossia un'impresa diversa tanto da quella agricola quanto da quella commerciale), ciò potrebbe precludere l'accesso alla composizione negoziata riservata, ai sensi dell'art. 12 CCII, ai soli imprenditori agricoli e commerciali (v., seppur con riferimento al d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito con modificazioni dalla l. 21 ottobre 2021, n. 147, i dubbi di SPADARO, *La composizione negoziata della crisi delle imprese sotto soglia*, in *Fallimento*, 2022, p. 312 ss., in part. p. 316 e la più ampia riflessione di RUSSO, *Start up innovativa, impresa minore e composizione negoziata. Un trinomio complesso nella cornice del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2023, I, p. 980 ss.). Esito quest'ultimo che sembrerebbe contrastare con la *ratio* della composizione negoziata che dovrebbe potersi estendere a qualunque impresa e, quindi, anche alle imprese sociali ancorché si giungesse a considerarle un *tertium genus* di impresa.

In conclusione: se l'originaria (e ora sembra superata) scelta della Cassazione di assoggettare le cooperative sociali a liquidazione giudiziale è criticabile (almeno se ci si pone nell'ottica di dare un peso sistematico decisivo all'art. 14 d.lgs. n. 112 del 2017), vi sono più generali ragioni di perplessità che la giurisprudenza della Suprema corte restituisce all'interprete. In particolare, emerge, infatti, l'assenza di una coerenza sistematica che consenta di contrapporre tra loro le procedure liquidatorie (l.c.a. e liquidazione giudiziale) e sfugge la *ratio* che legittima l'accertamento dell'insolvenza (mentre sono chiari gli effetti che tale accertamento produce)

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

in un contesto diverso dalla liquidazione giudiziale rispetto agli interessi che, con tale accertamento, sarebbero tutelati.

2.3. – *La rilevanza dell'attività concretamente esercitata dall'ente*

In ogni caso, la Cassazione sottolinea l'importanza di accertare *in concreto* l'attività svolta dalla cooperativa senza limitarsi a quanto dichiarato nello statuto sociale. Con riguardo a cooperative agricole si è precisato infatti che:

> «la presenza dell'art. 2545-*terdecies* c.c., il quale dispone l'assoggettabilità al fallimento delle società cooperative che svolgono attività commerciale, impone di accertare in concreto tale ultimo requisito, non coincidendo con l'astratta enunciazione nello statuto sociale di uno scopo mutualistico, ma dovendo il giudice del merito verificare lo svolgimento in modo sistematico di un'attività commerciale». In sostanza «l'accertamento di merito della fallibilità deve procedere alla verifica: a) della forma sociale e della qualità dei soci; b) dello svolgimento di attività agricola in senso proprio o di attività agricola connessa, anche esclusiva, da parte della società, ai sensi dell'art. 2135 c.c., comma 3; c) dell'apporto prevalente dei soci o della destinazione prevalente ai soci di beni e servizi diretti alla cura ed allo sviluppo del ciclo biologico, ai sensi del D.Lgs. n. 228 del 2001, art. 2, comma 2» (Cass., sez. I, 16 gennaio 2018, n. 831, in *Giur. comm.*, 2020, II, p. 141 e, in dottrina, v. MARASÀ, *L'imprenditore, artt. 2082-2083*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2021, p. 269).

Si tratta di una affermazione coerente con un quadro sistematico che sempre più frequentemente emerge dalle decisioni della Cassazione, come conferma un recente arresto in tema di disciplina della crisi applicabile alle imprese start-up innovative, ove si afferma che:

> «l'iscrizione nel Registro delle imprese rappresenta una condizione certamente necessaria, ma non anche sufficiente a garantire l'applicazione della disciplina agevolata e, segnatamente, l'esonero dalla dichiarazione di fallimento, dovendo essere sempre assicurato e verificato, nella sede giudiziale specificamente preposta, l'effettivo e concreto possesso dei requisiti prescritti, al di là della loro formale attestazione e di un loro riscontro meramente cartolare» (Cass., sez. I, 7 luglio 2022, n. 32491, in *Società*, 2023, p. 37 ss.).

3. – *Accertamento dell'insolvenza e apertura della liquidazione giudiziale (fallimento) come concetti (non solo momenti) non sovrapponibili: la recente decisione della Corte costituzionale*

La Corte costituzionale ha concluso per l'infondatezza della questione sollevata dal tribunale di Udine (Corte cost., sentenza del 12 aprile 2022,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

n. 93, in *Fallimento*, 2022, p. 1353 ss., con nota di ABETE, *Società cooperative. Liquidazione coatta amministrativa e fallimento. Brevi spunti*, in *Società*, 2022, p. 685 ss., commentata da BONFANTE, *L'identità cooperativa secondo la Corte costituzionale*, e commentata altresì da CAVANNA, *Insolvenza delle cooperative e specificità mutualistica*, in *Giur.it.*, 2022, p. 2428 ss., nonché e in termini critici da CUSA, *Le cooperative insolventi tra liquidazione coatta amministrativa e liquidazione giudiziale*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 1158 ss., in part. p. 1177 ss. L'ordinanza di rimessione del 25 gennaio 2021, è pubblicata in Gazz. uff. n. 14, serie I speciale, 2021. Il provvedimento è pubblicato, ancorché indicato con data 21 gennaio 2021, anche in *Dir. fall. e delle soc. comm.*, 2022, II, p. 1060 ss., con nota critica di MARTINA, *Liquidazione coatta amministrativa delle cooperative "sotto soglia" ed effetti dell'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza: profili di incostituzionalità o di tutela di interessi pubblici?*).

3.1. – *Le ragioni del giudice rimettente*

Il rimettente chiedeva alla Corte di sindacare la conformità alla Carta dell'art. 202 l. fall. (oggi sostanzialmente riprodotto nell'art. 298 CCII) nella parte in cui lo stesso prevede che, una volta aperta la procedura di l.c.a., se l'impresa, al tempo in cui è stata ordinata la liquidazione, si trovava in stato d'insolvenza, il tribunale accerta tale stato con sentenza in camera di consiglio. Il tal guisa il tribunale procede anche se la liquidazione è stata in principio disposta per insufficienza di attivo (per l'intervento dell'autorità amministrativa ai sensi dell'art. 2545-*septiesdecies* c.c. v. CAVANNA, *Le società cooperative*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, commentario diretto da COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, Bologna, 2009, p. 1322).

La questione non è nuova nella giurisprudenza sia di merito (cfr. App. Torino, 29 settembre 2010, in *Fallimento*, 2011, p. 991 ss., con nota di BARBIERI, *Stato di insolvenza nella liquidazione coatta amministrativa e accertamento dei requisiti di fallibilità* e già Trib. Udine, 15 dicembre 2006, in *Redazione Giuffrè*, 2007, e, da ultima, sulla irrilevanza delle soglie *ex* artt. 1 e 15 l. fall. in caso di ammissione della cooperativa alla l.c.a., Trib. Brindisi, 16 maggio 2022, in *Giur.it.*, 2023, p. 1618 ss., con nota di BONFANTE, *Applicabilità o meno delle soglie alla lca.*) che di legittimità (v. Cass., 22 aprile 2013, n. 9681, in *RDS*, 2014, p. 48 ss., con nota di VATTERMOLI, *Questioni nuove e vecchi equivoci in tema di società cooperative insolventi.*), anche se nel precedente della Cassazione il tema era l'assenza non già dei requisiti soggettivi e oggettivi per essere sottoposti a fallimento, bensì del presupposto dell'ammontare dei debiti scaduti previsto dall'allora vigente art. 15 l. fall.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nella vicenda oggetto di sindacato costituzionale, il tribunale (*ex* art. 2545-*terdecies* c.c.) è chiamato a dichiarare (su richiesta, ai sensi dell'art. 202 l. fall., del commissario liquidatore) l'insolvenza di una cooperativa posta in l.c.a. dalla Regione Friuli-Venezia Giulia. Nessuna delle due citate disposizioni accenna o rinvia a dati normativi che individuino i requisiti soggettivo e oggettivo per la dichiarazione di fallimento (e, oggi, per l'apertura della liquidazione giudiziale). Infatti, rileva il tribunale rimettente, è opinione comune, sulla base del dato normativo,

«che il tribunale debba procedere all'accertamento dello stato di insolvenza di una cooperativa senza che assumano alcuna rilevanza le dimensioni dell'impresa e anche il tipo di attività esercitata (in particolare, commerciale o agricola)» (Trib. Udine, 25 gennaio 2021, cit.).

La dichiarazione di insolvenza non implica l'apertura del fallimento (ed ora della liquidazione giudiziale), ma, come si è anticipato, consente la produzione di determinati effetti la cui gravità richiede che la stessa sia l'esito di un atto emesso da un giudice nel contraddittorio tra le parti. Con tale accertamento, secondo il tribunale di Udine, si realizzerebbe, tuttavia, una deroga alla regola della *par condicio creditorum* e si aprirebbe la possibilità di sanzionare in modo severo chi cerca di trarre illegittimo profitto da una impresa sulla cui solvibilità i terzi hanno confidato. In definitiva, gli effetti della dichiarazione di insolvenza determinano per il giudice friulano un

«inasprimento delle norme di diritto comune per ragioni di tutela generale, che il legislatore considera prevalenti solo laddove sussistano talune caratteristiche dell'impresa non mutualistica: l'attività commerciale e dimensioni superiori a certi limiti» (Trib. Udine, 25 gennaio 2021, cit.).

Ad avviso del rimettente se l'insolvenza deve essere accertata dal tribunale (e non da un provvedimento dell'autorità amministrativa che pure ha ad oggetto l'insolvenza), ciò induce

«a pensare che gli interessi generali tutelati siano sempre quelli tipici del diritto fallimentare e non quelli a presidio dei quali è posta l'autorità amministrativa. In definitiva questo collegio non riesce a ravvisare valide ragioni per cui l'inasprimento delle norme di diritto comune previsto dalla legge fallimentare dovrebbe applicarsi – solo per le cooperative – a prescindere dal tipo di attività svolta (quindi anche per l'impresa agricola) e dalle dimensioni dell'impresa» (Trib. Udine, 25 gennaio 2021, cit.).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'illogicità sistematica sarebbe accentuata – secondo il giudice di Udine – dall'introduzione della disciplina del sovraindebitamento (l. n. 3 del 2012 e v. ora artt. 65 ss. CCII) alle cui procedure sono assoggettabili (tra l'altro) le imprese non fallibili e alla cui apertura non conseguono i ricordati effetti derivanti dalla dichiarazione di insolvenza. La Corte è chiamata a decidere sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 202, comma 1, l. fall.

«nella parte in cui prevede che il tribunale deve pronunciare sentenza di accertamento dello stato di insolvenza della società cooperativa sottoposta a liquidazione coatta amministrativa anche in assenza dei requisiti soggettivi richiesti per la dichiarazione del fallimento di un imprenditore costituito in altra forma giuridica e, in particolare, di una società lucrativa» (Trib. Udine, 25 gennaio 2021, cit.).

L'illegittimità delle norme impugnate viene sollecitata assumendo come parametri di costituzionalità gli artt. 3 e 45 Cost. Ci si interroga infatti se:

«a) è legittima la disparità di trattamento tra società cooperativa e società lucrativa, laddove solo per la prima, e non per la seconda, l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza (e, quindi, l'applicabilità delle più rigorose norme fallimentari in punto azioni revocatorie e disciplina penale) deve avvenire a prescindere dalla considerazione dei profili soggettivi di fallibilità, ovverosia esercizio di un'attività commerciale e superamento di almeno una delle soglie dimensionali dell'art. 1, legge fallimentare? (art. 3 Cost.);

b) è legittimo il conseguente inasprimento delle norme nei confronti delle sole società cooperative, e dei loro amministratori, a fronte dell'impegno della Repubblica a promuovere e favorire l'incremento della cooperazione con i mezzi più idonei, assicurandone, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità? (art. 45 Cost.)» (Trib. Udine, 25 gennaio 2021, cit.).

3.2. – *La decisione della Corte costituzionale*

La Corte costituzionale, superata un'eccezione di inammissibilità sollevata dal Presidente del Consiglio dei ministri, precisa, innanzitutto, che:

«l'accertamento giudiziario dello stato di insolvenza ha autonomia di procedimento e di effetti [...] posto che "il decreto di liquidazione coatta amministrativa è emesso all'esito di un procedimento amministrativo il quale, a differenza dell'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, non offre le garanzie del rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa, né produce gli effetti del giudicato"»

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

(Corte cost., n. 93 del 2022, richiamando altresì la propria precedente giurisprudenza in materia di decorrenza della prescrizione in materia di azione revocatoria: Corte cost., ord., n. 362 del 2007).

In secondo luogo, la Corte si sofferma sulla "funzione sociale" dell'organizzazione cooperativistica che, nonostante la multiforme articolazione che la stessa ha assunto nel sistema produttivo, conserva una «vocazione affatto peculiare, quale strumento elettivo di integrazione sociale». Una peculiarità che contraddistingue tutte le cooperative, anche se quella svolta è un'attività commerciale con soggetti terzi (c.d. spuria). Ne consegue, ad avviso della Corte, che:

> «nel corso fisiologico della sua esistenza, così nella fase patologica della crisi, la società cooperativa, quand'anche esercente un'attività commerciale, non è perfettamente assimilabile a una società lucrativa, ma conserva rispetto ad essa profili di specificità, che non possono essere superati in forza di un generico richiamo alla parità di trattamento tra operatori economici» (Corte cost., n. 93 del 2022, punto 6).

E questo particolare carattere della cooperativa – che nelle parole della Corte la fa assurgere ad un modello unitario contrapposto alla società lucrativa – trova conferma nel fatto che la l.c.a. opera per le cooperative a prescindere dall'insolvenza. Infatti, la cooperativa:

> «resta soggetta a liquidazione coatta amministrativa, e non soltanto per causa di insolvenza, ai sensi del medesimo art. 2545-*terdecies* cod. civ., ma anche in conseguenza di uno scioglimento per atto dell'autorità di vigilanza, come prevede l'art. 2545-*septiesdecies* cod. civ. nell'ipotesi in cui la cooperativa non persegua lo scopo mutualistico o non depositi per due anni consecutivi il bilancio di esercizio ovvero non compia atti di gestione. L'assoggettabilità della cooperativa esercente attività commerciale alla procedura di liquidazione coatta amministrativa è indice sicuro della persistente rilevanza pubblicistica del tipo societario» (Corte cost., n. 93 del 2022, punto 6.1 s.).

Il brano ora riportato è assai rilevante nel percorso argomentativo della Corte perché la stessa, in questo modo, da un lato, induce a costruire il modello cooperativistico come unitario e, dall'altro, trova conferma di tale unicità del modello nell'assoggettamento della cooperativa alla l.c.a. come procedura idonea (a differenza della liquidazione giudiziale) a dare giusta tutela alla rilevanza pubblicistica degli interessi tutelati in sede di liquidazione; interessi che non si riducono a quelli del ceto creditorio.

La collocazione su piani diversi dell'impresa lucrativa e di quella cooperativa (ancorché eserciti un'attività commerciale) evidenzia l'eterogenei-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tà delle fattispecie comparate e, quindi, porta a considerare *impropria* l'evocazione dell'art. 3 Cost.

Inoltre, la Corte considera «improprio» il richiamo alla l. n. 3 del 2012, poiché tale riferimento postula che:

> «l'insolvenza di un'impresa di economia sociale – qual è la società cooperativa – possa essere equiparata, su basi strettamente economico-patrimoniali, all'insolvenza di un mero debitore civile» (Corte cost., n. 93 del 2022, punto 6.6).

Allo stesso modo è considerata infondata la questione di legittimità riguardo all'art. 45 Cost. considerato l'ampio mandato costituzionale al legislatore ordinario nella scelta dei «mezzi più idonei» per incrementare la cooperazione, al punto che:

> «la tutela rafforzata del ceto creditorio e dell'ordine pubblico economico connessa all'accertamento giudiziario dello stato di insolvenza della società cooperativa può agevolmente ricondursi agli "opportuni controlli" raccomandati dall'art. 45 Cost., in base ad un non irragionevole bilanciamento legislativo tra mezzi di promozione e istanze di vigilanza, con conseguente insussistenza della denunciata violazione» (Corte cost., n. 93 del 2022, punto 7).

In conclusione, nel ragionamento della Corte assume un peso decisivo l'idea che la cooperativa integri un modello giuridico unitario che svolge una *impresa di economia sociale*

4. – *Alcune questioni insolute e il difficile incastro sistematico tra l.c.a. e liquidazione giudiziale (fallimento) nelle cooperative (specie se) svolgenti un'attività commerciale*

Le decisioni della Cassazione e della Corte costituzionale delineano un quadro sistematico incerto che lascia aperti diversi interrogativi anche a prescindere dalla difficoltà di applicare, alle situazioni concrete, i criteri elaborati soprattutto dal Giudice delle leggi (BONFANTE, *L'identità cooperativa secondo la Corte costituzionale*, cit., p. 685 ss., in part. p. 689). Emergono infatti differenti ordini di criticità. Il primo si può cogliere ponendo come punto di osservazione la disciplina delle società cooperative e il carattere unitario del modello cooperativo.

Il secondo richiede di assumere come prospettiva di analisi, l'accertamento dell'insolvenza.

Il terzo emerge considerando l'imputazione dell'impresa commerciale a enti pubblici.

Il quarto, infine, impone di soffermarsi sull'esercizio strumentale dell'impresa sociale da parte di associazioni e fondazioni.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

4.1. – *La prima criticità: la cooperativa come modello unitario e la ricerca di una coerenza sistematica nell'accesso alle procedure liquidatorie*

Per configurare la cooperativa come modello unitario è necessario individuare, nella disciplina legale, i caratteri normativamente rilevanti che la connotano e ne consentono la contrapposizione ad altri modelli di impresa (in particolare quella lucrativa).

Sui caratteri distintivi va preliminarmente rilevato che non vi è in dottrina unità di vedute: dal lucro (*solo?*) oggettivo e dall'ammissibilità della mutualità c.d. *intergenerazionale*, alla funzione sociale (per i riferimenti bibliografici cfr. i richiami presenti nei commenti alle decisioni qui citate; sulla difficoltà di fondo di contrapporre finalità lucrativa e mutualistica v. già BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Trattato Cottino*, Milano 2004, p. 154 ss.).

Peraltro, quando ci si accosta al dato normativo, occorre tener ferma una considerazione di fondo: i caratteri del modello unitario (qualunque essi siano) debbono essere preservati anche in sede di accesso alle procedure liquidatorie. A tal proposito la questione si incentra su una disposizione che ha suscitato ampio dibattito in dottrina. Ci si riferisce alla previsione per la quale le cooperative "sopra-soglia", che svolgono un'impresa commerciale, possono accedere tanto alla l.c.a., quanto alla liquidazione giudiziale.

Il dato normativo richiamato è dunque un'utile prospettiva dalla quale osservare il tema della unitarietà del modello cooperativo. Le alternative sistematiche prospettabili, in linea teorica, sono due:

a) l.c.a. e liquidazione giudiziale tutelano in modo equivalente il nucleo di interessi che connotano, da un lato, la cooperativa "sopra soglia" che svolge l'impresa commerciale e, dall'altro, l'impresa commerciale lucrativa di analoghe dimensioni. In altre parole, le dimensioni e lo svolgimento dell'impresa commerciale sono, evidentemente, elementi tali da giustificare, per il legislatore, la sostanziale equivalenza tra la liquidazione giudiziale e la liquidazione (coatta) amministrativa (v. FABIANI, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2017, p. 544);

b) l.c.a. e liquidazione giudiziale sono procedure strutturalmente diverse perché la l.c.a. dà «rilevanza centrale ad interessi anche diversi da (e, come detto, talora addirittura confliggenti con) quelli di cui sono portatori i creditori dell'impresa»; vi sarebbe quindi una incapacità «delle procedure concorsuali "di diritto comune" a favorirne un adeguato soddisfacimento, sotto una serie di profili» (BONFATTI, *La liquidazione coatta amministrativa nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza - I. Struttura della nuova disciplina*, cit., p. 3).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nel primo caso è implicito dover ammettere che la cooperativa non può essere ricostruita come modello unitario, considerato che la disciplina liquidatoria a cui è soggetta non è determinata dall'appartenenza al modello (cooperativo o meno), bensì alle dimensioni e all'attività esercitata. Resterebbero soggette, infatti, alla sola l.c.a.: *i)* le cooperative di grandi dimensioni, ma svolgenti attività non commerciali o svolgenti attività commerciali, ma sottratte alla disciplina dell'impresa commerciale perché connesse alla (e quindi regolate dalla disciplina della) impresa agricola (v. art. 1, comma 2, d.lgs. n. 228 del 2001, nonché *amplius* CUSA, *Fallimento e cooperative agricole: alcuni chiarimenti*, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 284 ss.; Trib. Gela, 7 luglio 2023, in *www.dirittodellacrisi.it*, ove viene in considerazione – sulla scorta della citata giurisprudenza di legittimità – la rilevanza dell'accertamento della attività in concreto esercitata che potrà essere anche esclusivamente attività commerciale, purché qualificabile come agricola per connessione), nonché *ii)* le cooperative "sotto soglia" e, verrebbe da dire, *iii)* le cooperative c.d. pure, se si accede all'idea che le stesse debbano essere considerate cooperative senza impresa (ne parla – condivisibilmente – come di un equivoco VATTERMOLI, *Questioni nuove e vecchi equivoci in tema di società cooperative insolventi*, cit., p. 53). Per tali cooperative resterebbe la possibilità di accertare giudizialmente l'insolvenza.

In conclusione, le cooperative sarebbero sempre soggette all'accertamento dell'insolvenza (a differenza di qualsiasi altra impresa) e, in alcuni casi, assoggettabili anche a liquidazione giudiziale in alternativa alla l.c.a. Da qui, per cercare di superare le incongruità che tale proposta interpretativa importa, la dottrina ha cercato di ricostruire il sistema secondo direttive diverse, proponendo, per esempio, la non soggezione delle cooperative "sotto soglia" all'accertamento giudiziale dell'insolvenza (v. CANNAVÒ, *Liquidazione coatta amministrativa e concordato nelle cooperative*, Milano, 2010, p. 94 ss.).

Resta il dato di fondo: la possibilità per alcune cooperative di accedere, in alternativa alla liquidazione giudiziale, alla l.c.a. sulla base del criterio della priorità temporale (art. 2545-*terdecies* c.c.) è sistematicamente destabilizzante perché si opera altresì un sostanziale appiattimento tra le procedure liquidatorie rispetto alla tutela degli interessi potenzialmente lesi dall'insolvenza.

Nella prospettiva che emerge dal secondo caso, che vede contrapporre le due procedure sulla base di un criterio strutturale, dovrebbe essere precluso alle cooperative accedere alla liquidazione giudiziale. Se la cooperativa è un modello unitario, come si afferma nella giurisprudenza qui analizzata e in dottrina (v. MARTINA, *Liquidazione coatta amministrativa*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

delle cooperative "sotto soglia" ed effetti dell'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza: profili di incostituzionalità o di tutela di interessi pubblici?, cit., p. 1075 s. e BONFANTE, *L'identità cooperativa secondo la Corte costituzionale*, cit., p. 685 ss.), non possono essere le dimensioni o l'attività esercitata ad incidere sulla tipologia di procedura liquidatoria. Irragionevole è, dunque, l'equiparazione tra le procedure, anche quando le cooperative sono insolventi. L'insolvenza non dovrebbe essere da sola sufficiente a mettere sullo stesso piano cooperative e imprese lucrative sulla base del solo criterio della prevenzione: il legislatore, con la legge speciale, dovrebbe selezionare le imprese soggette alla l.c.a. in relazione agli interessi che tale procedura può tutelare in misura più efficace proprio perché strutturalmente diversa rispetto alla liquidazione giudiziale. La criticità non sembra possa essere risolta nemmeno collocandosi nella prospettiva europea e, quindi, ragionando sull'essere la cooperativa ricompresa o meno tra le «organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro» *ex* art. 10, lett. *h*), Dir. 2014/24/UE (su cui v. C. Giust. 7 luglio 2022, Sez. VIII, cause C-2014/21 e C-2013/21, in *Società*, 2023, p. 21 ss., con nota di CUSA, *La nozione unionale di organizzazione non lucrativa tra contratti pubblici, Terzo settore e trasporti sanitari di urgenza*).

4.2. – *La seconda criticità: l'accertamento dell'insolvenza e il criterio previsto dall'art. 2545-terdecies c.c.*

Se ci si colloca nella prospettiva dell'insolvenza e del suo accertamento, l'irragionevolezza della scelta operata con l'art. 2545-*terdecies* c.c. sembra ulteriormente rafforzata. Se si osservano, infatti, le disposizioni contenute negli artt. 298 CCII e 2545-*terdecies* c.c. emerge la diversa prospettiva che le connota. La prima, l'art. 298 CCII, consente solamente l'accertamento dell'insolvenza in imprese assoggettate alla l.c.a. In sostanza non si regolano i rapporti tra procedure, ma si legittima il commissario liquidatore o il Pubblico Ministero a chiedere l'accertamento dell'insolvenza, analogamente a quanto prevede l'art. 297 CCII per l'accertamento dell'insolvenza anteriormente all'apertura della l.c.a. L'art. 2545-*terdecies* c.c. non disciplina, invece, l'accertamento dell'insolvenza, ma il rapporto tra procedure in cui l'accertamento dell'insolvenza è presupposto necessario, da un lato, per l'apertura (liquidazione giudiziale) e, dall'altro, per la produzione di effetti ulteriori (l'esperimento di azioni revocatorie fallimentari e l'accertamento di taluni reati) in procedure (l.c.a.) la cui apertura può prescindere da tale accertamento.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

4.3. – *La terza criticità: la disciplina applicabile all'impresa commerciale esercitata dall'ente pubblico economico*

Se l'attività commerciale è esercitata nel mercato da enti pubblici economici e le soglie dimensionali sono superate, non solo la soggezione alla liquidazione giudiziale è preclusa per mancanza di presupposto soggettivo (e la mancanza di una disposizione analoga a quella dell'art. 2545-*terdecies* c.c.), ma si esclude altresì l'accertamento dell'insolvenza preventiva o successiva all'apertura della l.c.a. Come si è visto, la Cassazione (sez. I, 30 aprile 2018, n. 10383, cit.) non dubita che dagli artt. 202 l. fall. (e ora art. 298 CCII) si debba ricavare la preclusione alla dichiarazione giudiziale di insolvenza per tutti gli enti pubblici economici, salvo si tratti di banche in virtù dell'art. 82 TUB. Il tema è, quindi, non solo quello di riservare alla legge speciale la selezione delle imprese/enti insolventi da sottoporre a l.c.a., ma anche di individuare un criterio sistematicamente coerente sulla cui base selezionarle; un criterio che sia funzionale a guidare nella scelta delle imprese da sottoporre a l.c.a. in relazione alla particolare tutela di interessi pubblici che verrebbero in considerazione e il ruolo da attribuire alla dichiarazione di insolvenza rispetto alla tutela di tali interessi.

4.4. – *La quarta criticità: la disciplina applicabile all'impresa sociale strumentale ad associazioni e fondazioni. Cenni ad ulteriori questioni interpretative ancora aperte*

La quarta criticità può solo essere accennata. In premessa devono considerarsi superate le tesi antiche e contrapposte per le quali le associazioni e le fondazioni, da un lato, non potevano svolgere attività d'impresa, salvo essere considerate società di fatto e, dall'altro, non incontravano limiti nello svolgimento di tali attività economiche, salvo il divieto di distribuzione di utili. Sembra doversi condividere, infatti, la tesi mediana per la quale in capo agli enti diversi dalle società possono ammettersi solo imprese "strumentali". Occorre prendere atto, peraltro, che l'evoluzione legislativa è giunta ad ammettere l'esercizio dell'impresa da parte di enti del libro primo del c.c. in via non solo strumentale e con possibilità di distribuzione dei vantaggi per gli associati (riferimenti in RONDINONE, *Lo spettro dell'organizzazione in forma di impresa nel libro del lavoro*, Torino, 2022, p. 156 ss.). Tale apertura ha un punto di particolare rilevanza con il d.lgs. 117/2017 che consente l'esercizio dell'impresa da parte di enti del terzo settore (cfr. MARASÀ, *L'imprenditore*, cit., p. 41 ss. e p. 329 ss. e BARILLÀ, *Enti del terzo settore e diritto societario*, Torino, 2022). L'assenza di una specifica disciplina concorsuale crea però non pochi dubbi sulla procedura eventualmente applicabile. Si deve registrare, infatti, una prima soluzione prospettata in dottrina per la quale «un'associazione che inten-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

desse svolgere una di tali attività con modalità imprenditoriali sarà soggetta, in caso di insolvenza, alla liquidazione coatta amministrativa (*ex* art. 14, d.lgs. n. 112 del 2017), se costituita come impresa sociale, alla liquidazione giudiziale, se costituita come ente del terzo settore regolato dal c.t.s.» (così MARASÀ, *La "commercializzazione" degli enti del libro i del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 210 ss., in part. p. 227 s. e p. 230 s.). La tesi non è condivisa da chi ritiene che se un ente non societario svolge un'attività di impresa in via strumentale, «l'attività economico-produttiva non può ritenersi esercitata "professionalmente", in quanto il vincolo finale di destinazione dei mezzi dell'ente (...) risulta ricadere nell'attività istituzionale, cui appunto l'attività astrattamente lucrativa rimane funzionalmente strumentale» (così RONDINONE, *Lo spettro dell'organizzazione in forma di impresa nel libro del lavoro*, cit., p. 165 s.).

Alle criticità segnalate si aggiungono le lacune difficilmente colmabili del tessuto normativo, considerata l'assenza di un quadro sistematico coerente (sul difficile rapporto tra cooperative e diritto concorsuale v. CUSA, *Le cooperative insolventi tra liquidazione coatta amministrativa e liquidazione giudiziale*, cit., p. 1158 ss.). Si pensi al nodo della disciplina applicabile nel caso della cooperativa che, da un lato, si ponga al vertice di un gruppo c.d. gerarchico di società lucrative (il tema è segnalato da CAVANNA, *Insolvenza delle cooperative e specificità mutualistica*, in *Giur.it.*, 2022, p. 2428 ss., in part. p. 2430) piuttosto che, dall'altro, partecipi ad una impresa sociale. A quest'ultimo proposito si può solo osservare che la fattispecie sembra ora ammissibile stante, in primo luogo, la nuova formulazione dell'art. 4 d.lgs. n. 112 del 2017 sull'attività di direzione e coordinamento e, in secondo luogo, la possibilità di distribuire utili ai sensi dell'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 112 del 2017 (sulla questione nel vigore del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 v. FICI, voce *Impresa sociale*, in *Digesto disc. priv., sez. civ., aggiornamento*, vol. 3, t. II, 2007, Torino, p. 663 ss. e SCHIUMA, *Il gruppo dell'impresa sociale*, in *Nuove leggi civ.*, 2009, p. 1183 ss.). Anche in tal caso potrebbero, tuttavia, porsi problemi di disciplina applicabile specie laddove la partecipazione cooperativa consentisse di configurare un gruppo di imprese.

Infine, occorre soffermarsi sulla questione della disciplina applicabile alla cooperativa "start-up a vocazione sociale" in crisi. Fino all'entrata in vigore del d.lgs. 13 settembre 2024 n. 136, c.d. Correttivo *ter* del codice della crisi, si poteva affermare che ai sensi art. 25, comma 4, d.l. n. 179 del 2012, le *start-up* innovative di cui al comma 2 e 3 dell'art. 25 d.l. n. 179 del 2012 che operano «in via esclusiva» nei settori indicati «all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155» (oggi da intendersi con riguardo alle corrispondenti disposizioni del d.lgs. n. 112 del

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

2017) erano soggette alla procedura di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 31 d.l. n. 179 del 2012, stante il carattere speciale della disciplina rispetto sia all'impresa sociale, sia alla l.c.a., che alla liquidazione giudiziale; era quindi da ritenersi come inoperante il riferimento previsto nell'art. 294 CCII alla disciplina della l.c.a. Restava fermo che, in caso di residuo attivo al termine della procedura di liquidazione, lo stesso doveva essere devoluto al fondo di cui all'art. 15, comma 8, d.lgs. n. 112 del 2017. Il nuovo primo comma dell'art. 37 CCII prevede che in «deroga a quanto previsto dall'articolo 31 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, le *start-up* innovative diverse dalle imprese minori possono richiedere, con domanda proposta esclusivamente dal debitore, l'accesso agli altri strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza previsti dal presente codice nonché l'apertura della liquidazione giudiziale». Pertanto, pur meritando la questione una riflessione più ampia, sembra doversi prospettare una soluzione diversa per le imprese cooperative start-up a vocazione sociale minori (per le quali valgono le considerazioni anteriori al correttivo) rispetto alle imprese cooperative start-up a vocazione sociale non minori per le quali, con un meccanismo diverso da quello previsto dall'art. art. 2545-*terdecies* c.c. (a conferma dell'esigenza di un riordino della materia), si potrebbero probabilmente avere un ventaglio eterogeneo di soluzioni che si fonda su scelte discrezionali degli amministratori (v. art. 120-*bis* CCII, su cui cfr. DE LUCA, *Sull'art. 120bis CCII. Ossia sul nuovo rapporto tra soci e amministratori di società in crisi*, in AA.VV., *Crisi e insolvenza dopo il correttivo ter*, a cura di Irrera e Cerrato, Bologna, p. 2024, t. 2, p. 1953 ss.).

5. – *Considerazioni conclusive*

In conclusione e per rispondere al quesito iniziale sulla portata delle decisioni esaminate, si può affermare che quella «singolare alternativa tra procedura amministrativa di liquidazione coatta e procedura di liquidazione giudiziale» (RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2019, p. 129 ss.) sembra necessiti di una manutenzione legislativa a cui probabilmente il legislatore delegato doveva già ottemperare (almeno con riguardo all'art. 2545-*terdecies* c.c.) nella redazione del CCII (v. CUSA, *Le cooperative insolventi tra liquidazione coatta amministrativa e liquidazione giudiziale*, cit., p. 1180 s.), ma che sembra continuare a trascurare (almeno stando alle bozze del correttivo del 2024 al CCII). La cornice sistematica dovrebbe essere ricostruita, *de iure condendo*, tenendo conto di due direttrici di fondo: l'estensione dell'accertamento dell'insolvenza giudiziale e l'unitarietà del modello cooperativo.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In via interpretativa, *de iure condito* e in attesa di una definizione (legislativa) più coerente degli assetti sistematici, va accolta con favore la proposta di valorizzare il c.d. *diritto oggettivamente concorsuale*, che potrebbe consentire di individuare ed applicare trasversalmente quelle regole e quei principi comuni a tutte le procedure concorsuali (v. VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto "oggettivamente" concorsuale*, *Dir. fall.*, 2013, I, p. 762).

Del resto, l'unitarietà del modello cooperativo e la sua contrapposizione al modello lucrativo, fondata sul particolare atteggiarsi della mutualità, giustifica l'applicazione della disciplina delle società di capitali in quanto compatibile (art. 2519 c.c.) consentendo di assumere un diverso approccio, ad esempio, al tema del voto segreto in assemblea. Tuttavia, l'affermazione della unitarietà del modello cooperativo sembra trovare talvolta una accoglienza forse troppo generosa da parte della dottrina anche in contesti estranei al diritto della crisi, con, tuttavia, rilevanti ricadute sul piano sistematico. Si pensi, per rimanere alle manifestazioni più recenti del fenomeno, alla costituzione *on line* di s.r.l. e s.r.l.s. prevista dal d.lgs. n. 183 del 2021 e dal d.m. Ministero dello sviluppo economico 26 luglio 2022, n. 155, riguardo alla quale si è affermato che la «limitazione alle sole s.r.l. e s.r.l.s. impedisce, altresì, di costituire in videoconferenza ogni altro tipo di società, quali società per azioni e in accomandita per azioni, società cooperative (anche laddove l'atto costituivo preveda che trovino applicazione, in quanto compatibili, le norme sulla società a responsabilità limitata *ex* art. 2519 c.c.) (...)» (così BOGGIALI, *La costituzione online di s.r.l. e s.r.l.s.*, in *CNNotizie*, n. 231 del 16 dicembre 2022).

ANDREA CAPRARA

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

LA NULLITÀ DELLE CLAUSOLE *CLAIMS MADE* IN ASSENZA DI NORME IMPERATIVE «SOSTITUTIVE»

SOMMARIO: 1. Il dibattito sulle clausole *claims made*. – 2. La nullità in assenza di norma imperative «sostitutive». – 3. (*segue*) Una recente decisione paradigmatica. – 4. (*segue*) Sostituzione della clausola e finalità protettiva della nullità. – 5. Adeguatezza dell'assicurazione ed equilibrio sinallagmatico. – 6. Conclusioni.

1. – *Il dibattito sulle clausole* claims made

La nullità delle singole clausole e la conseguente applicabilità dell'art. 1419, comma 2, c.c. è uno degli aspetti cruciali dell'attuale dibattito relativo al contratto di assicurazione "su base *claims made*".

Molte, invero, sono le questioni sollevate da tale contratto [1], ma in questo commento si circoscriverà l'oggetto del discorso all'interrogativo fondamentale se l'articolo 1419, comma 2, c.c. possa operare in assenza di una norma imperativa che sostituisca di diritto la singola clausola *claims made* nulla [2]; questione sulla quale la dottrina ha svolto numerosi rilievi critici rispetto alla ricostruzione giurisprudenziale di cui si darà conto [3].

Il discorso verrà svolto con particolare attenzione alla tematica della responsabilità sanitaria, che in questo contesto offre degli importanti spunti. Il dibattito sulle clausole *claims made*, infatti, è intimamente connesso al tema della responsabilità sanitaria, che ne ha incrementato considerevolmente la portata nonché influenzato i passaggi fondamentali dell'evoluzione sia normativa che giurisprudenziale.

---

[1] Per un orientamento generale sui problemi relativi a queste clausole contrattuali non può che rinviarsi, data l'estensione della bibliografia sull'argomento, ai contributi monografici sul tema: FACCI, *Il fatto noto nella successione di polizze claims made*, Torino, 2023; NAZZARO, *Il sinistro nell'assicurazione della responsabilità lungolatente*, Napoli, 2022; ROSSI, *Le clausole claims made: dalla valutazione della giurisprudenza alla logica del mercato assicurativo*, Milano, 2018.

[2] Sulle diverse ricostruzioni del concetto stesso di clausola vedi GERI, *Sul significato del termine «clausola» in relazione al comma 2° dell'art 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 683; TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 105-483.

[3] Sul punto cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XXI ed., Napoli, 2024, p. 1259; PALMIERI e PARDOLESI, *Claims made nel post-diritto*, in *Foro it.*, 2018, p. 3518; PIRAINO, *Il "cantiere" delle nullità: b2c, bancarie e selettive – Contro l'uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, VI, p. 1553; CAMPOBASSO, *Evoluzioni e rivoluzioni nella giurisprudenza in tema di assicurazioni claims made*, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, II, p. 151; BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, p. 586.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Dal punto di vista normativo è risultata cruciale la l. 8 marzo 2017 n. 24 (c.d. legge *Gelli*), che ha introdotto un obbligo assicurativo per la struttura sanitaria e l'esercente la professione sanitaria, prevedendo, altresì, l'estensione che deve assumere tale garanzia assicurativa. Precisamente, l'articolo 11 di tale legge, prevede un modello assicurativo obbligatorio in forza del quale, in primo luogo, l'assicuratore, secondo lo schema della clausola *claims made* c.d. "pura", si obbliga a tenere indenne l'assicurato non solo per gli eventi accaduti durante il tempo dell'assicurazione (come sarebbe secondo il modello generale di cui all'art. 1917, comma 1, c.c.), bensì «anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza». Accanto a tale clausola di operatività temporale retroattiva, lo stesso art. 11 sancisce, in secondo luogo, anche una clausola di ultrattività decennale della copertura (c.d. *sunset clause*).

Dal punto di vista dell'evoluzione giurisprudenziale il passaggio fondamentale è la ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite n. 22437 del 2018, che tornando sul tema delle clausole *claims made* dopo solo due anni dalla pronuncia del 2016 hanno dato un grande rilievo proprio a suddetto «espresso riconoscimento legislativo» del modello *claims made* [4], quale elemento cruciale per chiarire, superando in tal modo il precedente orientamento, che il modello di assicurazione su base *claims made* si colloca nel plesso di tipicità dell'assicurazione della responsabilità civile [5].

Tale pronuncia costituisce il punto di riferimento dell'intera evoluzione giurisprudenziale successiva, è pertanto necessario individuare sin da subito i profili fondamentali sottesi alle questioni che verranno qui affrontate.

Ebbene, in primo luogo, il fulcro della ricostruzione giurisprudenziale in questione è il concetto di idoneità della polizza assicurativa:

---

[4] Ossia alla clausola *claims made* "pura" ed alla "*sunset clause*" decennale previste dall'art. 11 della l. 8 marzo 2017 n. 24 (al quale si aggiunge anche, quale foma di riconoscimento legislativo del modello di clausola, la disciplina dell'assicurazione prevista per l'attività forense di cui vedi l'art. 12, comma 1, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, e da cui è scaturito il d.m. 22 settembre 2016, pubblicato nella GU n. 238 del 11 ottobre 2016).

[5] Cruciale è risultato anche l'inquadramento delle clausole *cliams made* come clausole volte a delimitare l'oggetto del contratto di assicurazione. Ne sono derivate delle rilevanti conseguenze: per i contratti che le prevedono non si pone una questione di meritevolezza di cui all'articolo 1322, comma 2, c.c., diversamente da quanto avevano ritenuto le Sezioni Unite del 2016; tali clausole non sono limitative della responsabilità dell'assicuratore e, pertanto, non sono qualificabili alla stregua di clausole vessatorie *ex* art. 1341 c.c.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

«l'ottica di adeguatezza del contratto agli interessi in concreto avuti di mira dai paciscenti è proprio quella che costituisce il fulcro dell'indagine in esame, che veicola, per l'appunto, una verifica di idoneità del regolamento effettivamente pattuito rispetto all'anzidetto obiettivo» (Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, par. 19.2).

In questa prospettiva, inoltre, si ritiene che:

«l'analisi dell'assetto sinallagmatico del contratto assicurativo rappresenta un veicolo utile per apprezzare se, effettivamente, ne sia realizzata la funzione pratica, quale assicurazione adeguata allo scopo, là dove l'emersione di un disequilibrio palese di detto assetto si presta ad essere interpretato come sintomo di carenza della causa in concreto dell'operazione economica» (*Ibidem*, par. 19.5).

Seguendo tale impostazione, la singola clausola che, nell'ambito del modello assicurativo su base *claims made* è diretta a delimitare l'oggetto del contratto di assicurazione, è suscettibile, in ipotesi, di essere nulla per assenza di causa in concreto ogniqualvolta la polizza risulti, per effetto di questa, essere inadeguata allo scopo assicurativo specificamente considerato.

In secondo luogo, per ragioni di giustizia sostanziale nei confronti dell'assicurato, onde evitare che, in caso contrario, egli possa solo ripetere il premio pagato, rimanendo però privo di copertura, si cerca di escludere, con un'argomentazione che sembra orientata alle conseguenze (6), che la nullità della singola clausola importi la nullità dell'intero contratto ai sensi dell'art. 1419, 1° comma, c.c. La ragioni risultano chiare: anzitutto, sarebbe fin troppo facile poter concludere che, ai sensi di detta norma, «i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità», dovendosi – come noto – intendere tale richiamo volontaristico in senso disgiuntivo, cioè relativo alla volontà dell'una e dell'altra parte; inoltre, poiché la singola clausola di cui si tratta concorre, come detto, a delimitare l'oggetto del contratto di assicurazione, ed essendo l'oggetto un elemento essenziale del contratto, si porrebbe il problema del sillogismo secondo all'essenzialità di tale elemento consegue automaticamente l'invalidità «della determinazione volitiva nella sua interezza», ossia l'invalidità dell'intero contratto (7).

---

(6) Per usare la nota espressione di MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, 1996, p. 91.

(7) Per questa tesi vedi G.B. FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, ora in *Saggi di diritto civile*, 2ª ed., Rimini, 1994, p. 369. Per la bibliografia su questo punto si veda TAMPONI, *op. cit.*, p. 493, nota 208.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

A queste premesse consegue la "soluzione" offerta dalla Sezioni Unite:

«a tanto – *ossia alla nullità* ex *art 1418 c.c. della singola clausola* – il giudice potrà porre rimedio, per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto in forza della norma di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c.».

Ma poiché mancano delle norme imperativamente sostitutive di tali clausole contrattuali, il giudice si troverebbe, in forza di detta disposizione, ad «attingere» «dalle indicazioni reperibili dalla stessa regolamentazione legislativa», nonostante ai sensi di suddetta disposizione «la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative».

È proprio questa conclusione a suscitare delle perplessità. Vediamole.

2. – *La nullità in assenza di norma imperative «sostitutive»*

Si deve muovere dall'esegesi dell'articolo 1419, comma 2, c.c.

Il ragionamento va impostato a partire dal problema del rapporto fra la competenza dell'ordinamento giuridico e la competenza dell'autonomia privata rispetto agli effetti del contratto. Un tema classico, che, anche in ragione della delicatezza delle correlative implicazioni, rappresenta uno snodo particolarmente problematico della teoria del contratto, come ben testimoniano gli studi approfonditi e imprescindibili ad esso dedicati anche dalla letteratura meno recente (8). Più precisamente, è sul piano ricostruttivo degli effetti del contratto che può riflettersi a fondo sull'articolo 1419, comma 2, c.c., individuandone la *ratio*. Quest'ultima, invero, emerge non appena si siano identificati due snodi dell'impostazione ricostruttiva da cui si muove.

Il primo è che, negli articoli 1419, comma 2, e 1339 c.c., è contenuto «un limite al principio di corrispondenza tra contenuto dell'atto e contenuto degli effetti giuridici», ovverosia un limite al principio espresso nella prima parte dell'articolo 1374 c.c., che stabilisce che il contratto obbliga le parti (anzitutto) a quanto è nel medesimo espresso (9). Il fenomeno che

(8) Nell'impossibilità di dare conto di una bibliografia sconfinata sul tema si possono indicare, oltre ai contributi citati nelle note successive, CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967; BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970;

(9) IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 94. La correlazione degli articoli 1419, comma 2, e 1339 c.c. è pacifica in dottrina (vedi, per tutti, RODOTÀ, *Le*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

queste due disposizioni disegnano è quindi il seguente: qualora vi sia una norma che imponga una clausola ad un determinato contratto, ebbene, in tal caso, da tale contratto «deriveranno – anche contro la discorde volontà delle parti – effetti corrispondenti al contenuto di quella norma», di guisa che, «è ben si vero che il contratto obbliga a quanto è nel medesimo espresso, ma dove le leggi impongono clausole o prezzi [e le parti prevedano clausole o convengano prezzi diversi], entra in opera la seconda parte dell'art. 1374 cod. civ., che degrada il contratto a semplice presupposto di effetti giuridici stabiliti dal legislatore» (10). La corrispondenza fra contenuto del contratto e contenuto degli effetti è pertanto una scelta di cui è arbitro l'ordinamento.

Il secondo è che, in questa sistematica, il contratto «adempie la comune e generale funzione di fattispecie» (11), ossia che è a questo, come fatto storico accaduto, che si ricongiungono tutti gli effetti: quelli voluti dalle parti e non esclusi dalla legge; quelli che ne conseguono nel silenzio delle parti ove queste non li abbiano esclusi; nonché, infine, quelli che vi conseguono anche contro la volontà delle parti medesime (12).

Sulla base di queste premesse di ordine ricostruttivo emerge la ragione per la quale la nullità della singola clausola non importi la nullità del contratto quando è sostituita di diritto da norme imperative. Ai sensi dell'articolo 1419, comma 2, c.c. vi è un contratto che contiene (fra le altre) una clausola contraria a quella imposta imperativamente dalla legge, e dal quale conseguono, in guisa della ricordata sistematica degli effetti, nella quale partecipa anche la suddetta norma, gli effetti corrispondenti al contenuto di tale norma imperativa. Si tratta, in altre parole, di un contratto che, salvo altre e diverse cause di invalidità o inefficacia, è produttivo di effetti, ed è infatti logico che la nullità della singola clausola non importi la nullità del contratto, e ciò in quanto la nullità e l'efficacia si escludono (13). Da quest'ultimo punto di vista può infatti concordarsi che

---

fonti di integrazione del contratto, Milano, 1969, p. 52, per il quale l'analisi dell'una richiama quella dell'altra "in forma obbligatoria"), discutendosi, semmai, su quale delle due sia "vassalla" dell'altra (su cui vedi *infra* nota 13).

(10) IRTI, *Introduzione*, cit., p. 94-95. Vedi anche G.B. FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge*, *cit.*, p. 383, «se la sostituzione impedisce la nullità del negozio, ci troviamo di fronte ad un atto che soltanto dal punto di vista formale è atto di autonomia privata».

(11) IRTI, *Introduzione*, cit., p. 97.

(12) SACCO, *Il Contratto*, in *Tratt. Vassalli*, 1975, II, p. 787, sembra evidenziare lo stesso fenomeno, rilevando che l'art. 1374 c.c. comprende nella sua previsione «anche gli effetti regolati dall'art 1339» e quindi «si estende unitariamente a conseguenze legali diversissime».

(13) Muovendo da questa prospettiva ci si può domandare se non possa ritenersi superato il dibattito a cui si accennava su quale delle norme contenute negli artt. 1339 e

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nel caso in cui operi il secondo comma dell'art. 1419 c.c. si sia «del tutto al di fuori del fenomeno della nullità» (14), ciò in quanto il fenomeno descritto, così ricostruito, rientra nella ricostruzione delle categorie della validità e dell'invalidità, che «non stanno dopo e fuori dell'atto [...]; ma sono l'atto nel suo essere o non essere conforme allo schema legislativo» (15): pertanto il contratto che contiene una clausola contraria a quella imposta imperativamente dalla legge, la quale si sostituisce di diritto alla prima, è, per quel che qui rileva, un fatto conforme alla fattispecie prevista dal secondo comma dell'art. 1419 c.c. (16).

Pertanto sembra possibile affermare che, nella logica dell'articolo 1419, comma 2, c.c., l'esclusione della possibilità che vi sia nullità del contratto dipende proprio dalla causa della nullità della singola clausola in questione, ossia la sua contrarietà ad una norma che impone imperativamente una precisa clausola a quel contratto, in quella che sembra essere un'intima correlazione tra la causa di nullità della singola clausola e la conseguenza che ne deriva sul piano della validità e dell'efficacia del contratto. La *ratio* di detta disposizione sembrerebbe pertanto quella di escludere che il contratto che contiene una clausola difforme da quella imposta imperativamente dalla legge possa essere nullo proprio per via

---

1419, comma 2, c.c. sia "vassalla" dell'altra: che la nullità della singola clausola non importi la nullità del contratto quando questa è sostituita di diritto da una norma imperativa sembrerebbe essere il risvolto del meccanismo secondo il quale la clausola imposta dalla legge è di diritto inserita nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti, e viceversa. Da questo punto di vista, queste due norme sembrano essere l'una l'implicazione logica dell'altra, tanto quanto lo sono la scelta dell'ordinamento di ricollegare imperativamente ad un preciso contratto certi effetti (quelli corrispondenti alle clausole o a dei prezzi imposti da norme imperative) e l'evidente non nullità del contratto medesimo per questa stessa causa. In questo senso possono intendersi notazioni come quella di GANDOLFI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 1249, p. 1058, secondo il quale la soluzione di escludere la nullità dell'intero contratto quando le clausole vengano sostituite ipso iure da norme precettive «non fa che confermare l'applicabilità di quelle norme imperative che dispongono la sostituzione automatica di clausole».

(14) RODOTÀ, *op. cit.*, p. 52 ss.

(15) IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, ora in *Norme e fatti, saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, p. 146.

(16) Sul punto cfr. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 67, il quale (in linea con il pensiero di Betti) ritiene che in relazione al secondo comma dell'art. 1419 c.c. non si sia «nell'ordine di idee della interpretazione tecnica, ma piuttosto della ricerca dei presupposti per la rilevanza e, quindi, per la giuridicità del negozio. Si può ricondurre, così, l'attività prevista dall'art. 1419 c.c. sotto il fenomeno dell'interpretazione solo se questa non sia intesa come operazione intellettiva destinata a procurare la retta intelligenza del contenuto del negozio, bensì come operazione logica di "qualificazione giuridica della fattispecie" necessaria per verificare in quale misura essa possieda i lineamenti rilevanti per il trattamento giuridico che le si addice».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

della sostituzione di diritto, in quanto ciò risulterebbe in contraddizione con lo scopo di rendere tale contratto conforme alle esigenze normative che sono sottese a tali norme imperative.

Da quanto detto emerge che, in relazione all'impostazione giurisprudenziale assunta a partire dalle S.U. del 2018, non è solo l'argomento letterale fondato sulla mancanza delle «norme imperative» che sostituiscono di diritto le clausole nulle (a cui la norma fa riferimento e che essa presuppone (17)), ma sono soprattutto la *ratio legis* di questa norma e la sistematica degli effetti del contratto a mostrare perché risulti opinabile ritenere, in linea con il ricordato orientamento della giurisprudenza, che l'art. 1419, comma 2, c.c. possa essere utilizzato per «porre rimedio» alla nullità *ex* art. 1418 c.c. Il motivo, dunque, è che la nullità della singola clausola a cui si riferisce l'art. 1419, comma 2, c.c., non è *qualsiasi* nullità (come, nel caso in ipotesi, quella per assenza di causa), ma solo *quella* nullità che deriva dalla contrarietà ad una precisa norma imperativa da cui discende un contenuto inderogabile del contratto che le parti hanno invece disatteso (18).

Dalla ricostruzione prospettata consegue, in breve, che la citata disposizione non può operare in assenza di una norma imperativa di quel tenore.

D'altronde, a conferma della necessità che, nella logica dell'articolo 1419, comma 2, c.c., vi sia la sostituzione di diritto della clausola nulla con la corrispondente norma imperativa, può ricordarsi il rilievo di parte della

---

(17) Cfr. BIANCA, *Il contratto*, 3° edizione, Milano, 2019, p. 598 (tale norma «presuppone una regolamentazione imperativa del rapporto, che determina già in origine il contenuto del contratto rendendo nulla la clausola contraria»).

(18) In questo stesso senso può intendersi la notazione di D'ADDA, voce *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir.*, I Tematici, I-2021, p. 630 ("[nel caso dell'art. 1339 c.c.] la nullità segue *meccanicamente* il conflitto tra clausole pattizie e regole inderogabili", corsivo aggiunto). In senso contrario vedi SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, p. 50. Questione diversa da quella appena considerata è invece se sia necessario che la norma imperativa dichiari espressamente la sostituzione della singola clausola contrattuale difforme (sulla soluzione negativa – e tendenzialmente pacifica – vedi DI MARZIO, *La nullità del contratto*, 2ª ed., Padova, 2008, p. 765 ss.).

Il punto è rilevante anche per aspetti diversi da quello, che sarà affrontato a breve, della nullità della clausola *claims made* per inadeguatezza dell'assicurazione. Nel dibattito recente, infatti, continua ad esser posta l'attenzione anche sul problema della nullità della clausola *claims made* c.d. "impura" ai sensi dell'art. 2936 c.c. in quanto «patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione». Per la tesi che in tal caso si tratti di una «nullità testuale che colpisce espressamente il singolo patto, ma non il contratto, secondo il modulo cogente della nullità necessariamente parziale, non assoggettata al giudizio di essenzialità *ex* art. 1419, comma 1°, cod. civ.», vedi CALOIARO, *Le clausole* claims made *nell'assicurazione della responsabilità civile e sanitaria*, in *Nuova giur. civ.*, 2024, n. 5, p. 1285.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dottrina secondo il quale ove «non operasse la sostituzione della clausola nulla con la corrispondente norma imperativa, si avrebbe un caso di nullità totale del negozio, proprio perché la clausola privata aveva violato una norma imperativa (e ciò alla stregua anche dell'art. 1418 c.c.)» (19).

Accanto a quanto appena segnalato su questo piano ricostruttivo generale, va anche segnalato che, ad opinione di parte della dottrina, la ricostruzione giurisprudenziale in commento, applicando questa disposizione in mancanza di norme imperative che impongano una precisa clausola, finirebbe, seppur senza esplicitarlo, per dare all'art. 1419, comma 2, c.c. un'applicazione analogica, nel senso di applicarlo a casi diversi da quelli in esso considerati al fine di «mettere fuori gioco» (20), per suo tramite, il primo comma dell'art. 1419 c.c., così da escludere la nullità totale del contratto (21). Anche impostando il discorso da questa diversa traiettoria ricostruttiva, la conclusione non sembrerebbe diversa proprio perché, come si è visto, la *ratio* di questa norma si fonda sull'intima

---

(19) G.B. FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge*, *cit.*, p. 382. Ciò sembra anche evidenziare la profonda diversità fra 1° e 2° comma (tant'è che è stata riscontrata una «sostanziale concordia nel ritenere che i due commi dell'art. 1419 disciplinino situazioni del tutto diverse, e non possano neppure essere ritortati al medesimo fondamento», RODOTÀ, *op. cit.*, p. 52 ss.; ma vedi, *contra*, SARACINI, op. cit., p. 334 ss., secondo il quale vi sarebbe sulla sostanziale identità di ratio dei due commi). Sulla ricostruzione di questa disposizione attraverso la giustapposizione dei suoi due commi (che condurrebbe troppo lontano, ma su cui si vedano i riferimenti bibliografici in ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, 686, a nota119) può essere fissata una direttrice di riflessione: si tratta, nuovamente, del rapporto fra autonomia privata e ordinamento giuridico, che, anche in questo contesto, è densa di evidenti implicazioni sistematiche. Per «l'estraneità all'autonomia privata del congegno stabilito dalla legge [all'art. 1419, capov.]», vedi, già, SANTORO-PASSARELLI, *Validità del contratto con clausola oro*, in *Foro it.*, 1949, I, c. 40 (nonché cfr. *supra* nota 10). In questa direttrice del ruolo assunto dalla volontà delle parti si collocano, infatti, alcune questioni che riguardano direttamente il fenomeno a cui fa riferimento il 2° comma, come il nesso tra l'eterodeterminazione del contenuto contrattuale e il metodo dell'interpretazione (su cui vedi CONFORTINI, *Problemi generali del contratto attraverso la locazione*, Padova, 1988, p. 201 ss.,), il profilo procedimentale di perfezionamento dell'accordo, nel caso di proposta difforme dalle clausole imposte imperativamente e accettazione conforme a quest'ultime (su cui vedi, in generale, BELLELLI, *Il principio di conformità tra proposta e accettazione*, Padova, 1992), nonché, l'operatività delle regole ordinarie sui vizi della volontà (su cui vedi DI MAJO, *La nullità*, in Tratt. Bessone, XIII, Il contratto in generale, t. 7, 2002, p. 109).

(20) Usando l'espressione di ROPPO, *Il contratto*, Tratt. Iudica-Zatti, 2ª ed., Milano, 2011, p. 815 ss.

(21) È la lettura proposta da BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419*, cit., p. 586. Nel senso di escludere l'applicazione analogica dell'art. 1339 c.c. vedi anche MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e recesso: i diversi rimedi*, in *Nuova giur. civ.,* 2019, V, 960, p. 965, nota 22.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

correlazione tra causa della nullità della singola clausola e conseguenza che ne deriva sul piano della validità e degli effetti di tale contratto.

3. – (segue) *Una recente decisione paradigmatica.*

Gli aspetti problematici della ricostruzione giurisprudenziale che sono stati appena evidenziati sembrano emergere in modo significativo volgendo lo sguardo alle applicazioni più recenti. Si prenda ad esempio paradigmatico una recente pronuncia della Corte di Cassazione che trae origine da un caso di responsabilità medica per danni derivati dall'erronea esecuzione di un intervento chirurgico, a cui sono conseguite la condanna in solido del medico che ha eseguito l'intervento chirurgico e della struttura sanitaria presso cui si è svolto l'intervento medesimo, nonché, in accoglimento delle domande di manleva di questi ultimi, la condanna delle rispettive compagnie assicurative.

In questo contesto, la questione di diritto giunta all'esame della Corte di Cassazione riguardava la validità di una clausola di ultrattività (solo) annuale della copertura assicurativa contenuta nel contratto di assicurazione della struttura sanitaria [22]. Tale questione di diritto è stata risolta nel senso di operare un controllo di questa clausola alla stregua del menzionato modello di assicurazione imposto dalla legge 2017 n. 24. In ragione di ciò, nel punto maggiormente significativo della decisione, la Suprema Corte ha delineato i contorni della clausola di ultrattività decennale imposta dalla l. n. 24 del 2017:

> «l'ultrattività decennale contenuta nel secondo periodo dell'art. 11, è prevista, in verità, per la sola ipotesi della cessazione definitiva dell'attività professionale», di guisa che «la scelta del legislatore è stata quella di imporre l'utilizzo del meccanismo claims made con il solo vincolo della retroattività decennale; lasciando impregiudicata l'apponibilità di una clausola di garanzia postuma aggiuntiva» (Cass. 12 marzo 2024, n. 6490).

Da questo punto di vista, pertanto, una volta precisati i contorni della clausola di ultrattività decennale imposta dalla legge, la singola clausola di ultrattività (solo) annuale della copertura non risulta essere nulla alla stregua del richiamato art. 11, perché, fuori dal caso di «cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa», la legge non impone nessuna clausola di ultrattività e le parti rimangono libere di prevederla o meno, nonché, eventualmente, di definirne il termine di ultrattività.

---

[22] Cass. 12 marzo 2024, n. 6490.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Date queste premesse tale ordinanza è significativa perché denota in modo chiaro le problematiche dell'applicazione giurisprudenziale dell'art. 1419, comma 2, c.c. di cui si è discorso: dopo aver cassato la sentenza della Corte d'appello per non aver esercitato correttamente il suddetto controllo di conformità della clausola contrattuale alla stregua di quella imposta imperativamente dalla legge, la Suprema Corte rinvia la causa al giudice di secondo grado affinché operi un ulteriore e diverso giudizio di validità della clausola, ossia valuti:

> «se la combinazione della previsione di retroattività con quella di ultrattività annuale, commisurata alla durata del contratto, e tenuto conto del rapporto rischio assicurato premi, realizzi un equo contemperamento delle posizioni dei contraenti e soddisfi lo scopo pratico perseguito dalle parti» (Cass. 12 marzo 2024, n. 6490).

La Cassazione, inoltre, precisa anche la conseguenza di questo giudizio, ove, in ipotesi, si riveli positivo: «[il giudice] è investito del compito non solo di rilevarne la nullità, ma anche di sostituirla», sostituzione che, seguendo il consolidato orientamento giurisprudenziale fondato sulle richiamate Sezioni Unite del 2018, ed al quale la menzionata ordinanza ha aderito, si fonderebbe sull'articolo 1419, comma 2, c.c.

Dalla ricostruzione che si è offerta sembrano però discendere delle conclusioni diverse. Nel caso di specie a cui fatto riferimento questa recente pronuncia, l'articolo 1419, comma 2, c.c. sembrerebbe senz'altro chiamato ad operare qualora, nel concludere un contratto di assicurazione della responsabilità civile, la struttura sanitaria e l'assicuratore escludessero appositamente l'operatività della copertura rispetto a fatti verificatisi nei dieci anni precedenti ma denunciati nel periodo di vigenza della polizza (la clausola *claims made* pura di durata decennale), oppure l'ultrattività decennale della copertura nel caso di cessazione definitiva dell'attività professionale (la *sunset clause*): in tal caso le suddette clausole sarebbero nulle e verrebbe sostituite di diritto da quelle imposte imperativamente dalla legge [23]. Fuori da tali casi, invece, non che sembra possa operare l'articolo 1419, comma 2, c.c. in quanto, come può sottolinearsi proprio sulla base della stessa ordinanza, al di fuori dei limiti imposti dall'art. 11 della l. n. 24 del 2017, la legge

---

[23] Si tratta, invero, dell'impostazione già seguita dalla Corte di Cassazione in tempi più risalenti in relazione ad altre attività soggette all'obbligo di assicurazione: vedi, ad esempio, in materia di obbligazione obbligatoria per l'esercizio dell'attività di caccia, Cass. 1990, n. 2544 (riportata da FACCI, *Il fatto noto*, cit., p. 136): «le parti non possono introdurre clausole che diminuiscano la tutela del terzo voluta dalla legge ed, ove una siffatta clausola sia stata prevista, la stessa è da considerarsi non apposta, ripristinandosi in questo modo la norma imperativa violata, secondo il meccanismo dell'art. 1419, co. 2, c.c.».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

non impone alcuna clausola e le parti rimangono libere di delimitare autonomamente, sotto questo aspetto, l'oggetto del contratto di assicurazione.

Sembrerebbe allora incoerente che la pronuncia richiamata, dopo aver precisato – condivisibilmente – che «l'individuazione del sostrato sostitutivo della clausola nulla da parte del giudice di merito postula l'accertamento della ricorrenza dei presupposti che legittimavano il giudice a sostituire la clausola *claims made* nel caso concreto», ritenga, ciononostante, che l'articolo 1419, comma 2, c.c. possa operare in realtà anche in assenza di tali presupposti, e pertanto operare non «fin dove» – come ha sostenuto la stessa ordinanza – ma piuttosto *oltre* quanto è «reso possibile dall'operare coerente del meccanismo della nullità parziale *ex* art. 1419 c.c., comma 2», e ciò proprio in ragione della mancanza di una norma che imponga imperativamente una determinata clausola.

Va aggiunto che tali ambiguità ricostruttive emergono da questa pronuncia anche sotto una diversa luce, in quanto si richiama un precedente recentissimo che ha affermato un'impostazione esattamente opposta, ossia che:

> «la corte territoriale, invero, non ha rispettato l'articolo 1419, secondo comma, c.c., in quanto ha omesso di identificare la norma imperativa con cui supplire la clausola concreta di claims made presente nella polizza, come pretende appunto tale norma. Ciò conduce, ineludibilmente, ad accogliere il motivo in esame. La corte, in sede di rinvio, dovrà procedere alla relativa individuazione e, nel caso in cui non rinvenga la "norma protesi" che il capoverso dell'articolo 1419 c.c. esige, trarne la nullità del contratto» (Cass. 11 aprile 2023, n. 9616).

In questo stesso senso si sono pronunciate anche altre pronunce recenti rese in materie diverse dalle clausole *claims made*:

> «non ha bisogno di essere sottolineato che il fenomeno della sostituzione presuppone una norma cogente»; (Cass n. 11 giugno 2024, n.16143, in materia di titoli di credito).

> «(...) ciò perché non dispone in tal senso alcuna norma imperativa da sostituire alla clausola nulla *ex* art. 1419 co. 2 cod. civ.» (Cass. 7 febbraio 2024, n. 3530, in materia lavoristica).

4. – (segue) *Sostituzione della clausola e finalità protettiva della nullità.*

La conclusione raggiunta, secondo la prospettiva appena indicata, induce a reputare che l'articolo 1419, comma 2, c.c. non possa operare

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

in assenza di norme imperative che sostituiscono di diritto le clausole negoziali ad esse contrarie.

A questo approdo può aggiungersi che, anche richiamando un'opzione ricostruttiva diversa da quella testé esposta, sembrerebbe doversi parimenti escludere la ricostruzione dell'articolo 1419, comma 2, c.c. nei termini espressi dalla richiamata giurisprudenza. Vediamo brevemente perché.

Invero, le questioni di cui spesso è chiamata ad occuparsi la giurisprudenza relative alle clausole *claims made* inserite in un contratto di assicurazione della responsabilità sanitaria sembrano ricordare, per alcuni aspetti, quelle postesi a suo tempo in relazione alla mancanza di specifica approvazione per iscritto delle condizioni generali di contratto vessatorie, quando, dopo che le Sezioni Unite chiarirono che quest'ultimo è da considerarsi un requisito di forma *ab substantiam* la cui assenza produce la nullità della clausola vessatoria, rimase aperta la porta dell'applicazione dell'articolo 1419, comma 1, c.c. e della possibile nullità dell'intero contratto ([24]). Invero, anche in quell'occasione venne sottolineato che l'applicazione dell'articolo 1419, comma 1, c.c. avrebbe potuto determinare esiti di ingiustizia sostanziale per l'aderente, tanto che fu proposta una tesi, secondo la quale, l'applicazione dell'articolo 1419, comma 1, c.c. dovrebbe essere esclusa «anche quando la sostituzione della clausola nulla avviene utilizzando una regola legale in sé derogabile, e quando la sostituzione non è espressamente sancita, ma è necessaria per non frustrare la finalità protettiva della norma che commina la nullità della clausola» ([25]).

Il punto che occorre evidenziare nel presente commento è il seguente: accogliendo questa impostazione potrebbe sostenersi che l'applicazione dell'articolo 1419, comma 1, c.c. dovrebbe essere esclusa per non frustrare la finalità protettiva della nullità, che risiede – secondo questo orientamento giurisprudenziale, come abbiamo anticipato e vedremo meglio più avanti – nella non adeguatezza della singola clausola allo scopo assicurativo. La nullità del contratto rappresenterebbe, cioè, una conseguenza più grave da

---

([24]) Cass., sez. un., 11 novembre 1974, n. 3508.

([25]) DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 480 e p. 489 (a cui è seguito il confronto con G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 11). Rilevante è soprattutto l'accostamento metodologico, avendo segnalato che l'orientamento in commento sembra costruirsi proprio su un'argomentazione orientata alle conseguenze; in questa prospettiva si può riflettere sull'inquadramento di questa ricostruzione dottrinale nella teoria della «riduzione teleologica» (*teleologische Reduktion*), su cfr. ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola gravemente iniqua*, ora in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano 2015, p. 1; BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419*, cit., p. 587 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dover evitare in ragione del fine a cui è orientato il giudizio di nullità sulla singola clausola.

La questione, ove fosse impostata in questi termini al fine di suffragare sul piano un ricostruttivo i risultati a cui perviene l'orientamento in commento, aprirebbe un chiaro campo di indagine: quello delle teorie sull'integrazione del contratto c.d. asimmetrico (26), dell'integrazione c.d. «conformativa» (27), nonché, della categoria delle «nullità di protezione» (28). Il tema diventerebbe in realtà ampissimo, pur tuttavia sono opportune alcune notazioni in relazione alla problematica specifica di cui ci si sta occupando.

Anzitutto, va sottolineato che nel loro arresto del 2018, le Sezioni Unite, hanno espressamente ritenuto «soltanto residuale la possibilità di avvalersi della tutela consumeristica», dando al problema un'impostazione fondata esclusivamente sulla teoria generale del contratto e lasciando da parte l'aspetto "asimmetrico" (29).

Va poi evidenziato, in secondo luogo, che l'impostazione in questione (non applicare l'articolo 1419, comma 1, c.c. al fine di non frustrare la presunta finalità protettiva della nullità), risulterebbe difficilmente conciliabile con la posizione ferma della giurisprudenza secondo la quale il giudice può «porre rimedio» alla nullità della singola clausola in forza del secondo comma dell'art. 1419 c.c., ma non può, invece, applicare, in luogo della clausola nulla, il modello ordinario di assicurazione della responsabilità civile previsto all'art. 1917, comma 1, c.c., nonostante, nel caso concreto, quest'ultimo potrebbe rivelarsi idoneo ad una copertura

---

(26) Su cui vedi A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali, V, 2012, p. 370 ss.

(27) Terminologia su cui per la verità la dottrina non concorda. Per la ricostruzione delle diverse posizioni vedi, per tutti, D'ADDA, *op. cit.*, p. 626 ss.

(28) Su cui vedi, GIROLAMI, voce *Nullità di protezione*, in *Enc. dir.*, I Tematici, I-2021, p. 701 ss.; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, p. 200; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008; G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, a cura di D'amico e Pagliantini, 2013; AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Oss. dir. civ.*, 2017, I, p. 37. Non è un caso che la tesi di De Nova sia stata fra le più maggiorenti per lo sviluppo di queste ricostruzioni (sul punto vedi, ADDIS, *op. cit.*).

(29) In ragione di ciò, ad opinione di PALMIERI e PARDOLESI, *op. cit.*, p. 3518, sarebbe «imperscrutabile lo strumento tecnico che veicola tale mutilazione del contratto al di fuori dell'area in cui opera la disciplina consumeristica: si pensa all'abuso del diritto? o si sta in modo implicito ragionando in termini di terzo contratto?». Su questo punto si veda, diffusamente, BACHELET, *Il fine giustifica i mezzi? Polizze claims made tra primo, secondo e terzo contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2018, p. 538.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

maggiore ed idonea per l'assicurato (30). Su tale questione in dottrina è stato rilevato che «se l'intervento del giudice deve essere rivolto a riequilibrare il regolamento contrattuale la semplice ricomposizione di un presunto schema legale tipico non raggiunge questo scopo. Anzi, l'applicazione *tout court* dello schema dell'art. 1917 realizza un programma completamente diverso rispetto a quello definito *ab origine* dai contraenti» (31). Va però sottolineato che tuttavia non risulta essere del tutto chiaro se, nella logica della ricostruzione giurisprudenziale in commento, l'intervento del giudice sia teleologicamente rivolto a riequilibrare il regolamento contrattuale. Diversamente, sembrerebbe che la giurisprudenza ritenga che l'equilibrio sinallagmatico rappresenti un «veicolo utile per apprezzare» se vi è assenza di causa in concreto (32). È pertanto necessario evidenziare che negli arresti giurisprudenziali più recenti si tende ad esplicitare la ragione per la quale si esclude l'applicazione del modello ordinario di assicurazione della responsabilità civile previsto dal Codice civile, ossia quella di non «prevaricare» l'autonomia negoziale (33), perché, come hanno ritenuto le stesse S.U. del 2018, la questione non sarebbe quella di «garantire, e sindacare perciò, l'equilibrio economico delle prestazioni, che è profilo rimesso esclusivamente all'autonomia contrattuale» (34). Resta tuttavia da domandarsi se quest'ultime indicazioni non restino però delle semplici e generiche proclamazioni in favore dell'autonomia privata, e se tali indicazioni, invece, non sottolineino addirittura una tensione dialettica in cui incorre la giurisprudenza e che deriva dall'applicazione di una norma – l'art. 1419, comma 2, c.c. – che presuppone dei precisi limiti all'autonomia privata, in ipotesi nelle quali, in realtà, sembra non esserci alcuna limitazione. Il punto sarà ulteriormente precisato nel prossimo paragrafo.

Da parte questi due profili, vi è la notazione che riguarda proprio il menzionato piano ricostruttivo della teoria dell'integrazione del contratto. Invero, in dottrina sono state presentate diverse ricostruzioni dell'intervento giudiziale di correzione del contratto che contiene pattuizioni abusive, anche fuori dai casi in cui tale intervento giudiziale è previsto dalla

---

(30) Sul punto può richiamarsi nuovamente Cass. 12 marzo 2024, n. 6490, nella quale si legge che il giudice, ritenuta inadeguata la clausola *claims made* pattizia, è investito del compito non solo di rilevarne la nullità, ma anche di sostituirla, ma «non recuperandola attraverso la sua sostituzione con il modello tradizionale di assicurazione della responsabilità civile».

(31) NAZZARO, *op. cit.*, p. 118.

(32) Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, par. 19.5.

(33) Cass. 25 febbraio 2021, n. 5259.

(34) Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, par. 19.5.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

legge. Fra le varie ricostruzioni vi è stata anche quella che, in presenza di clausole gravose o discriminatorie, suggerisce di utilizzare la sostituzione automatica della clausola attraverso una «lettura evolutiva dell'articolo 1339 c.c.» (35). In tale prospettiva la legge, quando sanziona dei patti abusivi, suggerirebbe in via indiretta le condizioni imposte identificandole *per relationem* nei valori dello scambio normalmente riscontrabili in un dato mercato. Quest'ultime, di conseguenza, si sostituirebbero, *ex* art. 1339 c.c., alle pattuizioni abusive a cui è comminata la nullità (36). Questa tesi ha tuttavia suscitato l'obiezione di altra parte della dottrina volta ad evidenziare come un simile modello di integrazione "cogente" mediante sostituzione di clausola non sembra che «possa operare con la mediazione, comunque decisiva, di un'attività esegetica dell'interprete; soprattutto nei casi – lo sono gran parte di quelli che sanzionano la contrattazione asimmetrica – in cui le indicazioni del legislatore (ancora una volta orientate a valutare l'abuso e non a costruire regolamenti non abusivi) lasciano significativi margini di discrezionalità» (37).

Senza poter entrare del dibattito, quel che può essere sottolineato in questo contesto è che quest'ultimi rilievi assumono particolare pregnanza se raffrontati con la ricostruzione giurisprudenziale in commento, secondo la quale, mancando – come si è detto – norme che impongano imperativamente delle clausole contrattuali, non vi sarebbe una «sostituzione di diritto», bensì, sarebbe il giudice, in forza dell'art. 1419, comma 2, c.c., ad «attingere» «dalle indicazioni reperibili dalla stessa regolamentazione legislativa». D'altronde, parte della dottrina, occupandosi dell'orientamento in commento, aveva già evidenziato delle severe perplessità proprio su questo punto, ossia delle riserve sulle «esplicite ambizioni nomopoietiche» (38) della giurisprudenza che sarebbero implicate da questa applicazione dell'art. 1419, comma 2, c.c., e che si tradurrebbero in un «nulla osta al giudice per riscrivere il contenuto del contratto» (39).

---

(35) MAUGERI, *Art. 1339 – Inserzione automatica di clausole*, in Commentario del Codice civile diretto da Gabrielli, a cura di Navarretta e Orestano, p. 522.

(36) Per questa tesi si veda di recente (con una ricognizione dei diversi contributi dell'autore) MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e recesso*, cit., 965, nota 22.

(37) D'ADDA, *Integrazione*, *cit.*, p. 633 (il quale, infatti, sottolinea che nei casi di cui all'art. 1339 c.c., «la nullità segue meccanicamente il conflitto tra clausole pattizie e regole inderogabili», ivi, 630). In senso opposto, nel contesto specifico dell'orientamento di cui ci si occupa, vedi CORRIAS, *Le clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, I, 147, nota 48 («appare, infatti, oramai assodata l'ammissibilità di tale modalità conformativa del contratto, fondata sull'utilizzo in chiave conservativa, anziché demolitoria, dell'istituto della nullità»).

(38) CAMPOBASSO, *op. cit*., p. 150 ss.

(39) PALMIERI e PARDOLESI, *op. cit*., 3514. Sembra così delinearsi in questo contesto il

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Va quindi fissato il punto che rileva nel nostro discorso: se, anche quando è la legge, per ragioni protettive, a prevedere espressamente la nullità necessariamente parziale di una clausola, è sembrato comunque discutibile costruire sugli artt. 1339, 1419, comma 2, c.c., il potere di correzione giudiziale del contratto affetto da tale nullità parziale, allora, *a fortiori*, ciò risulterebbe senz'altro ancor più complesso ove manchi la norma che preveda la nullità necessariamente parziale, com'è nel caso delle clausole *claims made* (40). Ne consegue che dalla prospettiva ricostruttiva della teoria dell'integrazione del contratto asimmetrico non sembrerebbe possibile rintracciate sicure conferme di ordine ricostruttivo all'impostazione giurisprudenziale della quale ci si sta occupando.

5. – *Adeguatezza dell'assicurazione ed equilibrio sinallagmatico.*

Sino ad adesso si sono considerati i profili maggiormente problematici muovendo dal punto di vista delle conseguenze dell'ipotizzata nullità della singola clausola. Adesso sembra necessario analizzare la causa dell'ipotizzata nullità della singola clausola che delimita l'oggetto del contratto di assicurazione, che, come ricordato, nella ricostruzione giurisprudenziale in commento ha il suo fulcro nel concetto di adeguatezza. Invero, anche su tale aspetto, che sta a monte del discorso sulla nullità delle singole clausole, sembrano emergere alcuni dubbi.

Si è già ricordato come le Sezioni Unite del 2018 abbia dato un grande rilievo all'intervento della l. n. 24 del 2017; esse hanno poi fondato la loro ricostruzione, per i profili che qui interessano direttamente, proprio sulla disciplina delle materie in cui vi è l'assicurazione obbligatoria, ed è a partire da tale ricostruzione che hanno successivamente fissato, su un piano più ampio che intende poter prescindere dalle ipotesi di obbligo assicurativo, i termini del controllo giudiziale sulla validità di tali clausole (41). La proposta qui avanzata è invece quella di sciogliere il nodo

---

problema, ben più ampio, della certezza del diritto (sul quale si veda IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, e più di recente, LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, p. 41 ss.). A riguardo può essere segnalata la particolare rilevanza del problema nel contesto assicurativo, poiché tale incertezza diviene un fattore che può influire negativamente sul funzionamento del mercato assicurativo, risolversi, per via dell'innalzamento dei costi e dei premi, addirittura a svantaggio degli assicurati.

(40) Nello stesso senso BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419*, cit., p. 587-588, ricordando la necessarietà, nella ricostruzione di De Nova, della «la sussistenza di una comminatoria di nullità posta a tutela di una parte – ad esempio dell'aderente *ex* art. 1341, cpv., c.c. – che per le claims made fa invece difetto».

(41) È in questo contesto che si è iscritto lo snodo – che è sembrato discutibile – dalla nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c., alla possibilità che «a tanto il giudice potrà

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

cruciale dell'adeguatezza dell'assicurazione tenendo, al contrario, ben distinte dal punto di vista ricostruttivo le ipotesi di assicurazione obbligatoria da quelle di attività non soggette all'obbligo assicurativo, ipotesi che invece la giurisprudenza unifica, quanto alla causa della nullità, sotto il concetto di idoneità del contratto assicurativo per l'assicurato (42).

E bene, l'idea di adeguatezza che le Sezioni Unite hanno espresso sembrerebbe avere una sua coerenza solo rispetto alle ipotesi di assicurazione obbligatoria, ma con una precisazione: quando la legge prevede l'obbligo di assicurazione ed impone imperativamente determinate clausole a quel contratto (come è nel caso dell'articolo 11 della legge *Gelli*, nei limiti sopra richiamati), il concetto di "idoneità" è solo una comodità espressiva che rappresenta il punto di vista della politica legislativa sottesa a specifiche limitazioni dell'autonomia privata con le quali si intende perseguire una tutela adeguata di taluni beni ed interessi attraverso l'imposizione, appunto, dell'obbligo assicurativo e di determinate clausole contrattuali. In questi casi, tuttavia, la nullità delle singole clausole deriva, a rigore, comunque da dalle espresse limitazioni dell'autonomia privata, ossia quelle limitazioni sottese alle norme imperative che impongono determinate clausole a quel contratto.

Al contrario, invece, qualora manchino delle norme che impongono imperativamente determinate clausole sembra discutibile fondare la nullità sul concetto di adeguatezza. Fuori dalle ipotesi in cui questa si traduce in limiti dell'autonomia privata, l'adeguatezza della copertura è aspetto ri-

---

porre rimedio (…) in forza della norma di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c.», snodo che, se ricontestualizzato, sembra spiegarsi proprio nel passaggio compiuto dal piano particolare delle attività assoggettate all'assicurazione obbligatoria al piano più generale che riguarda anche le attività per le quali manca sia l'obbligo di assicurazione che delle clausole imposte imperativamente dalla legge. Sulle ambiguità ricostruttive di questo passaggio si vedano i rilievi di BACHELET, *L'affermarsi della responsabilità precontrattuale da contratto assicurativo inadeguato (e di altri rimedi meno adeguati)*, Annuario del contratto, 2018, 155, p. 178. Si deve sottolineare che, oltretutto, nonostante il grande peso dato nella motivazione al rischio che si creassero buchi di copertura, nel caso concreto la clausola *claims made* non influiva affatto su questo aspetto, ed il problema non era tanto quello di un buco di copertura, quindi un problema di adeguatezza della polizza per l'assicurato, bensì quello dei diversi livelli di franchigia contenuti in due diverse polizze (sul punto, nello stesso senso, cfr. PIRAINO, *Contro l'uso della nullità parziale*, cit., p. 1571).

(42) Si aggiunga che l'esistenza o meno dell'obbligo assicurativo risulta cruciale sotto altri rilevanti punti di vista. Si pensi alla questione, di ordine generale, se, in assenza di un obbligo a contrarre (non è da escludere che possa essere questo uno dei casi, essendo previsto l'obbligo assicurativo per la struttura sanitaria, ma non l'obbligo di contrarre per la compagnia assicurativa), si possa far valere l'errore di diritto in ordine alle clausole inserite imperativamente nel contratto (su cui cfr. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 793 ss.; BIANCA, *op. cit.*, p. 467).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

messo esclusivamente alle valutazioni delle parti e rientra nel campo dell'autonomia privata in cui le parti possono determinare liberamente il contenuto del contratto ai sensi dell'articolo 1322, comma 1, c.c.

D'altronde, può aggiungersi, un problema rilevante che parte della dottrina ha evidenziato con riferimento al concetto di adeguatezza è proprio quello relativo alla sovrapposizione della causa concreta con i motivi, cioè della «comune intenzione delle parti con l'intenzione (l'interesse) individuale di una sola parte», di guisa che, «l'interesse dell'assicurato – di qualunque assicurato – è avere la copertura assicurativa più ampia possibile» (43).

Deve poi ricordarsi che la ricostruzione sostenuta dalla giurisprudenza non sembra nemmeno che possa essere suffragata dal richiamo all'articolo 183, comma 2, del codice delle assicurazioni (44). Può infatti serbarsi qualche riserva sull'idea, espressa dall'orientamento in commento, che, in forza di quest'ultima norma, «il prodotto assicurativo offerto deve comunque adeguarsi alle esigenze dell'assicurato» (45), e quindi sulla possibilità di trarre da ciò la causa della nullità della singola clausola per assenza di causa.

Quest'ultima posizione della giurisprudenza non appare nemmeno del tutto coerente con le stesse premesse da cui essa muove perché le stesse Sezioni Unite hanno accolto espressamente la distinzione fra «regole di condotta» e «regole di validità». Ebbene, l'art. 183, comma 2, del codice delle assicurazioni sembra riferirsi soltanto – per stare a queste categorie accolte dalla giurisprudenza – delle «regole di condotta», e non sembra invece poter costituire il fondamento della nullità per difetto di causa (46).

---

(43) L'espressione è di ROPPO, *Causa concreta. Una storia di successo? Dialogo (non reticente, neì compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957, p. 971, ripresa da PALMIERI ePARDOLESI, *op. cit.*, nota 26 e v. BACHELET, *L'affermarsi della responsabilità precontrattuale*, cit., nota 81.

(44) A norma del quale «L'IVASS adotta, con regolamento, specifiche disposizioni relative alla determinazione delle regole di comportamento da osservare nei rapporti con i contraenti, in modo che l'attività si svolga con correttezza e con adeguatezza rispetto alle specifiche esigenze dei singoli».

(45) Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, par. 19.4.

(46) Nello stesso senso NAZZARO, *op. cit.*, p. 85 («Non sembra, tuttavia che un contratto inadeguato possa realmente condurre, come affermato da una certa giurisprudenza alla nullità della (sola) clausola ed all'applicazione dell'art. 1419, comma 2, c.c.»); PIRAINO, *Contro l'uso della nullità parziale*, cit. p. 1569 («l'art 183, 2° comma, cod. ass., sembrerebbe militare in senso opposto, qualificando quelle di adeguatezza come regole di comportamento»); CORRIAS, *Le clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018*, cit., p. 153 (su cui cfr. l'ampia bibliografia citata a nota 54 sull'origine e sull'evoluzione del principio di adeguatezza).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Diversamente, sembra invece ragionevole affermare che tanto quanto «il prezzo non è né giusto né ingiusto» e «la giustizia del prezzo è nella legalità della sua formazione» (47), allo stesso modo non risulta che fuori da specifiche limitazioni dell'autonomia privata con le quali si intende perseguire una tutela adeguata di taluni beni possa ritenersi che una polizza sia «adeguata» o «inadeguata».

Accanto ai profili relativi al concetto di adeguatezza, la ricostruzione giurisprudenziale in commento solleva alcune perplessità anche da un altro punto di vista, che riguarda il ruolo assunto, nell'ipotizzato giudizio di nullità per assenza di causa, dall'equilibrio sinallagmatico. Quest'ultimo sarebbe – nella ricostruzione delle Sezioni Unite – un fattore attraverso cui stabilire la concreta idoneità dell'assicurazione rispetto al fine pratico della copertura idonea dell'assicurato (48).

Sul ruolo dell'equilibrio sinallagmatico ci sono stati molti rilievi in dottrina, non essendo stata condivisa l'idea di fondare la nullità per assenza di causa sul giudizio dell'assetto sinallagmatico tra premio di polizza e rischio assicurato (49). Tendenza, questa, che non è nemmeno inedita nella giurisprudenza, e della quale, infatti, la dottrina si è già occupata con diversi rilievi negativi (50). L'elemento che però va segnalato con maggior nettezza è che la stessa giurisprudenza sconfessa, con pronunce anche molto recenti, questa impostazione:

> «il rapporto di valore tra le prestazioni di un negozio patrimoniale oneroso è estraneo alla causa di quel negozio» «[la giurisprudenza della Corte di Cassazione] ha avuto modo di precisare che nei contratti di scambio lo squilibrio economico originario delle prestazioni delle parti non può comportare la nullità del contratto per mancanza di causa, perché nel nostro ordinamento prevale il principio dell'autonomia negoziale, che opera anche con riferimento alla determinazione delle prestazioni corrispettive» (Cass. 19 marzo 2024, n. 7368).

---

(47) IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 649 ss.

(48) Di questo aspetto dà conto proprio la stessa pronuncia a cui si è già fatto riferimento (Cass. 12 marzo 2024, n. 6490), secondo la quale, il giudice è chiamato a controllare «se la combinazione della previsione di retroattività con quella di ultrattività annuale, commisurata alla durata del contratto, e tenuto conto del rapporto rischio assicurato premi, realizzi un equo contemperamento delle posizioni dei contraenti e soddisfi lo scopo pratico perseguito dalle parti».

(49) Per i rilievi della dottrina su questo punto si veda, per tutti, PIRAINO, *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made*, in *Europa dir. priv.*, 2019, IV, 1045, p. 1084 ss.

(50) Sul punto si veda LAMICELA, *Difetto di corrispettività e causa del contratto: le ragioni di una distinzione necessaria*, in *Juscivile*, 2016, p. 335.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Va, in fine, esaminato un ulteriore punto che sembra di grande rilievo. La giurisprudenza esaminata tende ad accostare, nell'ambito del giudizio di nullità della singola clausola, il giudizio sull'«equo contemperamento delle posizioni dei contraenti» con il controllo sulla realizzazione dello «scopo pratico perseguito dalle parti» (51), ma ciò lascia emergere un ulteriore inconveniente teorico: il rischio che si finisca per «avvalersi della causa del contratto per dare una risposta alle istanze di giustizia contrattuale» (52).

Pur non potendo affrontare il problema (che è anzitutto ontologico) della giustizia contrattuale, in questo contesto è cionondimeno opportuno evidenziare un rilievo che può essere svolto nel merito di questa ricostruzione della giurisprudenza: secondo una parte della dottrina la giustizia contrattuale e la causa del contratto attengono a piani necessariamente distinti e, di conseguenza, da un lato la giustizia contrattuale non potrebbe comunque prescindere dal problema dell'asimmetria fra le parti (aspetto che, tra l'altro, come si è segnalato, è stato espressamente escluso dalla ricostruzione in commento), dall'altro, la causa «non ha nulla a che vedere con il presupposto dell'asimmetria» (53). Pertanto, seguendo questa impostazione, sembrerebbe esserci il rischio che l'approccio giurisprudenziale in commento, negando in radice la giustizia del regolamento di interessi anche fra parti di uguale forza contrattuale, si riduca in «*Abschied* del potere privato», ossia finisca per «consentire un sindacato di merito sul regolamento di interessi concluso fra contraenti che hanno agito ad armi pari, andando indebitamente a comprimere l'autonomia privata» (54).

Pertanto, da questo punto di vista appare che i richiami le applicazioni giurisprudenziali più recenti pongano delle problematiche anche per quanto riguarda quest'ultimo duplice aspetto: da un lato non risulta del tutto chiaro se rimangano fermi i termini del rapporto fra idoneità dell'assicurazione ed equilibrio sinallagmatico per come (apparentemente) ricostruito dalle S.U. del 2018, stando alle quali l'equilibrio sinallagmatico rappresenta un «veicolo utile per apprezzare» se vi è assenza di causa in concreto,

---

(51) Così proprio la richiamata pronuncia Cass. 12/03/2024, n. 6490.

(52) NAVARRETTA, *Art. 1343 – Della causa del contratto*, in Commentario del Codice civile diretto da E. Gabrielli, a cura di Navarretta e ORESTANO, p. 612.

(53) NAVARRETTA, *Art. 1343,* cit., p. 611.

(54) NAVARRETTA, *Art. 1343,* cit., p. 610-611, (richiamando, a nota 125, DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1995, 33). Sul punto si veda più diffusamente NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, II, p. 1757 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

oppure se questo giudizio di equità rappresenti, addirittura, il fine teleologico a cui deve orientarsi l'intervento del giudice rivolto a riequilibrare il regolamento contrattuale; dall'altro, poi, se così fosse, risulterebbe doveroso interrogarsi in modo più approfondito anche sul problema, qui solo accennato, della giustizia contrattuale.

6.– *Conclusioni*

Muovendo dalle recenti applicazioni giurisprudenziali in materia contratto di assicurazione della responsabilità sanitaria si sono potuti evidenziare alcuni rilievi nei confronti dell'applicazione, da parte di un indirizzo della giurisprudenza, dell'art. 1419, 2° comma, c.c., ossia che questo possa operare anche in assenza delle norme imperative «sostitutive» a cui tale norma fa riferimento e che implica da un punto di vista della sistematica degli effetti del contratto.

Si è anche evidenziato come, ove si ritenga che, secondo la ricostruzione qui proposta, il concetto di adeguatezza non possa costituire, fuori dei casi e per le motivazioni di cui si è detto, il fondamento della nullità le singole clausole *claims made* di cui si è trattato, ne conseguirebbe che la questione dell'applicazione dell'art. 1419, comma 2, c.c. addirittura non avrebbe luogo in radice, non prospettandosi in radice il problema di nullità della singola clausola nei termini in cui lo configura questo orientamento giurisprudenziale.

Può pertanto concludersi con un interrogativo, ovvero se in alcuni casi limite il rapporto a cui fatto riferimento la giurisprudenza fra premio e copertura non intercetti il tema di teoria generale del contratto relativo al confine fra la causa ed il tipo, e se le indicazioni fornite dalle stesse Sezioni Unite non sollecitino un diverso approfondimento in tale direzione. Invero, quest'ultime hanno sostenuto l'esistenza di una differenza fra l'equilibrio contrattuale («che è profilo rimesso esclusivamente all'autonomia contrattuale») e l'equilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio. Ebbene, secondo un primo punto di vista, questa distinzione potrebbe trovare svolgimento nel senso di ritenere che l'equilibrio giuridico di cui parla la giurisprudenza attenga, in realtà, alla struttura tipologica del contratto di assicurazione, ossia che il concetto di equilibrio giuridico vada declinato secondo la tesi di chi, in dottrina, ritiene che una notevolissima compressione temporale della copertura, tale da escludere di fatto la stessa fruibilità della garanzia assicurativa, finirebbe per investire il campo del tipo contrattuale e di conseguenza renderebbe eventualmente riscontrabile l'«inidoneità del regolamento contrattuale a realizzare la funzione essenziale di trasferimento del rischio di possibili danni dall'assicurato all'assicuratore che connota, sul piano generale, il

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tipo assicurativo» (55). L'opzione ricostruttiva alternativa sarebbe, in tutta evidenza, quella della mancanza della causa in concreto, qualora si ritenesse che, invece, ove in forza della delimitazione dell'oggetto del contratto di assicurazione questo venga a contemplare un arco di retro/ultrattività insufficiente a coprire il concreto regime della responsabilità a cui il professionista è esposto si realizzerebbe una ipotesi di «inesistenza originaria del rischio», che rappresenterebbe, secondo altra parte della dottrina, proprio una delle ipotesi paradigmatiche di nullità per difetto di causa in concreto nei contratti sinallagmatici (56). Intesa in questi termini la questione si ridurrebbe ad un'opzione tra nullità per assenza di causa e inconfigurabilità del tipo assicurativo (a cui conseguirebbe il problema, non di poco conto, della riqualificazione del contratto in un altro tipo contrattuale) (57).

Resta però anche da valutare se questi casi limite di notevolissima compressione temporale della copertura che escluderebbe di fatto la stessa fruibilità della garanzia assicurativa non siano, nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità sanitaria di cui ci si è occupati, dei semplici casi di scuola. Infatti, come ricorda la giurisprudenza più recente a cui si è fatto riferimento, con la scelta di imporre a tale contratto la clausola *claims made* "pura" decennale e la *sunset clause* decennale (ma solo per caso di cessazione definitiva dell'attività professionale) il legislatore ha ritenuto possibile escludere ogni vuoto di copertura (salvo che nel caso in cui l'assicurato contravvenga all'obbligo assicurativo, non acquistando una nuova polizza ed interrompendo in tal modo il continuum temporale).

---

(55) CORRIAS, *Le clausole claims made*, cit., p. 154 (vedi anche Id., *Sinistro danno e rischio nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018). Sul punto cfr. anche NAZZARO, *op. cit.*, p. 81, «[il rapporto] tra rischio assicurato e rischi che necessiterebbe di assicurare quello specifico contraente attiene invece ad un giudizio di adeguatezza nel rispetto della funzione complessiva del sistema dell'assicurazione (in certi casi obbligatoria) della responsabilità civile, che rappresenta un limite alla autonomia contrattuale delle parti per cui deve essere garantito un livello minimo di garanzia del rischio assicurativo, variabile a seconda della specifica situazione fattuale, al di sotto del quale, tuttavia, anche un premio equilibrato renderebbe comunque non adeguato il contratto».

(56) In questo senso si veda, NAVARRETTA, *Art. 1343,* cit., nota 98. Quanto alla questione del confine, in questo contesto, fra la causa e motivi, si potrebbe ritenere che, sebbene si tratti di una circostanza che attiene a una parte specifica del rapporto, ciononostante tale circostanza non riguarderebbe i motivi ma piuttosto si rifletterebbe direttamente sull'operatività della tutela assicurativa.

(57) Si veda sul punto la posizione di PIRAINO, *Contro l'uso della nullità parziale*, cit., p. 1113, secondo il quale i contratti su base *claims made* non sono in radice riconducibili al tipo assicurativo, e di conseguenza «o sono nulli per difetto di causa indennitaria o vanno riqualificati come contratti speculativi, ponendo il problema della legittimazione a contrarre dell'assicurazione».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sulla base di questo contesto normativo è allora ragionevole chiedersi se il contratto di assicurazione della responsabilità civile della struttura sanitaria imposto dall'art. 11 della l. 8 marzo 2017 n. 24 non risulti in grado di offrire una copertura di per sé sufficientemente fruibile ed infatti la giurisprudenza non ha mancato di ritenere validi anche contratti contenenti clausole di ultrattività solo annuale.

GIACOMO GALEOTA

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

AURELIO GENTILI

REGOLE PER L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

SOMMARIO: 1. La scelta dell'UE per la regolazione dell'IA: prevenzione dei danni e disciplina degli atti leciti e illeciti. – 2. Il sistema di prevenzione dell'*AI Act*, e il suo apparato di *public enforcement*. – 3. L'attività a mezzo di sistemi di IA e la sua disciplina giuridica: imputazione di diritti e doveri, attività contrattuale, attribuzione di responsabilità. – 4. L'imputazione di diritti e doveri e il problema dei diritti d'autore: l'IA come autrice, e come fruitrice di opere d'ingegno altrui – 5. La disciplina dell'attività contrattuale: contratti dell'IA e contratti algoritmici (*smart contracts*, *self-driving contracts*). – 6. L'imputazione di responsabilità: *a)* la responsabilità contrattuale. – 7. (*segue*): *b)* la responsabilità aquiliana. – 8. Conclusioni.

1. – L'intelligenza artificiale [1] si propone di regolare le nostre vite. Non stupisce che ci si proponga di regolare l'intelligenza artificiale.

Non è così ovunque [2]. Oggi, da questo punto di vista il mondo è

[1] Dell'intelligenza artificiale esiste ora una definizione nell'art. 2 della *Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, sottoscritta a Vilnius il 5 settembre 2024 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, con successiva adesione degli Stati Uniti d'America: «*'Artificial Intelligence system' means a machine-based system that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations or decisions that may influence physical or virtual environment. Different artificial intelligence systems vary in their levels of autonomy and adaptiveness after deployment*».

La Convenzione ha lo scopo di assicurare che le attività svolte attraverso l'IA non pregiudichino i diritti umani, la democrazia e lo stato di diritto.

Sull'IA esiste già una amplissima letteratura; una valutazione del fenomeno e delle sue prospettive in SARTOR, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Torino, 2022; e in CRISTIANINI, Machina sapiens, *L'algoritmo che ci ha rubato il segreto della conoscenza*, Bologna, 2023; D'AVACK, *Intelligenza artificiale e diritto: problematiche etiche e giuridiche*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, 4, pp. 1710 ss.. Ma solo in parte essa affronta i problemi oggetto di queste pagine. Tra i contributi utili per la loro soluzione si possono ricordare inoltre *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di RUFFOLO, Milano, 2020; FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024.

[2] Influisce da una parte l'idea che la regolamentazione scoraggi l'innovazione, per i costi che impone. La preoccupazione è infondata: nel quadro normativo che l'Unione europea viene apprestando i nuovi come i vecchi sistemi sono tenuti a mettersi in regola, e perciò i costi non colpiscono specificamente l'innovazione. Ma la regolamentazione europea sta comunque sollevando proteste e malumori: tra altro, un vasto gruppo di società ed

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

diviso in tre aree (3). Negli Stati Uniti la preferenza è per l'innovazione e il principio che domina è l'autoregolazione. In Cina, all'opposto, è ritenuto essenziale il controllo, anche politico e culturale, e perciò vige un approccio dirigista. L'Unione Europea ha intrapreso la strada mediana della regolazione (4). Ma si tratta di un fenomeno *in fieri*. Allo stato nell'Unione la materia è disciplinata solo dall'*AI Act* (5), anche se si annuncia una direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale, e una revisione della direttiva sui prodotti difettosi relativa anche ai prodotti digitali. In Italia è in corso di approvazione un disegno di legge sulla ricerca, sperimentazione ed applicazione dei sistemi (6).

Una regolamentazione dell'IA può avere due scopi: prevenzione dei danni e disciplina degli atti, leciti e illeciti. Oggetto del primo è neutralizzare i rischi; del secondo allocare i diritti e le responsabilità nascenti dall'attività tramite sistemi esperti.

Al primo tipo si ispira l'*AI Act*. Qui, dunque, vi sono regole espresse e il problema del giurista è essenzialmente esegetico. Al secondo le direttive in preparazione. Ma esse, se approvate, copriranno solo alcuni aspetti dei problemi che possono porsi. Per tutto il resto, perciò, l'individuazione di una regola rimane affidata, almeno per ora, alla riflessione dottrinale sul modo di applicare i principi comuni ai rapporti in cui interviene l'IA. Scopo di queste pagine è appunto iniziare a elaborare concettualmente le regole necessarie, a partire dalle norme comuni, adeguate ai casi in cui attività espletata utilizzando l'IA ha conseguenze sui diritti, gli obblighi, le responsabilità delle parti del rapporto.

---

enti internazionali ha pubblicato sui giornali un manifesto di protesta (cfr. *Corriere della sera*, 21 settembre 2024).

Altrove però si pensa che, per i rischi connessi all'IA, sia necessario un controllo, giuridico e politico.

Non esiste un punto di equilibrio che annulli gli opposti svantaggi, e la scelta deriva dai valori che si prediligono: progresso o sicurezza?

(3) Nello stesso senso FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf.*, 2022, p. 303 s.

Una comparazione fra le tre aree in CAPUZZO, A(I) Minority Report. *Uno studio su intelligenza artificiale e comparazione giuridica tra UE, USA e Cina*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, p. 479 ss.

(4) SCHEPISI, *Brevi note sulla 'dimensione europea' della regolamentazione dell'intelligenza artificiale: principi, obiettivi e requisiti*, in *Strategia dei dati e intelligenza artificiale. Verso un nuovo ordine giuridico del mercato*, a cura di Falce, Torino, 2024, p. 53 ss.

(5) Regolamento (UE) 2024/1689 del 13 giugno 2024, che sarà applicabile nella sua interezza dal 2 agosto 2027.

(6) È attualmente in discussione l'Atto del Senato n. 1146, «Disposizioni e delega al governo sull'intelligenza artificiale». Su tale schema il Garante per la protezione dei dati personali ha dato parere favorevole con provvedimento n. 477 del 2 agosto 2024.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

È bene, anche per introdurre ordine in una materia che allo stato ne è carente, dividere il discorso che segue tra prevenzione dei rischi e disciplina degli atti. Un rapido esame critico della prima fornirà elementi per avviare una riflessione sulla non facile elaborazione della seconda.

2. – La prevenzione ha senso se vi è la percezione di un rischio. Nessuno dubita che l'IA possa avere innumerevoli applicazioni utili, ma è piuttosto comune, almeno nell'area europea, la convinzione che a molti, se non a tutti, i sistemi di IA sia connessa la possibilità di un rischio. Questa convinzione è il presupposto della recentissima *Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, che impegna le parti a «*adopt or maintain appropriate legislative, administrative or other measures to give effect to the provisions set out in this Convention. These measures shall be graduated and differentiated as may be necessary in view of the severity and probability of the occurrence of adverse impact on human rights, democracy and the rule of law throughout of the lifecycle of artificial intelligence systems*» (7).

Riferita all'IA la prevenzione significa da un lato proibirne gli usi che siano potenzialmente materialmente o socialmente nocivi, dall'altro predisporre cautele proporzionate al differente grado di rischio proprio dei diversi sistemi, o di certe loro applicazioni.

Di qui nell'impianto dell'*AI Act* una quadripartizione: pratiche vietate, sistemi ad alto rischio, sistemi a basso rischio, sistemi senza rischio.

Come detto quel che qui ci si propone non è l'esegesi del regolamento, cioè l'esame delle regole che ci sono, ma la ricerca di linee guida per elaborare a partire dai principi comuni le regole degli atti che non ci sono. Perciò qui dell'*AI Act* si dirà nei limiti in cui se ne ricavano indicazioni per la costruzione di una disciplina laddove la norma espressa manca.

Sono vietate le pratiche (8) di specifica ed elevata nocività sociale, cioè

---

(7) Art. 1, comma 2.

(8) Sono *pratiche vietate* (cfr. l'art. 5 del regolamento): a) distorcere le altrui scelte attraverso tecniche subliminali; b) arrecare pregiudizio sfruttando la vulnerabilità; c) pregiudicare le persone classificandole; d) profilare per prevedere reati; e) costituire banche dati di riconoscimento facciale; f) inferire le emozioni nel luoghi di istruzione o lavoro (salvo per motivi medici o di sicurezza); g) la categorizzazione biometrica razziale, politica, sindacale, religiosa, filosofica o sessuale, salvo a fini di contrasto di reati, ma in tal caso subordinatamente ad autorizzazione giudiziaria o amministrativa. In tema, v. già le riflessioni di S. Orlando, *Regole di immissione sul mercato e "pratiche di intelligenza artificiale" vietate nella proposta di "*artificial intelligence act*"*, in *Pers. merc.*, 2022, 3, p. 346 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lesive della libertà di decisione (9), della vulnerabilità (10), della dignità. Sebbene anteriore tale divieto soddisfa per gli Stati membri dell'Unione europea l'impegno preso con la citata Convenzione Quadro del Consiglio d'Europa, di poco posteriore, di apprestare misure affinché i sistemi di IA non pregiudichino i diritti umani, la democrazia e lo stato di diritto.

Il regolamento contempla otto tipologie. Esistono però ristrette eccezioni. Qui ciò che rileva sono le caratteristiche dell'uso più che del sistema; ma la distinzione è alquanto posticcia, perché la predisposizione a quell'uso dipende in gran parte dall'impostazione del sistema.

Le comminatorie di divieto sono molto dettagliate e dunque si può prevedere che non sorgeranno troppi problemi a riconoscere nel concreto i casi che vi ricadano. Ma proprio questa specificità può creare una criticità. Il legislatore europeo ha scelto per individuare i divieti un metodo casistico. È dubbio che sia la scelta migliore. Casi preveduti, come le tecniche subliminali o le categorizzazioni personali, e altri, hanno la loro *ratio* nei principi di libertà, dignità, non discriminazione, garantiti dai Trattati e dalle Carte del diritto dell'Unione. Questi principi estendono la loro portata oltre i casi specificamente previsti dal regolamento, che non esauriscono tutta la casistica possibile.

Di qui la domanda: che sarà di altri casi (11) offensivi degli stessi principi ma non previsti espressamente? Analogia (ritenendo che l'elenco

---

(9) Sulle tecniche subliminali v. DE SANTIS, *Identità e persona all'epoca dell'intelligenza artificiale: riflessioni a partire dall'IA Act*, in *federalismi.it*, 2024, 19, p. 137 ss.: D. DI SABATO e ALFANO, *L'impiego dell'IA per condizionare e valutare le persone tra limitazioni e divieti: qualche considerazione critica sulla proposta di Regolamento sull'IA elaborata dalla Commissione europea*, in *Riv. dir. impr.*, 2022, 2, p. 281 ss.

Sul riconoscimento delle emozioni INCUTTI, *Sistemi di riconoscimento delle emozioni e ruolo dell'autonomia privata: linee evolutive di un umanesimo digitale*, in *Giust. civ.*, 2022, p. 515 ss.; sul *neuromarketing*: CASALINI e INCUTTI, *Volontà e vulnerabilità in ambiente digitale: profili giuridici del* neuromarketing, in *Annuario giuridico OGID*, 2024, Roma, (in corso di stampa).

(10) In tema RIEFA, *Protecting Vulnerable Consumers in the Digital Single Market*, in *European Business Law Review*, 2022, 33, 4, p. 607 ss.; ATABEY e SCARFF, *The Fairness Principle: A Tool to Protect Children's Rights in Their Interaction with Emotional AI in Educational Settings*, in *Global Privacy Law Review*, 2023, 4,1, p. 5 ss.; sulla vulnerabilità nel diritto mi sia consentito ricordare anche GENTILI, *La vulnerabilità sociale. un modello teorico per il trattamento legale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 1, p. 41 ss.

(11) Proprio l'esempio del neuromarketing (su cui v. ancora CASALINI e INCUTTI, *Volontà e vulnerabilità in ambiente digitale: profili giuridici del* neuromarketing, cit.) offre l'evidenza della possibilità che casi anche gravi, certamente riconducibili allo spirito del divieto recato dall'*AI Act* sfuggano alla lettera.

Ove tale pratica intercorra nei rapporti con un consumatore sarà applicabile la normativa sulle pratiche commerciali sleali. Ove invece sia tenuta fuori di quell'ambito (per esempio nella propaganda politica) rischia di restare senza sanzione, se estranea alla portata

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sia indicativo) o esclusione (ritenendo l'elenco tassativo)? Il modo della formulazione induce a ritenere l'elenco tassativo, sebbene verbalizzato attraverso espressioni che arieggiano delle clausole generali, e quindi tali da lasciare all'interprete molto margine interpretativo per ricondurre la più varia casistica alla previsione astratta e generale.

È verosimile che queste pratiche rilevino, se tenute da parte di un professionista e indirizzate a consumatori, anche come pratiche commerciali sleali, con le conseguenze del caso sui rapporti di consumo.

Sono considerati ad alto rischio i sistemi di IA assai esposti a produrre danno fisico (12), ovvero significativo danno sociale (13). Concorrono qui una clausola generale e un elenco (14). Il fornitore del sistema può però attestare che esso sebbene riconducibile ai tipi classificati rischiosi non è ad alto rischio (15).

Tali sistemi devono possedere requisiti di sufficiente cautela ed attenuazione dei rischi; i requisiti sono stabiliti attraverso un processo iterativo e continuo di rilevazione e gestione dei rischi noti e prevedibili. Una specifica documentazione tecnica, integrata da istruzioni per l'uso (16), deve accompagnarne l'immissione nel mercato e attestarne la conformità a quanto richiesto dalla legge (17). I sistemi devono essere di funzionamento trasparente (18), e devono essere soggetti a sorveglianza umana (19) da parte del *deployer*. Le autorità preposte possono stimolare nuove misure cautelari o imporre il ritiro dal mercato del sistema (20).

Tra i sistemi ad alto rischio stanno quelli utilizzati per finalità generali con rischio sistemico (21), con obblighi aggravati per i fornitori (22).

---

dell'art. 5 dell'*AI Act*. Di qui le preoccupazioni del regolamento (UE) 2024/900, del 13 marzo 2024, relativo alla trasparenza e al *targeting* della pubblicità politica.

(12) L'elenco completo è nell'Allegato I del regolamento, che considera essenzialmente macchinari, giocattoli, imbarcazioni, veicoli, aeromobili, attrezzature impiegate in attività pericolose.

(13) L'elenco completo è nell'Allegato III del regolamento (ma come corretto dall'art. 6, § 3, e come potrà venire modificato in futuro dalla Commissione ai sensi dell'art. 7), che allo stato considera essenzialmente la biometrica, le infrastrutture critiche, l'accesso e valutazione nel settore dell'istruzione, o dell'occupazione, o dei servizi essenziali, il contrasto, la migrazione, l'attività giudiziaria, l'attività elettorale.

(14) Per l'elenco v. l'allegato III.

(15) Cfr. l'art. 6, par. 4 del regolamento.

(16) Cfr. l'art. 13, par. 2 ss., del regolamento.

(17) Cfr. l'art. 11 e ss. del regolamento.

(18) Cfr. l'art. 13, par. 1, del regolamento.

(19) Cfr. l'art. 14, del regolamento.

(20) Cfr. gli artt. 88-94 del regolamento.

(21) Cfr. l'art. 51 ss. del regolamento.

(22) Cfr. l'art. 55 del regolamento.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il rischio impone adempimenti a tutta la filiera, dal produttore all'utilizzatore. Il fornitore del sistema è responsabile di garantirne la conformità ai requisiti prescritti (23). L'importatore a sua volta deve garantire che il sistema sia conforme al regolamento (24). Il distributore deve per parte sua verificare la sussistenza della dichiarazione di conformità con relativa marcatura e delle dovute istruzioni per l'uso (25). Il *deployer* deve garantire che l'utilizzo sia conforme alle istruzioni (26), e valutare i rischi d'impatto del sistema sui diritti fondamentali, segnalando le misure da adottare qualora i rischi si verifichino (27). Una disposizione apposita (28) equipara giuridicamente distributori, importatori, *deployer* e altri terzi al fornitore, addossando loro gli stessi obblighi, e quindi – si presume – le stesse responsabilità.

Qui le norme sulla prevenzione incidono di riflesso sulla repressione: è ragionevole pensare che tali obblighi forniscano la base giuridica per una corresponsabilità civile di tutte queste figure di operatori, di cui dirò dopo. Ne vedremo il rilievo ai fini della legittimazione passiva nelle azioni di danno.

Ulteriori disposizioni regolano invece i sistemi considerati non ad alto rischio. La normativa per questi sistemi è molto più stringata. Deve risultare evidente all'utilizzatore che sta interagendo con un sistema di IA (29), e che il suo output – e in particolare i testi generati o manipolati da un sistema di IA intesi ad informare il pubblico su questioni di interesse pubblico – ne è frutto (30).

Le persone devono essere avvertite se esposte ad un sistema di identificazione biometrica (31).

Gli eventuali *deep fake* devono essere fatti risultare evidenti come tali (32).

---

(23) Cfr. l'art. 8, par. 2, e l'art. 15, lett. *a)*, del regolamento.
(24) Cfr. l'art. 23, par. 1 ss., del regolamento.
(25) Cfr. l'art. 24 del regolamento.
(26) Cfr. l'art. 26, del regolamento.
(27) Cfr. l'art. 27 del regolamento.
(28) Cfr. l'art. 25 del regolamento.
(29) Cfr. l'art. 50, par. 1, del regolamento.
(30) Cfr. l'art. 50, par. 2, del regolamento.
(31) Cfr. l'art. 50, par. 3, del regolamento. Ovviamente, i dati così raccolti vanno trattati in conformità al regolamento (UE) 2016/679, espressamente richiamato.
(32) Cfr. l'art. 50, par. 4, del regolamento.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

È incoraggiata l'adozione di codici di condotta intesi a promuovere l'applicazione a questi sistemi di requisiti richiesti per i sistemi ad alto rischio ([33]).

Per i sistemi praticamente senza rischio non sono previste disposizioni particolari.

Non mi pare escluso, però, che anche questi sistemi possano arrecare pregiudizio (si può fare l'esempio di un traduttore infedele). Se così è, non sono sottratti ad una adeguata disciplina degli atti.

La prevenzione è completata da disposizioni sugli interventi *pubblici* correttivi.

Una disposizione ([34]) consente che l'autorità di vigilanza del mercato ove riscontri un rischio in un sistema legalmente conforme "chieda"(?) ([35]) misure adeguate a neutralizzarlo; il fornitore, o chi per lui, deve garantire le misure correttive.

Un'altra ([36]) legittima la Commissione a "chiedere" ai fornitori di adottare misure adeguate per gli obblighi di documentazione, o per attenuare i rischi sistemici, e comunque di limitare l'immissione sul mercato del sistema di IA, o ritirarlo.

Si profila qui un problema generale. L'apparato normativo di prevenzione sembra indirizzato a far sì che i sistemi risultino conformi all'insieme di requisiti e cautele richiesti dal regolamento. Ciò può far presumere che, se i sistemi sono conformi, l'eventuale avverarsi di un rischio che neppure la conformità ha potuto evitare fuoriesca dall'area di responsabilità di fornitori, importatori, distributori, *deployers*. Configurerebbe insomma un 'caso fortuito'. Questo farebbe ricadere sui terzi le conseguenze dei rischi non previsti o non evitati. È ciò coerente ai principi della legislazione degli Stati membri? E, se non lo è, il regolamento introduce una deroga fornendo una linea guida per una sua modificazione o diversa interpretazione? Se ne dirà.

Sebbene dedicato soprattutto alla prevenzione il regolamento non manca di disposizioni sanzionatorie. Ma la normativa dedicata al *public enforcement* è alquanto scarna.

([33]) Cfr. l'art. 95, del regolamento.

([34]) Cfr. l'art. 82 del regolamento.

([35]) Questa è una cattiva traduzione del testo in italiano. I testi in altre lingue dell'Unione hanno espressioni in cui è ben più netto il carattere imperativo dell'intervento pubblico.

([36]) Cfr. l'art. 93 del regolamento.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Per quanto concerne le pratiche vietate il regolamento – che in via generale rinvia ai diritti nazionali le sanzioni (37) – dispone pesanti "sanzioni amministrative pecuniarie" per le violazioni.

La loro natura è a prima vista ambigua. Il testo italiano dell'art. 99 alludendo all'ipotesi che l'autore "del reato" sia un'impresa sembra presupporre la rilevanza penale delle violazioni e quindi la natura di pena delle sanzioni. Ma probabilmente il testo italiano reca una formulazione inappropriata. Le altre versioni, infatti, non confermano: il testo inglese ha "*offender*", il testo francese "*auteur de l'infraction*", il testo spagnolo "*infractor*", termini che non avallano la tesi della rilevanza penale (38). Credo perciò che non si debba prendere alla lettera l'espressione.

Per quanto riguarda i sistemi ad alto rischio è previsto (39) che la Commissione possa irrogare sanzioni amministrative pecuniarie per l'inottemperanza agli obblighi gravanti sui fornitori, i rappresentanti, gli importatori, i distributori, i *deployers.*

Vale anche qui quanto detto sulla impropria espressione del testo italiano del regolamento e la relativa presunzione di rilevanza penale.

Per i sistemi di IA non ad alto rischio sono previste sanzioni pecuniarie per la violazione degli obblighi di trasparenza gravanti su fornitori e *deployers* (40).

Come si vede, la prevenzione ha molte regole, e la repressione nella forma del *public enforcement* non ne manca.

Sono efficienti? Sono sufficienti? La risposta verrà dall'applicazione.

Certo è che l'approccio mette in piedi un pesante apparato 'burocratico' (non si è detto qui, esulando dagli scopi della trattazione, della moltitudine di enti e organismi dell'Unione e nazionali istituiti per la sorveglianza). E ciò induce costi ragguardevoli per i fornitori, importatori, distributori, *deployers*.

È opinione diffusa che tali costi scoraggino lo sviluppo dell'intelligenza artificiale (41). Sviluppo dal quale alcuni si attendono grandi benefici, e

---

(37) Cfr. l'art. 99, par. 1, del regolamento.

(38) Inoltre, si può presumerla solo se la *previa lex poenalis* è lo stesso divieto del regolamento, perché allo stato è assai dubbio che le pratiche vietate dall'art. 5 siano riconducibili a fattispecie di reato previste dalla nostra legge nazionale (non so pronunciarmi per le altre), ed abbiano quindi *in base ad essa* rilevanza penale (come invece si può sostenere per il caso di c.d. *deep fake*). La possibile rilevanza penale poi aggraverebbe il problema della eventuale estensione delle comminatorie a casi equivalenti (cioè lesivi degli stessi valori protetti), perché il diritto penale non ammette l'analogia.

(39) Cfr. l'art. 99, par. 4, del regolamento, ma anche l'art. 101.

(40) Cfr. l'art. 99, par. 4, lett. *g)*.

(41) Non a caso lo Stato della California ha bocciato l'adozione della legge SB1047 che

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

perciò – si sostiene – da incoraggiare in ogni modo: uno studio di *Ambrosetti-The European House* ha stimato che nel 2023 un'adozione diffusa pervasiva dell'intelligenza artificiale generativa in Italia potrebbe creare 312 miliardi di ore lavorate di valore aggiunto ovvero liberare 5,4 miliardi di ore lavorate ogni anno, pari al 18% del PIL. Secondo un altro studio, del *think thank Authonomy*, l'intelligenza artificiale potrebbe ridurre la settimana lavorativa a 4 giorni entro il 2033 per 28 milioni di lavoratori della Gran Bretagna (88% della forza lavoro) e 128 milioni degli Stati Uniti (78% della forza lavoro). E così altrove.

Resta perciò il dubbio che si potesse predisporre un sistema più agile, in base a pochi principi, e obblighi standardizzati per tutti i soggetti coinvolti (visto che se ne assume l'equivalenza) e soprattutto con un *drafting* migliore.

Chissà? Forse poteva aiutare affidarne la progettazione all'intelligenza artificiale.

3. – La prevenzione, con le sanzioni per l'inosservanza, ovviamente non esaurisce la necessità di regole per l'IA. Regole si richiedono anche per la disciplina dell'attività esplicata utilizzando sistemi di IA.

Nell'area dell'Unione la situazione normativa dei due profili, prevenzione e disciplina, si presenta diversa. La prevenzione ha le sue regole espresse, appena dette, la disciplina dell'attività non ne ha. O meglio: da un lato ci sono alcune regole *in fieri*, come le proposte di direttiva sui prodotti difettosi, anche digitali, e sulla responsabilità da IA; dall'altro c'è la necessità di derivare dai principi comuni regole adeguate ai nuovi casi.

Della prevenzione ho detto. Dirò ora dell'attività e della sua disciplina. Disciplinare l'attività svolta utilizzando l'IA ha a sua volta due versanti.

Un primo versante è quello dell'attività lecita.

In relazione ad essa si pone la domanda sui conseguenti diritti e doveri. Qui di nuovo due ambiti.

Il primo è quello dell'attività che produce o utilizza opere dell'ingegno. Qui si pone da un lato il caso di IA autrice di opere intellettuali, con la domanda sulla possibilità di imputarle il diritto d'autore, e dall'altro quello dell'IA fruitrice di opere intellettuali, con la domanda sulla necessità di subordinarne la fruizione all'obbligo di un corrispettivo.

Il secondo è quello dell'attività negoziale. Qualunque negozio può essere compiuto attraverso l'IA. Anche i limiti di forma sono superabili,

---

– sulla falsariga dell'*AI Act* – introduceva obblighi tecnici stringenti per gli operatori economici intenzionati a far uso di sistemi di intelligenza artificiale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

perché il sistema delle firme elettroniche consente di soddisfare la forma scritta e anche di rispettare se del caso le prescrizioni di forma solenne operando *on line* (42).

In concreto allo stato l'IA è utilizzata solo in certi casi, che la dottrina riconduce al tipo, assai raro, degli *smart contracts* (anche troppo discussi in rapporto alla loro marginale importanza pratica), e dei *self-driving contracts*, invece largamente praticati.

Un secondo versante è quello dell'attività illecita.

Questa, secondo le regole che abbiamo, può essere classificata come attività illecita contrattuale ed attività illecita extracontrattuale, con regimi e conseguenze diversi.

Qui spiccano i problemi dell'imputazione della responsabilità, e della disciplina della prova.

Tutti questi problemi sono oggi aperti (salvo come detto l'intervento di specifici provvedimenti normativi, europei o domestici) a soluzioni derivate dalle regole comuni, adeguatamente applicate ai casi speciali.

Offro qui di seguito una panoramica sui problemi principali.

4. – Un settore nel quale si è posto il problema di una disciplina adeguata alle nuove tecnologie è quello dei diritti d'autore. In duplice modo: chi abbia il diritto d'autore sulle opere d'ingegno prodotte attraverso l'IA; se questa possa addestrarsi liberamente attraverso testi, immagini e altri dati su cui un terzo ha i diritti d'autore.

Nel primo caso si tratta di attribuire se mai diritti. Nel secondo obblighi.

Come noto, esistono modelli di IA con capacità 'generative' (*Generative Adversarial Networks*) (43), capaci cioè di creare testi, immagini, video, musica, o altri media, in risposta a richieste dell'utilizzatore (dette *prompt*). Qui l'output non è solo una rielaborazione degli input, ma un *quid novi* con le caratteristiche di una creazione intellettuale, anche se sono da distinguere i casi in cui c'è un più o meno ampio concorso ideativo umano dai casi in cui il sistema risulta avere prodotto da sé tale *quid novi*.

Si pone dunque il problema del diritto d'autore sul prodotto intellettuale (44): riconoscerlo? e a chi? Si danno diverse soluzioni possibili.

---

(42) FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 441 ss.; GENTILI, *Documento informatico (diritto civile)*, in *Enc. dir. Annali*, V, 2012, p. 629 ss.

(43) Un esempio, molto probabilmente noto al lettore, è il *chatbot Chat-GPT*, elaborato da *Open AI*.

(44) MUCIACCIA, *Diritti connessi e tutela delle opere dell'intelligenza artificiale*, in *Giur.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Una prima è di riconoscere tale diritto direttamente al sistema di IA. Questo però presuppone di assumerne la soggettività giuridica, almeno parziale (45).

Prendo spunto da questo caso per dire che, a mio avviso, e in via generale, la tesi della soggettivazione non è assolutamente da seguire. Una prima obiezione che la stronca è che sarebbe inutile: manca infatti il patrimonio su cui far riflettere diritti e responsabilità. Non bisogna dimenticare che mentre il riconoscimento della soggettività giuridica alle persone fisiche risponde ad esigenze assiologiche, il riconoscimento a soggetti diversi dall'uomo risponde ad esigenze pragmatiche. Come è stato più volte osservato esso è un mezzo per accreditare una certa disciplina dei diritti e doveri e una loro speciale incidenza patrimoniale (46). Ciò presuppone la sussistenza di un separato patrimonio che qui invece manca. Una seconda è che senza uno stimolo umano (come minimo la predisposizione e l'interrogazione) il sistema di IA, almeno allo stato, non saprebbe esercitare i diritti e fronteggiare le responsabilità. Dovrebbe dunque intervenire un altro soggetto. Ma così l'imputazione al sistema diventerebbe solo una superfetazione ed una inutile complicazione. Una terza è che, stracciata l'apparenza, l'IA si rivela per un mero strumento dell'azione umana. E un mero strumento, anche 'intelligente', non è adatto a fungere da centro di imputazione: anche le *smart bomb* (purtroppo) distruggono quando e come scelgono di farlo, ma nessuno imputerebbe loro la responsabilità, e non a chi le attiva. Sotto il profilo dell'imputabilità la creazione non differisce dalla distruzione.

---

comm., 2021, p. 761 ss.; S. GIUDICI, I*ntelligenza artificiale e diritti di proprietà industriale e intellettuale. Spunti preliminari*, in *Strategia dei dati e intelligenza artificiale*, a cura di Falce, cit., p. 149 ss.

(45) Così TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo* status *privatistico degli agenti* software *autonomi*, a cura di Femia, Napoli, 2019.

Entusiasticamente adesiva la posizione di FEMIA, *Introduzione, Soggetti responsabili. Algoritmi e diritto civile*, ivi: «Un umanesimo errato, ciecamente consolatorio e quindi autenticamente inumano, vorrebbe attribuire sempre e comunque all'uomo, al prezzo di qualsivoglia finzione e distorsione dogmatica, la condotta delle macchine intelligenti. Ciò è semplice ignorante ostinazione, mancata comprensione del dato tecnico-reale» (p. 9 s.).

Posizioni di questo genere mi sembrano peccare di ingenuità metodologica: fanno dipendere da una (pretesa) natura sociale o giuridica dell'algoritmo, o comunque del sistema intelligente, la risposta sulla sua soggettività. Ma non esiste in natura alcuna natura giuridica dell'algoritmo o della macchina intelligente. La questione va decisa in termini di utilità della soluzione per i fini del problema giuridico.

(46) Sul punto, pacifico, mi limito a richiamare per le ragioni storiche P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1997, p. 120, e per quelle formali D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Milano, 1963, p. 2 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sembra perciò da condividere in materia di diritto d'autore la sentenza della Corte Federale australiana nel caso *Thaler vs. Commissioner of Patents* (47) secondo la quale «*an artificial intelligence system can be an in-*

(47) Federal Court of Australia, *Thaler v Commissioner of Patents* [2021] FCA 879 2: «*5 Dr Thaler seeks judicial review of these decisions under s 5(1) of the Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977* (Cth) and s 39B of the *Judiciary Act 1903* (Cth). *He says that s 15, and the Act and the Regulations more generally, do not preclude an artificial intelligence system being treated as an inventor. He says that the Deputy Commissioner misconstrued s 15(1), and the Act and the Regulations more generally, as being inconsistent with an artificial intelligence system being treated as an inventor. 6 The underlying question for my determination is whether an "inventor" for the purposes of the Act and the Regulations can be an artificial intelligence system. As I have indicated, that question arises because reg 3.2C(2)(aa) requires that an applicant of a* Patent Cooperation Treaty (Washington, 19 June 1970) (PCT) *application must provide the name of the inventor of the invention to which the application relates. 7 The Deputy Commissioner held that an artificial intelligence system cannot be an inventor because "[s]ection 15(1) is clear, but not capable of sensible operation in the situation where an inventor would be an artificial intelligence machine as it is not possible to identify a person who could be granted a patent" (at [32]). The effect of his reasoning is that an artificial intelligence system can invent something that satisfies all of the requirements of patentability in terms of novelty, inventiveness and utility, but such an invention will be unpatentable because the Act requires a human inventor. 8 Now Dr Thaler is the owner of copyright in DABUS's source code. He is also the owner, is responsible for and is the operator of the computer on which DABUS operates. But Dr Thaler is not the inventor of the alleged invention the subject of the application. The inventor is identified on the application as "DABUS, The invention was autonomously generated by an artificial intelligence". DABUS is not a natural or legal person. DABUS is an artificial intelligence system that incorporates artificial neural networks. 9 The alleged invention is the output of DABUS' processes. Various products and methods are claimed concerning containers, devices and methods for attracting enhanced attention using convex and concave fractal elements. 10 In summary and for the following reasons, in my view an artificial intelligence system can be an inventor for the purposes of the Act. First, an inventor is an agent noun; an agent can be a person or thing that invents. Second, so to hold reflects the reality in terms of many otherwise patentable inventions where it cannot sensibly be said that a human is the inventor. Third, nothing in the Act dictates the contrary conclusion. 11 It follows that I reject the Deputy Commissioner's determination and the Commissioner's position before me. 12 First, that position confuses the question of ownership and control of a patentable invention including who can be a patentee, on the one hand, with the question of who can be an inventor, on the other hand. Only a human or other legal person can be an owner, controller or patentee. That of course includes an inventor who is a human. But it is a fallacy to argue from this that an inventor can only be a human. An inventor may be an artificial intelligence system, but in such a circumstance could not be the owner, controller or patentee of the patentable invention. 13 Second, on the Commissioner's logic, if you had a patentable invention but no human inventor, you could not apply for a patent. So by employing the Commissioner's device of using a procedural requirement in a subordinate instrument, you would substantively preclude the possibility of a patent grant for that invention. Nothing in the Act justifies such a result. And it is the antithesis of the s 2A object. 14 Third, in my view the Commissioner has not kept faith with the tenet that "[i]t is also of fundamental importance that limitations and qualifications are not read into a statutory definition unless clearly required by its terms or its context, as for example if it is necessary to give effect to the evident purpose of the Act"* (PMT Partners Pty Ltd (in liq) v Australian National Parks & Wildlife Service (1995) 184 CLR 301 at 310 per

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ventor for the purposes of the Act», ma «*only a human or other legal person can be an owner, controller or patentee*» (48).

L'alternativa è di riconoscere ad un soggetto giuridico persona fisica (49) o giuridica collegato al sistema di IA il diritto d'autore. Ma ciò, secondo l'orientamento che si va formando, solo quando vi sia apporto ideativo umano (50) e la creazione non sia esclusivo prodotto del sistema di IA. Questo, ai fini del soggetto umano da investire del diritto, esclude – sebbene essi concorrano materialmente nel risultato, perché la creazione dipende anche dal programma predisposto dal produttore-programmatore (51), oltre che dai *prompt* dati dall'utilizzatore – che il produttore o programmatore concorra con l'utilizzatore nel diritto.

Se così è l'esito è che l'eventuale creazione intellettuale va imputata all'utilizzatore quando questi abbia comunque dato un apporto (52). Altrimenti ciò che è prodotto ideale esclusivo del sistema (e dietro di esso di chi lo appronta) *non* è assistito dal diritto d'autore. La creazione resta 'orfana'. Può essere critico ma non è strano: l'IA ha dei poteri, ma non dei diritti.

L'IA è ben lungi dal riprodurre il modo di funzionamento della mente. Essa piuttosto funziona producendo un output grazie all'elaborazione del-

---

Brennan CJ, Gaudron and McHugh JJ). *Indeed the evident purpose of the Act, a proxy for which is s 2A, is at odds with the unreality of persisting with the notion that artificial intelligence systems cannot be inventors. 15 Fourth, much of the Commissioner's argument descended into dictionary definitions of "inventor". But more is required of me than mere resort to old millennium usages of that word. If words are only "pictures of ideas upon paper"* (Dodson v Grew (1767) Wilm 272 at 278; 97 ER 106 at 108 per Wilmot CJ) *and if, as Holmes J described it, they are not "crystal[s], transparent and unchanged, [but] the skin of a living thought and may vary greatly in colour and content according to the circumstances and the time in which [they] are used" (Towne v Eisner, 245 US 418, 425 (1918)), I need to grapple with the underlying idea, recognising the evolving nature of patentable inventions and their creators. We are both created and create. Why cannot our own creations also create?*».

L'antecedente più risalente è probabilmente la sentenza della Corte Suprema USA nel caso *Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony*, 111 US, 53 (1884) (v. spec. i §§ 56-58).

(48) Una posizione analoga ha manifestato il Parlamento Europeo nella Risoluzione del 20 ottobre 2020 sui diritti di proprietà intellettuale per lo sviluppo di tecnologie di intelligenza artificiale.

(49) Cospira a questa scelta anche l'art. 27, par. 2, della Dichiarazione Universale del Diritti dell'Uomo, per cui «ogni *individuo* ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria ed artistica di cui egli sia autore» (corsivo mio).

(50) Cass., 11 gennaio 2023, n. 1107, in *Foro it.*, 2023, 6, cc. 1874 ss.

(51) Naturalmente è possibile, e concretamente accade che le figure di programmatore e di produttore si scindano.

(52) In tema Arezzo, *La tutela dei prodotti dell'IA tramite diritto d'autore e i diritti connessi*, in *Strategia dei dati e intelligenza artificiale*, a cura di Falce, cit., p. 155 ss., spec. p. 172 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'input di miliardi di dati. Qui intervengono attuali o possibili limiti giuridici.

Per quanto riguarda il trattamento dei dati valgono anche in questo caso i limiti imposti dalla normativa regolatrice, che allo stato ha il suo perno nel GDPR ([53]). Il problema sfugge al tema di queste pagine e perciò qui non se ne dirà.

Un problema diverso e più nuovo si propone per la possibilità per i sistemi di IA – e dunque per chi li appronta ed addestra – di implementarsi fruendo di testi, immagini o altri prodotti dell'ingegno su cui dei terzi hanno diritti non solo morali ma anche patrimoniali d'autore. Possono essere liberamente sfruttati?

La questione è molto controversa, e ha dato luogo a proteste tanto di chi rivendica la necessità di tutela degli autori quanto di chi lamenta il freno che i costi dei corrispettivi o indennizzi imporrebbero all'innovazione ed allo sviluppo. Dal punto di vista della regolazione il caso si diversifica nell'area extra-europea e nell'area dell'Unione.

Nell'area occidentale extra-europea al momento non esiste una regolamentazione. Qui va segnalato che allo stato pendono, il primo negli Stati Uniti e il secondo sia lì sia nel Regno Unito, due procedimenti giudiziari specificamente pertinenti, il primo tra il *New York Times* e *Open AI* e *Microsoft* davanti alla Corte Federale di New York, il secondo tra *Getty Images* e *Stability AI* ([54]). In linea di massima sembra giustificato che lo sfruttamento dell'apporto ideativo altrui sia protetto, e quindi remunerato: in definitiva la produzione di sistemi di IA, per quanto possa essere giudicata socialmente utile, resta una attività lucrativa. Ma ovviamente il caso va giudicato in base alle legislazioni che lo regolano, a livello internazionale e nazionale.

Nell'UE il caso è ormai regolato dalla direttiva *Copyright* ([55]) che esime il c.d. *text and data mining* condotto con strumenti digitali dalla remunerazione altrimenti dovuta solo quando effettuato per motivi di ricerca scientifica. In Italia lo stesso principio è nel d.lgs. n. 177 del 2021 di recepimento.

Pare perciò piuttosto ovvio che in ambito europeo i produttori di sistemi di IA non possano se non forse in rari casi invocare l'esenzione (costruire sistemi di IA non è tanto ricerca scientifica quanto appunto

---

([53]) Regolamento (UE) 679/2016.

([54]) Su cui, v. COULTER, *Aiming for Fairness: An Exploration into Getty Images v. Stability AI and Its Importance in the Landscape of Modern Copyright Law*, in *DePaul Journal of Art, Technology and Intellectual Property Law*, 2024, 34, 1, pp. 124 ss.

([55]) Direttiva (UE) 790/2019.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

attività lucrativa) e quindi siano tenuti a remunerare gli autori dei prodotti intellettuali che sfruttano per l'addestramento.

5. – Un ulteriore settore nel quale si è posto il problema di una disciplina adeguata alle nuove tecnologie è quello della negoziazione (56).

É notizia recente che l'UNCITRAL abbia ora adottato un *Modello di normativa sulla contrattazione automatizzata*, ancora non noto, per fornire un quadro giuridico ai contratti internazionali di utilizzo dell'automazione, ivi compreso l'uso dell'IA. In attesa di conoscerne i principi non si può che far capo alla legislazione vigente.

In astratto, qualunque contratto può essere stipulato attraverso l'IA. Semplicemente, il sistema diventa una estensione della mente dell'utilizzatore, che si assume l'imputazione a lui delle manifestazioni di volontà materialmente riconducibili al sistema. Niente di rivoluzionario. Alla fine, infatti, quello che conta non è – anche se questa è la normalità nella tradizione – che la regola formatasi sia davvero psichicamente voluta, ma che essa si formi e sia riconducibile al soggetto. E riconducibile al soggetto utilizzatore è, a mio avviso, anche ciò che il sistema di IA elabora da sé grazie alle sue capacità generative, perché chi utilizza quel sistema se ne è assunto con il vantaggio il rischio.

Si obietta (57) che sia una vuota ed insostenibile finzione ricondurre al *dominus* determinazioni che l'IA ha preso autonomamente e imprevedibilmente (58). Ma a me pare che il completamento anche autonomo e imprevedibile da parte dell'IA del regolamento contrattuale non sconvolga nessun principio tradizionale. Non ha un valore molto diverso da quanto

---

(56) In tema FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 441 ss.; S. CERRATO, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, in AA.VV., *Blockchain e smart contract*, Milano, 2019, p. 273 ss.; DI GIOVANNI, *Sui contratti delle macchine intelligenti*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di Ruffolo, Milano, 2020, p. 251 ss.; AMATO, *La 'computerizzazione' del contratto* (Smart, data oriented, computable *e* self-driving contracts. *Una panoramica)*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 1259 ss.; POLETTI, *L'intelligenza artificiale e le prove di resistenza delle regole contrattuali*, in *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, a cura di Ruffolo, Torino, 2021, p. 193 ss.; FAZIO, *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, Napoli, 2023, spec. p. 181 ss.; NOLAN, *Offer and Acceptance in the Electronic Age*, in *Contract Formation and Parties*, Burrows, Peel (eds.), Oxford, 2010, p. 61 ss.

(57) Così TEUBNER, *op. cit.*, p. 68.

(58) L'imputazione al *dominus* anche di ciò che non ha specificamente voluto è ben motivata da CASEY e NIBLETT, *Self-Driving Contracts*, in *Journal of Corporation Law*, 2017, 43, 1, p. 116, che osservano che «*Mutual assent has never required a complete understanding of – and assent to – every specific term in a contract by every party to a contract. If it did, the overwhelming majority of contracts would be unenforceable. Indeed, as long as there is a basic common understanding at the time of formation, mutual assent can be found*».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

accade quando il contratto è concluso a mezzo di un mandatario il cui atto 'inconsulto' (qui del sistema) resta a carico dell'utilizzatore se questi lo ha 'ratificato' anticipatamente, o quando, delegato dalle parti, un terzo arbitratore determina parte del contenuto contrattuale con equo apprezzamento (se assumiamo che il sistema compia le scelte più utili [59]) o comunque con mero arbitrio. E mi pare che l'imputazione invece all'IA come autonomo soggetto sia inutile, visto che poi i vincoli vanno riferiti agli utenti e ai loro patrimoni.

Si potrebbe, anzi, su questo dire di più. A ben vedere, l'IA non è una nuova e diversa volontà che si aggiunge a quella dell'utilizzatore nel condurre la negoziazione (come l'arbitratore). È, in realtà, la sua stessa volontà, potenziata da uno strumento che può svilupparla, sia pure a volte in modo imprevedibile. E se così è, si può – per far emergere la coerenza di questo assunto con i principi correnti – dire (con affinità alla regola del biancosegno) che qui non è concepibile che il 'riempimento' anomalo da parte del sistema sia *absque pactis* o addirittura *contra pactis*, perché l'utilizzatore ricorrendo consapevolmente all'IA ha accettato preventivamente tutti gli esiti come coerenti alla sua volontà, e dunque non c'è abuso, oltre ad esserci un giustificato affidamento della controparte.

Di qui il richiamo dei principi comuni. Per esempio, è da supporre, ma per pronunziarsi con cognizione di causa bisognerà attendere il formarsi di una casistica, che anche un contratto concluso con l'IA possa essere viziato da errore, o da dolo altrui, con possibile sindacato giudiziale e con gli esiti del caso. O che possa risultare contrario a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume.

In concreto però, e guardando alla prassi che finora si è delineata, lo scenario è un po' diverso. Si sono infatti diffusi, e probabilmente ancor più si diffonderanno, i contratti algoritmici. Ma a rigor di termini non si tratta di contrattazione a mezzo dell'intelligenza artificiale.

È circostanza nota che in vari ambiti merceologici (banca, assicurazione, cripto-valute, e altri) si progetti di affidare la conformazione, la conclusione e l'esecuzione del contratto a elaboratori guidati da algoritmi. Qualcosa di simile già avviene nell'*high-frequency trading* borsistico, apparentemente interamente governato da computers [60].

---

[59] Tale mi pare l'opinione di AMATO, *Il contratto 'su misura'. Self-driving contracts e diritto privato della sorveglianza*, in *Jus civile*, 2024, spec. p. 272.

[60] In realtà l'apporto umano, nel predisporre attraverso algoritmi il programma che l'elaboratore seguirà, al verificarsi di circostanze anticipatamente previste e predeterminate, continua ad essere la vera matrice della regola contrattuale, restando all'elaboratore solo di eseguire il mandato se e quando si verificherà l'ipotesi.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Si parla per tali casi di *smart contracts* (61). Dove '*smart*' segnalerebbe la loro caratteristica di essere intelligenti, cioè autonomi.

In realtà la completa automazione che ad essi spesso si attribuisce è un equivoco. Secondo una condivisibile ricostruzione (62), il fenomeno si articola in almeno due fasi. La prima (denominata *smart legal contract*) è la fase di conformazione e conclusione dell'accordo. Raramente essa è informatica, cioè avviene mediante la codificazione e trasmissione della proposta in linguaggio informatico con firma digitale, la sua decodificazione da parte del destinatario ed accettazione mediante le stesse modalità (63). Più frequentemente la conformazione del patto segue i metodi tradizionali. E comunque informatico è al più il mezzo, non la scelta: questa è invariabilmente umana, o predisposta nel programma dall'uomo, anche se poi il sistema informatico al verificarsi delle circostanze la esegue automaticamente. Per queste ragioni lo *smart contract* non può essere ritenuto un contratto ma solo un metodo automatizzato di esecuzione (64).

Completamente informatica è invece la fase successiva (*smart code*) in cui l'elaboratore algoritmicamente impostato esegue (65). Con l'inesorabi-

---

In tema di *high-frequency trading* Di Ciommo, Smart contract, robo advisor *e mercati finanziari*, in *Strategia dei dati e intelligenza artificiale*, a cura di Falce, cit., p. 237 ss., p. 250 ss.

(61) Su cui v. la Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 febbraio 2017, secondo cui esso è uno strumento tecnologicamente avanzato che utilizza una *Distributed Ledger Technology*, quella cioè di una *blockchain*, per realizzare un processo negoziale capace di autoeseguirsi in modo autonomo.

In tema Maugeri, *La Risoluzione del Parlamento Europeo del 20 ottobre 2020 sugli smart contracts nella prospettiva del diritto dei contratti e della concorrenza*, in *Contr. impr. Eu*., 2021, p. 25 ss.

V. anche l'art. 8-*ter*, 2° c., del d.l. n. 135 del 2018, convertito con modifiche dalla l. n. 12 del 2019, che pure definisce lo *smart contract* come un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti.

(62) Durovic e Janssen, *The formation of smart contracts and beyond: shaking the fundamentals of contract law?*, in *Smart contracts and blockchain technology: role of contract law*, Cambridge, 2019.

(63) Su tutto ciò M.F. Tommasini, *Lo* smart contract *e il diritto dei contratti*, in *Jus civile*, 2022, p. 831 ss., p. 839.

(64) Amato, *Il contratto 'su misura'.* Self-driving contracts *e diritto privato della sorveglianza*, cit., p. 260 ss., p. 267; M.F. Tommasini, *Lo* smart contract *e il diritto dei contratti*, cit., p. 834.

(65) Osserva lucidamente Amato, *Il contratto 'su misura'.* Self-driving contracts *e diritto privato della sorveglianza*, cit., p. 264 ss. che «Lo *smart contract* rappresenta la versione 'computerizzata' del modello [di contratto] anglo-americano (...). Può essere definito come uno strumento, redatto in linguaggio formale, nel quale vengono inscritte le condotte dovute dalle parti cui il programma informatico sarà chiamato a dare attuazione. Il tutto senza il benché minimo intervento umano; senza rischi di sopravvenienze, inadempimenti, o inter-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lità dell'algoritmo. Ma il fenomeno ha applicazioni limitate: non per obbligazioni di fare, o dare cose, o trasferire in differita (66).

Data questa realtà, allo stato almeno queste forme di contrattazione *non* utilizzano l'IA. Non si può escludere che così invece sarà in futuro. Ma al momento si tratta solo di negoziazioni a mezzo di algoritmi.

Come che sia, non pare che tutto ciò richieda regole speciali. La conformazione e conclusione obbedisce a quelle ordinarie (67). L'esecuzione contiene incorporate nella *blockchain* le regole negoziali che la governano (68). Ha perciò perfettamente ragione chi osserva che di fronte alle nuove tecnologie le categorie tradizionali vanno solo adattate al caso (69).

Non è però attraverso gli *smart contracts* che le nuove tecnologie hanno pervaso la contrattazione. I contratti algoritmici con cui (per dire) Amazon fissa i prezzi, con cui Uber sceglie autista, percorso e costo, con cui acquistiamo *on line* un biglietto di trasporto, con cui certe aziende reclutano, organizzano il lavoro, lo sanzionano, con cui gli enti sanitari selezionano gli aspiranti ai trapianti, e vari altri, sono una diversa tipologia. Qui le parti si accordano solo sull'*an* mentre il *quando* e il *quomodo* viene demandato all'algoritmo attraverso regole incorporate nel programma.

Dove gli *smart contracts* non consentono, questi non richiedono interventi esterni correttivi, perché il programma è capace di revisionare il proprio contenuto, adattandolo alle circostanze. In dottrina è stato perciò per essi proposto il nome di *self-driving contracts* (70).

Non sono stati sollevati seri dubbi sulla forza vincolante di tali patti, anche nella parte in cui il loro contenuto è stabilito dall'algoritmo. A mio avviso non c'è bisogno di riconoscere una (limitata) capacità di agire del sistema informatico (71) per fondare la risposta affermativa: sia pure attraverso processi complicati i soggetti giuridici tradizionali (l'impresa o ente

---

venti esterni. La garanzia di buona riuscita dell'affare è data dall'operare di questi moduli contrattuali su sistemi che impiegano la tecnologia *blockchain*».

(66) M.F. TOMMASINI, *Lo* smart contract *e il diritto dei contratti*, cit., p. 839; AMATO, *Il contratto 'su misura'.* Self-driving contracts *e diritto privato della sorveglianza*, cit., p. 265.

(67) Se, per esempio la codificazione o decodificazione incorresse in un errore ostativo, varrebbe l'art. 1433 c.c., salvo valutare in fatto, in rapporto al caso, essenzialità e riconoscibilità.

(68) BIXIO, *Applicazione della* blockchain *nei processi di tracciabilità e certificazione, valutazioni* in itinere, in *Strategia dei dati e intelligenza artificiale*, cit., p. 181, ss.; GENOVESE, *La circolazione dei valori mobiliari su* blockchain, *ivi*, p. 223 ss.

(69) M.F. TOMMASINI, *Lo* smart contract *e il diritto dei contratti*, cit., p. 836.

(70) CASEY e NIBLETT, *Self-Driving Contracts*, cit., p. 100 ss.; nella letteratura italiana AMATO, *Il contratto 'su misura'.* Self-driving contracts *e diritto privato della sorveglianza*, cit., spec. p. 271 ss.

(71) Così invece TEUBNER, *op. cit.*, p. 64.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che predispone il sistema, l'uomo che vi accede) manifestano la volontà dell'*an* e delle condizioni essenziali. La parte stabilita informaticamente è predeterminata dal programma anche se sconosciuta alle parti, che però l'hanno delegata al completamento (72). Ciò consente di imputare il suo output alle parti che utilizzano il sistema.

È discusso se tali contratti algoritmici siano esposti al rischio di risultare invalidi (73). In dottrina si escludono le nullità strutturali (mancanza di accordo, di causa, di oggetto) osservando che in tal caso il contratto non si auto-eseguirebbe (74). E si aggiunge che le cause di annullabilità sono altamente improbabili, salvo forse l'errore (75). Queste osservazioni sono corrette ma qui, realisticamente parlando, il vero problema di validità è la conformità del contratto a norme imperative.

Quanto a questo, a me pare che in pratica tutto dipenda dalla predisposizione del sistema: se questo è implementato con input che comprendono l'intera normativa regolatrice, e i precedenti che ne danno l'applicazione corretta (ciò che oggi i grandi studi legali che concorrono a predisporre il contenuto del programma informatico tendono a fare), la possibilità dell'invalidità si approssima a zero. Ma in tesi nulla esclude il vizio e la possibilità dell'intervento del giudice.

Se così stanno le cose, si può presumere – ma riservata la risposta definitiva al momento in cui la contrattazione a mezzo dell'IA sarà una realtà e offrirà una casistica – che i contratti conclusi a mezzo dell'IA siano uno sviluppo dei casi appena ricordati. E aggiungere che anche le applicazioni dell'IA richiederanno, questo sì, una attenta valutazione dei casi concreti per la loro riconduzione alla disciplina regolatrice, ma non richiederanno nuove regole. Anzi! Sarà utile che siano ricondotte alle regole comuni.

Quel che si richiede è solo un grande lavoro di reinterpretazione della *ratio* di queste per derivarne la regola del caso tenendo conto della sua specialità. Solo se la *ratio* della regola comune sia incongrua è necessario sollecitare nuove regole (76). La novità dei fenomeni spinge molti ad orien-

---

(72) CASEY e NIBLETT, *Self-Driving Contracts*, cit., p. 114.

(73) Per l'affermativa CASEY e NIBLETT, *Self-Driving Contracts*, cit., p. 116 ss., che ammettono mancanza di volontà, errore bilaterale, indeterminatezza. Per la negativa AMATO, *Il contratto 'su misura'*. Self-driving contracts *e diritto privato della sorveglianza*, cit., p. 274 s., che dalla capacità del *self-driving contract* di revisionarsi deriva l'impossibilità di invalidità strutturali come funzionali.

(74) M.F. TOMMASINI, *Lo* smart contract *e il diritto dei contratti*, cit., p. 851.

(75) M.F. TOMMASINI, *Lo* smart contract *e il diritto dei contratti*, cit., loc. ult. cit. È opinione di CASEY e NIBLETT, Self-Driving Contracts, cit., p. 116 che «*courts should be even less willing to interfere when relationships are governed by self-driving contracts*».

(76) Così DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati 'intelligenti'*, in *Riv. dir. civ.*,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tarsi alla novità delle regole, ma è bene che l'apprezzamento del nuovo non diventi nuovismo.

6. – Il problema della responsabilità civile in attività svolte a mezzo dell'IA è probabilmente quello più esplorato. Eppure, allo stato manca una casistica che abbia dato luogo a un contenzioso. Bisogna dunque indagarlo in astratto.

La larga applicazione dell'IA nella contrattazione fa immaginare la possibilità di inadempimenti, di fatto riconducibili al sistema informatico che fa funzionare l'IA. Sussiste responsabilità contrattuale? Secondo quali criteri e quali limiti? Il malfunzionamento o l'esito imprevedibile sono esimenti? E chi è legittimato passivo?

Questo caso è stato considerato dalla dottrina, che ha fornito varie soluzioni.

Una proposta è di assimilare il caso a quello della responsabilità oggettiva ed indiretta dell'utilizzatore per fatto dell'ausiliario (77). In *common Law* si richiama la formula dell'*agency*.

In questa tesi mi pare di vedere un elemento che ha tenuta ed uno che non ne ha. Ha tenuta l'idea che chi sceglie di utilizzare l'IA si accolli i rischi, così come il *dominus* deve assumersi i rischi del fatto dell'ausiliario. Non ne ha l'analogia dell'IA con l'ausiliario o *agent*, perché come già detto

---

2021, p. 823 ss., p. 826; M.F. TOMMASINI, *Lo* smart contract *e il diritto dei contratti*, cit., p. 836.

Prima facie contra AMATO, *Il contratto 'su misura'.* Self-driving contracts *e diritto privato della sorveglianza*, cit., p. 275, ma mi pare di intendere che il suo auspicio di nuove regole sia relativo non alla disciplina di questi contratti ma alla difesa dell'ordinamento dagli squilibri che l'eccesso di potere dei grandi operatori che si servono di sistemi intelligenti determina.

Per la necessità di nuove regole il Parlamento Europeo, Commissione Affari giuridici, *Progetto di relazione con raccomandazioni alla Commissione per la regolazione civile nel campo della robotica*.

Un caso rilevante di nuova regola speciale sembra essere la Section 14 dello Uniform Electronic Transactions Act degli Stati Uniti, per cui «*A contract may be formed by the interaction of electronic agents of the parties, even if no individual was aware of or reviewed the electronic agents' actions or the resulting terms and agreements*». Ma a me pare una norma abbastanza inutile. Il problema qui non è che l'IA sia capace di formulare regole, cosa ormai scontata, ma che esse vincolino certe parti, intese come persone fisiche o giuridiche, specificamente individuate. E di questo la norma non dice nulla, limitandosi a presupporre che il dispositivo elettronico agisca come 'agent', che invece è il punto da chiarire. Punto chiarito in Germania dal *Bundesgerichtshof* (BGH, 16 ottobre 2012, in BGHZ, 195, 126, n. 17) secondo cui «Non il sistema computer, ma la persona (o l'impresa) che lo utilizza come mezzo di comunicazione, emette la dichiarazione o ne è il destinatario».

(77) TEUBNER, *op. cit.*, p. 82 ss.; D'ADDA, *Danni 'da robot' (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile e iniziative di diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 813; FAZIO, *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, cit., p. 188.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

essa è uno strumento (78), non un soggetto (79). C'è poi un ostacolo tecnico: che non è possibile ascrivere all'IA una situazione soggettiva di dolo o colpa (80), se necessari, come secondo una tesi diffusa (81) ma molto contrastata.

Un'altra dottrina, assai elaborata, distinte le obbligazioni tra quelle di mezzi e quelle di risultato, ascrive le obbligazioni adempiute attraverso l'IA a quest'ultima categoria (perché essa consente una piena efficacia dell'attività di adempimento) e ne deriva che il malfunzionamento (che non è materialmente imputabile all'utilizzatore) dovrebbe, come gli errori nell'utilizzo (invece a lui imputabili) ricadere oggettivamente nella sfera di rischio del debitore (82).

L'opinione di chi scrive è un po' diversa.

Sembra un punto sicuro che il debitore non può in alcun modo con il fatto proprio né modificare l'obbligazione né alleggerire la propria responsabilità. Altrettanto sicuro è che il ricorso all'IA sia una scelta, forse consigliabile per maggiore efficienza, probabilmente auspicabile per il progresso tecnologico generale, ma comunque non obbligata (neanche per le obbligazioni da adempiere *on line*).

Ne segue che tale scelta, e le sue conseguenze (per esempio il malfunzionamento dello strumento, o l'esito imprevedibile, e non satisfattivo dell'obbligazione, riconducibile all'autonomia e alle capacità generative del sistema) non possono, in quanto imputabili alla scelta del debitore, costituire per lui un'esimente, perché a lui *imputabili* (che è il dato incontestabile di fondazione della responsabilità, offerto dall'art. 1218 c.c.).

La conclusione è che chi sceglie di utilizzare l'IA se ne assume il rischio, e quindi *il mezzo robotico con le sue vicende è sempre irrilevante ai fini della esclusione della responsabilità*. Perciò, quale che sia la tesi generale (responsabilità solo per colpa/responsabilità per qualunque fatto

---

(78) Così anche PROIETTI, *La responsabilità nell'intelligenza artificiale e nella robotica. Attuali e futuri scenari nella politica del diritto e nella responsabilità contrattuale*, Milano, 2020. p. 178.

(79) Così anche FACCIOLI, *Responsabilità contrattuale e intelligenza artificiale*, in *Jus civile*, 2024, p. 472 ss., p. 474.

(80) È una giusta osservazione di FACCIOLI, *Responsabilità contrattuale e intelligenza artificiale*, cit., loc. ult. cit.

(81) Per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile.* 5, *La responsabilità*, Milano, 2021, p. 11 ss. *Contra* di recente PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 1023 ss.

La controversia sul punto, annosa e assai vessata, non può essere approfondita qui. A chi scrive sembra che il criterio legale, di imputabilità, alluda alla sfera di rischio, e non all'elemento soggettivo.

(82) FACCIOLI, *Responsabilità contrattuale e intelligenza artificiale*, cit., p. 475-484.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

imputabile) il debitore che utilizzando l'IA non ha esattamente adempiuto risponde comunque: sua colpa (se colpa ci vuole) avere scelto quel mezzo rischioso, e sua sfera di rischio (e quindi imputabilità a lui) servirsene (83).

Altra questione è – come l'impianto dell'*AI Act* induce a pensare – se il danneggiato abbia azione anche contro il produttore, il fornitore, l'importatore, il distributore.

La risposta è sicuramente affermativa quando questi non abbiano adempiuto agli obblighi di legge su loro gravanti, verosimilmente negativa quando da parte loro ci sia stata adeguata prevenzione del rischio, e l'evento che pregiudica l'adempimento sia quindi esclusivamente riconducibile all'utilizzatore, che scegliendo di servirsi del sistema quel rischio si è assunto.

Regola analoga dovrebbe governare la possibile azione di rivalsa dell'utilizzatore, chiamato a rispondere, sui soggetti anzidetti.

7. – L'altro campo nel quale l'uso dell'IA può essere foriero di danni è quello della responsabilità aquiliana.

Allo stato, in mancanza di casistica, non è molto chiaro come l'utilizzo di sistemi intelligenti possa recare danno a terzi (84). Ma si può facilmente immaginare che il sistema, per malfunzionamento, o per funzionamento imprevedibile, produca un esito che nuoce. In casi del genere, considerate le regole che governano la responsabilità aquiliana, si profilano molti problemi: come configurare dolo o colpa? l'IA è un ausiliario? è cosa in custodia? usarla è attività pericolosa? e chi è il legittimato passivo? e quale il regime della prova?

Il primo problema è il modello di responsabilità.

Anche per questo caso vi è in dottrina chi propone la formula della 'responsabilità vicaria', ossia dell'ausiliario: insomma la *ratio* dell'art. 2049 c.c. (85). Ho già detto le mie obiezioni. A parte l'ingenuità di erigere a

---

(83) Può essere utile osservare che la responsabilità del debitore che usa l'IA per il fatto di questa è la tesi prevalente in dottrina, e quindi l'idea espressa nel testo – che vi coincide – differisce solo nella costruzione.

Il diritto europeo, però, sembra avviarsi per altra via: *amplius infra*, nei par. 6.1.3, 6.1.4.

(84) Un settore nel quale non è difficile immaginare che l'utilizzazione di sistemi di IA possa arrecare danni è quello della giustizia predittiva (su cui v. i saggi raccolti in *Giocare con altri dadi. Giustizia e predittività dell'algoritmo*, a cura di Mastroiacovo, Torino, 2024).

Di ciò si preoccupa il disegno di legge italiano in discussione al senato disponendo che l'utilizzo dell'IA nell'attività giurisdizionale possa essere solo in funzione ausiliaria e non decisionale.

(85) Così MONTEROSSI, *Il risarcimento del danno da intelligenza artificiale nello spettro della responsabilità 'vicaria'*, in *Jus civile*, 2024, p. 175 ss., spec. p. 177, p. 192 ss. Ricordo qui che l'idea iniziale è di TEUBNER, *op. cit.*, p. 83 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

soggetto un *software* che *sembra* pensare e agire, l'art. 2049 cit. è inutile: esso accolla al *dominus* una responsabilità oggettiva sulla quale nel caso di uso dell'IA non ci sono molti dubbi, ma richiede all'ausiliario colpa o dolo, che però sono inconcepibili per il sistema di IA. Sicché invocare l'art. 2049 non serve a niente. Ed è fuori fuoco: il problema *non* è riferire all'uomo l'operato del sistema informatico, questo va da sé, ma stabilire se l'operato dannoso dell'IA derivante da malfunzionamento o da decisioni impreviste del sistema, escluda la colpevolezza. E anche a questo l'art. 2049 non serve.

Una diversa idea è di richiamare l'art. 2051 c.c. per applicare al caso il principio della responsabilità dell'utilizzatore per il sistema di IA che egli ha 'in custodia', salvo che esso produca danno 'per caso fortuito'.

Si vede subito che la regola è inappropriata al caso: l'IA non sfugge di mano per far danni (come di norma nella fattispecie regolata dall'art. 2051), ma li produce se nell'uso si rivela malfunzionante o troppo autonoma.

Insomma: non è la 'custodia' che caratterizza il caso. Mi pare dunque che la fattispecie qui in esame non rientri a ben vedere nella regola considerata.

Considerando l'*AI Act*, con il suo presupposto del rischio della maggior parte di questi sistemi, si può proporre, almeno per le attività dannose esercitate tramite sistemi ad alto rischio, l'applicazione dell'art. 2050 c.c. sull'esercizio di attività pericolose.

Ne seguirebbe che i danni prodotti utilizzando sistemi di IA ad alto rischio sarebbero risarcibili solo se non si provi che sono state adottate tutte le misure idonee ad evitare il danno. E ciò sarebbe provato tutte le volte che il sistema risulti pienamente conforme, avendo produttore, importatore, distributore, fornitore e *deployer* adempiuto tutti gli obblighi imposti dalla legge.

Come tra poco anche meglio vedremo, parlando della proposta di direttiva sulla responsabilità, il diritto europeo sembra dirigersi in questa direzione. Ma già stando all'*AI Act* si profila la tesi che quando il sistema è 'conforme' produttore, importatore, distributore, fornitore possono opporre di andare esenti da responsabilità, avendo fatto tutto ciò che può loro richiedersi. E l'utilizzatore a sua volta se ha seguito le istruzioni può eccepire di non aver colpa e quindi non essere responsabile.

Sarebbe però erroneo ritenere che in questi casi (sistema 'conforme', utilizzazione anch'essa conforme) non ci sia rischio: lo stesso *AI Act* lo conferma dove per esempio prevede per i sistemi ad alto rischio un sistema di gestione finalizzato a individuare rischi ulteriori (86), o dove prevede che possano essere sollecitate ai fornitori misure di attenuazione di rischi si-

(86) Cfr. l'art. 9, comma 2, lett. *b)*, *c)*, *d)*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stemici ulteriori (87), e simili. Ma il *favor* per la diffusione dell'IA indurrebbe a trovare un limite per la responsabilità di chi la fornisce e utilizza. Il danno da rischio imprevedibile e imprevisto verificatosi nonostante l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici di prevenzione ricadrebbe allora sul terzo come caso fortuito.

Un tale esito mi pare però estremamente iniquo. Evidentemente, il diritto europeo *in fieri* per ragioni di sviluppo del mercato non vuole scoraggiare i possibili utenti dal fare ricorso all'IA. E così li assolve da responsabilità se hanno rispettato tutti gli obblighi di prevenzione imposti dalla legge. Ma questo in pratica significa scaricare sui terzi innocenti i limiti del sistema di prevenzione. Pare a me che i rischi che non si sono potuti neutralizzare, ove si verifichino, debbano ricadere su chi trae vantaggio dall'uso dell'IA, da lui liberamente scelta: *cuius commoda eius et incommoda*. Il terzo non deve essere esposto a rischi che dipendono da una scelta altrui. Nello stesso senso cospira l'indicazione dell'analisi economica del diritto: il rischio, e la responsabilità, dovrebbero ricadere su chi meglio è in grado di sopportarli (88), e quindi su chi produce o usa sistemi di IA. Vale poi l'osservazione che il rischio di risarcimenti da malfunzionamento o imprevedibilità è un incentivo a perfezionare ed usare con criterio i sistemi di IA, mentre l'esimente è un disincentivo.

Perciò mi chiedo: perché mai i costi del progresso tecnologico dovrebbero gravare su chi non ne coglie i profitti? Privatizzazione dei guadagni e socializzazione delle perdite?

Per questo osservo che la linea legislativa *in fieri* non mi pare coerente con i principi fondamentali vigenti negli stati membri dell'Unione (89), auspico che sia ripensata, e ricordo che comunque l'*AI Act* legittima gli Stati a praticare regimi più restrittivi e garantisti.

In conclusione, sul punto: a me sembra che costituisca 'colpa' aver scelto di utilizzare un sistema di IA, quantunque conforme, con i rischi impliciti, anche imprevisti ed imprevedibili, quando questo si comporti, anche non per fatto dell'utilizzatore (che invece sia il fatto dell'utilizzatore

---

(87) Cfr. l'art. 93, comma 1, lett. *b)*.

(88) P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965; CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 2015 (rist. 1975).

(89) E forse nemmeno con gli indirizzi di politica legislativa europea: l'art. 9 della Convenzione Quadro del Consiglio d'Europa prevede che «*Each Party shall adopt or maintain measures to ensure accountability and responsibility for adverse impact on human rights, democracy, and the rule of law resulting from activities within the lifecycle of artificial intelligence systems*».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la causa del danno non crea problemi costruttivi della fattispecie di illecito dannoso) in modo da produrre danno a terzi.

Do atto però che questa regola è più severa di quella che sembra sottesa all'evoluzione del diritto europeo sul punto, come si evince ora dalla proposta di direttiva sulla responsabilità da IA. Secondo la quale c'è colpa solo se non è stato rispettato l'obbligo di utilizzare il sistema in conformità alle istruzioni per l'uso, o se non è stato rispettato l'obbligo di monitorare il funzionamento del sistema e nel caso sospenderne l'uso, o se il sistema è stato esposto a dati di input non pertinenti (90).

Si tratta ora di chiedersi: chi è il legittimato passivo?

Che lo sia l'utilizzatore mi pare pacifico: sua è la scelta e con essa i rischi sottesi al sistema, sua l'attività dannosa, ancorché potenziata dal sistema, e dunque sua la responsabilità.

Ma ovviare ai rischi che l'uso da parte di un utente ha fatto avverare è, in base all'*AI Act*, dovere del produttore, dell'importatore, del distributore, oltre che del *deployer*, sia pure in vario modo.

Ne segue la loro corresponsabilità; del resto, è coerente con i principi della normativa sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi che il danneggiato possa convenirli (91).

E ne segue che l'utilizzatore reso responsabile da un malfunzionamento o esito imprevedibile dannoso del sistema possa chiamarli in via di rivalsa, perché se è vero che egli si è accollato il rischio, è altrettanto vero che ha fidato con ragione sulla loro efficiente attività di prevenzione.

Il tema della prova è oggetto della proposta di direttiva già all'inizio e ora di nuovo citata (92).

Suo presupposto è la difficoltà per il danneggiato di fornire la prova che un sistema di IA ad alto rischio abbia prodotto il danno. Di qui la regola che, purché egli offra indici sufficienti a sostenere plausibilmente la sua potenziale o attuale domanda di danni, egli può ottenere da un giudice l'ordine al fornitore e/o all'utente di divulgare gli elementi di prova pertinenti di cui dispongono.

---

(90) Cfr. l'art. 4, par. 3, della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale), 28 settembre 2022, COM (2022) 496 final.

(91) Si veda l'art. 12 della Proposta di direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, che abroga la direttiva 85/374/CEE, da ultimo approvata dal Consiglio UE il 25 settembre 2024.

(92) V. di nuovo la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale, 28 settembre 2022, cit. *supra*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il rifiuto legittima la presunzione di causalità.

8. – Chi esamini criticamente la progressiva formazione del diritto dell'IA, in parte attraverso la legislazione che si va formando, in parte attraverso l'elaborazione dai principi consolidati di regole del caso, constata tensione. La legislazione vuol essere incentivante. La tradizione giuridica cautelativa.

La legislazione vuol essere incentivante. Certo, l'approccio europeo non è liberista come quello statunitense. E questo può moderare l'incentivo allo sviluppo. Ma è facile immaginare che quando con la diffusione dell'IA si incrementeranno le criticità anche il *common Law* dovrà escogitare cautele e rimedi. Come già fa la regolazione europea, puntando però molto sulla prevenzione. Saggia politica, ma una risposta sulla disciplina va trovata. Se ne incarica per ora l'argomentazione a partire dai principi comuni.

La tradizione giuridica vuol essere cautelativa. E se le mie considerazioni non sono sbagliate la linea generale che ne risulta è che la libera scelta di agire (nella creazione intellettuale, nella contrattazione, nella possibile produzione di inadempimenti e danni, o altrove) è regolata da questo costante principio: che con il ricorso all'IA l'utilizzatore si assume le conseguenze di quanto, anche imprevedibilmente ed *extra voluntatem*, il sistema fa, si tratti di creare opere di ingegno, di accollarsi impegni contrattuali, o di sentire la responsabilità di illeciti contrattuali ed extracontrattuali.

Di qui tensione tra la politica legislativa e la tecnica giuridica.

Ciò è specchio del fenomeno regolato, in cui concorrono grandi vantaggi e grandi svantaggi: ho detto in apertura degli enormi vantaggi economico-sociali che la diffusione dell'IA potrebbe produrre. Dico ora degli svantaggi. Secondo il *World Economic Forum*, dal 2024 al 2029 l'intelligenza artificiale generativa comporterà la perdita di 14 milioni di posti di lavoro. Secondo *Goldman Sachs*, i progressi dell'intelligenza artificiale raggiunti al 2023 consentirebbero di automatizzare 300 milioni di posti di lavoro a tempo pieno, con ovvia eliminazione degli addetti. È stato calcolato che il consumo energetico dell'IA da oggi al 2030 raggiungerà dal 4,4 al 9,1% del consumo energetico mondiale, e che impegnerà quote imponenti e crescenti di una risorsa in crisi come l'acqua, con ovvi danni per la sostenibilità. Per non parlare dei danni che inevitabilmente una tecnologia ad alto rischio produrrà.

Non stupisce perciò che accanto a norme e progetti incentivanti stiano interpretazioni e altri progetti cautelativi. Basta leggere il disegno di legge italiano per constatare che esso si preoccupa di vietare molti degli usi (per

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dire: l'IA come medico, come sorvegliante del lavoro, come avvocato, come giudice, e simili) che invece una certa retorica esalta come il futuro inevitabile e desiderabile.

I giuristi potrebbero preoccuparsi in particolare. Sembra infatti che in un mestiere di parole, informazioni e ragionamenti l'IA sia vocata a sostituirli in tutto e in meglio.

Non lo auspico. E forse nemmeno lo temo. A me pare che il mestiere dei giuristi richieda anche qualcosa che per ora e per il prossimo futuro l'IA non potrà dare. Per esempio, saper complicare le cose semplici (93).

(93) Debbo al lettore una informazione: lo scritto che precede è, nel bene o nel male, mio. L'osservazione che lo conclude è dell'intelligenza artificiale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Fabio Bravo

INTELLIGENZA ARTIFICIALE, AUTONOMIA CONTRATTUALE E MECCANISMI DI CONTROLLO

Sommario: 1. Ambito ed obiettivo del discorso. – 2. Definizione di sistema di IA, negazione della soggettività e ruolo dell'«autonomia» nello svolgimento dell'attività contrattuale automatizzata. – 3. Sulla inadeguatezza e sull'inefficienza delle tesi in tema di soggettività dei sistemi di IA. – 4. Autonomia decisionale del sistema di IA per impieghi contrattuali e sussistenza dell'accordo. Il ruolo della volontà e l'attuazione dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c. – 5. Imputabilità del contratto concluso tramite sistemi di IA. Non ricorribilità all'istituto della rappresentanza. – 6. Il problema dell'imputabilità di fronte ai principi di spinta "centripeta" e di spinta "centrifuga" rispetto alla vicenda contrattuale. – 7. Il sistema di IA quale fonte di integrazione della volontà contrattuale. – 8. Meccanismi di controllo *ex post* dell'autonomia contrattuale: l'introduzione di un'applicazione generalizzata del diritto di recesso *ad nutum* nei fenomeni di contrattazione tramite sistemi di IA. – 9. Contrattazione tramite sistemi di IA e Regolamento europeo sull'IA (*AI Act*). Ancora sui meccanismi di controllo, tecnologici e giuridici, dell'attività contrattuale.

1. – Gli studi sul rapporto tra intelligenza artificiale e contratto [1] richiedono una rinnovata attenzione, sia per i più recenti sviluppi tecno-

[1] Proprio sul rapporto tra intelligenza artificiale e contratto si veda, tra i lavori monografici, Bravo, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Miano, 2007. Si vedano anche i saggi di Nervi, *L'impiego del computer nel procedimento di formazione del contratto*, in *Il contratto telematico*, a cura di Ricciuto e Zorzi, Padova, 2002, p. 111 ss.; Finocchiaro, *La conclusione del contratto telematico mediante i "software agents": un falso problema giuridico?*, in *questa rivista*, 2002, 2, p. 500 ss.; Bravo, *Agenti software, protezione dei dati personali ed attività negoziale*, in *Nuova giur. civ.*, 2004, 1, II, pp. 201 ss.; Bravo, *Problemi di diritto contrattuale ed esemplificazioni nella distribuzione* on line *di opere digitali mediante sistemi automatici per la negoziazione dei diritti (DRM)*, in *Vita not.*, 2006, 3, p. 1527-1550; Bravo, *DRM, contrattazione telematica e contrattazione mediante agenti* software *nella distribuzione B2C*, in *La gestione e la negoziazione automatica dei diritti sulle opere dell'ingegno digitali: aspetti giuridici e informatici*, a cura di Bisi e Di Cocco, Bologna, 2006, pp. 73-170; Bravo, *L'utilizzo degli agenti* software *per l'attività negoziale. Connessioni tra diritto contrattuale e diritto alla protezione dei dati personali*, in *Agenti* software *e commercio elettronico: profili giuridici, tecnologici e psico-sociale*, a cura di Sartor, Cevenini e Quadri di Cardano, Bologna, 2006, vol. II, pp. 677-724; Bravo, *Contratto cibernetico*, in *Dir. inf.,* 2011, 2, pp. 169-211. Più recentemente, Finocchiaro, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 2, p. 441 ss.; Di Giovanni, *Attività contrattuale e intelligenza artificiale*, in *Giur. it.*, 2019, p 1683 ss.; A.M. Benedetti, *Contratto, algoritmo e diritto civile transnazionale*: *cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 411 ss.;

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

logici registratisi in materia, sia per le importanti decisioni prese in seno all'UE, nel percorso volto a regolamentare il settore in una prospettiva antropocentrica (2).

Con le riflessioni che si consegnano al presente scritto ci si propone di indagare, in particolare, la connessione tra *intelligenza artificiale* e *autonomia contrattuale*, prestando attenzione al versante della formazione dell'accordo, dell'imputabilità del contratto e dei suoi effetti giuridici, qualora si ricorra a strumenti di IA per la conclusione del contratto. All'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale (IA Act) c'è da chiedersi se siano sufficienti gli strumenti giuridici attualmente disponibili per disciplinare il fenomeno contrattuale generato dall'uso di IA o se occorra percorrere ulteriori soluzioni *de iure condendo*.

2. – Il discorso non può non partire dal richiamo alla definizione di «sistema di IA» (Intelligenza Artificiale), che il legislatore europeo, sul solco di indicazioni fornite dalla dottrina, ha racchiuso nell'art. 3, par. 1, n. 1, dell'AI Act, ove si trova precisato che il medesimo debba essere inteso come «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'*input* che riceve come generare *output* quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali».

Siamo dunque in presenza di un sistema informatico, capace di funzionare in maniera automatizzata ed autonoma rispetto al suo utilizzatore,

---

POLETTI, *L'intelligenza artificiale e le prove di resistenza delle regole contrattuali*, in *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, a cura di Ruffolo, Torino, 2021, p. 193 ss.; BRAVO, *Esplorando le implicazioni giuridiche dell'Intelligenza Artificiale nei contratti*, in *DiMT – Diritto Mercato Tecnologia*, 9 marzo 2024, disponibile *online* all'indirizzo https://www.dimt.it/news/esplorando-le-implicazioni-giuridiche-dellintelligenza-artificiale-nei-contratti-una-conversazione-con-il-prof-fabio-bravo/. Si veda anche RUFFOLO e AMIDEI, *Dirito dell'Intelligenza Artificiale*, Roma, 2024, I, p. 227 ss.

(2) Tale prospettiva è ribadita chiaramente anche nel recente regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (*AI Act*), Reg. (UE) 2024/1689, ad es. nel *considerando* n. 1, ove si chiarisce che l'«Unione, promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile», nel *considerando* n. 6, ove si trova precisato che «l'IA dovrebbe essere una tecnologia antropocentrica. Dovrebbe fungere da strumento per le persone, con il fine ultimo di migliorare il benessere degli esseri umani», in altri considerando e, ancora, nell'art. 1, nel quale si chiarisce che lo scopo del regolamento è quello di «migliorare il funzionamento del mercato interno e promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione, e promuovendo l'innovazione».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

seppur con gradi di autonomia variabile, per raggiungere obiettivi determinati, fissati non solo esplicitamente, ma anche implicitamente, attraverso peculiari soluzioni tecnologiche (*machine learning*; sistemi esperti con basi di conoscenze e motori inferenziali; modelli di funzionamento basati su logiche probabilistiche, statistiche ed euristiche; etc.), capace di generare *output* quali previsioni, raccomandazioni o *decisioni*, che influenzano gli ambienti fisici o virtuali.

Ai fini di quanto maggiormente rileva in questo percorso di riflessione, occorre prendere in considerazione – *in primis* – la capacità del sistema di IA di adottare, in *autonomia* rispetto al proprio utilizzatore, le decisioni rilevanti ai fini della conclusione del contratto. Occorre chiedersi: quale rapporto sussiste tra l'autonomia decisionale del sistema artificialmente intelligente, nel concretizzare la fattispecie contrattuale, e l'autonomia contrattuale del suo utilizzatore? V'è un arretramento della volontà dell'uomo che si avvale del sistema di IA per fini negoziali, tanto da mettere in dubbio l'esistenza stessa del contratto quale accordo che nasce dallo scambio dei consensi? Qual è il ruolo del sistema di IA nella vicenda contrattuale? Quali meccanismi possono essere utilizzati per restituire centralità all'autonomia dell'uomo di fronte all'agire autonomo della macchina nell'ambito dei fenomeni contrattuali?

3. – Nel contesto tecnologico che si intende considerare, il perfezionamento del contratto si ha, dunque, ad opera dal sistema di IA, in favore del proprio utilizzatore, che intende avvalersi del sistema medesimo per fini contrattuali e far propri gli effetti giuridici che ne conseguano.

Per una corretta applicazione degli istituti contrattuali occorre procedere per gradi. Si pongono qui diversi problemi giuridici, su cui la dottrina si è interrogata da tempo, a cui, con il nuovo assetto normativo, se ne aggiungono di nuovi.

Il primo di essi, che riveste un'importanza cruciale anche sul fronte contrattuale, riguarda la pretesa soggettività del sistema di IA, prospettata da alcuni studiosi come possibile soluzione *de iure condendo*. L'argomento, che si arricchisce di affascinanti rivisitazioni storiche di istituti del diritto romano – con riferimento, segnatamente, alla parziale capacità giuridica del *servus* che, quale institore dotato di *peculium* preposto allo svolgimento di affari, era abilitato al compimento di atti giuridici per conto del *dominus* (3) – è tornato in auge a seguito delle Raccomandazioni del Parlamento

(3) Cfr. SARTOR, *Gli agenti* software*: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *questa rivista*, 2002, 2, p. 492.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

europeo sulle norme di diritto civile in materia di robotica e intelligenza artificiale del 2017, ove espressamente si invitava la Commissione europea a considerare, tra le diverse soluzioni percorribili nell'approntare una disciplina giuridica in materia, anche la soggettività dei sistemi di IA (4).

La soluzione, non più caldeggiata nei successivi documenti del Parlamento europeo, ha tuttavia incoraggiato tesi dottrinali volte ad esplorare la percorribilità di una "personalità elettronica" attribuibile allo strumento tecnologico di Intelligenza Artificiale, che però, sinceramente, oltre ad approdare ad esiti tutt'altro che auspicabili, non paiono neanche fondatamente percorribili, né tecnicamente prospettabili nel nostro sistema giuridico, per le seguenti considerazioni:

(i) in primo luogo, va considerato che l'individuazione di una soggettività giuridica presuppone, a propria volta, l'individuazione di un centro di imputazione di interessi, a cui poter riferire situazioni giuridiche soggettive attive e passive (5). Non basta dunque soffermarsi sull'idea – per quanto suggestiva possa apparire – che l'introduzione di una soggettività giuridica *ad hoc* possa essere una soluzione in qualche modo tecnicamente utile per costruire un ragionamento giuridico e per applicare istituti collaudati nella prassi (come, ad esempio, le norme sulla rappresentanza, nel caso in cui l'utilizzatore umano si avvalga di un "assistente" automatico, dotato di intelligenza artificiale, per porre in essere l'attività contrattuale). Prima ancora della bontà o dell'utilità della soluzione tecnica in sé, occorre domandarsi quali siano i presupposti e le conseguenze giuridiche del ricorso ad una soggettività artificiale, con considerazioni da collocare sia sul piano dei principi e dei valori che animano l'ordinamento, sia sul piano sistematico, per le implicazioni che tali scelte comportano. Quanto ai

---

(4) Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)), Bruxelles, 2018 (in G.U.U.E., C 252, del 18 luglio 2018, p. 239 ss.), punto n. 59, lett. *f)*, con il quale il Parlamento europeo ha invitato «la Commissione a esplorare, esaminare e valutare, nell'ambito della valutazione d'impatto del suo futuro strumento legislativo, le implicazioni di tutte le soluzioni giuridiche possibili, tra cui: (…) l'istituzione di uno *status* giuridico specifico per i *robot* nel lungo termine, di modo che almeno i *robot* autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei *robot* che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi».

(5) Che l'attribuzione della soggettività implichi l'individuazione di un centro di imputazione di interessi è corollario che si ricava dalla nozione stessa di soggetto giuridico, su cui v. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit.., vol. 1, p. 201, 227, 230 ss. Per un'analisi delle implicazioni in materia di IA si veda, segnatamente, ZORZI GALGANO, *Premessa*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di Alpa, Pisa, 2020, p. 15 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

presupposti, non mi pare si possa individuare in una "*res*", ancorché artificialmente intelligente, un autonomo centro di imputazione di interesse, richiesto per l'individuazione di una soggettività giuridica (6); quanto alle conseguenze giuridiche, la soluzione appare altrettanto improponibile per le implicazioni che tale soggettività avrebbe, finendo, da un lato, per costituire il presupposto per l'individuazione di diritti e doveri riferibili alla *res*, anziché all'individuo, e, dall'altro lato, come strumento giuridico per arginare possibili responsabilità, in un settore connotato da rischi elevati, per i quali non possono essere create zone di esenzione (7). Quando l'ordinamento giuridico, con l'uso di metafore, ha introdotto il concetto di persona giuridica, accanto a quello di persona fisica, ha operato una semplificazione del linguaggio giuridico, per introdurre regole di eccezione rispetto al diritto comune, ma pur sempre riferibili, al di fuori della metafora, agli individui persone fisiche che compongono gli enti superindividuali a cui il concetto di persona giuridica formalmente rimanda (8). Nel caso della soggettività "artificialmente" riferita alla persona giuridica, dunque, il diritto crea centri di imputazioni di interesse che sono pur sempre riconducibili ad esseri umani, ancorché organizzati in forma di enti, di qui l'ammissibilità in punto di sistema. Fuoriesce invece dal sistema – e dai principi fondamentali che ne sono a fondamento – una soluzione in cui si prospetti di generare soggettività artificiali che intendano creare centri di imputazioni di interesse artificiosamente riferibili a delle *res*, anche se l'attività posta in essere possa apparire come se fosse compiuta dall'uomo;

(ii) in secondo luogo, un ulteriore ostacolo all'attribuzione di una qualche soggettività giuridica al sistema di intelligenza artificiale deriva proprio dalle scelte declinate costantemente dalle istituzioni europee, quale tratto distintivo dell'ordinamento unionale rispetto ad altri ordinamenti giuridici concorrenti: quello dell'UE è un sistema giuridico che, in materia di intelligenza artificiale, segue l'approccio marcatamente *antropocentrico*,

---

(6) Sull'inaccettabilità delle tesi soggettivistiche e sulla riconducibilità al mondo delle *res* dei programmi di intelligenza artificiale, quali "prodotti" tecnologici, si v. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, cit., *passim*, e BRAVO, *Contratto cibernetico*, cit., p. 172 ss. Nella medesima direzione, con riguardo al tema della soggettività, v. ZORZI GALGANO, *Premessa*, cit., p. 15 ss.

(7) Cfr. riferimenti in nota precedente.

(8) Per l'uso delle metafore nel linguaggio giuridico e, in particolare, con riferimento proprio alla nozione di personalità giuridica, si vedano le magistrali pagine di GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010. Si veda altresì, con specifico riguardo al tema della soggettività giuridica dei sistemi di IA, ancora una volta ZORZI GALGANO, *Premessa*, cit., p. 15 ss. e, con riguardo all'IA in generale, FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024, p. 21-27.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

il che esclude qualsiasi tentativo di "antropomorfizzazione" giuridica della macchina intelligente, che deve rimanere *res*, per restituire centralità all'individuo, quale appartenente al genere umano (9). È questo un baluardo insopprimibile dell'ordinamento europeo, collocabile nell'ambito del principio di dignità, quale ridelineato nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in cui alla *tutela individuale* dell'uomo si affianca la *tutela dell'umanità* contro i tentativi di erosione posti in essere dal progresso tecnologico (10);

(iii) in terzo luogo, il riconoscimento di una soggettività giuridica in favore dei sistemi di IA appare totalmente inopportuna, per il rischio di introduzione di sistemi lenitivi di responsabilità in una materia in cui, invero, occorre elevare significativamente la soglia di attenzione verso adeguati meccanismi di tutela per l'individuo, che deve essere quanto più elevata possibile;

(iv) in quarto luogo, calando il discorso nell'ambito del diritto contrattuale, l'individuazione di strade applicative che, *de iure condendo* o *de iure condito*, mirino a utilizzare concetti che facciano leva su una pretesa soggettività giuridica della macchina, artificialmente pensante e agente in maniera autonoma, non appaiono fondati né auspicabili, neanche ove, *de iure condito*, si volesse ricorrere ad interpretazioni, in via diretta o analogica, di istituti collaudati in ambio contrattuale, come ad esempio quello della rappresentanza. Come si avrà modo di chiarire nel prosieguo, si tratterebbe di scorciatoie giuridiche che danno esiti tutt'altro che ottimali e che dovrebbero lasciare il campo a soluzioni giuridiche alternative, aventi il pregio di una maggiore efficienza sul piano applicativo ed un maggior radicamento sia rispetto ai principi posti a base del nostro ordinamento giuridico, nazionale ed europeo, sia rispetto a considerazioni di ordine sistematico (11).

---

(9) In questo senso si veda chiaramente, ad es., il *considerando* n. 1 dell'*IA Act*, ove viene ribadito che lo scopo del predetto regolamento è, tra l'altro, quello di «(…) promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) *antropocentrica* e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei *diritti fondamentali* sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (…), compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente (…)».

(10) Si pensi, ad esempio, al Capo I (*Dignità*) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nel quale, all'art. 3, rubricato «*Diritto all'integrità della persona*», il principio di dignità viene declinato non solo con riguardo alla prerogativa della tutela individuale, bensì anche nella prospettiva di tutela del genere umano, contro i rischi di clonazione riproduttiva di esseri umani e quelli relativi a pratiche eugenetiche, aventi come scopo la selezione delle persone, entrambi espressamente vietate a tutela più dell'*umanità* in sé, nelle sue caratteristiche distintive, che non della *persona umana* individualmente considerata.

(11) Si veda quanto illustrato nel prosieguo.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sono dunque da preferire soluzioni che pongano al centro dell'attività contrattuale l'essere umano, che, nel nuovo contesto tecnologico, sceglie di avvalersi, per lo svolgimento dell'attività contrattuale, di sistemi di IA, incontrati come strumenti per il perseguimento dei propri interessi.

4. – Abbandonata la strada suggestiva della personalità artificiale, dobbiamo chiederci se l'attività contrattuale posta in essere tramite un sistema di IA, dotato, per definizione, di *autonomia* rispetto al suo utilizzatore e di *capacità decisionale*, sia da considerare ancora quale fenomeno rientrante pur sempre nella fattispecie del contratto o se siamo invece nell'area degli "scambi senza accordo", per utilizzare l'espressione riferita in tutt'altro contesto tecnologico nel provocatorio saggio di Natalino Irti (12), che ora, di fronte ai sistemi di IA, torna ad acquisire un rinnovato significato, seppur in ben altro scenario di riferimento (13). In altre parole, l'autonomia di cui gode il sistema di IA nella formazione del contratto sostituisce ed esclude in qualche modo l'autonomia contrattuale dell'uomo che utilizza l'IA per finalità contrattuali? Si arriva a travolgere, sul piano ontologico, l'essenza stessa del contratto, che vede nell'accordo il suo tratto connotante?

La soluzione più corretta a tali interrogativi è quella che ribadisce la natura contrattuale dell'attività svolta dal (*rectius*, tramite il) sistema di IA, valorizzando la volontà dell'uomo di servirsene per la formazione del contratto e di voler far propri i suoi effetti. La volontà riconducibile all'uomo arretra ma non scompare nelle fattispecie in cui i contratti vengono conclusi tramite sistemi di IA, ma agisce in modo del tutto peculiare: sussiste come volontà di ricorrere allo strumento informatico per la formazione dell'accordo e, dunque, per determinare se concludere il contratto, con chi concludere il contratto e con quali contenuti; sussiste poi come volontà di far propri gli effetti giuridici che derivano dal contratto formato tramite il sistema di IA. Tanto basta per ravvisare gli estremi di quella volontà che, insieme a quella della controparte, concorre alla formazione dell'accordo e, dunque, per attrarre la fattispecie perfezionativa nell'alveo del contratto. Qui, dunque, la volontà arretra, ma non svanisce, nella vicenda giuridico-economica che interessa la formazione del contratto, a tal punto da permettere di ravvisare gli estremi per il raggiungimento

(12) Il riferimento è a N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.

(13) Se, di fronte all'uso dell'IA per impieghi contrattuali siamo di fronte a "scambi senza accordo", è problema già analizzato, con risposta negativa, in BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, cit., p. 235 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dell'accordo, quale requisito essenziale di cui all'art. 1325, comma 1, n. 1, c.c.

Ciò consente dunque di utilizzare gli istituti del diritto contrattuale, che ovviamente vanno reinterpretati ai fini dell'applicazione alla fattispecie che stiamo considerando, connotata dell'utilizzo di sistemi di IA nella formazione dell'accordo. In altre parole, l'*autonomia operativa* del sistema di intelligenza artificiale usata per il raggiungimento di obiettivi negoziali, fino al raggiungimento della decisione in ordine alla conclusione del contratto, appare compatibile con l'*autonomia contrattuale* di chi si avvale del sistema artificialmente intelligente per le proprie esigenze contrattuali (14).

Il riscorso a sistemi di IA per la formazione del contratto, dunque, può essere ricondotto all'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., ove la libertà di concludere il contratto e di determinarne i contenuti include anche la libertà di avvalersi del mezzo tecnologico per attuare tale libertà, giungendo – suo tramite – alla formazione del contratto e alla determinazione dei suoi elementi. Il sistema di IA impiegato per finalità contrattuali diventa, quindi, strumento di attuazione dell'autonomia contrattuale del soggetto che se ne serve a proprio vantaggio, per la formazione dell'accordo.

5. – Nell'applicare gli istituti di diritto contrattuale, la prima tentazione che l'interprete ha è quella di ricorrere all'istituto della rappresentanza, anche solo in via analogica, per giustificare l'imputazione della dichiarazione al soggetto che si avvale del sistema di IA per la formazione dell'accordo e, dunque, per ricondurre a questi gli affetti giuridici del contratto prodotti mediante il ricorso allo strumento tecnologico capace di attività autonoma in favore del proprio utilizzatore (15).

---

(14) Si tratta di due accezioni di autonomia completamente diverse: nel primo caso (*autonomia operativa* del sistema di IA) si fa riferimento alla capacità di azione autonoma della macchina, che è concetto pregiuridico; nel secondo caso (*autonomia contrattuale* dell'utilizzatore) si fa riferimento al concetto prettamente giuridico di autonomia contrattuale, che include quello di "*autopoiesi normativa*", sicuramente estraneo alla precedente accezione.

(15) La tesi dell'applicazione analogica, seppur *cum grano salis*, dell'istituto giuridico della rappresentanza alle tecnologie di intelligenza artificiale (tempo addietro comunemente definite "cibernetiche" o relative ad "agenti *software*") è stata prospettata nel secolo scorso da BORRUSO, *Computer e diritto, II. Problemi giuridici dell'informatica*, Milano, 1988, p. 261. Successivamente tale tesi è stata ripresa, fino anche ad interrogarsi se non sia da riconoscere, eventualmente de *jure condendo*, pur anche senza attribuzione di una vera e propria personalità giuridica, una soggettività all'agente cibernetico. È questo uno dei punti principali su cui si è instaurata la discussione, di opposte vedute, tra SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, cit., p. 466 ss. e FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telema-*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In tal senso, il sistema di intelligenza artificiale, soggettivizzato in qualche modo nella vicenda contrattuale, assumerebbe il ruolo tecnico che spetta al rappresentante, ponendo in essere, con una certa autonomia, un'attività per conto dell'utilizzatore umano. Quest'ultimo finirebbe per essere assimilato al rappresentato, in quanto unico destinatario degli effetti giuridici che sorgono dall'accordo e, dunque, parte sostanziale del contratto. In questo senso, in ambito informatico tali tecnologie vengono solitamente indicate con espressioni come "*assistenti virtuali*", "*software agent*" (o *agenti software*) o "*agenti cibernetici*", in quanto mirano a replicare elettronicamente l'attività umana, che affideremmo ad altri [16].

Si tratta però di soluzione interpretativa che, sul versante giuridico, non soddisfa affatto.

Per un verso richiederebbe l'applicazione della disciplina sulla rappresentanza in via analogica, ma manca il sostrato minimo per poter ritenere la fattispecie "analoga": l'elemento minimo dell'*alterità soggettiva*, che nel caso di contratti conclusi con strumenti di intelligenza artificiale manca del tutto. Più che ad un'*analogia*, in realtà ci troviamo di fronte ad una *metafora*, che è tutt'altra cosa. Va considerato che siamo pur sempre nel mondo delle *res*, al cospetto di vicende in cui un soggetto utilizza uno

---

tico mediante i «software agents»: un falso problema giuridico?, cit., p. 501 ss. Sul punto ha interloquito anche TADDEI ELMI, *Law and Artificial Subjectivity*, in *The law of electronics agent. Proceedings of the LEA 04 Workshop*, a cura di Cevenini, Bologna, 2004, p. 55 ss. Va però ricordato come già nel 1901, con riguardo al diverso tema dei contratti per automatico, l'autorevole dottrina di Antonio Cicu si esprimeva affermando che «A meno che infatti non si voglia attribuire all'automa una *personalità*, a meno che non si voglia riconoscere in esso un *rappresentante* della volontà dell'offerente nel concetto giuridico di *rappresentanza*, dovrà l'automa considerarsi come un mezzo per cui la volontà dell'offerente viene fatta manifesta all'oblato. In quest'ordine di idee potrebbe esso paragonarsi ad un messo, il quale ha unicamente l'ufficio di "trasportare le parole del mittente al destinatario" senza alcun intervento della sua volontà; ed il contratto conchiuso per messo fu sempre posto nella categoria dei contratti fra assenti. Ma l'analogia non può esser spinta più in là, poiché, se l'automa è, come messo, un semplice mezzo di comunicazione di volontà, resta pur sempre una macchina». Cfr. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, in CICU, *Scritti minori di Antonio Cicu, 2. Successioni e donazioni. Studi vari*, Milano, 1965, p. 30 ss., e segnatamente p. 309; il saggio in parola è stato originariamente edito in *Filangeri*, 1901, p. 561 ss. (v., per una più ampia ricostruzione, BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, cit., p. 199 ss.).

[16] Lo stesso termine "*agent*" designa tecnicamente, in inglese, il soggetto che agisce per conto di un altro che a tal fine lo abbia autorizzato, attribuendogli i relativi poteri, sfumatura poi persa nell'uso italiano dell'espressione "agente *software*" o "agente cibernetico", nella quale l'accento viene posto non tanto sull'idea che l'attività del *software* sia funzionale a replicare l'attività di una sorta di rappresentante che agisca in vece dell'utilizzatore, ma sulla capacità di azione autonoma, senza alludere direttamente all'idea di rappresentanza suggerita dal termine di lingua inglese.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

strumento elettronico, ancorché sofisticato, per la conclusione del contratto telematico. Le strade da percorrere in via interpretativa per l'applicazione delle norme sui contratti, dunque, sono ben altre.

Per altro verso, va considerato che anche ulteriori elementi di valutazione propendono per escludere il ricorso allo schema della rappresentanza. Mi limito, di seguito, a considerare quelli principali.

Vero è che la capacità di agire rilevante è quella del rappresentato, ma *(i)* il rappresentante deve comunque essere in possesso della capacità naturale e, segnatamente, della *capacità di intendere e volere* commisurata all'affare da concludere. Più precisamente, l'art. 1389, comma 1, c.c. richiede che «Quando la rappresentanza è conferita dall'interessato, per la validità del contratto concluso dal rappresentante basta che questi abbia la capacità di intendere e di volere, avuto riguardo alla natura e al contenuto del contratto stesso, sempre che sia legalmente capace il rappresentato». Ebbene, il sistema di IA, per quanto evoluto, è incapace di «intendere», ossia di comprendere ciò che fa, e tantomeno di «volere»: prende in realtà decisioni sulla base di metodi statistici o di altro tipo, che individua ed esterna, ma non "vuole", perché la *res* non ha una volontà propria.

Va poi considerato non solo che *(ii)* i *vizi della volontà* di cui all'art. 1390 c.c. sono da rilevare con riguardo alla «volontà del rappresentante», sugli elementi non predeterminati dal rappresentato (17), ma che *(iii)* vanno pur sempre indagati con riguardo «alla persona del rappresentante» – nella metafora, il sistema di IA – anche gli *stati soggettivi di buona fede e mala fede*, *(iv)* così come gli stati di *scienza e ignoranza di determinate circostanze*, ai sensi dell'art. 1391 c.c. (18). Ciò lascia intendere come, spingendo l'analisi più in profondità, lo schema della rappresentanza è suggestivo, ma non utilmente invocabile (19). Ma v'è di più.

---

(17) Il che, ovviamente, pone problemi applicativi se indagati con riguardo al rappresentante. Meglio sarebbe propendere per una valutazione obiettiva, che consideri i vizi del consenso al di fuori dello schema della rappresentanza. Con riguardo all'errore motivo si veda, specificamente, BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, cit., p. 205 ss., 210, ss., 220 ss.

(18) Diversamente da quanto previsto dall'art. 1431 c.c. in tema di riconoscibilità dell'errore, che fa riferimento alla rilevabilità da parte di una persona di normale diligenza, con un riferimento in qualche modo oggettivabile, l'art. 1391 c.c., in tema di stati soggettivi rilevanti, fa esclusivo riferimento alla condizione in cui effettivamente versa la persona del rappresentante, per gli elementi che non siano stati predeterminati dal rappresentato.

(19) Su tale ragionamento si collocano anche le scelte effettuate in sede internazionale presso l'UNCITRAL. Come rimarcato da FINOCCHIARIO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, cit., p. 33 s., «Nei lavori della *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) sui contratti conclusi dai sistemi di IA, si afferma con grande chiarezza che i

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Problemi ulteriori sorgono, infatti, qualora il sistema di IA impiegato per usi contrattuali, per l'autonomia che ha nel raggiungimento degli obiettivi esplicitamente o implicitamente determinati, giunga ad un accordo con contenuti ed elementi che l'utilizzatore non vuole, in quanto esorbitanti dalle aspettative che aveva riversato nel momento in cui ha confidato nel buon esito del ricorso alla macchina "sapiente".

Quali rimedi si possono invocare in tal caso? L'utilizzatore deve rimanere vincolato ad un contratto che non ha voluto e che esorbita dalle sue aspettative e previsioni? In base al principio di autodeterminazione e di libertà contrattuale, dovremmo ritenere che nessuno può essere vincolato ad un contratto non riconducibile alla sua volontà e i cui effetti non erano in alcun modo prevedibili [20].

Ove ci muovessimo entro i confini applicativi della rappresentanza, insistendo nella *metafora* occorrerebbe fare ricorso alla figura del *falsus procurator*, dato che la macchina intelligente avrebbe agito in eccesso dei poteri conferiti dal proprio utilizzatore, producendo un risultato contrattuale non voluto e non prevedibile, sia sul piano dell'individuazione degli elementi del contratto, sia sul piano degli effetti giuridici prodotti. Sicché, com'è noto, il contratto non può essere imputato al rappresentato, perché non l'ha voluto, ma neanche al rappresentante, perché, anche ove l'avesse voluto, non l'ha voluto per sé, ma per il rappresentato per conto del quale ha agito. Rimarrebbe, quale rimedio per il contraente che ha confidato nell'attività del "falso" rappresentante, il rimedio risarcitorio scolpito nell'art. 1398 c.c., in forza del quale «Colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto». La tutela risarcitoria è posta a beneficio del contraente ignaro del difetto o di eccesso dei poteri rappresentativi del *falsus procurator*, ma grava sul rappresentante (ossia, inverosimilmente, sulla macchina, fuor di metafora) e non sul rappresen-

---

sistemi automatici non hanno volontà né personalità giuridica e che le dichiarazioni così come gli stati soggettivi sono attribuiti alla persona per cui opera il sistema».

[20] Sulla inderogabilità del principio di imputabilità alla parte dei soli effetti da questa consapevolmente voluti si v. anche D. DI SABATO, *Tecnologia algoritmica e attività negoziale smart*, in *questa rivista*, 2024, 2, p. 360. È questo, del resto, un corollario del principio di autonomia contrattuale esplicantesi nel suo aspetto "negativo", su cui v. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Milano, 2014, 3ª ed. aggiornata a cura di Zorzi Galgano, vol. 2, p. 183: «libertà o autonomia contrattuale significa, in senso negativo, che nessuno può essere spogliato dei propri beni o essere costretto ad eseguire prestazioni a favore di altri contro o, comunque, indipendentemente dalla propria volontà».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tato (cioè sul soggetto che s'è servito della macchina nei rapporti contrattuali con l'altra parte).

Anche tale epilogo lascia intendere che la soluzione interpretativa non è praticabile sul piano giuridico, né efficiente sul piano dei risultati giuridici, dei rimedi invocabili e delle tutele esperibili.

Ove si ricorresse all'istituto della rappresentanza, infatti, l'utilizzatore potrebbe invocare un eccesso dei poteri rappresentativi e rivendicare la non imputabilità degli effetti del contratto, perché non voluti e non prevedibili. Verrebbe meno il profilo di responsabilità di cui dovrebbe beneficiare l'altra parte contraente ai sensi dell'art. 1398 c.c., non potendo essere imputata direttamente nei confronti del sistema di IA.

Anche qualora, per assurdo, fosse ravvisata *de iure condendo* una sorta di responsabilità a carico della macchina intelligente dotata di fondo patrimoniale, non ci troveremo in ogni caso di fronte a soluzione efficiente: porterebbe infatti ad una limitazione di responsabilità di cui non si avverte affatto il bisogno e ad una soggettivizzazione antropomorfica dell'IA che mal si conciliano, rispettivamente, con l'esigenza di tutela dell'uomo di fronte ai rischi, anche elevati, messi in circolazione con l'introduzione dei sistemi di IA e, al contempo, con la dichiarata visione antropocentrica predicata dall'UE in materia di IA.

6. – Non pare soluzione adeguata neanche quella che tenta di risolvere il problema dell'imputabilità delle dichiarazioni contrattuali e dell'individuazione dei relativi rimedi facendo ricorso ai soli "principi": vengono generalmente invocati quello di autoresponsabilità e di assunzione del rischio [21] (che per la verità avviene in maniera non sempre consapevole

---

[21] L'opzione interpretativa che insiste sul principio di accettazione del rischio dell'operato dal sistema di IA nello svolgimento dell'attività contrattuale, quale alternativa ad una ricostruzione in termini di determinabilità dell'oggetto del contratto è stata percorsa ad esempio – nell'ambito però di un ragionamento critico ben articolato e sicuramente apprezzabile, in quanto non limitato al solo principio in questione e, dunque, con considerazioni di più ampio respiro – da FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 455 s., ove si evidenzia che, «essendo il contratto concluso in maniera automatica al ricorrere di certi presupposti, le condizioni effettive attuali alle quali il contratto viene alla fine concluso possono non essere note al contraente, soprattutto se si tratta di un meccanismo decisionale complesso che prevede molte variabili. Ora, mentre è abbastanza semplice rappresentarsi, ad esempio, che il contratto sarà concluso se il prezzo relativo alla compravendita di un bene si attesterà all'interno di un *range* compreso fra 1 e 10, più difficile risulta la rappresentazione del contenuto del contratto se le variabili che lo determinano sono molte e se i meccanismi di combinazione sono, a loro volta, numerosi. Il che diviene ancora più complesso qualora il programma sfrutti un sistema di auto-apprendimento e dunque "impari", per così dire, dalle circostanze. Qualche anno fa si sarebbe detto che la volontà era riconducibile comunque all'autore del programma. Oggi la volontà non può dirsi predeter-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

da parte di chi usa il sistema di IA per la formazione del contratto) (22), così come il principio di affidamento (che opera a beneficio di chi si relaziona con il sistema di IA quale altra parte contraente, esposta alle interazioni con l'agente cibernetico) (23).

---

minata o predeterminabile in modo sicuro, preso atto che esistono algoritmi, i quali sono in grado di apprendere in modo autonomo e di prendere decisioni senza che le relazioni causa-effetto siano necessariamente comprese dall'uomo. È stata superata quella frontiera costituita dalla effettiva diffusione dei programmi di intelligenza artificiale». Sicché, prosegue l'A., «L'oggetto del contratto in questo caso certamente non è determinato. Esso è determinabile, ma non sempre prevedibile, sulla base di criteri e di parametri che in taluni casi non consentono una rappresentazione anticipata. In questo caso, il contraente potrebbe non essere in condizione di conoscere in modo compiuto anticipatamente il contenuto del contratto che andrà a concludere. Ma avrà comunque espresso rispetto alla conclusione del contratto la propria dichiarazione positiva di volontà. Il contenuto del contratto è dunque determinabile, ma secondo modalità che non sempre consentono una pre-comprensione. Occorre dunque chiedersi se di volontà in senso stretto si tratta, anticipatamente dichiarata, rispetto all'effettivo formarsi delle condizioni contrattuali e quindi del contenuto negoziale, almeno in parte, oppure se non sia invece più aderente rappresentare tutto ciò nei termini di un sistema di assunzione del rischio. In altri termini, la narrazione giuridica può declinarsi affermando che il contraente ha accettato il rischio di concludere il contratto attraverso un dato sistema informatico che utilizza un programma di intelligenza artificiale, o affermando che lo stesso contraente ha concluso un contratto con oggetto determinabile attraverso un sistema di intelligenza artificiale».

(22) Il problema è affrontato anche da S. TROIANO, *Il contratto tra analogico e digitale*, in *Pactum*, 2022, 1, p. 58, là dove rimarca che «più delicata appare la questione relativa al requisito della determinabilità dell'oggetto, specialmente se si è propensi ad intenderlo come espressione di un'esigenza di concretezza (di previsione) dei contorni dell'impegno negoziale, che difficilmente parrebbe dirsi soddisfatta da un protocollo informatico chiamato, in sostituzione delle parti, ad assumere decisioni complesse sulla base dell'analisi di un numero non preventivabile di variabili concrete. Ed anche ove si ritenga l'obiezione superabile, o adottando una diversa (e più tradizionale) concezione del requisito della determinabilità che da una concreta prevedibilità dell'impegno prescinda, oppure riconoscendo che la nozione di determinabilità è suscettibile di dilatarsi in quelle ipotesi (ed è il caso, innanzitutto, dei contratti aleatori) in cui vi è, nelle parti, la consapevole accettazione di un rischio superiore al normale, rimane il problema, appunto, di accertare che una simile accettazione consapevole del rischio vi sia stata: un elemento, questo, che l'opacità degli algoritmi, specie di quelli di intelligenza artificiale, inevitabilmente mette in crisi». In argomento si veda anche A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, cit., p. 420 s.; nonché DI GIOVANNI, *Attività contrattuale e intelligenza artificiale*, cit., p. 1657 ss.

(23) Sulla possibilità di (parziale) applicazione del principio di affidamento v. SARTOR, *Gli agenti* software *e la disciplina giuridica degli strumenti cognitivi*, in *Dir. inform.*, 2003, p. 57 ss., nonché, ancora, DI GIOVANNI, *op. cit.*, p. 1685, per il quale «I principi dell'autoresponsabilità e dell'affidamento impediscono che l'eventuale divergenza tra le aspettative del singolo contraente e la sua dichiarazione così come veicolata ed elaborata dall'intelligenza artificiale possa avere rilevanza. Solo quando si manifesta all'esterno (ed è, cioè, riconoscibile) la divergenza tra gli scopi, le aspettative e le rappresentazioni del contraente umano ed il risultato dell'attività della macchina intelligente, verrà in considerazione l'esigenza di accordare al contraente umano i necessari rimedi».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Si tratta di principi che producono una *spinta* che possiamo definire "*centripeta*" rispetto alla vicenda contrattuale, facendo sì che l'utilizzatore sia tenuto a rispondere giuridicamente per quanto sia stato oggetto delle decisioni prese in ambito contrattuale dal sistema di IA a cui ha fatto volontariamente ricorso (24). In tal senso, la parte che si avvale degli strumenti tecnologici di IA dovrebbe essere chiamato a rispondere delle conseguenze giuridiche prodotte e, dunque, farsi carico di esse nei confronti dell'altra parte contraente, che ha invece fatto affidamento sulla realtà giuridica che s'è andata a cristallizzare.

Ci sono però due aspetti che meritano di essere ulteriormente considerati.

Il primo riguarda le implicazioni che si hanno a seguito dell'applicazione di tali principi, ossia cosa possiamo ottenere, sul piano giuridico, dalla loro applicazione alla fattispecie qui in esame, relativa all'impiego di strumenti di intelligenza artificiale per la formazione del contratto.

Ricorrendo al principio di autoresponsabilità e di assunzione del rischio, unitamente a quello di affidamento dell'altra parte, potremmo dedurre, genericamente, che il soggetto utilizzatore del sistema di IA sia "obbligato" nei confronti dell'altra parte per l'attività posta in essere dal sistema di IA. Da ciò, però, non se ne può far derivare automaticamente il carattere contrattuale di tale obbligazione, nel senso che i principi sopra considerati possono portare a ravvisare una responsabilità in capo al soggetto che ha ingenerato un rischio nei rapporti intersoggettivi (con tutela dell'interesse di chi abbia fatto affidamento sulla situazione giuridica che s'è manifestata a seguito dell'uso contrattuale di strumento di IA), ma ciò non si traduce necessariamente nella conferma della validità e dell'efficacia del vincolo contrattuale, con salvezza degli effetti, reali e obbligatori, scaturenti dal contratto medesimo, qualora il sistema di intelligenza artificiale avesse portato alla formazione di un accordo i cui effetti giuridici non erano voluti, né prevedibili, da parte del soggetto che se ne sia avvalso. L'applicazione di tali principi può muoversi sul solo terreno delle responsabilità e tradursi in rimedi di carattere risarcitorio. Lo si vede, ad esempio, nell'ipotesi, già richiamata, del *falsus procurator*, ove la parte che abbia fatto affidamento sull'attività contrattuale ha solamente un rimedio di carattere risarcitorio, senza poter invocare validità ed efficacia del contratto.

---

(24) Cfr. BRAVO, *Esplorando le implicazioni giuridiche dell'Intelligenza Artificiale nei contratti*, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nel nuovo contesto tecnologico si pensi, innanzitutto, all'ipotesi in cui – metaforicamente parlando – il sistema di IA agisca – similmente al *falsus procurator* – andando a formare autonomamente un contratto su impulso del proprio utilizzatore, che tuttavia non abbia voluto o di cui non abbia comunque voluto gli effetti giuridici, in quanto collocati al di fuori di ogni sua possibile previsione. Fuor di metafora, è il caso in cui un soggetto utilizzi un sistema di IA che, nell'ambito della capacità di azione autonoma di cui è intrinsecamente dotato, vada a formare un contratto non richiesto o vada a concludere un contratto con schemi causali, oggetto, contenuti o altri elementi (incluso la selezione dell'altro contraente) che l'utilizzatore rinneghi, in quanto esorbitanti dagli obiettivi di utilizzo del sistema e travalicanti gli effetti giuridici previsti e prevedibili.

Qui il principio di autoresponsabilità, il principio del rischio e quello dell'affidamento non possono portare a ritenere validamente concluso il contratto e produttivo degli effetti (obbligatori ed eventualmente reali) che dal medesimo derivino – così come non è possibile imputare al rappresentato gli effetti del contratto concluso dal "*falsus procurator*" –, con conseguenze giuridiche da risolvere sul piano risarcitorio. Vero è che «Per il principio di autoresponsabilità, l'*autore* di dichiarazioni negoziali è assoggettato agli effetti di esse, secondo il loro oggettivo significato e secondo le normali conseguenze che ne derivano (…)» [25], ma nel caso che qui ci occupa non solo la «dichiarazione» è formata da una *res*, di cui la parte si avvale, ma le conseguenze giuridiche in materia contrattuale vanno pur sempre rapportate con i rimedi che l'ordinamento pone di fronte alla mancata aderenza tra quanto sembra emergere dalla dichiarazione e l'effettiva volontà del soggetto a cui la dichiarazione è riconducibile: l'affidamento indotto dalla dichiarazione e, dunque, il principio di autoresponsabilità e assunzione del rischio, non possono scavalcare il principio di autonomia contrattuale e di autodeterminazione, che consente alla parte di attivare i rimedi demolitori, in difetto del consenso, che rende invocabile la nullità, o quantomeno in presenza dei vizi del consenso, che portino all'annullabilità del contratto.

Di fronte all'evidenza oggettiva della formazione del contratto concluso con strumenti di IA, imputabile al soggetto che abbia voluto fare ricorso a tale tecnologica, il punto di equilibrio è segnato dall'assolvimento dell'onere della prova in ordine all'esistenza dei presupposti da porre a fondamento dell'azione di nullità o dell'azione di annullamento. Pertanto,

---

[25] Così, ad es., in materia di contratti pubblici, TAR Lazio, Roma, sez. I, 4 giugno 2021, n. 6705.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ove una parte si avvalga di un sistema di IA per la formazione del contratto, non può certamente invocarne l'invalidità per la sola circostanza che non abbia cognizione dei contenuti delle dichiarazione che questi abbia determinato mediante le risorse tecnologiche utilizzate, in conformità al principio di autoresponsabilità, quello di assunzione del rischio e quello dell'affidamento altrui, ma certamente non ne è vincolato ove fornisca la prova di uno scostamento tra il contenuto oggettivo delle dichiarazioni e la sua effettiva volontà, ricorrendo ad esempio alla nullità per difetto del consenso o, quantomeno, all'annullamento discendente da volontà viziata (26).

Sotto quest'ultimo profilo, la conoscenza o la conoscibilità della *circostanza* che la controparte stia facendo uso di un sistema di IA nella formazione del contratto (27), potrebbe essere oggetto di specifica considerazione in ordine alla *riconoscibilità* dell'errore, ai sensi degli artt. 1428 e 1431 c.c., estendendo le possibilità applicative di tale istituto (28).

Tale ragionamento ci induce a considerare l'altro aspetto, riguardante il rapporto tra principi di segno opposto (29): a quelli di spinta "*centripeta*" si affiancano altri con spinta che potremmo definire "*centrifuga*" rispetto alla vicenda contrattuale, con riferimento, segnatamente, al principio di autodeterminazione e al principio di autonomia contrattuale, nella misura in cui impongono di valutare la vincolatività del contratto ai soli effetti giuridici voluti o comunque effettivamente prevedibili (30). I principi di

---

(26) Si veda in tale direzione, seppur in altro contesto, Cass., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5535, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 4, p. 458, ove s'è affermato che «Chi sottoscrive un contratto non può invocarne l'invalidità adducendo di non averlo letto, perché chi immette dichiarazioni nel traffico giuridico ne deve subire le conseguenze, in virtù del principio dell'autoresponsabilità, a meno che non provi che la propria volontà si sia formata in modo viziato (…)».

(27) Ciò anche in considerazione degli obblighi di *disclosure* e, più in generale, di trasparenza, di cui agli artt. 50 e 86 *IA Act*, su cui v., *amplius*, il par. 9 del presente scritto.

(28) Com'è noto, ai sensi dell'art. 1431 c.c., la riconoscibilità dell'errore, ai fini della sua rilevanza, va apprezzata anche in relazione alle «*circostanze del contratto*», tra le quali può assumere decisivo rilievo, nel nuovo contesto tecnologico ed unitamente ad altri elementi valutativi, la consapevolezza che la controparte stia facendo ricorso ad un sistema automatizzato di negoziazione ai fini del perfezionamento contrattuale.

(29) Come ricorda efficacemente Guido Alpa, «I principi "*vanno a caccia in coppia*" perché gli istituti giuridici sono il risultato del contemperamento o del compromesso di valori tra loro non compatibili. Un principio spesso opera in coppia con un principio contrapposto senza che questo implichi necessariamente la presenza di un'antinomia o di una totale indeterminazione normativa, perché si possa decidere quale principio debba prevalere nel caso in decisione». Così Alpa, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2006, 2ª ed., p. 299 s.

(30) Bravo, *Esplorando le implicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale nei contratti*, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

segno opposto che si fronteggiano dinanzi alla medesima fattispecie (ossia i principi di autoresponsabilità, di assunzione del rischio e di affidamento, da un lato, nonché quelli di autodeterminazione e di autonomia contrattuale, dall'altro lato), vanno composti ad equilibrio mediante un'operazione ermeneutica di bilanciamento, che però non è detto porti, in senso univoco, a risolvere le questioni relative all'imputabilità del contratto e dei suoi effetti giuridici. Per di più l'operazione di composizione dei principi di segno opposto, mediante il loro bilanciamento, comporta che la loro applicazione alla fattispecie concreta non sia mai automatica, né di pronta soluzione, dovendo essere effettuata per lo più in sede giudiziale (31), con un'incertezza a monte sulla soluzione che sarà adottata e con un incedere temporale che risultano palesemente incompatibili con le esigenze di velocità degli scambi per le quali si ricorre alle evolute tecnologie di IA (32).

---

(31) Anche qualora il bilanciamento è operato *ex lege*, come ad esempio nel caso di operatività dei vizi del consenso, l'accertamento dei presupposti non è di pronta soluzione, richiedendo l'intervento giudiziale, necessario anche in ragione del carattere costitutivo, non dichiarativo, della sentenza di annullamento.

(32) Come già rilevato in altra sede, «Ove si volesse ricorrere ai principi per risolvere il problema dell'imputabilità degli effetti giuridici del contratto, così come la loro vincolatività e la loro non ripudiabilità per la parte che si sia avvalso del sistema di IA per la formazione del contratto, va considerato che, in generale, i principi non operano mai isolatamente ma vanno coordinati con altri, anche di segno opposto, che possono trovare applicazione nel peculiare contesto che stiamo esaminando. Così, il principio di responsabilità e di assunzione del rischio impongono di considerare vincolanti gli impegni contrattuali per la parte che abbia deciso di ricorrere a strumenti di IA, dotati di un certo livello di autonomia, per la formazione del contratto: in altre parole, la parte che ha ingenerato una peculiare situazione, giuridicamente vincolante, si farà carico delle conseguenze giuridiche prodotte dall'uso dell'IA, assumendosi i rischi relativi all'impiego di tale tecnologia. Il richiamato principio di responsabilità, così come quello di assunzione del rischio, com'è evidente, vengono invocati per ancorare agli impegni contrattuali la parte che attiva un procedimento di formazione del contratto con l'uso di tecnologie di *Artificial Intelligence*. In questo senso, possiamo dire che tali principi hanno, per così dire, una "spinta centripeta" rispetto alla vicenda contrattuale. Analoga spinta viene esercitata anche da altro principio, quello di affidamento, in considerazione del quale dovremmo ritenere tutelata la posizione giuridica di chi, esposto all'uso di strumenti di IA a cui abbia fatto ricorso la controparte, sia stato indotto in buona fede a confidare sulla vincolatività degli effetti giuridici generati dal contratto che si è andato a formare in tal modo. Anche il principio di affidamento ha dunque una "spinta centripeta" rispetto alla vicenda contrattuale, perché, unitamente al principio di responsabilità e di assunzione del rischio, fa propendere per l'attivazione di meccanismi di tutela che portino l'utilizzatore del sistema di IA a farsi carico delle conseguenze giuridiche prodotte con la formazione del contratto e la controparte ad essere tutelata per avervi confidato in buona fede. Va però considerato che, in direzione opposta ai predetti principi operano altri di segno opposto, che possono essere utilizzati dalla parte che si avvale del sistema di IA per sottrarsi agli impegni contrattuali e alle conseguenze giuridiche derivanti da tale peculiare modalità di formazione del contratto: in questo senso si

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Dunque, il ricorso ai principi, sempre doveroso, non appare di per sé risolutivo *in subjecta materia*. Occorre pertanto orientare le riflessioni anche su altri strumenti giuridici, in grado di dare soluzioni più efficaci ed efficienti.

7. – Il ragionamento sinora condotto ha portato ad escludere sia il ricorso alla rappresentanza quale metodo per giungere all'imputabilità delle dichiarazioni contrattuali in capo all'utilizzatore del sistema di IA impiegato per l'attività negoziale, sia l'autosufficienza del ricorso ai principi, pur necessario.

V'è un altro modo per risolvere il problema della imputabilità e concerne il modo stesso di intendere il ruolo di un sistema di IA nella formazione del contratto: è ravvisabile quale fonte oggettiva e volontaria di integrazione del contratto o, quantomeno, della volontà contrattuale im-

---

tratta di principi aventi, per così dire, una "spinta centrifuga" rispetto alla vicenda contrattuale. Mi riferiscono al principio di vincolatività del contratto ai soli effetti giuridici voluti o, quantomeno, ai soli effetti giuridici prevedibili, che può essere considerato una esplicitazione del principio di autonomia contrattuale e di autodeterminazione. Gli effetti giuridici che si hanno con il contratto, quale "atto giuridico", possono prodursi solamente qualora siano il prodotto della volontà delle parti, il che richiede anche, in senso negativo, che nessuno possa essere costretto a subire effetti giuridici non voluti, né direttamente né indirettamente, tenendo conto di ciò che poteva ritenersi ragionevolmente prevedibile in relazione alla fattispecie contrattuale posta in essere. In altre parole, una parte che si avvale di uno strumento di IA per l'attività contrattuale non può ritenersi soggetta ad effetti giuridici che non potevano essere previsti al momento in cui abbia volontariamente attivato il procedimento perfezionativo del contratto mediato dalle tecnologie di IA. È nel bilanciamento tra tali principi, di segno opposto, che dovremmo cogliere il punto di equilibrio tra le esigenze di tutela delle parti. Si comprende che è operazione complessa, non agevole, né di pronta soluzione, ma che richiede l'intervento valutativo del giudice, al fine di concretizzare l'operazione di bilanciamento. Non è certo una soluzione efficiente, se si considera che l'introduzione di sistemi di IA trova una delle sue ragioni nelle esigenze di speditezza che può realizzare, defaticando l'uomo dall'attività che altrimenti gli sarebbe propria. V'è un altro rilievo critico da considerare. Anche qualora concentrassimo l'attenzione sui soli principi aventi spinta "centripeta", cioè quello di responsabilità e quello di assunzione del rischio, oltre che quello di affidamento, ci accorgeremmo che, a ben guardare, si tratterebbe di principi che di per sé soli non portano a ritenere giuridicamente vincolante il contratto, né ad imputare le obbligazioni contrattuali alle parti, potendo essi valere, al contrario, per fondare un'ipotesi di responsabilità da cui discendono conseguenze sul piano risarcitorio, per esempio, ma non sul piano della conferma in ordine all'effettiva vincolatività del contratto e all'effettiva produzione degli effetti, traslativi o obbligatori, che si intendevano produrre con il contratto. Ciò ovviamente qualora il risultato dell'attività contrattuale dell'IA abbia portato all'instaurazione di contenuti ed effetti non prevedibili per la parte che vi abbia fatto ricorso e, dunque, non riconducibili, nemmeno implicitamente, alla sua autonomia contrattuale». Così BRAVO, *Esplorando le implicazioni giuridiche dell'Intelligenza Artificiale nei contratti*, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

putabile al soggetto che decida di ricorrere a tale strumento tecnologico per impieghi negoziali (33).

Se si concentrasse l'attenzione su un aspetto circoscritto del problema, si potrebbe ritenere che, allorché si facesse ricorso a sistemi di IA per la formazione contratto, saremmo di fronte ad uno strumento di determinazione dell'oggetto del contratto "*per relationem*" (34). Ciò rende bene l'i-

(33) BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, cit., *passim* e, spec., p. 254 ss., ove viene ribadito che «A ben guardare, allora, lo strumento tecnologico di tipo cibernetico diviene una nuova "fonte" volontaria di integrazione del contratto, esterna rispetto al volere delle parti ed oggettiva, che concorre, insieme con le altre fonti esterne indicate dall'art. 1374 c.c., ravvisate interpretativamente nella legge e nell'intervento equitativo del giudice, secondo la nota ricostruzione dottrinale del Prof. S. Rodotà (…). Conservano la loro attualità, a tal riguardo, le ulteriori parole dell'insigne giurista, per il quale "La definizione della struttura del contratto 'come sintesi di due dichiarazione di volontà, aventi un certo contenuto', può essere, senza grave arbitrio, tradotta nel rapporto tra fonti e regolamento contrattuale, così come finora abbiamo considerato" [S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 77 (…)]. Le fonti di integrazione volontarie di cui si è parlato *infra* appaiono trovare la loro consacrazione normativa primariamente nell'art. 1322, co. 1, c.c. e, comunque, nel principio di autonomia privata di cui è partecipe anche l'autonomia contrattuale. Ebbene, il fenomeno del concorso tra fonti diverse per la costruzione del regolamento contrattuale porta ad evidenziare una convergenza tra autonomia ed eteronomia nell'assetto definitivo con cui si provvede a regolamentare gli interessi delle parti, nell'equilibrato rapportarsi tra "autonomia privata" e "limiti imposti dalla legge", dei quali v'è testuale menzione nell'art. 1322, co. 1, c.c. Nell'ambito dell'autonomia contrattuale possono perciò essere incluse le fonti di integrazione volontaria, nelle quali ricondurre anche l'impiego consapevole degli strumenti cibernetici, mentre nei limiti all'autonomia contrattuale previsti dalla legge, al fine di tener conto di interessi che l'ordinamento intende garantire, possono farsi rientrare le fonti di integrazione del contratto indicate dall'art. 1374 c.c., che intervengono insieme alle prime per la definitiva costruzione del regolamento contrattuale»; ID., *Contratto cibernetico*, cit., p. 191.

(34) Si veda, in particolare, NERVI, *L'impiego del computer nel procedimento di formazione del contratto*, cit., p. 114, ove si è accostato alla determinazione dell'oggetto di cui all'art. 1349 c.c., tramite ricorso al terzo arbitratore, il caso in cui ci si affidi ad un sistema elettronico per la formazione e la determinazione dei contenuti del contratto. Si veda anche RUFFOLO, *La personalità elettronica tra "doveri" e "diritti" della macchina*, in *XXVI lezioni di diritto dell'Intelligenza Artificiale*, a cura di Ruffolo, Torino, 2021, p. 124, il quale, dopo aver escluso la tesi della riconduzione della macchina intelligente alla figura del rappresentante e a quella del *nuncius*, precisa che il «rapporto uomo-macchina resta (…) parte del foro interno del soggetto giuridico che si affida ad un testo di comunicazione, ed alla scelta del suo contenuto, "automatizzati". Il momento volitivo del *dominus* è quello di dichiarare *per relationem*; è questa la sua scelta volontaria e di volontà (non diversamente da un antico romano che avesse – diremmo noi oggi – incaricato uno schiavo sapiente di redigergli un testo contrattuale per poi affidarvisi senza controllarlo e senza saperlo controllare). Viene meno, così, la necessità di parlare di rappresentato umano assistito da rappresentante (ma anche da mero *nuncius*) digitale». Si veda anche FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 456, che insiste anche sulla determinabilità dell'oggetto.

Va però annotato che gli strumenti di determinazione dell'oggetto del contratto, con il terzo arbitratore *ex* art. 1349 c.c. o mediante richiamo *per relationem* ad altro documento o altra fonte, richiedono solitamente che le parti abbiamo concordato, nel contratto tra le

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dea, ma va precisato che tale modalità determinativa finisce per estendersi anche ad altri aspetti rilevanti nella vicenda contrattuale, non confinabili al solo oggetto. Infatti, l'utilizzatore può affidarsi a sistemi di IA per giungere tanto alla determinazione dell'"*an*" del contratto, quanto alla determinazione della scelta del contraente, nonché del tipo, della causa o dell'oggetto e, volendo, anche del contenuto normativo del contratto, ove ciò fosse consentito dalle impostazioni del sistema utilizzato nell'attività di contrattazione (35).

Siamo dunque su un terreno più esteso rispetto a quello delle tecniche di determinazione o di integrazione dell'oggetto del contratto. Come già fatto presente diverso tempo addietro, si potrebbe fare riferimento alla teoria sulle fonti di integrazione del contratto, che potrebbe essere ripensata in maniera sistematica ed estesa (quanto alla sua portata), ravvisando il sistema di IA a cui si fa ricorso per impieghi contrattuali alla stregua di una "fonte volontaria, di tipo oggettivo, di integrazione del contratto" (o, quantomeno, di determinazione degli elementi della fattispecie contrattuale) (36).

L'uso delle tecnologie di intelligenza artificiale per impieghi negoziali, dunque: (i) conduce all'instaurazione di un contratto che è frutto di un accordo tra le parti, in quanto riconducibile alla volontà dei contraenti, incluso l'utilizzatore del sistema di IA che ricorre a tale tecnologia per concludere il contratto e per far propri gli effetti giuridici (prevedibili); (ii) consente di imputare all'utilizzatore del sistema di IA le dichiarazioni – o comunque le manifestazioni di volontà – esternate tramite lo strumento

---

medesime intercorso, tale modalità determinativa dell'oggetto, sicché la determinazione o l'integrazione dei contenuti contrattuali relativi all'oggetto richiede la previa concorde previsione delle parti e la determinazione dell'oggetto è ad essa successiva. Nell'ambito dei contratti conclusi tramite sistemi di IA, invece, l'integrazione della determinazione del contenuto che avrà rilevanza contrattuale è, più che altro, precedente rispetto al formarsi dell'accordo e, generalmente, rimessa alla volontà unilaterale della parte che utilizza per fini contrattuali il sistema di IA, sicché il fenomeno di integrazione che entra qui in rilievo opera con riguardo alla determinazione dei contenuti della proposta o dell'accettazione del contratto e tale operatività si ha per volontà unilaterale del sistema cibernetico, quale fonte di integrazione esterna del proprio "voluto". In questi termini v. BRAVO, *Contratto cibernetico*, cit., p. 191, nota n. 63.

(35) Cfr., in tal senso, quanto ricordato in BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, cit., p. 305 e 470 ss. Sulla negoziabilità automatica delle clausole contrattuali si v. anche ID., *Le trattative nei contratti telematici*, in *Contratti*, 2003, 7, p. 739 ss. e ID., *Trattative individuali nei contratti dei consumatori conclusi tramite siti web e sindacato di vessatorie delle clausole*, in *I contratti del consumatore*, a cura di Alpa, Milano, 2014, pp. 346 ss.

(36) Per tali rilievi v., ancora una volta, BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, cit., *passim* e, spec., p. 254 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tecnologico intelligente, nonché agli effetti giuridici che conseguono a tali dichiarazioni, in particolare allorché si traducano in un contratto: il ricorso a sistemi di IA per l'adozione delle decisioni contrattuali, infatti, è da inquadrare quale tecnica di cui una parte volontariamente si avvale per "integrare" i contenuti della manifestazione di volontà e giungere al perfezionamento del contratto; (iii) qualora il ricorso al sistema di IA incida anche sulla determinazione del procedimento perfezionativo del contratto, il sistema di IA finirebbe per integrare, altresì, uno strumento di autonomia privata procedimentale ([37]).

Siffatta impostazione rende evidente l'inutilità del ricorso, anche in via analogica, all'istituto della rappresentanza e, tantomeno, ad una soggettivizzazione della tecnologia utilizzata per la conclusione del contratto: v'è una diretta riferibilità dell'attività contrattuale all'individuo che si serve a tal fine del sistema di IA, senza necessità di introdurre superfetazioni giuridiche.

8. – Anche di fronte a tale ricostruzione permane il problema giuridico dei rimedi esperibili qualora l'attività contrattuale svolta tramite sistemi di IA porti ad esternare manifestazioni di volontà che conducano all'instaurazione di un contratto i cui effetti giuridici, tuttavia, risultino in realtà non voluti e non previsti, né prevedibili, per l'utilizzatore, che ne reclama l'estraneità in applicazione del principio di autodeterminazione e di libertà contrattuale (nella sua accezione di senso negativo, sopra considerata).

S'è visto che il ricorso ai principi conduce alla necessità di contemperamento di opposte esigenze, quelle della salvaguardia dell'altrui affidamento, indotto da chi si sia avvalso di un sistema tecnologico di IA per la formazione del contratto, con assunzione dei relativi rischi, e quelle della salvaguardia della libertà contrattuale, rispondente al principio di autodeterminazione e di vincolatività ai soli effetti voluti e prevedibili. La composizione di tali esigenze emerge nel sistema normativo: ove l'utilizzatore sia in grado di dimostrare il difetto di volontà nella formazione del contratto, potrebbe invocare la nullità per difetto del consenso; qualora invece la volontà della parte manifestata tramite il sistema artificialmente intelligente risulti sussistente, dovrà provare il vizio della volontà, con particolare riferimento all'errore, la cui riconoscibilità è valutata dal giudice facendo riferimento ai parametri indicati all'art. 1431 c.c.: in relazione

([37]) BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, cit., p. 258 ss. Sul tema dell'autonomia privata procedimentale si rimanda, *amplius*, a A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, *passim*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

al contenuto, alle circostanze del contratto (incluso l'uso del sistema di IA, noto all'altra parte) ovvero alla qualità dei contraenti, va considerato riconoscibile l'errore rilevabile da una persona di normale diligenza (38).

La disciplina giuridica dell'errore si rivela, nel nuovo contesto tecnologico, un prezioso *strumento di controllo giudiziale* sugli effetti giuridici prodotti con la contrattazione cibernetica, facente cioè uso di sistemi di IA. Accanto alla sua originaria funzione di tutela della parte nei casi di alterazione del processo formativo della propria volontà, a seguito di una sua erronea rappresentazione, finisce per tradursi, nel nuovo scenario tecnologico, in strumento di controllo, potenzialmente sistematico, dell'aderenza dell'operazione contrattuale all'effettivo volere della parte, nei limiti dei parametri legali di rilevanza e rilevabilità dell'errore. Si traduce, dunque, in strumento di controllo giudiziale, *ex post*, dell'autodeterminazione della parte e, quindi, della sua libertà contrattuale di segno negativo.

In ciò si apprezza la resilienza del codice civile di fronte alle nuove questioni che il progresso tecnologico ci consegna. Si tratta però di rimedi efficaci ma non efficienti, perché inadeguati alla speditezza dei traffici per i quali si ricorre ai sistemi di IA: richiedono pur sempre l'intervento del giudice, che deve essere visto, invece, quale *extrema ratio*.

Come già precisato in altra sede, la strada da percorrere per affrontare la complessa questione delle implicazioni giuridiche dell'uso contrattuale dell'IA dovrebbe condurre a soluzioni e rimedi diversi, prestando attenzione a istituti collaudati in ambito contrattuale, cui apportare i necessari adattamenti per adeguarli "sartorialmente" alle specificità del nuovo contesto tecnologico (39). In particolare, «andrebbero introdotti in via sistematica (...) dei *meccanismi di controllo* e di gestione dell'autonomia contrattuale con riguardo all'utilizzo dell'IA nella formazione contratto, che siano in grado di rispondere meglio ai principi, primo tra tutti quello di autonomia contrattuale, e che al contempo offrano soluzioni efficienti. Si pensi all'istituto del *diritto di recesso*: introdotto nei contratti con i consumatori per le note esigenze di tutela nell'ambito della contrattazione fuori dei locali commerciali e in quella a distanza, potrebbe essere ripensato per riconoscergli una portata di carattere generale, a beneficio di tutti coloro che facciano ricorso a sistemi di IA, incluso le imprese. L'istituto del recesso potrebbe essere utilizzato – già oggi dai consumatori nell'ambito

(38) Sull'applicabilità della disciplina dell'errore ai contratti conclusi mediante sistemi di IA si rimanda, *amplius*, a BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, cit., p. 200 ss. e 210 ss.

(39) BRAVO, *Esplorando le implicazioni giuridiche dell'Intelligenza Artificiale nei contratti*, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dei contratti B2C a distanza conclusi con sistemi di IA e auspicabilmente domani anche dai non consumatori ove se ne generalizzasse la portata applicativa con riguardo all'uso dell'IA – con funzione diversa rispetto a quella che ha portato alla sua originaria introduzione: lo *spatium deliberandi* potrebbe cioè essere utilizzato non per sincerarsi della bontà dell'operazione contrattuale a fronte di un possibile *gap* percettivo o informativo nella valutazione del bene o del servizio oggetto del contratto concluso con tecniche di comunicazione a distanza, bensì come espediente per restituire un potere di controllo sull'attività contrattuale mediata dalla tecnologia di IA. In altre parole, quando si decide di avvalersi di un sistema di IA, dotato di un certo grado di autonomia, per le decisioni da assumere in ordine alla vicenda contrattuale, si è esposti ad effetti giuridici non sempre controllabili *ex ante*, al momento in cui si manifesta (anche implicitamente) la volontà di ricorrere a tale sistema per la formazione e l'integrazione del contratto e di far propri gli effetti giuridici che ne discendono, incluso quelli non previsti ma prevedibili in relazione alle circostanze. Manca, attualmente, un momento di controllo *ex post*, che restituirebbe invece centralità all'uomo di fronte all'azione tecnica del sistema di IA: andrebbe cioè generalizzato un meccanismo che consenta alla parte, una volta che si sia avvalsa per scopi contrattuali di uno strumento di IA, di poter eventualmente recedere *ad nutum* dal contratto, in un lasso di tempo congruo ad esercitare un controllo *ex post* sull'operazione contrattuale. Il mancato esercizio del recesso, nello *spatium deliberandi* previsto, porterebbe a far ritenere definitivamente accettato – ed eventualmente anche convalidato – il contratto, finanche a paralizzare l'esperibilità dei principi di spinta centrifuga a cui s'è già fatto riferimento. Ove invece la parte si avvalga del diritto di recesso, esercita il potere di controllo sull'attività contrattuale posta in essere tramite tecnologia di intelligenza artificiale, riappropriandosi appieno, in senso antropocentrico, di quell'autonomia contrattuale e di quell'autodeterminazione che, con l'avvento dell'IA, tende invece a scolorirsi. Qui il diritto di recesso avrebbe una funzione nuova, non riconducibile a quella tipica della contrattazione a distanza: non (...) tanto [quella di] un diritto di "ripensamento", ma [quella di] un diritto all'*autodeterminazione*, ovvero, detta in altre parole, [di] un diritto a far valere quella "riserva di umanità" che, anche in materia di diritto dei contratti, non può mai venir meno al cospetto dell'avvento dell'intelligenza artificiale» (40).

(40) BRAVO, *Esplorando le implicazioni giuridiche dell'Intelligenza Artificiale nei contratti*, cit. e, prima ancora, ID., *AI e autonomia contrattuale*, relazione svolta nell'ambito del

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'istituto del recesso, in tale nuova veste, andrebbe assicurato anche al di fuori dei limiti angusti della contrattazione a distanza con i consumatori: la funzione di strumento di controllo per l'esercizio del diritto all'autodeterminazione contrattuale ne giustificherebbe l'estensione anche a vantaggio di chi non abbia lo *status* di consumatore e, se del caso, anche là dove il sistema di IA non portasse a concludere il contratto a distanza (ad esempio qualora il sistema di IA fosse utilizzabile, ai fini della formazione del contratto, interagendo tramite una postazione robotica installata presso i locali del professionista).

I vantaggi sarebbero indiscutibili: il contraente umano, al di là del diritto alla trasparenza e all'informazione, godrebbe di uno strumento di autotutela esercitabile direttamente, senza necessità di adire l'autorità giudiziaria, riappropriandosi, *ex post*, di quell'autodeterminazione contrattuale che, *ex ante*, rischia di risultare in parte alterata in forza dell'intervento di sistemi intelligenti autonomi nei processi decisionali volti alla formazione del contratto.

9. – Recentemente il legislatore europeo ha emanato il regolamento sull'IA (Reg. UE 2024/1689, c.d. *AI Act*), entrato in vigore dal 1° agosto 2024, con norme la cui applicabilità è scaglionata nel tempo, a partire dal mese di febbraio 2025.

Si tratta di un regolamento che, predicando l'approccio antropocentrico, si preoccupa di dettare una prima regolamentazione del mercato relativo all'intero ciclo di vita dell'IA, lasciando in secondo piano – e ad altri testi normativi (41) – lo statuto giuridico dei soggetti esposti ai rischi derivanti da tali tecnologie, nonché le discipline di raccordo con quelle settoriali, incluso i profili di responsabilità civile e quelli relativi al diritto dei contratti, dei consumi e alla protezione dei dati personali (42).

Le previsioni normative dettate nell'*AI Act*, di qualche incidenza con il diritto dei contratti, rimangono tuttavia scarne e non ottimali nella prospettiva del sistema. Va richiamato l'art. 50 del nuovo regolamento europeo, che prevede un obbligo di *disclosure* nel caso in cui un sistema di IA

Convegno sul tema «Gli Stati Generali del Diritto di Internet e dell'IA», organizzato dalla LUISS e dalla rivista *Diritto di Internet*, a Roma, nei giorni 14-16 dicembre 2023.

(41) Si veda, *in primis*, COUNCIL OF EUROPE, *Framework Convention on Artificial Intelligence and Human, Rights, Democracy and the Rule of Law*, Vilnius, 5 September 2024.

(42) Va da sé che, in difetto di un ulteriore intervento normativo che disciplini tali aspetti, la ricostruzione è rimessa all'interprete, facendo leva sul principio di unitarietà e completezza dell'ordinamento giuridico, su cui v. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., I, p. 126; A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sia destinato a relazionarsi direttamente con le persone fisiche: l'obbligo è però posto a carico dei fornitori (che non sono necessariamente parti nei contratti conclusi tramite i sistemi di IA da loro forniti) e richiede che il sistema di IA sia progettato e sviluppato a monte in modo tale che le persone fisiche, interessate dall'interazione con l'IA, siano informate del fatto di stare interagendo con il sistema di intelligenza artificiale (salvo che non risulti del tutto «evidente dal punto di vista di una persona fisica ragionevolmente informata, attenta e avveduta, tenendo conto delle circostanze e del contesto di utilizzo») (43). Sarebbe stato più rispondente alle esigenze di contrattazione che l'obbligo di *disclosure* venisse posto (anche) a carico del *deployer* che utilizzi effettivamente il sistema di IA nelle relazioni contrattuali, ossia del soggetto più prossimo all'operazione contrattuale da concludere mediante la macchina artificialmente intelligente e, dunque, meglio capace di rendere utili gli obblighi informativi nella fattispecie contrattuale (44).

Ulteriore obbligo di *disclosure* viene posto ancora a carico del fornitore – e non del *deployer* – nel caso di utilizzo di AI generativa: si pensi all'elaborazione di testi o alle elaborazioni elettroniche di altro tipo, che devono essere rilevabili come generati o manipolati artificialmente (45), anche ove ciò avvenga nel contesto della formazione del contratto (46).

---

(43) Art. 50, par. 1, *AI Act*.

(44) Si ricorda che, ai sensi dell'art. 3, punti nn. 3 e 4, dell'*AI Act*, mentre il «*fornitore*» è definito come «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali o che fa sviluppare un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali e immette tale sistema o modello sul mercato o mette in servizio il sistema di IA con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito», il «*deployer*» è invece definito come «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la propria autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale».

(45) Cfr. art. 50, par. 2, *AI Act*, in forza del quale «I *fornitori* di sistemi di IA, compresi i sistemi di IA per finalità generali, *che generano contenuti audio, immagine, video o testuali sintetici*, garantiscono che gli *output* del sistema di IA siano *marcati in un formato leggibile meccanicamente e rilevabili come generati o manipolati artificialmente*. I fornitori garantiscono che le loro soluzioni tecniche siano efficaci, interoperabili, solide e affidabili nella misura in cui ciò sia tecnicamente possibile, tenendo conto delle specificità e dei limiti dei vari tipi di contenuti, dei costi di attuazione e dello stato dell'arte generalmente riconosciuto, come eventualmente indicato nelle pertinenti norme tecniche. Tale obbligo non si applica se i sistemi di IA svolgono una funzione di assistenza per l'*editing* standard o non modificano in modo sostanziale i dati di *input* forniti dal *deployer* o la rispettiva semantica, o se autorizzati dalla legge ad accertare, prevenire, indagare o perseguire reati».

(46) L'obbligo in questione, nel caso di contrattazione mediante sistemi di IA, non è in grado di offrire un'adeguata tutela per le parti coinvolte nella formazione del contratto mediato dall'uso dell'intelligenza artificiale, sia perché l'obbligo di rendere rilevabile la

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il medesimo art. 50 prevede poi ulteriori obblighi di trasparenza a carico dei *deployer* nel caso di uso di un sistema di riconoscimento delle emozioni, oltre che di generazione e manipolazione dei contenuti (immagini, audio e video) (47). Si tratta di aspetto importante perché tali tecnologie possono compromettere la genuinità delle espressioni di *decision making*, in ambito contrattuale, con rischi di manipolazioni, condizionamenti e *brain whashing* sofisticati, capaci di alterare, nella più intima sostanza, i connotati essenziali dell'autonomia contrattuale. La tutela, rimessa ai soli obblighi di trasparenza, risulta però inadeguata.

Più incisivo è il *diritto alla spiegazione* dei singoli processi decisionali, *ex* art. 86 dell'*AI Act*, incluso quello posto in essere tramite strumenti di contrattazione intelligente. In forza di tale articolo, «Qualsiasi persona interessata oggetto di una decisione adottata dal *deployer* sulla base dell'*output* di un sistema di IA ad alto rischio elencato nell'allegato III, ad eccezione di sistemi elencato al punto 2 dello stesso, e che produca effetti giuridici o in modo analogo incida significativamente su tale persona in un modo che essa ritenga avere un impatto negativo sulla sua salute, sulla sua sicurezza o sui suoi diritti fondamentali ha il diritto di ottenere dal *deployer* spiegazioni chiare e significative sul ruolo del sistema di IA nella procedura decisionale e sui principali elementi della decisione adottata».

Si tratta però di rimedi non pienamente soddisfacenti di fronte all'impiego dell'IA nelle dinamiche contrattuali, in quanto non si traducono nel conferimento di poteri di intervento, correttivi (demolitori o manutentivi) del contratto, ma in strumenti di trasparenza che aprono la strada verso una tutela per lo più giudiziale delle proprie ragioni, ancora una volta non in linea con le esigenze di speditezza dei traffici commerciali richiesti nei

---

circostanza che il contenuto è oggetto di generazione o manipolazione artificiale grava sul fornitore e non sul *deployer* o, comunque, sul soggetto più prossimo all'attività contrattuale, sia perché l'obbligo *de quo* si traduce in un'avvertenza automatica e del tutto generica sulla sola circostanza che i contenuti sono stati generati o manipolati (modificati) tramite il sistema di IA, senza però che risulti un livello di maggior dettaglio (ad esempio quali siano le istruzioni di *input*, oppure le modifiche apportare rispetto ad un precedente contenuto o, ancora, quale sia la fonte dei contenuti modificati in caso di "manipolazione": elementi, questi, che potrebbero avere rilevanza nelle vicende sulla formazione del contratto con sistemi di IA).

(47) Si veda, in tal senso, l'art. 50, par. 3, dell'AI Act, ove testualmente si prevede che «I *deployer* di un sistema di riconoscimento delle emozioni o di un sistema di categorizzazione biometrica *informano le persone fisiche che vi sono esposte* in merito al funzionamento del sistema e trattano i dati personali in conformità dei regolamenti (UE) 2016/679 e (UE) 2018/1725 e della direttiva (UE) 2016/680, a seconda dei casi. Tale obbligo non si applica ai sistemi di IA utilizzati per la categorizzazione biometrica e il riconoscimento delle emozioni autorizzati dalla legge per accertare, prevenire o indagare reati, fatte salve le tutele adeguate per i diritti e le libertà dei terzi e conformemente al diritto dell'Unione».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

contesti in cui si utilizza l'IA nella formazione del contratto. Inoltre, il diritto alla spiegazione, secondo l'impostazione dell'*AI Act*, può essere vantato dalla persona interessata nei confronti del *deployer*, per i processi decisionali da quest'ultimo adottati in base agli *output* provenienti dal sistema di IA. Sicché la normativa non pare comunque estendersi ai casi in cui l'utilizzo della tecnologia di IA per impieghi negoziali venga effettuato direttamente dall'utente, diverso dal *deployer*, per i processi decisionali riconducibili all'utente medesimo (48).

Neanche gli obblighi connessi alla «*Sorveglianza umana*», disciplinata all'art. 14 dell'*AI Act*, appaiono idonei ad accordare un'adeguata tutela del contraente di fronte ai rischi promananti dall'impiego di strumenti di IA nelle dinamiche contrattuali. Tale articolo richiede che i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio siano «progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui sono in uso», ponendo altresì l'obbligo, a carico del fornitore, di prevedere misure di intervento e controllo del sistema di IA, eventualmente adatte ad essere attuate dal *deployer*. La norma *de qua* non prevede però che le misure di sorveglianza siano predisposte per essere attuate anche dagli utenti, diversi dai *deployer*, che interagiscono con il sistema di IA, come avviene qualora ricorrano al sistema medesimo per lo svolgimento dell'attività negoziale.

Sembra che il legislatore europeo abbia curato la previsione di alcune specifiche misure per gestire i requisiti di sicurezza dei sistemi di IA – *in primis* quelli ad alto rischio – preoccupandosi di individuare obblighi e divieti per i soggetti che operino commercialmente lungo la catena di valore dell'IA, tralasciando però l'ultimo segmento di tale catena, segnatamente l'utente finale, allorché utilizzi il sistema di IA per porre in essere un'attività di tipo relazionale e basata sull'AI *decision making*, com'è quella contrattuale assistita da tecnologie di *artificial intelligence*.

Il punto è proprio questo: occorre che la "sorveglianza umana" sia organizzata in modo da non lasciare il controllo nelle sole mani di chi

(48) Si pensi ad esempio al caso in cui un *deployer* metta a disposizione il proprio sistema di IA agli utenti, che ne facciano uso per porre in essere autonomi processi decisionali in proprio favore, nei confronti di altri utenti (come potrebbe avvenire ad esempio nel caso in cui un *deployer* organizzi un sistema di contrattazione *AI-based* nell'ambito di un portale di commercio elettronico, che permetta agli utenti della propria piattaforma di concludere tra loro l'attività contrattuale, con processi decisionali non imputabili direttamente al *deployer*, ma all'utente che si avvalga del sistema organizzato dal *deployer* medesimo).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

predispone la tecnologia o di chi si trovi comunque nel primo segmento del ciclo di vita dell'IA: occorre cioè che la *human oversight* sia progettata ed attuata in modo da articolare i "*meccanismi di controllo*" sull'uso dell'IA in tutto il suo ciclo di vita e non solo nella parte di esso in cui si concentra la catena di valore dell'IA, in senso produttivo (industriale e commerciale). Più esplicitamente, non basta che l'utente finale sia considerato quale soggetto da tutelare nell'ambito del principio di trasparenza, ma è necessario che la tutela passi anche per l'attribuzione di strumenti di controllo e di intervento diretto, sia sul piano tecnologico che su quello giuridico.

Sul piano tecnologico in ambito contrattuale, ad esempio, potrebbero essere implementati, a favore degli utenti finali, pannelli di controllo o *dashboard* in grado di monitorare in tempo reale le analisi in corso di svolgimento ad opera del sistema di IA, orientare le scelte non solo con le funzioni di *input* iniziale (immesse ad esempio con un *prompt*) ma anche durante le fasi di operatività del sistema medesimo prima di giungere al risultato finale (ad esempio, mediante comandi in grado di restringere o variare le scelte in corso, oltre ad una sorta di "*stop button*" in grado di interrompere il processo prima della conclusione del contratto) ([49]). Sul piano giuridico, la regolamentazione sull'IA richiede la messa a punto di strumenti di controllo e di gestione del contratto successivi alla sua formazione, che restituiscano al contraente adeguati poteri di intervento sul contratto (*in primis* il diritto di recesso *ad nutum*) e, con essi, la centralità della scelta autodeterminativa, di cui è opportuno che il contraente si riappropri, senza delegarla alla controparte contrattuale, come invece si limita a fare il miope meccanismo congegnato nell'art. 22 GDPR.

Quest'ultima norma, considerata il cardine della tutela per l'interessato di fronte al trattamento automatizzato di dati personali, prevede per quest'ultimo il diritto a «non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona» ([50]). Tuttavia, qualora «(...) la decisione (...) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto

---

([49]) Un esempio può riguardare il caso in cui le istruzioni impartite per la conclusione del contratto richiedano di monitorare le offerte disponibili entro un lasso temporale più o meno circoscritto, per fruire di eventuali effetti benefici derivanti da fluttuazioni del mercato (come avviene nel mercato azionario) o di promozioni commerciali (come avviene nel mese di novembre per il "*black Frieday*", il "*cyber Monday*" ed altre offerte analoghe volte a stimolare l'impulso agli acquisti in vista del periodo natalizio o in altri periodi significativi).

([50]) Art. 22, par. 1, GDPR.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tra l'interessato e un titolare del trattamento» (51), l'anzidetta tutela non trova applicazione, fermo restando l'obbligo per il titolare del trattamento di attuare «misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione» (52). Sicché, in ambito contrattuale, la disciplina richiede pur sempre che vi sia un intervento umano da parte del titolare del trattamento, *ex ante* o *ex post*, a cui è rimessa la *governance* della decisione. In materia contrattuale tuttavia la decisione si inserisce nelle dinamiche del consenso rilevante ai fini della formazione di un accordo tra più parti, sicché l'intervento umano e il diritto a rivedere la decisione, presa mediante sistemi di intelligenza artificiale, non può essere riversata solamente sul titolare del trattamento, perché non terrebbe adeguatamente conto delle esigenze di tutela connesse al rispetto del fondamentale principio di autonomia contrattuale e libertà di autodeterminazione. Al contrario, andrebbe assicurata anche al medesimo interessato, con l'ideazione di meccanismi *ad hoc*, tecnologici e giuridici, improntati alla speditezza, in grado di assicurare capacità di intervento e di revisione delle decisioni basate sulla profilazione personalizzata, fino a rimettere in discussione la medesima ove non in linea con gli effetti giuridici voluti e previsti o prevedibili allorché ci si sia avvalsi del sistema di IA per lo svolgimento dell'attività contrattuale.

Il recesso *ad nutum*, accordato sistematicamente in ragione dello *status* di contraente che ricorra a sistemi di contrattazione basati su IA – e dunque al di là del più angusto campo di applicazione dei contratti a distanza tra consumatori e professionisti – è senz'altro il primo dei meccanismi di tutela da considerare, perché, senza il ricorso all'autorità giudiziaria, permette di ridare centralità alla scelta dell'uomo, nella prospettiva di una piena realizzazione della sua capacità autodeterminativa e del principio di autonomia contrattuale.

(51) Art. 22, par. 2, GDPR.
(52) Art. 22, par. 3, GDPR.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Massimo Gazzara

DELLA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO MORALE

Sommario: 1. La specificità del problema quantificatorio del danno morale in rapporto a quello generale della categoria del danno non patrimoniale. – 2. Il dibattuto problema della prova del danno morale. – 3. La funzione della riparazione del danno tra sanzione e compensazione. – 4. I criteri integrativi del mero giudizio equitativo. – 5. L'illecito endofamiliare. – 6. Il danno non patrimoniale da inadempimento. – 7. La riparazione in forma specifica. – 8. Considerazioni conclusive.

1. – Non è azzardato affermare che ben poche tematiche, nell'ambito del diritto civile, hanno suscitato, in questo primo quarto di secolo, un interesse dottrinario e, soprattutto, giurisprudenziale paragonabile a quello riservato al danno non patrimoniale.

Tale è stato il profluvio di interventi pretori, non di rado contraddittori, e tale la messe di contributi, che impresa vana potrebbe apparire quella di offrire alla discussione un qualche spunto di originalità.

Un versante di indagine forse ancora meritevole di un qualche approfondimento è quello relativo ai criteri di liquidazione del danno, con particolare riferimento alla figura da tale punto di vista più sfuggente e problematica, che è certamente quella del danno morale strettamente inteso.

La tradizionale diffidenza del legislatore nei confronti della figura e lo stesso art. 2059 c.c. che ne limita (va) la risarcibilità ai soli casi previsti dalla legge si spiegano in larga misura proprio con la doppia caratteristica propria di questa tipologia di danno: un danno di cui è difficile provare la sussistenza e un danno di ancor più difficile quantificazione [1].

---

[1] Va osservato, sul punto, che all'epoca della codificazione la figura del danno non patrimoniale e quella del danno morale strettamente inteso erano, nella *communis opinio*, quasi coincidenti e sostanzialmente sovrapponibili. Nella Relazione al codice civile (nota 803) si afferma: «Circa il riconoscimento dei danni c.d. morali... si è ritenuto di non estendere a tutti la risarcibilità che l'art. 185 del codice penale pone soltanto per i reati». Autorevole dottrina (R. Scognamiglio, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 284 e ss.) sostenne apertamente l'opinione che la limitazione di cui all'art. 2059 andasse riferita al solo danno morale strettamente inteso, così da escludere dalla sfera applicativa di tale norma i diritti della persona e della personalità.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Problema che, benché comune all'intera macrocategoria del danno non patrimoniale, non a caso definito, in negativo, anche come «ogni modificazione peggiorativa che non si presta ad una oggettiva e diretta valutazione in denaro» (2) è stato tuttavia parzialmente risolto per le altre due sottocategorie che assieme al danno morale concorrono a formare il macroinsieme del danno non patrimoniale: quella del danno esistenziale, o alla vita di relazione, o dinamico/relazionale che dir si voglia, e quella del danno biologico.

Dopo una lunga e travagliata parabola giurisprudenziale, che lo ha visto transitare a lungo – al più o meno dichiarato scopo di sottrarlo alla sfera di applicazione dell'art. 2059 – persino nell'area del danno patrimoniale (3), o comunque, in una terra di mezzo tra danno patrimoniale e non patrimoniale (4), quest'ultimo ha trovato espresso riconoscimento normativo prima nell'art. 5 comma 3 della L. 5 marzo 2001 n. 57 (5), che lo definiva, secondo una nozione ampiamente consolidata e condivisa, "la lesione all'integrità psicofisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale", e poi negli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni, che, nel consacrare il metodo tabellare quale criterio di risarcimento per i danni alla persona derivanti dalla circolazione di veicoli o natanti, ne

---

(2) ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato,* Milano, 1962, VII ed., p. 387; BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria, in Tutela della salute e diritto privato,* Milano, 1978, p. 534 e 537; MANTOVANI, Voce *Danneggiamento,* in *Nov. dig. it.,* V, Torino, 1960, p. 115; BONILINI, *Il danno non patrimoniale,* Milano, 1983, p. 79 e ID., Voce *Danno morale,* in *Dig. disc. priv., sez.* civ., ris., Torino, 1995, p. 85; POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano,* Roma, 1914, I, p. 580.

(3) Pietra miliare di tale percorso interpretativo è la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 184 del 14 luglio 1986, ove si identifica il danno non patrimoniale con il solo danno morale soggettivo «consistente in ingiuste perturbazioni dell'animo, o in sensazioni dolorose», sì da ritenere il danno biologico estraneo alla regola di limitata risarcibilità prevista dall'art. 2059. In dottrina cfr. MASTROPAOLO, *Tutela della salute, risarcimento del danno biologico e difesa delle immissioni,* in *Giur. it.,* 1984, I, l, p. 537; ALPA, *Il danno biologico e le tecniche di valutazione della persona,* in *questa rivista,* 1985, p. 65 e ss.; BUSNELLI, *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 1987, p. 40 e ss.

(4) Protagoniste di questa «prima fase» nella linea di sviluppo del danno biologico sono senza dubbio le Corti genovesi (cfr., per tutte, Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.,* 1974, l, 2, 53 e ss.) seguite poi dalla Giurisprudenza di legittimità: Cass. 6 aprile 1983, n. 2396, in *Resp. civ. prev.,* 1983, 760, nonché in *Giur. it.,* 1984, I, 1, c. 537, con nota di MASTROPAOLO; Cass. 11 novembre 1986, n. 6607, in *Giust. civ.,* 1986, I, p. 3032, e in *Foro it.,* 1987, I, c. 833, con nota di PRINCIGALLI.

(5) E ancor prima nell'art. 13 del d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38 che «in via sperimentale, ai fini della tutela dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali» lo definiva come «la lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ampliano la nozione identificandolo con «la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito». L'applicazione delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 c. ass. è stato poi esteso, dall'art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) e già prima, dall'art. 3, comma 3, del decreto Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 158) ai danni da *medical malpractice*.

Rispetto all'abrogata disposizione del richiamato art. 5 della l. n. 57 del 2001, lo scopo, solo parzialmente raggiunto, è quello di "inglobare" nella definizione (e nella relativa quantificazione) del danno biologico anche il danno esistenziale che possa considerarsi ordinaria conseguenza della lesione, ferma restante la possibilità, per il danneggiato, di provare che la menomazione abbia inciso su «aspetti dinamico relazionali documentati e obbiettivamente accertati» del tutto soggettivi, e tipici e particolari di quel singolo individuo, nel qual caso è ammessa una maggiorazione fino al 30% dell'importo tabellare per le c.d. macrolesioni (superiori al 9% di danno biologico) e del 20% per le c.d. Micropermanenti, per le quali tuttavia tale maggiorazione è ammessa anche nell'ipotesi in cui la lesione *causi o abbia causato una sofferenza psico-fisica di particolare intensità,* il che autorizzerebbe a pensare che il valore del punto copra anche il danno morale per così dire "ordinario", conseguente alla microlesione, e che comunque l'importo massimo liquidabile, anche per quello di straordinaria entità, non possa eccedere la misura del 20% di quanto liquidato a titolo di danno biologico.

I sinistri stradali e quelli da responsabilità sanitaria rappresentano le ipotesi di più frequente ricorrenza di danno alla persona e quelle relativamente alle quali si genera statisticamente gran parte del contenzioso, sicché è in riferimento ad essi che più stringente si manifesta l'esigenza, da un lato, di assicurare una uniformità di trattamento alle vittime, dall'altro di predeterminare l'entità dei risarcimenti al fine di garantirne una adeguata copertura assicurativa, non a caso prevista come obbligatoria in entrambe le ipotesi (6).

---

(6) Come noto, l'obbligo assicurativo gravante sulle strutture sanitarie è tuttavia temperato dalla facoltà di fare ricorso ad *altre analoghe misure per la responsabilità civile;* si tratta del fenomeno impropriamente detto della autoassicurazione, dell'appostazione cioè a bilancio di alcune poste destinate a coprire gli eventuali esborsi connessi ai risarcimenti dovuti ai danneggiati, recentemente oggetto di regolamentazione di dettaglio ad opera del Decreto Interministeriale n. 232 del 15 dicembre 2023.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Ciò non fuga tuttavia i dubbi di legittimità costituzionale di una o più norme che prescrivano una liquidazione secondo parametri fissati *ex lege* per i danni derivanti da particolari fattispecie generative, mentre lo esclude per altre; dubbi altresì alimentati dalla interpretazione giurisprudenziale prevalente secondo cui la normativa in questione, atteso il carattere di specialità, sarebbe insuscettibile di applicazione analogica (7).

Appare infatti arduo giustificare una disparità di trattamento, sotto il profilo della monetizzazione, ad esempio tra due danni alla salute di medesima entità subiti da un soggetto di pari età, per il sol fatto che uno sia stato vittima di un investimento stradale e l'altro di una caduta sulle scale malferme di un condominio.

Il danno morale strettamente inteso mantiene una sua autonomia ontologica e funzionale tanto dal danno biologico che da quello esistenziale e sfugge tendenzialmente a qualsiasi riferimento tabellare, sicché, anche di recente, la S.C. ha avuto modo di ribadire che «in presenza d'un danno alla salute, non costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione d'una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e d'una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medicolegale del grado percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore (quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione)» (8).

Se, tuttavia, laddove il danno morale sia in stretta connessione o si configuri come conseguenza di un danno alla salute, può ritenersi sufficientemente consolidata la prassi di quantificarlo in una percentuale del danno biologico – percentuale che varia in rapporto alla entità della lesione subita, sino a presumersi pari o prossima allo zero nell'eventualità di micro permanenti di modesto valore – (9), il problema dell'accertamento e della quantificazione si manifesta in tutta la sua difficoltà ove si verta in ipotesi di danni che prescindono del tutto da una lesione all'integrità fisica

(7) Cfr., *ex plurimis*, Cass., 5 settembre 2023, n. 25922, in *One legale*, cui andranno riferite tutte le successive citazioni di giurisprudenza prive di specifiche indicazioni.

(8) Cass., 27 marzo 2018, n. 7513.

(9) Cfr. Cass., 3 marzo 2023, n. 6444, ove si propugna «la ragionevole affermazione del principio declinabile sul piano probatorio secondo cui, al riconoscimento di danni biologici di lieve entità (come avvenuto nel caso di specie: 4% di postumi permanenti), corrisponderà un maggior rigore nell'allegazione e nella prova delle conseguenze dannose concretamente rivendicate, dovendo ritenersi normalmente assorbite, nel riscontrato danno biologico di lieve entità (salva la rigorosa prova contraria), anche le conseguenze astrattamente considerabili sul piano del c.d. danno morale».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

obbiettivamente accertabile ed è appunto riguardo a tali ipotesi che il presente contributo si propone di offrire qualche spunto ricostruttivo.

2. – Il primo profilo problematico attiene al tema della prova.

È in certa misura intuitivo che, ad esempio, la perdita di uno stretto congiunto, o il disinteresse affettivo di un genitore, o ancora l'essere stato oggetto di un trattamento diffamatorio, siano fonti di sofferenza, e dunque di un danno morale risarcibile.

Se, tuttavia, ciò è quanto avviene nella normalità dei casi, non può astrattamente negarsi, in via del tutto ipotetica, che un evento luttuoso che la coscienza comune considera produttivo di uno dei danni morali di più immediata evidenza e di più forte intensità possa di fatto, in un caso specifico, rivelarsi privo di ogni afflittività.

Si pensi ad un figlio che abbia in odio il genitore al punto di non voler con lui alcuna forma di rapporto o di auspicarne la morte, o addirittura di progettarne l'uccisione, o ancora ad un coniuge che, perduta ogni forma di *affectio maritalis*, non desideri altro che separarsi ed interrompere una relazione divenuta insostenibile.

Per questi soggetti la perdita del congiunto, ad esempio per effetto di un comportamento illecito di un terzo, potrebbe configurarsi affettivamente irrilevante, e tuttavia il punto di domanda rimane questo: è possibile provare il dolore? O, in casi statisticamente marginali, l'assenza di dolore?

È ragionevole e persino morale chiedere ad un genitore di dimostrare quanto la morte del figlio abbia lacerato il suo tessuto emotivo? E quali sarebbero gli indici da cui desumere l'entità della sofferenza?

Di fronte a diverse fattispecie di eventi produttivi di danni morali ripetere, come fa una certa giurisprudenza di legittimità [10], che il danno non patrimoniale debba essere «allegato e provato» diventa poco più di un esercizio retorico, utile a disconoscere e negare legittimità al concetto di danno *in re ipsa*, che pure, in una concezione più risalente e tradizionale, non si discosta molto, sul piano operativo, da quelle che sono le consolidate regole probatorie per l'accertamento, se tale lo si voglia definire, del danno morale.

---

[10] Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Danno e resp.*, 2009, p. 279, con mia nota *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS.UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*; Cass., 10 maggio 2018, n. 11269; Cass., 13 maggio 2011, n. 10527. In tema di illecito diffamatorio, Cass., 8 luglio 2022, n. 21723, in *Danno e resp.*, 2023, p. 201, con nota di ANDREOLA, *Illecito diffamatorio a mezzo giornale telematico, danno e onere della prova*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Se, infatti, è giusto tenere concettualmente separati il concetto di lesione e quello di danno (non fosse altro per l'ovvia constatazione che da un'unica lesione di un diritto della persona o della personalità possono generarsi differenti tipologie di danni risarcibili), è altrettanto vero che assumere che da una certa lesione scaturisca naturalmente, o per dati di comune esperienza e secondo *l'id quod plerumque accidit*, un danno morale (11) equivale agli effetti pratici a dire che, provata la lesione, risulterà automaticamente provata (o più correttamente presunta) la conseguenza dannosa sub specie di danno morale (12).

Quando infatti si abbraccia la tesi in virtù della quale «non si ravvisano ostacoli sistematici al ricorso al ragionamento probatorio fondato sulla massima di esperienza specie nella materia del danno non patrimoniale, e segnatamente in tema di danno morale» giacché «tale strumento di giudizio consente di evitare che la parte si veda costretta, nell'impossibilità di provare il pregiudizio dell'essere, ovvero della condizione di afflizione fisica e psicologica in cui si è venuta a trovare in seguito alla lesione subita, ad articolare estenuanti capitoli di prova relativi al significativo mutamento di stati d'animo interiori da cui possa inferirsi la dimostrazione del pregiudizio patito» (13) si riprendono argomentazioni dottrinali autorevolmente sostenute già all'inizio del secolo scorso a sostegno della concezione del danno morale come danno, appunto, *in re ipsa* (14).

La differenza non sta tanto nella prova positiva del danno che, se offerta a mezzo di presunzioni semplici o massime di esperienza, non

---

(11) Così, in riferimento al danno parentale, «l'esistenza stessa del rapporto di parentela fa presumere la sofferenza del familiare». *Ex plurimis*, Cass., 14 febbraio 2023, n. 4571, in *Danno e resp*., 2023, p. 735, con nota di MARTINO, In re ipsa *o presuntivo: il danno da perdita o lesione del rapporto parentale tra causalità penale e causalità civile;* Cass., 22 agosto 2022 n. 25541, in *Danno e resp.*, 2023, p. 195, con nota di BARBERIO, *Danno da perdita del rapporto parentale: fra danni* in re ipsa *e danni presuntivi*.

(12) In tema di lesione di diritti della persona costituzionalmente garantiti la distinzione tra danno evento e danno conseguenza sconta un eccesso di concettualismo e mostra la sua artificiosità. Cfr. sul punto l'opinione, alquanto tranchant, di M. BIANCA, *Danno-evento e danni conseguenze con riguardo ai rapporti familiari*, in *Responsabilità civile e penale della famiglia*, Milano 2022, che nell'ambito di un'argomentazione fortemente critica, la definisce «una complicazione del sistema».

(13) Cass., 10 novembre 2020, n. 25164.

(14) MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, Milano, 1901, «se il giudice richiedesse la prova del danno non patrimoniale… farebbe cosa vana e contraria ai principi del senso comune che autorizza certamente ad affermare che a certe date cause corrispondono determinati e noti effetti». Analogamente, SCUTO, *Osservazioni sul danno non patrimoniale e sulla sua risarcibilità nel nostro diritto positivo*, in *Dir. e giur*., 1953, p. 460 e ss. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3ª ed., Milano, 1979, I, p. 581, parla di «obbiettiva impossibilità della stessa prova».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

richiede alla parte attrice presunta danneggiata alcuno sforzo dimostrativo (15), quanto nella astratta possibilità della prova contraria offerta alla parte convenuta (16), prova, tuttavia, in un numero tutt'altro che trascurabile di casi, quasi impossibile a darsi (17).

La stessa idea che la prova debba vertere sull'afflizione morale patita dal danneggiato, e che dunque il risarcimento si configuri, secondo una antichissima accezione, quale *pretium doloris,* è smentita dalla prassi ormai consolidata di accordare il ristoro del danno morale anche alle persone giuridiche (18), enti sovra personali incapaci di provare sofferenza, ma titolari di tipici diritti della personalità un tempo ritenuti di esclusiva spettanza delle persone fisiche, come il diritto all'onore e alla reputazione (19), ma anche a soggetti incapaci di percepire l'offesa (20), come ad esempio al nascituro.

3. – Un ruolo non marginale gioca, tanto sotto il profilo probatorio quanto sul piano della quantificazione del danno, la tesi che si intenda abbracciare circa la funzione da attribuirsi al risarcimento.

Mai come nella riparazione del danno morale funzione compensativa e funzione afflittivo-sanzionatoria si sovrappongono, il che si spiega anche con la commistione che in *subiecta materia* frequentemente si rinviene tra illecito civile e reato penale.

Laddove infatti si ritenga che, come per qualsiasi altra specie di danno, scopo del risarcimento sia essenzialmente, se non esclusivamente, quello di compensare una perdita, seppur non apprezzabile *a prix d'argent*, una certa indagine circa la ricorrenza e l'entità delle conseguenze dannose

---

(15) S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 895 e ss., evidenzia la contraddizione tra l'affermazione secondo cui il danno da uccisione del familiare non può considerarsi *in re ipsa* e l'iter argomentativo seguito dalle Corti che conduce all'affermazione del danno senza che l'attore fornisca alcuna prova.

(16) Lo chiarisce molto bene Cass., 30 agosto 2022, n. 25541, cit.

(17) FRANZONI, *Danno morale*, in *questa rivista* 1990, p. 375 e ss.

(18) Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26975 e Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Corriere giur.*, 2017, 1042 e segg., con nota di DI MAJO, P*rincipio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva;* in *Foro it*., 2017, I, p. 435 ss., con nota di PONZANELLI, *Polifunzionalità della responsabilità civile tra diritto internazionale privato e diritto privato*; in *Danno e resp*., 2017, p. 437 ss., con nota di MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*; in *Resp. civ. prev*., 2017, p. 1109 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio.*

(19) Cass., 8 gennaio 2019, n. 207 e Cass., 4 giugno 2007, n. 12929.

(20) Cass., 3 maggio 2011, n. 9700, in *Corriere giur*., 2012, 382, con nota di SUPPA *Risarcimento del danno anche al concepito nato dopo la morte del padre nell'incidente stradale*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

patite dal danneggiato, seppur basata su dati di comune esperienza, diviene in certa misura ineludibile.

Tuttavia, il principio di integralità del risarcimento di cui all'art. 1223 c.c., più volte evocato al fine di evitare rischi di *overcompensation*, sia sotto il profilo della tipologia dei pregiudizi risarcibili (le tanto temute duplicazioni risarcitorie) che su quello dell'entità della valutazione, sembra – trattandosi peraltro di principio dettato in tema di responsabilità contrattuale, esteso, per il medio dell'art. 2056 c.c., a quella aquiliana – modellato essenzialmente sul danno patrimoniale.

Vi è dunque chi, fondatamente a mio avviso, contesta alla radice che il concetto stesso di perdita da risarcire, così come i criteri di liquidazione del danno previsti dagli artt. 1223 e ss. c.c., si attaglino invece al danno morale, la cui riparazione corrisponde a finalità del tutto diverse (21), dato per scontato che determinati pregiudizi di natura morale siano per loro natura irrisarcibili, seppur per equivalente (22).

Finalità alle quali non può ritenersi estranea anche una funzione afflittivo sanzionatoria e deterrente (23) che sembra ormai, senza infingimenti

---

(21) SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 524 e ss.

(22) Proprio la irreparabilità di taluni pregiudizi di ordine morale induce a dubitare della tesi che attribuisce efficacia satisfattiva alla liquidazione del danno morale, ovverossia della capacità di una somma di danaro riconosciuta alla parte offesa di compensare, attraverso il suo godimento e la sua disponibilità, il pregiudizio subito. Ciò sarà forse astrattamente possibile per i pregiudizi di più modesta entità e di minor valore. Si pensi al danno da vacanza rovinata ove l'attribuzione di una somma pari al valore del viaggio o della vacanza potrà effettivamente compensare il viaggiatore insoddisfatto, consentendogli di godere di altra vacanza "sostituiva" a spese dell'organizzatore inadempiente, ma certo nessuna somma di danaro potrà mai compensare, ad esempio, l'uccisione di uno stretto congiunto o una grave lesione dell'onore e della reputazione. Prova ne è che non è raro, in questa seconda ipotesi, che, ottenuta una somma di danaro a titolo di riparazione, la vittima la destini ad Enti morali o ad iniziative benefiche, a dimostrazione che la "soddisfazione" del leso si sostanzia nel riconoscimento della offesa subita e della responsabilità dell'agente, più ancora che nel denaro ricevuto.

(23) L'opinione è diffusa in dottrina; cfr. BONILINI, *Danno morale*, cit., p. 86; A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 227, secondo il quale: «è difficile negare che il danno non patrimoniale rechi una componente sanzionatoria evidente, sol che si rifletta sulla sua connessione con l'art. 185 c.p., (...) ma, (...) anche con riferimento alla più moderna lettura costituzionalmente orientata». Cfr., altresì, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 85, secondo cui «non si può non considerare l'art. 2043 c. c. norma centrale (relativa a qualsiasi danno, patrimoniale o no, purché ingiusto) e limitare la funzione dell'art. 2059 c.c. a quella sanzionatoria e il suo ambito applicativo alle sole ipotesi di danno morale soggettivo».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di facciata, riconosciuta pienamente alla responsabilità civile anche dalla S.C., nella sua più autorevole composizione (24).

Senza che simile affermazione, abbastanza ovvia e scontata a voler guardare la prassi pretoria con lenti scevre da preconcette posizioni di principio, a volte connotate da furore ideologico, suoni come una presa di posizione sul dibattuto ma del tutto diverso problema dei danni punitivi, i quali si connotano per una funzione preminentemente, se non esclusivamente, sanzionatoria di un dato comportamento, indipendentemente dai riflessi della condotta nella sfera giuridica del danneggiato/creditore (25).

4. – È infatti abbastanza ovvio e ragionevole che, in relazione a diverse fattispecie produttive di un danno morale, sull'entità del risarcimento (*rectius* della riparazione) giochi in maniera più o meno esplicita anche una valutazione in termini soggettivi del comportamento del danneggiante, nel senso che quanto più riprovevole si configurerà la condotta del responsabile, tanto maggiore sarà l'entità dell'importo liquidato alla vittima.

A tale risultato può giungersi attraverso due linee argomentative apparentemente inconciliabili, ma di fatto convergenti quanto agli effetti pratici.

Sostenendo, per i difensori di una funzione meramente compensativa della responsabilità civile, che, ad esempio, il comportamento doloso dell'agente, la reiterazione del contegno offensivo, la gravità della condotta, incidano sulla percezione del danno da parte della vittima, che ne sarà particolarmente afflitta, con le relative conseguenze sulla quantificazione del danno (26).

Ovvero sostenendo, più apertamente e meno ipocritamente, che in tema di liquidazione del danno morale gravità della condotta e gravità delle conseguenze che ne scaturiscono molto spesso coincidono (27), il

---

(24) Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., ove è possibile leggere il seguente passaggio argomentativo: «Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile».

(25) Conf. S. PATTI, *Pena privata*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1995, p. 354.

(26) Per tutti cfr. C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *giustiziacivile.com,* 31 gennaio 2018, p. 7.

(27) Ciò può certamente affermarsi riguardo alle fattispecie di danni derivanti dalla lesione dell'onore e della reputazione, relativamente alle quali un ruolo essenziale, ai fini della liquidazione, gioca, oltre ovviamente alla gravità della condotta falsamente attribuita alla vittima, anche in rapporto alle condizioni personali, sociali e lavorative di quest'ultima, la diffusione del mezzo utilizzato per realizzare l'offesa e, saremmo tentati di dire, in un

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che non vale invece riguardo al danno patrimoniale, che, una volta acclarato nella sua esatta dimensione quantitativa, come nella gran maggioranza dei casi può avvenire con assoluta precisione, va risarcito in tale misura indipendentemente dall'elemento soggettivo caratterizzante la condotta che lo ha provocato [28], sicché, con riferimento a tale specie di danno, una liquidazione maggiore del danno concretamente subito si sostanzierebbe effettivamente in un risarcimento punitivo.

Se dunque il criterio che guarda alla condotta dell'autore dell'illecito può considerarsi uno degli elementi di valutazione nella quantificazione del danno morale, maggiori perplessità suscita invece l'opinione che attribuisce rilievo alla condizione patrimoniale del danneggiante [29].

Nell'ambito di un sistema di responsabilità civile (a differenza di quanto avviene in ambito penalistico, cfr. art. 133 c.p.) la situazione economica dell'autore dell'illecito deve ritenersi neutra sotto il profilo del *quantum* risarcitorio.

E ciò sia che si voglia privilegiare una funzione sanzionatoria, perché non è chiaro in base a quale criterio, ad esempio, l'offesa di un uomo ricco dovrebbe stimarsi di valore superiore a quella di un nullatenente, sia che, conformemente all'opinione di gran lunga prevalente in dottrina e giurisprudenza, si privilegi invece una funzione compensativa, posto che la gravità dell'offesa non può certo parametrarsi alle condizioni economiche dell'offensore [30].

L'adozione di un siffatto criterio non farebbe che aggravare le disparità di trattamento liquidativo fra danni consimili da più parti denunziata, fenomeno che assume in taluni casi dimensioni oggettivamente inaccettabili, seppur in una materia in cui l'equo apprezzamento del Giudice costituisce un principio ineludibile e un criterio per molti versi obbligato.

Di tali disparità, che finiscono per ispirare all'interprete una modesta fiducia nella libera valutazione del Giudice e dunque a orientarlo alla

---

contesto informativo dominato dalle fake news, anche il grado di attendibilità della fonte. Cfr., sul punto, C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e I danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. prev*., 2017, 1121.

[28] In senso non dissimile. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi, tra effettività, punizione e deterrenza*, in *Resp. civ. prev*., 2019, p. 22.

[29] MANUALI, *Problemi del risarcimento del danno non patrimoniale in giurisprudenza*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1988, p. 188. Seppur in senso dubitativo, SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile,* cit., p. 527. Il criterio si rinviene in alcune risalenti pronunzie giurisprudenziali. Cfr. Cass., 4 gennaio 1967, n. 15, in *Resp. civ. prev*., 1967, p. 571; Cass., 15 gennaio 1962, n. 40, *ivi*, 1962, p. 340.

[30] Altro è ovviamente tenere conto nella valutazione complessiva della fattispecie anche del vantaggio patrimoniale che l'autore dell'illecito ha tratto dal suo comportamento.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ricerca di argini quanto più possibile misurabili e prevedibili alla «anarchia liquidatoria» (31), ricorrono nell'esperienza pretoria diversi esempi, assurti in taluni casi anche agli onori della cronaca extragiudiziaria.

Uno per tutti il celeberrimo caso Vieri, che vide il noto calciatore convenire in giudizio la società dell'Inter per il danno da lesione della privacy attuata attraverso un indebito controllo sulla sua corrispondenza telefonica e sulla sua vita privata, danno quantificato in I grado nella cifra record di un milione di euro (32), poi ridotta in Appello ad ottantamila euro (33).

Altro terreno nel quale si registrano trattamenti liquidatori manifestamente sproporzionati, pur in presenza di fattispecie similari, è quello degli illeciti endofamiliari.

5. – Valga per tutte l'ipotesi del danno da abbandono o disinteresse affettivo da parte del genitore, sulla cui risarcibilità si registra ormai da tempo opinione comune in dottrina e in giurisprudenza, ma per la cui liquidazione la prassi pretoria registra trattamenti anche grandemente differenziati (34) come assai diversificati sono i principi enucleati per giungere alla liquidazione.

È assai frequente l'utilizzo, come parametro di riferimento, degli importi liquidati per il danno da perdita del rapporto parentale per decesso del genitore causato dall'illecito, diminuiti di una percentuale variabile, ma sempre sensibile, in misura che va dal 60 all'80% (35).

Si tratta di un accostamento comprensibile ma altamente opinabile.

Il dolore per l'abbandono e il colpevole totale disinteresse del genitore può essere infatti persino superiore a quello causato dalla morte del genitore stesso ad opera di un terzo, essendo il primo evento addebitabile in

---

(31) G. NAVONE, *La liquidazione monetaria del danno non patrimoniale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 386.

(32) Trib. Milano, 3 settembre 2012, n. 9749, in *Danno e resp*., 2013, 51 e ss., con nota di FOFFA, *Il caso Vieri: quanto vale la lesione della privacy*, e ivi, 309 e ss., con nota di GARIBOTTI, *La quantificazione del danno da lesione della privacy di un calciatore*.

(33) App. Milano 22 luglio 2015, in *Danno e resp*., 2015, 1057 ss. con note di PONZANELLI, *Quanto vale la riservatezza di un giocatore di calcio?* e FOFFA, *Il caso Vieri: secondo tempo*; in *Resp. civ. prev*., 2016, p. 957 ss., con nota di PERON, *Ancora sul risarcimento del danno non patrimoniale da violazione della "*privacy*"*.

(34) Ne offre una ampia e significativa casistica ROSSETTI, *Responsabilità e liquidazione del danno*, in AA.VV., *Responsabilità civile e penale della famiglia*, 2022, 143 e ss., casistica dalla quale emerge una quantificazione del danno che varia da un minimo di 15.000 a un massimo di 150.00 euro.

(35) Cfr. Trib. Milano, sez. IX, ord., 23 luglio 2014, in *Fam. e dir*., 2015, p. 43 ss., con nota di VERONESI, *Sulla determinazione tabellare del danno endofamiliare*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

via esclusiva ad una precisa scelta e dunque percepito come un chiaro segno di rifiuto (36), mentre il secondo, specie se conseguenza di fatti puramente colposi, potrà essere vissuto come un evento luttuoso di fato avverso, collocato peraltro in una precisa dimensione temporale, a differenza del patema scaturente dall'incuria, che rischia di rinnovarsi di giorno in giorno.

La stessa "reversibilità" della perdita derivante dall'abbandono, addotta a giustifica di un quantum risarcitorio significativamente più basso di quello concesso per il caso morte, può costituire un argomento spendibile ove la parte lesa sia un soggetto in età infantile o adolescenziale, ma diviene assai debole quando la parte attrice sia una persona ormai adulta, che abbia completato il proprio processo di maturazione psicologica e che abbia dunque patito l'assenza della figura genitoriale nella fase della vita in cui il rapporto con essa si configura come più necessario e funzionale (37).

Simili esempi, ma molti altri potrebbero farsene, dimostrano come vana sia la prospettiva di contenere il potere equitativo del Giudice (che secondo una diffusa opinione dovrebbe anche tendere al trattamento quanto più possibile omogeneo di casi simili (38)) ipotizzando una tecnica liquidativa basata sulla media dei precedenti.

Quando i precedenti si configurano così manifestamente sbilanciati, quando per uno stesso caso un giudice ritiene equo liquidare una certa somma e un altro una somma di dieci volte superiore, è chiaro che anche la media tra le due valutazioni rischia di rivelarsi iniqua.

Né va coltivata l'illusione che la panacea di tutti i mali risieda nel ricorso al metodo tabellare.

Quest'ultimo ha sicuramente il pregio di fungere da guida per i danni di più frequente ricorrenza, traenti origine da fattispecie generatrici generalmente oggetto di copertura assicurativa, tanto da potersi affermare che

---

(36) Conf. BARBIERATO, *Osservazioni su risarcimento del danno e illeciti endofamiliari*, in *Resp. civ. prev.,* 2020, p. 2088.

(37) Cfr. MECCOLA, *Illecito endofamiliare e danno da privazione del rapporto affettivo genitore-figlio*, in *Jus civile,* 2021, p. 1775.

(38) Secondo un criterio definito da taluni di «equità collettiva», ma più esattamente riconducibile al principio di eguaglianza e di parità di trattamento. Cfr. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile,* cit., 529 e ss. In Giurisprudenza, cfr. Cass., 7 giugno 2011, n. 12408, in *Foro it.*, 2011, 2274, «L'equità ha anche la funzione di garantire l'intima coerenza dell'ordinamento, assicurando che casi uguali non siano trattati in modo diseguale, o viceversa: sotto questo profilo l'equità vale ad eliminare le disparità di trattamento e le ingiustizie. Alla nozione di equità è quindi consustanziale non solo l'idea di adeguatezza, ma anche quella di proporzione». «Così intesa, l'equità costituisce strumento di eguaglianza, attuativo del precetto di cui all'art. 3 Cost., perché consente di trattare i casi dissimili in modo dissimile, ed i casi analoghi in modo analogo».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

esso costituisca precipuamente un'esigenza del sistema assicurativo e della sua sostenibilità economica (39).

È tuttavia da escludersi un utilizzo generalizzato che abbracci le più diverse fattispecie di danni morali, senza dire che le difficoltà di applicazione più volte manifestatesi sono spesso foriere di problematiche maggiori e più complesse di quelle che si intenderebbero risolvere.

Ne sono testimonianza la tormentata vicenda della tanto attesa e sempre rimandata emanazione delle tabelle di legge sulle macrolesioni (40), e l'accidentato percorso del tentativo di liquidare con tabelle uniformi anche un danno morale puro come quello da perdita del rapporto parentale (41), tentativo ancora ben lungi dall'essere approdato ad un risultato unanime e condiviso.

Ciò non toglie che, relativamente a specifiche fattispecie, il potere puramente equitativo del giudice possa essere orientato e in certa misura delimitato da criteri integrativi di valutazione; è il caso, ad esempio, del danno morale da inadempimento.

6. – Anche relativamente a tale figura, che fino alla fine del secolo scorso vedeva una netta prevalenza dell'orientamento contrario alla sua ammissibilità (42) si registra ormai da tempo un'unanimità di vedute circa

---

(39) Di qui il ripetuto richiamo al sistema tabellare in tema di danno alla salute da Rc auto e danni non patrimoniali ad esso connessi. Cfr. Cass., 7 giugno 2011, n. 12408, cit.; Cass., 29 settembre 2015, n. 19211.

(40) Quando il presente lavoro era già in fase di correzione delle bozze è giunta notizia della approvazione del Dpr avente ad oggetto il Regolamento recante la tabella unica del valore pecuniario da attribuire a ogni singolo punto di invalidità tra dieci e cento punti**,** di cui ancora non è disponibile il testo definitivo, a seguito dei correttivi resisi necessari all'esito del parere negativo espresso dal consiglio di Stato alla prima stesura.

(41) Si registra, in dottrina, una tendenza a configurare i danni da lesione di una situazione giuridica soggettiva costituzionalmente riconosciuta alla stregua di una categoria di danni a sé stanti rispetto a quella del danno non patrimoniale, ovvero come una categoria autonoma nell'ambito del danno non patrimoniale stesso. Tale costruzione, che avrebbe lo scopo, similmente a quanto avvenuto in passato per il danno biologico e il danno esistenziale, di sottrarre tali fattispecie di eventi lesivi alle (un tempo) strette maglie dell'art. 2059 c.c., e dunque alla ricorrenza di una ipotesi di reato, si rivela superflua alla luce della lettura costituzionalmente orientata della norma avviata dalla Giurisprudenza costituzionale e di legittimità di inizio secolo. Può dunque tranquillamente affermarsi che la perdita del rapporto parentale o una lesione all'onore, alla *privacy*, all'identità personale, siano essenzialmente foriere di danni morali pacificamente risarcibili, come peraltro ripetutamente li qualifica la giurisprudenza. Senza negare, ovviamente, che alla lesione di tali diritti possano conseguire, in un numero più limitato di ipotesi, danni patrimoniali, biologici o dinamico relazionali, di cui andrà data prova rigorosa.

(42) Cass. 28 gennaio 1985, n. 472, in *Rep. Foro it.*, 1985, V. Previdenza sociale, 498; C. Appello di Perugia, 8 giugno 1998, in *Rass. giur. umbra*, 1999, 2, con nota di NASO,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la sua piena risarcibilità in almeno due ipotesi (43), aldilà delle fattispecie testualmente previste (44); quando il contratto sia finalizzato a soddisfare in via principale un interesse non economico (45), ovvero, per gli appassionati di un concetto in gran moda, quando la causa concreta, da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, contempli la realizzazione anche di un interesse non patrimoniale, nonché ogniqualvolta l'inadempimento medesimo incida su posizioni soggettive costituzionalmente garantite o comunque ritenute meritevoli di tutela secondo una valutazione sociale tipica (46), escludendosi dunque che possano costituire oggetto di risarcimento il disagio, il disappunto, lo stress che normalmente conseguono alla mancata o inesatta esecuzione della prestazione contrattuale (47).

Tenendo ben presente che, versandosi in tema di responsabilità contrattuale, un ruolo essenziale gioca il filtro, con la sola eccezione dell'inadempimento doloso, della prevedibilità del danno al momento del sorgere dell'obbligazione (48).

Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno morale; Trib. Bologna, 17 aprile 1975, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, p. 360; Cass., Sez. lav., 26 gennaio 1989 n. 473, in *Mass. Giur. lav.*, 1989, p. 210. Per la dottrina cfr., *ex plurimis*, R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit., p. 313 e ss.

(43) Cass., 11 novembre 2019, n. 28989; Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.; Cass., 29 maggio 2018, n. 13370.

(44) Tra le quali possono annoverarsi, a titolo esemplificativo, ma non esaustivo, l'art. 2087 c.c. in tema di contratto di lavoro, l'art. 1681 c.c. in tema di contratto di trasporto e l'art. 46 cod. del turismo che prevede il c.d. danno da vacanza rovinata.

(45) Cass., 27 luglio 2006, n. 17144.

(46) Cass., 24 aprile 2007, n. 9861, Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.; Cass., Sez. lav., 26 maggio 2004, n. 10157.

(47) Ancora Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit., cui si è sostanzialmente uniformata la giurisprudenza successiva; ma, diversamente, cfr. Cass., 13 settembre 2021, n. 24643, la quale ha confermato la sentenza di appello che aveva concesso la somma di euro cinquemila a titolo di risarcimento dello stress emotivo subito dal correntista per il ritardo di circa un mese nell'accredito di una cospicua somma di denaro.

(48) Sul requisito di prevedibilità del danno come elemento di differenziazione tra le due specie di responsabilità insistono, ad es., TURCO, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 104 e ss.; GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Una distinzione attuale?,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 1987, p. 155 ss.; ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla Giurisprudenza,* in *questa rivista*, 1997, p. 646-7. Non mancano in dottrina voci tendenti a ridimensionare l'importanza del mancato richiamo in sede di disciplina dell'illecito (art. 2056) alla norma di cui all'art. 1225 c.c., osservando come nella concreta esperienza giurisprudenziale il criterio della prevedibilità venga di fatto applicato, seppur implicitamente, anche in caso di responsabilità aquiliana. In questo senso cfr., ad es., VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 211 ss. e 608 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Esso va inteso, secondo la giurisprudenza, come ragionevole probabilità del suo verificarsi, secondo la stima dell'uomo medio: deve quindi escludersi che possa ritenersi prevedibile, e vada perciò risarcito, il pregiudizio morale che abbia assunto per il creditore insoddisfatto una particolare gravità in virtù di particolari circostanze del tutto soggettive, a meno che le stesse non siano rese note alla controparte all'atto della conclusione del contratto.

La scelta dei compilatori di limitare il principio di prevedibilità del danno alla sola responsabilità da inadempimento, con esclusione quindi dell'illecito aquiliano, benché oggetto di diversi rilievi critici e di interpretazioni tendenti a ridurne la portata, (49) è stata da taluni difesa e valorizzata sia nel suo significato economico (50) nel senso dell'opportunità che la responsabilità da inadempimento sia precisamente valutabile dal debitore al fine di assumersene adeguatamente il rischio anche in relazione al corrispettivo pattuito, che sotto il profilo funzionale, apparendo coerente con l'idea di un rapporto di proporzione tra la sanzione del risarcimento e l'utilità connessa alla prestazione promessa e rimasta inadempiuta (51)

Se «i danni imprevedibili sono quelli inconsueti e anomali rispetto all'utilità che la prestazione è normalmente idonea a realizzare» (52) e, dunque, «la disposizione dell'art. 1225 sta a significare, secondo l'opinione corrente, che il risarcimento del danno contrattuale deve essere correlato ad un rischio specifico determinato in base alla funzione economica del contratto» (53) non dovrebbero esserci dubbi che il danno non patrimoniale sia sempre risarcibile quando il contratto era diretto a soddisfare in via principale un interesse non economico.

Riguardo ai criteri risarcitori applicabili, occorre distinguere l'ipotesi in cui all'inadempimento consegua la lesione di un diritto inviolabile della persona (54), da quella in cui la prestazione sia diretta a soddisfare un interesse non patrimoniale, culturale, ricreativo, etc.

---

(49) Individuata così la ratio informatrice della disposizione normativa in oggetto, è facile osservare che essa ben si attaglia, per la verità, all'ipotesi della responsabilità da inadempimento contrattuale, ma assai meno a quella da inadempimento di una obbligazione di fonte diversa.

(50) P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 512 ss., spec. p. 520.

(51) C. M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, 2ª ed., in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 373.

(52) MAJELLO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Scritti di diritto patrimoniale*, Napoli, 1992, p. 265.

(53) VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 611.

(54) Costituiscono altresì ipotesi di danno non patrimoniale da inadempimento pacificamente risarcibili quelli derivanti dalla cattiva esecuzione della prestazione medica, Tra i

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nel primo caso rimane ineludibile il ricorso al criterio equitativo.

Nel secondo caso potrà fungere da valido parametro orientativo di riferimento, ai fini della liquidazione del danno, il corrispettivo della prestazione rimasta inadempiuta che i contraenti stessi avevano stabilito al momento della conclusione del contratto.

Così, per rifarsi ad un esempio portato da autorevole dottrina (55), qualora un tizio abbia ingaggiato dei suonatori per allietare una festa, e i medesimi non si siano poi presentati, assumerà rilevanza, a fini risarcitori, il valore del compenso pattuito. Il danno consiste infatti, in questa come in altre ipotesi, nella perdita di quella utilità non economica per il conseguimento della quale il soggetto si era dichiarato disponibile ad accettare un certo sacrificio economico.

Analogo ragionamento può ripetersi riguardo al danno da vacanza rovinata, fattispecie pioniera, in ambito giurisprudenziale (56), della categoria del danno non patrimoniale contrattuale e ormai da tempo legalmente tipizzata, ipotesi nella quale, peraltro, con scandalo dei nemici del danno *in re ipsa*, prova dell'inadempimento e prova del danno sostanzialmente coincidono (57).

---

pregiudizi risarcibili devono individuarsi non solo, come è sempre stato ritenuto pacifico, quelli consistenti in (o conseguenti ad) una lesione della salute e dell'integrità fisica o psichica del creditore, ma anche quelli che potremmo definire esistenziali o morali puri, come ad esempio le conseguenze di una errata diagnosi che non abbia tuttavia comportato un peggioramento dello stato di salute del paziente, o una perdita di *chanches* di guarigione o di sopravvivenza. Si pensi, ad un ammalato a cui sia stato erroneamente diagnosticato un male incurabile, o del genitore a cui venga erroneamente indicato la positività del feto al test atto ad accertare la sindrome di down. Non è infatti difficile immaginare il patema d'animo, lo stress, la sofferenza psichica che la notizia di una così grave patologia indurrà nel destinatario. Che un simile turbamento abbia (per fortuna) natura transitoria, non esclude il diritto al risarcimento del danno commisurato alla durata e all'intensità e all'importanza delle conseguenze indotte dalla falsa diagnosi (angoscia per il futuro, necessità di nuovi controlli, abbandono delle proprie attività lavorative e del tempo libero, minor cura della famiglia, e quante altre si possano immaginare).

(55) GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 33.

(56) Dopo le prime, sporadiche aperture al riconoscimento da parte della Giurisprudenza onoraria la svolta giurisprudenziale si ebbe a partire da Corte di Giustizia delle Comunità Europee, VI sez., 12 marzo 2002, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 373, con nota di GUERINONI, *L'interpretazione della Corte di Giustizia riguardo al danno da vacanza rovinata;* in *Danno e resp.*, 2002, p. 1099, con nota di CARRASSI, *L'interpretazione da parte della corte di Giustizia CE delle norme comunitarie è, indiscutibilmente, vera nomofiliachia*; cfr. altresì i commenti di MAIOLO, *La Corte di giustizia, il danno da vacanza rovinata e il sistema bipolare della responsabilità civile*, *ivi* 2002, p. 1106, ed il mio *Vacanze "tutto compreso" e risarcimento del danno morale*, *ivi*, 2003, p. 245.

(57) Cass., 11 maggio 2012, n. 7256, secondo cui la raggiunta prova dell'inadempimento esaurisce in sé la prova anche del verificarsi del danno, atteso che gli stati psichici interiori dell'attore, per un verso, non possono formare oggetto di prova diretta e, per altro

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Qualora il danno non sia «aggravato» da circostanze del tutto particolari e note alla controparte, non è fuor di luogo immaginare che il valore contrattualmente attribuito alla prestazione promessa e inadempiuta possa costituire l'unità di misura della perdita subita dal creditore (58).

5. – Avviandoci alle conclusioni, merita qualche considerazione la questione se il danno non patrimoniale in genere, e quello morale da lesione di diritti della personalità in particolare, sia suscettibile di riparazione in forma specifica.

Al quesito, nonostante le opinioni contrarie espresse da autorevole dottrina, ritengo debba darsi risposta positiva.

Non appaiono infatti decisive in senso contrario le obiezioni di ordine sistematico, letterale e persino topografico (59) addotte in senso contrario.

È infatti innegabile che la lesione di valori non biologici della persona si presti, almeno astrattamente, ad una riparazione non pecuniaria più efficace, rispetto all'obbiettivo di effettività della tutela, di qualunque ristoro economico (60).

Si pensi, per esempio, al pregiudizio estetico causato da un errato intervento di chirurgia plastica al quale il medesimo operatore si offra di porre rimedio attraverso un nuovo intervento risolutivo delle problematiche evidenziatesi.

Si pensi ancora, al vasto campo dei pregiudizi all'onore, alla reputazione, all'identità personale, etc.

---

verso, sono desumibili dalla mancata realizzazione della "finalità turistica" (che qualifica il contratto). Nello stesso senso, Trib. Milano, 15 aprile 2014, n. 5036, e Trib. Bologna, 22 ottobre 2011, n. 2661.

(58) Non appare dunque condivisibile la pronunzia di Trib. Napoli, 22 Febbraio 2006, in *Corr. mer.*, 2006, 583, che, in un caso di macroscopica violazione degli obblighi assunti nel contratto di viaggio organizzato, liquidò, in favore del turista viaggiatore, in aggiunta alla integrale restituzione del corrispettivo versato, una somma pari al doppio del prezzo del viaggio a titolo di vacanza rovinata, condanna che, in tale entità, assume effettivamente il sapore di un risarcimento punitivo.

(59) CASTRONOVO, *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 238, nota 10, «Senonché il risarcimento in forma specifica del danno morale sconfina nella pena, cosa che può spiegare perché il legislatore, forse paventando questo esito, ha riferito il risarcimento in forma specifica al danno patrimoniale, come mostra il fatto che la disciplina del danno non patrimoniale, all'art. 2059, è posta dopo quella del risarcimento in forma specifica».

(60) Analogo ordine di idee è espresso da MAGGIOLO, *Danno non patrimoniale, equità, risarcimento in forma specifica*, in *Danno e resp.*, 2023, p. 29 ss., e da NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi, tra effettività, punizione e deterrenza,* cit., p. 11 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Non appare convincente l'argomento secondo cui il risarcimento in forma specifica sarebbe impedito dalla irreparabilità dei beni (valori) lesi (61) posto che analoga e più pregnante obiezione potrebbe ripetersi per la liquidazione monetaria, la quale «neppure può chiamarsi per equivalente, dato che il denaro non può in alcun modo compensare il danno non patrimoniale» (62).

In senso favorevole milita invece l'osservazione che il nostro sistema conosce forme "tipizzate" di riparazione del pregiudizio non patrimoniale causato dall'illecito. Mi riferisco, in particolare, all'art 186 c.p., il quale prevede che «oltre quanto è prescritto nell'articolo precedente e in altre disposizioni di legge, ogni reato obbliga il colpevole alla pubblicazione, a sue spese, della sentenza di condanna, qualora la pubblicazione costituisca un mezzo per riparare il danno non patrimoniale cagionato dal reato».

Si tratta di una condanna che può essere pronunziata solo a seguito di una espressa richiesta della parte civile, la cui natura risarcitoria è stata più volte ribadita dalla Giurisprudenza di legittimità (63), tendente a riparare o, più realisticamente, ad attenuare il danno all'onore o alla reputazione subito dalla vittima di un reato di calunnia o diffamazione (64).

Funzione solo parzialmente coincidente è riconosciuta alla pubblicità della sentenza *ex* art. 120 c.p.c. (65), anch'essa pronunciabile solo ad istanza di parte, la quale accoppia ad una valenza parzialmente risarcitoria in forma specifica del diritto leso anche una efficacia preventiva rispetto all'ulteriore propagazione degli effetti dannosi dell'illecito nel futuro (66), contribuendo altresì, aldilà dell'interesse del singolo, a soddisfare l'interesse della collettività ad una fedele rappresentazione della realtà.

Nulla osta, a mio parere, a che analoghi strumenti aventi natura concretamente riparatoria possano essere adottati aldilà delle fattispecie tipizzate, tanto più che tanto sotto il profilo deterrente-sanzionatorio (67) quan-

---

(61) BONILINI, *Il danno non patrimoniale,* cit., p. 440 ss.

(62) MAGGIOLO, *op. ult. cit*., 30.

(63) Cass. pen., 6 ottobre 2023, n. 207; Cass. pen., 24 febbraio 2011, n. 9058.

(64) D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni,* Padova, 2002, p. 241 ss.

(65) Il quale prevede che «Nei casi in cui la pubblicità della decisione di merito può contribuire a riparare il danno, compreso quello derivante per effetto di quanto previsto all'articolo 96, il giudice, su istanza di parte, può ordinarla a cura e spese del soccombente, mediante inserzione per estratto, ovvero mediante comunicazione, nelle forme specificamente indicate, in una o più testate giornalistiche, radiofoniche e in siti internet da lui designate».

(66) Cass., 21 gennaio 2016, n. 1091.

(67) DIES, *Spunti critici sulla riforma della diffamazione a mezzo stampa*, in *Diritto di cronaca e tutela dell'onor*e, a cura di Melchionda e Pascuzzi, Trento, 2005, p. 138.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

to riguardo alla finalità di ristoro della vittima, (68) la sanzione civile sembra guadagnare terreno, nella *communis opinio*, anche del legislatore (69), rispetto a quella penale, attesa la ritrosia sempre più marcata della giurisprudenza all'applicazione della pena detentiva per tale genere di reati.

L'ostacolo maggiore, sul piano operativo, è costituito però dalla regola in virtù della quale il risarcimento in forma specifica può essere concesso solo ad istanza di parte; e, nella prassi, considerate anche le incertezze circa un possibile accoglimento di siffatte domande, non sono certo frequenti le istanze tendenti ad ottenere una riparazione non pecuniaria del danno morale.

Non mi pare peraltro convincente l'obiezione secondo cui detta regola non troverebbe applicazione nell'ipotesi in cui il giudice venga investito di un giudizio equitativo, i cui contenuti dovrebbero considerarsi liberi da condizionamenti (70).

Altro è infatti la valutazione equitativa del danno, altro è la scelta tra i possibili strumenti riparatori, che, lasciati – secondo un modello più consono al sistema anglo-sassone, ma sostanzialmente estraneo alla nostra tradizione – al potere creativo dei Giudici, rischierebbe di causare problemi ben maggiori di quelli rappresentati da liquidazioni non di rado sperequate di fattispecie analoghe e in larga misura assimilabili.

8. – Questo, a tirare le fila del discorso, sembra essere, sul piano operativo, il vero e più pregnante problema dell'intera teorica del danno morale, giacché la già richiamata "anarchia liquidativa", incidendo, per dirla con la S.C. (71), «sui fondamentali diritti della persona, vulnera elementari principi di eguaglianza, mina la fiducia dei cittadini nell'amministrazione della giustizia, lede la certezza del diritto, affida in larga misura al caso l'entità dell'aspettativa risarcitoria, ostacola le conciliazioni e le composizioni transattive in sede stragiudiziale».

Di qui il ricorso sempre più esteso al metodo tabellare, frequentemente utilizzato, ad esempio, per i danni da diffamazione a mezzo stampa o con analoghi mezzi di comunicazione di massa, catalogati, secondo le tabelle milanesi – assurte ormai ad un ruolo paralegislativo su cui molto

---

(68) MANNA, *Problemi vecchi e nuovi in tema di diffamazione a mezzo stampa*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 989 ss.

(69) Si inserisce nel solco di questa più moderna tendenza il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, che ha depenalizzato il reato di ingiuria.

(70) In tal senso MAGGIOLO, *Danno non patrimoniale, equità, risarcimento in forma specifica*, cit., p. 31 ss.

(71) Cass., 7 giugno 2011, n. 12408, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ci sarebbe da riflettere – in cinque categorie in rapporto alla gravità della lesione, con la previsione di importi minimi e massimi liquidabili all'interno dello "scaglione" di riferimento [72].

E non meno certosina, parcellizzata, esasperatamente specifica caso per caso è la casistica tabellare in tema di danno da lesione del rapporto parentale, ispirata alla pretesa di incasellare ogni e qualsivoglia ipotesi di evento luttuoso in ambito familiare in una previsione che ne consenta una liquidazione "automatica", pur con un certo margine di personalizzazione.

Il rifugio nel rassicurante approdo delle tabelle, pur comprensibile, e entro certi limiti condivisibile, rischia però, ove si pretenda di immaginare una "pantabellizzazione" di ogni ipotesi di danno morale, di produrre effetti distorsivi e parossistici; rischio, a parere di chi scrive, accettabile in rapporto ad eventi dannosi di "massa" e funzionale alla copertura assicurativa dei medesimi.

In quel caso (e particolarmente in ipotesi di danni alla persona, e danni non patrimoniali consequenziali) lo scambio tra certezza della liquidazione per il tramite della Compagnia assicurativa e valutazione standardizzata del danno può stimarsi plausibile.

Fuori da detti confini, una valutazione equitativa pura, temperata dai criteri di valutazione che si è tentato di enucleare nel corso della trattazione in rapporto a singole categorie di fattispecie, resta, pur con tutte le sue criticità, il sistema di giudizio preferibile.

---

[72] Si è davanti ad un caso di tenue gravità quando si sia in presenza di una o più delle seguenti circostanze: una limitata o assente notorietà del diffamante; la minima o limitata diffusione del mezzo diffamatorio; il minimo o limitato spazio della notizia diffamatoria; un'assente risonanza mediatica; una tenue intensità dell'elemento soggettivo; l'intervento riparatorio o la rettifica da parte del convenuto.

Nel caso di modesta gravità, invece, si ha una limitata o modesta notorietà del diffamante; una limitata diffusione del mezzo diffamatorio; un modesto spazio della notizia diffamatoria; una modesta o assente risonanza mediatica; una modesta intensità dell'elemento soggettivo.

Si ha media gravità, poi in presenza delle seguenti circostanze: media notorietà del diffamante; una significativa gravità delle offese attribuite al diffamato sul piano personale e/o professionale; uno o più episodi diffamatori; la media o significativa diffusione del mezzo diffamatorio; un eventuale pregiudizio al diffamato sotto il profilo personale e professionale e la natura eventuale del dolo.

Nel caso di elevata gravità, infine, devono sussistere: l'elevata notorietà del diffamante; uno o più episodi diffamatori di ampia diffusione; la notevole gravità del discredito e l'eventuale rilevanza penale/disciplinare dei fatti attribuiti al diffamato; l'eventuale utilizzo di espressioni dequalificanti, denigratorie o ingiuriose; l'elevato pregiudizio al diffamato sotto il profilo personale, professionale e istituzionale; la risonanza mediatica della notizia diffamatoria nonché l'elevata intensità dell'elemento soggettivo.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tommaso Maria Ubertazzi

CLAUSOLE DI GARANZIA NEI CONTRATTI DI ACQUISIZIONE E LIMITI DELLE FORMULE DI INDENNIZZO

Sommario: 1. Il problema dell'oggetto delle vendite per la dottrina. – 2. Il problema secondo la giurisprudenza. – 3. La rilevanza del patrimonio sociale a prescindere dalle clausole di garanzia. – 4. Le clausole di garanzia e la loro natura. – 5. Le *indemnities* nei contratti di acquisizione. – 6. Profili di criticità delle *indemnities* quando escludono altre forme di risarcimento o stabiliscono dei limiti. – 7. Profili di criticità delle *indemnities* quando il compratore contribuisce alla commissione del fatto.

1. – A livello generale il tema delle acquisizioni di imprese è stato esaminato da diversi studiosi del diritto commerciale e civile. In particolare, un interesse importante hanno suscitato i contratti con i quali un acquirente acquista il pacchetto totalitario o di controllo di un'impresa target. Qui infatti si assiste ad uno dei grandi temi dibattuti relativo all'identificazione dell'oggetto del contratto di cessione di partecipazioni sociali: (i) a questo proposito una prima opinione ha infatti ritenuto che «la vendita di azioni ha per oggetto il trasferimento della titolarità delle partecipazioni sociali *e non già dei beni sociali* (o di una quota di essi)» [1]; il compratore di un pacchetto totalitario o di controllo può invocare i

[1] Così Iudica, *I l prezzo nella vendita di partecipazioni azionarie*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 767. In particolare questa impostazione ritiene che l'acquisto di azioni conferisca al loro titolare un "complesso di posizioni giuridiche" (quali ad esempio i diritti patrimoniali amministrativi), ma non la proprietà sul patrimonio sociale, che rimane esclusivamente proprio della società. In questo senso v. *ex multis* Rivolta, *L a partecipazione sociale*, Milano, 1965, p. 195 ss.; G. Rossi, *P ersona giuridica, proprietà e rischio di impresa*, Milano, 1967, p. 18 ss.; Panzarini, *C essione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti dell'industria, del commercio e del mercato finanziario*, a cura di Galgano, Torino, 1995, p. 257; Montalenti, *R iflessioni in tema di persona giuridica*, in *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, di Id., Padova, 1999, p. 28 ss.; D'Alessandro, *C ompravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, Milano, 2003, p. 32 ss.; Speranzin, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, p. 18; e Tina, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, p. 173 ss. In questo modo si nega pertanto la configurazione delle azioni come beni di secondo grado proposta da Ascarelli, *R iflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 240, secondo cui «le azioni sono pur sempre rappresentative di diritti relativi a beni che pur

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rimedi previsti dagli artt. 1490 ss. c.c. solo a garanzia delle qualità delle azioni e non anche del patrimonio sociale (2); e per conseguenza l'acquirente di un pacchetto totalitario di azioni è tutelabile «dai rischi di un acquisto (…) non soddisfacente (…) solo attraverso la predisposizione nel contratto di determinate clausole, denominate *representations and warranties*, volte ad assicurare che il patrimonio sociale presenti certe caratteristiche, nonché a disciplinare le fasi essenziali del passaggio dal venditore all'acquirente del controllo sulla società» (3); (ii) una seconda opinione ha invece fatto ricorso alla figura del negozio indiretto, ed ha osservato che «la società appartiene ai soci, e che pertanto mediatamente se non immediatamente, indirettamente se non direttamente, anche il patrimonio o l'azienda appartiene loro (e non è per essi cosa altrui, ma cosa propria)» (4), di modo che anche in mancanza di clausole di garanzia tutte

---

sempre economicamente appartengono, attraverso la collettività di cui è parte, al titolare delle azioni stesse».

(2) Così ad esempio PANZARINI, *op. cit.*, pp. 261-262. In particolare secondo Panzarini i rimedi previsti dagli artt. 1490 c.c. ss. a garanzia (non del patrimonio, ma) delle azioni possono ricorrere ad esempio tutte le volte in cui si verifichi una divergenza tra partecipazioni negoziate e consegnate tale per cui vi sia una diminuzione dei poteri ed obblighi che invece sarebbero spettati in base ad una corretta esecuzione del contratto di acquisizione. V. inoltre *ex multis* SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 14; e TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 206, secondo cui «la presenza di vizi o difformità dei beni sociali potrebbe determinare il richiamo alle garanzie legali previste per il contratto di vendita solo se i vizi o difformità dei beni sociali fossero tali da pregiudicare o alterare l'esercizio dei diritti e delle facoltà connesse con le partecipazioni sociali trasferite».

(3) Così SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., pp. 18-19; v. inoltre TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit. pp. 208-209, cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici. La distinzione, proposta dalla tesi formalistica qui in esame, tra azioni e patrimonio sociale esclude che le clausole di garanzia previste nei contratti di acquisizione siano specificazione per via contrattuale dei rimedi previsti dagli artt. 1490 c.c. ss., perché «in nessun modo le circostanze afferenti il patrimonio sociale possono elevarsi a qualità dei titoli azionari, nemmeno quando siano state espressamente prese ad oggetto di apposite clausole: sono circostanze che giuridicamente non possono essere considerate qualità delle azioni e che non diventano tali «solo perché promesse dal venditore» (così TINA, *L a cessione di partecipazione: un revirement?*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 168). Analogamente v. anche RUBINO DE RITIS, *T rasferimenti di pacchetti azionari di controllo: clausole contrattuali e limiti all'autonomia privata*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 886; FRÈ e SBISÀ, *C ommento all'art. 2355*, in*D elle società per azioni*, a cura di FRÈ e SBISÀ, in *Commentario al codice civile Scialoja Branca*, diretto da Galgano, Bologna-Roma, 1997, 6ª ed., I, p. 300 ss.; D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 153; e SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 95 ss.

(4) Così SALANDRA, nota a Cass., 6 agosto 1935, n. 3297, in *Foro It.*, 1936, I, p. 208. Sembrano aderire alla tesi del negozio indiretto anche RAVÀ, *Gli obblighi di garanzia nella vendita di quota o di azione sociale*, in *Scritti in memoria di Ageo Arcangeli*, Padova, 1939, II, 387 ss.; e MOSSA, *T rattato del nuovo diritto commerciale. IV. Società per azioni*, Padova, 1957, p. 357.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

le volte in cui «le parti prendono immediatamente in considerazione come oggetto diretto del contratto quello che ne è ordinariamente l'oggetto mediato e considerano la vendita di azioni come mero strumento formale per conseguire la cessione della totalità o di parte notevole di un'azienda, anche questo oggetto indiretto del negozio diventa giuridicamente rilevante» (5); (iii) una terza opinione ha ritenuto che «l'oggetto immediato della vendita» sono le partecipazioni sociali, ma «oggetto mediato di questa è il patrimonio netto della società, al cui valore economico è rapportato il prezzo» (6), sì che a «quest'ultimo si deve fare riferimento per valutare i vizi o la mancanza di qualità essenziali della cosa oggetto di vendita»; (iv) una quarta opinione ha ritenuto che in caso di cessione di pacchetti totalitari o di controllo di una società occorre dare rilevanza al patrimonio sociale superando tout court il dogma della personalità giuridica della società (7); (v) una quinta opinione ha infine ritenuto che anche in assenza

---

(5) Così SALANDRA, *op. cit.*, p. 209. La tesi che propone di qualificare il contratto di acquisizione come un negozio indiretto fu aspramente criticata tra l'altro da FERRI, *I ncidenza delle obbligazioni sociali nei rapporti fra cedente e cessionario di quota sociale*, in *Foro it.*, 1936, I, p. 718, secondo cui «di negozio indiretto è possibile parlare solo quando lo scopo, che si vuol raggiungere indirettamente, sia dalle parti perseguibile, almeno praticamente, anche se in talune ipotesi sia dalla legge vietato", ciò che non può avvenire nella vendita di partecipazioni sociali, perché in essa "il trasferimento del patrimonio sociale è uno scopo che giuridicamente non può essere raggiunto neppure in via indiretta, dato che il titolare del patrimonio sociale è la società e non il socio"; e d'altro canto il trasferimento del patrimonio sociale non potrebbe comunque essere considerato uno scopo ulteriore rispetto al trasferimento delle azioni, in quanto quest'ultimo costituisce una conseguenza puramente economica già "raggiungibile (…) in virtù del trasferimento di azioni».

(6) Così GALGANO, voce *Vendita (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, p. 485 ss.; ID., *C essione di partecipazioni sociali e superamento della alterità soggettiva fra socio e società*, in *questa rivista*, 2004, p. 537, che commentando Cass., 20 febbraio 2004, n. 3370, in *One-Legale* ha osservato come i beni sociali appartengono al proprietario di un pacchetto totalitario in modo differente rispetto a quelli personali, ma tutto ciò "assume rilievo ad altri fini, per quanto riguarda le loro modalità di utilizzazione, collettiva anziché individuale, ma non lo sottrae alle garanzie dovute dal venditore per vizi o mancanza di qualità delle cose vendute". Aderisce *mutatis mutandis* alla tesi dell'oggetto mediato anche BIANCA, *L a vendita e la permuta*, vol. 1, Torino, 1993, p. 217, secondo cui la partecipazione sociale attribuisce una posizione giuridica attiva con riguardo al patrimonio sociale, sì che «essa è (…) proprio lo strumento per realizzare – sia pure mediatamente – la disponibilità e il godimento di tale patrimonio».

(7) Così v. ad esempio CALVO, *I l trasferimento delle «proprietà» nella compravendita di titoli azionari*, in *questa rivista*, 1993, p. 1102 ss., secondo cui «la persona giuridica è un simbolo sfornito di "soggettività"», ed "i beni sociali" appartengono «in regime di contitolarità agli azionisti", sì "che per effetto della compravendita di titoli azionari l'avente causa acquista anche la quota astratta di comproprietà sui beni dell'emittente»; ROLLI, *Cessione di partecipazioni societarie e tutela del compratore: aliud pro alio datum?*, in *questa rivista*, 1994, p. 198, secondo cui nei casi di cessione di pacchetti totalitari di azioni "lo schermo della personalità giuridica" deve essere superato quando a seguito dell'esperimento dei rimedi

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di clausole di garanzia espresse, quando le parti hanno voluto dar rilievo agli elementi patrimoniali della società di riferimento, sussiste comunque una clausola di garanzia implicita relativa alla consistenza patrimoniale della società acquisita (8).

2. – Sin qui le opinioni dottrinali. Analogamente anche in giurisprudenza non vi è comunanza di vedute sull'identificazione dell'oggetto nella vendita di pacchetti di controllo o totalitari di partecipazioni sociali (9): (i)

---

previsti *ex* artt. 1490 c.c. il venditore eccepisca «di avere trasferito semplicemente le quote sociali», perché in questi casi «il superamento dello schermo della persona giuridica, dinanzi ad eccezioni maliziose della parte alienante» è reso necessario «dall'esatta individuazione del programma contrattuale che le parti intendevano realizzare mediante l'operazione di acquisizione della partecipazione sociale»; MARZIALE, *C ircolazione delle azioni e trasferimento del patrimonio sociale nell'analisi giurisprudenziale*, in *Scritti di diritto societario in onore di Salafia*, Milano, 1998, p. 29 ss., secondo cui i beni del patrimonio sociale continuano «ad appartenere, in una certa misura, a ciascuno dei soci, essendo assoggettati ad una gestione collettiva cui ognuno di essi è ammesso a partecipare». Sul superamento della personalità giuridica in generale v. inoltre GALGANO, *L o schermo della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, 1983, I, p. 14 ss., secondo cui il giudice può superare lo schermo della personalità giuridica della società quando abbia «accertato che non sussistono o che sono state eluse le condizioni alle quali la legge subordina l'applicazione della speciale disciplina riassunta nel concetto di persona giuridica»: ciò che avviene quando sussista una «situazione di assoluto dominio del socio, anche non unico, entro la società, della quale disponga a proprio piacimento» (così GALGANO, *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli obiter dicta della Cassazione)*, in *questa rivista*, 1987, p. 371 ss.). In argomento v. inoltre VERRUCOLI, *I l superamento della personalità giuridica della società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano, 1964, *passim*; ZORZI, *L' abuso della personalità giuridica. Tecniche sanzionatorie a confronto*, Padova, 2002, *passim* ; MANES, *I l superamento della personalità giuridica. L'esperienza inglese* , Padova, 1999, *passim* ; ESPOSITO, *L a «categoria» dell'abuso «nella» personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 53 ss.; PORTALE, *I l superamento della personalità giuridica*, in *Lezioni di diritto privato comparato*, di ID., Torino, 2007, II ed., p. 169 ss..

(8) In dottrina in questo senso v. BIANCA, *L a vendita e la permuta*, cit., p. 218, secondo cui "anche un generico riferimento all'azienda può essere sufficiente a determinare il contenuto della posizione alienata in relazione ai beni principali del complesso aziendale"; SCARSO, *L a responsabilità del venditore di partecipazioni sociali nel diritto italiano e tedesco*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 486, secondo cui «è auspicabile» che l'orientamento giurisprudenziale volto a valorizzare l'esistenza di clausole di garanzia implicite «possa affermarsi a fungere da stimolo per un ripensamento complessivo della questione, nel senso di orientare il giudice verso decisioni che riconoscano la giusta rilevanza» al patrimonio sociale; e LUMINOSO, *L a compravendita*, Torino, 2006, p. 59, che aderisce all'orientamento della giurisprudenza relativo alle clausole di garanzia implicite. In posizione differente v. IORIO, *S truttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano, 2006, p. 56 ss.

(9) Sul tema v. ad esempio TINA, *La natura giuridica delle clausole di garanzia nel trasferimento di partecipazioni societarie*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 1015 ss.; BUSET, *Vendita di partecipazioni sociali di «controllo» e garanzie patrimoniali: rassegna critica*, in *Nuova Giur. civ.*, 2015, p. 20355 ss.; PRATELLI e ROLI, *Tre sentenze di merito in tema di vendita di*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

A questo proposito un primo orientamento adotta una lettura molto formale del contratto che ha ad oggetto (non il patrimonio sociale, ma) la partecipazione compravenduta con la conseguenza che il patrimonio sociale non può essere oggetto delle garanzie legali. Pertanto ove il valore economico delle partecipazioni acquistate non abbia la consistenza promessa proprio perché il patrimonio risulta difforme, l'acquirente non può far valere i rimedi legali di diritto comune, a meno che non siano state inserite nel contratto specifiche garanzie relative alla consistenza o al valore del patrimonio sociale. Ne deriva allora che secondo questo indirizzo «l'oggetto immediato della vendita di azioni è la partecipazione sociale e si estende alla consistenza o al valore del patrimonio *solo* per effetto di specifiche pattuizioni, frutto di autonomia contrattuale» (10); (ii) un secon-

---

partecipazioni sociali, in *Giur. comm.*, 2017, p. 421 ss.; TINA, *Compravendita di partecipazioni societarie nella recente giurisprudenza di Legittimità*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 735 ss.; RESCHIGNA, *Sulle clausole di garanzia nei contratti di trasferimento di partecipazioni sociali e sulla inammissibilità delle garanzie implicite*, in *Contratti*, 2020, p. 160 ss.; SPERANZIN, *Una criticabile sentenza della cassazione in materia di garanzie legali e convenzionali nel caso di trasferimento di partecipazioni sociali*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 510 ss.

(10) Così Cass., 13 marzo 2019, n. 7183, in *DeJure*. La stessa tesi è seguita da Cass., 29 agosto 1995, n. 9067, in *DeJure* secondo cui «le carenze o i vizi relativi alla consistenza e alle caratteristiche dei beni ricompresi nel patrimonio sociale possono giustificare la risoluzione di tale contratto solo se sono state fornite a tale riguardo dal cedente specifiche garanzie contrattuali, anche se non vi è bisogno che esse vengano così espressamente qualificate, sufficiente essendo che il rilascio della garanzia si evinca inequivocamente dal contratto»; Trib. Milano 18 marzo 2006, n. 3527, in *DeJure* secondo cui «il cessionario, ove la singola quota sociale ceduta non abbia le qualità promesse, per essere risultato diverso il patrimonio sociale, od i singoli beni da cui è composto, da quello rappresentato dal venditore al momento delle trattative volte alla stipula dell'accordo, non può far valere gli eventuali vizi, o la mancanza delle qualità promesse, salva l'ipotesi in cui le stesse parti abbiano espressamente previsto l'assunzione di un'obbligazione di garanzia in ordine alla consistenza patrimoniale della società, ovvero, si verta in materia di dolo»; Cass., 19 luglio 2007, n. 16031, in *DeJure* secondo cui «il difetto di qualità della cosa venduta, ai fini dell'annullamento del contratto per errore o della risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1497 cod. civ., deve attenere unicamente alla "qualità" dei diritti ed obblighi che in concreto la partecipazione sociale sia idonea ad attribuire, mentre non può riguardare il suo valore economico, in quanto questo non attiene all'oggetto del contratto, ma alla sfera delle valutazioni motivazionali delle parti, e quindi può assumere rilievo giuridico solo ove siano state previste esplicite garanzie contrattuali circa la consistenza economica della partecipazioni»; Trib. Roma 28 settembre 2015, n. 19193, in *DeJure* secondo cui «i vizi relativi alla consistenza e alle qualità dei beni ricompresi nel patrimonio sociale, pertanto, possono dare luogo ai rimedi di cui agli artt. 1492 e 1497 c.c. solo ove sino state fornite, a tale riguardo, specifiche garanzie contrattuali»; Cass., 19 ottobre 2012, n. 17948, in *DeJure* secondo cui «la cessione di azioni ha come oggetto "immediato" la partecipazione sociale e solo quale oggetto "mediato" la quota parte del patrimonio sociale che tale partecipazione rappresenta; la disciplina giuridica del relativo contratto non si estende quindi alla consistenza o al valore dei beni costituenti il patrimonio sociale, a meno che le parti – per conseguire tale risultato – non abbiano predisposto un'espressa clausola rivolta a rafforzare, diminuire, od escludere

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

do orientamento ha invece ritenuto che il venditore assuma un'obbligazione di garanzia sulla consistenza del patrimonio sociale anche in assenza di un'espressa previsione contrattuale. In particolare in caso di acquisto di partecipazioni totalitarie o di controllo è possibile individuare garanzie implicite sul patrimonio sociale dato che «i beni compresi nel patrimonio della società non possono essere considerati del tutto estranei all'oggetto del contratto di cessione delle azioni o delle quote di una società di capitali, sia se le parti abbiano fatto espresso riferimento agli stessi, mediante la previsione di specifiche garanzie contrattuali, sia se l'affidamento del cessionario debba ritenersi giustificato alla stregua del principio di buona fede». Per conseguenza «la differenza tra l'effettiva consistenza quantitativa del patrimonio sociale rispetto a quella indicata nel contratto incide sul valore delle azioni o delle quote, dovendosi, pertanto, tenere conto, quando si pongono problemi risarcitori, del valore dell'azienda o dei beni che la compongono o che la avrebbero dovuto comporre, anche in assenza di specifiche garanzie» (11).

---

convenzionalmente la garanzia, in modo da ricollegare esplicitamente il valore delle azioni al valore dichiarato del patrimonio sociale».

(11) Così Lodo arbitrale 25 maggio 2022, in *DeJure*. La stessa tesi è seguita da Cass., 27 luglio 1933, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, p. 121 ss. nota anche come "caso Raggio" e commentata da GRECO, *L e società di comodo e la vendita delle loro azioni*, *ivi*, 123 ss. secondo cui «l'art. 1482 stabilisce a favore del compratore ed a carico del venditore quantunque non stipulata nel contratto, la garanzia dell'evizione, che privi il compratore di tutto o di parte delle cose vendute ed altresì dei pesi che eventualmente l'aggravino e che non furono dichiarati nel contratto»; Cass., 28 marzo 1996, n. 2843, in *OneLegale*, secondo cui ai fini dell'applicazione dell'art. 1497 c.c. l'indagine del giudice deve essere rivolta a verificare se «vi sia stata da parte del venditore una specifica (ancorché magari implicita) promessa di qualità della cosa venduta»; Cass., 20 febbraio 2004, n. 3370, in *OneLegale* secondo cui «appare (…) evidente che i beni compresi nel patrimonio sociale non possono essere considerati estranei all'oggetto del contratto di cessione delle quote o delle azioni di una società di capitali, specie quando queste ultime, come nel caso di specie, siano rappresentative dell'intero capitale sociale. E ciò, non solo nell'ipotesi in cui le parti abbiano fatto esplicito riferimento, mediante la previsione di specifiche garanzie contrattuali, alla consistenza del patrimonio sociale o a particolari caratteristiche dei beni in esso ricompresi, ma anche quando l'affidamento, da parte del cessionario, sulla ricorrenza di tali requisiti debba ritenersi giustificato alla stregua del principio di buona fede»; Trib. Lucca 10 luglio 2015, n. 1284, in *DeJure* secondo cui «le azioni (e le quote) delle società di capitali costituiscono beni di "secondo grado", in quanto non sono del tutto distinti e separati da quelli compresi nel patrimonio sociale. Pertanto, i beni compresi nel patrimonio della società non possono essere considerati del tutto estranei all'oggetto del contratto di cessione del trasferimento delle azioni o delle quote di una società di capitali, sia se le parti abbiano fatto espresso riferimento agli stessi, mediante la previsione di specifiche garanzie contrattuali, sia se l'affidamento del cessionario debba ritenersi giustificato alla stregua del principio di buona fede»; Cass., 13 febbraio 2020, n. 3658, in *DeJure* secondo cui «le azioni (e le quote) delle società di capitali costituiscono beni di "secondo grado", in quanto non sono del tutto distinti e separati da quelli compresi nel patrimonio sociale, e sono rappresentative delle

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

3. – In questo quadro incerto la prassi negoziale ha visto apporre nei contratti di acquisizione delle clausole di garanzia note come *warranties* e *representations*. Più precisamente questa espressione viene adoperata nei contratti di acquisizione come un'endiadi che «sintetizza ed individua un complesso sistema di garanzie unitario» (12). In particolare le *warranties* si distinguono a seconda che siano *legal* o *business*: le prime riguardano gli aspetti "legali" relativi alle quote sociali, quali ad esempio le attestazioni relative alla titolarità della piena e libera disponibilità delle partecipazioni trasferite, all'inesistenza di vincoli statutari o pattizi che limitino o impediscano la circolazione di queste ultime, alla effettiva percentuale di capitale sociale che le azioni vendute rappresentano, ecc.; le seconde hanno invece ad oggetto la situazione patrimoniale della società bersaglio ed in particolare il patrimonio o singoli cespiti di quest'ultima. Ora, naturalmente sono queste seconde le clausole che mirano a garantire il compratore di pacchetti totalitari o di controllo delle qualità del patrimonio dell'impresa target e/o di singoli beni di quest'ultima. E con queste clausole normalmente ricorrenti in tutti i contratti di acquisizione di medie complessità i compratori si assicurano una garanzia il più possibile estesa ad ogni bene dell'impresa target seguendo un modello di accordo tipicamente presente nei contratti di acquisizione anglosassoni.

---

posizioni giuridiche spettanti ai soci in ordine alla gestione ed alla utilizzazione di detti beni, funzionalmente destinati all'esercizio dell'attività sociale; pertanto, i beni compresi nel patrimonio della società non possono essere considerati del tutto estranei all'oggetto del contratto di cessione del trasferimento delle azioni o delle quote di una società di capitali, sia se le parti abbiano fatto espresso riferimento agli stessi, mediante la previsione di specifiche garanzie contrattuali, sia se l'affidamento del cessionario debba ritenersi giustificato alla stregua del principio di buona fede»; Cass., 12 settembre 2019, n. 22790, in *DeJure* secondo cui «le azioni (e le quote) delle società di capitali costituiscono beni di "secondo grado", in quanto non sono del tutto distinte e separate dai beni compresi nel patrimonio sociale, e sono rappresentative delle posizioni giuridiche spettanti ai soci in ordine alla gestione ed alla utilizzazione di detti beni, funzionalmente destinati all'esercizio dell'attività sociale; pertanto, i beni compresi nel patrimonio della società non possono essere considerati del tutto estranei all'oggetto del contratto di cessione del trasferimento delle azioni o delle quote di una società di capitali, sia se le parti abbiano fatto espresso riferimento agli stessi, mediante la previsione di specifiche garanzie contrattuali, sia se l'affidamento del cessionario debba ritenersi giustificato alla stregua del principio di buona fede».

(12) Così TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 328. Sulla struttura e funzione delle clausole di rappresentazione e garanzia v. anche CONFORTINI, *Clausole di rappresentazione e garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, 3, p. 569 secondo cui «le clausole di "rappresentazione e garanzia" appaiono come pattuizioni distinte, ma complementari: da un lato, le *representations* possono qualificarsi in termini di dichiarazioni di scienza con funzione descrittivo-ricognitiva; dall'altro, alle *warranties* è ascrivibile la natura di promesse di fatti futuri (o d'indennità) con carattere *lato sensu* assicurativo ovvero, *rectius*, di copertura del rischio».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tuttavia i modelli contrattuali anglosassoni «aspirano all'autosufficienza", ma "sono sempre comunque "incompleti", in quanto le parti non possono prevedere tutti i possibili eventi», ed inoltre non è "economico" regolare convenzionalmente l'allocazione di qualsiasi rischio (13). Ne deriva allora che per quanto arginato il tema dell'oggetto dell'acquisto di partecipazioni di controllo o totalitarie esso non può essere semplicemente non affrontato sulla base della considerazione che i modelli contengono clausole da sole in grado di disciplinare i problemi di un acquisto non soddisfacente. E sotto questa lente non può non osservarsi che già la predisposizione di una serie di clausole di garanzia volte a garantire il patrimonio di una società dimostra come con il contratto di acquisizione le parti vogliono cedere e rispettivamente acquistare non solo e non tanto una partecipazione di controllo di una società quanto piuttosto e specialmente una partecipazione in una società che abbia determinate caratteristiche (14). D'altro canto e comunque la prassi vede sempre più spesso allegare nei contratti di acquisizione disclosure schedule che altro non sono che una serie di informazioni analitiche che il venditore fornisce all'acquirente in sede di *due diligence* (15). Ne deriva che la presenza di questo documento allegato al contratto di acquisizione evidenzia ancora di più la rilevanza del patrimonio sociale per le parti. Ed infine ed in ogni caso il contratto di acquisizione è il punto terminale di un procedimento privato che vede le parti concludere prima di questo atto tutta una serie di contratti e/o intese di varia natura iniziali come lettere di intenti, accordi di riservatezza, accordi ed attività di due diligence, accordi di esclusiva etc. A questo

---

(13) Così DE NOVA, *C ontratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 635. A livello generale hanno evidenziato il fatto che per quanto i contratti sofisticati sono sempre comunque incompleti SACCO, *Il diritto non scritto*, in *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1999, p. 17, secondo cui «il contratto completamente autoregolato è un'astrazione che non corrisponde al reale» perché «le parti regolano ciò che prevedono, e la loro capacità di previsione non va al di là di certi limiti»; BELLANTUONO, *Le regole di default nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 427; ROPPO, *I l contratto*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da IUDICA e ZATTI, Milano, 2001, p. 460.

(14) La necessità di valutare non solo il contratto di acquisizione, ma anche i diversi atti anteriori è d'altro canto sostenuta dalla dottrina tedesca, secondo cui il patrimonio sociale assume rilevanza tutte le volte in cui risulta chiaro che la determinazione del prezzo è stata effettuata in sede di trattative facendo principalmente riferimento a quest'ultimo. In argomento v. anche IORIO, *S truttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, cit., p. 193 ss., che tuttavia limita la rilevanza della negoziazione ai fini dell'interpretazione del contratto di acquisizione alla sola ipotesi in cui «le intese maturate nella fase precontrattuale trovino corrispondenza nel testo adottato, attraverso una seri di indici (anche impliciti)».

(15) Sulla disclosure schedule v. T.M. UBERTAZZI, *Il procedimento di acquisizione di imprese*, Padova, 2008, p. 222 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

proposito l'art. 1362 c.c. impone in particolare di tener conto di tutte le «preliminari prese di contatto (trattative in senso stretto)», e di tutti gli «atti negoziali, per così dire interni (perché già intercorsi tra le medesime parti) od esterni (perché in precedenza stipulati dalle parti con i terzi)» (16) (17). Gli atti anteriori debbono naturalmente essere valorizzati ai fini dell'interpretazione di quelli successivi specialmente ed a *fortiori* quando il contratto rappresenta l'atto finale di un procedimento privato: perché in questi casi il contratto finale è «il risultato di un procedimento» (18), e di conseguenza non può essere valutato singolarmente ma «assume significato e valore giuridico in presenza della situazione nella quale si innesta» (19) (20). Questa regola vale naturalmente anche per l'interpretazione degli atti

---

(16) Così BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Codice civile commentario*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1991, p. 138. V. inoltre *ex multis* essendo la lettura sterminata A. SCALISI, *L a comune intenzione dei contraenti. Dall'interpretazione letterale del contratto all'interpretazione secondo buona fede*, Milano, 2003, p. 97 ss.; MAGGIOLO, *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 5 p. 907 ss.; e FRANZONI, *Principi generali, norme elastiche, clausole generali*, in *questa rivista*, 2023, 4, p. 1052 ss. Sulla rilevanza che assume la fase di negoziazione ai fini dell'interpretazione del contratto v. *ex multis* R. SCOGNAMIGLIO, *C ontratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1972, p. 82, secondo cui «il contratto costituisce in ipotesi il punto di arrivo ed il frutto della cooperazione (…) tra i trattanti. Cosicché, a tale fase ed alle attività che in essa si svolgono, si potrà altresì fare capo, sia al fine di determinare il senso e la portata dell'accordo raggiunto, sia, e soprattutto, al fine di identificare e valutare i vizi che possono intaccare la formazione del volere». Sul punto v. anche BETTI, *I nterpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, p. 1949, 385, secondo cui «la dichiarazione interpretativa (…) non» può «operare un brusco distacco del precetto contrattuale dal suo processo formativo». Sull'interpretazione del contratto internazionale v. ALPA, *L'interpretazione del contratto internazionale*, in *Contratti*, 2002, 5, p. 513 ss..

(17) La rilevanza che assumono ai fini dell'interpretazione del contratto le trattative e per corollario i diversi contratti che vengono stipulati dalle parti in questa fase è d'altro canto confermata dai Principi di diritto europeo dei contratti, secondo cui «nell'interpretare il contratto si deve avere riguardo, in particolare» alle «circostanze nelle quali esso è stato concluso, comprese le trattative» (così l'art. 5:102); e dai Principi Unidroit, secondo cui tra le «circostanze rilevanti» ai fini dell'interpretazione del contratto vi sono in particolare «le trattative intercorse tra le parti» (così l'art. 4.3).

(18) Così v. *ex multis* FAZZALARI, voce *Procedimento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, XXXV, p. 825. Analogamente v. anche DI PRISCO, voce *Procedimento (dir. priv)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, XXXV, p. 859.

(19) Così G. BENEDETTI, *D al contratto al negozio unilaterale*, Milano, 2007, p. 56, rileva giustamente che in presenza di un procedimento privato ciascun atto (e dunque anche il contratto finale) non può essere valutato separatamente dagli altri ma deve essere considerato in un'ottica attenta all'aspetto procedimentale.

(20) In questo studio non si vuole sostenere che il "trattamento ermeneutico" dell'atto amministrativo (o giurisdizionale) e del contratto segua i medesimi criteri, perché è noto ad esempio che "nell'interpretazione del provvedimento" occorre valutare "se esso risponda alla specifica funzione di interesse pubblico che ne caratterizza il tipo" e dunque "ha

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del procedimento privato particolare costituito dall'operazione di acquisizione. E la ricostruzione del procedimento di acquisizione e dei "collegamenti" possibili non può che evidenziare come i diversi accordi preliminari al contratto di acquisizione evidenziano la rilevanza che le parti danno al patrimonio sociale con le conseguenze in termini di rilevanza interpretativa *ex* art. 1362 c.c.. Così ad esempio le intese iniziali relative alla riservatezza ed alle due diligence sono infatti finalizzate ad offrire all'impresa acquirente elementi adeguati non solo e non tanto a valutare la sufficienza della partecipazione ceduta ad assicurare il controllo dell'impresa target, quanto piuttosto e specialmente ad apprezzare la consistenza del patrimonio aziendale di quest'ultima. Così ancora con l'accordo di esclusiva l'impresa target ed i soci cedenti si obbligano a non intraprendere o dare ulteriore seguito a trattative con terzi per la cessione non solo del pacchetto di controllo, ma di tutti i beni relativi al patrimonio sociale con tanto di rilevanza di questo per le parti sin dalla negoziazione del futuro contratto di acquisizione (21). Così ancora con gli accordi di stand-

---

importanza decisiva la motivazione che ne indica le premesse logiche, di carattere oggettivo e tecnico"; mentre "per contro, nell'interpretazione del negozio non hanno rilevanza i motivi che nella specifica situazione di fatto ne hanno determinato la conclusione […] ma soltanto l'intento pratico, l'interesse in senso oggettivo, che cerca soddisfazione nel precetto che l'autonomia privata ha posto in essere" (così BETTI, *I nterpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, cit., p. 383). Ciò premesso non si può negare che in presenza di un procedimento (anche privato) l'atto finale rappresenta il risultato di un *iter* complesso che impone necessariamente all'interprete ai fini della sua valutazione di valutare le diverse tappe che via via ne hanno prodotto la conclusione. Questa soluzione è da tempo proposta anzitutto nei procedimenti amministrativi perché ai fini dell'interpretazione del provvedimento l'interprete "deve seguire a ritroso e ripercorrere l'*iter* genetivo prescritto e tracciato dalle norme che ne regolano la formazione" (così BETTI, *I nterpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, cit., p. 342). Questa lettura è suggerita anche nei processi civili perché ai fini dell'interpretazione della sentenza "compito dell'interprete è di ricostruire (…) il senso precettivo del provvedimento, la mens in senso oggettivata, ricavandola dalla funzione tipica, cui esso è destinato, e ripercorrendone l'*iter* genetico ad esso tracciato dalle norme che ne reggono la formazione e così segnano al giudice la regola del suo operare" (così BETTI, *I nterpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, cit., p. 358). E questo modo di procedere può essere applicato anche ai procedimenti privati volti alla conclusione di un contratto: perché anche in questi casi l'*acquisition agreement* (come il provvedimento amministrativo e la sentenza) costituisce l'atto finale di un procedimento: ciò che necessariamente deve indurre l'interprete a ripercorrere le diverse tappe percorse da impresa acquirente e target. In generale sulla rilevanza che gli atti anteriori del processo e del procedimento amministrativo possono avere ai fini dell'interpretazione della sentenza e del provvedimento v. l'autore già citato ed inoltre GIANNINI, *Interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, p. 326 ss.; e DENTI, *I nterpretazione della sentenza civile*, Pavia, 1946, XXVIII, p. 21 ss..

(21) Come risulta chiaramente dall'accordo di esclusiva riportato da SHERMAN e HART, *Mergers & acquisitions from a to z*, New York, 2006, p. 54 (al punto 5 della lettera di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

still, secondo cui in pendenza del procedimento di acquisizione l'impresa target non deve svolgere atti di gestione straordinaria che potrebbero incidere in modo altrettanto non ordinario sulle sue dimensioni economiche e diminuirne così il patrimonio di quest'ultima: perché con questi accordi le parti esprimono chiaramente una volontà contrattuale di assegnare rilievo al patrimonio aziendale dell'impresa target. E così infine gli accordi che l'acquirente conclude con gli advisor legale e finanziario per assisterla nell'operazione di acquisizione. In particolare con questi accordi il compratore si dota delle competenze necessarie a valutare gli aspetti economici dell'operazione di acquisizione. Questa valutazione riguarda naturalmente anche il valore che le azioni cedute/acquisite hanno ai fini dell'assunzione del controllo dell'impresa target. Ma il cuore della valutazione economica riguarda in realtà direttamente anche e specialmente le caratteristiche del patrimonio aziendale dell'impresa target, oltre che naturalmente le conseguenze che esse possono avere sulla determinazione del prezzo delle partecipazioni cedute/acquisite. Le ragioni pratiche dell'intervento degli advisor dell'impresa acquirente sono chiaramente note ai soci cedenti, che d'altro canto per solito prendono contatto ripetutamente con gli advisor durante le trattative preliminari all'acquisizione. A loro volta i soci cedenti e l'impresa target incaricano propri *financial advisor*, tra l'altro per redigere ed inviare all'impresa acquirente prospetti informativi e selling memorandum che contengono informazioni sul patrimonio della società acquisenda (22). E l'intervento dei rispettivi advisor dimostra inequivocabilmente che le parti hanno ritenuto sin da subito rilevante il patrimonio sociale ai fini della conclusione del contratto di acquisizione.

4. – Certo è che in dottrina e giurisprudenza si discute non solo sull'oggetto della vendita di pacchetti totalitari o di controllo di partecipazioni, ma anche sulla natura giuridica delle *business warranties*: (i) a questo proposito un primo orientamento ha qualificato le *business war-*

---

intenti), secondo cui «*the company agrees that, from and after the execution of this Letter Agreement until the termination of the Binding Terms in accordance with* (…) *will not initiate or conclude, through its Representatives or otherwise, any negotiations with any corporation, person or entity regarding* the sale of all or substantially all of the assets *or the Shares of The Company*» [evidenza aggiunta].

(22) Sul punto v. d'altro canto quanto osservato da CAPIZZI, *G li intermediari finanziari e i servizi di supporto delle acquisizioni aziendali*, in *Corporate & Investment Banking*, a cura di FORESTIERI, Milano, 2007, p. 368, secondo cui «l'obiettivo principale del *selling memorandum* è" principalmente "quello di permettere al richiedente di scendere nello specifico della realtà aziendale sinteticamente presentata mediante *blind profile*, comprenderne le prospettive reddituali, il posizionamento competitivo, i punti di forza e di debolezza» etc..

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ranties come qualità promesse o essenziali per l'uso a cui il bene è destinato ai sensi dell'art. 1497 c.c. con la conseguenza che troverebbe applicazione il breve termine di prescrizione di un anno previsto dall'art. 1495 c.c. (espressamente richiamato dall'art. 1497 co. 2 c.c.) [23]; (ii) altri orientamenti hanno via via criticato questo indirizzo perché l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 1495 e 1497 c.c. priverebbe di fatto le clausole di garanzia di ogni funzione o utilità [24]. E sotto questa lente un secondo orientamento ha ritenuto che le *business warranties* rispondono «più alla logica della c.d. garanzia convenzionale di buon funzionamento di cui all'art. 1512 cod. civ. che a quella della garanzia redibitoria o per mancanza di qualità *ex* artt. 1490-1497 cod. civ.» [25] con la conseguenza che si applicherebbe il termine di prescrizione di sei mesi decorrenti dalla scoperta del difetto di funzionamento da parte del compratore, garantendo così una maggiore tutela all'acquirente delle partecipazioni; (iii) un terzo orientamento ha invece definito queste clausole come «prestazioni di garanzia o assicurative» [26] modellate sugli schemi della promessa del fatto del terzo *ex* art. 1381 c.c. e del contratto assicurativo *ex* art. 1882 ss. c.c., aventi ad oggetto (non la partecipazione, ma) il patrimonio sociale; (iv) un quarto orientamento ha precisato che «le c.d. *business warranties* concernono le caratteristiche patrimoniali, finanziarie e reddituali della società (…) previste dalla autonomia privata, che hanno ad oggetto l'obbligazione

---

[23] Così App. Milano 15 marzo 1991, in *OneLegale* secondo cui «in relazione ad una cessione di quote sociali, gli acquirenti, al fine di lamentare fondatamene il diritto alla riduzione del prezzo per inidoneità del bene alienato (quota sociale), in ordine alla qualità promessa, devono dimostrare che vi fosse stata una promessa di qualità del bene alienato»; Cass., 6 novembre 2014, n. 23649, in *OneLegale*; Cass., 8 luglio 2015, n. 14255 in *OneLegale*.

[24] Così TINA, *La natura giuridica delle clausole di garanzia nel trasferimento di partecipazioni societarie*, cit., p. 1015 ss. secondo cui questo indirizzo «avrebbe l'effetto di privare, di fatto, le stesse clausole di garanzia di ogni funzione e utilità»; CHERTI, *Cessione di pacchetti azionari e garanzie convenzionali*, in *Contratti*, 2013, p. 1035 ss. secondo cui «per questa via il diritto di ottenere la risoluzione è soggetto alla decadenza e alla prescrizione previste nell'art. 1495 c.c., di modo che, passato un anno dalla conclusione del contratto, il compratore perde qualsiasi forma di tutela a prescindere – sembrerebbe – da quanto minuziosamente pattuito nel contratto di cessione. Dunque, se così fosse e come da più parti evidenziato, il combinato disposto degli artt. 1497 e 1495 c.c. avrebbe l'effetto di privare, di fatto, le clausole di garanzia (per quanto ampie e ben dettagliate) di ogni funzione o utilità. Queste ultime finirebbero per essere un mero esercizio di stile per gli avvocati al momento della redazione del contratto, considerato che dal punto di vista pratico le loro finalità risultano strettamente influenzate dalla ricostruzione che emerge dagli orientamenti giurisprudenziali cui si è fatto cenno».

[25] Così BUSET, *op. cit.*, p. *20355* ss.

[26] Così SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., p. 114 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

traslativa facente capo al venditore, diverse dalla garanzia per vizi» sì che «la mancanza dei requisiti previsti attiene all'inesatto adempimento della prestazione principale che può essere fatto valere nel termine decennale» (27). In particolare questa impostazione valorizza l'autonomia contrattuale e conferisce una maggiore protezione all'acquirente, applicando alle *business warranties* il termine di prescrizione ordinario decennale e decorrente dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere *ex* art. 2935 c.c., anziché il breve termine di prescrizione di un anno previsto dall'art. 1495 c.c. E questa lettura mi sembra maggiormente calzante. Infatti le clausole di garanzia dei contratti di acquisizione non vogliono modificare in alcun modo la definizione legislativa di partecipazione sociale. Esse determinano piuttosto qual è l'oggetto del contratto: e già si è detto che secondo le tesi sostanzialistiche con il contratto di acquisizione le parti vogliono cedere e rispettivamente acquistare non tanto una partecipazione sociale quanto piuttosto e specialmente una partecipazione in una società che abbia un determinato patrimonio; e che l'esistenza di un procedimento privato di acquisizione offre ulteriori argomenti per aderire a questa lettura. D'altro canto, non mi sembra convincente l'argomento secondo cui non si potrebbe applicare alla garanzie contrattuali un termine maggiore di prescrizione visto che la disciplina legale della garanzia per vizi della cosa venduta può essere modificata pattizziamente solo *in parte qua* riguarda i termini di decadenza della relativa azione. In realtà tutta la disciplina della garanzia per vizi *ex* artt. 1490 ss. c.c. può essere derogata e modificata dall'autonomia contrattuale. Così, ad esempio, l'opinione qui criticata riconosce giustamente che le parti possono derogare alla regola di decadenza *ex* art. 1495 c.c. (28). La dottrina civilistica ha già osservato che «la garanzia può

---

(27) Così Cass., 24 luglio 2014, n. 16963, in *OneLegale;* Cass., 13 marzo 2019, n. 7183 in *OneLegale*. V. anche Trib. Genova 09 ottobre 2006, in *OneLegale* secondo cui «neppure l'art. 1495 c.c. è applicabile al caso di specie; l'azione proposta dagli attori nasce da due diverse clausole contrattuali: la prima, che ha previsto il rimborso di eventuali debiti pagati dalla A. in eccedenza ai crediti incassati; la seconda, che prevede un'autonoma garanzia – svincolata quindi dalle ordinarie garanzie della compravendita – di corrispondenza tra i bilanci e la reale situazione patrimoniale della società. La prescrizione è quindi in entrambi i casi quella ordinaria, e non è decorsa». Sull'applicazione del termine decennale di prescrizione v. in dottrina VALERIO, *Garanzia convenzionale per sopravvenienze passive: l'indennizzo va chiesto entro il termine decennale di prescrizione*, in *Dir. e giust.*, 1, 2014, p. 63; IORIO, *Vendita di partecipazioni sociali: garanzie contrattuali e termine di prescrizione*, in *Giur. it.*, 11, 2014, p. 2406.

(28) E d'altro canto la derogabilità del termine di decadenza è stata già da tempo affermata dalla giurisprudenza: v. ad esempio Cass., 1° febbraio 1968, n. 338, in *Foro it.*, Rep. 1968, voce *Vendita*, n. 74, secondo cui "le parti sono libere di pattuire un termine, per la denuncia dei vizi della cosa venduta, più o meno lungo di quello stabilito, in via dispositiva dalla legge o dagli usi".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

anche essere rafforzata o integrata mediante apposite pattuizioni» [29]. La giurisprudenza della Cassazione ha poi già da tempo precisato che «la disciplina legale della garanzia per vizi può essere modificata in modo da aumentare (…) la garanzia medesima, fino ad introdurre, con diversa disciplina contrattuale, altra obbligazione a carico del venditore» con la naturale conseguenza particolare che «in tal caso all'azione di esatto adempimento non sono applicabili i termini di decadenza e di prescrizione propri delle azioni derivanti dalla garanzia legale» [30]. E lo *ius quo utimur* attualmente consente allora di qualificare le clausole pattizie di garanzia come espressione di autonomia contrattuale che modifica in tutto o in parte la disciplina legislativa degli effetti naturali del contratto di vendita relativi alla garanzia per vizi.

5. – Quale che sia la natura di queste clausole esse di certo danno luogo spesso a contenziosi giudiziali e/o stragiudiziali sulla portata delle formule di *indemnities* in esse previste. Infatti, le clausole di garanzia nei contratti di acquisizione sono solitamente assistite da previsioni e determinazione in via pattizia di forme di responsabilità cui il venditore è tenuto in caso di mancato rispetto di quanto promesso. Così, ad esempio, si può prevedere che «i Venditori si impegnano a tenere indenne e manlevare, proporzionalmente alla quota da loro venduta (...), l'Acquirente da e contro qualsiasi danno, costo, spesa o perdita subita o soste-

---

[29] Così v. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 273. V. anche BIANCA, *L a vendita e la permuta*, cit., p. 925, secondo cui "in linea di massima la previsione di ulteriori rimedi a favore del compratore non importa rinunzia ai normali rimedi legali contro l'inadempimento" (così a p. 926).

[30] Così Cass., 4 settembre 1991, n. 9352, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3140. Analogamente v. anche Cass., 31 ottobre 1959, n. 3591, in *Foro it.*, Rep. 1958, voce *Vendita*, n. 119, secondo cui "rientra nel principio dell'autonomia contrattuale affermato e sancito dal legislatore nell'art. 1322 c.c., il regime delle garanzie e delle decorrenze nei rapporti obbligatori, ed in particolare nella compravendita, non sussistendo un particolare motivo di ordine pubblico nella brevità dei termini di cui all'art. 1495 c.c. e nella stessa loro perentorietà". D'altro canto la possibilità di prevedere una disciplina pattizia integrativa di quella legale per vizi è stata anche espressamente riconosciuta da Cass., 5 settembre 1997, n. 8578, in *Giur. it.*, 1998, I, p. 888. V. inoltre ANTINORI, *Disciplina legale e disciplina contrattuale della garanzia per vizi nella compravendita*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3143, secondo cui «è da ritenere che una volta concesso alle parti il potere di intervenire sulla disciplina legale della garanzia per vizi, questo potere (espressione, peraltro dell'autonomia privata riconosciuta e tutelata dall'ordinamento giuridico *ex* art. 1322, comma 1 c.c.) possa svolgersi senza limitazioni aprioristiche, purché si esprima un chiaro e sicuro accordo delle parti che si concreti in una clausola contrattuale il cui tenore letterale e contenuto sostanziale sia espressione di una inequivocabile comune *voluntas*». E la sentenza ora ricordata (Cass., 5 settembre 1997, n. 8578) è poi citata, sembra adesivamente, da LUMINOSO, *op. cit.*, p. 273; e da BIANCA, *L a vendita e la permuta*, cit., p. 926.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nuta dall'Acquirente che derivi da fatti, circostanze o questioni che costituiscono una violazione di una qualsiasi delle dichiarazioni o garanzie specificate nel contratto di vendita delle azioni». Così ancora si può prevedere che «i Venditori indennizzeranno e manleveranno l'Acquirente e la Società, con ragionevole soddisfazione, da tutte le perdite, i danni e le spese ragionevolmente sostenute da questi ultimi nell'adempimento degli obblighi stabiliti nelle garanzie e nelle dichiarazioni». E la portata di queste *indemnities* spesso è oggetto di contenziosi in sede civile per il diverso modo che le parti hanno di interpretare le clausole che li prevedono.

6. – In particolare nei contratti di acquisizione si assiste spesso a clausole di garanzia la cui violazione dà luogo a delle *indemnities* non illimitate ma con una determinazione di un *cap* massimo di esse. E così ad esempio si può prevedere nei contratti di acquisizione che «l'obbligo di indennizzo a carico del Venditore nei confronti dell'Acquirente non potrà in ogni caso eccedere complessivamente un importo» determinato. Inoltre l'obbligo indennitario e l'importo determinato può essere graduato prevedendo ad esempio che «l'obbligo di indennizzo a carico del Venditore sarà ridotto del 20% qualora le garanzie vengano esercitate entro il primo anno dalla conclusione dell'accordo di acquisizione. L'obbligo di indennizzo a carico del Venditore sarà ridotto del 40% qualora le garanzie vengano esercitate dal primo al secondo anno dalla conclusione dell'accordo di acquisizione». Ed infine queste clausole possono anche prevedere l'esclusione in via pattizia di ogni altra forma di danno: e così ad esempio prevedere che «le Parti convengono che in caso di violazione anche di una sola delle Dichiarazioni e Garanzie prestate dalla Parte Venditrice, la Parte Acquirente avrà diritto alle indennità previste dal presente articolo, escluso ogni ulteriore risarcimento o indennizzo».

Ora in tutti i casi in cui sono previste clausole di indennizzo che limitano le forme di risarcimento si assiste solitamente ad un contenzioso giudiziale o stragiudiziale tra compratore e venditore. E la ragione è che queste forme di allocazione del danno incontrano limiti secondo il diritto italiano. In primo luogo queste clausole per come formulate prevedono forme di limitazione della responsabilità del venditore nella misura in cui da una parte gli assicurano di non rispondere altrimenti se non su quanto convenuto e dall'altra prevedono un limite al *quantum* di risarcimento da accordare al compratore. In questo modo allora queste clausole costituiscono forme di esonero da responsabilità e sono dunque soggette ai limiti previsti dall'art. 1229 c.c. Per conseguenza non sarebbero valide nel caso in cui gli atti che hanno comportato la violazione della garanzia siano

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

commessi dal venditore con dolo o colpa grave (31). In secondo luogo la clausola di garanzia volta a prevedere un'*indemnity* con un *cap* massimo sarà disciplinata dagli artt. 1382 c.c. ss. e sarà soggetta al potere integrativo/riduttivo del giudice previsto dall'art. 1384 c.c. Ne deriva che il potere del compratore di richiedere l'indennizzo potrà comunque subire un potere di controllo giudiziario che ne ristabilisca un esercizio in linea con l'applicazione del principio di correttezza previsto all'art. 1375 c.c. D'altro canto è vero che secondo una dottrina le clausole di indennizzo non possono essere qualificate come clausole penali «sia perché nella struttura della clausola indennitaria non vi è alcuna "predeterminazione della prestazione" in caso di violazione del "patto di garanzia"; sia perché la clausola penale presuppone un inadempimento o un ritardo nell'adempimento "imputabile" al debitore mentre (…) il "patto di garanzia" deve operare anche al di fuori delle ipotesi di inadempimento imputabile"» (32). Ma questa tesi sicuramente suggestiva non sembra convincente quantomeno nella vendita di pacchetti totalitari o di controllo. Anzitutto perché normalmente le clausole di garanzia nei contratti di acquisizione prevedono formule di indennizzo che quantificano *ex ante* da subito il quantum da versare ed il termine *indemnities* non richiama necessariamente quello italiano proprio di indennizzo e tale da distinguerlo alle forme di risarcimento del danno (33). Inoltre perché gli artt. 1382 c.c. ss. non individuano

---

(31) D'altro canto BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 235 ove in materia di clausola penale con limitazione del danno precisa come «la limitazione del danno risarcibile nella misura della clausola penale non opera comunque in favore del debitore responsabile per dolo o colpa grave» infatti la clausola penale «liquida e limita preventivamente il danno ma non costituisce strumento per sottrarre il debitore alle conseguenze della sua responsabilità» nelle ipotesi ora dette. V. anche CEDON, *Responsabilità civile*, 2ª ed., Milano, 2020, *passim*.

(32) SALATINO, *La "clausola indennitaria" nel contratto di acquisizione ("sale purchase agreement")*, in *Riv. not.*, 2, 2017, p. 295. V. anche CONFORTINI, *op. cit.*, p. 581 secondo cui «la clausola d'indennizzo non presuppone un inadempimento "imputabile" al venditore (e per questo non è assimilabile alla clausola penale di cui all'art. 1382 cod. civ.)».

(33) Nei contratti di acquisizione le clausole di indennizzo hanno una funzione risarcitoria ed il termine indennizzo viene usato in modo atecnico: v. AROSSA, *Le clausole di "garanzia" e di indennizzo nel "contratto di acquisizione" di partecipazioni sociali*, reperibile sul sito internet http://www.giur.uniroma3.it/materiale/didattico/international%20business%20contracts/20aprile/Le%20clausole%20di%20garanzia%20e%20di%20indennizzo.pdf, p. 34, citato da SALATINO, *op. cit.*, p. 312. In senso contrario ID., *op. cit.*, p. 313 secondo cui «quando nella prassi dei contratti di acquisizione si fa riferimento al termine "indennizzo", lo stesso deve essere inteso in senso tecnico». In generale sulla differenza tra indennizzo e risarcimento v. CHERUBINI, *Indennizzo e risarcimento nella promessa del fatto del terzo*, in *Danno e resp.*, 7, 2003, p. 728 ss.; PARDOLESI e SANTORO, *Indennizzo e risarcimento del danno: di cumuli e cavoli*, in *Danno e resp.*, 11, 2014, p. 1008; STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, Torino, 2017, p. 822.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

un tipo contrattuale definendo una fattispecie come avviene con i tipi contrattuali: ma prevedono una disciplina da applicare a tutti i contratti nel caso in cui vi sia una quantificazione *ex ante* del danno. In questo modo lo schema della clausola penale è applicabile ad ogni forma pattizia volta a quantificare il danno. E su questa base essa ricomprende anche le *indemnities* che sono formule convenzionali di determinazione del danno a favore del compratore per non avere acquistato una società con determinate caratteristiche come garantite nel contratto di acquisizione. Ed infine ed in ogni caso non è corretto escludere che le *indemnties* non si verifichino in caso di inadempimento del debitore essendo questo soggetto terzo rispetto alla società target titolare del patrimonio sociale. In primo luogo perché alcune volte le garanzie prevedono una promessa del venditore per fatto proprio al cui mancato verificarsi scatta un'*indemnity* come tipicamente avviene quando questi garantisce la qualità delle azioni vendute o ad esempio di non avere richiesto e ottenuto nel corso rimborsi di propri finanziamenti alla società da lui controllata. Ne deriva che in questi casi l'*indemnity* ricorre proprio a seguito di un inadempimento diretto del venditore. In secondo luogo perché non necessariamente quando il venditore promette un fatto della società target il primo è estraneo a questo e non può incidere sul suo avveramento. A questo proposito è vero a livello di teoria generale del diritto che la natura giuridica della promessa del fatto del terzo secondo un'impostazione non presuppone mai un inadempimento del promittente garantendo questo un fatto estraneo alla sua sfera di controllo con dunque difficoltà di inquadramento nello schema della clausola penale (34). Tuttavia, questa impostazione è stata criticata da altra dottrina autorevole secondo cui invece il promittente si impegnerebbe comunque a procurare un risultato di un terzo adoperando ogni mezzo necessario con dunque suo inadempimento nel caso in cui questo non si realizzi (35). E questa impostazione quantomeno nel nostro caso risulta

(34) In particolare, ci si riferisce a quell'impostazione secondo cui l'obbligo di corrispondere l'indennizzo sussiste indipendentemente da un giudizio in ordine all'adeguatezza del *facere* del promittente. Infatti, il promittente sarà responsabile per il solo fatto del mancato conseguimento dell'interesse all'adempimento del terzo: ne deriva che l'obbligo di indennizzo in capo al promittente non ha come fonte l'inadempimento e cioè il fatto che non si sia adoperato nei confronti del terzo ma discende da un obbligo ulteriore che prescinde del tutto dall'inadempimento (così v. ALCARO, *Promessa del fatto del terzo*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 74; ma v. anche SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Milano, 1955, p. 40 ss.; BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981, p. 97 e CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, Milano, 1992, p. 16).

(35) Tra i sostenitori di questa tesi v. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 526; SACCO, *Il contenuto*, in *Tratt. di dir. priv.*, 10, Torino, 1982, p. 259 e ALCARO, *op. cit.*, p. 67 ss. Per questa impostazione il promittente con la promessa si obbliga a

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

particolarmente calzante. Infatti quando le garanzie prevedono una promessa del fatto (non proprio, ma del terzo) la posizione del venditore *ex* art. 2359 n. 1 nella vendita di pacchetti ad esempio totalitari e o di controllo (e dunque delle ipotesi analizzate in questo articolo) esclude che il comportamento garantito dell'impresa target sia assolutamente esterno e non "governabile". Qui infatti quando il venditore garantisce una certa situazione dell'impresa target (quale ad esempio che questa abbia pagato ogni contributo previdenziale e/o non sia in stato di insolvenza) gode e versa di una posizione di controllo tale da assicurargli (i) di conoscere la situazione che sta garantendo; (ii) di potere compiere tutti gli atti necessari per arrivare a quel risultato (nominando ad esempio amministratori di una certa capacità; dotando la società dei finanziamenti necessari per permetterle di essere solvibile; etc.); e (iii) di impartire istruzioni anche sotto forma di direzione e coordinamento *ex* art. 2497 c.c. alla società controllata affinché orienti la propria attività in una certa maniera e non si discosti da determinate direttive. Ed in questi casi allora non può escludersi che il fatto garantito sia esterno totalmente al debitore e che il mancato avveramento non sia a lui imputabile.

7. – Certo è che il contenzioso giudiziale sugli indennizzi normalmente nelle acquisizioni di imprese può incentrarsi anche su altri profili. A questo proposito nei contratti di acquisizione sono ad esempio presenti normalmente clausole in cui il venditore garantisce al compratore che l'impresa target sia stata gestita in una certa maniera nel rispetto della legalità e tale da non incorrere in procedimenti penali e/o fiscali. Così ad esempio si possono prevedere clausole con le quali si garantisce che l'impresa target

---

procurare il fatto altrui e quindi assume un'obbligazione di risultato. Ne deriva che il promittente sarà liberato dall'obbligazione solo qualora il risultato oggetto della promessa si realizzi. In questo quadro secondo alcuni autori l'obbligo di indennizzo di cui all'art. 1381 c.c. troverebbe la sua fonte nell'inadempimento del promittente che si è direttamente impegnato a procurare il fatto del terzo. Ed inoltre per completezza è bene precisare che ci sono due ulteriori orientamenti: (i) per un primo orientamento la promessa del fatto del terzo consiste in un'obbligazione primaria di pagare l'indennità che è però sottoposta alla condizione sospensiva del rifiuto del terzo di obbligarsi o di fare quanto promesso. Pertanto, il promittente assume un'obbligazione di dare condizionata e il promissario ha un interesse fondamentale al conseguimento dell'indennità (così v. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, pp. 60 e 82 ss. e CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, p. 835 ss.); (ii) per un secondo orientamento la promessa del fatto del terzo integra un'obbligazione di garanzia. In particolare, il promittente al momento della conclusione del contratto assume il rischio di un eventuale rifiuto del terzo e si impegna al verificarsi di un tale evento a corrispondere l'indennizzo. Tutto ciò a prescindere dall'essersi adoperato o meno per ottenere l'adempimento del terzo (così v. MESSINEO, *Contratto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 974).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

(i) «ha sempre debitamente e tempestivamente adempiuto a tutti gli obblighi fiscali previsti dalle leggi applicabili»; (ii) «tutti i libri sociali nonché la documentazione contabile e fiscale sono completi, corretti, aggiornati ed accurati in ogni aspetto rilevante in conformità a quanto previsto dalla normativa applicabile»; (iii) «le attività sono state condotte, in tutti gli aspetti rilevanti, in conformità alle leggi civili, penali e fiscali»; etc. E la violazione di queste garanzie poi fa scattare tutta una serie di *indemnities* in caso di loro violazione in capo al venditore che normalmente non viene contestata quando il fatto che ha determinato la violazione della garanzia è chiaramente individuabile prima del trasferimento delle partecipazioni se non nei limiti visti al paragrafo precedente.

Tuttavia la pratica degli affari dimostra come molte volte a seguito del closing l'impresa target risulti coinvolta in procedimenti per responsabilità in ambito penale e/o fiscale ove il fatto generatore di questa responsabilità non è unico ma si caratterizzi per una serie di atti ripetitivi e prolungati nel tempo e tali da poter essere commessi anche successivamente alla vendita delle partecipazioni. Si pensi ad esempio al caso in cui la società target sia coinvolta in un procedimento penale di corruzione internazionale che abbia comportato una serie prolungata nel tempo di attività che possono via via andare anche oltre il closing ([36]); o si pensi ancora all'ipotesi in cui la società target sia stata coinvolta in procedimento presso l'Agenzia delle Entrate e parallelamente presso la Procura e Tribunale competente per una serie di fatturazioni false relative ad operazioni commesse sia prima che dopo il closing nel medesimo anno di riferimento. In questi casi allora non necessariamente l'atto che ha comportato la violazione della clausola di garanzia costituisce un comportamento imputabile esclusivamente al venditore dato che il compratore può avere via via proseguito la commissione dei fatti illeciti. D'altro canto contestualmente alla vendita il compratore è solito anzitutto richiedere la dimissione degli amministratori della società target con nomina di propri amministratori. Inoltre, a seguito di un'acquisizione il compratore è solito alcune volte ad azzerare l'intera catena di comando dell'impresa target sostituendola con propri uomini chiave di cui gode la fiducia. Infine, non sono poi infrequenti i casi in cui alle acquisizione seguono operazioni straordinarie in cui la società acquirente si fonde con la società target. Ed in questi casi allora il compratore spezza ogni collegamento dell'impresa target con la gestione del venditore

([36]) In particolare «il termine closing non indica in modo univoco un atto particolare del procedimento di acquisizione. Esso indica piuttosto il momento di chiusura dell'operazione» (così v. T.M. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 235).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pregressa al closing con le conseguenze che eventuali fatti commessi a seguito di esso non possano essere imputabili a quest'ultimo. Ne deriva che in questi casi il meccanismo di indennizzo previsto nelle clausole di garanzia può essere via via contestato sia dal venditore che ragionevolmente non vuole essere tenuto a risarcire atti a cui non vi ha contribuito che direttamente dal compratore che non vuole comunque rispondere di attività precedenti al closing a lui non imputabili. E su questi temi molte volte si assiste ad un contenzioso giudiziale e/o stragiudiziale nelle vendite di pacchetti di controllo o totalitari di partecipazioni.

In simili ipotesi a me sembra opportuno distinguere un tema di validità da un tema di ripartizione del risarcimento del danno. Sotto il primo profilo *indemnities* che comportano responsabilità del venditore per atti che lo stesso compratore ha commesso successivamente al closing potrebbero essere nulle. In questi casi, infatti, si applicherebbero i limiti propri dell'art. 1229 c.c. per le clausole di esonero da responsabilità (37). D'altro canto, queste clausole potrebbero comportare un incentivo per il venditore a commettere illeciti di natura penale e fiscale non risultando questi responsabile dei propri atti. E tutto ciò renderebbe queste formule di indennizzo nulle per contrarietà ai principi di ordine pubblico economico (38). Sotto il secondo profilo ed in ogni caso (anche ove si ritenesse valida una simile garanzia) qui naturalmente l'indennizzo dovrà essere

---

(37) Sull'applicabilità dell'art. 1229 c.c. v. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2014, pp. 205-206 secondo cui «ci si può chiedere se in presenza di garanzie convenzionali pattuite tra il *seller* e il *buyer* si possa applicare l'art. 1229 cod. civ. (…) La soluzione più ragionevole pare quella di ritenere applicabile la disciplina dell'art. 1229 cod. civ. anche a queste garanzie convenzionali»; SALATINO, *op. cit.*, p. 304 secondo cui «se si considera la clausola indennitaria nella sua formulazione più semplice (e cioè quando si prevede semplicemente che il venditore dovrà "tenere indenne e manlevare" l'acquirente dalle passività sopravvenute, prevedendo eventualmente anche termini di decadenza per formulare le richieste di indennizzo), le limitazioni di cui all'art. 1229 c.c. non sarebbero applicabili. (…) Diverso è invece il discorso nel caso in cui nella clausola indennitaria siano previste franchigie o limiti massimi all'importo risarcibile (come spesso accade nella prassi). In tal caso, infatti, la clausola non rileva esclusivamente ai fini dell'individuazione del soggetto responsabile, bensì, reca delle vere e proprie limitazioni di responsabilità»; PRATELLI E ROLI, *op. cit.*, p. 428 secondo cui «poiché la *ratio* dell'art. 1229 c.c. è quella di garantire "almeno un certo livello di impegno diligente del debitore" nell'adempimento delle obbligazioni, la sua applicazione può apparire giustificata qualora si opti per una qualificazione del meccanismo garanzia/indennizzo in termini di *inadempimento* del venditore, mentre non sembra percorribile ove lo si qualifichi in termini di pura assunzione di rischio e promessa indennitaria».

(38) Sui principi di ordine pubblico economico v. *ex multis* CARINGELLA e DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, vol. 3, Milano, 2008, p. 42; PICOZZA e RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Torino, 2017, p. 287; COLOMBO, *La parte generale del contratto nella giurisprudenza della cassazione civile*, Roma, 2022, p. 96 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

diminuito per fatto commesso con il concorso del venditore o addirittura non dovuto per fatto commesso esclusivamente da quest'ultimo (a seconda del fatto che il compratore vi abbia o meno partecipato e/o sia collegabile in un momento anteriore il trasferimento delle partecipazioni). In primo luogo perché le clausole di garanzia devono essere interpretate nel senso che non mirano a garantire danni causati direttamente dal venditore a seguito del closing con la conseguenza che il danno causato a seguito del *closing* non dovrebbe essere allocato al venditore. Inoltre ed in ogni caso soccorre l'art. 1227, comma 1, c.c. secondo cui «il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate» ([39]).

([39]) Con riguardo invece ai limiti di applicabilità dell'art. 1227, comma 2, c.c. che esclude il risarcimento dei danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza v. IORIO, *S truttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, cit., p. 310 ss. La dottrina ha inoltre ammesso la riducibilità della penale «quando il parziale adempimento abbia ridotto il fatto causativo del danno» (così v. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 234).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Enrico del Prato

RINEGOZIAZIONE DEL CONTRATTO E BUONA FEDE

Sommario: 1. L'equilibrio contrattuale. – 2. Il regime generale delle sopravvenienze. – 3. L'area della rinegoziazione in assenza di previsioni pattizie. – 4. La rinegoziazione preventivata. – 5. La natura del contratto di rinegoziazione. – 6. Interferenze e unità del sistema.

1. – Il tema è molto ampio, e ha dato luogo a una consistente letteratura. Lo tratterò con approccio sintetico soffermandomi sugli aspetti salienti. Esso è connesso a un difetto, originario o sopravvenuto, dell'equilibrio contrattuale. Lo si affronta, essenzialmente, con riguardo allo squilibrio sopravvenuto sul presupposto che quello originario sia giusto e vincolante perché voluto dalle parti: allora la ragion d'essere della rinegoziazione è nello scopo di ripristinarlo quando risulti alterato da sopravvenienze.

Lo squilibrio originario solleva l'interrogativo se il perseguimento di un assetto di interessi oggettivamente giusto ponga un limite all'autonomia privata. In epoca liberale il contratto era ritenuto giusto perché frutto dell'accordo. L'eguaglianza formale escludeva rimedi ad eccezione dei casi di mancanza di spontaneità, di consapevolezza o in situazioni di sfruttamento. Il campo è quello, classico, dei vizi del consenso (artt. 1427 ss. c.c.), della rescissione (artt. 1447 ss. c.c.), e delle prescrizioni imperative che impongono una valutazione di proporzionalità: tra queste, oltre alla casistica del diritto del lavoro, l'esempio più noto e risalente è dato dalla riduzione della clausola penale manifestamente eccessiva (art. 1384 c.c.) [1]. E sulla questione incide l'assunto che l'imperatività del dovere

[1] La quale, a partire da Cass. 24 settembre 1999 n. 10511, può essere disposta anche d'ufficio sul presupposto della imperatività della norma. La questione è stata posta anche con riguardo all'applicazione della stessa regola alla caparra confirmatoria, su cui v. Corte cost., ord. 21 ottobre 2013 n. 248 (in *Contratti*, 2014, p. 926 ss., con nota di D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*); per un altro commento alla decisione della Consulta – unitamente a CGUE 30.4.2014, causa C-26/13, e alla decisione del Collegio di coordinamento dell'Arbitro bancario finanziario del 24.6.2014 n. 3955 – v. Pagliantini, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di solidarietà tratto dall'art. 2 Cost. consentirebbe un sindacato giudiziale dell'equilibrio contrattuale alla luce della buona fede (2).

La sequenza rimediale che ho richiamato è espressiva dei modelli di tutela in funzione degli interessi presidiati. La reazione ai vizi del consenso e alla rescindibilità è rimessa all'iniziativa dell'interessato, mentre le esplicazioni delle norme imperative sono rilevabili d'ufficio anche nei casi, germinati dalla legislazione di settore, delle nullità di protezione, le quali si fondano su dati seriali, oggettivi e preesistenti al contratto; di contro l'annullabilità e la rescissione si incentrano su cause marcatamente soggettive.

Tralascio il coacervo, assai ampio, di questioni nelle quali il rimedio è dato dalle norme imperative, che inibiscono, puntualmente, assetti di interessi o, genericamente, abusi, reali o potenziali, di forza economica. Il diritto del lavoro, per evidenti ragioni di eguaglianza sostanziale, ha costituito il primo terreno di emersione del fenomeno (3), a cui hanno fatto seguito, nell'esperienza civilistica, il regime dei contratti dei consumatori – dove, però, non appare sindacabile l'equilibrio economico pattuito (art. 34, comma 2, c. cons.: d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) – per approdare alla protezione degli imprenditori nella disciplina dell'abuso di dipendenza economica (art. 9, l. 18 giugno 1998 n. 192) e ad un consistente novero di previsioni speciali sparse in diverse discipline di settore.

Anche in relazione all'equilibrio originario, in verità, la portata della buona fede ha trovato modo di attecchire là dove si è ritenuto di trarne argomenti per limitare l'autonomia dei contraenti nel programmare un assetto di interessi (4). E tuttavia, le esplicazioni che se ne sono tratte, a

---

Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe d'oeil *concettuale?*, in *Contratti*, 2014, p. 853 ss.

(2) V. la già citata Corte cost., ord. 21 ottobre 2013 n. 248, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità relativa all'art. 1385 c.c. – in quanto non prevede la riducibilità della caparra confirmatoria, al pari della clausola penale – sul presupposto, tra l'altro, che il giudice dispone di «margini di intervento»«a fronte di una clausola negoziale che rifletta (…) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte», «in ragione della rilevabilità, *ex officio*, della nullità (totale o parziale) *ex* art. 1418 c.c., della clausola stessa, per il contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost., (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede».

(3) Cfr. l'art. 2113 c.c., il quale si riferisce a tutti i rapporti contemplati dall'art. 409 c.p.c. e detta un'invalidità speciale, concepita per la debolezza economica di una parte, evitabile mediante il ricorso alle modalità previste dagli artt. 185, 410 e 411 c.p.c.

(4) V. ancora Corte cost., ord. 21 ottobre 2013 n. 248, cit. Tuttavia, per l'esito della decisione, l'affermazione della Consulta (riportata in nota 2) appare alquanto declamatoria. Del resto la S.C. (Cass. 30 giugno 2014 n. 14776, e Cass. 25 agosto 2020 n. 17715) è rimasta

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

me pare, per un verso si spiegano in ragione della incompatibilità di alcune clausole con la funzione del contratto, da cui deriva la necessità di espungerle (5), piuttosto che con il dovere di buona fede; per altro verso sono derivate dall'aver, arbitrariamente, riferito alla conclusione del contratto, e cioè al programma originario, affermazioni che la Suprema Corte aveva formulato in relazione a comportamenti attinenti alla fase esecutiva (6).

Comunque, lo squilibrio originario non interferisce con le esplicazioni della buona fede nel fondare un dovere di rinegoziare perché vi pongono rimedio specifiche previsioni – come, ad es., in caso di errore, il mantenimento del contratto rettificato (art. 1432 c.c.) e, in tema di rescissione, l'offerta di modificazione del contratto per ricondurlo ad equità (art. 1450 c.c.) –, mentre il senso della buona fede c.d. oggettiva, che accompagna tutte le vicende contrattuali (artt. 1337, 1358, 1366, 1375 c.c.), si coglie là dove, appunto, mancano specifiche prescrizioni.

Con questo si comprende che, sul piano dell'equilibrio originario, la violazione del dovere di buona fede ha uno spazio operativo nelle manifestazioni della responsabilità precontrattuale che si riflettono sul contratto validamente concluso (7). Ne è esempio testuale il caso del dolo incidente (art. 1440 c.c.), la cui previsione va valorizzata perché è espressiva di una tutela risarcitoria dinanzi a contegni contrari a buona fede incidenti sulla stipulazione di un contratto valido.

Per concludere, una ovvia constatazione. Nulla impedisce alle parti, pur in assenza di sopravvenienze, di rinegoziare un contratto di cui si ipotizzi l'originario squilibrio: si tratterà di un contratto modificativo,

---

dell'avviso che "il potere del giudice di ridurre la penale, previsto dall'art. 1384 c.c., non può essere esercitato per la caparra confirmatoria, sia a cagione del carattere eccezionale della norma in questione, che ne preclude l'applicazione analogica, sia per le differenze strutturali intercorrenti tra i due istituti" (così Cass. n. 17715/2020). Ed, in effetti, diversamente dalla clausola penale, la caparra confirmatoria ha portata bidirezionale.

(5) È il caso della clausola del contratto di *leasing* che fa gravare sull'utilizzatore il rischio della mancata consegna della cosa, per la cui nullità Cass. 2 novembre 1998 n. 10926 ha fatto leva sulla buona fede, mentre la ragion d'essere dell'inefficacia si dovrebbe piuttosto rintracciare nell'incompatibilità della stessa con la funzione di godimento e traslativa propria del *leasing*. Per una valorizzazione della buona fede su questo piano v. A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale dell'autonomia contrattuale*, in *questa rivista*., 1999, p. 21 ss.

(6) Cass. 18 settembre 2009 n. 20106: era in discussione la sindacabilità di un recesso, contrattualmente consentito *ad nutum,* il cui esercizio la S.C. ha, correttamente, ritenuto sindacabile dal profilo della buona fede, ritenendolo abusivo (più di recente v. Cass. 24 agosto 2016 n. 17291; Cass. 3.6.2020 n. 10549). La massimazione di qualche *obiter dictum* di Cass. 20106/2009 ha alimentato un ampio dibattito circa l'attitudine della buona fede ad incidere sul contenuto del contratto.

(7) V., da ultimo, Cass., ord. 6 febbraio 2023 n. 3503.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che assolve alla funzione di regolare un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321 c.c.). Così, ad esempio, le parti di un contratto di cui sia dedotta la rescindibilità potranno evitare la lite giudiziaria – nel cui ambito è prevista l'offerta di modificazione del contratto (8) – attraverso un contratto modificativo, che, ove si configuri un contrasto giuridico, cioè quando la rescindibilità sia contestata, andrà qualificato come transazione (9), mentre, se sia riconosciuta la fondatezza della pretesa, costituirà un mero contratto modificativo.

2. – Ma veniamo al campo precipuo della rinegoziazione, che è dato dalla funzione di preservare l'equilibrio originariamente concordato, a prescindere dalla sua giustizia originaria. Esso concerne i contratti ad esecuzione differita e i contratti di durata, cioè ad esecuzione periodica o continuativa, non quelli ad esecuzione istantanea, per i quali la regola *res perit domino* (art. 1465 c.c.) rende le sopravvenienze materia di rischio contrattuale dell'avente causa, salva la previsione di condizioni risolutive, o di altri meccanismi, in funzione di garanzia.

Iniziamo dall'ipotesi in cui, per una naturale mancanza di predittività o per la fallace certezza che non vi sarebbero state sopravvenienze, le parti non le hanno contemplate mediante clausole volte a porvi, variamente, rimedio. Prima del codice civile vigente, in mancanza di previsioni normative e in ossequio alla centralità riconosciuta all'intento delle parti, si era soliti andare alla ricerca di una pattuizione tacita, rinvenendola nella cosiddetta clausola *rebus sic stantibus*, secondo cui l'assetto di interessi concordato aveva la sua ragion d'essere nel permanere delle circostanze date al tempo della stipulazione (10).

---

(8) La presuppone l'art. 1450 c.c. prevedendo che «il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità». L'esigenza riequilibratrice espressa dalla riconduzione ad equità e la constatazione che essa si riferisce anche al contratto concluso in stato di pericolo – per la cui rescissione non è richiesta la sproporzione *ultra dimidium* ma solo l'iniquità delle condizioni – inducono a ritenere che la modificazione del contratto debba essere tale da realizzare almeno tendenzialmente l'equilibrio oggettivo delle prestazioni. Si ritiene, inoltre, che la parte contro cui è domandata la rescissione possa offrire la modificazione del contratto rimettendo al giudice di determinarne la consistenza (Cass. 19 maggio 2014 n. 10976).

(9) In argomento rinvio al mio *La transazione*, ora in *Fuori dal processo. Studi sulle risoluzioni negoziali delle controversie*, 2ª ed., Torino, 2022, p. 15 ss., e qui riferimenti ulteriori.

(10) L'argomento è stato oggetto di recenti rivisitazioni volte al passato: v. BOTTONI, *L'attualità di alcuni scritti di Giuseppe Osti: il rapporto obbligatorio al tempo del Covid-19 e gli anticorpi del codice civile*, in *Rileggere i "classici" del diritto civile italiano (1900-1920)*, a cura di G. PERLINGIERI, I, Napoli, 2023, p. 989 ss.; DI MAURO, *L'evoluzione storica della clausola* rebus sic stantibus. *La teoria di Giuseppe Osti e la relazione con la presupposizione*,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nella disciplina generale del contratto il codice civile del '42 ha regolato la rilevanza delle sopravvenienze nella risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467-1469 c.c.). In alcuni contratti tipici, come, ad es., l'appalto, le sopravvenienze sono specificamente disciplinate (art. 1664 c.c.). In altri casi la loro rilevanza è connaturata alla funzione dei contratti, come nei casi degli accordi della crisi familiare e di quelli determinativi dell'obbligazione alimentare – sovente chiamati accordi anziché contratti per una risalente, e non giustificata, ritrosia a calare il contratto nella dimensione familiare –, i quali risentono naturalmente delle sopravvenienze e sono costantemente adeguabili alla situazione sopraggiunta.

Il regime generale dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), invece, è decisamente rigido. Lo è per i suoi presupposti: la risoluzione è possibile solo se lo squilibrio sopravvenuto dipende da eventi che siano, al contempo, straordinari e imprevedibili, ed oltrepassi l'alea normale del contratto. E lo è per gli effetti perché si risolve in un rimedio demolitorio, salva l'iniziativa della parte avvantaggiata di evitare la risoluzione "offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto". Si tratta, in definitiva, di un rimedio giudiziale sotto ogni profilo, perché la risoluzione è pronunciata da una sentenza costitutiva, e la riconduzione ad equità è concepita nel processo e sottoposta al vaglio giudiziale [11].

Ciò non toglie, però, che le parti possono definire la controversia, anche se non ancora sfociata in giudizio, mediante una transazione, oppure che la parte avvantaggiata possa riconoscere la fondatezza dell'avversa pretesa rinegoziando l'assetto di interessi mediante un contratto modificativo non transattivo: il quale, tuttavia, avrà la stessa efficacia preclusiva di ulteriori pretese fondate sulla sopravvenienza perché è stato concepito per neutralizzarne la portata. È, questo, un contratto di secondo grado che detta una nuova regolamentazione innestandosi sul preesistente contratto, di modo che il rapporto sarà regolato da due contratti concorrenti, quello originario e quello modificativo. L'efficacia preclusiva di ulteriori pretese discende dalla sua funzione, assimilabile a quella di un contratto di accertamento quanto al presupposto dato dal riconoscimento delle ragioni che giustificano la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta [12].

---

ivi, II, p. 1511 ss.; ZINNO, *Il contratto e le sopravvenienze. Riflessioni sulla clausola* rebus sic stantibus, *rileggendo due saggi di Giuseppe Osti*, ivi, II, p. 1879 ss.

[11] Si ritiene che la parte contro cui è domandata la risoluzione – al pari della rescissione – possa offrire la modificazione del contratto rimettendo al giudice di determinarne la consistenza (Cass. 23 aprile 1994 n. 3891).

[12] Da ultimo, sulla portata preclusiva dell'accertamento negoziale, v. Cass. 3 novembre 2021 n. 31319.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il campo delle sopravvenienze si imbatte nella presupposizione, nella quale il dovere di buona fede, tanto nell'interpretazione (art. 1366 c.c.) quanto nell'esecuzione (art. 1375 c.c.) del contratto, ha avuto un ruolo di rilievo (13): un'arcana figura di antica tradizione priva di esplicita emersione normativa. Una sorta di sindrome che indica una situazione idonea ad incidere sulla vigenza del contratto a prescindere dalle sue cause, sovente ricondotta ad una condizione inespressa (14). Sicché, a seconda della causa che di volta in volta viene in rilievo (15), essa, quando attiene a circostanze preesistenti al contratto rilevanti sotto la disciplina dell'errore, può configurare un errore comune (16), sebbene talvolta (e discutibilmente) si sia fatto ricorso alla nullità per mancanza di causa (17). Quando, invece, attiene ad una sopravvenienza, essa si risolve in una ipotesi di risoluzione o, più genericamente, in una anodina "caducità" del contratto (18), la cui ragion d'essere è da rintracciare in una configurazione soggettiva dell'impossibilità sopravvenuta, consistente nell'irrealizzabilità dell'interesse a cui il contratto era strumentale (19). Resta, peraltro, il dubbio se lo scioglimento debba pronunciarsi con sentenza costitutiva (20), come nell'eccessiva onerosità sopravvenuta, sia automatico, come nell'impossibilità sopravvenuta, o, ancora, legittimi il recesso del contraente il cui interesse è menomato dalla sopravvenienza (21).

---

(13) Cass. 6 ottobre 2021 n. 27122, in *Nuova giur. civ.*, 2022, p. 566 ss., con nota di CARAVITA DI TORITTO, *La presupposizione e i contratti a titolo gratuito: estensione dell'ambito di operatività o crisi della fattispecie astratta*

(14) Per una recente ed esaustiva panoramica v. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale,* 6ª ed., Torino, 2023, p. 291 ss.

(15) V. Cass. 17 maggio 1976 n. 1738; Cass. 11 agosto 1990 n. 8200; Cass. 8 agosto 1995 n. 8689; Cass. 24 marzo 1998 n. 3083.

(16) Cfr. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, pp. 495 ss., 513 ss.

(17) Così Cass. 8 agosto 1995 n. 8689.

(18) Cass. 6 dicembre 1988 n. 6617; Cass. 11 marzo 2006 n. 5390; Cass., ord., 25 ottobre 2021 n. 29980.

(19) Cfr., con riferimento all'inutilizzabilità di "pacchetti vacanze" Cass. 24 luglio 2007 n. 16315; Cass. 20 dicembre 2007 n. 26958; Cass. 10 luglio 2018 n. 18047: l'estinzione dell'obbligazione si produce non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione da parte del debitore, ma anche nel caso in cui ne sia divenuta impossibile l'utilizzazione da parte del creditore quando tale impossibilità sia comunque a lui non imputabile «e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto» (così Cass. n. 18047/2018).

(20) Cfr. Cass. 17 maggio 2005 n. 10340. Si tratta di un'applicazione analogica di questo regime, sulla cui attendibilità è ragionevole nutrire riserve, salvo a voler considerare la straordinarietà e l'imprevedibilità delle cause dell'eccessiva onerosità in una prospettiva esclusivamente soggettiva, cioè propria dei contraenti.

(21) Così Cass., ord. 6 ottobre 2021 n. 27122, cit.; in dottrina A. RICCIO, *La presupposizione è, dunque, causa di recesso dal contratto*, in *questa rivista*, 2008, p. 11 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

A me pare che il ricorso al recesso costituisca il rimedio più adeguato perché è rimesso alla parte pregiudicata, sicché è esclusa la possibilità di abusi dell'altro contraente, i quali, invece, sarebbero ipotizzabili applicando senza correttivi la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta totale. Ne scaturisce un accostamento al regime dell'impossibilità parziale (art. 1464 c.c.), dove il recesso è espressamente previsto, ed a quello dell'impossibilità temporanea della prestazione (art. 1256 c.c.), dove la cessazione dell'interesse del creditore a ricevere l'adempimento ne equipara il regime a quello dell'impossibilità definitiva, con la conseguente applicazione, nei contratti a prestazioni corrispettive, dell'art. 1463 c.c.

E siccome – in mancanza degli altri casi di estinzione previsti dall'art. 1256, comma 2, c.c. – è rimessa al creditore la valutazione circa la permanenza del suo interesse a ricevere l'adempimento [22], nei contratti con prestazioni corrispettive viene a configurarsi la facoltà di recesso, come riflesso del venir meno dell'interesse creditorio. Non si tratta, dunque, di un recesso libero: la sua correlazione con l'interesse del creditore porta a valutarne le ragioni nell'ottica della funzione concreta del contratto, e perciò ne consente il sindacato in correlazione col dovere di buona fede per scongiurare comportamenti abusivi.

In proposito è da ricordare che la riforma del codice civile tedesco (BGB § 313) ha introdotto il rimedio del recesso a favore della parte pregiudicata dal venir meno o dall'irrealizzabilità del presupposto su cui il contratto si fonda quando non sia praticabile l'adattamento del contratto alle mutate circostanze.

3. – Con quest'ultima constatazione siamo al cuore del problema. In assenza di un obbligo o della spontanea determinazione di rinegoziare, i rimedi classici alle sopravvenienze sono demolitori: essi non consentono, senza una concorde determinazione delle parti, di conservare il contratto adeguandolo alla situazione sopraggiunta. Unica eccezione, nella disciplina generale del contratto, è quella dettata dall'art. 1467, 3° comma, c.c., che è rimessa all'iniziativa della parte avvantaggiata, la quale può offrire di modificare le condizioni del contratto con determinazione sottoposta al controllo giudiziale circa l'equità dell'adattamento offerto, o rimettere allo stesso giudice la rideterminazione delle condizioni.

La dottrina che se ne è occupata ha fatto leva, non senza sforzi, sulla buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) e sull'equità

---

[22] Cfr. Cass. 6 febbraio 1979 n. 794; Cass. 18 febbraio 1986 n. 956.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

integrativa (art. 1374 c.c.) (23). Sul tema si è innestata la considerazione di una presunta "categoria" dei contratti "relazionali", di matrice americana (24), caratterizzata da questo: poiché si tratta di contratti di durata che richiedono una cooperazione, più o meno costante, delle parti, l'autoregolamento originario sarebbe destinato naturalmente a subire modificazioni per adattarsi alle mutate circostanze, data la scarsa capacità predittiva dei contraenti. Da qui la configurazione di un generale dovere di rinegoziazione.

Tuttavia, manca un supporto chiaro per concludere che i cosiddetti contratti relazionali soggiacciano ad uno statuto normativo derogatorio

---

(23) Cfr. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, *passim* e p. 319 ss.; D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, IV, Torino, 2004, p. 147 ss., spec. p. 153; MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006, p. 110 ss. Analizza il problema attraverso le ipotesi in cui un potere di modifica è esplicitato *ex lege* F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 90 ss.; ne sottolinea l'applicazione nei contratti tra imprese M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia di impresa*, in *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di GITTI, MAUGERI e NOTARI, Bologna, 2012, p. 33 ss., spec. p. 65 s.

Un'apertura nel senso di valorizzare alcuni precedenti si rinviene nella Relazione tematica n. 56 dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di cassazione dell'8 luglio 2020, 22 s., alimentata dalla pandemia da Covid-19. Al medesimo fine sarebbe di giovamento il richiamo all'applicazione diretta dell'art. 2 Cost. declamato da Corte cost., ord. 21 ottobre 2013 n. 248.

In giurisprudenza Trib. Ravenna, 11 maggio 2011, in *Dir. maritt.*, 2013, p. 642 ss. (con nota di CAPURRO, *La rinegoziazione secondo buona fede del contratto di noleggio di nave*), secondo cui costituisce violazione del dovere di buona fede il rifiuto di rinegoziare un contratto di noleggio. Trib. Bari, ord. 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ.,* 2013, I, p. 117 ss., con nota di F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*; Trib. Roma, 4 luglio 2011, in *www.onelegale.it*, secondo cui la parte svantaggiata dalle sopravvenienze, «nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, con la conseguenza che qualora la controparte non accetti alcuna proposta di modifica, essa potrà avvalersi di quegli strumenti dell'ordinamento giuridico predisposti allo scopo di combattere gli effetti pregiudizievoli delle sopravvenienze contrattuali, tra cui, a titolo esemplificativo, il disposto dell'art. 1467 c.c. sulla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta».

Un'ampia panoramica è offerta da SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *questa rivista.*, 2002, p. 774 ss.; cfr., più di recente, BOTTONI, *Contratti di durata, cooperazione tra le parti e rimedi manutentivi*, in *La forza delle reti* a cura di BUSILACCHI e CEDROLA, Roma, 2020, p. 261 ss.

Per la tesi negativa v. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale,* cit., p. 298, secondo il quale il richiamo al principio di buona fede "per affrontare le sopravvenienze trova un limite proprio nell'art. 1467, che fissa le caratteristiche che le sopravvenienze devono presentare per trovare rimedio nella risoluzione del contratto"; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *questa rivista*, 2003, p. 667 ss., spec. p. 709 s.

(24) Nella dottrina italiana v. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 451 ss.; FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

delle regole dettate per i contratti in generale, perché richiedono una costante interazione tra le parti tale da imporre doveri di rinegoziazione (25): sicché l'illazione secondo cui la natura "relazionale" di un contratto possa implicare l'ideazione di regole diverse da quelle dettate per tutti i contratti è destinata all'insuccesso. Il solo profilo che può avere qualche rilievo nasce dalle esplicazioni del dovere di buona fede, che, nei contratti di durata, ha l'attitudine a promuovere, sia pure del tutto eccezionalmente, qualche dovere di adattamento del rapporto a mutate circostanze.

Ed è ciò che si è verificato nell'esperienza della pandemia da Covid-19 (26), che ha portato l'Ufficio del Massimario della S.C. ad elaborare una relazione tematica, la quale si è spinta a ipotizzare finanche un intervento sostitutivo del giudice ai sensi dell'art. 2932 c.c. per attuare «le modifiche del contratto primigenio suggerite da ragionevolezza e buona fede» qualora «dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale» (27).

---

(25) EISENBERG, *Why There is No Law of Relational Contracts*, in *Northwestern University Law Revue*, 1999-2000, p. 805 ss. Tale autore rileva che, tra le regole speciali dei contratti relazionali, dovrebbero trovare posto «*rules that would impose upon parties to a relational contract a duty to bargain in good faith to make equitable price adjustments when changed circumstances occur, and would perhaps even impose upon the advantaged party a duty to accept an equitable adjustment proposed in good faith by the disadvantaged party*» (p. 818); nota altresì che «*relational contract theory has excelled in its treatment of specific types of contracts, like franchise agreements, and specific types of express or implied terms, like best-efforts provisions*», ma puntualizza che «*what relational contract theory has not done, and cannot do, is to create a law of relational contracts. Because there is no significant difference between contracts as a class and relational contracts, relational contracts must be governed by the general principles of contract law, whatever those should be. Of course, certain categories of contracts present special kinds of problems. These problems, however, derive not from the fact that the contracts in these categories are relational, but from more specific attributes. Long-term contracts, contracts to govern thick relationships, contracts that are both especially interactive and especially not well-specifiable, and other categories of contracts may each present special problems that stem from their special features. Even in these cases, for the most part the law of contract should be able to solve the relevant problems by the formulation of general principles that apply to all contracts but are responsive to intentions and circumstances in particular cases. But relational contracts, as such, are not a special category of contract, because all or virtually all contracts are relational. That is why we do not have, and should not have, a law of relational contracts*» (p. 821).

(26) La letteratura è sterminata. Mi permetto di rinviare, per l'ovvio riferimento alla buona fede, al mio *Covid-19, Act of God, Force Majeure, "Hardship Clauses", Performance and Non performance*, in Atti della tavola rotonda *Is it the Epidemic Itself or it outcomes that make a Force Majeure?*, nell'ambito del *St. Petersburg International Legal Forum 9 1/2: Rule of Corona*, svoltasi l'11 aprile 2020, e in *Nuova giur. civ.*, 2020, II, p. 64 ss.

(27) La già citata n. 56 dell'8 luglio 2020, p. 26. A p. 27 si legge: «La rinegoziazione

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Come sempre accade, i casi estremi e generalizzati hanno accentuato l'esigenza di protezione. Tuttavia, in occasione delle chiusure imposte per l'emergenza pandemica, i giudici di merito, segnatamente con riguardo alle locazioni ad uso commerciale, hanno assunto un atteggiamento non uniforme. Talvolta, pur dando atto dell'applicabilità dei rimedi connessi all'impossibilità temporanea o parziale della prestazione del locatore (derivante dalle chiusure imposte), hanno negato l'esistenza di un dovere di rinegoziazione, "fatta eccezione per quelle attività di cui il legislatore si è occupato esplicitamente" ([28]), rilevando che il giudice non può procedere

---

implica l'obbligo di contrarre secondo le condizioni che risultano 'giuste' avuto riguardo ai parametri risultanti dal testo originario del contratto, riconsiderati alla luce dei nuovi eventi imprevedibili e sopravvenuti. Qualora le due parti siano disponibili, s'incontrano e concludono; qualora una delle due si neghi, è il giudice a decidere.

Ora, la norma dell'art. 2932 c.c. viene solitamente adoperata allorché l'oggetto del contratto da concludere sia già determinato prima dell'intervento del magistrato, la cui pronuncia si limita a tenere il posto di una volontà già definita nel suo oggetto o di una previsione di legge. Nel caso della rinegoziazione, viceversa, l'intervento in parola assume una doppia valenza: tiene luogo della volontà delle parti; nel contempo ne determina in maniera più larga e considerevole il contenuto, non mutuando un regolamento dettagliatamente precostituito.

Con ogni evidenza, la decisione del giudice non può avvenire sulla scorta di un metro casuale, soggettivo o arbitrario, dovendo calibrarsi su elementi rigorosamente espressi dal medesimo regolamento negoziale. Ed è chiaro che questa impostazione presuppone che sia possibile, nel caso di specie, predeterminare l'esito puntuale cui sono finalizzate le trattative. Emerge, quindi, l'urgenza di individuare un parametro cui adeguare il contratto, il che non costituisce un'operazione semplice.

I contraenti sono tenuti a trattare in buona fede e a condurre a termine la trattativa pervenendo al risultato: l'accordo per la prosecuzione del rapporto ovvero per il suo scioglimento, ove ciò risulti ad entrambi più conveniente. Se il criterio maggiormente univoco e solido è la preservazione dell'originario equilibrio contrattuale, plurime sono le modalità di adeguamento del rapporto. Esemplificativamente, se le variate circostanze attengono ai costi indispensabili ad eseguire la prestazione, l'adattamento del contratto può condursi attraverso una rimodulazione delle modalità attuative della prestazione o mediante una revisione al rialzo dei costi con incremento del prezzo finale. Centrale risulta, in ogni caso, la valutazione, da parte del giudice dell'attività di contrattazione svolta dalle parti prima che il processo rinegoziativo si interrompa, potendo residuare da esso spiccati elementi per decidere.

In questa prospettiva, la parte oberata dalla sopravvenienza viene dotata di quel potere d'invocare la riduzione a equità del contratto squilibrato che già le è attribuito in relazione ai contratti gratuiti e che nei contratti onerosi spetta a controparte. Nessun rimedio eccentrico al sistema, dunque, ma la rimodulazione estensiva di un mezzo già previsto. Il ricorso all'art. 2932 c.c. non assicura che la parte che subisce la sentenza adempia le nuove condizioni da essa stabilite. Eppure esso consente, per il caso in cui si rifiuti di rispettarle, una commisurazione agevole e maggiormente attendibile del danno risarcibile».

([28]) Così Trib. Roma, 7 febbraio 2023 n. 2064; Trib. Roma, 5 gennaio 2022 n. 234; Trib. Roma, 19 febbraio 2021 n. 3114; Trib. Biella, ord. 17 marzo 2021 n. 1.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

d'imperio alla modificazione delle condizioni contrattuali. Talaltra lo hanno, invece, ammesso (29).

Un dato normativo fisiologico si attinge dall'art. 9 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36), il quale, innovando la precedente impostazione, ha introdotto un generalizzato «diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali» in favore della «parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio», «se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto» (30). A questa previsione si collega l'art. 120, comma 8, del codice dei contratti pubblici, il quale prevede che "nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione". Tornerò sul punto.

Là dove non è previsto (come, invece, nel caso ora riferito), un intervento eteronomo del giudice mediante una sentenza costitutiva del nuovo assetto di interessi (art. 2932 c.c.) si presta a molteplici obiezioni. Difetta un preesistente obbligo di contrarre ed un corrispondente diritto (che, invece, è nell'art. 9 del codice dei contratti pubblici). Manca la determinatezza della prestazione idonea a rendere "possibile" la pronuncia (31). Questa non realizzerebbe un nuovo assetto di interessi compiuto anche esecutivamente – come accade per l'esecuzione degli obblighi di contrarre con effetto traslativo –, ma istituirebbe altre obbligazioni a loro volta suscettibili di inadempimento (32), introducendo nella dinamica della negoziazione un elemento estraneo né originariamente voluto dalle

---

(29) Ha affermato che dall'inutilizzabilità del bene secondo l'uso pattuito derivava «il diritto del conduttore ad un'equa riduzione del canone pattuito per tutto il periodo in cui, per il rispetto delle misure di contenimento (…) è stato privato del godimento del bene», Trib. Milano, 27 dicembre 2022, in *Nuova giur. civ.*, 2023, I, p. 1259 ss., con nota di CALABRESE, *Locazioni commerciali e rimedi allo squilibrio nel sinallagma contrattuale durante il periodo emergenziale*; Trib. Milano, 28 giugno 2021 n. 4651.

(30) Al tema è dedicata la riflessione di V. CERULLI IRELLI, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, nel volume in corso di pubblicazione, che raccoglie gli atti del convegno *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale: problematiche interpretative e applicative*, tenutosi il 10 maggio 2024, presso La Sapienza Università di Roma.

(31) «Qualora ciò sia possibile e non sia escluso dal titolo»: art. 2932 c.c.

(32) Lo rileva la citata relazione tematica della S.C., là dove dà atto che «il ricorso all'art. 2932 c.c. non assicura che la parte che subisce la sentenza adempia le condizioni da essa stabilite» (p. 27).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

parti o prescritto dalla legge. Ne segue che il danno risarcibile non sarebbe più correlato all'originario contratto, ma alla sua integrazione giudiziale, la quale, in quanto imposta, non è equiparabile all'intento dei contraenti. Pertanto, sarebbe ben più agevole dare atto dell'inadempimento del dovere di rinegoziare col conseguente risarcimento del danno liquidato equitativamente ove manchi la prova della sua quantificazione. Infine, la sentenza sarebbe scarsamente utile in ragione dei tempi fisiologicamente occorrenti per la sua emissione, salvo a ipotizzare un intervento cautelare (33).

4. – Veniamo alla rinegoziazione preventivata, e dunque ai patti che la prevedono nel contratto originario. Alle clausole di rinegoziazione (note come *hardship clauses* nel commercio internazionale) ho dedicato una riflessione (34), a cui rinvio. In estrema sintesi esse sono di due tipi: clausole di adeguamento automatico o demandato a un terzo e clausole di rinegoziazione.

Le prime pongono pochi problemi. Qui la buona fede ha spazio di rilievo nel colmare le lacune delle previsioni pattizie: in altri termini, se le parti hanno puntualmente previsto, con automatismo, il tenore della modifica, come accade nelle clausole condizionali – che assolvono alla funzione di adeguamento automatico alle sopravvenienze (35) –, la buona fede ha il ruolo che essa riveste nel regime della condizione (art. 1358 c.c.).

Se, invece, le parti hanno soltanto preventivato un obbligo di rinegoziare al verificarsi di determinate circostanze, allora la buona fede – che qui si snoda tanto nella logica esecutiva (art. 1375 c.c.) quanto in quella precontrattuale (art. 1337 c.c.), poiché la rinegoziazione determina una trattativa – assume un ruolo integrativo fondamentale (36): essa im-

---

(33) Lo ha praticato Trib. Bari, ord. 14 giugno 2011, in *Contratti*, 2012, p. 571 ss., con nota di F.P. PATTI. Pur senza una clausola di rinegoziazione, il tribunale ha ordinato *ex* art. 700 c.p.c. di eseguire il contratto adeguato con una penale giudiziale *ex* art. 614 c.p.c. per ogni giorno di ritardo. Si trattava, tuttavia, nella sostanza, di un adeguamento automatico.

(34) *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 801 ss., e qui ulteriori riferimenti. In argomento v. anche PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, II, p. 411 ss., secondo cui l'indeterminatezza dell'esito della trattativa solleva perplessità circa la determinatezza dell'oggetto della clausola. Tuttavia, per la validità depone il fatto che ne è oggetto l'obbligo di rinegoziare (p. 422).

(35) Si tratta di condizioni parziali (cioè, inerenti a un singolo patto), le quali sono le clausole condizionali più ricorrenti nella prassi: sul tema v. CIMMINO, *La condizione "parziale"*, Napoli, 2022, pp. 88 ss., 179 ss.

(36) Del resto è diffusissimo nella prassi che le clausole di rinegoziazione, specie se non circostanziate, prevedano esplicitamente un obbligo delle parti di trattare in buona fede.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pone di commisurare l'adempimento dell'obbligo di rinegoziare agli interessi rivelati dal contratto e dal contesto in cui esso è destinato ad operare. E tuttavia, resta il fatto che tale obbligo è di mezzi e non di risultato: da qui una maggiore difficoltà a configurare l'inadempimento, con la conseguenza che esso non garantisce un risultato pattizio né altra certezza se non quella della conduzione di una trattativa secondo buona fede.

Non è, però, ipotizzabile un'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare, consentendo al giudice di dettare il nuovo assetto di interessi. In senso opposto si è espressa la S.C. nella citata relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020 in correlazione con la situazione emergenziale dovuta alla pandemia, la quale, verosimilmente, ha alimentato il bisogno di perseguire al massimo l'adeguamento sia pure con soluzioni estreme.

Quando non emerga in via ermeneutica la sicura determinazione delle parti di conservare il contratto, una generica clausola di rinegoziazione si risolve – diversamente da quanto si crede – nell'affievolimento della vincolatività del contratto stesso, per il tratto di infungibilità caratterizzante l'adempimento della clausola. È, infatti, dubbio ritenere che le parti abbiano inteso preservare l'equilibrio originario dell'assetto di interessi: è, anzi, verosimile il contrario, perché, se avessero voluto perseguirlo, avrebbero previsto un adeguamento automatico.

Resta, dunque, che l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare, oltre a legittimare la parte non inadempiente a rifiutare l'esecuzione del contratto alle preesistenti condizioni (art. 1460 c.c.), le consente il recesso, la cui facoltà può essere ravvisata – come dicevo – in via interpretativa, fermo restando l'obbligo dell'altro contraente di risarcire il danno per equivalente: obbligo che può coesistere col recesso in quanto deriva dall'inadempimento a prescindere dal modo in cui il contratto si scioglie. S'intende, però, che, nel determinare il danno risarcibile, andrà espunto il valore della prestazione del recedente rimasta inadempiuta.

5. – Il contratto di rinegoziazione è un negozio di secondo grado, come tutti i contratti modificativi. Siccome essi regolano, cioè modificano, il rapporto derivante da un altro contratto, dettano una nuova regolamentazione del medesimo rapporto, e perciò integrano il precedente contratto, che è fonte di quel rapporto, o lo sostituiscono, estinguendolo e creando un nuovo rapporto. Nel primo caso il rapporto sarà regolato da due contratti concorrenti, quello originario e quello modificativo che si innesta nel precedente; nel secondo caso avremo una vicenda novativa perché il nuovo contratto si sostituisce al precedente.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nel rinegoziare le parti possono anche novare, ed anzi novano senz'altro allorché sia in discussione la vigenza del primo contratto (37). Ma, normalmente, l'adeguamento si risolve in una mera modificazione. A seconda della sua qualificazione il contratto di rinegoziazione soggiace a regimi diversi. Quando è da ritenere esso sia una transazione?

L'interrogativo ha la sua ragion d'essere perché la peculiare natura della transazione (artt. 1965 ss. c.c.), che dispone per il futuro guardando ad un passato litigioso e da superare, l'assoggetta ad un regime ampiamente derogatorio a quello generale: la situazione passata è oggetto di controversia, e le parti intendono superarla prescindendo dalla sua consistenza, facendosi "reciproche concessioni".

Anche la transazione è una rinegoziazione: ma si differenzia dalla rinegoziazione mera, cioè non transattiva, perché in questa non è in discussione il dovere di rinegoziare, ma solo la determinazione del nuovo assetto di interessi. Il contrasto su quest'ultimo si riduce ad un conflitto meramente economico, la cui composizione non sfocia in una transazione perché costituisce la premessa di un contratto oneroso o di un accordo determinativo di un diritto non contestato. Pertanto, si avrà una transazione quando sia contestato l'obbligo di rinegoziare o l'individuazione dei dati precedentemente concordati come parametro del nuovo autoregolamento.

Il punto merita un approfondimento. In linea di principio qualsiasi contratto risolve un conflitto economico: ad esempio il venditore ha l'interesse a percepire un prezzo più alto e il compratore a corrisponderne uno più basso; e l'esempio è replicabile in tutti i contratti sia sinallagmatici che associativi. In questa accezione il contrasto economico sussiste ogni qual volta difetti un rapporto o l'affermazione di un rapporto tra le parti: è il contratto stesso a crearlo.

Nel caso in cui sussista un rapporto, non si ha contrasto giuridico se il diritto di una parte è incontestato. Pensiamo al caso in cui il creditore, essendo fuori contestazione la fondatezza, ma dubbia la realizzazione del suo credito, conviene col debitore la riduzione del debito (cosiddetto *pactum ut minus solvatur*) od una diversa modalità di adempimento (38).

La giurisprudenza ravvisa un contrasto giuridico con molta ampiezza, ritenendo che esso sia configurabile tanto se la pretesa, incontestata nell'*an*, sia contestata nel *quantum,* quanto in caso di contestazione nell'*an*.

---

(37) Cfr. il mio *La transazione*, cit., p. 47 ss.

(38) La struttura consensuale del *pactum ut minus solvatur* – in luogo della unilateralità della remissione – discende dall'impegno del debitore di adempiere entro un certo termine, in genere prossimo all'accordo: si tratta dei cosiddetti accordi "a saldo e stralcio".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nella tradizione terminologica, il contrasto giuridico viene designato con le espressioni *"res dubia"* e *"res controversa"*, che vengono impiegate come sinonimi. Con esse si allude alla controversia giuridica, che è data dall'esistenza di "discordi valutazioni delle parti in ordine ad una qualsiasi questione giuridicamente rilevante" (39), "qualunque sia il grado di incertezza in cui queste possano versare e senza che rilevi il fatto che si accerti *ex post* l'infondatezza di una delle tesi contrapposte" (40). Di conseguenza è senz'altro un conflitto giuridico quello che riguarda l'interpretazione, l'applicazione o la vigenza di una disciplina contrattuale, tanto nei suoi aspetti prettamente normativi quanto nei corrispettivi contrattuali, così come la configurazione di eventuali inadempimenti.

Inoltre, per aversi *res litigiosa*, «non occorre che le rispettive tesi delle parti abbiano assunto la determinatezza propria della pretesa, essendo sufficiente l'esistenza di un dissenso potenziale, anche se ancora da definire nei più precisi termini di una lite e non esteriorizzato in una rigorosa formulazione» (41), sicché non serve una «puntuale specificazione delle pretese contrapposte»: la transazione si identifica «con riferimento all'oggettiva situazione anche di potenziale contrasto che le parti stesse hanno inteso comporre» (42).

«Non è necessario che dall'atto di transazione risultino le rispettive tesi contrapposte e le reciproche concessioni, ma è sufficiente che il complesso dei diritti abdicato dall'uno o dall'altro contraente si desuma anche per via logica di consequenzialità dal nuovo regolamento di interessi concordato in sostituzione di quello preesistente», potendo il giudice «attingere ad

---

(39) Testualmente Cass. 13 gennaio 1984 n. 288, secondo cui «il presupposto della *res dubia*, in relazione al quale può configurarsi un negozio transattivo, si concreta in discordi valutazioni delle parti in ordine ad una qualsiasi questione giuridicamente rilevante, sorta con riferimento ad un rapporto giuridico riguardante le parti stesse, talché le contestazioni possono cadere così sull'esistenza del fatto giuridico causativo del rapporto o comunque su di esso incidente, come sulla determinazione delle conseguenze giuridiche di tale fatto, essendo rispetto ad entrambi questi profili di contrasto concepibile l'intento di transigere mediante reciproche concessioni, per porre fine alla lite o prevenirla, specialmente nelle sue implicazioni giudiziarie».

(40) Testualmente Cass. 27 aprile 1982 n. 2633, che così prosegue: «conseguentemente, intervenuto l'accordo transattivo, resta preclusa la possibilità di stabilire quale fosse realmente la situazione giuridica preesistente, essendo questa indagine consentita soltanto ove si alleghi alcuna delle ipotesi di cui agli artt. 1971 e segg. c.c. al fine di contestare la validità della transazione». È questa, appunto, l'efficacia dispositiva della transazione che viene tradizionalmente denominata efficacia preclusiva.

(41) Così, testualmente, Cass. 31 agosto 2022 n. 25600; Cass. 4 maggio 2016 n. 8917; Cass. 10 aprile 2006 n. 8301; Cass. 16 luglio 2003 n. 11142; Cass. 3 aprile 2002 n. 5139; Cass. 4 settembre 1990 n. 9114; Cass. 11 marzo 1983 n. 1846.

(42) Cass. 10 aprile 2006 n. 8301; Cass. 12 febbraio 1985 n. 1183.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ogni elemento idoneo a precisare e chiarire i termini dell'accordo, anche se non richiamato nell'atto, senza che ciò comporti violazione del principio che la transazione va provata per iscritto» (43).

Si configura transazione anche quando il contrasto si riferisca ad «eventuali danni non ancora manifestatisi purché questi ultimi siano ragionevolmente prevedibili» (44), così come è transazione il contratto che definisce la misura del risarcimento del danno dovuto da una parte all'altra sebbene sia incontestato il diritto al risarcimento ma controversa la sua quantificazione (45).

La tendenza a delineare con larghezza il perimetro del conflitto giuridico è confermata dalla giurisprudenza in tema di accordi della crisi familiare, con cui i coniugi determinano consensualmente l'assetto di interessi della separazione o del divorzio (46), i quali vengono anch'essi ricondotti – a mio avviso non persuasivamente – nell'area della transazione.

Una ulteriore, e ancor più significativa, conferma dell'ampiezza che si conferisce alla "lite in senso giuridico", e dunque alla qualificazione del contratto come transazione, si attinge dalla divisione contrattuale, dove l'art. 764, comma 2, c.c. aiuta a definire l'area corrispondente ad un contrasto giuridico.

Ciò richiede una piccola divagazione. Con la divisione contrattuale le parti – i condividenti – sciolgono una comunione mediante l'apporzionamento, cioè l'attribuzione a ciascun condividente di una porzione di cose comuni corrispondente alla sua quota astratta di comproprietà. Impronta della divisione è che vi deve essere corrispondenza del valore della quota astratta con quello della porzione concretamente attribuita. Ciò spiega perché la divisione e gli atti ad essa equiparati siano rescindibili per lesione

---

(43) Cass. 28 febbraio 2013 n. 5052; Cass. 6 maggio 2003 n. 6861; in termini Cass. 1° giugno 1988 n. 3714. Cass. 6861/2003 ha confermato la sentenza che aveva «desunto il presupposto della *res dubia* dalla circostanza che tra le parti sono intercorse prolungate trattative».

(44) Così Cass., ord. 17 ottobre 2019 n. 26528; Cass. 10 giugno 2005 n. 12320.

(45) La Suprema Corte rileva che «le trattative per ottenere il risarcimento del danno comportano l'interruzione della prescrizione ai sensi dell'art. 2944 cod. civ. quando dal comportamento di una delle parti risulti il riconoscimento del contrapposto diritto di credito»: così Cass. 29 settembre 2011 n. 19872; in termini Cass. 24 settembre 2015 n. 18879; Cass. 14 luglio 2009 n. 16379; Cass. 1° marzo 2007 n. 4804; Cass. 7 novembre 2003 n. 16717.

(46) Cass., ord. 26 gennaio 2018 n. 2036; Cass. ord. 18 novembre 2016 n. 23566; Cass. 12 maggio 1994 n. 4647, in *Nuova giur. civ.*, 1995, I, p. 882 ss., con nota di BUZZELLI, *Contratto di transazione e rapporti di famiglia*; Cass. 11 agosto 1992 n. 9494; Cass. 15 marzo 1991 n. 2788; Cass. 5 luglio 1984 n. 3940.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ultra quartum a prescindere da ogni altro presupposto (artt. 763 e 764, comma 1, c.c.) (47).

Lo scioglimento della comunione può avvenire anche mediante una transazione: ne segue la disapplicazione della disciplina della divisione e l'assoggettamento del contratto esclusivamente a quella della transazione. Lo conferma l'art. 764, comma 2, c.c., secondo cui l'azione di rescissione per lesione *ultra quartum*, ammessa contro la divisione (art. 763 c.c.) e contro gli atti diversi dalla divisione (quelli che hanno «per effetto di far cessare tra i coeredi la comunione dei beni ereditari»: art. 764, comma 1, c.c.), «non è ammessa contro la transazione con la quale si è posto fine alle questioni insorte a causa della divisione o dell'atto fatto in luogo della medesima, ancorché non fosse al riguardo incominciata alcuna lite».

L'art. 764, comma 2, integra la definizione della transazione chiarendo che la "lite che può sorgere" coincide con le «questioni insorte (…) ancorché non fosse al riguardo incominciata alcuna lite».

Dunque, per comprendere l'area del contrasto giuridico occorre considerare che, relativamente all'art. 764, comma 2, c.c., si ritiene che, per integrare una «transazione in senso proprio» (48), sia sufficiente che i condividenti intendano sciogliere una comunione ereditaria «senza tener conto della proporzionalità tra valore dell'asse e quota attribuita (elemento essenziale del negozio divisorio) per dirimere o prevenire controversie insorgenti dallo stato di comunione» (49).

A questa affermazione, costante nella giurisprudenza della Suprema Corte (50), segue che, per configurare una transazione che ponga fine alla comunione ereditaria, è sufficiente una delle seguenti note: «un mero disaccordo tra gli eredi» a cui si pone fine sciogliendo la comunione «con espressa rinuncia o menzione della volontà di comporre future controversie» (51); la «prevenzione di possibili contrasti tra i condividenti» (52); l'assenza di «proporzionalità tra le attribuzioni patrimoniali e le quote di ciascuno dei partecipanti alla comunione» (53); l'esistenza di una "disputa

(47) All'opposto la transazione è irrescindibile per lesione (art. 1970 c.c.).

(48) Testualmente Cass. 10 luglio 1985 n. 4106.

(49) Ancora Cass. 10 luglio 1985 n. 4106.

(50) V. Cass., ord., 22 marzo 2019 n. 8240; Cass. 3 agosto 2012 n. 13942; Cass. 26 gennaio 2010 n. 1557; Cass. 18 settembre 2009 n. 20256; Cass. 3 settembre 1997 n. 8448; Cass. 6 agosto 1997 n. 7219; Cass. 2 febbraio 1994 n. 1029; Cass. 11 gennaio 1993 n. 180; Cass. 10 luglio 1985 n. 4106; Cass. 23 gennaio 1971 n. 150; Cass. 24 ottobre 1958 n. 3447.

(51) Cass., ord. 22 marzo 2019 n. 8240.

(52) Cass. 26 gennaio 2010 n. 1557.

(53) Cass. 18 settembre 2009 n. 20256; in termini Cass. 6 agosto 1997 n. 7219, secondo cui è sufficiente che, "per evitare l'insorgere di liti o per porre fine a liti già sorte", le parti

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sulla stima" dei cespiti da dividere, con la conseguente «alea reciproca di assegnare cespiti di valore inferiore oltre il quarto della rispettiva quota» (54).

Questa posizione in ordine alla configurazione delle "questioni insorte" – e dunque della "lite che può sorgere" – fornisce un importante indice per comprendere cosa si deve intendere per conflitto giuridico: in presenza di un rapporto, contratti che risolvono un conflitto meramente economico possono configurarsi solo se tra le parti non siano "insorte questioni" in ordine alla esistenza o alla disciplina del rapporto stesso: altrimenti si ricade nell'ambito della transazione.

Un criterio affidabile lo si riscontra, con semplicità, attraverso una circostanza: è contrasto in senso giuridico quello che può essere definito in sede giudiziaria, mediante una decisione sulla ragione e sul torto. Il conflitto meramente economico, invece, non è azionabile in giudizio per l'inconfigurabilità di una situazione giuridicamente rilevante: donde la carenza di interesse ad agire (art. 100 c.p.c.).

Per concludere, dunque, il contratto di secondo grado che modifica alcuni profili, normativi ed economici, di un contratto di durata per risolvere un conflitto su tali profili risolve una "lite che può sorgere" e configura una transazione se ciascuna delle parti recede parzialmente dalla propria posizione.

Anche a questo proposito appare utile un cenno al regime dei contratti pubblici. Le modifiche normative dettate dal codice dei contratti pubblici (artt. 210-212 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) rispetto al regime degli artt. 205 e 206 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non appaiono felici e comunque non favoriscono la chiarezza. L'art. 205, comma 6, d.lgs. n. 50/2016 qualificava espressamente come transazione l'"accordo bonario", con ciò imponendo la conclusione che tutti i contratti che, nel corso di un appalto, definivano la pretesa dell'appaltatore a ricevere compensi supplementari configurassero transazioni.

La nuova disciplina, dopo l'accordo bonario per i lavori (art. 210) e per i servizi e le forniture (art. 211), nell'art. 212 d.lgs. n. 36/2023 prevede che «le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture possono essere risolte mediante transazione nel rispetto del codice civile solo ed esclusivamente

---

"si accordano sulla attribuzione delle porzioni senza procedere al calcolo di queste nelle misure corrispondenti alle quote"; Cass. 2 febbraio 1994 n. 1029; Cass. 11 gennaio 1993 n. 180; Cass. 10 luglio 1985 n. 4106; App. Catania, 25 febbraio 2015 n. 359.

(54) Cass. 3 settembre 1997 n. 8448.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nell'ipotesi in cui non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale».

Con ciò sembrerebbe che vi siano altre definizioni della lite mediante reciproche concessioni diverse dalla transazione. Ma, in realtà, la corrispondenza dell'area della transazione a quella della lite che può sorgere e il modo -le reciproche concessioni- con cui la lite viene superata impongono di ritenere che, in presenza di questi caratteri, qualsiasi contratto sia da qualificare come transazione.

Residuerà, dunque, uno spazio per un contratto di accertamento quando l'esigenza di adeguamento non sia contestata oppure, in presenza di un contrasto, le parti intendano risolverlo accertando quello che, a loro avviso, appare il regime doveroso.

Mentre nella transazione la situazione passata non viene svelata, cioè accertata per ciò che era o ciò che sembra alle parti, ma superata e definitivamente accantonata dal nuovo autoregolamento transattivo, che stende un velo su di essa (55), nel contratto di accertamento le parti intendono dettare un nuovo autoregolamento congruente alla situazione controversa o, nella loro stessa prospettiva, incerta. Pertanto, mentre nella transazione la situazione controversa è considerata per essere superata, nel contratto di accertamento essa è l'oggetto del contratto (56).

6. – Le finalità e i criteri che improntano previsioni speciali dettate a protezione di determinate categorie vanno a mano a mano espandendosi. Negli ultimi anni si registra una tendenza giurisprudenziale ad attingere da regimi sezionali regole da applicare estensivamente o analogicamente. Ciò dipende, probabilmente, dal fatto che la recente emissione li rende più adeguati all'attualità. Il dovere di buona fede ha concorso a questa operazione perché pone l'attenzione sulla salvaguardia dell'interesse di ciascuna parte (57).

In questa prospettiva, la rinegoziazione dei contratti di durata dinanzi alle sopravvenienze è un riflesso del principio di conservazione del contratto e, di conseguenza, non appare eterodosso imprimere un impulso

---

(55) V. Cass. 3 novembre 2021 n. 31319, e già Cass. 13 maggio 1964 n. 1142.

(56) «Poiché la transazione non importa una volizione retrospettiva, come nel contratto di accertamento, dove l'attenzione retrospettiva al rapporto accertato è essenziale alla funzione, l'oggetto della transazione va considerato essenzialmente sul piano della situazione che ad essa consegue, scindendo il legame con la situazione preesistente, l'individuazione della quale indica solo l'ambito entro cui la disposizione attuata dispiega efficacia preclusiva» (così Cass. 3 aprile 2003 n. 5139).

(57) V. già in tale direzione Cass. 20 aprile 1994 n. 3775.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

estensivo alle disposizioni che lo esplicitano. Ne discende la considerazione dell'art. 9 del codice dei contratti pubblici, prima riportato, il quale è rubricato "principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale", e contempla sopravvenienze corrispondenti a quelle previste dall'art. 1467 c.c. (58), prescrivendo alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti (comma 4) di favorire «l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione» (59).

Si tende, dunque, ad un rimedio stragiudiziale e, possibilmente, "sartoriale". Non che l'art. 1467 c.c. non lo consenta, visto che prevede l'offerta di modificazione del contratto per ricondurlo ad equità sotto il controllo del giudice. Ma la sede giudiziale del rimedio lo rende più farraginoso.

In definitiva, il punto è cogliere il limite entro cui l'applicazione di una norma sezionale al di fuori del suo campo non si traduce in una deroga al regime nel quale essa va ad operare. In questa direzione la previsione del codice dei contratti pubblici va salutata con interesse perché favorisce un adeguamento stragiudiziale senza scalfire le regole generali sul contratto. Resta, tuttavia, il fatto che qualsiasi rinegoziazione che richieda un accordo di secondo grado implica un ritorno alla trattativa, sicché è senz'altro preferibile introdurre clausole che prevedono criteri di adeguamento automatico o, in caso di impraticabilità degli stessi, rimettano la funzione adeguatrice ad un terzo arbitratore (art. 1349 c.c.).

---

(58) Diversa è la terminologia, non la sostanza.

(59) Sulla relazione tra l'art. 9 del codice dei contratti pubblici e i successivi artt. 60 («revisione prezzi») e 120 («modifica dei contratti in corso di esecuzione»), v. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Domenico Fauceglia

SULL'ASSUNZIONE DEL DEBITO *PRO SOLVENDO*

Sommario: 1. Le vicende modificative dell'obbligazione: il caso dell'assunzione del debito. – 2. Gli interessi delle parti nella novazione e nella modificazione del rapporto obbligatorio. – 3. Il § 364 (Abs. 2) BGB e l'assunzione del debito *pro solvendo*. – 4. Affinità tra *cessio pro solvendo* e assunzione del debito *pro solvendo*.

1. – È un dato acquisito dall'esperienza che il rapporto obbligatorio si conforma alle vicende patrimoniali e agli interessi delle parti. Sicché, ben può avvenire che il debitore, non potendo più adempiere una determinata obbligazione, si impegni comunque ad estinguerla assumendosene, però, una nuova. Allo stesso modo, ben può avvenire che il creditore, a fronte delle mutate condizioni patrimoniali del debitore, decida di costituire una nuova e differente obbligazione per soddisfare una propria originaria pretesa.

Il codice civile non offre una disciplina dell'ipotesi in cui il debitore assuma una nuova obbligazione *allo scopo* (dunque, "*pro solvendo*") di estinguere l'obbligazione precedente. Tuttavia, la dottrina non ha ignorato tale istituto e ha offerto una precisa definizione dell'assunzione del debito *pro solvendo* come «il patto in forza del quale il debitore assume, accanto all'obbligazione originaria, una nuova obbligazione, avente oggetto diverso, con l'accordo che l'adempimento di quest'ultima determinerà, contestualmente, l'estinzione pure della prima» (1). Peraltro, alcun dubbio può sollevarsi sull'ammissibilità, in linea di principio, della assunzione del debito *pro solvendo*, posto che non sembra sussistere alcuna ragione che possa indurre ad escludere la possibilità di concludere un simile accordo (2).

Ancora, nemmeno la giurisprudenza è generosa nell'offrire casi particolari di assunzione del debito *pro solvendo*; ciò nonostante, particolari

(1) Zaccaria, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, p. 235.

(2) Così anche Buccisano, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968, pp. 152 e153.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ipotesi di assunzione di una nuova obbligazione allo scopo di estinguere un preesistente rapporto obbligatorio ben possono riscontrarsi, nella prassi, in tema di crisi di impresa che, pur investendo l'intera massa passiva del patrimonio del debitore, coinvolge qui singoli rapporti obbligatori oggetto di ridefinizione negoziale con il creditore [3].

Non vi è dubbio, infatti, che le attuali problematiche relative alla rimodulazione del passivo patrimoniale del debitore in crisi o in stato di insolvenza reclamano ulteriori riflessioni che non si arrestano solo all'esame delle vicende estintive del rapporto obbligatorio, ma che inducono anche a ripensare alle vicende modificative delle obbligazioni.

Ebbene, proprio in tema di ristrutturazione dei debiti, non di rado si assiste a casi in cui il debitore, privo di immediata e pronta liquidità e, dunque, incapace di soddisfare debiti pecuniari, mantiene intatte o recupera le proprie possibilità di adempimento impegnandosi a soddisfare i preesistenti crediti pecuniari non con immediate risorse finanziarie, ma con i risultati che otterrà dall'esercizio della propria impresa, assumendosi, in quest'ultimo caso, nuovi debiti al fine di estinguere i debiti originari.

Se è vero che l'assunzione di un nuovo debito sia diventato, oramai, uno strumento che facilita maggiormente un tempestivo recupero della capacità di adempiere le obbligazioni, è anche vero che tale pratica pone non poche problematiche al cultore del diritto civile.

A ben vedere, immaginare che una nuova obbligazione possa "sostituire" una preesistente obbligazione, potrebbe indurre a considerare che l'assunzione del nuovo debito sia nient'altro che una novazione. Immaginare, invece, che una nuova obbligazione venga assunta allo "scopo" di estinguere una precedente obbligazione, induce a considerare che tale vicenda non vada intesa in termini di novazione del rapporto, ma in termini di modificazione di un rapporto obbligatorio.

Nel silenzio del codice civile, il discorso sull'assunzione di un nuovo debito allo scopo di adempiere una originaria obbligazione, non può che iniziare da alcuni spunti storico-comparatistici della novazione e della *datio in solutum*, al fine di individuarne la disciplina ed evidenziare le affinità con altri istituti del nostro codice.

---

[3] In questi termini, «ciascun debito inerente a quel patrimonio viene a sua volta ristrutturato secondo il programma generale della ristrutturazione dei debiti. Se consideriamo questa complessiva operazione sui debiti alla luce della singola posizione debitoria, la ristrutturazione dei debiti si presenta non come ristrutturazione dei debiti ma come ristrutturazione del singolo debito», così DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023, p. 139.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

2. – Si muove dall'esame della novazione in generale e della modificazione del rapporto obbligatorio. È noto, infatti, che, a differenza del codice tedesco, laddove viene espressamente codificato, al § 311 BGB, l'*Änderungsvertrag*, ossia il contratto modificativo (4), nel codice civile italiano – in conformità alla tradizione francese (5) – manca un espresso riferimento al contratto modificativo. Ciò nonostante, come osservato da autorevole dottrina (6), il codice civile non ignora le vicende modificative di un rapporto giuridico, e ciò emerge dall'art. 1321 c.c. e dall'art. 2908 c.c.

Nonostante vi sia una evidente differenza, i due codici presentano una curiosa lacuna: nel BGB manca una esplicita disciplina sulla novazione, mentre nel codice civile italiano è tipizzato il contratto di novazione.

Infatti, il codice civile italiano – dapprima nel 1865 (7) e poi nel 1942 – ha espressamente disciplinato, tra i modi di estinzione dell'obbligazione, il

---

(4) Il BGB disciplina il contratto modificativo del rapporto obbligatorio a riprova del fatto che per la modifica di un obbligo esistente, sia esso di natura legale o convenzionale, richiede un contratto, per cui solo in casi eccezionali si può presumere un diritto unilaterale di modifica (così GRÜNEBERG, *Änderungsvertrag,* § 311, in *Bürgerliches Gesetzbuch*, Monaco, ed. 2022 Comm. Beck, 2020, p. 490 ss.).

(5) Infatti l'art. 1267 del codice civile del 1865, ricalcando il previgente art. 1271 del *Code Napoléon*, disciplinava, da un lato, la novazione oggettiva e, dall'altro, le ipotesi di cessione del credito e successione nel debito. In particolare, emergevano ipotesi di novazione soggettiva passiva, cioè di sostituzione del debitore, e non anche ipotesi di novazione soggettiva attiva (nella Relazione al Codice, al n. 584, si legge infatti che una disciplina della novazione soggettiva attiva non è stata prevista soltanto perché il mutamento del soggetto attivo del rapporto si realizza, normalmente, per la via diretta della cessione del credito). La novazione soggettiva passiva, intesa come sostituzione del debitore, è resa palese dall'art. 1235 c.c. La delegazione, l'espromissione e l'accollo, come regolati negli art. 1266 c.c. ss., dovrebbero, cioè, rappresentare gli unici istituti idonei a realizzare la sostituzione del soggetto passivo del rapporto. Sul punto, si veda LAMBRINI, *La novazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, a cura di Moscati e Burdese, vol. III:I, Padova 2008, p. 543 s.

(6) ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, p. 11.

(7) All'indomani dell'entrata in vigore del codice civile, un autorevole commentatore definiva la novazione alla stregua di un «effetto giuridico che si ricollega alla completa realizzazione della relativa fattispecie e che consiste in una complessa vicenda sostitutiva, la quale incide su diversi rapporto obbligatori, l'uno dei quali (rapporto nuovo) si deve differenziare dall'altro (rapporto da novare) per una diversità: a) nell'elemento soggettivo attivo o passivo (novazione soggettiva attiva o passiva); b) nell'elemento oggettivo (novazione oggettiva, talora detta anche reale)» (PIRAS, *Appunti sulla novazione*, in *St. sass*., 1948, p. 6) tale definizione, però, appariva ancora fondata sulla lettera dell'art. 1267 del codice civile 1865 (sul punto, si vd. nt. 5) e non teneva conto che, con il codice del 1942, in ragione della moderna esperienza giuridica, le vicende modificative soggettive necessitavano di una disciplina autonoma e differente da quella della novazione (si pensi alla delegazione e, in generale, all'assunzione dell'obbligo altrui; un meccanismo questo già da tempo fruttuosamente collaudato in altri ordinamenti, come quello germanico che ammette la *Schuldübernahme* e non prevede invece la novazione soggettiva) e di ciò ne dava atto la Relazione del Guarda-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

contratto di novazione col quale «le parti», esprimendo «la volontà di estinguere l'obbligazione precedente (…)», «sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con titolo od oggetto diverso» (1230 c.c.).

L'attuale disciplina della novazione – ossia la «sostituzione» dell'obbligazione originaria con una nuova obbligazione avente titolo od oggetto differente – «si è liberata, nella disciplina del nuovo codice, dalla confusa promiscuità in cui il codice del 1865 [cfr. art. 1267 c.c.] ne aveva posto la doppia configurazione obiettiva e subiettiva» (così Relazione del Guardasigilli n. 573) (8).

In altri ordinamenti moderni, come in Germania – secondo un'opinione condivisa dalla nostra letteratura (9) – mancherebbe una esplicita e chiara disciplina in tema di novazione.

Come afferma anche la dottrina francese (10), se «*la novation continue* (…), *a etre le seul procédé juridique possible pour changer l'object ou la cause de l'obligation*», nell'ordinamento tedesco si nota una «*espèce de démembrement de la novation*» che non appare come «*une institution juridique distincte*», posto che – come emerge dai lavori preparatori del BGB (11) – la scelta di "dimenticare" una esplicita e completa disciplina

---

sigilli (n. 573): «la novazione si è liberata, nella disciplina del nuovo codice, dalla confusa promiscuità in cui il codice del 1865 ne aveva posto la doppia configurazione obiettiva e subiettiva».

(8) Ciò nonostante, il nostro codice considera, all'art. 1235 c.c., una sola ipotesi di novazione soggettiva passiva, ossia l'ipotesi in cui «un nuovo debitore è sostituito a quello originario che viene liberato» e per tali ipotesi si osservano le norme concernenti la delegazione, l'espromissioni e l'accollo (artt. 1268-1276).

(9) ZACCARIA, voce «*Novazione*», *Dig. priv. disc. civ.*, ritiene espressamente che «il legislatore tedesco ha deciso di ignorare, nel BGB, la novazione» (p. 281); MAGAZZÙ, voce «*Novazione*», in *Enc. dir.*, Milano 1978, vol. XXVIII, afferma che «com'è noto, nell'ordinamento germanico, la novazione non viene regolata» (p. 785), ancora nella nota n.17 si legge che «nell'ordinamento germanico non si è seguito il modello del code civil (al quale si era invece fedelmente attenuto il nostro legislatore del 1865); si è preferito non dedicare una disciplina particolare alla novazione, che avrebbe così perduto il suo originario campo di operatività e la sua autonomia normativa».

(10) RIPERT, BOULANGER, *Traité de droit civil*, II, Parigi, 1957, p. 633.

(11) Come testimonia ZACCARIA, voce «*Novazione*», cit., p. 281, ove riporta i lavori preparatori del codice tedesco, in particolare, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, a cura di Mugdan, 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1899, rist. Aalen, 1979, 43. Più di recente, LAMBRINI, *La novazione*, cit., p. 471 s. ha affermato che «si fa leva altresì sul fatto che alcune legislazioni europee non hanno codificato la novazione e in particolare si richiama l'ordinamento tedesco. Dai lavori preparatori del BGB emerge che la volontà di non codificare la novazione discese quale naturale conseguenza dal fatto di aver previsto tutti gli strumenti idonei a soddisfare gli stessi interessi che essa realizzava in precedenza: il BGB prevede, infatti, la cessione del credito ai §§ 398 ss. (*Forderungsabtretung*), l'assunzione del debito ai §§ 414 ss. (*Schuldübernahme*),

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

della novazione è stata intesa come la naturale conseguenza di una evidente preferenza a disciplinare mezzi giuridici atti a tutelare in modo diretto i medesimi interessi alla soddisfazione dei quali la novazione era tipicamente preordinata. Si tratterebbe, per quanto riguarda la "novazione soggettiva", della successione nel debito (*Schuldübernahme*: § 414 ss. BGB), della cessione del credito (*Forderungsabtretung*: § 398 e ss. BGB) e, per ciò che attiene agli aspetti oggettivi, del negozio modificativo del rapporto (*Änderungsvertrag*: § 311 BGB).

È vero che le suddette vicende non estinguono un precedente rapporto, come avviene nella novazione, ma è anche vero che le relative discipline esprimono una evidente preferenza del legislatore tedesco a dedicare una particolare attenzione alle vicende modificative del rapporto obbligatorio, preoccupandosi di evitare che taluni effetti, normalmente connessi alla novazione, possano non corrispondere all'intenzione dei contraenti; come: l'estinzione delle garanzie riguardanti il debito originario e l'impossibilità di opporre, nei confronti della pretesa di adempimento del nuovo credito, le eccezioni relative al rapporto estinto.

Per tali ragioni, autorevole dottrina tedesca giustificava tale scelta alla luce della normale inclinazione dei privati a conservare i rapporti piuttosto che estinguerli (12).

Ciò nonostante, sembra che il BGB non contenga elementi tali da poter affermare l'impossibilità di addivenire ad una novazione. Tuttavia, la dottrina tedesca, affermando che l'autonomia privata ben può esplicarsi al di fuori di un'apposita regolamentazione e rilevando – inoltre – che non esiste un principio che esiga un *numerus clausus* di negozi idonei a modificare o estinguere un rapporto obbligatorio, riconosce unanime che nel diritto tedesco, pur mancando previsioni di legge che esplicitamente contemplino la novazione, la vicenda estintiva in esame può comunque essere liberamente convenuta, ogni qualvolta i suoi effetti corrispondano all'inte-

---

nonché il contratto modificativo al § 305 (*Änderungsvertrag*). Unica traccia della novazione che ivi residua è il § 364, secondo comma, che stabilisce una presunzione contraria alla novazione: qualora il debitore, allo scopo di soddisfare il creditore, assuma un nuovo obbligo nei suoi confronti, si presume che l'obbligazione originaria non rimanga estinta; nel dubbio è da ritenere quindi voluta una semplice modificazione del rapporto».

(12) LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, 14 ed., Monaco, 1987, p. 92. Rescigno osserva, poi, un mancato ricorso allo strumento della novazione «in ragione della normale inclinazione dei privati a conservare i rapporti piuttosto che estinguerli, quando non sia realizzato od esaurito l'interesse che ne suscitò la costituzione; ed a conservarli assieme alle garanzie, alle difese e ad ogni altro elemento accessorio che serve a rafforzare il rapporto» RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1975, p. 581.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

resse delle parti meglio di quelli propri di un negozio modificativo del rapporto obbligatorio (13).

Sicché, pur non essendo regolato dal BGB un istituto che corrisponda alla nostra novazione, si è fatta largo l'idea di consentire all'autonomia privata di mutare radicalmente un dato regolamento di interessi, quando sopravvenga un diverso apprezzamento della sua convenienza. In questi termini, anche in Germania, il contratto novativo è stato valutato in ragione dell'esigenza pratica diffusamente avvertita, specialmente in settori socio-economici in rapida trasformazione e con particolare riferimento ai rapporti di durata (14).

Per queste ragioni, non trascurando affatto il contratto novativo, il *Bundesgerichtshof*, nell'essersi occupato della distinzione tra *animus novandi* e *animus modificandi*, ha ammesso la possibilità di estinguere l'obbligazione con un contratto che assume i caratteri della nostra novazione (si parla al riguardo di *Novation* o di *Schuldersetzung*). Affinché, però, possa parlarsi di novazione occorre che (in modo non dissimile al nostro art. 1230, 2° co., cod. civ.) dal negozio emerga inequivocabilmente l'intenzione delle parti di porre fine al vecchio rapporto contrattuale e di costituirne uno nuovo, in caso contrario si potrebbe – al più- discutere di una mera modifica contrattuale (15).

---

(13) GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, Tubinga, 1983, p. 372.

(14) Dopo un'avvertita "crisi della novazione", ampiamente descritta da LAMBRINI, *La novazione*, cit., p. 471 s., vi è chi ha cercato di rivalutare l'istituto, affermando che «il principio della libertà di contrattazione sta a favore e non contro la disciplina dell'istituto della novazione. Invero, in omaggio a tale principio, non può disconoscersi alle parti il diritto di creare un nuovo vincolo obbligatorio in rapporto ad uno precedente, con estinzione di questo. Or in omaggio allo stesso e come conseguenza di ciò, si impone la necessità di disciplinare con norme gli effetti giuridici di una tale contrattazione in ciò per cui non bastano i principii generali. La sistematica elaborazione di questi ultimi può portare ad una minore estensione delle norme di disciplina della novazione, come è avvenuto nel codice svizzero, ma non alla totale soppressione di esse... Il bisogno dei negozii giuridici novatori, anziché diminuito, è oggi realmente e ampiamente sentito, data la celerità e la complessità dei commerci e anche dei rapporti civili... perché il negozio novatorio ha il pregio di agevolare il ritmo della celerità con la definizione e semplificazione di rapporti...». MARTORANA, *La novazione nel diritto civile italiano*, Palermo, 1924, p. 10.

(15) Così BGH, 14. März 2013 – III ZR 417/12, Tz. 11: «*Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei der Abgrenzung zwischen einer Vertragsänderung und einer Novation durch Auslegung zu ermitteln, was die Parteien im Einzelfall gewollt haben. Bei dieser Auslegung ist die anerkannte Auslegungsregel zu beachten, dass bei der Feststellung des Willens der Parteien, das alte Schuldverhältnis aufzuheben und durch ein neu begründetes Rechtsverhältnis zu ersetzen, im Hinblick auf die damit verbundenen einschneidenden Folgen große Vorsicht geboten ist und von einer Novation nur ausnahmsweise ausgegangen werden darf, sofern die Parteien einen solchen Willen unzweifelhaft zum Ausdruck bringen; im Zweifel ist daher nur von einer Vertragsänderung auszugehen (s. zu alldem etwa Senatsurteil*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Come rileva anche dall'orientamento giurisprudenziale tedesco, nella novazione, l'obbligazione che «sostituisce» quella originaria è «nuova» proprio perché ha «oggetto o titolo diverso». Difatti, un'obbligazione con oggetto o titolo identico non sarebbe nuova e non produrrebbe alcun effetto novativo (16).

La novazione opera solo quando essa provochi una vera e propria «novità» in senso giuridico (e non solo in senso storico) che può ottenersi allorquando l'obbligazione che si costituisce abbia rispetto alla precedente oggetto o titolo diverso e quindi un diverso regolamento.

Le parti, modificando l'oggetto o il titolo della precedente obbligazione, intendono modificare l'assetto di interessi tra loro preesistente. D'altronde, se la novazione è destinata ad operare sull'obbligazione originaria con la caratteristica funzione innovativa degli atti negoziali, non può non comportare sul piano degli interessi una modificazione della preesistente situazione giuridica.

---

vom 14. November 1985 – III ZR 80/84, NJW 1986, 1490; BGH, Urteil vom 1. Okto- ber 2002 – IX ZR 443/00, NJW 2003, 59; Beschluss vom 22. Juni 2010 – VIII ZR 192/09, BeckRS 2010, 19644 Rn. 12; Urteile vom 5. Oktober 2010 – VI ZR 159/09, BGHZ 187, 156, 165 Rn. 21; vom 26. Oktober 2010 – XI ZR 367/07, NJW-RR 2011, 403, 405 Rn. 28 und vom 21. November 2012 – VIII ZR 50/12, BeckRS 2013, 00692 Rn. 20)».

(16) La sostituzione di una obbligazione con una nuova avente medesimo titolo e oggetto non risponderebbe ad alcun interesse delle parti, operando – infatti – una semplice sostituzione di un rapporto con un altro uguale. Ammettere la sostituzione di una obbligazione identica a quella nuova è logicamente inconcepibile, posto che «il rapporto giuridico è un'entità che, una volta creata non può essere di nuovo ricreata. Si potrà accettarlo, regolarlo, modificarlo, estinguerlo, darne una prova, ma ricrearlo no. Un siffatto processo ricreativo è assurdo nel campo giuridico come nel campo fisico» (NICOLÒ, *Transazione e novazione*, in *Ann. dir. comp.*, 1934, III, 501 e ss). Al più, l'interesse rivolto a stabilire per il futuro un regolamento del rapporto medesimo, se meritevole di tutela, non si realizza certo con lo strumento novativo (che opera direttamente sul rapporto) ma con un altro strumento che opererà direttamente sulla fonte negoziale del rapporto rinnovandola. In tale ultima ipotesi, sarebbe opportuno far riferimento alla rinnovazione del negozio, in cui non rileva né l'*animus novandi*, né tantomeno l'*animus modificandi*, quanto «la *voluntas renovandi*, quest'ultima si identificherebbe nel particolare intento di riprodurre per intero un precedente negozio con uno nuovo che, assorbendo o sostituendo il vecchio, conservi in vita il rapporto già creato (dal vecchio negozio) magari modificandolo o adattandolo a nuove esigenze delle parti» (P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja e Branca*, Libro IV – Delle obbligazioni, artt. 1230-1259, Bologna – Roma, 1975, p. 97.). Come si è innanzi accennato, evidenti elementi distintivi affiorano tra la rinnovazione, concernente un negozio, e la novazione, concernente invece un rapporto giuridico. La rinnovazione realizza un mutamento della fonte negoziale del rapporto, lasciando quest'ultimo sostanzialmente integro; mentre, la novazione estingue il rapporto originario sostituendolo con uno nuovo, diverso dal primo per l'oggetto e/o per il titolo. Deve darsi per assunto, dunque, che la novazione non può creare – anzi "ricreare" – un rapporto giuridico assolutamente identico al precedente, posto che con essa non si può stabilire un medesimo regolamento di tale rapporto anche per il futuro.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La vicenda sostitutiva che si produce con la novazione va spiegata in ragione dell'interesse (al mutamento oggettivo del rapporto) che muove questa particolare modalità di estinzione del rapporto obbligatorio. Sussiste infatti la necessità di lasciare inappagato l'interesse sottostante e di soddisfarne uno nuovo. Ebbene, è proprio la novità dell'interesse, costituente la causa del contratto novativo (c.d. *causa novandi*) (17), a giustificare un nuovo rapporto obbligatorio, o meglio la «sostituzione» di un rapporto preesistente con un rapporto nuovo. In questi termini, «l'interesse alla sostituzione dei rapporti rappresenta l'elemento identificativo della novazione, quale che sia il contenuto specifico delle obbligazioni costituenti i termini oggettivi del fenomeno» (18).

---

(17) BUCCISANO, voce «*Novazione*», in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 10, ritiene che la novazione è un «contratto con funzione composita, ma con struttura unitaria». In dottrina si dimostra la "funzione composita" del contratto di novazione in ragione di un "nesso di corrispettività" che lega l'effetto estintivo della obbligazione originaria e la costituzione della nuova obbligazione. La tesi, formulata durante la vigenza del vecchio codice, è nota: i due effetti del contratto novativo (l'estinzione e la costituzione) sono «reciproci», essendo l'estinzione collegata «corrispettivamente» alla costituzione, e perciò la fattispecie è unica (così PIRAS, *Appunti sulla novazione*, cit., p. 48): nella novazione «la sostituzione di un rapporto all'altro consiste appunto nell'estinzione dell'uno e nella costituzione dell'altro, ove questi due effetti siano voluti l'uno come corrispettivo dell'altro (per cui anche qui v'è uno scambio)» (così CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli 1968, p. 103 e s.), così come accade nel comune contratto oneroso, per esempio nella compravendita, «insomma il contratto novativo non produce nella realtà giuridica un fenomeno diverso da quello che consiste nella produzione di due vicende legate dal legame di corrispettività» (così CICALA, *op. ult. cit*., 102 e 104). Non solo si è accostata la novazione ad un contratto di scambio, ma invero anche la *datio in solutum*. Stando, infatti, ad un indirizzo più datato, che ha goduto di un certo credito specie presso la dottrina francese (vd. POTHIER, *Traité du contract de vente*, ediz. Dupin Aîné, Brusselles, 1831, p. 425) e tedesca (GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, cit., p. 181) maggiormente sensibile a schemi e categorie romanistiche, la prestazione in luogo dell'adempimento sarebbe un contratto di scambio, accostabile alternativamente alla vendita o alla permuta. Avendo infatti riguardo ad uno scenario di impiego incentrato (unicamente), come si è detto, sul trasferimento della proprietà di un bene *in luogo* della prestazione pecuniaria già dovuta e volendo d'altra partedar conto dell'attingibilità, da parte del creditore, alla tutela (*actio empti utilis*) contro l'evizione, la dottrina, specie quella Pandettistica, aveva fatto leva su alcuni passi delle fonti classiche ed intermedie e prospettato il ricorrere di una compravendita con conseguente compensazione tra l'obbligo di *dare pretium*, a carico dell'avente causa-creditore, ed il debito pecuniario, già gravante sul dante causa-debitore.

(18) BUCCISANO, voce «*Novazione*», cit., p. 12. Altra dottrina (MAGAZZÙ, voce «*Novazione*», *Enc. dir.*, cit., p. 803) distingue l'interesse che caratterizza la *causa novandi* dall'interesse che costituisce l'oggetto del contratto novativo. Per quest'ultimo A., la *causa novandi* è rappresentata dallo specifico interesse delle parti al mutamento oggettivo del preesistente rapporto obbligatorio sul quale esse operano. Sotto questo aspetto, ad avviso dell'A., «non bisogna confondere questo interesse che caratterizza la *causa novandi* e muove la vicenda novativa con il particolare interesse che viene a costituire l'oggetto del contratto novativo e dell'obbligazione nuova, e che può essere diverso caso per caso. Se si vuol parlare di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

3. – Alla luce di quanto si è detto, va considerato che l'interesse al mutamento oggettivo del rapporto individua la *causa novandi* e muove la vicenda novativa; in esso si coglie, infatti, la specifica funzione della novazione oggettiva.

Proprio in ragione dei differenti interessi alla cui soddisfazione lo strumento novativo è diretto, deve essere letto il § 364 (Abs. 2) BGB che, con riguardo alla prestazione in luogo dell'adempimento (*Annahme an Erfüllungs statt*), dispone che «se il debitore, allo scopo di soddisfare il creditore, assume una nuova obbligazione nei confronti di quest'ultimo, nel dubbio non si presume che egli assuma l'obbligazione in luogo dell'adempimento».

Per alcuni la suddetta disposizione, pur inserita in un paragrafo relativo alla prestazione in luogo dell'adempimento, sembrerebbe alludere alla novazione, sol perché il debitore assume nei confronti del creditore un nuovo debito al fine, però, di soddisfare l'originario interesse del creditore «*zum Zwecke der Befiedigung des Gläubigers*» (19).

Alla luce della discussa disposizione, non si può, tuttavia, non rilevare che, pur nella diversità di opinioni, è insegnamento corrente che ogni fattispecie è caratterizzata dalla funzione che è destinata ad assolvere. Di conseguenza ogni istituto, pur potendo variare nella disciplina, risulta qualificato dalla funzione giuridica come individuata dalla sintesi dei propri effetti essenziali (20).

Un'autonomia di fattispecie risulta così ipotizzabile solamente qualora le stesse abbiano una sostanziale differenza di disciplina dovuta ad una necessaria differente minima unità effettuale (21). Sebbene questa non sia

---

'variabilità' dell'obbligazione nuova, di 'interesse variabile' sottostante a questa obbligazione, ci si deve precisamente riferire non alla *causa novandi*, ma all'oggetto che non è (e non può essere: è intuitivo) predeterminato dalla legge in modo particolare». Sicché, diverso dalla *causa novandi* è «l'oggetto del contratto novativo, cioè il tipo di interesse che le parti intendono realizzare con la 'nuova' obbligazione, può essere in concreto il più vario, almeno in via tendenziale ed entro i limiti di operatività del fenomeno».

(19) Ne fa riferimento RODOTÀ, voce «*Dazione in pagamento (dir. civ.)*», in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 738, in nt. 43, etichettando le menzionate tesi nel testo come "barocche".

(20) La qualificazione di una fattispecie non può prescindere dalla determinazione degli effetti ed in particolare di quelli che essenzialmente devono essere presenti perché si possa discorrere di «quella» fattispecie e non di altra; sul punto si vedano: PUGLIATTI, *Precisazione in tema di causa del negozio giuridico*, in *Saggi. Metodo Teoria Pratica*, Milano, 1951, p. 119 s.; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit., p. 23.

(21) Su tale concetto, cfr. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, p. 93 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la sede per affrontare dettagliatamente il problema della qualificazione degli atti di autonomia privata, va, quanto meno, sottolineato che essa finisce con il dipendere strettamente dalla valutazione degli effetti che necessariamente devono essere prodotti perché si sia in presenza di «quella» fattispecie e non di altre. Da tali considerazioni discende che solamente quando siano rilevabili differenti funzioni, e quindi differenti discipline, è possibile discorrere di autonome figure negoziali.

A tal proposito, il § 364 (Abs. 2) BGB fa riferimento al momento in cui il debitore assuma una nuova obbligazione, momento rispetto al quale non può "presumersi" l'estinzione del rapporto. Diversamente, l'estinzione del rapporto si avrà solo ed esclusivamente nel momento in cui il debitore adempia la nuova obbligazione assunta. Il legislatore tedesco, nel disciplinare il c.d. *Leistung erfüllungshalber*, ha posto l'attenzione sulla importante funzione economica svolta dall'istituto dell'assunzione del debito *pro solvendo*, la quale può condurre, benché in via indiretta, alla soddisfazione delle ragioni creditorie (22).

Dall'altro lato, però, l'assunzione della nuova obbligazione diverge chiaramente dalla prestazione in luogo dell'adempimento (disciplinato in § 364, Abs. 1, BGB), in quest'ultima ipotesi il rapporto obbligatorio si estingue (*Das Schuldverhältnis erlischt*) proprio nel momento in cui il creditore accetta una prestazione diversa da quella dovuta (23).

---

(22) Al di là del profilo riguardante un aumento delle probabilità di soddisfazione del debito, gli autori tedeschi hanno poi posto in luce che dalla assunzione pro solvendo il creditore potrebbe trarre anche altri vantaggi, ossia quelli connessi alla inopponibilità delle eccezioni attinenti al rapporto originario (sul punto LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 231 e ss.). in Germania, infatti, l'assunzione di un nuovo debito pro solvendo viene generalmente compiuta attraverso un *Schuldversprechen* o *-anerkenntnis*, e cioè tramite un contratto che, ai sensi dei §§ 780 e 781 BGB, è astratto rispetto alla propria causa, di modo che l'obbligazione successivamente assunta risulta indipendente da quella originaria. Soltanto si ammette, in via eccezionale, che, in caso di inesistenza dell'obbligazione originaria, il debitore possa rifiutarsi di adempiere, opponendo l'eccezione di ingiustificato arricchimento, e possa altresì pretendere di porre nel nulla (*zurückverlangen*) la promessa o il riconoscimento compiuto, sempre secondo le regole dettate per l'ingiustificato arricchimento (§§ 812 ss. BGB), e, cioè, *ex* § 814 BGB; naturalmente, solo qualora, all'atto dell'assunzione del nuovo obbligo, fosse stato all'oscuro dell'inesistenza del debito.

(23) L'immediata estinzione del rapporto obbligatorio che coincide con la consegna della *res* ha indotto la dottrina a considerare la *datio in solutum* alla stregua di un contratto reale. Tale tesi trova ragione nella storia dell'istituto in esame, poiché per molto tempo, per dazione in pagamento, si intendeva (soltanto) il trasferimento, con il consenso del creditore, di una *res* diversa da quella pattuita. E fu proprio in tale contesto che si giunse ad affermare che la *datio in solutum* sarebbe accordo che si perfeziona solo con la *traditio della res* (sia essa la consegna di una somma di denaro che il trasferimento della proprietà di un bene diverso da quello convenuto). All'origine di tale teoria stette, in particolare, un'affermazione di Pothier, il quale scrisse che «*la dation en paiement ne se fait par la tradition, et même par*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sicché, in ordine agli effetti, non può certo affermarsi che l'assunzione di una nuova obbligazione possa dar luogo ad una novazione soprattutto se la stessa disposizione in esame faccia esplicito riferimento ad un immutato interesse del creditore che non rinuncia ad appagarlo, anzi, proprio perché ancora intenzionato ad appagare l'originario interesse, accetta che il debitore assuma una diversa obbligazione e soddisfi l'originario credito con una prestazione differente.

La particolarità dell'assunzione di una nuova obbligazione si appunta proprio nella mancata immediatezza della prestazione, nell'ipotesi prevista dal § 364, Abs. 2, BGB, il debitore non offre una diversa prestazione, bensì offre di assumersi una nuova obbligazione, la cui esecuzione darà luogo all'estinzione del precedente rapporto, poiché solo la prestazione – benché differente- potrebbe soddisfare l'immutato interesse del creditore.

È evidente, quindi, che non può parlarsi di novazione, poiché alcun meccanismo sostitutivo, operante in virtù del duplice effetto estintivo-costitutivo, emerge tra l'assunzione della nuova obbligazione e l'estinzione della obbligazione originaria. Anzi, lo stesso legislatore tedesco tiene a precisare che proprio il vecchio debito non si estingue, per cui è arduo intravedere nella fattispecie normativa un meccanismo novativo.

L'assunzione della nuova obbligazione non dà luogo ad una immediata estinzione del rapporto obbligatorio, essa non è, quindi, assunta *pro soluto* (*Erfüllungsstatt*), ma è assunta *pro solvendo* (*Erfüllungshalber*), per cui

---

la transaltion de la propriété de la chose donnée en paiement» (R. POTHIER, *Traité du contract de vente*, cit., p. 425). Solo in epoca più recente si è ammesso che *in solutum* possa essere compiuta anche una prestazione di *facere*, sicché, come testimonia L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, Milano, 1948, pp. 146-147, «il codice, sostituendo l'espressione 'prestazione in luogo di adempimento' alla precedente 'dazione in pagamento' (la *datio in solutum*), ha reso possibile una dilatazione di questo istituto. E infatti è da notare che la 'dazione in pagamento' ha per oggetto cose materiali di cui si trasferisce la proprietà. Invece oggi la 'prestazione in luogo di adempimento' consente la sua applicazione anche se manca la 'dazione' di qualche cosa, perché la 'prestazione' ad es. è di 'fare'…». A sottrarre la "prestazione in luogo dell'adempimento" dal prisma della realità è il c.d. pactum de in solutum dando che si sostanzierebbe in un vero e proprio negozio modificativo dell'oggetto dell'obbligazione, dato che, per il suo tramite, viene attribuita al debitore la possibilità di liberarsi dall'obbligazione eseguendo una prestazione differente da quella all'inizio convenuta, ne deriva – stando a quest'ultima tesi – che «va respinta l'idea tradizionale secondo cui la *datio in solutum* costituirebbe un contratto 'reale', anche qualora con questo termine si intenda riferirsi alla necessità, ai fini del perfezionamento del negozio, non della consegna, bensì dell'esecuzione della diversa prestazione convenuta; e si deve, per converso, ammettere che un valido contratto di 'prestazione in luogo dell'adempimento' è suscettibile di essere concluso indipendentemente dalla circostanza che l'accordo sia accompagnato dall'adempimento della prestazione successivamente convenuta» (così ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 67).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'estinzione del debito è differita al momento in cui la prestazione viene effettivamente eseguita.

A ben vedere, il BGB ha tenuto conto di tutte le ipotesi in cui il debitore ed il creditore, al fine di realizzare un'estinzione latamente satisfattiva del rapporto obbligatorio, ricorrono a figure affini alla «prestazione in luogo dell'adempimento».

Dimodoché, così come il nostro codice disciplina la "cessione di un credito in luogo dell'adempimento" (art. 1198 c.c.) per il quale, se non risulta una diversa volontà delle parti, l'obbligazione si estingue con la riscossione del credito, anche il BGB (§ 364, Abs. 2, BGB) disciplina l'assunzione di una nuova obbligazione, per cui si presume che – qualora non vi sia una diversa volontà delle parti – l'assunzione della nuova obbligazione non comporta l'estinzione del rapporto obbligatorio.

La cessione del credito *pro solvendo* [24] e l'assunzione del debito *pro solvendo*, sono due vicende che, pur caratterizzate da una particolare autonomia (in ragione degli effetti differenti dalla comune *datio in solutum*), sono pur sempre dirette all'estinzione di un precedente rapporto obbligatorio attraverso una differente prestazione e, in definitiva, all'appagamento dell'originario interesse del creditore.

In quest'ordine di idee, il debito è assunto e il credito è ceduto allo scopo di estinguere un preesistente rapporto obbligatorio e tale finalità qualifica la cessione o l'assunzione *pro solvendo* che avviene in vista dell'adempimento, con la particolarità che il mero trasferimento del credito e la mera assunzione di una nuova obbligazione non producono l'immediata estinzione dell'obbligazione sottostante, cioè non avvengono *pro soluto*, ma occorrerà l'effettiva riscossione del credito e l'effettiva esecuzione della prestazione affinché si possa estinguere il preesistente rapporto obbligatorio.

---

[24] In armonia con autorevole dottrina (in tal senso anche P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. del cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna Roma, 1982, p. 52), è stato ribadito che la cessione *pro solvendo* realizza una funzione autonoma rispetto a quella della c.d. datio in solutum; il trasferimento del credito «è sempre e soltanto trasferimento del credito in quanto tale, quel che varia è la funzione complessiva nella quale il trasferimento si inserisce (...). La funzione della *cessio pro solvendo* non è quindi semplicemente lo scopo di garanzia o lo scopo di adempimento isolatamente considerati ma una funzione complessa con reciprocità di vantaggi (...) comunque idonea a giustificare il trasferimento» (così, testualmente, P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 51.).

Distinta ed autonoma rispetto a quella della «prestazione in luogo dell'adempimento» è pure la funzione della cessione di credito pro soluto visto che quest'ultima realizza una funzione estintiva dell'obbligazione originaria contestualmente alla cessione e non differita al momento dell'esazione effettiva del credito ceduto.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Si tratterebbe, dunque, di negozi che, pur regolando una diversa prestazione in luogo dell'adempimento, producono una estinzione differita ed eventuale. Se, dunque, questi si distinguono dalla "*datio in solutum*" poiché sono posti in essere "allo scopo" di adempimento (di una obbligazione diversa) anziché "in luogo" di esso, la cessione del credito *pro solvendo*, così come l'assunzione del debito *pro solvendo*, realizzano un complesso assetto di interessi ove il trasferimento del credito o l'assunzione del nuovo debito non costituiscono adempimento ma hanno lo scopo di adempimento e, cioè, «effetto preparatorio dell'adempimento indiretto dell'obbligazione originaria» (25).

I due istituti pur non producendo una immediata estinzione dell'originario rapporto obbligatorio sono posti in essere comunque allo scopo di adempiere una obbligazione non ancora estinta.

Non può, dunque, parlarsi di novazione, poiché in quest'ultima ipotesi il debitore è liberato dalla obbligazione precedente la quale è, appunto, estinta ed è obbligato a rendere una "nuova" obbligazione. La novazione, peraltro, non è certo diretta alla soddisfazione dell'originario interesse creditorio, allorché l'obbligazione precedente – per l'appunto – si estingue in ragione della comune determinazione delle parti di sostituirla con una che sia nuova per titolo od oggetto. Diversamente gli istituti esaminati assumono carattere satisfattorio, poiché sempre e solo l'adempimento estinguerà l'obbligazione, foss'anche in quella forma indiretta o di surrogato che consiste nell'esecuzione di una prestazione diversa da quella originaria o da parte di un terzo.

Potrebbe parlarsi, invece, di novazione, qualora il debitore assuma *pro soluto* una nuova obbligazione. Infatti, diversa dall'assunzione del debito *pro solvendo* come presunta dal BGB, è l'assunzione del debito *pro soluto*, ossia l'assunzione di un nuovo obbligo *in luogo* di quello originario. In particolare, al momento dell'assunzione del nuovo obbligo, si produce l'estinzione dell'obbligo preesistente. Solo in questa fattispecie, potrebbe – in teoria – ravvisarsi una novazione poiché si assiste ad una costituzione di un nuovo obbligo a carico del medesimo debitore, con contestuale estinzione di quello originario.

È noto però che, con l'assunzione del nuovo debito da parte del debitore, il § 364 (Abs. 2) BGB esclude esplicitamente l'estinzione del debito originario e, in assenza di una diversa volontà delle parti, si presume che il nuovo debito sia stato assunto *pro solvendo*.

---

(25) P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., p. 49.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Come si è notato, da un punto di vista causale, la cessione del credito *pro solvendo* e l'assunzione del debito *pro solvendo* sono esclusivamente orientate alla estinzione satisfattiva di una precedente obbligazione mediante l'attuazione di un *aliud*, sicché «altro è l'estinzione per mutamento del titolo o dell'oggetto dell'obbligazione in cui la nuova obbligazione è nuova perché ha rispetto alla precedente un nuovo titolo o un nuovo oggetto, altro è l'estinzione che consegue alla cessione di un credito o all'assunzione di un debito» (26).

Come meglio si dirà più innanzi, con l'assunzione del debito *pro solvendo*, il debitore assume, nei confronti del creditore, un nuovo obbligo, concorrente con l'originario obbligo, e con oggetto differente da quest'ultimo. Appunto perché non si presume l'immediata estinzione del rapporto obbligatorio (§ 364, Abs. 1, BGB), l'istituto non può essere considerato come una forma di novazione, né può accostarsi alla ordinaria figura di "prestazione in luogo dell'adempimento" di cui all'art. 1197 c.c., ma andrebbe accostato alla *cessio pro solvendo*, art. 1198 c.c., poiché le parti non creano alcuna nuova obbligazione, ma si limitano ad intervenire sul rapporto preesistente.

Per le suddette ragioni, non potrà certo intravedersi una disciplina della novazione dal § 364 (Abs. 2) BGB, poiché il legislatore tedesco, regolando una ipotesi di assunzione di debito *pro solvendo* ed escludendo esplicitamente l'immediata estinzione del precedente rapporto obbligatorio con l'assunzione di un nuovo debito, ha ribadito l'interesse a disciplinare le forme di modificazione del rapporto obbligatorio, anziché una specifica vicenda novativa del rapporto (27).

---

(26) P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit., p. 94.

(27) Infine è chiaro che nella logica del BGB, l'assunzione di debito *pro solvendo*, rispondendo ad una *causa solvendi* (e non ad una *causa novandi*), costituisce pur sempre un negozio di attribuzione, provocando lo stesso uno spostamento patrimoniale dalla sfera giuridica del debitore alla sfera giuridica del creditore. È noto, invece, che la novazione, costituendo un "negozio di secondo grado" che opera sul preesistente rapporto obbligatorio. In dottrina si ammette che la novazione opera come «negozio di secondo grado» su un preesistente rapporto obbligatorio, rispetto al quale avrebbe la funzione di «assorbirlo e sostituirlo» con uno nuovo, ciò nel senso che il contenuto normativo di un rapporto obbligatorio preesistente viene per essa assunto a contenuto di un rapporto giuridico nuovo (sul punto BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato dir. civ. Vassalli*, Torino, 1950, p. 243; ID., *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2- IV, Milano 1955, 115 e ss.). La novazione non provocherebbe alcuna variazione della posizione economico-giuridica delle parti nei termini correlativi del dover-dare e del dover-avere. La novazione, rispondendo ad una *causa novandi*, non dà luogo ad alcuno spostamento patrimoniale nella sfera giuridica del creditore e del debitore.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In questo ordine di idee, va assunto che nel BGB manca una esplicita e specifica disciplina della novazione, in esso, invece, è espressamente prevista la disciplina di un negozio non novativo, ma solo modificativo di un preesistente rapporto obbligatorio, ossia dell'*Änderungsvertrag* (§ 311 BGB) (28).

La specifica disciplina di un contratto modificativo conferma, come è stato innanzi espresso, l'interesse del legislatore tedesco a preferire strumenti di modificazione delle obbligazioni, ciò nonostante, come si è detto, è diffusa tra i tedeschi la convinzione che la novazione possa essere liberamente pattuita ogniqualvolta la stessa risponda agli interessi delle parti meglio di quanto possa rispondere un contratto modificativo del rapporto obbligatorio (29).

In questi termini, così come il BGB disciplina la modifica di un preesistente rapporto obbligatorio attraverso il contratto, allo stesso modo, nel codice civile italiano, non mancano istituti che possano indurre l'interprete a considerare i contratti modificativi di un preesistente rapporto obbligatorio (30).

Il codice civile, infatti, non ignora del tutto i contratti coi quali modificare i rapporti obbligatori e, così, con riferimento al mutamento quantitativo della prestazione, disciplina l'adempimento parziale dell'obbligazione (art. 1181) (31), con riferimento al mutamento qualitativo della prestazione, disciplina la prestazione in luogo dell'adempimento (art. 1197) (32), e, infine, con riferimento alle modalità temporali dell'esecuzione

---

(28) In ogni caso, il § 311 (Abs. 1) BGB stabilisce che «*zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich*», sicché per modificare il contenuto di un rapporto obbligatorio sarà necessario un contratto tra creditore e debitore.

(29) GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, Tubinga, 1983, p. 372. La dottrina tedesca distingue la modifica del contratto dalla novazione in base alle circostanze del singolo caso, risultando decisiva la volontà delle parti, ma tenendo in considerazione anche il significato economico della modificazione in rapporto alla struttura del contratto e alla generale considerazione del traffico giuridico: ad ogni modo, si ritiene che in caso di dubbio si presume che si tratti di accordo di modifica.

(30) Di recente, particolari spunti in MOROTTI, *La modificazione del contenuto del rapporto obbligatorio*, Napoli 2022, pp. 19 s.

(31) BISCONTINI, *Adempimento parziale e datio in solutum*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1984, pp. 630 e 631.

(32) La prestazione in luogo dell'adempimento è stata ricondotta ad un contratto modificativo dell'oggetto del rapporto originario. Tale tesi, che ha riscosso consenso in Germania (GERNHUBER, *Die Erfüllung*, cit., p. 180), è stata accolta anche dalla nostra dottrina e postula per l'appunto che con l'accordo tra creditore e debitore si generi una modificazione oggettiva dell'obbligazione, così che la stessa esecuzione della prestazione di *aliud* risulti in definitiva esecuzione di prestazione dovuta, per lo meno nel senso di riconducibile allo sviluppo ordinario, fisiologico, del rapporto obbligatorio (modificato).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

della prestazione, nonché di altra modificazione accessoria, considera anche i contratti modificativi che non importano la novazione (art. 1231) (33).

Sul punto, si veda ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento,* cit., p. 21 e ss. In particolare, è stato affermato che «tra gli istituti atti a realizzare una vicenda modificativa del rapporto obbligatorio si può segnalare quello della 'prestazione in luogo dell'adempimento' che tende ad assumere maggiore rilevanza nei periodi di carenza di liquidità in cui il debitore è indotto a concordare una prestazione diversa da quella originaria, ma comunque idonea ad estinguere l'obbligazione. La *datio in solutum*, infatti, non produce la diretta estinzione dell'obbligazione; essa realizza una funzione essenzialmente modifica della relativa disciplina, consentendone l'attuazione per mezzo di una diversa prestazione che potrà essere alternativa alla precedente», così BISCONTINI, *Vicenda modificativa, «prestazione in luogo dell'adempimento» e novazione del rapporto obbligatorio*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2, 1989, p. 264. Già da tempo, invero, è stato avvertito (sul punto, cfr. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 237) che quando il debitore intende operare un'attribuzione patrimoniale diversa da quella alla quale era tenuto originariamente, debitore e creditore si trovano nella possibilità di porre in essere negozi atti a modificare situazioni giuridiche soggettive preesistenti che non i punti di riferimento strutturale del rapporto giuridico sul quale si va ad incidere. Assume particolare efficacia modificativa anche il c.d. *pactum de in solutum dando*, ossia l'«accordo con cui viene attribuito al debitore il potere di modificare unilateralmente l'oggetto dell'obbligazione, potere utilizzabile, però, solo tramite il compimento della diversa prestazione». La *datio in solutum*, invece, configurerebbe «un accordo con cui le parti procedono direttamente alla modifica dell'oggetto dell'obbligazione, accompagnato dall'adempimento della medesima». Così ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento,* cit., p. 103 che sostiene che il *pactum de in solutum dando* sia una *species* dell'ampio *genes* della *datio in solutum*. Tale qualificazione è, però, criticata da BISCONTINI, *Vicenda modificativa,* cit., p. 263 e ss.

(33) In particolare, il nostro codice, pur non disciplinando espressamente il contratto modificativo di un rapporto obbligatorio (come invece è previsto nel § 311 BGB), nel disciplinare diversi istituti fa proprio riferimento alla modificazione oggettiva e temporale dell'obbligazione. l'effetto modificativo che il contratto possa produrre ad una obbligazione preesistente (1231 c.c.) si apprezza solo in via residuale e al cospetto di un eventuale effetto novativo che possa assumere il contratto. E, in particolare, si modifica un precedente rapporto obbligatorio solo se tali modifiche non comportino una novazione, ossia una sostituzione dell'obbligazione originaria con una nuova obbligazione avente oggetto o titolo diverso (1230 c.c.). Sicché, mentre la novazione, produttiva di un effetto sostitutivo dei rapporti, comporta l'estinzione della precedente obbligazione, sì da operare nell'ambito di una dualità di rapporti (quello originario da estinguere e quello nuovo da costituire), la modificazione, invece, conserva il rapporto obbligatorio, qui non si ha una dualità di rapporti ma il rapporto resta unico. Secondo questa direttrice, dunque, «la distinzione tra novazione e modifica dell'obbligazione riposerebbe esclusivamente sul tipo di mutamento apportato, per via negoziale, all'obbligazione originaria: se le parti, intervenendo sul rapporto, investano quei profili in cui si compendia l'essenziale struttura oggettiva o soggettiva dell'obbligazione, lì si avrebbe necessariamente novazione; se, invece, l'iniziativa negoziale non si spinga sino a quel punto, si avrebbe semplice modificazione» (così, DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da Schlesinger, Milano 2012, p. 35). E, infatti, «la modifica dell'obbligazione costituirebbe, dunque, secondo la previsione risultante dalla combinazione degli artt. 1230, primo comma, e 1231 c.c., una vicenda derivante da un atto di disposizione attinente ai profili inessenziali dell'obbligazione preesistente, e che, per ciò, determina variazioni di carattere accessorio dell'obbligazione originaria». Diversamente, «la vicenda novativa è, in

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

4. – Rilevato che il § 364 (Abs. 2) BGB faccia riferimento, in realtà, ad una assunzione del debito *pro solvendo*, preme esaminare taluni aspetti caratterizzanti il rapporto corrente tra prestazione in luogo dell'adempimento ed assunzione del debito *pro solvendo*.

La dottrina ammette che la nuova obbligazione non sostituisce la precedente, ma si affianca alla precedente (34). Sussiste, quindi, una "convivenza" tra l'obbligazione preesistente e quella nuova. L'effetto dell'"affiancamento" della nuova obbligazione con quella originaria da estinguersi si nota anche nella *cessio pro solvendo ex* art. 1198 c.c. In quest'ultimo caso viene ceduto un credito già esistente da parte del debitore (cedente) al creditore (cessionario) allo scopo di estinguere un debito che il primo ha nei confronti del secondo. Deve rilevarsi che allo stesso modo, anche per l'ipotesi in esame, il nuovo debito è assunto allo scopo di adempiere una precedente obbligazione. In entrambe le ipotesi l'effetto è il medesimo: il nuovo credito "si affianca" a quello precedente, così come la nuova obbligazione "si affianca" a quella precedente (35).

In questi termini, dovendosi affermare che tra il vecchio debito e il nuovo debito vi sia una convivenza, occorre chiedersi se il creditore possa o meno pretendere, a proprio piacimento, una delle due prestazioni. Chi scrive ritiene, a tal proposito, che pur avendosi diverse pretese in relazione

---

altri termini, connotata dall'estinzione dell'obbligazione originaria, dalla costituzione di una "nuova" obbligazione e dal nesso relazionale, in cui, per così dire, risiede la "sostituzione", tra l'estinzione del rapporto originario e la costituzione del nuovo rapporto» (DORIA, *op. ult. cit.*, pp. 38-40).

(34) ZACCARIA, *op. cit.*, p. 235. Si badi, l'assunzione di un nuovo debito allo scopo di soddisfare un precedente debito non può certo produrre una nuova obbligazione alternativa o una obbligazione facoltativa, trattandosi dell'effetto di un contratto che interviene tra le parti *in limine solutionis*, al pari della *datio in solutum*. Esso, poi, non estingue un precedente rapporto obbligatorio come avviene nella novazione (o nell'assunzione del debito *pro soluto*) e non risponde nemmeno all'interesse delle parti di voler estinguere un precedente rapporto obbligatorio creandone uno nuovo. Diversamente, l'assunzione del debito *pro solvendo*, come si è più volte detto, è diretta a soddisfare l'originario interesse del creditore e non un nuovo interesse del creditore. Come si è detto, posto che la nuova obbligazione assunta allo scopo di adempiere la precedente obbligazione, ovviamente, non estingue il preesistente rapporto giuridico, sino a quando non sopraggiunga l'adempimento, tale vicenda va considerata come modificativa del rapporto obbligatorio e il mutamento del rapporto permetterà al debitore di eseguire una diversa prestazione al pari di quanto avviene con la prestazione in luogo dell'adempimento.

(35) La giurisprudenza ha – da tempo – affermato che «il debitore originario (cedente) non si libera con la mera cessione bensì *affianca* al credito originario quello ceduto, con la funzione di consentire al creditore di soddisfarsi (anche) mediante la realizzazione di quest'ultimo» così, di recente, Trib. Milano, sez. VI, sent. 24 settembre 2021 n. 7683, in *One Legale*. Conformemente: Trib. Bari, sez. IV, sent. 7 maggio 2009, n. 1515, in *One Legale*; Cass., sez. III, sent. 29 marzo 2005, n. 6558 in *Foro It.*, 2006, 1, 3, 844.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

alla obbligazione originaria e alla nuova obbligazione assunta allo scopo di estinguere quella originaria, il credito relativo alla obbligazione originaria resta inesigibile fintantoché il creditore non abbia agito per la nuova prestazione. L'inesigibilità della pretesa originaria permarrà per tutto il tempo in cui sarà possibile il fruttuoso adempimento della nuova obbligazione e il creditore dovrà pretendere dapprima la nuova prestazione e, in caso di inadempimento e/o impossibilità sopravvenuta della stessa, potrà pretendere la prestazione originaria.

La conclusione troverebbe conforto anche alla luce di una recente sentenza delle Sezioni Unite della S.C. di Cassazione (36) che, in tema di risoluzione del concordato preventivo *ex* art. 119 D. Lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, ha ritenuto che la risoluzione non opera come condizione di fallibilità, ma al diverso fine di rimuovere la obbligatorietà del concordato, così da restituire al creditore piena libertà di agire, per l'intera e originaria pretesa, senza i limiti della falcidia o le modifiche operate dal concordato.

In altri termini, gli strumenti negoziali (o concorsuali) di ristrutturazione del debito, in cui si notano con maggiore frequenza forme di assunzione del debito *pro solvendo*, offrono una importante soluzione alle problematiche relative alla vicenda in esame. Sicché, in pendenza di un concordato preventivo col quale il debitore si sia assunto una nuova obbligazione allo scopo di estinguere una precedente obbligazione, dovrà adempiere la nuova obbligazione, come prevista nel piano di concordato, a meno che, a fronte dell'inadempimento (di non scarsa importanza) del debitore in ordine alla nuova obbligazione assunta in sede concordataria, il creditore non proceda per la risoluzione del concordato e conseguentemente pretendere per intero la prestazione originaria (37).

In conclusione, si nota qualche affinità tra la *cessio pro solvendo* e l'assunzione del debito *pro solvendo*, poiché in entrambi i casi si viene a creare un concorso alternativo e sussidiario di pretese a favore del creditore, il cui scopo resta pur sempre quello di giungere ad una soddisfazione delle proprie ragioni sia pure incise dalla crisi del debitore (38). Alla luce delle diverse affinità tra i due istituti, è possibile sostenere che, così come

---

(36) Cass. civ., Sez. Unite, sent. 14 febbraio 2022, n. 4696, in *Fallimento*, 2022, 4, pp. 461 s., con nota di De Santis.

(37) Non si affrontano in questa sede tutti i temi relativi al sovraindebitamento che anche pongono problematiche analoghe a quelle trattate.

(38) L'unica regola desumibile dall'art. 1198 c.c. inapplicabile all'istituto in esame è quella per cui il creditore, nonostante l'inadempimento del credito ceduto, non potrebbe ugualmente richiedere la soddisfazione di quello originario qualora tale inadempimento sia imputabile a una sua negligenza nell'iniziare o nel proseguire le istanze contro il ceduto. Così ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., pp. 239-240.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la cessione di un credito in luogo dell'adempimento, se non risulta una diversa volontà delle parti, va intesa realizzata *pro solvendo*, e non *pro soluto*, allo stesso modo il nuovo debito che venga eventualmente assunto dal debitore in luogo dell'adempimento, nel dubbio, deve essere presunto che lo stesso si affianchi a quello originario e non lo sostituisca. La sostituzione opererebbe solo con la novazione, dalla quale, ai sensi dell'art. 1230 c.c., deve emergere la manifestazione chiara e univoca della volontà di novare il rapporto sostanziale

Sempre in ragione delle affinità con la *cessio pro solvendo*, deve affermarsi che, a fronte dell'assunzione del debito *pro solvendo*, il creditore dovrà innanzitutto pretendere la prestazione della nuova obbligazione. Difatti, a fronte di una richiesta di adempimento del credito originario, il debitore ben potrà eccepire l'intervenuta assunzione di un nuovo debito.

In questi termini, nel momento in cui la nuova obbligazione sarà soddisfatta si otterrà, di conseguenza, la contemporanea estinzione sia del nuovo debito che di quello originario, mentre, nel caso in cui la nuova pretesa resti insoddisfatta, il creditore potrà nuovamente far valere quella originaria.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Chiara D'Elia

FINANZA STRUTTURATA E RILANCIO DELL'ECONOMIA EUROPEA. LA *SECURITIZATION* BANCARIA, ASSICURATIVA E DI *ASSET* DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE A SOSTEGNO DELLA RIPARTENZA

Sommario: 1. L'operazione della cartolarizzazione. – 2. La segmentazione dei titoli in diverse classi di rischio e la separazione patrimoniale. – 3. I soggetti della cartolarizzazione. – 4. Dalla cartolarizzazione "tradizionale" a quella "sintetica". – 5. La cartolarizzazione assicurativa. – 6. La valutazione economica di *asset* di proprietà intellettuale. – 7. (*Segue*) *IP Securitization*: un caso speciale di cartolarizzazione. – 8. La cartolarizzazione come fattore di ripresa dell'economia.

1. – La cartolarizzazione – *securitization* in lingua inglese – è una operazione finanziaria complessa che risponde allo scopo di agevolare lo smobilizzo di quantità notevoli di crediti [1], anche di non facile realizzazione, mediante l'incorporazione in titoli di credito di massa destinati ad essere per lo più sottoscritti da investitori professionali [2]. Caratteristica

---

[1] Come rilevato da Frignani, *La "*securitization*" come strumento di smobilizzo dei crediti di massa (profili di diritto comparato europeo),* in *Foro it.*, 1995, 6, p. 293 ss., un credito unico (o pochi crediti) non sarebbe adatto in quanto verrebbe a mancare il frazionamento del rischio.

[2] La categoria degli investitori istituzionali comprende: (I) un'impresa di assicurazione ai sensi dell'articolo 13, punto 1), della direttiva 2009/138/CE; (II) un'impresa di riassicurazione ai sensi dell'articolo 13, punto 4), della direttiva 2009/138/CE; (III) un ente pensionistico aziendale o professionale che ricade nell'ambito di applicazione della direttiva (UE) 2016/2341 del Parlamento europeo e del Consiglio ai sensi dell'articolo 2 della stessa, a meno che lo Stato membro abbia deciso, a norma dell'articolo 5 di tale direttiva, di non applicare la medesima, in tutto o in parte, all'ente in questione; o un gestore degli investimenti o un'entità autorizzata nominati da un ente pensionistico aziendale o professionale ai sensi dell'articolo 32 della direttiva (UE) 2016/2341; (IV) un gestore di fondi di investimento alternativi (GEFIA) ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2011/61/UE, che gestisce e/o commercializza fondi di investimento alternativi nell'Unione; (V) una società di gestione di organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM), ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2009/65/CE; (VI) un OICVM a gestione interna, vale a dire una società di investimento autorizzata a norma della direttiva 2009/65/CE che non ha designato, per la propria gestione, una società di gestione autorizzata ai sensi della stessa direttiva; (VII) un ente creditizio quale definito all'articolo 4, paragrafo 1, punto 1), del Regolamento (UE) n. 575/2013 ai fini di detto

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

essenziale dell'operazione è che l'emittente i titoli risponde del pagamento degli stessi non con tutto il suo patrimonio, ma esclusivamente con il flusso finanziario – interessi e rimborsi – derivante dai crediti che sono a base dell'operazione di cartolarizzazione; crediti che al contempo sono vincolati in via esclusiva al pagamento dei relativi titoli (3).

Il meccanismo, che si iscrive nel quadro di una sempre più veloce e semplificata circolazione dei beni, con riferimento a crediti talvolta di medio periodo, è nato nel mondo finanziario anglosassone, ma si è rapidamente espanso, a partire dalla fine degli anni Ottanta, anche in altri Paesi europei (4).

In Italia la legge n. 130 del 30 aprile 1999 (5) reca la disciplina generale delle operazioni di cartolarizzazione mobiliare e rappresenta lo statuto residuale delle attività di cartolarizzazione in genere. Infatti, se in un primo momento la cartolarizzazione ha avuto ad oggetto i crediti aziendali (6) successivamente è stata impiegata anche per liquidare immobili (7), strumenti derivati (8) e diritti di proprietà intellettuale.

---

regolamento o un'impresa di investimento ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, punto 2), di detto regolamento.

(3) CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, III, Milano, 2019, p. 155.

(4) Per una panoramica v. *Asset Securitization: Theory and Practice in Europe*, a cura di Stone, Zissu e Lederman, London, 1991 e *International Securitization*, a cura di Morrissey, London, 1992.

(5) L. 30 aprile 1999, n. 130 («Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti») come modificata con il d.l. 24 giugno 2014, n. 91 (c.d. decreto competitività) convertito in l. 11 agosto 2014, n. 116. Fra i diversi commenti alla l. n. 130 si rimanda a DE NOVA e LEO, *La "*securitization*" in Italia. Commento*, in *Contratti*, 1999, p. 711; MANTA, *Cartolarizzazione: analisi e ruolo di uno strumento di finanziamento alternativo*, in *Amm. e finanza*, 2003, p. 63; MODULO E ZACCAGNINI, *Brevi riflessioni sulle nuove disposizioni in tema di cartolarizzazione dei crediti*, in *Nuove leggi civ.*, 2000, p. 73; PROTO, *La nuova legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Fallimento*, 1999, p. 1173; RUMI, *Securitization in Italia. La legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 2000, p. 438.

(6) Secondo l'art. 7, comma 1, lett. *b bis*), l. 130/1999 è possibile concludere operazioni di cartolarizzazione «dei proventi derivanti dalla titolarità, in capo alla società di cui all'art. 7.2 di beni immobili, beni mobili registrati e diritti reali o personali aventi ad oggetto i medesimi beni». Sul tema la letteratura di riferimento è vastissima. V., *ex multis*, *La cartolarizzazione dei crediti in Italia. Commentario alla legge 30 aprile 1999 n. 130*, a cura di Pardolesi, Milano, 1999; RUCELLAI, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 411 ss.; SPANO, *Appunti e spunti in tema di cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 436 ss.; RUMI, *Securitisation in Italia. La legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti*, cit., p. 438 ss.

(7) V. artt. 7, comma 1, lett. *b bis*) e 7.2 della l. n. 130/1999. Si veda inoltre il d.l. 25 settembre 2001, n. 351, conv. con l. 23 novembre 2001, n. 410, in specie gli artt. 2 e 3, sulle operazioni di cartolarizzazione di immobili pubblici.

(8) Uno strumento derivato, in inglese *derivative*, nella finanza indica un titolo finanziario che deriva il proprio valore da un altro *asset* finanziario oppure da un indice – *i.e.* azioni, indici finanziari, valute, tassi d'interesse, *etc.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Qualunque ne sia l'oggetto, da un punto di vista pratico, la cartolarizzazione si realizza, *ex* art. 1 l. n. 130/1999, attraverso la cessione a titolo oneroso (*true sale*), e anche in blocco, di crediti pecuniari (9) sia esistenti che futuri (10) da parte di un soggetto – definito tecnicamente «*originator*» – ad una società veicolo costituita *ad hoc* (11) – detta *special purpose vehicle* (*SPV*) (12) – che, a propria volta, provvede all'emissione di strumenti fi-

(9) Non rientrano in questo ambito i crediti che si riferiscono a cespiti suscettibili di valutazione patrimoniale, ma non espressi in termini monetari. "*Si è indotti a ritenere, in base alla prassi internazionale, che debba trattarsi in primo luogo di crediti che sorgono da contratti stipulati dal cedente nella sua attività normale d'impresa. La legge tuttavia non contiene tale limitazione e, in effetti, risulta che essa voleva applicarsi anche ai crediti dell'INPS*". Così FRIGNANI e ROSSI, *Il factoring*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Torino, 2000, 3ª ed., 138. È opportuno specificare che è anche possibile operare la cessione di altri attivi da cartolarizzare. In tal caso, tuttavia, non troverà applicazione la legge sulla cartolarizzazione, essendo il carattere pecuniario del credito condizione di applicabilità della stessa (v. RUSSO, *Brevi riflessioni su cartolarizzazione dei crediti e factoring*, in *Vita notarile*, 2002, 3, p. 1762).

(10) Sulla futurità dei crediti cedibili la dottrina si è divisa fra chi riteneva futuri i crediti originati da un rapporto già esistente al momento della cessione e quanti invece affermavano futuri anche i crediti derivanti da rapporti giuridici sorti in un momento successivo, ma fondatamente sperati alla data di cessione (per tutti, v. S. TROIANO, *La cessione di crediti futuri*, Padova, 1999, p. 205 ss. che offre molteplici spunti di teoria generale). A placare il dibattito è intervenuto un decreto del Ministro del Tesoro del 4 aprile 2001 che all'art. 2, numero 2, lett. h) ha precisato che per crediti futuri devono intendersi «i crediti non ancora esistenti, in quanto generabili nel normale esercizio dell'attività del cedente».

(11) La tecnica di creare una *special purpose vehicle* in forma di società che gestisca il patrimonio in crediti cartolarizzati, non è l'unica utilizzabile: nell'ordinamento francese la *titrisation* avviene, ai sensi della *loi* 23 dicembre 1988, modificata con *loi* 4 gennaio 1993, n. 93-6, mediante cessione dei crediti ad un *fond commun de creìances* (*FCC*), ossia a un'entità priva di personalità giuridica: diffusamente TERRAY, *La titrisation des creìdits*, Paris, 1990. Analoga opzione per il fondo comune chiuso è stata operata nell'ordinamento spagnolo con i *fondos de titulizacioìn hipotecaria* di cui alla *ley* del *mercado hipotecario-LMI.*

(12) Per quanto riguarda la natura di detta società nella maggior parte dei paesi della Comunità europea è abbastanza frequente il ricorso alla s.r.l. (V. BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Report on Special Purpose Entities*, Basel, settembre 2009, p. 65 ss. ampi riferimenti anche in DI BAIA e REBECCHINI, *La tecnica della cartolarizzazione nei principali paesi industriali*, in *La cartolarizzazione. Commento alla legge n. 130/99*, a cura di FERRO-LUZZI e PISANTI, Milano, 2005, p. 15 ss.). Tuttavia, la *special purpose vehicle* può assumere le più svariate forme, comprese quelle della *partnership* e della fondazione. Occorre anche notare che gli artt. 1 e 3 l. n. 130/1999 descrivono una tecnica di cartolarizzazione basata su una società-veicolo che è, apparentemente, un omologo dello *special purpose vehicle* della *securitization* anglosassone: cfr. GALLETTI e GUERRIERI, *La cartolarizzazione dei crediti*, Bologna, 2002, p. 160; GIANNELLI, *La società per la cartolarizzazione dei crediti: questioni regolamentari e profili di diritto societario e dell'impresa*, cit., p. 923, testo e nt. 6. In realtà sussistono svariate differenze tra la società di cartolarizzazione e lo *special purpose vehicle*, come evidenziano, tra gli altri, DI CIOMMO, *I soggetti che svolgono operazioni di cartolarizzazione e la separazione patrimoniale*, in *La cartolarizzazione dei crediti in Italia. Commentario alla legge 30 aprile 1999, n. 130*, a cura di Pardolesi, cit., p. 70 ss. Nella letteratura angloamericana, per questi aspetti, v. DAYAN, *New developments in securitization*, New York,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nanziari (13) – *asset-backed securities* (*ABS*) (14) – per raccogliere la provvista con cui pagare all'*originator* il prezzo dei beni cedutile (cfr. art. 5, comma 1, l. n. 130/1999) (15). La società veicolo provvede poi a liquidare i beni acquistati (quindi, ad incassare i crediti, a vendere gli immobili, a sfruttare i diritti di proprietà intellettuale, ecc.) per destinare il ricavato al rimborso e alla remunerazione dei sottoscrittori dei suoi titoli (16).

La gestione dei flussi di pagamento, delle eventuali sofferenze ed il recupero degli insoluti sono attività che possono essere svolte sia dall'*originator*, sia, seppur sporadicamente, dalla società veicolo; ma quando nessuno dei due vi proceda, si introduce nello schema un terzo soggetto – *servicer* – che si impegna contrattualmente a svolgere tali compiti. Un ulteriore soggetto che di norma interviene è il cd. *credit enhancer* (17), la cui funzione è quella di fornire garanzia alla *SPV* in modo da migliorare il *rating* del portafoglio crediti ed attrarre gli investitori a sottoscrivere le emissioni, in quanto il loro rischio diminuisce.

1992; FRANKEL, *Securitization of loans. Asset-backed Securities and Structured Financing*, in *The Financial Services Revolution: Understanding the changing role of banks, mutual funds, and insurance companies*, a cura di Kirsch, Chicago, 1997, spec. p. 215 ss.

(13) Così sono esplicitamente qualificati dall'art. 2, comma 1, l. n. 130/1999, che, dunque, implicitamente rinvia al «catalogo generale» degli strumenti finanziari di cui all'art. 1, comma 2, T.U.F. L'emissione dei titoli sul mercato può avvenire ad opera della stessa società cessionaria o di altra società emittente e si realizza attraverso un contratto di finanziamento tra la emittente e i sottoscrittori dei titoli emessi per finanziare appunto l'acquisto dei crediti.

(14) Come osservano GALLETTI, voce *Cartolarizzazione dei crediti*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, 2, Milano, 2008, p. 213 e O. TROIANO, *Le operazioni di cartolarizzazione. Profili generali*, Padova, 2003, p. 151, la legge non chiarisce quali siano natura, struttura e legge di circolazione degli *ABS*, così lasciando la più ampia libertà di scelta, anche a tener conto della specificità dell'operazione e degli interessi concreti coinvolti.

(15) CAMPIONE, *La cartolarizzazione del credito nella prospettiva del rapporto tra originator e debitori ceduti: profili civilistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1485.

(16) Nell'originaria impostazione prevista dalla legge n. 130 del 30 aprile 1999, la società per la cartolarizzazione dei crediti era concepita come un semplice "veicolo societario" per l'acquisto di una massa indistinta di crediti, destinati ad essere gestiti in un'ottica di mero incasso. Tale rilievo è piuttosto ricorrente in dottrina: cfr., *ex multis*, ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato immobiliare*, Torino, 2017, p. 300; CARRIÈRE, *I "fondi comuni di ristrutturazione" tra investimento, finanziamento e cartolarizzazione*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 738 ss.; RUCELLAI, *La cartolarizzazione dei crediti in Italia a due anni dall'entrata in vigore della L. 30 aprile 1999, n. 130*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 402 secondo cui «scopo esclusivo» della società per cartolarizzazione è «quello di separare in modo efficace e inattaccabile» i crediti acquistati dal patrimonio del cedente.

(17) Il rafforzamento del credito assume una o una combinazione delle seguenti forme: (*i*) una lettera di credito emessa da una banca, (*ii*) una fideiussione emessa da un assicuratore, (*iii*) conti di riserva istituiti per raccogliere i flussi di cassa in eccesso (i flussi di cassa lordi delle attività sottostanti meno i pagamenti delle cedole agli investitori e le commissioni di servizio) e (*iv*) una garanzia del cedente.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Vi sono poi gli *underwriters*, ossia quei soggetti che, sottoscritto l'ammontare delle emissioni, si incaricano di collocare i titoli sul mercato, attraverso i canali cui hanno accesso. Infine, vi sono gli investitori, che saranno attratti non solo dal rendimento dei titoli, ma ancor più dalle garanzie del loro realizzo – spesso, infatti, si tratta di investitori istituzionali.

La tecnica finanziaria alla base di tale operazione è definita nel modello *originate-to-distribuite*, antitetico al concetto stesso di molte istituzioni finanziarie che si basano, invece, sul modello *originate-to-hold* (18).

Qualsiasi sia la prospettiva da cui si osserva (*originator*, *special purpose vehicle* ed investitori), la cartolarizzazione tradizionale risponde ad una dinamica precisa: l'*originator* trasferisce dal proprio patrimonio beni o crediti a fronte di liquidità; la società veicolo si occupa della liquidazione dei beni o dei crediti; gli investitori investono nei beni o nei crediti acquistati dalla società veicolo grazie al loro apporto ed ottengono un rendimento dipendente dall'esito dell'attività di liquidazione (quindi, in sostanza, dalla qualità dei beni o dei crediti cartolarizzati), la quale, grazie alla costituzione di una società veicolo a ciò esclusivamente dedicata, può svolgersi senza risentire dell'andamento dell'*originator* e financo della sua insolvenza (19).

2. – Da una prospettiva terminologica, l'espressione "cartolarizzazione", forse desueta fin dalla sua nascita (20) poiché in contrasto con il regime di dematerializzazione che già a metà degli anni Novanta ha avuto un suo riconoscimento legislativo (21), proprio in Italia, sembra essere

---

(18) Prima della crisi molte banche statunitensi e alcune banche europee avevano cambiato modello di business, passando da uno *originate-to-hold* a uno *originate-to-distribute*. Nel primo caso, l'istituzione finanziaria – banca o assicurazione – originatrice dei prestiti erogati li mantiene in bilancio sino alla scadenza, accantonando capitale regolamentare a fronte del rischio di credito. Nel secondo caso, invece, sfruttando le tecniche per il trasferimento del rischio di credito, dalla cartolarizzazione ai derivati creditizi, l'intermediario seleziona i debitori, ma poi trasferisce ad altri il prestito, recuperando la liquidità e il capitale regolamentare prima impegnati (cartolarizzazione) o il puro rischio di credito (derivati creditizi), con benefici solo sui requisiti patrimoniali.

(19) BRIGHENTI, *La cartolarizzazione dei rischi assicurativi: specificità della società veicolo e sua incidenza sull'impresa di assicurazione cedente*, in *Nuove leggi civ.*, 2020, 6, p. 1473.

(20) In questo senso si esprimono DE GIOIA CARABELLESE e DELLA GIUSTINA, *La disciplina della cartolarizzazione fra finanza privata e finanza pubblica, ossia i contorni labili di un incerto confine tutto italiano*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2021, n. 5, Poligrafico Dello Stato, parte I, p. 67.

(21) In particolare, il d. lgs. del 12 febbraio 1992, n. 39, rubricato «*Norme in materia di sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche*», introdusse le prime norme in materia di sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche al fine di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ancor più inadeguata, ove si volesse osservare l'evoluzione della *securitization* negli ultimi anni, per come ora codificata nel Regolamento cartolarizzazioni (22).

L'aspetto centrale della cartolarizzazione, come si è osservato, non è la *cartula*, il *papel*, il *paper*, che viene emesso dal veicolo, ed in cui si è compiuta la metamorfosi del credito per effetto della cessione (23). Neppure la traduzione in inglese del fenomeno in parola sembra suggerire che la terminologia giuridica nazionale lo comprenda appieno (24). La *security* – *i.e.* la garanzia – da cui *securitization*, descrive solo una parte del fenomeno, quella iniziale, in cui l'*originator*, per effetto della *true sale*, viene protetto dal rischio di insolvenza dei crediti ceduti.

---

disciplinare la progettazione, lo sviluppo e la gestione dei sistemi informativi con la finalità di miglioramento dei servizi, di trasparenza e di contenimento dei costi dell'azione amministrativa e di potenziamento dei supporti conoscitivi per le decisioni.

(22) Regolamento (UE) 2017/2402 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, che stabilisce un quadro generale per la cartolarizzazione, instaura un quadro specifico per cartolarizzazioni semplici, trasparenti e standardizzate e modifica le direttive 2009/65/CE, 2009/138/CE e 2011/61/UE e i regolamenti (CE) n. 1060/2009 e (UE) n. 648/2012. Al riguardo, in data 2 agosto 2022 (Gazzetta Ufficiale n. 205 Serie Generale) è stato pubblicato il d.lgs. n. 131/2022, recante "Adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2017/2402. Sul tema v. SGARAMELLA, PERCOCO, BOMBAGLIO e SAPONARO, *Focus cartolarizzazioni: adeguamento nazionale alla normativa comunitaria*, in *Amministrazione & Finanza*, n. 12/2022, 61 ss.

(23) Per una posizione divergente in dottrina vedasi ZACCHEO, voce *Cartolarizzazione*, in *treccani.it*, che afferma: «La separazione dei rapporti, cartolare e sostantivo, rende il primo autonomo rispetto al secondo in virtù dell'astrattezza del titolo e dell'incorporazione del diritto nel documento. Il neologismo *cartolarizzazione* ipostatizza proprio questo profilo decisivo, ossia la trasformazione di un'entità immateriale in un bene materiale suscettibile di possesso e di custodia. In tale prospettiva il documento, attributivo di un diritto (a una prestazione o all'attribuzione di una situazione giuridica complessa) è designato strumento finanziario dall'art. 2, I comma, nella l. 30 aprile 1999, n. 130 (Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti), e a esso trovano applicazione le norme del d. lgs. 24 febbraio 1998, n.58, recanti il *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 (TUF). La richiamata l. 130/99, che ha coniato il neologismo e reso tipico il fenomeno della *securitization*, persegue un obiettivo ambizioso: prevedere una disciplina generale astraendo dalle diverse tecniche con le quali questa forma di finanziamento dell'impresa si è sviluppata all'estero».

(24) Il modello di cartolarizzazione "promosso" dalla l. n. 130 del 1999, in prima battuta, presta il fianco ad un possibile equivoco in cui è incorso il legislatore italiano, reso maggiormente patologico nelle esperienze più recenti: il fraintendimento è quello di non indagare adeguatamente, nella loro reale portata, i modelli che provengono dall'esterno. In effetti, la "normativizzazione" in ambito italiano della cartolarizzazione non costituisce un recepimento in Italia della normativa straniera, in particolare quella anglo-americana. Più precisamente, occorre ricordare che nel Regno Unito, e soprattutto nella sua principale giurisdizione, quella anglo-gallese, non vi è alcuna legge (o *statute*) che abbia mai regolato il fenomeno della cartolarizzazione, essendo la *securitization* fenomeno meramente economico e di prassi degli affari, il quale non trova alcun ostacolo nel *private law*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La parte rimanente e preponderante è costituita dalla traslazione del rischio [25] e dalla segmentazione (*tranching*) dei titoli (protetti dal credito) in diverse classi di rischio [26]: quelle che, in definitiva, consentono il collocamento sul mercato a tassi diversi, circostanza che, ove il credito non avesse avuto una tale trasformazione, non si sarebbe verificata [27]. A ben vedere, quindi, la cartolarizzazione si origina dalla cessione, ma è caratterizzata da qualcosa di diverso: il definitivo trasferimento del rischio alla società veicolo e, ancora più importante, la segmentazione delle classi dei titoli (collegati agli attivi trasferiti), in almeno due categorie, sicché dall'unico credito, che per definizione ha un unico rischio – quello di controparte – si creano diverse controparti, indirette, con diversi classi di rischio e diversi interessi da percepirsi [28].

Si assiste, dunque, non solo alla cessione di crediti ed al conseguente mutamento dell'identità del soggetto titolare delle situazioni creditorie, ma anche alla creazione in capo alla *SPV* – come ribadito recentemente dalla giurisprudenza di legittimità [29] – di un *patrimonio separato* (cfr. art. 3, comma II, l. n. 130/1999) costituito dagli stessi crediti ceduti [30], distinto

---

[25] Come rileva Rino Restelli, *Le frontiere mobili della cartolarizzazione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2020, 6, p. 932, «ciò che caratterizza ogni operazione di cartolarizzazione è solo il rischio di credito connesso ai debitori ceduti, mentre è senz'altro escluso il "rischio di mercato" che discende dalla variazione dei prezzi delle attività in portafoglio (e, pertanto, dalla capacità del gestore di governare tale rischio estraendone un profitto». Da ciò consegue, come rilevato da Giannelli, *La società per la cartolarizzazione dei crediti: questioni regolamentati e profili di diritto societario e dell'impresa*, in *Riv. soc.,* 2002, p. 939; Sciarrone Alibrandi, *Il credito "cartolarizzato" e la società cessionaria*, Milano, 2000, p. 133; Carota, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Le operazioni di finanziamento*, a cura di Galgano, Torino, 2016, p. 946 ss., che tutte le scelte di investimento strumentali alla realizzazione dell'operazione devono essere caratterizzate «da un basso profilo di rischio (…) onde evitare che il rimborso degli investitori sia subordinato a eventi diversi e ulteriori rispetto alle performance del portafoglio crediti cartolarizzato».

[26] Come evidenziano De Gioia Carabellese e Della Giustina, *La disciplina della cartolarizzazione fra finanza privata e finanza pubblica, ossia i contorni labili di un incerto confine tutto italiano*, cit., p. 65, in particolare nota 18 «L'assenza di *tranching* farebbe venir meno le caratteristiche di cartolarizzazione, quanto meno da un punto di vista di legislazione dell'Unione. Per contro, dalla definizione italiana di cartolarizzazione di cui alla legge 130, il *tranching* non sembra costituire l'elemento essenziale della qualifica dell'operazione».

[27] Cfr. Severi, *La tutela degli investitori nella cartolarizzazione dei crediti*, Milano, 2007, p. 114.

[28] De Gioia Carabellese e Della Giustina, *La disciplina della cartolarizzazione fra finanza privata e finanza pubblica, ossia i contorni labili di un incerto confine tutto italiano*, cit., p. 64.

[29] Il riferimento è a Cass., sez. III, ord. 2 maggio 2022, n. 13725, in *Riv. dir. banc.*, disponibile all'indirizzo https://www.dirittobancario.it/wp-content/uploads/2022/06/Cassazione-Civile-Sez.-III-02-maggio-2022-n.-13735.pdf.

[30] Secondo l'art. 4, comma 2, l. n. 130/99, «I crediti relativi a ciascuna operazione

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sia dal residuo patrimonio della stessa società veicolo, sia da quello relativo ad altre operazioni di cartolarizzazione che la stessa abbia in atto (31). Inoltre, come si è osservato, tale patrimonio è a destinazione vincolata, in via esclusiva, al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli ed al pagamento dei costi dell'operazione (art. 1, comma 1, lett. *b)*, l. n. 130/1999) (32). L'incasso dei crediti è pertanto funzionale, in via esclusiva, al rimborso dei titoli, al pagamento degli interessi pattuiti e dei costi dell'operazione (33). Per questo motivo, al debitore ceduto sono precluse le eccezioni di compensazione o le domande giudiziali verso il cessionario fondate su crediti nascenti da vicende relative al rapporto con esso intercorso. Se così non fosse, infatti, si potrebbe giungere a conseguenze negative per il pubblico dei risparmiatori in quanto significherebbe incidere sul patrimonio separato (34). I possessori dei titoli emessi dalla *SPV* verrebbero così indebitamente esposti al rischio che, sul patrimonio alimentato dai flussi di cassa, generati dalla riscossione dei crediti cartolarizzati, possano soddisfarsi anche altri creditori, con negazione, peraltro, del mec-

---

costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni. Su ciascun patrimonio non sono ammesse azioni da parte di creditore diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti stessi».

(31) Il regime di segregazione patrimoniale dei crediti è uno degli aspetti più importanti di un'operazione di cartolarizzazione tant'è vero che esso si rinviene non solo nella fattispecie più comune di cartolarizzazione, ossia quella con cessione, ma anche nelle cartolarizzazioni immobiliari, nelle cartolarizzazioni con finanziamento (o con *sub-participation*, di cui all'art. 7, comma 1, lett. *a*), della l. n. 130 del 1999) e nelle cartolarizzazioni dei proventi derivanti dalla titolarità di beni immobili, beni mobili registrati e diritti reali o personali aventi ad oggetto i medesimi beni (*ex* artt. 7, comma 1, lett. *b-bis)*, e 7, comma 2, della l. n. 130 del 1999).

(32) Cfr. Cass., 2 maggio 2022, n. 13735; Cass., 30 agosto 2019, n. 21843.

(33) Cass., 2 maggio 2022, n. 13735.

(34) Si noti anche che al comma 2-*bis* dell'art. 3 l. 130/1999 si previsa ulteriormente che «non sono ammesse azioni da parte di soggetti diversi da quelli di cui al comma 2 sui conti delle SPV aperti presso la banca depositaria ovvero presso i soggetti incaricati dalle riscossione, dove vengono accreditate le somme corrisposte dai debitori ceduti nonché ogni altra somma pagata o comunque di spettanza della società ai sensi delle operazioni accessorie condotte nell'ambito di ciascuna operazione di cartolarizzazione o comunque ai sensi dei contratti dell'operazione». Vale, infatti, il principio generale per cui queste le somme possono essere utilizzate dalle società di cui al comma I esclusivamente per il soddisfacimento di crediti vantati dai soggetti di cui al comma II e dalle controparti dei contratti derivati con finalità di copertura dei rischi insiti nei crediti e nei titoli ceduti, nonché per il pagamento degli altri costi dell'operazione. In caso di avvio nei confronti del depositario di procedimenti di cui al titolo IV del testo unico bancario, nonché di procedure concorsuali, le somme accreditate su tali conti e quelle affluite in corso di procedura non sono soggette a sospensione dei pagamenti e vengono immediatamente e integralmente restituite alla società senza la necessità di deposito di domanda di ammissione al passivo o di rivendica e al di fuori dei piani di riparto o di restituzione di somme.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

canismo della separazione *ex* art. 1, comma 1, lett. *b)*, della l. n. 130 del 1999 (35).

Si comprende, coerentemente con quanto finora osservato, come la cessione dei crediti dall'*originator* alla *SPV* sia finalizzata ad assicurare l'esclusiva destinazione, in favore dei portatori dei titoli, dei flussi finanziari derivanti dalla riscossione dei crediti ceduti, anche nei confronti della stessa società veicolo e dei suoi creditori particolari (36). Per questa ragione i crediti ceduti vanno poi a costituire un patrimonio separato, destinato in via esclusiva a soddisfare il diritto dei portatori dei titoli emessi per finanziare l'operazione (37). La società veicolo costituisce, infatti, il nuovo centro di imputazione idoneo a consentire di identificare a priori e isolare i crediti il cui netto ricavo rinveniente dalla riscossione andrà a rimborsare i portatori dei titoli (38). Di conseguenza, il rischio dell'eventuale insolvenza dei debitori originari graverà sugli investitori. In effetti, il valore dei beni o delle attività che sono ceduti a terzi dovrebbe garantire la restituzione del capitale e delle cedole di interessi indicate nell'obbligazione originaria, ma se tale recupero non è possibile chi ha comprato titoli cartolarizzati incorre nella perdita sia del capitale versato sia degli interessi che auspicava di percepire.

Questo accade poiché i titoli emessi sono divisi in classi a seconda del *rating* (AAA, AA, BBB, BB, ecc.) con un merito creditizio che è inversamente proporzionale al livello di subordinazione nella restituzione del debito obbligazionario (39).

---

(35) Così CORLETTO e LILLO, *La cessione dei crediti funzionale: una nuova teoria ricostruttiva? Il "caso AMCO" e la liquidazione delle banche venete*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2022, 6, p. 914.

(36) *Ibidem*, p. 925.

(37) RUCELLAI, *La cartolarizzazione dei crediti in Italia a due anni dall'entrata in vigore della l. 30 aprile 1999, n. 130*, cit., p. 392. Come evidenziato in nota 10, una problematica riguardante i crediti futuri potrebbe attenere la separazione dal patrimonio del cedente: secondo l'art. 1472 c.c., infatti, la cessione ha effetto nel momento in cui il credito viene ad esistenza, e questo comporterebbe, nel caso di fallimento del cedente, il problema di confusione del credito con la massa fallimentare ed il soddisfacimento concorsuale del creditore. Su questo profilo v. G. FAUCEGLIA, *La cartolarizzazione dei crediti: commento alla legge n. 130 del 1999*, Torino, 2002, p. 103-105.

(38) TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2020, p. 408, notano come da ciò consegua che i portatori dei titoli emessi a fronte di una determinata operazione di cartolarizzazione abbiano, da un lato, un diritto esclusivo a vedersi attribuito il netto ricavo rinveniente dalla riscossione dei crediti segregati acquistati dalla società veicolo in attuazione di detta operazione; ma, da altro lato, possano far valere le loro pretese solo su detti cespiti, e non già sul restante patrimonio della società veicolo o, addirittura, sui restanti patrimoni separati eventualmente ad essa intestati, ma vincolati ad altra operazione di cartolarizzazione.

(39) In termini pratici ciò significa che all'aumentare del livello di subordinazione nella

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La *credit segmentation* sembra, in conclusione, essere il termine che meglio delinea la cartolarizzazione, poiché connotato intimo ed essenziale della stessa è la creazione di classi di titoli, non la cessione, che di per seì definisce una operazione di investimento, non di finanziamento.

3. – L'operazione di cartolarizzazione pone senza dubbio in primo piano i ruoli del soggetto cedente e della società cessionaria.

Quanto al primo non sono previsti requisiti di tipo soggettivo e perciò la veste di *originator* può essere indossata da società o enti il cui oggetto, se non esclusivo, almeno prevalente, è di concedere credito. Dunque, può essere qualsiasi soggetto che sia titolare di un portafoglio crediti di genere pecuniario avendo tuttavia riguardo ai requisiti previsti *ex lege,* concernenti non il soggetto creditore, bensì i crediti stessi (40).

Occorre anche domandarsi se ai fini di attuare una operazione di *securitization* con la massa dei loro crediti anche le imprese industriali o commerciali possano considerarsi *originator.* Teoricamente la risposta può essere positiva, ma nella pratica ciò non avviene poiché le imprese riescono a soddisfare le proprie esigenze, molto più semplicemente, con una operazione di *factoring.* Attraverso tale contratto, infatti, le imprese, in particolare quelle di piccole e medie dimensioni, sono in grado di cedere i crediti ad un organismo specializzato, il *factor*, che, dietro pagamento di una commissione, il cui importo può variare a seconda della prestazione eseguita, dell'importo delle fatture, dell'ambito in cui svolge la propria

---

restituzione del debito diminuisce il merito creditizio. A livello normativo (cfr. art. 2, comma 4, l. n. 130/1999) è stato previsto che la valutazione del merito dei titoli sia obbligatorio nel solo caso di offerta degli stessi ad investitori non professionali, stante la maggiore difficoltà per questi di comprendere pienamente l'operazione stimandone rischi ed opportunità.

(40) *Ex* art. 1 l. 30 aprile 1999, n. 130 si prevede che (*i*) il cessionario sia una società di capitali avente ad oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei crediti (CAROTA, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e GABRIELLI, 2ª ed., *I contratti del mercato finanziario*, a cura di Gabrielli e R. LENER, Torino, 2010, p. 1519, osserva che a differenza dello *special purpose vehicle* anglosassone, che è un mero strumento finanziario per l'isolamento di un portafogli crediti, la società veicolo di cui alla l. n. 130/1999 ha connotati imprenditoriali, come attesta, fra l'altro, il fatto che possa essere utilizzata per più operazioni di cartolarizzazione); (*ii*) le somme corrisposte dal debitore o dai debitori ceduti siano destinate in via esclusiva, dalla società cessionaria, al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi, dalla stessa o da altra società, per finanziare l'acquisto di tali crediti, nonché al pagamento dei costi dell'operazione. Al riguardo, come previsto dall'ultimo comma dell'art. 3, la Banca d'Italia, in base alle deliberazioni del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR), può imporre alle società per la cartolarizzazione dei crediti obblighi di segnalazione ulteriori relativi ai crediti cartolarizzati al fine di censire la posizione debitoria dei soggetti cui i crediti si riferiscono.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

attività, presta diversi servizi tra i quali la gestione dei crediti, l'assunzione del rischio di insolvenza del debitore ceduto e la concessione di anticipazioni sui crediti vantati dall'impresa (41).

Si noti, inoltre, che per i soggetti potenzialmente interessati alla eventuale cessione di posizioni creditorie da cartolarizzare sarà rilevante l'attività prestata da un *advisor*, ossia un'impresa – di regola una *merchant bank* (42) – chiamata a valutare i diversi profili di fattibilità della operazione. Nello specifico, i compiti di una *investment bank* sono: *1*) identificazione degli asset adatti ad essere cartolarizzati; *2*) attività di consulenza e gestione del processo; *3*) gestione del collocamento (*private placement* o mercato); *4*) *market maker*. Rientrano dunque nel concetto di *investment bank*, le banche, gli enti finanziari (43) – fra cui le società di *leasing* – le compagnie di assicurazioni, ecc.

Per quanto riguarda la società veicolo questa non può svolgere, come si è osservato, alcuna altra attività al di fuori dell'acquisto di un portafoglio crediti e della cartolarizzazione degli stessi. È, quindi, da escludersi la possibilità di esercizio di una attività finanziaria diversa ed ulteriore (*i.e.* gestione di crediti di impresa (44)) oltre a quella prevista *ex lege* dalla disciplina sulla cartolarizzazione.

La *ratio* di tale previsione è quella di proteggere e garantire gli investitori in quanto il patrimonio della *SPV*, ossia il *pool* di crediti acquistato, non potrà essere distratto o dato in garanzia di obbligazioni sorte da altre attività. In secondo luogo, solo così si facilita la «*segregazione*» del patrimonio sul quale possono contare gli investitori per il soddisfacimento delle ragioni di credito derivanti dai titoli da loro acquistati (45). La soluzione

---

(41) La complessità dell'operazione di *factoring* e l'interdipendenza dei servizi offerti dal *factor* hanno reso estremamente arduo fornire una definizione unitaria delle linee essenziali dell'operazione. Una prima definizione risale al 1966 ed è attribuibile alla *Chambre Nationale del Conseilleurs Financiers*; una ulteriore è presente nella convenzione UNIDROIT sul *factoring* internazionale approvata ad Ottawa il 28 maggio 1988; altre ancora si rinvengono nelle raccolte di usi della Camera di Commercio di Torino e Milano. Per una panoramica sul tema v. SANTI, *Il factoring*, Milano, 1999, p. 26-27; FRIGNANI e ROSSI, *Il factoring*, cit., p. 59.

(42) La *merchant bank*, istituzione tipica del sistema bancario britannico, è una società di intermediazione finanziaria le cui funzioni consistono nel collocamento di titoli, nella consulenza alle aziende in crisi e per operazioni di finanza straordinaria (fusioni e acquisizioni) nella partecipazione al capitale di rischio delle imprese e nella gestione di fondi mobiliari.

(43) La definizione di "*ente finanziario*" è fornita dall'articolo 106 del Testo Unico Bancario (TUB), d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385.

(44) La disciplina si rinviene nella l. 21 febbraio 1991, n. 52.

(45) FRIGNANI, *La "securitization" come strumento di smobilizzo dei crediti di massa (profili di diritto comparato europeo),* cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

opposta creerebbe una serie di problemi, primo fra tutti la commistione del patrimonio operativo con quello offerto in garanzia, o sul quale gli investitori fanno affidamento. Per altro verso, l'*originator* non deve essere chiamato a rispondere delle obbligazioni della *SPV* (46).

A livello di disciplina, a queste società di applicano le norme del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, anche noto come Testo Unico Bancario (d'ora in avanti TUB). Pertanto, tali società debbono essere iscritte nell'albo speciale presso il Ministero del Tesoro e l'Ufficio Italiano dei Cambi (UIC) e devono ricorrere i requisiti di onorabilità e professionalità dei soci e degli esponenti aziendali.

Ciò tuttavia, alla luce del fatto che l'attività svolta dalle società per la cartolarizzazione presenta connotati peculiari tali da renderle difficilmente assimilabili alle altre attività esercitate dalla generalità degli istituti di credito, il Legislatore ha ritenuto necessario apportare alcune deroghe. Così all'art. 3.3 della l. n. 130 del 30 aprile 1999 è prevista la non applicabilità alle società concessionaria dell'art. 106, commi 2 e 3, lett. *b*) e *c*) del TUB relativa al capitale minimo; ancora, all'art. 5.2 si prevede che l'emissione dei titoli nell'ambito di un'operazione di *securitization* non soggiace ai limiti posti dalla disciplina codicistica ai sensi dell'art. 2412 c.c. secondo cui «la società può emettere obbligazioni per una somma non eccedente il capitale versato ed esistente secondo l'ultimo bilancio approvato».

Sebbene il limite sia stato elevato «sino all'ammontare del capitale versato e delle riserve risultanti dall'ultimo bilancio approvato per le società con titoli negoziati in un mercato regolamentato» e per le «società finanziarie regolarmente iscritte nell'albo speciale di cui all'art. 107 TUB», la norma è ancora inadeguata per le necessità di un'operazione di *securitization* (47). Infatti, se per offrire al pubblico dei titoli, che servono ad acquistare un portafoglio crediti, è necessario tener immobilizzato un capitale di pari importo, ciò andrebbe in direzione esattamente opposta a quella della *securitization*, che è stata inventata al precipuo scopo di «smobilizzare» i crediti e liberare, contestualmente, capitale (48).

---

(46) In dottrina si rinvengono posizioni che non condividono tale approccio. Si veda, ad esempio, la prospettiva offerta da RUCELLAI, *I problemi legati allo sviluppo della securitization in Italia: prospettive di soluzione*, in *Giur. comm*., 1994, I, p. 114, che si chiede se questa soluzione potrebbe essere immaginabile all'interno di un gruppo bancario, ai sensi dell'art. 60 TUB, dove ci sia vuoi l'*originator*, vuoi la *SPV*.

(47) V. delibera del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio del 3 marzo 1994.

(48) FRIGNANI, *La "securitization" come strumento di smobilizzo dei crediti di massa (profili di diritto comparato europeo)*, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In questo senso, dunque, l'operazione diverrebbe «antieconomica e non competitiva» (49). La regola che qui viene in rilievo deriva dal principio affermato dall'art. 2740 c.c. secondo cui il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutto il suo patrimonio, presente e futuro; mentre nella tradizione giuridica di *Common Law* essa è superata mediante il ricorso all'istituto del *trust*, che solleva la *SPV* da ogni incombenza e responsabilità di gestione. Con tale istituto la società veicolo diventa, infatti, *un trust fund* che viene affidato ad un gestore (*trustee*). Considerato che il *trust fund* non entra a far parte del patrimonio personale del *trustee*, i creditori o gli eredi di questi non hanno alcuna azione nei confronti del *trust fund*. Per altro verso il *trustee* ha l'obbligo di gestire il *fund* secondo le istruzioni ricevute e di impiegare i redditi prodotti dai beni del *trust* a favore dei diversi beneficiari: nell'ipotesi della *SPV*, di ripagare, alle varie scadenze, gli investitori con i redditi ricavati dal portafoglio crediti, che vengono man mano pagati dai debitori originari.

Una volta che il credito è stato acquistato dal cessionario, è opportuno riflettere su quale sia il soggetto legittimato a curarne l'incasso.

Secondo l'art. 2.6 della l. n. 130/1999 il soggetto incaricato della riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e di pagamento deve essere una banca o un intermediario finanziario sottoposto ai controlli della Banca d'Italia previsti dal TUB. Pertanto, in base a tale norma, salvo il caso in cui lo stesso cedente sia, per l'appunto, una banca o un intermediario finanziario soggetto alla vigilanza dell'istituto d'emissione, l'incasso del credito vantato nei confronti del debitore ceduto dovrà per legge essere curato da soggetto diverso dal cedente. Il cessionario non potrà quindi di regola incaricare il cedente della riscossione del credito, né i debitori potranno pagare al cedente con effetto liberatorio nei confronti del cessionario.

Nello schema della cartolarizzazione si è visto che può figurare il c.d. *credit enhancer* allo scopo di fornire garanzie alla società veicolo. Il pubblico, infatti, potrebbe avere apprensioni circa eventuali insolvenze dei debitori, che non conoscono; nei, d'altra parte possono fare affidamento sul capitale della *SPV* che, per definizione, non serve a quello scopo (*capital free vehiche*).

Gli strumenti per la valorizzazione del credito possono variare: lettere

(49) Così RUCELLAI, *I problemi legati allo sviluppo della securitization in Italia: prospettive di soluzione*, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di credito, garanzie finanziarie (50), polizze assicurative ed altro ancora. Lo stesso risultato può essere ottenuto mediante la cessione di crediti per un importo superiore all'importo dell'emissione (*overcollateralization*), coperture sul rischio di tasso di interesse (*swap enhancement*).

Per quanto riguarda, invece, la categoria degli investitori, questi possono essere sia di natura istituzionale, come ad esempio i fondi pensione, sia di natura privata, come ad esempio singoli investitori, banche, assicurazioni o altri istituti finanziari.

4. – Dalle cartolarizzazioni "tradizionali" vanno distinte le cartolarizzazioni c.d. "sintetiche" (51), ossia quelle operazioni nelle quali il trasferimento del rischio di credito in due o più segmenti viene realizzato mediante l'utilizzo di derivati su crediti o di garanzie personali, senza che le singole attività o il portafoglio di attività siano oggetto di cessione (52). Si tratta di una tecnica che permette di isolare nell'ambito di un portafoglio composto da una o più attività, attraverso forme di protezione del credito (di tipo reale o personale), una componente di rischio che sopporta le "prime perdite" del portafoglio stesso – "*operazioni tranched*" (53).

A livello normativo la ripartizione fra cartolarizzazione tradizionale – di crediti – e cartolarizzazione sintetica – di soli rischi di credito – è ignorata dalla l. n. 130/1999 (54). Nonostante il vuoto normativo, le cartolarizzazioni sintetiche sono strumenti ampiamenti utilizzati proprio per le caratteristiche di flessibilità, economicità e salvaguardia piena del rapporto con la clientela. Grazie a questo meccanismo è, infatti, possibile per l'*originator* liberare patrimonio regolamentare di vigilanza senza incorrere nei maggiori oneri e potenziali inconvenienti delle cartolarizzazioni tradizionali e disporre di una tecnica di protezione dai rischi di credito alternativa e

---

(50) Al riguardo, v. MONTANI, *Performance bond: quasi raggiunto il traguardo*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, 10, p. *20502* ss.

(51) V. COMITATO DI BASILEA, *Asset securitization, consultative document, 2001, 1.*

(52) Per una disamina della cartolarizzazione sintetica in raffronto con la cartolarizzazione tradizionale v. FABBRI, *Le synthetic securitization: struttura, caratteristiche economiche e logiche di valutazione*, in *Bancaria* 2001, 1, p. 54 ss.; MESSINA, *Profili evolutivi della cartolarizzazione. Aspetti di diritto pubblico e privato dell'economia*, Torino, 2009, p. 83 ss.; D. RAMOS MUN?OZ, *The law of transnational securitization*, Oxford University, 2010, p. 284 ss.

(53) MARANGONI, *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche, Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 – 7° aggiornamento del 28 gennaio 2011*, disponibile sul sito istituzionale di Banca d'Italia al link www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/circolari/c263/263CIRC_7AGG.pdf.

(54) La cartolarizzazione sintetica è invece considerata nelle disposizioni di vigilanza di Banca d'Italia (cfr. BANCA D'ITALIA, *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, 2011, p. 65 ss.).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

disintermediata rispetto alla cessione del rischio a controparti bancarie o assicurative, fondi di investimento e altri intermediari finanziari, cessione che non di rado equivale a una moltiplicazione del rischio medesimo (55).

In tale tipologia di *securitization*, più dettagliatamente, l'*originator* e la società veicolo di cui all'art. 3 della l. n. 130/1999 sono abilitati a stipulare contratti di *credit default swap* (56) (*CDS*) per la cessione dall'*originator* alla *SPV* dei *soli* rischi di credito e non – ed è proprio questo il tratto peculiare – dei crediti stessi. In questi casi la società veicolo emette titoli *credit linked notes* (*CLN*) (57) o altri strumenti finanziari che le permettono di raccogliere un patrimonio – che investe in titoli di primaria qualità (c.d. *rating*) e pronta liquidabilità – per coprire l'esposizione ai rischi ceduti (58). Nell'ipotesi in cui la cartolarizzazione sintetica sia *full funding* (o *funded*), ossia i sottoscrittori dei titoli emessi dalla *SPV* versino a quest'ultima fin da principio la totalità del loro contributo in modo da consentirle di precostituire il patrimonio con cui deve coprire i rischi assunti, la società veicolo riceve gli apporti dei sottoscrittori, ma non deve destinarli a favore dell'*originato*r fino a quando non si siano effettivamente verificati gli eventi dedotti nel contratto di trasferimento dei rischi (59).

Viceversa, se gli eventi dedotti nel contratto di trasferimento dei rischi non si verificano, i finanziatori della società veicolo riceveranno il rimborso dell'apporto e una remunerazione del proprio investimento. Peraltro, la somma tra il rendimento degli investimenti effettuati, da un lato, e il corrispettivo incassato dall'impresa che ha trasferito i rischi, dall'altro, consente alla *SPV* di offrire ai sottoscrittori dei titoli o degli strumenti finanziari la prospettiva di un rendimento maggiore rispetto a quello che

---

(55) Cfr. RUCELLAI, *Cartolarizzazione sintetica e Credit Default Swap*, in *Giur. comm.*, 2012, 3, p. 371 ss.

(56) Il *credit default swap* (*CDS*) è un contratto con il quale il detentore di un credito (*protection buyer*) si impegna a pagare una somma fissa periodica, in genere espressa in *basis point* rispetto a un capitale nozionale, a favore della controparte (protection seller) che, di converso, si assume il rischio di credito gravante su quella attività nel caso in cui si verifichi un evento di default futuro ed incerto (*credit event*). Così BORSA ITALIANA, voce "*Credit default Swap*", in *borsaitaliana.it*.

(57) Il nome deriva dalla circostanza che il loro andamento è collegato all'andamento del rischio dei crediti di riferimento dell'*originator*.

(58) Come evidenzia RUCELLAI, *Cartolarizzazione sintetica e Credit Default Swap*, cit., p. 371 ss., «In tal modo i venditori della protezione (sottoscrittori delle *CLN*) assumono il rischio ceduto dalla banca *originator* ma non anche il rischio di solvibilità della banca stessa».

(59) BRIGHENTI, *La cartolarizzazione dei rischi assicurativi: specificità della società veicolo e sua incidenza sull'impresa di assicurazione cedente*, cit., p. 1475.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

gli stessi otterrebbero se investissero direttamente nei titoli in cui investe la prima (60).

Emerge allora come questa tipologia di cartolarizzazione risponda ad una dinamica del tutto differente da quella della cartolarizzazione tradizionale: l'*originator* non si procura liquidità ma copertura di rischi (61); la società veicolo non riceve alcun bene o credito da trasformare in denaro ma si occupa, a ben vedere, della gestione patrimoniale; gli investitori non investono in beni specifici alienati dall'*originator* ma sostanzialmente investono in una gestione patrimoniale svolta dalla società veicolo, ad un tempo "*giocando sull'alea*" del mancato accadimento dell'evento dannoso (ad es. inadempimento, insolvenza, fallimento) di cui hanno assunto il rischio.

Il rischio, dunque, viene trasferito dall'*originator*, unico titolare del relativo credito, ad una molteplicità di soggetti ciascuno dei quali è però destinatario di una *frazione* soltanto di quel rischio che il soggetto cedente dà nella sua interezza. Il rischio, insomma, lungi dal venire artificialmente moltiplicato, viene invece frazionato onde consentirne la protezione da una base allargata del mercato (reale) (62).

La segmentazione in classi di rischio, al pari di quanto avviene nelle cartolarizzazioni tradizionali, è conseguenza del profilo di rischio attribuito alle *CLN* emesse (63). Inoltre, considerando che le *credit linked notes* presentano differenti fasce (*junior*; *mezzanine* e *senior*) e gradi di rischiosità, i fornitori della copertura sono in grado di scegliere le *CNL* emesse dalla società veicolo in rapporto alla loro quantità, qualità, entità e grado di rischio per il quale intendono fornire la protezione (64).

5. – Come si è osservato, il meccanismo che consente la trasformazione dei crediti in titoli obbligazionari negoziabili sul mercato offre ai mutuatari la possibilità di aumentare l'offerta di capitale a costi competitivi, avvan-

---

(60) MISANI, *Il risk management fra assicurazione e finanza*, Milano, 1999, p. 27, il quale osserva come il differenziale fra il tasso pagato ai sottoscrittori e il tasso che si sarebbe pagato per un prestito obbligazionario di simile durata costituisce in pratica il premio che si paga ai sottoscrittori per il rischio che essi assumono.

(61) TAROLLI, *Trasferimento del rischio di credito e trasparenza del mercato: i credit derivatives*, cit.

(62) RUCELLAI, *Cartolarizzazione sintetica e Credit Default Swap*, cit.

(63) Cfr. MARANGONI, *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche,* cit.

(64) Cfr. BANCA D'ITALIA, *Mantenimento di interesse nella cartolarizzazione dei crediti*, Roma, 2011, p. 94 secondo cui un ulteriore motivo di tranquillità per i sottoscrittori delle *CLN* è costituito dal requisito di vigilanza in virtù del quale «la banca cedente mantenga nell'operazione di cartolarizzazione un interesse pari al 5% delle attività cartolarizzate».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

taggia i cedenti generando commissioni di sottoscrizione e di negoziazione, ma anche, ed è forse questo il tratto più rilevante, permette agli investitori di ampliare lo spettro delle opzioni di investimento in quanto si "liberano" risorse che possono essere reinvestite in impieghi alternativi. In questo senso, dunque, i c.d. *crediti in sofferenza* possono essere intesi non come un peso per la redditività aziendale ma anche, e soprattutto, come nuove basi finanziare su cui costruire innovative e competitive strategie di mercato.

Nata in seno al settore bancario, l'operazione della cartolarizzazione ha tuttavia trovato applicazione anche nel comparto assicurativo dove si è diffusa la c.d. *insurance securitization* che può considerarsi una cartolarizzazione sintetica di rischi assicurativi anziché di rischi di credito bancario. Le origini di tale meccanismo, per quanto possano sembrare recenti, sono da ricercarsi nei primi anni Settanta del secolo scorso. In particolare, fu nel 1973 che Goshay e Sandor intuirono che la combinazione di mercato assicurativo e mercato di capitali attraverso titoli *insurance-linked* (65) avrebbe potuto diversificare i rischi assicurativi (66). Il ricorso a tale tecnica di finanza strutturata consente, infatti, all'impresa di assicurazione di ripartire – *i.e.* frazionare – l'onere economico degli indennizzi, dei capitali o delle rendite da pagare nell'eventualità che gli eventi dedotti in contratto si verifichino e così di evitare che le somme dovute agli aventi diritto alle prestazioni assicurative gravino integralmente ed esclusivamente sul proprio patrimonio (67).

Per comprendere appieno la possibilità di ottenere questa diversificazione dei rischi occorre tuttavia procedere con ordine.

Come è noto, un'impresa di assicurazione finanzia la copertura dei rischi assunti con i premi riscossi dagli assicurati grazie alla collettivizzazione dei rischi: verso l'assicuratore confluisce una massa di rischi omogenei; ciascun assicurato gli corrisponde un premio; l'assicuratore racco-

---

(65) La maggior parte delle cartolarizzazioni assicurative prevede il trasferimento del rischio catastrofale dall'assicuratore cedente, che ha sottoscritto e trasferito il rischio catastrofale, agli investitori, che acquistano i titoli *insurance-linked* per finanziare l'esposizione al rischio dell'assicuratore cedente.

(66) Pu, Addai, Pan e Bo, *Securitization product design for China's environmental pollution liability insurance*, in *Environmental science and pollution research international*, 2017, 24(4), p. 3336-3351.

(67) Cfr. sul punto Farenga, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2019, p. 265, il quale evidenzia come la funzione della riassicurazione «non è tanto quella di trasferire il singolo rischio da un assicuratore a un altro (ché, se così fosse, trasferendosi anche il premio, l'operazione, risultando "neutra" per l'assicuratore-riassicurato, non avrebbe per lui senso), bensì quella di permettere una ripartizione dei rischi assunti dall'assicuratore, con un altro o più assicuratori».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

glie quindi una massa di premi, che successivamente investe; quando alcuni degli eventi dedotti nel contratto di assicurazione effettivamente si verificano, l'assicuratore liquida gli indennizzi, le rendite o i capitali agli aventi diritto alle prestazioni assicurative mediante il denaro raccolto dagli assicurati a titolo di premio, nel frattempo debitamente investito (68). La collettivizzazione dei rischi dà vita, quindi, alla c.d. "mutualità assicurativa".

Non diversamente, anche una impresa di riassicurazione, in contropartita all'assunzione dei rischi cedutile in riassicurazione o in retrocessione, riceve una quota dei premi precedentemente raccolti dal riassicurato per coprire i rischi poi ceduti al riassicuratore (69). Anche il riassicuratore utilizza quindi una massa di premi, nel frattempo debitamente investiti, per costituire la provvista con cui farà fronte alle proprie obbligazioni riassicurative.

Nel caso della cartolarizzazione dei rischi assicurativi un'impresa assicurativa o riassicurativa (*originator* o *sponsor*) (70) costituisce un veicolo riassicurativo speciale (*VRS*) (71), al quale trasferisce i rischi da coprire,

---

(68) Sul funzionamento dell'impresa di assicurazione v., *ex multis*, CORRIAS, *Garanzia e contratti di rischio*, Milano, 2006, *passim,* ma spec. p. 517 ss.

(69) La riassicurazione può essere stipulata per uno o più rischi specifici (riassicurazione per singoli rischi o "riassicurazione facoltativa") ovvero per tutti i rischi riconducibili ad una determinata categoria di contratti (riassicurazione per contratti generali o "trattato di riassicurazione"). In materia di riassicurazione v., *ex multis*, GAGLIARDI, *Il Contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Torino, 2009, p. 298 ss.; BOGLIONE, *La riassicurazione*, Milano, 2012; LANDINI, *La riassicurazione nella teoria e prassi dei contratti del commercio internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2015, 4, p. 1005 ss. In letteratura straniera v. CARTER, LUCAS e RALPH, *Reinsurance*, 4ª ed., 2000, p. 730 e *Reinsurance Practiceand the Law,* a cura di Croly e Mendelowitz, Service Issue No. 14-1, March 2000, p. 14-15.

(70) La direttiva 2009/138/CE all'art. 13 stabilisce che «la società veicolo assume i rischi ceduti da un'impresa di assicurazione o di riassicurazione»; ed anche l'art. 318, par. 1, lett. *a)*, reg. delegato UE 2015/35 ribadisce che «la società veicolo assume i rischi ceduti da un'impresa di assicurazione o di riassicurazione mediante contratti di riassicurazione o assume i rischi assicurativi mediante accordi simili». È quindi da escludere la possibilità che una società veicolo assuma rischi provenienti da imprese di vario genere e si configuri come loro assicuratore. In particolare, è escluso che imprese che non siano né assicurative né riassicurative possano adottare la strategia di cartolarizzazione dei rischi per l'autoassicurazione. Ciò significa che non possono trasferire i propri rischi a una società veicolo o a un patrimonio separato e finanziare la copertura di tali rischi attraverso l'emissione di strumenti finanziari con l'utilizzo del patrimonio della società veicolo o del patrimonio separato.

(71) Il veicolo di cartolarizzazione riassicurativa è espressamente previsto dalla direttiva 2005/68/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 novembre 2005 «relativa alla riassicurazione e recante modifica delle direttive 73/239/CEE e 92/49/CEE del Consiglio nonché delle direttive 98/78/CE e 2002/83/CE». In particolare, all'articolo 2 la direttiva definisce la società veicolo come «qualsiasi impresa, diversa da un'impresa di assicurazione o

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stipulando con lo stesso un accordo in virtù del quale gli paga un premio in corrispettivo dell'erogazione dell'indennizzo al verificarsi dell'evento dannoso (72). Qui si insinua, dunque, la differenza rispetto ad un'impresa di riassicurazione (e a monte rispetto ad un'impresa di assicurazione), perché il *VRS* non finanzia la propria esposizione ai rischi con tale corrispettivo, ma ricorre a una diversa fonte di finanziamento: secondo la stessa definizione normativa (art. 2 dir. 2005/68/CE), la società veicolo infatti «finanzia integralmente la sua esposizione a tali rischi mediante l'emissione di titoli o altri strumenti finanziari».

Di conseguenza, il *VRS* si assume il rischio delle attività sottoscritte dagli assicuratori attraverso contratti di assicurazione o riassicurazione ed è costituito come emittente di titoli legati all'assicurazione per finanziare l'esposizione al rischio sostenuta da tali contratti di assicurazione o riassicurazione (73). Il fondo così costituito dal *VRS* viene pertanto alimentato inizialmente dai mercati dei capitali (dai sottoscrittori dei titoli) e successivamente dalle quote di premi cedute o retrocesse dalla compagnia di assicurazione al *VRS* in virtù del contratto di riassicurazione.

Evidentemente, una simile modalità è da ricomprendersi all'interno dello schema del contratto di riassicurazione. In questo modo, infatti, il riassicuratore si impegna a sopportare una massa di rischi omogenei (compresi il rischio di sottoscrizione e il *timing risk*), di norma per una parte, assunti da un assicuratore (riassicurato), obbligandosi a corrispondere all'assicuratore stesso l'ammontare dell'indennità pagata all'assicurato, nella misura contrattualmente prevista, verso corresponsione del premio, o di parte proporzionale del premio, riscosso (74).

La *ratio* dell'utilizzo della cartolarizzazione nel settore assicurativo è, dunque, a ben vedere, quella di affrontare le perdite assicurative derivanti dalla verificazione degli eventi. Infatti, analogamente alla cartolarizzazione sintetica originata dalle banche, anche le compagnie di assicurazione/rias-

---

di riassicurazione esistente, che assume i rischi ceduti da imprese di assicurazione o riassicurazione e che finanzia integralmente [*fully funds*] la sua esposizione a tali rischi mediante l'emissione di titoli o altri strumenti finanziari per cui i diritti di rimborso dei detentori di tali titoli o di altri strumenti finanziari sono subordinati agli obblighi di riassicurazione di detta società veicolo».

(72) Si consideri che anche se potrebbe essere più efficace trasferire il rischio assicurativo al mercato dei capitali emettendo titoli *insurance-linked* direttamente agli investitori, la *SPV* è spesso necessario per motivi legali e fiscali.

(73) Cfr. WANG, *Regulation of Reinsurance in Taiwan: Developing an Appropriate Regulatory Environment for Maintaining the Solvency of Primary Insurers*, 2002, disponibile alla pagina https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/1795, *passim*.

(74) FARENGA, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, cit., p. 266.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sicurazione (o di retrocessione) hanno l'opportunità, in alternativa alla copertura offerta dai riassicuratori professionali, di frazionare la protezione richiesta ottenendola direttamente dal mercato dei capitali per il tramite del veicolo riassicurativo che si finanzia emettendo i titoli. E anche qui i sottoscrittori dei titoli, in quanto tenuti al versamento integrale dei titoli sottoscritti, hanno la percezione piena e trasparente del rischio che riassicurano, rischio che non potrà comunque eccedere, nel peggiore dei casi, la perdita dell'importo versato (75). Si tratta evidentemente di una situazione molto simile a quella dei sottoscrittori delle *CLN* emesse attraverso il veicolo di cartolarizzazione sintetica, come precedentemente spiegato in relazione alla cessione del rischio del credito bancario (76). Il *CDS* tra la banca originatrice e il *VRS* svolge una funzione e ha una struttura simile a quella del contratto di riassicurazione tra una compagnia di assicurazione (o riassicurazione) e il veicolo riassicurativo (77).

Su questa scia, fu proprio sul finire degli anni Novanta del secolo scorso che negli Stati Uniti si iniziò a diffondere la tecnica alternativa – *alternative risk transfer* (*ART*) (78) – della cartolarizzazione assicurativa al fine realizzare un'effettiva copertura dei rischi catastrofali (79).

---

(75) RUCELLAI, *I problemi legati allo sviluppo della securitization in Italia: prospettive di soluzione*, cit.

(76) Per quanto riguarda la cartolarizzazione riassicurativa vi è stato un principio di attuazione della direttiva CE 68/2005 sulla riassicurazione costituito dall'inserimento nel d.lgs. 56/2008 (Codice delle Assicurazioni private) dell'articolo 57-*bis* cui però non ha fatto seguito l'emanazione del regolamento di attuazione che pure è espressamente previsto dal 57-*bis* medesimo. In particolare, l'art. 57-*bis* contiene due previsioni: al I comma, impone alle società veicolo con sede legale in Italia di chiedere all'IVASS il rilascio dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività in territorio italiano; al II comma, rimette ad un regolamento governativo(precisamente, ad un regolamento da adottare secondo l'art. 17, comma I, l. n. 400/88 su proposta del Ministero dello Sviluppo Economico) la determinazione delle condizioni al ricorrere delle quali tale autorizzazione è subordinata.

(77) Cfr. RUCELLAI, *Cartolarizzazione sintetica e Credit Default Swap*, cit.

(78) V. in generale SOCIETY OF CHARTERED PROPERTY AND CASUALTY UNDERWRITERS, *The Alternative Market (International Risk Management Institute)*, Dallas, 1994.

(79) GIRINO, *Il «cat bond»: fra obbligazione e polizza*, in *Amministrazione & Finanza*, 2001, 7, p. 54; RUCELLAI, *Cartolarizzazione del rischio assicurativo*, in *Dir. econ. ass.*, 2003, p. 782 il quale descrive nei seguenti termini l'operazione di cartolarizzazione dei rischi assicurativi nella prassi americana: «lo strumento utilizzato più di frequente da assicuratori (e riassicuratori) americani a questo fine è la costituzione di un VRS finalizzato alla (parziale) riassicurazione di uno o più rischi, opportunamente identificati, assicurati (o riassicurati) dalla compagnia di assicurazione (o di riassicurazione) che agisce da "*originator*". Il *VRS* si finanzia inizialmente mediante l'emissione di titoli sul mercato dei capitali e segrega i fondi così raccolti costituendoli in "*trust*" o "fondo di garanzia" o simili. Successivamente il fondo così costituito e segregato è alimentato dalle quote dei premi retrocesse dalla compagnia di assicurazione (o riassicurazione) "*originator*" al *VRS* ai sensi del contratto di riassicurazione (o di retrocessione). Il fondo così costituito dal *VRS* viene pertanto alimentato da due fonti:

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Infatti, considerando l'intensificarsi di eventi calamitosi (uragani, terremoti, inondazioni, *etc.*), le analisi rivelarono come la copertura di tali rischi prestata dal mercato assicurativo fosse, in concreto, solamente parziale. Nonostante l'ampio ricorso a riassicurazioni e retrocessioni (80) per traslare i rischi assunti e ridistribuire l'onere economico, gli indennizzi pagati dagli assicuratori riuscivano a coprire – per insufficienza di capitale – una parte modesta, se non minima, dei danni effettivamente provocati da simili eventi (81).

Sennonché, occorre notare che la maggiore convenienza per la compagnia della cartolarizzazione rispetto ad una tradizionale operazione riassicurativa risiede nella conversione del rischio assicurativo in rischio finanziario (82): il finanziamento del primo non comporta, difatti, l'iscrizione di alcuna posta debitoria nel bilancio dell'impresa assicurativa *sponsor*, riducendone il merito di credito; avviene invece mediante emissione, da parte del *VRS*, delle cosiddette "obbligazioni catastrofali" (83) (meglio note come "*catastrophe bonds*" o "*cat bonds*" (84), recentemente ribattezzate "*pandemic bonds*" (85)), sottoscritte da investitori istituzionali che versano al *VRS*

---

a) innanzitutto dai mercati dei capitali (dai sottoscrittori dei titoli) e *b*) successivamente, dalle quote di premi cedute o retrocesse dalla compagnia di assicurazione al *VRS* in virtù del contratto di riassicurazione». In generale sulle evoluzioni delle tecniche di cartolarizzazione assicurativa v. PU, ADDAI, PAN e P. BO, *Securitization product design for China's environmental pollution liability insurance*, cit.

(80) La riassicurazione può, a sua volta, riassicurare i rischi acquisiti con altro riassicuratore; in questo caso si parla di «*retrocessione*».

(81) BRIGHENTI, *La cartolarizzazione dei rischi assicurativi: specificità della società veicolo e sua incidenza sull'impresa di assicurazione cedente*, cit., p. 1476.

(82) Vi è chi sostiene, come ad esempio RUCELLAI, *Cartolarizzazione sintetica e Credit Default Swap*, cit., che la cartolarizzazione riassicurativa può considerarsi una cartolarizzazione sintetica di rischi assicurativi anziché di rischi di credito bancario.

(83) Sul tema v. LANDINI, *Assicurabilità e indennizzabilità dei rischi catastrofali ambientali*, in *Assicurazioni*, 2013, p. 19 ss.

(84) Trattasi di titoli che prospettano il vantaggio di un alto rendimento a fronte di un livello di rischio relativamente modesto, poiché correlato al verificarsi di eventi naturali, anziché alle consuete variabili (tassi di interesse, tassi di cambio, ecc.) del mercato dei capitali. Cfr., OECD, *Catastrophe-Linked Securities and Capital Markets*, in *Risk Awareness, Capital Markets and Catastrophic Risks*, in *Policy Issues in Insurance*, n. 14, OECD Publishing, 2011, p. 125, ripreso da MONTI, *Il danno catastrofale*, Pavia, 2012, p. 42 ss.; ZENO-ZENCOVICH E VARDI, *L'assicurabilità dei rischi da catastrofe*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 342; nonché GRAZIANO, *Catastrophe Bond* e *Pandemic Bond*, in *Minerva bancaria*, 2020, p. 175 ss. e 182 ss.

(85) Al riguardo occorre rilevare che in materia di unione bancaria, anche per fronteggiare le conseguenze dell'epidemia sul settore creditizio, è stato approvato il regolamento che modifica i requisiti patrimoniali, per incentivare le banche a concedere prestiti alle imprese e alle famiglie (Regolamento (UE) n. 2020/873 del 24 giugno 2020 che modifica i Regolamenti (UE) n. 575/2013 e (UE) 2019/876 per quanto riguarda alcuni adeguamenti

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

il capitale principale in cambio di interessi nella misura pari ad un tasso (sostanzialmente privo di rischio) oltre ad un premio di rischio, al netto dell'ammontare degli indennizzi eventualmente erogati (86). Il rimborso e la remunerazione dei titoli obbligazionari sono quindi condizionati al mancato verificarsi dell'evento catastrofale, il cui accadimento comporterà l'indennizzo dei danni conseguenti con l'impiego della provvista apportata dagli investitori istituzionali a fronte della sottoscrizione dei *catastrophe bonds* (87).

Dunque, per una società veicolo la fonte del finanziamento della copertura dei rischi è esclusivamente costituita dai proventi dell'emissione degli strumenti finanziari; proventi che la società veicolo deve raccogliere in misura sufficiente a coprire i rischi assunti, deve incassare totalmente al momento della sottoscrizione dei titoli (88) e deve poi investire nel rispetto di determinati criteri al fine di assicurare l'integrità e la liquidità del patrimonio (89).

---

in risposta alla pandemia di COVID-19), è stato annunciato un pacchetto di misure con adeguamenti mirati del regolamento sul prospetto, della direttiva MiFID II e delle norme sulla cartolarizzazione (Commissione europea, comunicato stampa del 24 luglio 2020, n. IP/20/1382), ed è stata proposta una strategia per far fronte ai crediti deteriorati, prevenendone l'incremento attraverso la tutela dei debitori (Comunicazione della Commissione del 16 dicembre 2020, Com (2020) 822). Per gli sviluppi del processo di integrazione europea si rimanda a AGNES e MAGLIARI, *Cronache europee 2020*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 2, p. 433 ss.

(86) Per un'analisi delle conseguenze della cartolarizzazione assicurativa v. HAGENDORFF, HAGENDORFF, KEASEY e GONZALEZ, *The Risk Implications of Insurance Securitization: The Case of Catastrophe Bonds*, 7 novembre 2013, consultabile all'indirizzo https://ssrn.com/abstract=1808940.

(87) Così SANTAGATA, *Polizze assicurative parametriche (o index-based) e principio indennitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 1, p. 134 ss.

(88) Così l'art. 326, par. 1, lett. *c*), Reg. delegato (UE) 2015/35.

(89) Detti criteri sono stabiliti dall'art. 327 Reg. delegato (UE) 2015/35, il quale prescrive alle società veicolo di investire «tutte le loro attività nel rispetto di tutti i seguenti requisiti: (*a*) per quanto riguarda il portafoglio delle attività nel suo insieme, le società veicolo investono soltanto in attività e strumenti dei quali possano identificare, misurare, monitorare, gestire, controllare e segnalare adeguatamente i rischi; (*b*) le attività sono investite in modo tale da garantire la sicurezza, la qualità, la liquidità e la redditività del portafoglio nel suo insieme. Inoltre, la localizzazione di tali attività è tale da assicurare la loro disponibilità; (*c*) tutte le attività sono investite in modo adeguato alla natura e alla durata delle passività della società veicolo. Tutte le attività sono investite nel migliore interesse delle imprese di assicurazione e di riassicurazione che trasferiscono i rischi alla società veicolo; (*d*) l'uso di strumenti derivati è possibile nella misura in cui contribuiscano ad una riduzione dei rischi o agevolino un'efficace gestione del portafoglio; (*e*) gli investimenti e le attività non ammessi alla negoziazione su un mercato finanziario regolamentato sono mantenuti a livelli prudenti; (*f*) le attività sono adeguatamente diversificate, in modo da evitare un'eccessiva dipendenza da una particolare attività, un particolare emittente o gruppo di imprese o una particolare area geografica nonché l'accumulazione eccessiva di rischi

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Per converso, il corrispettivo ricevuto dall'impresa di assicurazione o di riassicurazione che le trasferisce i rischi non forma né contribuisce a formare la copertura dei rischi assunti (90).

A differenza di quanto avviene nel nostro Paese, nel modello angloamericano, l'attività del cessionario può essere svolta attraverso la costituzione di un *trust* (91).

In questo caso, l'impresa di assicurazione o di riassicurazione trasferisce al *VRS*, che agisce in qualità di *trustee* (ovvero di fiduciario), il portafoglio di attività selezionato, che è, dunque, destinato a costituire il *trust fund* ed a garantire il soddisfacimento delle pretese di cui si faranno portatore gli acquirenti dei titoli rappresentativi di dette attività (92). Dall'accordo fra *originator* e *VRS* (c.d. *trust agreement*, ovvero *pooling and servicing agreement*) sorge, di conseguenza, un *grantor trust*. In base a tale accordo, il *VRS-trustee* acquisisce, per conto del *trust*, il portafoglio di attività che l'*originator* cede e si impegna ad emettere titoli rappresentativi del *trust fund* in modo tale da trasferire la proprietà del portafoglio agli acquirenti dei titoli. Prima che la sottoscrizione dei titoli da parte degli investitori avvenga è ravvisabile in capo al *VRS* una titolarità funzionalizzata del portafoglio cartolarizzato (93). Nel momento in cui i titoli vengono trasferiti dal veicolo riassicurativo speciale agli investitori, questi ultimi acquistano la piena proprietà (pro quota) del portafoglio oggetto di cartolarizzazione (94).

In termini pratici l'operazione produce innumerevoli benefici. Per gli assicuratori il vantaggio si traduce nella possibilità di raccogliere sul mercato dei capitali fondi sufficienti a coprire integralmente i rischi catastrofali (95), di moderare la volatilità dei prezzi della riassicurazione e di por-

---

nel portafoglio nel suo insieme; (*g*) gli investimenti in attività di uno stesso emittente o di emittenti appartenenti allo stesso gruppo non espongono la società veicolo ad un'eccessiva concentrazione di rischi».

(90) BRIGHENTI, *La cartolarizzazione dei rischi assicurativi: specificità della società veicolo e sua incidenza sull'impresa di assicurazione cedente*, cit., p. 1486-1487.

(91) MONTI e MESSINA, *La tecnica della securitizaton*, in *Bancaria*, 1991, I, 3, p. 7.

(92) DI CIOMMO, *I soggetti che svolgono operazioni di cartolarizzazione e la separazione patrimoniale*, cit., p. 56.

(93) *Ibidem*, p. 59.

(94) Cfr. LA TORRE, Securitization *e banche: la titolarizzazione degli attivi bancari*, Bologna, 1995, p. 49.

(95) KOMADEL, PINDA e SAKALOVA, *Securitization in crop insurance with soil classification*, in *Agric. Econ*. – Czech, 64, 2018 (3): 131–140 che osservano come «*The main purpose of securitization is to reduce the risk of critical loss and the subsequent insolvency. The side purpose is the reverse flow of capital. Whereas reinsurance requires the insurer to pay the premium first, with the eventual reimbursement received later, securitization makes the insurer to receive payment for the ILS, with the eventual reduction of the pay-out in the case of a*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tare stabilità al settore assicurativo dopo una grave catastrofe, che spesso causa la carenza di capacità del settore assicurativo (96). Oltre ai vantaggi che possono offrire sia la cartolarizzazione assicurativa sia la riassicurazione convenzionale, ossia la capacità di sottoscrivere un maggior numero di rischi con un determinato livello di capitale, le obbligazioni *insurance-linked* possono offrire caratteristiche riassicurative spesso non disponibili nella riassicurazione convenzionale, come i programmi di riassicurazione pluriennali (97). Per gli investitori, invece, l'opportunità si scorge nella possibilità di trovare nei *cat bonds* dei titoli con un alto rendimento a fronte di un incremento relativamente modesto del livello di rischio in portafoglio. Per quanto riguarda il sistema finanziario, questo ha beneficiato del frazionamento dei rischi catastrofali in una moltitudine di piccole possibili perdite, il cui impatto sul portafoglio del singolo investitore si è dimostrato essere non peggiore di una comune giornata di borsa negativa (98).

Un ulteriore vantaggio si deve infine attribuire all'introduzione di un fattore di concorrenza nel mercato delle riassicurazioni: difatti, per un assicuratore, cartolarizzare i rischi significa sostanzialmente riassicurarsi presso il mercato anziché presso un riassicuratore istituzionale (99). Le imprese di assicurazione si sono così create un'alternativa al consolidato oligopolio dei riassicuratori, la quale alternativa consente, in prima istanza, di accedere a servizi riassicurativi a costi inferiori e, in ultima analisi, di abbassare complessivamente i prezzi praticati sul mercato (ri)assicurativo (100).

---

catastrophe. Considering the settlement time of the reinsurance contract, the reverse flow of capital allows the insurer for a swift indemnification of policyholders». Sul punto v. anche BARRIEU e ALBERTINI, *The Handbook of Insurance – Linked Securities*, Wiley, 2009. Inoltre, come osservano HAN e LAI, *An Analysis of Securitization in the Insurance Industry*, in *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 62, No. 2, giugno 1995, p. 291, la cartolarizzazione crea liquidità in due modi. In primo luogo, le vendite delle attività cartolarizzate generano liquidità (contanti) per il cedente. In secondo luogo, la cartolarizzazione converte le attività illiquide in titoli di alto livello attraverso il *tranching* e il miglioramento del credito.

(96) Cfr. WANG, *Securitisation of Insurance Risk: Devising an Appropriate Regulatory Framework*, cit., p. 228.

(97) Ad esempio, è improbabile che una grande esposizione al rischio uragano in California o al rischio terremoto a Tokyo possa essere trasferita ai riassicuratori attraverso i programmi di riassicurazione convenzionali, mentre può essere coperta con i titoli *insurance-linked*.

(98) MISANI, *Il risk management fra assicurazione e finanza*, cit., p. 16 ss.

(99) BRIGHENTI, *La cartolarizzazione dei rischi assicurativi: specificità della società veicolo e sua incidenza sull'impresa di assicurazione cedente*, cit., p. 1477.

(100) MISANI, *op. cit.*, p. 63, il quale osserva come la ragione di ciò stia nel fatto che il mercato finanziario è più ampio e concorrenziale del mercato assicurativo, per cui a parità di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nonostante gli indubitabili benefici in termini di diversificazione dei rischi e di conseguente crescita della stabilità del mercato assicurativo, vi è chi sostiene che il trasferimento del rischio catastrofale ai mercati finanziari potrebbe comportare un'accresciuta interdipendenza tra imprese di assicurazione e altri operatori finanziari e, di conseguenza, un aumento del rischio sistemico (101). Se, infatti, la fragilità del settore assicurativo, successiva a qualche grave catastrofe, dovesse riflettersi sul resto del mercato finanziario, è possibile che si verifichi una destabilizzazione dell'intero sistema.

6. – La proprietà intellettuale (IP) – intesa dinamicamente come strumento di certificazione della capacità innovativa e creativa di un'impresa (che è, come tale, in grado di attrarre finanziamenti e capitali di rischio) – va considerata a tutto tondo, vale a dire come un insieme di certificazioni che acquistano e aumentano di valore anche sulla base del grado di interdipendenza e di complementarità che riescono ad instaurare tra loro. L'*intellectual property* può, quindi, costituire un importante asset immateriale. Tuttavia, stato soltanto di recente si è consolidata la consapevolezza del ruolo strategico della proprietà intellettuale che, infatti, che non si limita a difendere i redditi aziendali, ma può essere capitalizzata, trasformandosi in una fonte aggiuntiva di entrate per le imprese.

In questo senso, dunque, le relazioni tra la sfera finanziaria e quella della proprietà intellettuale divengono progressivamente più strette. Lo sfruttamento, industriale o negoziale, dell'innovazione da parte di imprese ed enti di ricerca si collega in diverso modo a operazioni di tipo bancario, assicurativo e finanziario nelle quali diviene centrale il momento della valutazione, intesa in senso ampio, come determinazione della qualità – valore intrinseco – e del valore monetario – estrinseco – dei diritti di natura proprietaria che tutelano beni immateriali (102).

---

altre condizioni il primo tenderà ad essere più efficiente nella gestione del rischio catastrofale, con conseguente traduzione in un risparmio di premio per chi trasferisce il rischio mediante *cat bonds*, benché il mercato assicurativo e riassicurativo in particolare, grazie alla competenza specifica degli attori che vi operano, abbia vantaggi informativi strutturali sul mercato finanziario nella comprensione e nell'analisi dei rischi catastrofali e puri in genere.

(101) Sul tema si rimanda a WEISS, BOSTANDZIC e IRRESBERGER, *Catastrophe Bonds and Systemic Risk, 26th Australasian Finance and Banking Conference 2013*, 20 agosto 2013, disponibile alla pagina https://ssrn.com/abstract=2313160.

(102) Cfr. GRANIERI, *Valutazione "qualitativa" della proprietà industriale, rating dei titoli brevettuali e stima del rischio nelle operazioni di finanziamento*, in *Giur. comm.*, 2012, 4, p. 510. Tra i contributi presenti nella letteratura v, *ex multis*, VON SCHEFFER, LOOP e LIPFERT, *From patents to finance*, in *Intellectual Asset Management*, 2005, p. 37.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

È opinione diffusa che le problematiche derivanti dalla valutazione economica della proprietà intellettuale siano da ricercarsi nella mancanza di un mercato dei diritti di proprietà intellettuale all'interno del quale avvenga un quantitativo sufficiente di operazioni negoziali (*i.e.* trasferimenti, *franchising*, licenze, *etc.*) (103); se un mercato esistesse, opererebbe un meccanismo di prezzo in grado di rivelare agli operatori il valore dei beni intangibili (104). D'altra parte, potrebbe anche essere vero l'opposto, ossia che non esiste un mercato poiché non sono identificati i prezzi dei beni che possono essere ivi scambiati (105).

In realtà, accordi aventi ad oggetto diritti di proprietà intellettuale vengono normalmente conclusi e i prezzi sono comunque determinati dai contraenti; si tratta, tuttavia, di operazioni per lo più coperte da confidenzialità su mercati che difettano di adeguata trasparenza e di numeri che sono fortemente influenzati dal tipo di operazione di volta in volta considerata, dalle dimensioni del mercato, dalla maturità della tecnologia, dal modello di sfruttamento, dalle ragioni strategiche (e idiosincratiche) che incidono sulla fattispecie posta in essere (106).

La valutazione economica della proprietà intellettuale trova ampia applicazione in fattispecie di natura contrattuale e stragiudiziale ovvero per contenziosi, tipicamente inerenti ipotesi di contraffazione. A tal riguardo, un indice normativo al quale fare riferimento è certamente l'art. 125 del Codice della proprietà industriale (107), che oltre ad aver aggiunto il rimedio della retroversione degli utili al ricco apparato di rimedi previsto nel processo industrialistico, ha adottato, come criterio dispositivo per la determinazione dell'ammontare minimo del lucro cessante, il metodo noto

---

(103) Cfr., tra gli altri, HARTZ, *Unlocking European patent value*, in *Intellectual Asset Management*, 2007, p. 24.

(104) Come rileva GRANIERI, *op. cit.*, p. 510, valore e prezzo non sono necessariamente la stessa grandezza, ma è evidente che il prezzo, come indice di preferenza relativa, è un buon indicatore del valore che le parti attribuiscono al bene.

(105) In relazione ai brevetti, ad esempio, l'Ufficio italiano Brevetti e Marchi ha ideato un sistema di valutazione denominato "Griglia di valutazione economica dei brevetti" volto a misurare la creazione di valore dentro l'azienda e sul mercato derivante dallo sfruttamento della tecnologia brevettata. Il sistema è stato realizzato in collaborazione con i diversi attori del processo di innovazione: Confindustria, Associazione Bancaria Italiana (ABI), Conferenza dei Rettori delle Università Italiane (CRUI), Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR), Associazione del Disegno Industriale (ADI), Ordine dei consulenti in proprietà industriale.

(106) Anche per questa ragione da più parti si cerca di capire se possono essere creati meccanismi in grado di facilitare lo scambio, rendendo più trasparente il mercato; cfr., tra gli altri, HENDERSON e PIERANTOZZI, *Increasing transparency in the IP transaction markets*, in *Intellectual Asset Management*, 2008, p. 66.

(107) D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

come metodo delle *royalties* (108), in qualche modo emulando le previsioni della legge brevettuale statunitense (109).

Un altro ambito giuridico nel quale si palesa il problema della determinazione del valore dei titoli di proprietà intellettuale è quello societario e, in particolare, quello della disciplina dei conferimenti. Infatti, *ex* artt. 2342 c.c. – per quanto riguarda le società per azioni – e 2464 c.c. – per le società a responsabilità limitata – il conferimento può essere fatto, salvo che non sia escluso dall'atto costitutivo, oltre che in denaro, mediante beni in natura o crediti. Più precisamente, al comma II dell'art. 2464 si prevede che possano essere conferiti tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica; non vi è dubbio, quindi, che vi rientrino sia diritti di proprietà intellettuale, sia crediti derivanti, per esempio, da contratti per lo sfruttamento della proprietà intellettuale, in quanto suscettibili di valutazione (110).

Parallelamente a questi ambiti, l'altra grande area interessata dalla valutazione della proprietà intellettuale è rappresentata dall'ampia gamma delle situazioni negoziali nelle quali si pone l'esigenza di determinare un corrispettivo per l'accordo avente ad oggetto lo sfruttamento di privative (111). Da questo punto di vista esistono minime indicazioni normative e le situazioni possono essere differenti, perché può trattarsi di operazioni come cessioni o licenze di proprietà intellettuale, ma anche valutazioni in operazioni di fusione o acquisizione e di finanziamento mediante apporto al capitale di rischio (112). Un esempio nel quale è la disposizione di legge a richiedere implicitamente una valutazione all'interno di una relazione contrattuale è rappresentato dall'art. 6 della legge

---

(108) PARDOLESI, *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125 codice proprietà industriale*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1605. Sui criteri generali indicati dall'art. 125 c.p.i. si rimanda a MORO VISCONTI, *La valutazione economica del diritto d'autore (copyright),* in *Dir. ind.*, 2019, 6, p. 580 ss.

(109) La 35 U.S.C. 284 prevede che la misura del danno risarcibile per contraffazione è «*in no event less than a reasonable royalty for the use made of the invention by the infringer, together with interest and costs as fixed by the court*».

(110) Vi rientra anche il *know-how*, la cui valutazione crea non pochi problemi per quanto riguarda i profili di segretezza, a fronte di attività amministrative che, al contrario, presuppongono la pubblicità. Su questo profilo cfr. MANDARINO, *Conferimento di know-how e riforma societaria. La perizia di stima tra principio di segretezza e necessità di descrizione dei beni conferiti*, in *Impresa*, 2003, p. 1588 ss.

(111) Sul tema v. DE MICHELIS, *La determinazione dei corrispettivi nei contratti di trasferimento di tecnologia e la valutazione della proprietà intellettuale*, in GRANIERI, COLANGELO e DE MICHELIS, *Introduzione ai contratti per il trasferimento di tecnologia*, Bari, 2009, p. 123 ss.

(112) GRANIERI, *Valutazione "qualitativa" della proprietà industriale, rating dei titoli brevettuali e stima del rischio nelle operazioni di finanziamento*, cit., p. 515.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sulla subfornitura industriale (113), che sancisce la nullità della clausola con la quale il subfornitore dispone a favore del committente di diritti di proprietà intellettuale «*senza congruo corrispettivo*» (114).

Quanto finora evidenziato mostra come vi siamo forti elementi di saldatura tra la dimensione giuridica e quella economico-finanziaria della valutazione della proprietà intellettuale.

7. – Vi sono poi una serie di contesti finanziari all'interno dei quali la stima del valore della proprietà intellettuale si pone come condizione essenziale all'operazione finanziaria stessa.

La proprietà intellettuale sta infatti assumendo un ruolo chiave all'interno delle complesse operazioni finanziarie straordinarie delle imprese e, in particolare, in quelle di acquisizione e fusione societaria.

Le acquisizioni consentono all'impresa di migliorare la propria posizione competitiva nel mercato, attraverso l'allargamento delle combinazioni produttive (aumento delle dimensioni e delle quote di mercato, ingresso in nuove aree di affari e così via) (115). Le fusioni, viceversa, conseguono alla necessità di gestire in modo integrato combinazioni produttive in precedenza riconducibili a distinti soggetti giuridici, in vista di un consolidamento sul mercato e dell'ottimizzazione dei tempi e dei costi della produzione.

Di recente si è diffusa la prassi del finanziamento delle imprese attraverso la valorizzazione dei diritti di proprietà intellettuale; in particolare si è fatto ricorso a operazioni di c.d. *Asset-Backed Securitization* (*ABS*), ossia a operazioni di cartolarizzazione dei crediti derivanti dallo sfruttamento degli *asset* di proprietà intellettuale (116). Il progressivo utilizzo di questa tecnica nasce dalla considerazione che le imprese più competitive e di maggior successo presentano tra i loro attivi voci riconducibili ai c.d. *intangibles*.

---

(113) L. 18 giugno 1998, n. 192.

(114) Il problema era già segnalato da BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999, p. 134.

(115) Ad esempio, l'acquisizione di Lotus da parte di IBM nel 1995, finalizzata a consentire a quest'ultima di entrare in possesso del *know-how* di Lotus nel campo della realizzazione di *software* di calcolo.

(116) Gli esempi di operazioni di cartolarizzazione riguardanti diritti di proprietà intellettuale sono molteplici. Si ricordano i Bowie-bonds nel 1997 (operazione da 55 milioni di dollari a favore del cantante David Bowie), il caso del farmaco Zerit (che ha fruttato alla Yale University 115 milioni di euro) e quello dei diritti d'autore del complesso musicale degli Iron Maiden. Sul tema v. TAYLOR ET AL., *Securitization of brand names: Basic concepts and its use in Practice*, in *Journal of Brand Management*, 17(1), settembre 2009, p. 62-83, in particolare p. 67.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'*Asset-Backed Securitization*, al pari di una normale operazione di cartolarizzazione, è una tecnica di finanziamento complessa che prevede la trasformazione dei futuri flussi di reddito generati da beni di proprietà intellettuale in titoli negoziabili (117). A livello pratico, l'*originator*, ossia il detentore del diritto di proprietà intellettuale, cede questi titoli, trasferendo così il rischio, alla società veicolo. Successivamente, la *SPV*, che diventa titolare degli *asset* ceduti dall'*originator* al fine di realizzare una totale indipendenza tra il patrimonio dello stesso e le attività cartolarizzate, emette titoli in più *tranche* con *rating* diversi che verranno poi collocati sul mercato degli investitori (118). I flussi di cassa generati dalla sottoscrizione dei titoli da parte degli investitori spetteranno all'*originator* tramite la *SPV*, mentre quelli generati dallo sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale andranno a remunerare i flussi relativi ai titoli emessi.

La fase più influente in tali operazioni è, quindi, proprio la stima del valore dei titoli obbligazionari emessi dalla *special purpose vehicle*, al netto dei rischi e dei costi amministrativi. Tale valutazione passa attraverso un calcolo presuntivo che sia in grado di prevedere, sulla base della *history* dei titoli facenti parte del patrimonio di proprietà intellettuale, i possibili futuri flussi di cassa. Si tratta, pertanto, di un'analisi del rendimento con riguardo alla capacità di verificare, proteggere, sorvegliare, difendere e valorizzare tali diritti (119). Dunque, l'intera catena dei diritti sarà soggetta ad una *due diligence* avente ad oggetto la verifica che tali diritti siano effettivamente *nuovi* – ossia che non vi siano o siano stati altri diritti anteriori potenzialmente interferenti – e *originali* – nel senso che siano oggetto di una attività creativa dei loro autori dotata del carattere dell'originalità e, come tali, proteggibili secondo la normativa di riferimento (120).

---

(117) Come evidenzia KHANNA, *The Securitization of IP Assets: Issues and Opportunities*, in *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 23, 2018, p. 94, «*The fundamental requirement for the assets that can be securitized is that either they should have reasonably predictable cash flows or future receivables, for example, IP securitization could be for future royalty payments*».

(118) In genere l'agenzia di rating considera 3-5 anni di storia del portafoglio di una società come sufficientemente affidabili per prevedere le performance future. In questo senso PANDEY, *Intellectual Property valuation: A critical aspect of IP Securitization*, 26 maggio 2006, disponibile su SSRN: https://ssrn.com/abstract=904604.

(119) Una caratteristica che differenzia le transazioni IP da altre transazioni garantite da beni materiali è che sono fortemente dipendenti dai gusti popolari o dai cambiamenti tecnologici che aggiungono uno strato di complessità e rischio all'analisi. Su questo aspetto v. EISBRUCK, *Credit analysis of patent and trademark royalty securitization: a rating agency perspective*, Moody's Investors Service, New York.

(120) Cfr. MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, *Guida operativa al sistema della*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nello specifico, la *due diligence* richiede un'analisi dal punto di vista sia finanziario sia legale. Per quanto riguarda la prima, questa ha come obiettivo una stima accurata ed equa dell'azienda per attività di *M&A,* attrazione di *Venture Capital*, ecc., mentre la seconda, inerente alla proprietà intellettuale, persegue lo scopo di analizzare gli *asset* di *IP* in vista di un successivo utilizzo per la concessione di licenze, la cartolarizzazione della proprietà intellettuale, la leva finanziaria e altri strumenti che utilizzerebbero gli asset di proprietà intellettuale per la creazione di valore ([121]).

Inoltre, la valutazione relativa alla cartolarizzazione presuppone un'indagine sull'aspetto qualitativo dei titoli, per l'attribuzione di un giudizio circa la rischiosità dell'operazione e, di conseguenza, per il *rating* da attribuire ai titoli da emettere ([122]).

8. – In seguito al periodo pandemico da COVID-19, come noto, l'Unione Europea ha intrapreso una serie di politiche che non solo affrontano le difficoltà economiche, ma tracciano anche una strada verso una ripresa sostenibile e improntata alla digitalizzazione. Al riguardo il Piano *NextGenerationEU* rappresenta un pilastro nella progettazione degli investimenti e delle riforme per promuovere la resilienza economica, le nuove tecnologie e la sostenibilità ambientale ([123]).

In questa ottica, la tecnica finanziaria della cartolarizzazione – che, come si è osservato, consiste nello smobilizzo di grandi masse di crediti mediante l'incorporazione in titoli di credito negoziabili sul mercato – può permettere alle istituzioni finanziarie di erogare nuovi finanziamenti e, di conseguenza, di sostenere la crescita economica consentendo agli investitori di partecipare attivamente. La cartolarizzazione può inoltre fungere da catalizzatore per l'innovazione finanziaria, contribuendo non solo a diversificare le fonti di finanziamento e facilitare la raccolta di fondi, ma anche a favorire in modo efficiente la diversificazione del rischio, rendendo gli investimenti più attraenti per un numero più ampio di attori finanziari.

---

proprietà industriale in Italia, aprile 2010, disponibile alla pagina https://www.mimit.gov.it/images/stories/recuperi/Brevetti/guidabrevetti.pdf.

([121]) Cfr. NEMLIOGLU, *A novelty on unlocking businesses' potential growth: Intellectual Property Securitisation*, in *Procedia Computer Science*, gennaio 2019, p. 999 ss.

([122]) Sull'argomento si veda MARIANELLO, *Cartolarizzazione e responsabilità della società di rating*, Roma, 2004; INFRICCIOLI, *La responsabilità delle società di rating nelle operazioni di cartolarizzazione*, in *Mondo bancario*, 2008, p. 43 ss.

([123]) In estrema sintesi il Piano rappresenta uno strumento volto ad aiutare, attraverso investimenti, i Paesi membri a seguito delle perdite dovute alla crisi finanziaria. V. https://www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-recovery-plan/.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Attraverso la creazione di nuovi veicoli di investimento, l'operazione della cartolarizzazione può quindi stimolare il coinvolgimento del settore privato, incentivando gli investitori a sostenere progetti innovativi e a contribuire al successo delle iniziative previste in seno all'Unione europea.

Tuttavia, è fondamentale sottolineare l'importanza di un approccio regolamentare solido. La cartolarizzazione deve infatti essere gestita con attenzione per evitare abusi e per garantire che gli investimenti siano trasparenti e responsabili. La collaborazione tra le istituzioni finanziarie e gli organismi di regolamentazione è, dunque, essenziale per sviluppare normative puntuali che promuovano la fiducia degli investitori e che permettano alle operazioni di cartolarizzazione di contribuire alla ripresa economica senza compromettere la stabilità finanziaria (124).

È in tale contesto che il Legislatore comunitario, in linea con i principi del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, ha intrapreso una serie di azioni volte a rilanciare il mercato delle cartolarizzazioni, rivedendo il quadro normativo. Lo scopo di tali iniziative è da ricercare nella volontà di migliorare il sistema di finanziamento dell'economia, soprattutto per i settori della tecnologia, dell'innovazione e della farmaceutica.

A partire dal primo gennaio 2019, è stato infatti introdotto un *framework* specifico per le cartolarizzazioni composto dal Regolamento (UE) 2017/2401, che modifica il Regolamento (UE) 575/2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento (*Capital Requirement Regulation* – "*CRR*") (125) e dal Regolamento (UE) 2017/2402, che stabilisce un quadro generale per la cartolarizzazione e instaura un quadro specifico per cartolarizzazioni semplici, trasparenti e standardizzate (*STS*) (126). Un'emissione, al fine di poter essere qualificata come

---

(124) Come evidenzia PILATI, *Le cartolarizzazioni problemi ed opportunità*, in *bancaditalia.it*, 9 novembre 2017, p. 3 «È indubbio come, a seguito della crisi finanziaria iniziata nel 2007 con la vicenda dei mutui subprime negli Stati Uniti e propagatasi repentinamente anche in Europa, le cartolarizzazioni abbiano finito per rappresentare, per alcuni versi a ragione, l'emblema della "perversione" della finanza».

(125) Come si legge nel primo considerando del Reg. (UE) 2017/2401 «Le cartolarizzazioni sono un elemento importante per il buon funzionamento dei mercati finanziari in quanto contribuiscono a diversificare le fonti di finanziamento e di rischio degli enti creditizi e delle imprese di investimento e a liberare capitale regolamentare, che può quindi essere riallocato per sostenere l'ulteriore erogazione di prestiti, in particolare il finanziamento dell'economia reale. Le cartolarizzazioni offrono inoltre agli enti e agli altri partecipanti al mercato possibilità di investimento supplementari, consentendo quindi di diversificare il portafoglio e agevolando il flusso di finanziamenti verso le imprese e i privati sia negli Stati membri che, su base transfrontaliera, in tutta l'Unione».

(126) Per una disamina approfondita si rimanda a GIANNESI e CONSOLI, *Le cartolarizzazioni STS: profili applicativi alla luce delle più recenti operazioni*, in *dirittobancario.it*, 23 novembre 2020.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

STS, deve rispettare una serie di criteri che sono stati predisposti da una task force internazionale cui hanno partecipato sia i rappresentanti del Comitato di Basilea sia quelli dell'Organizzazione internazionale delle Autorità di controllo dei mercati finanziari (IOSCO). Tali criteri fanno riferimento a tre tipologie di requisiti (cfr. art. 18 Reg. (UE) 2017/2402): (i) il requisito di *semplicità* si riferisce all'omogeneità degli attivi cartolarizzati e a una struttura della transazione che non sia eccessivamente complessa; (ii) il requisito di *trasparenza* si riferisce all'obbligo per l'emittente di fornire sufficienti informazioni riguardo gli attivi oggetto di cessione, alla struttura dell'emissione e alle controparti coinvolte; (iii) il requisito della *standardizzazione* si riferisce alla possibilità per l'investitore di poter comprendere, valutare e confrontare le operazioni di cartolarizzazione senza dover fare necessariamente affidamento a valutazioni di soggetti terzi.

Tale approccio è quantomai necessario considerando che è la struttura stessa della cartolarizzazione a rappresentare una fonte di rischio in quanto strutture complesse e opache possono rendere difficile la comprensione del meccanismo di generazione dei flussi di cassa attesi, incluse le eventuali interruzioni che possono connotarlo nel corso del tempo [127]

La volontà di incrementare il ricorso a operazioni di *securitization* è rinvenibile anche in una richiesta di parere (*Call for Advice*) che la Commissione europea ha rivolto, nell'ottobre 2021, alle Autorità europee di vigilanza sui mercati bancari (EBA), assicurativi (EIOPA) e finanziari (ESMA), in materia di revisione del quadro prudenziale relativo alle cartolarizzazioni [128]. Il parere, pubblicato a dicembre 2022, si compone di due parti: (I) la valutazione dei recenti risultati e dell'adeguatezza delle norme sui requisiti patrimoniali e di liquidità per le banche e (II) la revisione delle regole prudenziali in materia di cartolarizzazioni applicabili

---

[127] Il termine "opaco" in riferimento a un'operazione di cartolarizzazione indica che il processo non è trasparente o chiaramente comprensibile per gli investitori o per il pubblico in generale. Se un'operazione di cartolarizzazione è considerata "opaca" le informazioni riguardanti la qualità e la composizione degli attivi trasferiti non sono chiaramente divulgate o sono difficili da interpretare. La mancanza di trasparenza può rendere difficile per gli investitori valutare i rischi e le potenziali ricompense legati a tali titoli, aumentando l'incertezza e potenzialmente compromettendo la fiducia nel mercato finanziario.

[128] Commissione Europea, *Call for advice to the Joint Committee of the ESAs for the purposes of the securitisation prudential framework review*, 18 ottobre 2021, disponibile alla pagina https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/About%20Us/Missions%20and%20tasks/Call%20for%20Advice/2021/CfA%20to%20JC%20for%20securitisation%20in%20prudential%20framework%20review/1022481/CfA_Review%20Framework%20_JC%20ESAs_Final.pdf.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

alle imprese assicuratrici ([129]). Nello specifico, le proposte contenute nel parere mirano a migliorare la coerenza e la sensibilità al rischio del quadro patrimoniale per le banche, mentre il quadro relativo ai requisiti di liquidità per le banche e il quadro prudenziale per le imprese di assicurazione, secondo le ESAs, dovrebbero essere mantenuti nella loro forma attuale.

Si può anche notare l'iniziativa promossa dall'Autorità bancaria europea sia in materia di cartolarizzazione intesa come sostenibile, sia per quanto concerne l'estensione del quadro *STS*.

In particolare, il report "*Developing a framework for sustainable securitisation*" esamina come il concetto di "sostenibilità" potrebbe essere introdotto nel contesto specifico della cartolarizzazione per promuoverne la trasparenza e lo sviluppo all'intero del mercato europeo ([130]). Il documento approfondisce come i regolamenti comunitari sulla finanza sostenibile (ad esempio, il Reg. (UE) 2019/2088 ([131]) e il Reg. (UE) 2023/2631 (cd. *European Green Bond – EuGB* ([132]))) potrebbero essere applicati alla cartolarizzazione. A tal proposito, l'EBA raccomanda che i requisiti *EuGB* si applichino a livello di cedente invece che a livello di emittente/entità veicolo per la cartolarizzazione al fine di consentire a una operazione di cartolarizzazione non supportata da un portafoglio di *asset* verdi di soddisfare i requisiti *EuGB*, a condizione che l'*originator* si impegni a utilizzare tutti i proventi dei green bond per generare nuovi asset verdi. Inoltre, l'Autorità bancaria europea raccomanda di modificare il regolamento sulle cartolarizzazioni al fine di estendere l'informativa volontaria sui principali impatti negativi alle cartolarizzazioni non *STS* (semplici, trasparenti e standardizzate).

([129]) EBA, *Joint Committee advice on the review of the securitisation prudential framework (banking) – Response to the commission's october 2021 call for advice to the jc of the ESAS* – JC 2022 66, 12 dicembre 2022. Sul tema, si veda anche *EIOPA, EBA, ESMA: rapporto sull'attuazione e il funzionamento del Regolamento europeo sulle cartolarizzazioni,* in *Panorama Assicurativo*, n. 213, luglio 2021, disponibile alla pagina *https://www.panoramassicurativo.ania.it/newsletter/80424/articolo/80586*.

([130]) EBA, *EBA Report – Developing a framework for sustainable securitisation*, 2022, disponibile sul sito istituzionale all'indirizzo https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/Publications/Reports/2022/1027593/EBA%20report%20on%20sustainable%20securitisation.pdf.

([131]) Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari.

([132]) Il 5 ottobre scorso è stato approvato il Regolamento (UE) 2023/2631 del Parlamento e del Consiglio del 22 novembre 2023 sulle obbligazioni verdi europee e sull'informativa volontaria per le obbligazioni commercializzate come obbligazioni ecosostenibili e per le obbligazioni legate alla sostenibilità.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La ragione di simili interventi è da ricercarsi proprio nelle conseguenze che derivano dalla *securitization*. Infatti, come si è osservato, tale operazione di finanza strutturata consente ad una banca di trovare nel meccanismo della cartolarizzazione la possibilità di trasferire parte del rischio di credito assunto, di disimpegnare porzioni di capitale da destinare successivamente ad altre attività e di trovare una fonte di approvvigionamento di liquidità (ad esempio quando i depositi si riducono a favore di strumenti finanziari a lungo termine) (133). Per le imprese di assicurazioni, invece, il ricorso alla cartolarizzazione permette anzitutto di diversificare il rischio associato alle proprie attività. Infatti, trasferendo parte del rischio a investitori esterni attraverso la vendita di titoli cartolarizzati, le compagnie possono ridurre la loro esposizione a eventi catastrofici o a gravi perdite legate alle polizze assicurative. Inoltre, cartolarizzare i rischi assicurativi permette alle imprese di liberare capitale che altrimenti sarebbe vincolato a riserve tecniche o ad altri obblighi e di acquisire una fonte immediata di liquidità. La cartolarizzazione contribuisce dunque a (re)distribuire i rischi in tutto il settore finanziario poiché banche, assicurazioni o altre istituzioni finanziarie ne trasferiscono una parte ad altri soggetti. Ne deriva, di conseguenza, la possibilità di diversificare le fonti di finanziamento, liberare capitale, accedere a liquidità immediata e ridurre l'esposizione a determinati rischi (134).

Si tratta, infatti, di un procedimento che ha rappresentato un significativo sviluppo nell'ambito finanziario, superando ostacoli e acquisendo rilevanza sia nell'ambito creditizio sia nella gestione del capitale investito (135). Dapprima focalizzata sull'aggregato dei crediti, ha successivamente ampliato il suo campo di applicazione coinvolgendo la componente materiale del capitale investito venendosi così a configurare come un'operazione ad alto valore. Questo approccio ha dimostrato di essere particolarmente vantaggioso in contesti aziendali caratterizzati da competizioni

---

(133) Sul tema v. AFFINITO e TAGLIAFERRI, *Why do (or did?) banks securitize their loans? Evidence from Italy – Working Paper*, gennaio 2010, disponibile sul sito istituzionale della Banca d'Italia.

(134) Per una dettagliata analisi dalla prospettiva economica v. MANTA, *Cartolarizzazione: analisi e ruolo di uno strumento di finanziamento alternativo*, in *Amministrazione & Finanza*, dicembre 2003, 23, p. 63 ss.

(135) Si ricordi, ad esempio, la l. 30 dicembre 2020, n. 178 (Legge di Bilancio 2021) che ha introdotto, all'art. 1, commi 214 e 215, alcune modifiche sostanziali alla legge del 30 aprile 1999, n. 130 in materia di cartolarizzazione dei crediti. Si tratta, infatti, di interventi di natura tecnica che, estendendo l'ambito di applicazione e interpretando alcune delle disposizioni contenute nella legge, hanno un impatto significativo sul mercato delle cartolarizzazioni. Sul tema, per approfondire, v. MESSINA, *Cartolarizzazione con concessione di finanziamento: le novità della Legge di Bilancio 2021*, in *dirittobancario.it*, 21 gennaio 2021.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

intense, offrendo alle imprese la possibilità di migliorare la gestione del rischio e accedere a nuove fonti di liquidità. Parallelamente, la cartolarizzazione ha trovato applicazione anche nel settore pubblico, offrendo agli enti pubblici uno strumento efficace per affrontare le tensioni finanziarie poiché consente di convertire *asset* pubblici in titoli negoziabili fornendo liquidità immediata (136). Ciò contribuisce, senza dubbio, ad una stabilità maggiore del sistema ed anche, forse soprattutto, alla resilienza del sistema finanziario in quanto si attenua l'impatto di eventuali problematiche del settore bancario e assicurativo circa la distribuzione del rischio (137).

Si noti poi che la resilienza finanziaria è uno degli obiettivi chiave che l'Unione europea intende perseguire al fine di rilanciare il mercato europeo per una maggiore competitività a livello globale. In questo contesto, peraltro di recente approvazione, il Reg. (UE) 2022/2554 (*Digital Operational Resilience Act*, c.d. *DORA*) (138) – parte del "*Pacchetto finanza digitale*", un *corpus* di misure volte ad abilitare e sostenere il potenziale della finanza digitale in termini di innovazione e concorrenza – mira a consolidare e aggiornare i requisiti in materia di rischi informatici e di rete nell'ambito dei requisiti in materia di rischi operativi, fino ad oggi trattati separatamente in vari atti giuridici dell'Unione (139). È rilevante in quanto

---

(136) Così, quasi due decenni fa, SERINI, *Il processo di cartolarizzazione nel pubblico tra gestione del rischio e necessità finanziarie*, in *Amministrazione & Finanza*, 2005, 9, p. 31 ss.

(137) V. EUROPEAN COMMISSION, *Impact assessment accompanying the document "proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down common rules on securitization and creating a European framework for simple and transparent securitization"*, SWD (2015) 185 final, 5, secondo cui «*securitization can provide a useful tool to transfer risk to other institutions and raise cheaper funding. By allowing banks to sell some of their assets to investors, securitization provides them with a tool to deleverage […] without cutting credit provision to the private sector*».

(138) Regolamento (UE) 2022/2554 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario e che modifica i Regolamenti (CE) n. 1060/2009, (UE) n. 648/2012, (UE) n. 600/2014, (UE) n. 909/2014 e (UE) 2016/1011 disponibile all'indirizzo "https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32022R2554"c8https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32022R2554. Sul tema è interessante il contributo di G. SCHNEIDER, *La resilienza operativa digitale come materia di corporate governance: prime riflessioni a partire dal DORA*, in *Corporate Governance*, 4/2022, 553-580.

(139) Il Pacchetto sulla finanza digitale mira a colmare una lacuna nella legislazione vigente dell'UE in quanto garantisce che l'attuale quadro giuridico non ostacoli l'uso di nuovi strumenti finanziari digitali e, al contempo, che nuove tecnologie (intelligenza artificiale, *machine learning*, tecnologie basate su registri distribuiti) e prodotti innovativi rientrino nell'ambito di applicazione della regolamentazione finanziaria e degli accordi in materia di gestione dei rischi operativi delle imprese attive nell'UE. Il pacchetto è composto dalla strategia di finanza digitale e dalla strategia di pagamenti al dettaglio. Quanto alla prima questa è composta dal Reg. (UE) 2022/2554 relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario (*Digital Operational Resilience Act – DORA*), dal Reg. (UE) 2022/

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

trova applicazione nei confronti di un ampio novero di «*entità finanziarie*» (140) fra cui, per ciò che qui interessa, enti creditizi, istituti di pagamento, prestatori di servizi di informazione sui conti, imprese di investimento, depositari centrali di titoli, controparti centrali, sedi di negoziazione, gestori di fondi di investimento alternativi, società di gestione, imprese di assicurazione e di riassicurazione, intermediari assicurativi, intermediari riassicurativi e intermediari assicurativi a titolo accessorio, agenzie di *rating* del credito, amministratori di indici di riferimento critici e repertori di dati sulle cartolarizzazioni.

Si può, dunque, concludere che per i numerosi vantaggi e soprattutto per la creazione di valore che la tecnica della cartolarizzazione di *asset* apporta alle imprese – sia pubbliche, sia private – è auspicabile aspettarsi una maggiore diffusione di questo strumento finanziario all'interno del mercato europeo. Infatti, la cartolarizzazione, insieme agli strumenti del *private equity* e del *venture capital*, può rappresentare una valida fonte alternativa di finanziamento per le imprese rispetto al tradizionale ricorso al credito bancario (141).

---

858 relativo a un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia a registro distribuito (*DLT Pilot Regime*) e dal Reg. (UE) 2023/1114 relativo ai mercati delle cripto-attività (*Markets in Crypto-Assets Regulation – MiCAR*). Parallelamente, la strategia di pagamenti al dettaglio si concentra sullo sviluppo di soluzioni di pagamento digitali e istantanee a livello paneuropeo, promuovendo l'uso dei pagamenti istantanei e sfruttando l'Identità Digitale per l'autenticazione dei clienti.

(140) Reg. (UE) 2022/2554, art. 2, par. 2.

(141) MANTA, *Cartolarizzazione: analisi e ruolo di uno strumento di finanziamento alternativo*, cit., p. 63 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Davide Maria Locatello

ADEGUATA GESTIONE DEL RISCHIO E PRESUNZIONE DI COLPA NELL'IMPUTAZIONE DEL DANNO DA ILLECITO TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI

Sommario: 1. Considerazioni introduttive: l'art. 82 GDPR come laboratorio della futura (e dogmaticamente impegnata) responsabilità civile eurounitaria. – 2. L'integrazione del precetto ad opera della Corte di Giustizia: una responsabilità per colpa presunta come mediazione tra diritto alla protezione dei dati e sviluppo dell'economia digitale. – 3. La «violazione del regolamento» quale presupposto della responsabilità e quale oggetto di prova. – 4. Il limite al dovere preventivo tra bilanciamento d'interessi antagonisti, norme cautelari intrinsecamente elastiche e colpa da (*un*)*accountability*. – 5. Adeguatezza nella gestione del rischio, sviluppo tecnologico e precauzione. – 6. Illecito del *data processor* e responsabilità del *controller* tra rischio "d'impresa" e fatto proprio colposo – 7. L'eclissi della condotta colpevole nell'attribuzione della responsabilità per fatti endorganizzativi? – 8. La fedeltà alla colpa alla prova delle regole operative: verso un (dis)allineamento tra regole preventive e regole risarcitorie nel segno del latente paradigma della pericolosità?

1. – Il significativo impatto che il rapido sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione sta avendo sulle regole in materia di responsabilità civile nell'ambito dell'U.E. investe una pluralità di piani. In primo luogo, l'innovazione tecnologica – protagonista l'intelligenza artificiale ("IA") – sospinge la dottrina ad interrogarsi sull'idoneità delle regole esistenti ad assicurare un'allocazione del costo degli incidenti equa ed efficiente [1].

In secondo luogo, le Istituzioni comunitarie, preso atto delle potenziali criticità insite nell'applicazione di regole concepite in una cornice socio-tecnologica e in una struttura di mercato assai differenti da quelle attuali, stanno compiendo uno sforzo di aggiornamento delle medesime: è la vicenda, segnatamente, del *fitness check* che ha conosciuto la prima normativa comunitaria ad interessarsi di responsabilità civile, ossia la dir. 85/

[1] Cfr. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *questa rivista*, 2020, p. 714 ss., la quale evidenzia, al riguardo, che appare preliminare e dirimente, sotto il profilo metodologico, «comprendere se e quali interventi normativi siano davvero necessari» al cospetto delle novità recate dalla tecnologia.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

374/CEE in tema di danno da prodotti difettosi (2). Non solo di aggiornamento al mutato contesto tecnologico si tratta, bensì alle volte anche di rivisitazione di scelte di politica del diritto, che conduce ad un cambiamento dei modelli di responsabilità: è il caso, ad esempio, della disciplina della responsabilità degli *Intermediary Service Provider* di cui al *Digital Services Act* (3).

Infine, regole radicalmente nuove, *ratione materiae*, sono in fase di gestazione, come dimostra il progetto di Direttiva in tema di responsabilità civile cagionata, per colpa, da sistemi d'IA (4).

Un tratto comune alle normative che si occupano dei danni implicati dalla diffusione di prodotti e servizi ad alto contenuto tecnologico può essere individuato nella loro congenita incompiutezza, rispetto a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità e che sono indispensabili per la relativa applicazione. L'incompiutezza ha, peraltro, un'intensità variabile. Se alle volte, infatti, il legislatore comunitario si è preoccupato di regolare il solo profilo del criterio d'imputazione dei danni (è il caso della responsabilità dei prestatori di servizi intermediari), dando quasi per presupposta la struttura della fattispecie sotto gli ulteriori profili rilevanti, altre volte gli elementi non coperti dalla regola comunitaria sono in numero più ristretto, sicché il ruolo integrativo delle norme nazionali appare marginale.

Affetta da questa programmata incompletezza è pure la regola sulla responsabilità civile da illecito trattamento di dati personali desumibile dall'art. 82 GDPR (5). E ciò benché la stessa sia contenuta all'interno di

---

(2) Sostituita dalla Direttiva (UE) 2024/2853 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2024, sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, che abroga la direttiva 85/374/CEE del Consiglio.

(3) Cfr. FINOCCHIARO, *Responsabilità delle piattaforme e tutela dei consumatori*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, p. 730 ss., spec. 733, con riferimento alla disciplina contenuta nel Reg. 2022/2065/UE, 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), c.d. "DSA".

(4) V. Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale) COM/2022/496 final. Sulla proposta, e sulla parallela proposta di revisione della Direttiva del 1985, v., senza pretesa di esaustività, GELLERT, JANSENN, *The impact of artificial intelligence on european tort law: taking stock of an ongoing process*, in *The future of European Private Law*, a cura di Janssen, Lehmann, Schulze, Hart Nomos, 2023, p. 185 ss.; SIMONINI, *La responsabilità del fabbricante nei prodotti con sistemi di intelligenza artificiale*, in *Danno e resp.*, 2023, p. 435 ss.; BELISARIO, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle Proposte della Commissione*, *ivi*, p. 153 ss.

(5) Sottolineano l'incompletezza della disciplina di cui all'art. 82 GDPR, e la necessità di una sua integrazione, *ex multis*, BRAVO, *Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

un Regolamento, dunque in un atto ispirato all'idea dell'uniformazione delle discipline nazionali (6).

Va subito notato, al riguardo, che la rilevata laconicità del dettato normativo si accompagna alla necessità di chiarire quali siano i luoghi normativi lasciati liberi dalla disposizione europea e aperti all'occupazione da parte degli ordinamenti degli Stati Membri e quando, invece, il «frammento di norma», affidato al testo del Regolamento, non debba completarsi «*intra muros*» dell'ordinamento europeo (7), magari in forza dell'«opera creatrice e integratrice» – e non meramente dichiarativa della disposizione – della Corte di Giustizia (8).

Appare chiaro, al cospetto di questo modo di porre il diritto, che se in gioco è la messa a punto di una regola di responsabilità uniforme, il cui tasso di tecnicità si rivela elevato per la necessità di fare a meno di stampelle nazionali non volutamente chiamate in soccorso, la dottrina deve militare in prima linea. Con la consapevolezza, tuttavia, che lungi dal potersi comodamente assidere sulle categorie domestiche – di per sé esposte ad un incessante processo di ripensamento e ricostruzione (9) – lo studioso è chiamato ad adottare un'«impostazione eurocentrica» (10), finalizzata alla formazione di un'autentica e autoctona «dogmatica europea» (11).

In questa prospettiva, ci si potrebbe allora legittimamente domandare, posto che a venire in rilievo sono problemi di portata generale, perché limitare l'attenzione ad una fattispecie, quale quella del danno cagionato dall'illecito trattamento di dati personali. Detto altrimenti, se, aldilà della regolamentazione settoriale, all'orizzonte si staglia l'idea di un sistema

---

da trattamento illecito di dati personali, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di Nadia Zorzi Galgano, Milano, 2019, p. 383 ss.; BILOTTA, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, in *Circolazione e protezione dei dati personali tra libertà regole del mercato*, a cura di Panetta, 2019, p. 391.

(6) Cfr. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, p. 6.

(7) Le espressioni sono tratte da PAGLIANTINI, *Rinvio pregiudiziale ed interpretazione adeguatrice (la narrazione del civilista)*, Milano, 2023, p. 195.

(8) V. NAVONE, *Ieri, oggi e domani della responsabilità civile da illecito trattamento dei dati personali*, in *Nuove leggi civ.*, 2022, p. 194.

(9) Cfr. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, *passim*; BALESTRA, *A proposito delle categorie del diritto civile,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 2015, p. 25 ss., spec. p. 32 ove si sottolinea che l'abbandono di vecchie categorie in favore di nuove non può implicare una rinuncia alla categoria in sé, quale «valido strumento di governo della complessità».

(10) SALANITRO, *Illecito trattamento dei dati personali e risarcimento del danno nel prisma della corte di giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 427.

(11) CAMARDI, *Illecito trattamento dei dati e danno non patrimoniale. Verso una dogmatica europea*, in *Nuova giur. civ.,* 2023, p. 430.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

europeo di responsabilità civile, non si potrebbe ritenere forse ingiustificata un'analisi per "subsistemi"? La risposta sembra risiedere nel modo in cui il diritto europeo della stessa responsabilità civile si è venuto sino a qui formando: abbandonato il progetto di una disciplina dedicata ai servizi, che avrebbe funto da complemento della Direttiva sul danno da prodotto, l'U.E. ha mostrato di voler affrontare il problema dell'allocazione del costo dei danni con riferimento, di volta in volta, ad un singolo segmento del mercato unico, sempre più digitale (12). Il che, pur non implicando l'abbandono di una prospettiva dogmaticamente impegnata, tesa a riannodare interventi normativi disomogenei, suggerisce appunto di coltivare tale prospettiva a partire dal particolare di uno di essi (13).

Ad ogni modo, se l'assenza di clausole generali di responsabilità già di per sé giustifica una disamina settore-per-settore dei plurimi modelli esistenti (insieme di prevenzione dei rischi e di ascrizione del costo dei pregiudizi), quello del GDPR e del suo art. 82 merita, ad avviso di chi scrive, un'attenzione particolare. La ragione non risiede soltanto nella viva attualità delle questioni interpretative che lo riguardano, testimoniata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in via di formazione (e di cui si darà nel prosieguo parziale conto), quanto, e soprattutto, nell'osservazione del suo peso intrinseco nel quadro della costruzione del mercato unico digitale, che è mercato anche delle regole.

Non è infatti di certo originale osservare, nell'era dell'IA, che operazioni di trattamento sono assai di sovente implicate dallo svolgimento di attività ad alto tasso di *ICTs*. Non è un caso, infatti, se le più recenti discipline, già in parte evocate, di *Internet* e del digitale si preoccupino sempre di fare salva la tutela apprestata dal Regolamento ai dati personali (14).

Ne deriva logicamente un destino di trasversalità per la regola compendiata nell'art. 82 GDPR, tale da farne sede privilegiata per misurare lo

---

(12) Questa considerazione può peraltro estendersi a tutto il "diritto privato europeo": cfr., SCHULZE, *European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*, in *The future of European Private Law*, cit., p. 165 ss.

(13) In chiave critica, e in prospettiva *de iure condendo*, tuttavia, non si può che condividere l'ammonimento, autorevolmente formulato a proposito delle già segnalate iniziative in tema di responsabilità civile da intelligenza artificiale, a non «commettere l'errore di dettare regole nuove che magari normino in dettaglio questo o quell'aspetto del risarcimento del danno cagionato dall'applicazione di IA», dovendosi piuttosto tendere ad individuare «un nuovo modello di responsabilità più efficace»: FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024, p. 70.

(14) V., ad es., l'art. 2, par. 4, lett. *g)*, DSA o, ancora, l'art. 2, par. 3, lett. *a)*, della Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, COM/2022/495 final.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stato di attuazione del processo di elaborazione delle categorie della responsabilità civile nell'ambito del percorso in atto di armonizzazione e uniformazione dei regimi giuridici (e delle tradizioni giusculturali) degli Stati membri. Al dunque, essa pare candidarsi a divenire il luogo normativo di soluzione di problemi che non potranno non condizionare le *policy* europee a venire in punto di allocazione del costo degli incidenti, nonché le future opzioni interpretative di altre regole di responsabilità, vigenti e in fase di elaborazione.

Entro il solco tracciato da queste linee di fondo, il presente saggio intende soffermarsi sulle questioni problematiche sottese al criterio d'imputazione della responsabilità civile per trattamento illecito di dati personali. A tal fine, è preliminare e doverosa la ricognizione dello stato dell'arte della giurisprudenza della Corte di Giustizia, alla quale è dedicato il prossimo paragrafo.

2. – Com'è noto, l'intervenuta abrogazione dell'art. 15 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della *privacy*), che aveva optato per una riconduzione del danno da illecito trattamento al modello delle attività pericolose, ha riaperto il dibattito sulla natura – oggettiva o soggettiva – del criterio di responsabilità. In particolare, che il danno sia conseguenza, come emerge *ictu oculi* dai primi due paragrafi dell'art. 82, di una violazione del GDPR, ma che, al contempo, la liberazione del (presunto) danneggiante passi attraverso la dimostrazione della non imputabilità «in alcun modo» del danno medesimo (par. 3), ha polarizzato gli interpreti su due fronti: da un lato, vi sono i fautori di una lettura della fattispecie in chiave oggettiva; dall'altro lato, v'è chi la intende nei termini di una presunzione di colpa, con aggravamento (secondo taluni) della misura di diligenza esigibile [15].

---

[15] Per una lettura in termini oggettivi, nella varietà di accenti (e nella consapevolezza che dietro l'espressione responsabilità oggettiva si celano visioni diverse della responsabilità "senza colpa"), v. TAMBOU, *sub* art. 82 GDPR, in *General Data Protection Regulation. Article-by-Article Commentary*, a cura di Spiecker genannt Döhmann, Papakonstantinou, Hornung, De Hert, Beck Hart Nomos, 2023, p. 1047 ss.; MAIETTA, *La prova del danno da illecito trattamento dei dati personali*, Roma, 2023, p. 86; SICA, *sub* art. 82 GDPR, in *Codice della privacy e data protection*, a cura di D'Orazio, Finocchiaro, Pollicino, Resta, Milano, 2021, p. 893, secondo il quale la prova liberatoria consisterebbe non nella «nella mera allegazione della massima dirigenza esigibile ma nella dimostrazione di un fatto terzo generatore del danno, munito dei caratteri di imprevedibilità ed inevitabilità proprio del caso fortuito e della forza maggiore»; TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie digitali*, Milano, 2021, p. 599, ove, a sintesi conclusiva, discorre di «*responsabilità oggettiva* per rischio d'impresa derivante dall'attività di trattamento di dati personali in violazione delle regole di condotta conformative, protettive dell'interessato-danneggiato» (corsivo nell'originale); ID., *Illecito trattamento dei dati personali, responsabilizzazione, responsabilità oggettiva e*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Non sono però mancate letture volte a rifuggire da tale netta alternativa (16). Per un verso, si è avanzata la proposta di fare riferimento al modello di responsabilità, inteso in senso non pienamente oggettivo, delineato nell'art. 1218 c.c., sull'assunto che, quasi sempre, la violazione di cui alla regola del GDPR consisterebbe nell'inadempimento di una vera e propria obbligazione (17). Per altro verso, si è ipotizzata una sorta di coesistenza tra criteri nell'alveo della stessa disposizione eurounitaria, la cui applicabilità dipenderebbe dal grado di rischio e pericolo della singola attività di trattamento (18).

In un dibattito tanto ricco e complesso, si è di recente inserita la decisione sulla quinta questione pregiudiziale di *Krankenversicherung Nordrhein*, sollevata dal *Bundesarbeitsgericht*. Sostanzialmente discostandosi dalle conclusioni rassegnate dall'Avv. Campos Sánchez-Bordona – che aveva sfoderato un meditato quartetto argomentativo a difesa dell'opzione per la *strict liability* (19) – la Corte di Giustizia ha *apertis verbis* ac-

---

danno nel GDPR: funzione deterrente-sanzionatoria e rinascita del danno morale soggettivo, in *questa rivista*, 2020, p. 1120 ss.; ID., *Trattamento illecito dei dati personali, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale alla luce dell'art. 82 del GDPR UE*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 444 ss.; ZANFIR-FORTUNA, *sub* art. 82 GDPR, in *The EU General data protection regulation (GDPR). A commentary*, a cura di Kuner, Bygrave e Docksey, Oxford, 2020, p. 1176. Per una lettura in termini di colpa presunta, senza pretesa di completezza, e con significative varietà di accenti in merito al contenuto del dovere di prevenzione, cfr. PALMERINI, *sub* art. 82 GDPR, in *Codice della responsabilità civile*, a cura di Navarretta, Milano, 2021, p. 2497 ss.; GAMBINI, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di Cuffaro, D'Orazio, Ricciuto, Torino, 2019, p. 1058; EAD., *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, Napoli, 2018, p. 68 ss.; LAROUCHE, PEITZ, PURTOVA, *Consumer Privacy in Network Industries* (*CERRE Policy Report*), 2016, in *www.cerre.eu*, p. 58 («*…at the end of the day, the DPD and the GDPR create little more than a basic fault-based regime for privacy and data protection breaches, with a reversed burden of proof*»), seppur auspicando *de iure condendo* un modello *risk-based* sul calco di quello adottato per la *product liability*.

(16) Cfr. la puntuale analisi delle possibili opzioni interpretative fornita da RATTI, *La responsabilità da illecito trattamento dei dati personali*, in *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, opera dir. da Finocchiaro, Zanichelli, 2019, p. 781 ss.

(17) Cfr. BRAVO, *Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali*, cit., p. 384 ss., il quale parla di responsabilità "ancipite", riferendo il regime aquiliano all'ipotesi di danno cagionato dal responsabile che siasi discostato dalle legittime istruzioni fornitegli dal titolare del trattamento, e richiamando il regime contrattuale per il resto.

(18) SALANITRO, *Illecito trattamento dei dati personali e risarcimento del danno nel prisma della corte di giustizia*, cit., p. 450 s.

(19) Conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, 25 maggio 2023, in *ZQ* c. *Medizinischer Dienst der Krankenversicherung Nordrhein, Körperschaft des öffentlichen Rechts*, C-667/21, *www.curia.europa.eu.*, parr. 71-100. In sintesi, l'Avv. gen. sostiene una lettura oggettiva dell'art. 82 GDPR sulla base degli argomenti: letterale, per cui non v'è

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

creditato la tesi che ricostruisce l'imputazione della responsabilità, al titolare o al responsabile del trattamento, come fondata su un «meccanismo di responsabilità per colpa accompagnato da un'inversione dell'onere della prova» (§ 98) ([20]). Non spetta, dunque, al danneggiato provare il dolo o un profilo di negligenza nell'attività di trattamento, essendo questi aspetti "soggettivi" presunti sino a prova contraria, per il fatto che v'è stata un'attività di trattamento violativa del GDPR dannosa.

Gli argomenti spesi sul punto si mostrano di grande interesse, non solo avuto riguardo al processo di elaborazione di una responsabilità civile di diritto europeo, ma anzitutto rispetto all'individuazione dell'equilibrio tra diritto alla protezione dei dati personali e gli interessi ad esso "antagonisti", vantati da chi effettua il trattamento. La Corte europea, nel caso in esame, si concentra sul coordinamento tra regole di prevenzione e regole di responsabilità, sostanzialmente ribadendo le considerazioni già sviluppate nel di poco precedente *Natsionalna agentsia za prihodite* ([21]) e che si ritrovano, peraltro, anche nel successivo arresto *MediaMarktSaturn* ([22]).

In sintesi, per la Corte, il dovere di mettere in campo misure tecnico-organizzative e di sicurezza adeguate ai rischi inerenti al trattamento, desumibile dagli artt. 24 e 32 GDPR (letti alla luce dei Considerando nn. 74, 76 e 83), i quali ribadiscono e precisano l'obbligo generale, sancito all'art. 5, par. 2, di conformarsi al Regolamento e di essere in grado di offrirne la prova (principio di *accountability*), tende ad una prevenzione di

---

traccia testuale della colpa, avendo la norma del Regolamento istituito un collegamento «puramente» tra la violazione del medesimo e il danno (diversamente da quanto previsto dal successivo art. 83 ove la colpa compare); "originalista", per cui l'emendamento proposto da una Commissione costituita in seno al Parlamento europeo, volto ad introdurre proprio dolo e colpa nel testo della disposizione, non è stato accolto, donde l'illazione della negativa *intentio legis*; teleologico, per cui, nella prospettiva della vittima e del suo danno, il profilo soggettivo dell'autore dell'illecito, inteso come «garante», è assolutamente indifferente, cui si aggiunge il rilievo (altro τόπος della responsabilità oggettiva) della eccezionalità del non-risarcimento a fronte dei «rapidi sviluppi tecnologici» che richiedono di diffondere fiducia presso i consociati; sistematico, articolato nei rilievi, da un lato, che la formula liberatoria della non imputabilità «in alcun modo» conferisce alla regola di responsabilità un ruolo specifico rispetto alle regole preventive, e, dall'altro lato, che l'apparato sanzionatorio penal-amministrativo cancellerebbe l'attrattività del rimedio civilistico se si introducesse in quest'ultimo il criterio della colpa.

([20]) CGUE, III sez., 21 dicembre 2023, *ZQ* c. *Medizinischer Dienst der Krankenversicherung Nordrhein, Körperschaft des öffentlichen Rechts*, C-667/21, in *www.curia.europa.eu*.

([21]) CGUE, III sez., 14 dicembre 2023, *VB* c. *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21, in *www.curia.europa.eu*.

([22]) CGUE, III sez., 25 gennaio 2024, *BL* c. *MediaMarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH*, C-687/21, §§ 35 ss., in *www.curia.europa.eu*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tali rischi non *ad ogni costo*, bensì proporzionata alla relativa probabilità e gravità, da apprezzare in relazione alla natura, al contesto, all'ambito applicativo e alla finalità del trattamento stesso (23).

Da queste considerazioni viene tratto il corollario, in punto di responsabilità, che il soggetto attivo del trattamento, pur rimanendo esposto ad un *second guess* pieno e penetrante del giudice in relazione alle scelte tecnico-organizzative compiute per assicurare la conformità del trattamento al GDPR (24), è ammesso a provare l'assenza di colpa, con cui viene fatta coincidere la non imputabilità del danno (25).

Detto altrimenti, la dimostrazione «che non sussiste alcun nesso di causalità tra la sua eventuale violazione dell'obbligo di protezione dei dati e il danno subito dalla persona fisica», secondo il periodare di *Natsionalna agentsia za prihodite* (§ 72), si traduce nella capacità di comprovare l'adeguatezza *ex ante* delle misure rispetto al rischio. Questo va mitigato, ma non impedito sempre e comunque, restando il residuo di danno, che è epifania del medesimo rischio, "lì dov'è caduto", quindi (per lo più) sull'interessato. Conseguentemente, se una «violazione dei dati personali» non vale di per sé quale fatto esonerante quando deriva da un'attività illecita condotta da terzi, specularmente la stessa nemmeno è sufficiente per affermare che le misure tecnico-organizzative e di sicurezza siano state inadeguate, dunque per fondare la responsabilità del titolare del trattamento (26).

Ciò troverebbe conferma nell'osservazione che l'*accountability principle* «non avrebbe senso se il titolare del trattamento fosse obbligato ad impedire qualsiasi danno» (27). Al contempo, però, lo stesso principio di *accountability* – proiettato, in modo non scontato, sul piano degli oneri probatori nel giudizio di responsabilità (28) – impone che sia posta a carico

---

(23) V. *Natsionalna agentsia za prihodite*, cit., §§ 31-38.

(24) *Ivi*, § 40-47.

(25) V. *Krankenversicherung Nordrhein*, cit., § 94; *MediaMarktSaturn*, cit., § 52.

(26) V. *Natsionalna agentsia za prihodite*, cit., § 39.

(27) V. *Natsionalna agentsia za prihodite*, cit., § 34.

(28) Se parte della dottrina ha osservato che esso non potrebbe operare davanti ad un'autorità giurisdizionale bensì soltanto nei rapporti con l'Autorità di controllo (cfr., tra gli altri, O. TAMBOU, *sub* art. 82 GDPR, cit., p. 1046 s.), altri AA. hanno ritenuto il principio di *accountability* operante pure sul terreno interprivato della responsabilità aquiliana: cfr., in luogo di molti, VAN ALSENOY, *Liability under EU data protection law: from Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*, in *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.*, 2016, p. 288; BARBIERATO, *Trattamento dei dati personali e «nuova» responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, p. 2153 s.; ALBANESE e CARDINALI, *Il principio di responsabilizzazione (*accountability*)*, in *Dati personali protezione, libera circolazione e governance*, *1. Principi*, a cura di Bravo, Pacini, 2023, p. 524 s. Si noti che, per contro, seppur valorizzato quale

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del convenuto con l'azione risarcitoria la prova della conformità del trattamento da cui il danno è originato a quanto si poteva ritenere imposto dal Regolamento, il che appare alla Corte in perfetta armonia con la formulazione del paragrafo 3 dell'art. 82 ([29]).

La sunteggiata lettura della regola di responsabilità accolta dal Giudice del diritto eurounitario – poggiante su una duplice valorizzazione del principio di *accountability*, confermatosi quale architrave dell'approccio al rischio dettato dal legislatore europeo ([30]) – s'innerva di considerazioni, articolate in *Krankenversicherung Nordrhein*, sullo sfondo assiologico del GDPR: garantire un'elevata protezione delle persone fisiche interessate dal trattamento, senz'altro, ma nel bilanciamento con «gli interessi dei titolari del trattamento di dati personali» e nell'ottica, non interindividuale, ma di sistema, di «consentire lo sviluppo dell'economia digitale». Tale, necessaria «ponderazione degli interessi del responsabile del trattamento e delle persone i cui dati personali sono trattati» troverebbe sicura rispondenza nel «meccanismo di responsabilità per colpa accompagnato da un'inversione dell'onere della prova» compendiato nell'art. 82 GDPR (§ 98). Il cerchio argomentativo, così aperto, è chiuso mediante l'evocazione delle esigenze di certezza giuridica per operatori economici, autorità pubbliche e interessati, rinvenuto nel Considerando n. 7 del Regolamento; certezze che «un regime di responsabilità oggettiva non garantirebbe», sul presupposto che l'attribuzione di una responsabilità *a dispetto* dell'adeguatezza delle misure metterebbe la stessa sempre in discussione (§100).

L'opzione per un regime di responsabilità per colpa presunta si trova confermata nella recente sentenza *Juris* ([31]). Oggetto di rinvio pregiudiziale era, tra l'altro, la questione se il titolare del trattamento possa andare immune da condanna dimostrando che la violazione del Regolamento è imputabile al fatto colposo di una persona che, ai sensi dell'art. 29 GDPR, abbia agito sotto la sua autorità, in spregio alle istruzioni ricevute. Nella

---

criterio di distribuzione degli oneri probatori, il principio di *accountability* non è stato ritenuto dalla Corte di Giustizia decisivo al fine, sostanziale, di far virare la regola di responsabilità verso i lidi dell'oggettività, come invece suggerito, ad es., da parte di ZANFIR-FORTUNA, *sub* art. 82 GDPR, cit., p. 1176.

([29]) *Natsionalna agentsia za prihodite*, cit., §§ 52 ss.

([30]) Cfr. FINOCCHIARO, *Il principio di accountability*, in *Giur. it.*, 2019, p. 2778 ss.; EAD., *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo*, in *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, cit., p. 17 ss., ove tra l'altro si mette acutamente in evidenzia il duplice obbligo, «di conformarsi e di dimostrare», racchiuso nel principio.

([31]) CGUE, III sez., 11 aprile 2024, *GP c. Juris GmbH*, C-741/21, in *www.curia.europa.eu*. V., in particolare, §§ 44-54.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sua risposta, la Corte, pur attenta a non dire che il danno si imputa oggettivamente all'autore del trattamento, si premura di sottolineare che l'esonero da condanna è subordinato alla prova «che non sussiste alcun nesso di causalità tra l'eventuale violazione dell'obbligo di protezione dei dati», incombente sul titolare, «e il danno subito dall'interessato» (§ 51) (32).

3. – Dopo la doverosa sintesi di ciò che possiede «autorità di cosa interpretata» (33), è possibile approfondire il discorso avviato in apertura del paragrafo precedente sul tema della natura della responsabilità per danni a carico del titolare o del responsabile del trattamento.

A balzare anzitutto evidente agli occhi di chi sia solito frequentare la sistematica della responsabilità civile è l'implicita opzione della Corte di Giustizia per un modello essenzialmente "bipolare" dei criteri di imputazione. Lungo un primo versante si staglia la responsabilità per colpa, mentre sull'altro sta un'attribuzione oggettiva dell'evento dannoso scaturito dal trattamento.

Viene così trascurata, *a priori*, l'idea, diffusa in molte dottrine europee e non solo, dell'esistenza di una *grey zone* tra regimi di responsabilità *fault-based* e *strict* (34). In questa terra di mezzo, che separa modelli "puri", non si situa solo l'ipotesi dell'inversione dell'onere probatorio circa il rispetto degli obblighi cautelari, fatto gravare, in deroga alla regola generale, sul danneggiante, cui si possono accostare i casi in cui lo sforzo dimostrativo del danneggiato sia sostenuto dal ricorso nel processo a presunzioni di matrice giurisprudenziale (35). A ben vedere infatti, come peraltro si rilevava all'epoca in cui i rischi indotti dalla diffusione di prodotti di massa avevano spinto alcuni Maestri della responsabilità civile a denunciare l'insufficiente tutela apprestata dal criterio soggettivo d'imputazione, la giurisprudenza è venuta in soccorso della classe delle vittime attraverso la

(32) Sullo specifico problema si tornerà *infra*, par. 7.

(33) NAVONE, *Ieri, oggi e domani della responsabilità civile da illecito trattamento dei dati personali*, cit., p. 160.

(34) Di cui dà esauriente conto il prezioso lavoro di comparazione contenuto in *Unification of tort law: strict liability,* a cura di Koch e Koziol, Kluwer Law International, 2002, *passim*.

(35) Sviscera il punto MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ. dir.* da Sacco, Torino, 1998, p. 83 ss., il quale evoca l'idea di un «*continuum* che va dalla *colpa* soggettiva ala *responsabilità* oggettiva» (corsivo originale). Si registrano tuttavia posizioni, assai autorevoli, schierate contro l'idea di un "continuo" tra criteri di ascrizione del costo degli incidenti e inclini ad apprezzarne i problemi in chiave binaria. Cfr. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, cit., p. 383; CASTRONOVO, *La responsabilità extracontrattuale nei Principles of European Law. Una rivisitazione*, in *Eur. dir. priv*., 2022, p. 17 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

messa a punto di «tecniche di oggettivazione» della nozione di colpa ricevuta dalla tradizione, incidendo, cioè, sul suo contenuto e sulle modalità del suo accertamento (36).

La consapevolezza circa la malleabilità *in action* della categoria, in cerca di una sua identità eurouniforme, induce a non soffermarsi sull'evocata questione dogmatica, pur di sicuro interesse, e di rivolgere piuttosto lo sguardo alla concezione di "colpa" (*fault*, *faute non intentionnele*, *Schuld*) da accogliere con riferimento all'art. 82 GDPR, onde tradurla in criterio operativo di soluzione del conflitto tra danneggiante e danneggiato.

In questa direzione, la prima questione problematica discende dall'ovvio rilievo che la regola di responsabilità civile si trova inserita, secondo uno dei possibili intrecci che il legislatore unionale avrebbe potuto tessere, per così dire a chiusura di un sistema di regole volto a garantire il diritto alla protezione dei dati personali e a stabilire le condizioni alle quali l'attività di trattamento dei medesimi è ammessa. Corpo di regole dal quale ripete uno dei suoi presupposti fondamentali, ossia la «violazione del regolamento», cui si accompagna l'esistenza del danno e il nesso tra quella e questo (37).

La constatazione richiede, sotto un primo profilo, di definire l'estensione, in senso verticale ed orizzontale, delle regole la cui violazione è rilevante. La questione è agevolmente risolta leggendo l'art. 82 GDPR in combinazione con la relativa illustrazione contenuta nel Considerando n. 146, ove si specifica che nell'orbita della violazione è compreso «anche il trattamento non conforme agli atti delegati e agli atti di esecuzione…e alle disposizioni del diritto degli Stati membri che specificano disposizioni» dello stesso Regolamento (38).

---

(36) L'espressione è presa a prestito da ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, p. 325.

(37) Questi sono pacificamente ritenuti i tre presupposti per l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia citata al par. precedente. In dottrina, per un riscontro, cfr. TAMBOU, *sub* art. 82 GDPR, cit., p. 1044 ss.; ZANFIR-FORTUNA, *sub* art. 82 GDPR, cit., p. 1175. Non ci si soffermerà in questa sede sulla questione se il risarcimento del danno postuli l'accertamento dell'ulteriore requisito della "ingiustizia", ossia se la responsabilità *ex* art. 82 sia subordinata (non solo alla violazione del Regolamento cui consegua un danno, bensì pure) alla lesione di una situazione soggettiva protetta. La questione, alimentata dalle prese di posizione al riguardo della Corte di Giustizia, meriterebbe ben altro spazio, sicché non si può che rinviare al relativo dibattito: cfr., *ex aliis*, CAMARDI, *Illecito trattamento dei dati e danno non patrimoniale. Verso una dogmatica europea*, cit., p. 1140 ss.; SERRAVALLE, *Il danno da trattamento dei dati personali nel GDPR*, Napoli, 2020, p. 47 ss.

(38) Cfr. TAMBOU, *sub* art. 82 GDPR, cit., p. 1044. Va segnalato sul tema il pronun-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sotto altro profilo, interno alla struttura della regola di responsabilità in esame, si deve registrare una certa ambiguità rispetto alla più corretta allocazione, tra le parti del giudizio risarcitorio, del requisito costitutivo rappresentato dalla violazione del Regolamento.

Punto fermo, che trova conforto nelle già ricordate affermazioni della Corte del Lussemburgo, è che la difformità del trattamento rispetto al Regolamento dev'essere *causa* del danno. Tuttavia, aleggia il dubbio se il danneggiato debba provare, in aggiunta al legame eziologico tra il trattamento e l'evento dannoso, anche che il soggetto attivo lo abbia provocato svolgendo operazioni di trattamento qualificate dall'essere *contra legem*.

La tesi positiva, che pur si potrebbe alimentare di alcuni passaggi argomentativi non inequivoci della Corte di Giustizia (39), non sembra accettabile (40).

Per vero, è difficile contestare che il legislatore comunitario, attraverso il requisito in esame, abbia inteso subordinare il sorgere dell'obbligazione risarcitoria all'accertamento di una "antigiuridicità" oggettiva – intesa come contrarietà al Regolamento e alle normative che lo integrano e attuano – del trattamento dei dati personali. Antigiuridicità, poi, da imputare al soggetto attivo e preteso danneggiante per il tramite dell'ulteriore e distinto elemento della *colpa*, che varrebbe ad esprimere allora la rimproverabilità soggettiva della difformità stessa (41). Infatti, non c'è dubbio che il

---

ciamento di CGUE, sez. III, 20 giugno 2024, *AT e BT v PS GbR et al.*, C-590/22, par. 45-50, secondo cui un'infrazione al GDPR può ritenersi consumata anche quando siano violate disposizioni nazionali, a patto tuttavia che abbiano «come oggetto quello di precisare le norme di tale regolamento».

(39) V. *Krankenversicherung Nordrhein*, cit., par. 99: «Da un lato, come rilevato dall'avvocato generale…non sarebbe conforme all'obiettivo di una tale protezione elevata optare per una interpretazione in base alla quale gli interessati che abbiano subito un danno a causa di una violazione del RGPD devono, nell'ambito di un'azione di risarcimento basata sull'articolo 82 di quest'ultimo, farsi carico dell'onere di provare *non solo l'esistenza di tale violazione* e del danno che essi ne hanno subito, ma anche l'esistenza di una colpa del titolare del trattamento, commessa con dolo o negligenza, o addirittura il grado di tale colpa, laddove detto articolo 82 non menziona requisiti di tal genere» (corsivo aggiunto).

(40) Qualche ragione di perplessità suscita la posizione di chi per un verso ritiene che l'art. 82 GDPR si ponga in continuità con l'art. 23 della "Direttiva Madre" e con il modello, oggettivamente inteso, dell'art. 2050 c.c., e, per altro verso, ritiene che «l'interessato dovrà dimostrare l'esistenza del danno, la sussistenza di una condotta *in violazione della normativa a tutela dei dati personali*, e la relazione causale tra i primi due elementi» (enfasi aggiunta): così, CIACCI, *La responsabilità per illecito trattamento di dati personali*, in *Manuale di diritto privato dell'informatica*, a cura di Bocchini, Napoli, 2023, p. 61.

(41) Non ci si può in questa sede soffermare sulla nozione dogmaticamente più corretta di antigiuridicità e sulla sua utilità concettuale, segnatamente in questo contesto, che imporrebbe di chiarire preliminarmente se una risposta possa essere legittimamente ricercata entro le categorie nazionali. Sul dibattito relativo a tale nozione, contesa tra il profilo del

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

par. 2 dell'art. 82 GDPR riferisca la *violazione* al *trattamento* da parte del titolare. Parimenti, quanto al responsabile, la stessa disposizione limita la responsabilità ad una condotta (di trattamento) tenuta in spregio ad obblighi specificamente diretti al medesimo o alle istruzioni legittime ricevute dal titolare.

Senonché, mantenere ferma la distinzione tra i due profili – l'oggettiva difformità del trattamento al Regolamento e la colpa – *anche* in punto di prova potrebbe finire per addossare al danneggiato un onere eccessivo e non poco dissonante rispetto al principio di *accountability*, imponendogli di dimostrare la violazione di precetti specifici oppure, con difficoltà probabilmente ancora maggiori, l'inadeguata gestione del rischio (tradottosi in danno) (42).

Pertanto, pare ragionevole sostenere che la prova dell'assenza di colpa, posta a carico del convenuto, incorpori inseparabilmente quella circa l'oggettiva conformità al Regolamento delle operazioni di trattamento. La tesi parrebbe peraltro trovare riscontro nel recitativo di *Natsionalna agentsia za prihodite*, per cui i titolari del trattamento, tenuti alla *compliance*, «devono essere indotti, sopportando l'onere di dimostrare l'adeguatezza» delle misure tecnico-organizzative e di sicurezza, «a fare tutto il possibile per prevenire operazioni di trattamento non conformi a tale regolamento» (§ 55). Immaginare, in senso inverso, di far gravare la prova dell'inadeguatezza delle misure preventive sul danneggiato comprometterebbe l'effetto utile del Regolamento, con cui «il legislatore dell'Unione ha inteso rafforzare sia i diritti di tali persone sia gli obblighi dei titolari del trattamento, rispetto alle disposizioni anteriori» (§ 56).

Come conciliare questa conclusione con la ricordata affermazione della necessità che il danneggiato provi il nesso tra l'evento dannoso e il trattamento *in violazione* del Regolamento?

Si potrebbe al riguardo ipotizzare che l'attore, che domandi il ristoro dei danni patiti, debba quantomeno *allegare* che l'evento dannoso, la cui non imputabilità è materia di prova per il convenuto, scaturisce da un

---

fatto e quello della *lesione*, v. PIRAINO, *Le cause di giustificazione della responsabilità civile e la nuova legittima difesa*, in *Nuove leggi civ.*, 2020, p. 1 ss.

(42) Si fatica a condividere l'affermazione che, essendosi addossata la prova della non imputabilità in alcun modo sul soggetto attivo del trattamento, l'interessato «potrà, *di fatto, limitarsi a provare la mera violazione dei principi e delle regole di condotta del GDPR*, nonché allegare la lesione di un diritto…» (enfasi aggiunta): così MAIETTA, *loc. ult. cit.* Ad avviso di chi scrive, la prova di uno specifico obbligo gravante sul titolare o, ancor di più, di una inadeguata implementazione dei principi in materia di trattamento, si potrebbe rilevare incombente di difficile assolvimento in concreto in una vasta pluralità di situazioni.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

trattamento non conforme e non dal trattamento *tout court*, come sarebbe se si trattasse di una responsabilità per puro rischio.

Esemplificando, a fronte di un "furto di dati" che conduca ad una lesione dell'immagine dell'interessato (dacché i dati sottratti vengono poi diffusi presso il pubblico), l'attore deve anzitutto provare l'evento dannoso e la sua riconducibilità al *fatto* del trattamento (dunque, che i dati personali erano trattati dal convenuto). Potrebbe allora dirsi che l'attore abbia assolto al proprio onere probatorio. Ma poiché a rilevare non è solo l'evento dannoso, bensì la sua riconducibilità ad un trattamento *contra legem*, è ragionevole ritenere che egli debba anche – e però soltanto – dedurre che il *data breach* avrebbe dovuto essere evitato.

Se nell'esempio tratteggiato l'evento rende *prima facie* "antigiuridico" il trattamento (potendo allora probabilmente il giudice, anche in assenza del paragrafo 3 dell'art. 82 GDPR, presumere la colpa facendo leva su un criterio di vicinanza alla fonte della prova), la stessa conclusione non sarebbe egualmente scontata se il danneggiato fondasse la propria pretesa risarcitoria su un fatto che *ipse non loquitur*. Ancora esemplificando, s'immagini che l'attore si reputi danneggiato da un trattamento che assume basato su un consenso privo delle caratteristiche postulate dall'art. 4, n. 11, GDPR. Se il convenuto esibisce, ottemperando al disposto del successivo art. 7, un documento donde risulta la prestazione del consenso, ciò potrebbe non bastare a ritenere integrate tutte quelle caratteristiche. Il consenso potrebbe non risultare, ad es., autenticamente libero [43]. Il punto è allora se si debba onerare il titolare di dare la prova *sotto tutti i profili* possibili della conformità al Regolamento, qui, cioè, della libertà del consenso, pur in assenza di qualsivoglia contestazione. Ad avviso di chi scrive, pare ragionevole richiedere che sia l'attore a dover *dedurre* che il proprio consenso non è stato fornito liberamente e per quale ragione (magari perché irretito dalla prospettiva di godere, quale contropartita, di un servizio fornito dal titolare). Il che si traduce non nel sobbarcarlo del compito di *provare* che il titolare ha contravvenuto ad uno specifico *standard* di comportamento (provandone così, in positivo, la colpa), bensì di quello, di gran lunga meno impegnativo, di indicare in che termini il trattamento può averlo in astratto mancato, segnando in tal modo il perimetro della prova della non imputabilità [44].

---

[43] Sul delicato tema della libertà del consenso, oggetto, in tempi recenti, di un vivace dibattito nella prospettiva dello "scambio" tra beni o servizi e dati personali, si rinvia a FINOCCHIARO, *Consenso al trattamento e libertà*, in *Persona e Mercato*, 2024, p. 3 ss., ove ulteriori riferimenti.

[44] La posizione qui sostenuta non pare dissimile da quella di VAN ALSENOY, *Liability*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

4. – Il requisito della violazione del Regolamento evidenzia che la traslazione del costo del danno dal danneggiato al danneggiante non si giustifica per l'oggettiva circostanza di effettuare operazioni di trattamento di dati personali, bensì perché queste risultano non conformi al quadro normativo inteso ad assicurarne la protezione. La suggestione, fatta propria pure dalla Corte di Giustizia (45), che in tal modo il legislatore europeo avrebbe inteso offrire ai soggetti attivi del trattamento una qualche forma di prevedibilità rispetto all'insorgere della responsabilità pare smentita da un esame, anche rapido, della struttura delle principali disposizioni, in gran parte già evocate, che ne disciplinano i doveri.

Ne emerge infatti l'utilizzo di due differenti tecniche di definizione della liceità, intesa in senso ampio, del trattamento. Esso è tale, anzitutto, se ed in quanto contrassegnato dalla mancata osservanza di prescrizioni specifiche. D'altro canto, l'illiceità può dipendere dal mancato rispetto di uno *standard* ideale nel concepire, attuare, e debitamente rivedere, un complesso e complessivo sistema di gestione dei rischi inerenti al trattamento, che trova la propria disciplina di riferimento in disposizioni del GDPR aventi un contenuto flessibile, accostabili al tipo delle clausole generali (46).

Da un lato, dunque, è vero che il Regolamento contiene anche prescrizioni definite e puntuali, che impongono univoci comportamenti in capo al titolare (o al responsabile), rispetto alle quali l'accertamento del profilo oggettivo dell'infrazione non si presenta particolarmente problematico.

---

under EU data protection law: from Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation, cit., p. 283, («*As a result, one could argue that the data subject no longer carries the burden of proof of demonstrating exactly where the processing went wrong. At the very least, the argument can be made that the provisions of the GDPR regarding accountability…reinforce the notion that the controller is in fact "best placed" to proffer evidence of the measures it has taken to ensure compliance. Even if the legal burden of proof is still borne by the data subject, the evidential burden of proof should de facto shift to the controller as soon as the data subject has offered prima facie evidence of an unlawful processing activity*»). Cfr., altresì, De Hert, Papakonstantinou, Wright, Gutwirth, *The proposed Regulation and the construction of a principles-driven system for individual data protection*, in *Innovation: The European Journal of Social Science Research*, 2013, vol. 26, nn. 1-2, p. 141.

(45) V. *Krankenversicherung Nordrhein*, cit., § 100.

(46) La constatazione dell'esistenza di tali tecniche per la definizione del perimetro di correttezza del trattamento è frequente nella letteratura specialistica. Per un riscontro, cfr. Gambini, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, cit., p. 1034, che distingue tra «parametri specifici e oggettivamente apprezzabili» e «clausole generali»; Salanitro, *Illecito trattamento dei dati personali e risarcimento del danno nel prisma della corte di giustizia*, cit., p. 438 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Dall'altro lato, pare innegabile che lo stesso Regolamento, nel definire gli obblighi di sicurezza (intesi in senso ampio) fatti gravare sui soggetti attivi del trattamento, si affida a formule generali ed elastiche (artt. 24, 25, 28 parr. 1, 32 GDPR), limitandosi ad indicare alcune delle misure, di stampo sia organizzativo sia tecnico, idonee a mitigare i rischi, e affidando l'implementazione dei principi in materia di trattamento agli stessi soggetti attivi (47). E non va trascurato che l'eventuale specificità del contenuto degli obblighi non impedisce di fare operare, anche rispetto ad essi, i principi e le clausole generali, con possibili ricadute in punto di responsabilità civile (48).

Quanto osservato impone di chiarire che la segnalata distinzione tra precetti specifici e *standard* "elastici", qui proiettata sul terreno aquiliano, non assolve solo ad un'esigenza tassonomica, ma impone di affrontare alcuni nodi critici, frequentati nelle trattazioni in materia di colpa, che attengono all'interazione tra regole di prevenzione e regole di responsabilità.

Un conto infatti è formulare un giudizio di colpa nell'ambito di una regola che, quantunque contenuta in una fonte scritta che ne indica anche la prospettiva assiologica, possiede un contenuto intrinsecamente elastico, chiamando l'interprete a definire *in concreto* il precetto cautelare la cui violazione rende antigiuridica la condotta. Non bastando, in tale scenario, riferire l'evento dannoso ad una indefinita violazione del dovere di trattare i dati in maniera conforme, occorre infatti ulteriormente interrogarsi sulle misure esigibili dal titolare (o dal responsabile) del trattamento che quello stesso evento avrebbero prevenuto.

Diversamente, a fronte di una regola formulata in modo tale da imporre una specifica misura di sicurezza o comunque una condotta delineata precisamente nel proprio contenuto, la prima domanda è se essa debba

---

(47) Cfr. FINOCCHIARO, *Il principio di accountability*, cit., p. 2778; RATTI, *sub* art. 25 GDPR, in *Codice della privacy e data protection*, cit., p. 418 ss.; ESPOSITO, *sub* art. 32 GDPR, *ivi*, p. 508 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 11 ottobre 2023, n. 28385, in *Onelegale*.

(48) Cfr. FINOCCHIARO, *Il principio di accountability*, cit., p. 2779, ove si sottolinea che il principio di *accountability* si declina anche nel senso di richiedere la «adozione di misure di protezione dei dati personali ulteriori rispetto a quelle previste dalla normativa vigente»; SALANITRO, *Illecito trattamento dei dati personali e risarcimento del danno nel prisma della corte di giustizia*, cit., p. 438 ss., il quale, nell'analizzare il Regolamento sotto tale profilo, evidenzia l'esistenza (per lo più) di «obblighi di condotta» e (meno di frequente) di «obblighi di risultato». E conclude rilevando che «ogni disposizione che impone un obbiettivo specifico, anche in assenza di un richiamo espresso, può essere coordinata con la pretesa di comportamenti, che siano declinazione del principio di sicurezza di cui alla lett. f dell'art. 5 GDPR e/o del principio di *accountability*, di cui all'art. 24 GDPR».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

possedere, oppure no, autentico contenuto cautelare rispetto all'evento di danno per essere rilevante in punto di responsabilità (49).

La soluzione, in armonia con l'elaborazione dottrinale in materia di colpa, dev'essere positiva (50).

Sotto un primo profilo, infatti, laddove difetti un nesso di causalità tra la violazione della prescrizione specifica e l'evento dannoso, condannare cionondimeno al risarcimento equivarrebbe: o a tramutare questo in una sanzione civile; o a riconoscere in capo al soggetto attivo del trattamento una responsabilità per il fatto oggettivo dello svolgimento dell'attività di trattamento non conforme. Il primo corno dell'alternativa si scontra con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che in questa sede non può approfondirsi, secondo cui l'art. 82 GDPR assolve ad una funzione compensatoria e non già sanzionatoria (51). L'altro sembra agevolmente contrastato dal rilievo che la prova della non imputabilità del danno, in funzione di esonero da responsabilità, non può *a fortiori* che ricomprendere quella dell'assenza di legame eziologico tra addebito di non conformità e pregiudizio, finendosi altrimenti per svuotare il requisito soggettivo dell'imputazione (52).

---

(49) Così, ci si può chiedere se l'intempestiva e in sé colpevole notifica di un *data breach* sia fonte di responsabilità per il titolare cui però l'accesso abusivo da parte di terzi non fosse «in alcun modo imputabile». Salva l'esistenza di un *differente* pregiudizio causalmente riconducibile alla violazione dell'art. 34 GDPR (ad es., la ritardata conoscenza della fuga di informazioni non ha consentito all'interessato di correre ai ripari), non si può ricollegare a questa stessa violazione il danno di contro riferibile al precedente accesso abusivo.

(50) Si tratta di acquisizione consolidata nelle teorizzazioni della colpa: cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5 la responsabilità*, Milano, 2021, p. 554 s.; FRANZONI, *Fatti illeciti (artt. 2043-2049 c.c.)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, Bologna, 2020, p. 66 ss.; RUFFOLO, *Colpa e responsabilità*, in *Diritto Civile*, diretto da LIPARI e RESCIGNO e coordinato da ZOPPINI, vol. 4, *Attuazione e tutela dei diritti*, III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, p. 80; MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 92.

(51) V. CGUE, III sez., 4 maggio 2023, *UI* c. *Österreichische Post AG*, C-300/21, par. 40, 58 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, p. 1112 ss., con nota di CALABRESE, *Il danno da "perdita di controllo dei dati personali" nel pensiero della Corte di Giustizia UE*, su cui v., *ivi*, i contributi di CAMARDI, *Illecito trattamento dei dati e danno non patrimoniale. Verso una dogmatica europea*, cit., S. PATTI, *Il risarcimento del danno immateriale secondo la Corte di Giustizia* (p. 1146), C. SCOGNAMIGLIO, *Danno e risarcimento nel sistema del Rgpd: un primo nucleo di disciplina eurounitaria della responsabilità civile?* (p. 1150); in *Foro it.*, 2023, IV, c. 293 ss., con nota di FEDERICO, *«La tempesta perfetta»: ultime dalla Corte di Lussemburgo su danno (non patrimoniale) da illecito trattamento dei dati personali e possibili risvolti in tema di tutela collettiva*. V., altresì, CGUE, *Krankenversicherung Nordrhein*, cit., § 85; *MediaMarktSaturn*, cit., §§ 48, 54.

(52) Come detto, la Corte di Giustizia sottolinea che il danno dev'essere conseguenza della violazione. V., segnatamente, *Natsionalna agentsia za prihodite*, cit., §71 s., ove si riconosce che il titolare può provare che un attacco hacker che determini una violazione

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Appurata la natura cautelare della regola specifica, rispetto all'evento dannoso concretamente verificatosi, il problema che s'affaccia immediatamente di seguito attiene alla possibilità di scrivere un'equazione sicura tra la sua violazione e l'esistenza della colpa. Dovrà, dunque, il giudice, sul solo presupposto della riscontrata difformità tra prescrizione del GDPR e misure concretamente adottate dal titolare, ritenere quest'ultimo in colpa, oppure rimarranno nondimeno margini per esonerarlo dalla responsabilità? (53).

A complicare la questione è l'agevole rilievo che non è detto che la regola astratta posta dal legislatore per scongiurare o ridurre un certo rischio esprima in ogni caso la misura concreta più adeguata. Ciò in due possibili prospettive. L'una, inversa rispetto a quella poco prima abbracciata, secondo la quale un addebito potrebbe essere mosso al preteso danneggiante per non essersi discostato dalla specifica prescrizione, adottando una diversa cautela, maggiormente consona a fronteggiare il rischio. Qui in discussione sarebbe l'adeguatezza della misura astratta prescritta rispetto al rischio concreto, e la sua rivedibilità in sede di (concreta, appunto) valutazione del rischio. Sembra si tratti, tuttavia, di uno scenario di difficile verificazione.

L'altra prospettiva evoca una situazione, di contro, tutt'altro che infrequente: come già accennato, è ben possibile ritenere doverosa l'integrazione delle misure comandate in prescrizioni puntuali con altre, non definite dalla normativa, ma appalesatesi necessarie all'esito e in ragione di una valutazione concreta del rischio, condotta al lume dei principi che sono espressione dell'*accountability* (artt. 5, 24, 25, 32 GDPR) (54).

---

dei dati (*data breach*) «non può essere imputata al titolare del trattamento, a meno che quest'ultimo non abbia reso possibile detta violazione violando un obbligo previsto dal RGPD, e in particolare l'obbligo di protezione dei dati cui è tenuto in forza dell'articolo 5, paragrafo 1, lettera f), e degli articoli 24 e 32 del medesimo regolamento», ossia che «non sussiste alcun nesso di causalità tra la sua eventuale violazione dell'obbligo di protezione dei dati e il danno subito dalla persona fisica».

(53) Sul dibattito interno in merito al problema della colpa per inosservanza di regole cautelari specifiche v., senza pretesa di completezza, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5 la responsabilità*, cit., p. 554; FRANZONI, *Fatti illeciti (artt. 2043-2049 c.c.)*, cit., p. 69; BUSSANI, *L'illecito civile*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, Napoli, 2020, p. 510; RUFFOLO, *Colpa e responsabilità*, cit., p. 80; CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo a una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996, p. 307 ss. In generale, sulla necessità di una valutazione *in concreto* della condotta dell'agente alla luce delle circostanze (cui ci si riferisce, secondo le diverse terminologie, come colpa "in concreto" o "soggettiva", contrapposta ad una "in astratto" oppure "oggettiva"), cfr. ALPA, BESSONE E ZENO-ZENCOVICH, *I criteri di imputazione: colpa, dolo, rischio*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Rescigno, t. 14, *Obbligazioni e contratti*[2], VI, Torino, 1995, p. 77; BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, XVI, Treccani, 1989, p. 9.

(54) Sulle misure specifiche prescritte dal GDPR come standard minimo v., *ex aliis*, FINOCCHIARO, *Il principio di accountability*, cit., p. 2779; DUMORTIER, GRYFFOY, *sub* art. 24 GDPR, cit., p. 575.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In assenza, allo stato, di indicazioni al riguardo nelle decisioni della Corte del Lussemburgo, i problemi in esame rimangono esposti alle diverse impostazioni maturate in relazione alla più corretta ricostruzione del giudizio qualificatorio di colpa, che invero possono, per il momento, farsi prescindere dalla *fonte* della regola cautelare o, meglio, posto che un nesso con un precetto del GDPR deve pur emergere, con il grado di *specificità* di questo.

Intuitivamente, dunque, il futuro della nozione eurounitaria di colpa si giocherà sull'arato campo che vede concezioni d'impronta oggettivistica confrontarsi con impostazioni soggettivistiche.

Volendo sintetizzare un discorso che richiederebbe ben più ampio spazio, si può certamente cominciare con il notare che, non essendo sostenibile parametrare la colpa sulle (errate) abitudini del convenuto con l'azione di responsabilità (*diligentia quam in suis*) (55), l'individuazione dell'agente modello di riferimento – idealtipico – va senz'altro compiuta attingendo dall'esterno di quello concreto: ciò in ossequio ad una visione moderna della responsabilità civile, salda nella sua essenziale funzione compensativa dei danni conseguenti a rischi socialmente inaccettabili (56).

Come anticipato, tuttavia, affermare che il dovere di prevenzione è da commisurare ad un parametro sociale esterno, oggettivamente apprezzabile, non significa però anche ritenere che ogni scarto tra l'agente concreto e l'agente modello costituisca in colpa il primo. Parte della dottrina ritiene necessario, infatti, prendere in considerazione le personali condizioni del preteso danneggiante, avuto riguardo sia ad eventuali deficienze fisico-psichiche, sia al valore sociale dell'attività dal medesimo svolta, al fine ultimo di evitare che l'imputazione obbiettiva di uno *standard* sociale si trasformi in un impedimento alla partecipazione alla vita sociale (57).

---

(55) Cfr. FORCHIELLI, voce *Colpa I) diritto civile*, in *Enc. giur.*, Treccani, VI, 1988, p. 1 ss. e ora in *Scritti giuridici* (1948-1994), Padova, 2000, p. 486; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 656 s.; RODOTÀ, voce *Diligenza*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 544 ss.; GIORGIANNI, voce *Buon padre di famiglia*, in *Novissimo dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 596 ss.

(56) Le esigenze pratico-sistematiche che hanno portato ad affermare la necessità di riferirsi a uno standard oggettivo della colpa sono ben note: riduzione e semplificazione dei costi terziari (nell'accezione calabresiana) degli incidenti; finalità compensativa della responsabilità civile; tutela dell'affidamento degli altri consociati su un modulo comportamentale omogeneo. Cfr. sul punto, senza pretesa d'esaustività, CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo a una teoria della responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 148 ss.; VISINTINI, *I fatti illeciti*, II, *La colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, Padova, 1990, p. 39; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 32 ss.

(57) Cfr. BUSSANI, *L'illecito civile*, cit., p. 519 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Certo, viene subito spontaneo chiedersi se la soggettivazione del parametro di giudizio abbia un qualche senso rispetto all'attività di trattamento dei dati governata dal GDPR, la quale è per lo più svolta da imprese o professionisti (58). Si tratterebbe dunque di uno pseudo-problema, se non fosse però che, stando alla giurisprudenza unionale, la *household exemption* va letta in chiave restrittiva (59). Di qui la possibilità che anche persone fisiche, dotate di un variabile grado di istruzione e alfabetizzazione digitale, siano considerate alla stregua di titolari di trattamento (60).

Ad ogni modo, se pure il trattamento dannoso è stato effettuato nell'ambito di un'attività d'impresa (o comunque professionale) ed appare dunque depurato da esigenze di tutelare in chiave solidaristica la persona dell'agente, nondimeno il compito di fissare lo *standard* professionale socialmente adeguato ai rischi creati con la stessa attività non può prescindere da una qualche forma di individualizzazione delle circostanze, che consenta di procedere alla costruzione del modello ideale di riferimento (61).

Tale individualizzazione dovrebbe poggiare su elementi oggettivi, attinenti al contenuto e alle finalità dell'attività svolta, avuto particolare riguardo alla tipologia di dati coinvolti, alle tecniche (anche di carattere organizzativo) e alle tecnologie disponibili per rendere sicuro il trattamen-

---

(58) Cfr. TOSI, *Illecito trattamento dei dati personali, responsabilizzazione, responsabilità oggettiva e danno nel GDPR: funzione deterrente-sanzionatoria e rinascita del danno morale soggettivo*, cit., p. 1130.

(59) Cfr. CGUE, 14 febbraio 2019, *Buivids*, C-345/17; 10 luglio 2018, *Jehovan todistajat*, C-25/17; 11 dicembre 2014, *Ryneš*, C-212/13, §§ 31 e 33; 16 dicembre 2008, *Satakunnan Markkinapörssi* e *Satamedia*, C-73/07, § 44; 6 novembre 2003, *Lindqvist*, C-101/01, § 47, tutte in *www.curia.eu*. In dottrina, per un'ampia analisi del problema, cfr. GRAZIADEI, sub *art. 2 GDPR*, in *Codice della privacy e data protection*, cit., p. 138 ss.; SPANGARO, *L'ambito di applicazione materiale della disciplina del Regolamento Europeo 679/2016*, in *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, cit., p. 35 ss.

(60) Al riguardo, cfr. SALANITRO, *Illecito trattamento dei dati personali e risarcimento del danno nel prisma della corte di giustizia*, cit., p. 449, il quale rileva che «trattandosi di discipline riferite tendenzialmente ad attività professionali, la rilevanza delle condizioni soggettive assumerebbe comunque una portata limitata, intervenendo soltanto in casi eccezionali».

(61) Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5 la responsabilità*, cit., p. 552; FRANZONI, *Fatti illeciti (artt. 2043-2049 c.c.)*, cit., p. 68 e 73; RUFFOLO, *Colpa e responsabilità*, cit., p. 86 ss.; Monateri, *La responsabilità civile*, cit., p. 105 ss.; ALPA, BESSONE, ZENO-ZENCOVICH, *I criteri di imputazione: colpa, dolo, rischio*, cit., p. 80; VISINTINI, *I fatti illeciti*, II, cit., p. 16; SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, p. 1225 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, cit., p. 657; MAIORCA, voce *Colpa civile (Teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 576.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

to e ai rischi che conseguono a questo. Indicazioni in tale direzione si traggono dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sopra analizzata, laddove, in particolare, si sottolinea che l'adeguatezza delle misure al rischio dev'essere valutata secondo i molteplici parametri di cui agli artt. 24 s. e 32 GDPR, tenuto cioè tra l'altro conto, per un verso, dello «stato dell'arte» e, per altro verso, dei «costi di attuazione». Nella prospettiva *post damnum*, dunque, il raffronto va fatto tra come il preteso responsabile ha inteso prevenire il rischio e un modello ideale determinato alla luce dei citati fattori rilevanti (62).

Il nodo critico, in quest'ambito, consiste nel trovare un equilibrio tra valorizzazione delle peculiari circostanze dell'attività concreta da giudicare e l'esigenza, contrapposta, di non frammentare oltremodo la costruzione dell'idealtipo, svuotando così di senso l'operazione di raffronto, che dovrebbe essere funzionale a rendere razionale l'addebito di negligenza, imperizia, imprudenza o, se si preferisce, d'inadeguata gestione del rischio.

Il problema segnalato esiste, in tutta la sua gravità, ma non si presta ad essere risolto in astratto, con formule generali. Solo paiono possibili alcune considerazioni di sintesi su alcuni parametri di valutazione *ante damnum*, già evocati, e sulla loro proiezione nel giudizio di allocazione del danno, affidato al giudice.

Innanzitutto, quanto allo «stato dell'arte», può osservarsi, con il Comitato europeo per la protezione dei dati, che tale concetto sottende un obbligo di aggiornamento dinamico all'evoluzione della tecnologia, nonché delle *best practice* gestionali e organizzative: esso evoca un livello collocato tra le «conoscenze e ricerche scientifiche esistenti e le più consolidate regole tecniche generalmente riconosciute» (63).

In secondo luogo, viene in rilievo il profilo dei «costi di attuazione». Esso, stando, ancora una volta, alle indicazioni dell'*EDPB*, sembra destinato a giustificare la scelta di una misura, almeno analogamente, efficace rispetto al rischio e non già un puro risparmio di spesa (64). Naturalmente,

---

(62) Cfr. PALMERINI, *sub* art. 82 GDPR, cit., p. 2501, ove s'osserva che «*ex post* dobbiamo attenderci che il giudizio di responsabilità…sia parametrato sulle caratteristiche specifiche del trattamento e sulla sua rispondenza al livello organizzativo e di sicurezza esigibile dalla classe cui appartiene».

(63) V. EDPB, *Linee guida 4/2019 sull'articolo 25*, 20 ottobre 2020, disponibili sul sito *www.edpb.europa.eu*, par. 18 ss.

(64) V. EDPB, *Linee guida 4/2019 sull'articolo 25*, cit., par. 24 s.: «Il fattore costo implica che il titolare non impieghi una quantità sproporzionata di risorse nel caso in cui esistano misure alternative, *meno dispendiose, ma efficaci* (…). Le misure individuate devono pertanto garantire che l'attività di trattamento prevista dal titolare non comporti trattamenti di dati personali in violazione dei principi, *indipendentemente dal costo di tali misure*. I

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'adeguatezza delle decisioni tecnico-organizzative, volte a prevenire il rischio e a fronteggiare le conseguenze del suo inveramento, va preliminarmente vagliata alla stregua del contesto, delle finalità e dell'oggetto (in termini di tipologia, quantità e qualità dei dati) del trattamento, dovendosi senz'altro giudicare in colpa un titolare che abbia adottato una tecnologia costosa e all'avanguardia ma del tutto inadeguata al rischio specificamente connesso al trattamento concretamente svolto.

In sintesi, l'interazione tra i citati fattori ha portato la dottrina, che si è occupata del tema nella prospettiva del *risk management*, a suggerire il ricorso al criterio della ragionevolezza, ovvero a quello della proporzionalità, per guidare l'attività valutativa, prima del soggetto attivo e, poi, di chi è chiamato a vagliare le scelte dal medesimo compiute (65). Identica valutazione sembra quindi estendibile al piano della responsabilità per danni, coerentemente con l'idea dell'imputazione a titolo di colpa come giudizio imperniato su una prognosi postuma in ordine all'adeguatezza prevenzionale (66).

---

titolari devono essere in grado di gestire i costi complessivi per poter attuare efficacemente tutti i principi e, di conseguenza, tutelare i diritti» (enfasi aggiunta). Sul punto, cfr., altresì, ESPOSITO, *op. cit*., p. 509 ove ulteriori riferimenti. La nozione di costi di attuazione è venata di una sfumatura che valorizza la proporzionalità tra investimento di risorse e adeguatezza delle misure nel periodare di Cass., 11 ottobre 2023, n. 28385., cit., («i costi di attuazione [vanno] intesi come il tempo e le risorse umane, in modo tale che siano impiegate misure adatte ed efficaci per la protezione dei dati, evitando l'utilizzo di una quantità sproporzionata di risorse»).

(65) Evocano la ragionevolezza, *ex aliis*, RATTI, *La responsabilità da illecito trattamento dei dati personali*, cit., 420; BRAVO, *L'«architettura» del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi*, in *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 833; MOLLO, *Gli obblighi di protezione previsti in funzione di protezione dei dati personali*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., p. 276 ss.; D'ORAZIO, *Protezione dei dati* by default *e* by design, in *La nuova disciplina europea sulla privacy,* a cura di Sica, D'Antonio e Riccio, Milano, p. 95 ss. Il concetto di ragionevolezza, del resto, riguarda moltissimi aspetti della disciplina della *data protection* recata dal Regolamento: FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo*, cit., p. 23 s. Discorrono di proporzionalità tra rischio e misure preventive, DUMORTIER, GRYFFOY, *sub* art. 24 GDPR, in *General Data Protection Regulation. Article-by-Article Commentary*, cit., p. 565; MANTELERO, *La gestione del rischio*, in *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, cit., p. 515.

(66) L'assunto parrebbe pacifico. Cfr., in dottrina, in luogo di molti, MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Milano, 2012, p. 46 ss. In giurisprudenza, il profilo di prevedibilità soggettiva, idoneo a distinguere l'elemento eziologico da quello dell'imputazione dell'evento dannoso, è sviscerato nella motivazione di Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Danno e resp.*, 2008, 827, con nota di GRECO, *Le Sezioni Unite ed il limite prescrizionale nel danno da emotrasfusioni infette*; in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, p. 623 ss., con nota di QUERCI, *La rilevanza della prescrizione nella responsabilità extracontrattuale per danni da emotrasfusioni ed emoderivati*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'osservazione impone comunque di chiarire che la predicata necessità di procedere ad una valorizzazione delle circostanze concrete del trattamento allo scopo di individuare il modello ideale di titolare (o responsabile), con cui confrontare quello concreto, non deve poter significare un esonero da responsabilità per i soggetti attivi che abbiano inteso assumersi rischi sproporzionati rispetto alle proprie capacità tecnico-finanziarie. Infatti, in siffatto scenario, una colpa può dirsi senz'altro sussistente nella "forma" – prendendo a prestito dall'elaborazione penalistica – della c.d. "colpa per assunzione", che vale compendiosamente ad indicare un profilo di negligenza a monte, consistente non aver conseguito, prima di iniziare una certa attività, conoscenze e mezzi necessari per contenere i rischi entro il livello normativamente accettabile (67).

Alla luce di queste considerazioni d'insieme, è possibile riprendere, con maggior costrutto, il discorso sui rapporti tra regola a contenuto specifico e colpa. Si può anzitutto porre in risalto, a tal riguardo, come i precetti del Regolamento prescriventi ben definite condotte possano considerarsi alla stregua di una definizione astratta del livello di rischio accettabile. La loro violazione autorizza il giudice a ritenere comprovata, per ciò stesso, la colpa, in quanto si può ritenere che il legislatore abbia inteso il loro rispetto quale misura preventiva senz'altro esigibile ed economicamente sostenibile da parte di un autore del trattamento ideale.

Solo eccezionalmente il soggetto attivo del trattamento potrà andare esente da responsabilità. A ben vedere, in quest'ipotesi non rientrano le due situazioni sopra accennate: l'una, in cui la misura imposta dalla legge sia da considerarsi quale "minima" e non bastevole a ritenere il trattamento conforme; l'altra – di difficile configurazione – in cui il discostarsi dal precetto cautelare, per adottare una misura *alternativa* (non già, quindi, integrativa), costituisca una più adeguata risposta al rischio. Infatti, in ambo i casi, si tratta di modellare il titolare (o responsabile) ideale sulla situazione concreta.

Diversamente, ci si può chiedere se, ferma l'oggettiva infrazione della norma cautelare, la violazione possa dirsi scusata da talune circostanze di fatto ed essere, dunque, non imputabile. Tali circostanze potrebbero riguardare, in particolare, la erronea, ma, appunto, soggettivamente scusabile, interpretazione della norma cautelare o l'errata percezione dei profili di fatto che ne rendono doverosa l'osservanza. Potendosi, in via di massi-

(67) Sulla quale v., per tutti, le voci enciclopediche di PISANI, voce *Colpa per assunzione*, in *Enc. dir.*, I Tematici, *Reato colposo*, Milano, 2021, p. 233 ss.; e di PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, X, Milano, 2017, p. 222 ss., spec. p. 244.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ma, immaginare che l'attività di trattamento sia svolta in veste professionale e, dunque, inserita all'interno di una variamente complessa organizzazione economica, è lecito dubitare che tali considerazioni possano condurre, se non in ipotesi del tutto peculiari, ad una sì intensa "soggettivazione" del criterio della colpa (68). Ciò, naturalmente, a patto di non trasformare il giudizio di prognosi postuma in cui la stessa consiste, compiuto collocandosi nella stessa posizione rivestita dall'agente concreto *ante damnum*, in una valutazione retrospettiva di adeguatezza delle cautele adottate; il senno del poi, infatti, la trasformerebbe in un criterio surrettiziamente oggettivo (69).

La tendenziale esclusione di profili soggettivi di scusabilità trova giustificazione anzitutto nella locuzione avverbiale rafforzativa impiegata nel formulare la prova liberatoria. Vi è inoltre da considerare che il predicato bilanciamento tra protezione della persona e sviluppo del mercato unico digitale, dunque la «ponderazione degli interessi del responsabile [*recte*, titolare] del trattamento e delle persone i cui dati personali sono trattati» (70), richiede di radicare l'esclusione da responsabilità in un interesse del titolare di rango poziore rispetto a quello al ristoro dei pregiudizi conseguenti la lesione di un diritto della persona: la scusabilità, in ordine sia alla regola cautelare specifica sia a quella generica, deve dunque originare da situazioni idonee, sul piano dell'accettabilità sociale, a rendere inesigibile la condotta alternativa lecita (71).

---

(68) Cfr. SALANITRO, *Illecito trattamento dei dati personali e risarcimento del danno nel prisma della corte di giustizia*, cit., p. 448 s.: «Si potrebbe accogliere l'idea che l'esimente, essendo espressione di un modello regolativo sovranazionale, non debba essere vincolata alla concezione di colpa oggettiva consolidata nel nostro ordinamento, ma possa richiamare profili di soggettività secondo un modello di matrice tedesca. La genericità e la discrezionalità dell'intervento richiesto, infatti, potrebbero giustificare una regola, che dia rilievo all'esimente per errore scusabile…Tale interpretazione dell'esimente dovrebbe essere circoscritta a situazioni limite, in coerenza con il criterio testuale per cui l'evento non debba essere "in alcun modo" imputabile: ad esempio al caso in cui il titolare del trattamento si sia affidato ad un professionista esperto che abbia fornito un parere univoco sulla base di una posizione consolidata, successivamente superata dall'interpretazione degli organi di controllo».

(69) Lo spiegavano brillantemente già quarant'anni or sono, con gli strumenti d'analisi giuseconimica, CALABRESI, KLEVORICK, *Four Tests for Liability in Torts*, in *Journal of Legal Studies*, Vol. 14, 1985, p. 585 ss., spec. 590. Per riprendere l'esempio formulato dalla dottrina citata a chiusura della nota precedente, si può suggerire che il titolare che siasi conformato al parere del professionista si è comportato come l'agente modello avrebbe fatto. Essendosi conformato ad una valutazione pienamente ragionevole, di colpa non si potrebbe parlare se non con il senno del poi.

(70) Secondo l'espressione che si ritrova in *Krankenversicherung Nordrhein*, cit., § 98.

(71) Pertanto, di regola, la valutazione dovrà essere condotta, utilizzando le categorie della dottrina domestica, con riferimento ad una prevedibilità ed evitabilità dell'evento

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Riannodando i fili del discorso in funzione di sintesi, si può dire che la violazione di prescrizioni puntuali del Regolamento viene in rilievo nella sua obbiettività, salvo non si accerti che nemmeno l'agente modello, collocato in luogo di quello concreto al cospetto del rischio, avrebbe compiuto scelte differenti rispetto al titolare o al responsabile. E che in ogni caso la flessibilità di cui godono i soggetti attivi del trattamento nella gestione dei rischi, che fa da *pendant* alla relativa responsabilizzazione, impone sempre di valutare se potesse esigersi l'adozione di ulteriori o diverse misure preventive. Una volta accertata l'adeguatezza anche di queste, però, il giudice dovrà rigettare la domanda risarcitoria, rimanendo escluso che la non imputabilità dell'evento dannoso, ossia la liberazione dalla colpa presunta, si dia quale prova, critica o storica, che il danno è dovuto all'intervento di un fattore estraneo alla sfera di controllo dell'autore del trattamento (72).

---

dannoso in astratto, ossia a prescindere dall'esame delle circostanze che del tutto *soggettivamente* potrebbero ritenere il soggetto attivo non in grado concretamente di prevedere le conseguenze dannose del trattamento a differenza del soggetto "modello". Questa, del resto, pare essere la concezione prevalente nella dottrina italiana sulla colpa: sul punto, cfr. MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, cit., p. 15 ss.; CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo a una teoria della responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 360, testo e nota 37; Diversamente, per la prevedibilità in concreto dell'evento dannoso s'era espressa, a proposito dell'art. 2043 c.c., Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, I, 1994, c. 3297 ss. con nota di PONZANELLI, *La Corte costituzionale e il danno da morte*; in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 3029 ss. con nota di BUSNELLI, *Tre "punti esclamativi", tre "punti interrogativi", un "punto e a capo"*; in *Resp. civ. e prev.*, 1994, p. 976 ss., con commenti di SCALFI, *L'uomo, la morte, la famiglia*, di NAVARRETTA, *Dall'esperienza del danno biologico da morte all'impianto dogmatico sul danno alla persona: il giudizio della Corte costituzionale*, e di GIANNINI, *La vittoria di Pirrone*. Se titolare o responsabile del trattamento fossero persone fisiche, un limite insuperabile per poter continuare a parlare di colpa potrebbe essere rappresentato dal requisito della imputabilità *ex* art. 2046 c.c. Cfr., tra gli altri, TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2021, p. 121 ss.; CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, 2018, p. 412 ss., che vi aggiunge il requisito della *suitas* (art. 42 c.p.). Tuttavia, poiché il trattamento dei dati non è attività che si esaurisca *uno actu*, ma è generalmente, ancorché variabilmente, complessa, il problema parrebbe (benché non inesistente, quantomeno) marginale.

(72) Cfr. la dottrina che invita a leggere la norma del Regolamento, in continuità con la regola dell'art. 2050 c.c., nel senso che richiede la prova del «caso fortuito e della forza maggiore»: SICA, *sub* art. 82 GDPR, cit., p. 893. Similmente, con riferimento al diritto previgente (art. 15 Codice della privacy), v'è chi sosteneva che la prova di aver adottato «tutte le misure idonee ad evitare il danno» dovesse leggersi come prova critica dell'esistenza di un fattore idoneo a rendere «impossibile l'adempimento del dovere legale» (così COMANDÉ, *sub* art. 15 D.lgs. n. 196/2003, in *La protezione dei dati personali. Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 «Codice della privacy»*, a cura di C. M. Bianca e Busnelli, Padova, 2007, p. 393). Muovendo da un inquadramento della responsabilità del titolare come contrattuale, BRAVO, *Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali*, cit., p. 414 ss., propone di leggere la prova liberatoria dell'art. 82

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

5. – La rapida evoluzione della tecnologia attraverso cui si svolge l'attività di trattamento dei dati personali o che ne può innalzare il livello di protezione interroga il criterio di imputazione basato sulla colpa presunta con un quesito duplice.

In prospettiva sincronica, ci si può domandare se il titolare possa essere chiamato a rispondere per l'inverarsi di rischi che, in virtù di strumenti tecnologici di cui dispone, ma che non sono generalmente disponibili sul mercato, quel medesimo titolare, e non altri che effettuino attività omologhe, è in grado di fronteggiare il rischio in modo più efficace. In prospettiva diacronica, invece, è lecito chiedersi se l'affinamento della tecnologia, tale da rendere ragionevolmente prevenibili rischi sino ad un certo momento non altrettanto efficacemente governabili, renda civilmente responsabile l'autore del trattamento.

Quanto al primo aspetto, va notato che l'affermazione di responsabilità a carico dell'agente concreto, più preparato al rischio di quello ideale, si espone all'obiezione che una superiore capacità preventiva non dovrebbe giocare in senso a lui sfavorevole, penalizzandolo: un irrigidimento della responsabilità si risolverebbe nell'esigere dall'agente in questione di adottare uno sforzo superiore alla media, costringendolo ad un investimento precauzionale sempre "massimo" (73).

L'obiezione, figlia della tradizione che difende l'uomo o il professionista "medio" come parametro per giudicare della colpa, non sembra deci-

---

con la lente dell'art. 1218 c.c., concludendo che «…i criteri proposti dal legislatore europeo per la valutazione di adeguatezza potrebbero essere utilizzati non quale parametro di valutazione della diligenza ma quale criterio utile per determinare, nella fattispecie concreta, quali siano i confini specifici dell'oggetto della prestazione richiesta al titolare del trattamento ed il cui mancato assolvimento genera una responsabilità *ex* art. 82 GDPR e 1218 c.c., salvo la prova della non imputabilità in alcun modo dell'evento dannoso e della non imputabilità della prestazione…». Al riguardo può osservarsi che, quantunque oggettivata e astratta, è pur sempre la diligenza nella predisposizione delle misure adeguate a costituire oggetto di valutazione ai fini del riscontro della violazione. Vero è che occorre guardare al risultato conseguito in termini, ad es., di sicurezza del trattamento da chi effettua il medesimo. E, tuttavia, il risultato va osservato ponendosi al posto di tale ultimo soggetto per verificare se la gestione (*lato sensu* intesa) del rischio sia stata adeguata alla luce delle circostanze, così lasciando un seppur modesto spazio di rilevanza ad eventuali errori, che siano senz'altro (e oggettivamente) scusabili.

(73) Cfr. FORCHIELLI, *La colpa lievissima*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, p. 3 ss. e ora in *Scritti giuridici* (1948-1994), cit., p. 241 ss. Di contro, per la possibilità di andare oltre il parametro mediano di valutazione allorché l'agente sia dotato di capacità superiori cfr. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 124 e già ID., voce *Illecito*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 110; FRANZONI, *Fatti illeciti (artt. 2043-2049 c.c.)*[2], cit., p. 68; RUFFOLO, *Colpa e responsabilità*, cit., p. 90 s.; MAIORCA, voce *Colpa civile (Teoria gen.)*, cit., pp. 576 e 580.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

siva o, meglio, richiede una puntualizzazione. Come si è osservato, la costruzione del modello ideale di titolare (o responsabile) del trattamento, nell'ambito del Regolamento generale, deve compiersi avuto riguardo ai fattori normativamente rilevanti per la valutazione dei rischi inerenti alla concreta attività coinvolgente dati personali. Conseguentemente, senza con ciò accreditare una valutazione soggettivistica della colpa come metro affatto personalizzato (74), anche le c.d. "capacità superiori" dell'agente possono contare, nella misura in cui influiscano su quegli stessi fattori.

A parità di natura, contesto, e finalità del trattamento, i profili differenziali, nell'ipotesi in esame, riguardano segnatamente lo «stato dell'arte» e i «costi di attuazione».

Sul punto, si può suggerire che dove la maggiore competenza tecnica consenta di evitare l'inverarsi di rischi generalmente non prevenibili (o, almeno, in modo non egualmente efficace), un'obiezione fondata sul maggior costo della sicurezza non potrebbe considerarsi sufficiente. Non basterebbe, però, a tal fine osservare che lo «stato dell'arte» sarebbe in tale scenario quello raggiunto dal titolare del trattamento: come sopra osservato, infatti, il Regolamento, accosta tale parametro proprio a quello dei costi di attuazione. Si dovrebbe semmai, ad avviso di chi scrive, distinguere due scenari. Un conto è infatti che la misura ulteriore, non generalmente disponibile, sia di pressoché certa efficacia, e il costo della sua attuazione non renda l'esercizio dell'attività di trattamento antieconomica, ove paragonata a quella degli operatori economici concorrenti non tenuti ad adottare la misura medesima. Altro conto è che, ad esempio, la tecnologia che potrebbe incrementare la sicurezza del trattamento si trovi ancora ad un livello sperimentale oppure che la sua adozione finisca per onerare il titolare di un costo tale da renderlo non più concorrenziale rispetto agli altri operatori economici, quasi a punirlo per aver impiegato risorse per la ricerca di soluzioni idonee ad ottenere un'incrementata capacità preventiva dei rischi. Nel primo caso, nell'ottica della tutela delle potenziali vittime, si ottiene di innalzare il livello di protezione con un significativo margine di certezza, al contempo senza disincentivare investimenti in sicurezza. Nel secondo, si rischia di favorire l'effetto contrario, onerando il titolare di un costo che solo eventualmente potrebbe essere ripagato in termini di protezione dei diritti dell'interessato o che, comunque, spingerebbe a non ulteriormente sviluppare e diffondere soluzioni tecnologiche innovative a beneficio di tutti.

---

(74) Il punto è ben chiarito in MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, cit., p. 20 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Con riferimento all'altra delle questioni tracciate, riconducibile al noto tema del c.d. rischio di sviluppo, occorre partire dall'osservazione, scontata, che la valutazione e la prevenzione dei rischi inerenti al trattamento si protrae fino a che questo dura, come si ricava dalla precisazione che chiude il primo par. dell'art. 24 GDPR (75).

Alla luce dell'obbligo di aggiornare le misure tecnico-organizzative già adottate, appare dunque chiaro che il titolare non potrà invocare a propria discolpa il progresso della tecnologia alla quale non si sia adeguato. Diversamente, la questione rimane aperta rispetto all'ipotesi in cui l'attività di trattamento sia cessata e si tratti di giudicare *ex post* le scelte compiute dal titolare a fronte di rischi che all'epoca in cui il trattamento è stato effettuato non risultavano in egual modo prevenibili. La già evidenziata natura di prognosi postuma del giudizio sulla colpa dovrebbe in tal caso consentire al convenuto con l'azione risarcitoria di liberarsi da responsabilità se anteriormente all'evento dannoso le misure di sicurezza non erano generalmente disponibili o, comunque, ragionevolmente esigibili in relazione al contesto concreto in cui il trattamento si è svolto.

6. – Il criterio, sino a qui illustrato, di imputazione della responsabilità civile a chi tratti i dati personali altrui appare non solo armonico rispetto al processo di progressiva "oggettivazione" del concetto giuridico di colpa (almeno in ambito civile) – da lungo tempo in atto e puntualmente registrato dalla dottrina di diversi Paesi del Continente europeo (76) – che la sospinge sempre più lontano dalla visione etico-psicologista, venata di connotazioni sanzionatorie, che ne aveva caratterizzato la storia, almeno a partire dall'ottocento. Una lettura oggettivata della colpa presunta di cui

---

(75) Cfr. FINOCCHIARO, *Il principio di accountability*, cit., p. 2781 s., ove si sottolinea che il titolare «deve compiere un'attività di continuo monitoraggio, per verificare che [le misure] siano proporzionate e adeguate ai rischi, anch'essi in continuo mutamento. Occorre dunque una complessa attività di valutazione (tecnica, giuridica e organizzativa), un'analisi dei rischi e dei costi, una scelta sulle misure di sicurezza da adottare, l'istituzione di un presidio, l'emanazione di policy interne e quindi un'attività di monitoraggio continuo»; PALMERINI, *sub* art. 82 GDPR, cit., p. 2501; MOLLO, *Gli obblighi di protezione previsti in funzione di protezione dei dati personali*, cit. p. 264; MANTELERO, *La gestione del rischio*, cit., p. 504.

(76) Cfr. ALPA, *Proprietà e industria nell'ottocento: alcuni tentativi di revisione storica delle regole della responsabilità civile*, in *questa Rivista*, 2023, p. 383 ss.; BUSSANI, *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 265 ss.; SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in* Civil Law *e in* Common Law, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 439 ss.; WIDMER, *Comparative report on fault as a basis of liability and criterion of imputation (attribution)*, in *Unification of tort law: fault*, a cura di Widmer, Kluwer International Law, 2005, p. 347 ss.; VON BAR, *Tort law: National Variety and European Perspective*, in *Eur. dir. priv*., 1999, p. 337.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

all'art. 82 GDPR pare altresì coerente con alcuni fondamentali assunti dello stesso Regolamento, primo tra tutti quello di assicurare un «elevato livello di protezione dei dati personali» (*considerando* n. 6). Non da ultimo, essa risulta confacente alla visione compensatoria della responsabilità da illecito trattamento dei dati personali che la Corte di Giustizia viene affermando a più riprese e non solo nella giurisprudenza esaminata sopra (77).

L'affermazione per cui la nozione di colpa rilevante nell'ambito del GDPR coincide con la *oggettiva* violazione di uno *standard* di protezione dei diritti e delle libertà dei soggetti interessati dal trattamento, determinato mediante un giudizio di prognosi postuma circa l'adeguatezza del complessivo – e ampiamente inteso – sistema di gestione del rischio, va vagliata prendendo in considerazione anche altri, fondamentali, profili che concorrono a delineare il volto della regola di responsabilità e che non trovano – almeno in modo diretto ed esplicito – regolamentazione all'interno dell'art. 82 GDPR.

Così è, in particolare, per l'eventuale responsabilità per il fatto materialmente commesso da altri. La complessità, talvolta assai elevata, dell'organizzazione dei soggetti attivi del trattamento impone infatti di indagare come si atteggi una regola di responsabilità basata sulla colpa presunta rispetto ad un danno immediatamente e materialmente riconducibile ad un soggetto che sia parte di tale organizzazione ovvero sia alla medesima estraneo e, tuttavia, sia stato incaricato di effettuare alcune attività di trattamento (in pratica, il responsabile del trattamento designato dal titolare).

La questione chiamerebbe intuitivamente in gioco, se fosse da risolversi sulla base delle regole nazionali, la più esatta interpretazione dell'art. 2049 c.c., il quale, se ricollega la responsabilità del preponente alla commissione da parte del preposto di un fatto illecito, la imputa però poi al primo oggettivamente e non, come pur si affermava soprattutto in passato, per il tramite di un giudizio di *culpa* (presunta) *in eligendo aut in vigilando*, dunque addebitando al preponente medesimo un fatto *proprio* colpevole (78). L'interpretazione della disposizione codicistica in parola in chiave

---

(77) V., *supra*, nota 51.

(78) Sull'interpretazione della disposizione (e del suo antecedente storico, l'art. 1155 c.c. 1865) in termini di colpa presunta cfr., tra gli altri, GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, V, Cammelli, 1882, p. 361 ss.; CESAREO-CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno in materia dei delitti e quasi delitti*, 1908, Torino, p. 391 ss.; PACCHIONI, *Diritto civile italiano,* 2-IV, *Dei delitti e dei quasi delitti*, Padova, 1940, p. 221 s.; BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, Milano, 1959, p. 123.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

oggettiva, quale veicolo di una forma di responsabilità per fatto *altrui*, è sovente radicata nell'esigenza di assicurare al danneggiato la compensazione dei danni derivanti da comportamenti comunque riconducibili alla sfera economico-organizzativa del preponente e alla sua tasca – tendenzialmente – più "profonda", nonché per solito funzionalmente spiegata in termini di responsabilità per rischio (sovente, ma non necessariamente) d'impresa (79).

Questa, prevalente, lettura della regola ha lasciato aperto il problema di fissarne i limiti, sia sul versante esterno, sia su quello interno.

Esternamente, il problema è quello di capire se l'alterità e l'autonomia organizzativa tra chi cagiona il danno e il titolare dell'interesse allo svolgimento dell'attività dannosa consenta di ritenere egualmente presente il nesso di preposizione (80).

Quanto al versante interno all'art. 2049 c.c., ossia una volta riscontrato il nesso di preposizione, posto che la norma opera soltanto quando l'il-

---

(79) Sulle possibili *rationes* dell'art. 2049 c.c. cfr., senza pretesa d'esaustività, TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*[3], cit., p. 313 ss.; FRANZONI, *Fatti illeciti (artt. 2043-2049 c.c.)*, cit., 349 ss.; VISINTINI, *Fatti illeciti. Fondamenti e nuovi sviluppi della responsabilità civile*, Pisa, 2019, p. 248 ss.; COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (2049-2053 c.c.)*, in *Cod. civ. comm.*, già dir. da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2009, p. 88 ss.; RUFFOLO, *La responsabilità vicaria*, Milano, 1976, p. 34 s.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile per fatto altrui*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1967, p. 27 s. La giurisprudenza più recente ricostruisce *apertis verbis* l'art. 2049 c.c. come norma ispirata al principio *cuius commoda et eius incommoda* e alla tutela per i terzi danneggiati: v. Cass., sez. un., 16 maggio 2019, n. 13246, in *Danno e resp.*, 2019, p. 493 ss., con nota di TURSI, *La responsabilità civile dello Stato per i danni cagionati dalla condotta del dipendente*; in *Giustiziacivile.com*, 4 dicembre 2019, con nota di DONADIO, *La responsabilità della pubblica amministrazione per il fatto illecito commesso dal dipendente: il sistema a doppio binario e l'effettività della tutela*; Cass., 15 settembre 2020, n. 19111, in *Dejure*; Cass., 20 luglio 2022, n. 22717, in *Dejure*.

(80) Cfr. GUARDIGLI, *La responsabilità ex art. 2049 c.c. e i modelli di lavoro nella rivoluzione digitale*, cit., p. 659 s., la quale segnala sul punto un'evoluzione giurisprudenziale in base alla quale s'è giunti a ritenere sufficiente, ai fini dell'affermazione della responsabilità del preponente, la «astratta possibilità di esercitare un potere di direzione», quantunque non assurgente a una forma di «controllo» sull'attività del preposto; FRANZONI, *Fatti illeciti (artt. 2043-2049 c.c.)*, cit., p. 368, ove si conclude che «tanto maggiore è l'organizzazione del collaboratore, quanto minore è la subordinazione nei confronti del committente, quindi la possibilità di ravvisare la responsabilità dell'art. 2049»; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5 la responsabilità*, cit., p. 706 s.; MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 983 ss.; COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (2049-2053 c.c.)*, cit., p. 111 ss. In giurisprudenza, in luogo di molte, v. la ben argomentata Cass., 14 novembre 2023 n. 31675, in *Dejure*, che evidenzia che la responsabilità di padroni e committenti ricomprende, secondo la giurisprudenza, «tutti i casi in cui è ravvisabile un rapporto di preposizione, e cioè tutte le forme giuridiche (rapporto di lavoro subordinato, rapporto institorio, lavoro d'opera, ecc.) in cui un soggetto (preponente) utilizza e dispone per i propri fini dell'attività di un altro soggetto (preposto), in forza di vincoli di varia natura».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lecito viene commesso «nell'esercizio delle incombenze», s'osserva che rimane attualmente oscura o, quantomeno, foriera di soluzioni pratiche oscillanti, la traduzione concreta della formula del «nesso di occasionalità necessaria» che la giurisprudenza ha coniato per indicare questo presupposto del meccanismo di traslazione del costo del danno, dall'autore materiale dell'illecito medesimo al preponente (81).

Se questi, in sintesi estrema, sono i termini del dibattito con riferimento all'art. 2049 c.c., quali regole applicare al trattamento di dati personali tradottosi in danno?

Si può cominciare con il caso in cui vi sia distinzione soggettiva e alterità organizzativa tra titolare del trattamento e soggetto attivo della condotta e, quindi, segnatamente del caso in cui il danno sia imputabile ad una violazione del Regolamento da parte del responsabile (82).

---

(81) Cfr. MORACE PINELLI, *Alla ricerca di ragionevoli limiti alla responsabilità oggettiva dell'art. 2049 c.c.*, in *La responsabilità. Principi e funzioni. Continuando a dialogare con Cesare Massimo Bianca*, a cura di M. Bianca, Milano, 2023, p. 209 ss., e 223; FRANZONI, *Fatti illeciti (artt. 2043-2049 c.c.)*, cit., p. 371 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile. 5 la responsabilità*, cit., p. 709 s.; MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 996 ss.; ALPA, BESSONE e ZENO-ZENCOVICH, *I criteri di imputazione: colpa, dolo, rischio*, cit., p. 343 ss.; RUFFOLO, *La responsabilità vicaria*, cit., p. 111 ss., spec. 126 (per cui sarebbe sufficiente accertare che le incombenze abbiano rappresentato «concausa *sine qua non*»). Secondo Cass., sez. un., 16 maggio 2019, n. 13246, cit., «il nesso di occasionalità necessaria (e la responsabilità del preponente) sussiste nella misura in cui le funzioni esercitate abbiano determinato, agevolato o reso possibile la realizzazione del fatto lesivo, nel qual caso è irrilevante che il dipendente abbia superato i limiti delle mansioni affidategli, od abbia agito con dolo e per finalità strettamente personali…alla condizione però che la condotta del preposto costituisca pur sempre il non imprevedibile sviluppo dello scorretto esercizio delle mansioni, non potendo il preponente essere chiamato a rispondere di un'attività del preposto che non corrisponda, neppure quale degenerazione od eccesso, al normale sviluppo di sequenze di eventi connesse all'espletamento delle sue incombenze».

(82) Sulla definizione di "responsabile del trattamento" v. EDPB, *Linee guida 07/2020 sui concetti di titolare del trattamento e di responsabile del trattamento ai sensi del GDPR*, v. 2.0, 7 luglio 2021, par. 77: «Un soggetto distinto significa che il titolare del trattamento decide di delegare tutte o parte delle attività di trattamento a un soggetto esterno. All'interno di un gruppo di società, una di esse può essere responsabile del trattamento di un'altra che agisce in qualità di titolare del trattamento, in quanto le due società sono entità distinte. Di converso, un dipartimento all'interno di una società non può essere responsabile del trattamento per conto di un altro dipartimento all'interno della stessa società». In dottrina, per l'affermazione della necessaria estraneità organizzativa, v. MANTELERO, *Gli autori del trattamento dati: titolare e responsabile*, in *Giur. it.*, 2019, p. 2801. Di contro, sostiene la configurabilità, alla luce del GDPR e del novellato art. 2-*quaterdecies* del Codice della *privacy*, di un responsabile "interno" all'organizzazione del titolare, BRAVO, *sub* art. 29 GDPR, in *Codice della privacy e data protection*, cit., p. 486 e Id., *sub* art. 2-*quaterdecies* D.lgs. n. 196/2003, *ivi*, p. 1133 ss., il quale osserva che chi afferma l'inammissibilità della figura intende, tra l'altro, porre al riparo soggetti designati all'interno dell'organizzazione del titolare dalla responsabilità *ex* art. 82, par. 2, II parte, GDPR, rilevando che ciò sarebbe vano, essendo costoro – e si richiama l'art. 2049 c.c. – preposti che dovrebbero

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

A tal riguardo, non ci si può accontentare di notare che il quarto paragrafo dell'art. 82 impone un regime di responsabilità solidale tra i più titolari o i più responsabili «coinvolti nello stesso trattamento» produttivo di danno. La stessa disposizione richiede infatti, *in aggiunta* all'elemento oggettivo del trattamento, anche che questi stessi soggetti «siano, ai sensi dei paragrafi 2 e 3, responsabili dell'eventuale danno». E, come già visto, il par. 2 distingue chiaramente, al proprio interno, tra i due soggetti attivi, affermando la responsabilità civile del *data controller* per la violazione di una norma qualsiasi del Regolamento, al contempo limitando quella del *data processor* a regole di condotta precise (di fonte legislativa o contenute nelle istruzioni del titolare).

La norma si presta dunque, in primo luogo, ad essere intesa come senz'altro limitativa della responsabilità del titolare, legittimato a dimostrare di non aver commesso alcun illecito e che il danno è imputabile solo al responsabile. All'un tempo, tuttavia, può intendersi come norma che lascia il problema aperto, tenuto conto che il titolare, comunque, si avvale di un altro soggetto per le attività di trattamento e che è il primo a rimanere, in ogni caso, *accountable* per ciò che concerne le relative modalità, le quali includono anche siffatta scelta.

Insomma, il dilemma è tra una pura responsabilità "vicaria" per il fatto illecito altrui, commesso nell'ambito di un trattamento che ovviamente vede coinvolto il titolare ([83]); e una responsabilità colposa, per fatto proprio. Quest'ultima richiede, ferma l'inversione del relativo onere probato-

---

comunque rispondere o in sede di regresso oppure in via diretta, *ex* art. 2043 c.c. (sulla questione del regresso v. *infra*, nel testo).

([83]) Se ben s'è inteso, in tale direzione è il pensiero di SICA, *sub* art. 82 GDPR, cit., p. 891 s., il quale fa leva sulla constatazione che sul «titolare grava un'obbligazione risarcitoria "generale"», espressione riecheggiante la «responsabilità generale [che però in inglese, come evidenzia BARBIERATO, *Trattamento dei dati personali e «nuova» responsabilità civile*, cit., p. 2153, suona, tenendosi i due profili intrecciati ma distinti, «*responsibility and liability*»] del titolare del trattamento per qualsiasi trattamento di dati personali che quest'ultimo abbia effettuato direttamente o che altri abbiano effettuato per suo conto», di cui al *considerando* n. 74 GDPR; e di GAMBINI, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, cit., 2019, p. 1023 («…Nell'ottica di massima responsabilizzazione del titolare del trattamento accolta dal Regolamento europeo, difatti, deve ritenersi che, in nessun caso, questi potrà andare esente da responsabilità risarcitorie per i danni cagionati dal suo trattamento. E ciò neppure nei casi atipici, nella pratica rivelatisi problematici ai fini di una corretta attribuzione dei ruoli e delle relative responsabilità, in cui risulti riconosciuto al responsabile preposto al trattamento dei dati un margine di discrezionalità o un qualche potere decisorio in merito ai mezzi del trattamento…tali da configurarlo come operatore autonomo rispetto al titolare stesso»); ALBANESE e CARDINALI, *Il principio di responsabilizzazione* (accountability), cit., p. 523.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rio, che le modalità di esternalizzazione dell'attività di trattamento siano connotate da profili di contrarietà al Regolamento.

Se letta con le lenti della regola codicistica, per vero, la prima ipotesi ricostruttiva potrebbe conciliarsi con l'osservazione che il *data processor* non agisce con un grado di autonomia sufficiente ad escludere il nesso di preposizione rilevante ai fini dell'imputazione della responsabilità (84). Anzi, va constatato che il trattamento effettuato dal responsabile non può che avvenire sulla base delle legittime istruzioni del titolare, anche in punto di «misure tecniche e organizzative volte a garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio» (85). Il titolare, inoltre, ai sensi dell'art. 28 GDPR, è tenuto ad assicurarsi e ad esercitare poteri giuridici di ispezione e controllo, nonché il diritto alla piena cooperazione nell'assolvimento degli obblighi imposti dal Regolamento (86). D'altro canto, stando alle Linee guida del Comitato europeo, è netta (almeno concettualmente) la distinzione tra «autorità o controllo diretti» (di cui all'art. 29 GDPR) e l'«agire "per conto di"» che connota la relazione tra titolare e responsabile (87).

Senonché, in senso contrario all'idea di un rapporto di preposizione rilevante in punto di responsabilità, va osservato che il servire l'interesse del titolare, da parte del responsabile, significa bensì che questi è «chiamato a seguire le istruzioni impartite dal titolare almeno per quanto concerne la finalità del trattamento e gli elementi essenziali che ne costituiscono i mezzi», ma pure che può residuare un «certo margine di discrezionalità», in relazione al come «scegliere i mezzi tecnici e organizzativi più idonei» (88). E tuttavia, proiettato sul terreno aquiliano, un *distinguis-*

---

(84) Di rapporto di autentica «preposizione», del resto, discorre la dottrina, sulla scorta, tra l'altro, dell'abrogato art. 4, lett. g) del Codice della privacy che impiega tale lemma per definire il responsabile. Cfr. FARACE, *Il titolare e il responsabile del trattamento*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 757. Parimenti, in giurisprudenza, seppure con riferimento alla disciplina previgente, v. Cass., 23 luglio 2021, n. 21234, in *Giustiziacivile.com*, 18 marzo 2022, con nota di SETTIMIO, *Obblighi e responsabilità dei soggetti del trattamento: titolare e responsabile a confronto*.

(85) Per dirla con le parole del Garante: GPDP, Provv. 22 febbraio 2024, n. 100, *doc. web n. 9990659*, par. 3.3.

(86) Cfr. MILLARD e KAMARINOU, *sub* art. 28 GDPR, in *The EU General data protection regulation (GDPR). A commentary*, cit., p. 605 ss.; LIOTTA, *La designazione a responsabile del trattamento tra difficoltà organizzative per le pp.aa. e nuove sfide tecnologiche*, in *Diritto di internet*, 2023, p. 168 ss., ove un'analisi delle posizioni del Garante in relazione agli obblighi del titolare verso il responsabile designato; PIZZETTI, *sub* art. 28 GDPR, in *Codice della privacy e data protection*, cit., p. 459 ss.; GRECO, *sub* art. 28 GDPR, in *Codice della privacy e data protection*, cit., p. 470 ss.

(87) EDPB, *Linee guida 07/2020 sui concetti di titolare del trattamento e di responsabile del trattamento ai sensi del GDPR*, cit., parr. 80, 81.

(88) *Ibidem*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

hing imperniato sul grado di autonomia organizzativa, oltre a non appagare esigenze di certezza e di speditezza nell'accertamento della non colpa, anche nell'ottica della tutela della vittima, non risulta imposto né dall'art. 82, né dalle regole che presiedono ai rapporti tra i soggetti attivi del trattamento.

Ammesso dunque che sia ravvisabile, a completamento dell'analisi del problema ci si può domandare se il nesso di preposizione debba ritenersi "spezzato" nei casi in cui il titolare del trattamento riesca a dimostrare che il responsabile ha intenzionalmente dismesso il proprio ruolo, decidendo finalità e modalità del trattamento, così da poter essere considerato un titolare ai sensi dell'ultimo par. dell'art. 28 GDPR. A ben vedere, però, la clausola di salvezza che apre questa disposizione, la quale abbraccia tra l'altro proprio l'art. 82, non pare legittimare tale conclusione [89]. Piuttosto, essa potrebbe essere letta proprio come volta ad affermare, al contempo, il mutamento di regime di quella dell'"ex responsabile", fattosi titolare [90], e a tenere ferma la concorrente responsabilità del (legittimo) titolare. Il che, nella lettura fondata sul nesso di preposizione-rischio all'esame, si potrebbe del resto argomentare facendo leva sul fatto che, com'è innegabile, il trattamento effettuato dal *data processor* rinviene la propria necessaria occasione nella decisione del *data controller*, a monte, di trattare i dati personali (cui altrimenti non avrebbe potuto avere accesso) [91].

Ciò detto, a rileggere tutta la questione in chiave di colpa, dunque di responsabilità per fatto proprio, si dovrebbe ritenere che il titolare del trattamento, convenuto con l'azione risarcitoria, sia ammesso a liberarsi per il danno eziologicamente imputabile alla sola sfera del responsabile (che, per es., abbia subito un'intrusione illecita nei propri sistemi informatici). Ciò richiede la dimostrazione, in particolare, di aver osservato le prescrizioni contenute nell'art. 28 cit. e, più in generale, di aver periodicamente riesaminato l'adeguatezza del complessivo sistema di valutazione e gestione dei rischi connessi al trattamento, ivi inclusi quelli legati al ricorso al *data processor* responsabile, nonché di aver vigilato sul rispetto, da parte di quest'ultimo, delle istruzioni impartitegli.

---

[89] Così, invece, GAMBINI, *loc. ult. cit.*

[90] Per questa osservazione cfr. GRECO, *sub* art. 28 GDPR, cit., p. 470.

[91] Resterebbe fermo, in tale caso, che il peso economico dell'obbligazione risarcitoria plurisoggettiva dovrebbe ricadere sul solo autore dell'illecito, nel senso che il titolare potrebbe agire con l'azione di regresso recuperando dal responsabile l'intero importo corrisposto al danneggiato, salvo un concorrente profilo di colpa del primo che conduca ad una divisione differente. Ma sul punto v. *infra* nel testo.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Alla obiezione che in tal modo si finisce per privare la vittima di un condebitore cui rivolgere la pretesa risarcitoria e che, pertanto, se ne diminuiscono le *chances* di ottenere ristoro per il danno patito, si può contrapporre lo stesso adagio impiegato dalla Corte di Giustizia per giustificare la prescelta soluzione di una responsabilità per colpa presunta, secondo il quale l'obbligo di garantire misure tecnico-organizzative adeguate al rischio «sarebbe messo in discussione se il titolare del trattamento fosse tenuto, in un secondo momento, a risarcire qualsiasi danno causato da un trattamento effettuato in violazione del RGPD» (92).

Il paventato indebolimento della funzione deterrente e generalpreventiva, che potrebbe conseguire all'affermazione che la responsabilità si fonda sul rischio (d'impresa) del titolare, non è peraltro l'unico argomento che sospinge a ritenere la seconda proposta ricostruttiva come quella maggiormente in linea con la scelta, compiuta dal GDPR, di responsabilizzare bensì tale soggetto, al contempo però consentendogli di ricorrere a soggetti estranei alla proprio organizzazione e, pertanto, non soggetti al suo costante e diretto controllo.

Anzitutto, si deve considerare che, talvolta, il ricorso ad un responsabile costituisce una misura adeguata, quando non anche praticamente indispensabile, per garantire la conformità del trattamento al Regolamento (93). Sicché sarebbe contraddittorio, se non nell'ambito di una (differente) logica di rischio-profitto, al contempo "imporre" l'esternalizzazione e rendere il titolare diligente comunque responsabile, pur in assenza di colpa. Inoltre, proprio l'analitico insieme di prescrizioni che il titolare deve osservare, all'atto di affidare le attività di trattamento al responsabile, nonché durante il loro svolgimento, depone nel senso che il legislatore europeo abbia voluto fissare, anche con riferimento alla definizione delle responsabilità dei soggetti attivi del trattamento, il principio per cui il rischio va adeguatamente gestito (ossia valutato e mitigato) ma non sempre e comunque *in toto* neutralizzato.

Del resto, proprio perché l'imputazione al *data processor* presuppone una violazione qualificata (art. 82, par. 2, II parte GDPR), tra l'altro dall'essersi discostato dalle legittime istruzioni fornite dal titolare, non

---

(92) *Krankenversicherung Nordrhein*, cit., § 97.

(93) Cfr., per un riscontro, FARACE, *Il titolare e il responsabile del trattamento*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 757; e v. già FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi*, Bologna, 2012, p. 85: «Benché la figura del responsabile sia normativamente da considerarsi facoltativa, tuttavia, in concreto, è raro che non debba essere designato almeno un responsabile, se l'organizzazione del titolare del trattamento ha un minimo di complessità».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sembra peregrino dedurre che il titolare possa venire ammesso a liberarsi mediante la prova di aver impartito tali istruzioni e di aver fatto quanto esigibile per verificarne l'attuazione (94). Dovrebbe però rimanere ferma, nell'ottica di garantire il «pieno ed effettivo risarcimento» cui il Considerando n. 146 allude, l'idea che il titolare possa giungere alla positiva dimostrazione della propria *non culpa* soltanto escludendo ogni profilo di negligenza.

A conforto della tesi incentrata su di una responsabilità per *culpa in eligendo aut vigilando* sembrerebbe deporre anche il par. 5 dell'art. 82 GDPR, il quale fa letteralmente riferimento, nel delineare il contenuto dell'azione di regresso, alla «parte del risarcimento» corrispondente alla «parte di responsabilità per il danno conformemente alle condizioni di cui al paragrafo 2» attribuibile ai soggetti attivi coinvolti. Ciò lascia intendere, ma si tratta beninteso di una suggestione, che l'apporzionamento della responsabilità sia, nella mente del legislatore europeo, non "cento a zero" ma, al limite, "novantanove ad uno" (95).

---

(94) Sul carattere scarsamente effettivo del controllo esercitabile del titolare sul responsabile in taluni contesti, caratterizzati dalla fornitura *cloud-based* dei servizi, dalla standardizzazione dei rapporti contrattuali e dall'asimmetria economica e informativa (a favore delle *big tech companies*) cfr. MANTELERO, *Gli autori del trattamento dati: titolare e responsabile*, cit. p. 2802 ss. e, volendo, pure VALLE, RUSSO, BONZAGNI e LOCATELLO, *Struttura dei contratti e trattamento dei dati personali nei servizi di cloud computing alla luce del nuovo Reg. 2016/679* UE, in *Contratto e impresa. Europa*, 2018, *passim*.

(95) Utili indicazioni nel senso indicato si traggono dalla ricostruzione dei lavori preparatori compiuta nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, 25 maggio 2023, cit.: «84. In Consiglio, la discussione sull'articolo 77 [ora 82, n.d.r.] e sul criterio di imputazione è sorta in connessione con l'attribuzione e la ripartizione della responsabilità nel caso in cui più persone intervengono nella stessa operazione di trattamento. In questo contesto, la Presidenza ha proposto di scegliere tra due opzioni: – secondo la prima, tutti i gestori o responsabili del trattamento sono considerati giuridicamente responsabili nei confronti dell'interessato per l'intero danno, in caso di violazione di obblighi ad essi incombenti in forza del RGPD. La loro partecipazione nella causazione del danno, anche se minima, consente all'interessato di richiedere l'intero importo del risarcimento; nel caso di più partecipanti, a ciascuno di essi. *Tuttavia, ognuno si libera se dimostra di non essere affatto responsabile ("responsible") del danno ("0% responsibility"); questa opzione sarebbe stata inserita in un paragrafo 3 dell'articolo*. Il modello è descritto come "*closer* (*but certainly not equal to*) *to the 'liability follows fault principle'*"; – la seconda opzione avrebbe comportato per il gestore del trattamento l'obbligo ineludibile di risarcire l'intero danno all'interessato, in una sorta di responsabilità assoluta, non essendo prevista alcuna esenzione. Il reclamo dell'interessato nei confronti del responsabile del trattamento avrebbe avuto natura solo subordinata. Non era prevista alcuna esenzione nemmeno per quest'ultimo. 85. *Il testo di compromesso presentato dalla Presidenza per essere approvato come orientamento generale segue la prima opzione, pur rafforzando l'eccezionalità dell'esonero e la difficoltà della relativa prova*» (corsivo aggiunto).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

7. – Notazioni profondamente diverse vanno formulate, di contro, in relazione all'altro degli scenari delineati, ossia quello in cui la violazione del Regolamento si consumi all'interno della struttura del titolare (ma lo stesso vale per il responsabile) e sia, nella sua materialità, imputabile ad una persona in esso inserita.

Ragionando nel solco dell'art. 2049 c.c., verrà facile dire che ogni fatto colposo di un dipendente o comunque (dunque a prescindere dal tipo di rapporto di lavoro) di ogni preposto – quantunque non precisamente individuato (96) – va senz'altro imputato al titolare del trattamento in quanto preponente.

L'affermazione di responsabilità nel caso d'illecito commesso nello svolgimento dell'attività lavorativa o, comunque, di compiti affidati dal titolare non richiede d'immaginare uno spazio vuoto lasciato dal Regolamento e perciò bisognoso di essere riempito per il tramite delle regole nazionali, come la giurisprudenza italiana lascerebbe intendere, pur senza esaminare *ex professo* il punto (97).

I dubbi che al riguardo si potevano nutrire sono stati dissolti dalla Corte del Lussemburgo in *Juris*, ove ha affrontato e deciso la questione accreditando l'autosufficienza della regola comunitaria (98).

Come anticipato, la Corte di Giustizia, coerentemente con l'interpretazione dell'art. 82 GDPR come regola fondata su una colpa presunta, ha ribadito la possibilità per il titolare di liberarsi da responsabilità provando che l'evento non gli è in alcun modo imputabile. Tuttavia, a tal fine non gli basta dimostrare «di aver dato istruzioni alle persone che agiscono sotto la sua autorità…e che una di dette persone sia venuta meno al suo obbligo di seguire tali istruzioni, cosicché essa ha contribuito al verificarsi del danno

---

(96) La responsabilità civile del preponente nonostante la mancata individuazione della persona fisica autrice della condotta illecita è affermata, tra gli altri, da SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2019, p. 160 s., p. 213 s.; MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 981 ss. Per un riscontro giurisprudenziale, v. Cass., 15 aprile 2019, n. 10445, in *Dejure*; Cass., 21 novembre 1995, n. 12023, in *Danno e resp*., 1996, p. 363 ss., con nota di PONZANELLI, *Batteria anonima e responsabilità del "vero" produttore*; Trib. Venezia, 16 febbraio 2006, in *Dejure*.

(97) Cfr. Cass., ord. 4. aprile 2023, n. 9313 e Cass., 12 maggio 2023, n. 13073, 1125 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, p. 1125 ss., con nota di RICCIO, *Dati personali e rimedi: diritti degli interessati e profili risarcitori*, la cui motivazione, identica sul punto, spiega che non possiede alcuna rilevanza il fatto che l'evento dannoso «sia avvenuto per errore umano, distrazione o altro, come il ricorrente insiste nel dire…per l'elementare ragione che il titolare del trattamento dei dati risponde anche per il fatto colposo dei propri dipendenti, come del resto già sancisce in generale l'art. 2049 c.c. per tutta la materia della responsabilità civile». Anche in dottrina v'è chi fonda la responsabilità del titolare sull'art. 2049 c.c.: cfr., ad es., BRAVO, *sub* art. 29 GDPR, in *Codice della privacy e data protection*, cit., p. 487.

(98) V. *supra*, par. 2.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di cui trattasi» (par. 51). Occorre, piuttosto, la prova «che non sussiste alcun nesso di causalità tra l'eventuale violazione dell'obbligo di protezione dei dati…e il danno subito dall'interessato» (par. 52).

Che non sia sufficiente aver fornito istruzioni su come effettuare il trattamento non è affermazione che stupisca: non pare dubbio che debbano esistere misure tecnico-organizzative *ragionevolmente* idonee ad assicurare *anche* una verifica circa l'effettiva osservanza delle istruzioni. Il problema è che la Corte, nel mentre cerca di ricavare spazio per la prova liberatoria, statuisce che compete al titolare «assicurarsi che le sue istruzioni siano correttamente applicate dai propri dipendenti» (par. 49). Come a dire che la vigilanza dev'essere *su ogni operazione di trattamento*, sul rispetto, cioè, di *tutte* le istruzioni ricevute.

Ad avviso di chi scrive, la soluzione offerta dalla Corte di Giustizia finisce sostanzialmente per riportare le lancette della responsabilità civile alla già ricordata epoca in cui si proponeva di leggere la responsabilità di padroni e committenti in termini di *culpa in eligendo* o *vigilando*, facendo però di quest'ultima un mero simulacro verbale, in quanto la colpa si desumeva dall'essersi verificato il fatto colposo del preposto e immaginando un impossibile obbligo di sorveglianza continua: senza, dunque, che fosse riscontrabile un qualche, reale profilo di negligenza in capo a chi avrebbe dovuto vigilare [99].

Pur nella consapevolezza del rischio di disattendere l'interpretazione "autentica" fornita dal Giudice comunitario, pare possibile, ad avviso di chi scrive, sostenere una differente ricostruzione, con riferimento al problema in esame, del senso dell'art. 82 del Regolamento.

A tal riguardo, in generale può notarsi che, per la disposizione in considerazione, il titolare o il responsabile del quale viene presunta la colpa sino a prova contraria è una persona, oltre che fisica, anche giuridica (o comunque una collettività dotata di soggettività giuridica), e che, quindi, questa colpa che viene in rilievo è colpa dell'ente nel suo complesso. Sembra dunque prescindersi, nell'ascrivere la responsabilità, dalla considerazione *uti singuli* delle «persone autorizzate al trattamento» le quali

---

[99] Cfr. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*; p. 313 ss., il quale peraltro nota che «il fatto colposo del prestatore d'opera non basta neppure per affermare una colpa del committente nella scelta, poiché anche il miglior dipendente è soggetto all'errore. L'errore perciò non dimostra necessariamente l'imperizia del dipendente e meno ancora la colpa del committente nella scelta. Inoltre, alcuni aspetti di imperizia o di inidoneità possono non apparire al momento della scelta, ma manifestarsi solo al momento dell'incidente, quando è ormai troppo tardi»; RUFFOLO, *La responsabilità vicaria*, cit., p. 34 s.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile per fatto altrui*, cit. p. 697 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

infatti, come risulta per contrasto dalla definizione di «terzo» rispetto al trattamento, operano «sotto l'autorità diretta del titolare o del responsabile» (art. 4, n. 10). Definizione cui fa eco il successivo art. 29, che ribadisce il rapporto di «autorità» tra soggetti attivi e persone da questi autorizzate ad effettuare operazioni di trattamento e istruite su come procedervi (100). Ancora più chiaramente, l'art. 2-*quaterdecies* del D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 prescrive che la «designazione» di soggetti ai fini dello svolgimento di «compiti e funzioni connessi al trattamento di dati personali» sia effettuata da titolare e responsabile «sotto la propria responsabilità e nell'ambito del proprio assetto organizzativo» (101).

Può allora dedursi che l'illecito commesso dal soggetto interno all'organizzazione coincide con (nel senso che non è altro da) l'illecito proprio del soggetto attivo del trattamento, la cui "condotta" – colposa – violativa del Regolamento consiste nella mancata osservanza di uno *standard* ideale nella prevenzione e mitigazione dei rischi inerenti al trattamento. Certo, per lo più, una qualche condotta umana colpevole, seppur dal volto concretamente anonimo, è possibile desumerla proprio dal fatto dannoso. Dal compendio probatorio versato in atti si potrà cioè in molti casi evincere, per via logica, che qualcuno, in posizione organicamente apicale o subordinata, abbia omesso, appunto colposamente, di attivarsi (102).

Non si può però escludere che l'autore del trattamento, chiamato a rispondere, sia concretamente in grado di provare che la condotta umana, che costituisce la causa prossima del danno, risulti riferibile ad un certo collaboratore, il quale non si possa ritenere in colpa. L'affermazione richiede di essere debitamente precisata. Può darsi che il collaboratore, autorizzato e preposto a certune operazioni di trattamento, sia esente da colpa (valutata, lo si ribadisce a scanso di equivoci, dal suo esclusivo punto

---

(100) Chiarendo ciò che risulta testualmente dall'art. 4, n. 7 e 8 GDPR, il Comitato europeo sottolinea che titolare o responsabile non possono mai coincidere con la persona fisica eventualmente designata per sovrintendere e/o effettuare operazioni di trattamento: v. EDPB, *Linee guida 07/2020 sui concetti di titolare del trattamento e di responsabile del trattamento ai sensi del GDPR*, cit., par. 18: «Anche se viene designata una persona fisica specifica per garantire il rispetto delle norme in materia di protezione dei dati, tale persona non sarà il titolare del trattamento, ma agirà per conto del soggetto giuridico (società o organismo pubblico) *che risponderà in ultima istanza, in caso di violazione delle norme, in qualità di titolare del trattamento*» (corsivo aggiunto).

(101) Sul rapporto tra titolare e persone autorizzate al trattamento, v. JÓRI, *sub* art. 29 GDPR, cit., p. 647; BRAVO, *sub* art. 29 GDPR, cit., p. 486 e ID., *sub* art. 2-*quaterdecies* D.lgs. n. 196/2003, cit., p. 1128; MILLARD e KAMARINOU, *sub* art. 28 GDPR, in *The EU General data protection regulation (GDPR). A commentary*, cit., p. 613 ss.

(102) Cfr. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 411; SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 210.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di vista) per un difetto di formazione o di istruzioni, imputabile all'assetto organizzativo o alle errate *policy* in tema di *data protection* del preponente. In tale ipotesi, quest'ultimo potrebbe dirsi di per sé in colpa, peraltro già secondo l'antico, e superato, modo di intendere l'art. 2049 c.c.: il che, nell'ottica che qui interessa, si traduce in una diretta violazione del medesimo Regolamento da parte del titolare (o responsabile) quale centro di imputazione della responsabilità civile.

Caso più difficile è quello del preposto accorto, prudente, diligente e perfettamente formato per effettuare le operazioni di trattamento. L'assenza di colpa potrebbe dipendere dal fatto di essere non imputabile (ossia capace di intendere e di volere). Si pensi, con esempio forse un po' di scuola, al malore del dipendente incaricato di provvedere, in un certo giorno, al doveroso (*ex* artt. 5, par. 2, 24, 32 GDPR) aggiornamento del *software* antivirus che abbia permesso, in quello stesso giorno, un attacco ai sistemi informatici causativo di un *data breach*. Meno scolasticamente, si può anche pensare al caso dello sciopero dei dipendenti, non in colpa in quanto intesi ad esercitare un diritto costituzionalmente garantito, che parimenti determini un mancato aggiornamento delle misure di sicurezza a protezione dei dati personali, rivelatosi fatale (103).

In scenari del genere, a meno di non voler immaginare (invero inesistenti) profili di negligenza (per es., ritenendo che si sarebbe dovuto tenere conto di un possibile malore o dell'improvviso sciopero dei dipendenti quale rischio statisticamente ponderabile), l'affermazione della responsabilità trova la propria giustificazione non già in una condotta umana illecita, bensì nella violazione del Regolamento imputabile al soggetto attivo del trattamento *nel suo complesso* (104). Il che, sia detto per inciso, è il

---

(103) L'evenienza ha dato luogo a discussioni nell'ambito, contiguo, della responsabilità *ex* artt. 1218 e 1228 c.c.: cfr. D'ADDA, *sub* art. 1228 c.c., in *Comm. cod. civ.*, dir. da Gabrielli, *Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Milano, 2013, p. 339 s.

(104) In fondo, non sempre la nostra giurisprudenza condanna dopo aver accertato che un qualche comportamento colposo è stato tenuto da un dipendente, seppur dal volto anonimo, dell'impresa convenuta. Si pensi, per es., alle decisioni che hanno riscontrato una colpa in capo all'impresa appaltatrice per la negligente realizzazione di un'impalcatura che abbia consentito ai ladri la commissione di un furto (ai danni dell'attore). V., tra le più recenti pronunce, espressive di un orientamento consolidato, Cass., 22 ottobre 2018, n. 26691, in *Onelegale*; Cass., 30 settembre 2016, n. 19399, in *Onelegale.*

E, tra le decisioni di merito, Trib. Milano, 12 maggio 2023, n. 3867, in *Onelegale*; Trib. Catanzaro, 12 febbraio 2023, in *Onelegale*. Come l'analisi delle pronunce mette in evidenza, non si dà rilievo (benché la domanda risarcitoria poggi e sia scrutinata sulla *causa petendi* dell'art. 2043 e non già dell'art. 2051 c.c.) ad una condotta colpevole imputabile ad uno dei collaboratori nell'impresa, neppure anonimo; la colpa viene piuttosto imputata all'impresa in quanto tale, desumendola dal difetto organizzativo creatore del pericolo tradottosi in danno.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

medesimo approdo cui parte della dottrina italiana è arrivata a proposito dei rapporti tra artt. 2049 e 2046 c.c. e che si può riportare alla più generale idea che quella sancita dalla prima delle due norme codicistiche evocate non è una responsabilità davvero vicaria, quanto, piuttosto, un criterio autonomo di imputazione dei fatti, colpevoli o incolpevoli, oggettivamente dannosi prodottosi all'interno della sfera organizzativa del danneggiante (105).

Non è qui possibile indugiare oltre sul profilo giustificativo-funzionale dell'ascrizione di responsabilità all'autore del trattamento. Si potrebbero chiamare certo in causa le logiche del rischio d'attività, se si preferisce d'impresa (106). Tale richiamo non parrebbe però davvero necessitato alla luce dell'osservazione che la non imputabilità del danno, che è «in alcun modo», non si dovrebbe poter dimostrare facendo leva sulla scissione tra centro d'imputazione della responsabilità e persona fisica autrice materiale dell'attività di trattamento eziologicamente prossima al danno medesimo. Al riguardo, giova sottolineare, orientando ora l'interpretazione alle conseguenze, che quella suggerita parrebbe essere la soluzione maggiormente in linea con l'obbiettivo di assicurare un pieno ed effettivo risarcimento al danneggiato, altrimenti tenuto a farsi carico di una serie di "disfunzioni" interne all'organizzazione del soggetto attivo, forse statisticamente inevitabili e quindi non incontrovertibilmente riconducibili all'idea di una colpa nella predisposizione delle misure di trattamento, ma sicuramente confliggenti con la sua legittima aspettativa di sicurezza. Inoltre, sotto il profilo

---

(105) Cfr. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 316; DE MENECH, *sub* art. 2049, in *Codice della responsabilità civile*, cit., p. 1193; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5 la responsabilità*, cit., p. 709, sulla base dell'idea che l'incapacità sia eccezione personale al coobbligato in solido; FRANZONI, *Fatti illeciti (artt. 2043-2049 c.c.)*, cit., p. 353 s.

(106) Muovendo dall'assunto che l'art. 2049 c.c. s'applichi solo a fatti oggettivamente e soggettivamente illeciti, una parte della dottrina ne ha proposto un'interpretazione analogica (per fondare la responsabilità dell'impresa per i danni cagionati dai propri prodotti, prima dell'introduzione della relativa disciplina comunitaria): il riferimento è a CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 774 ss. Ma tale teoria serviva a giustificare una responsabilità *oggettiva* della stessa impresa, in mancanza di un puntello nel dato positivo. In questa sede, di contro, la responsabilità è dall'ordinamento attribuita alla stessa impresa e trova limite nell'assenza di colpa a prescindere dall'inimputabilità soggettiva del fatto "illecito" al preposto che lo abbia materialmente posto in essere. Altra dottrina ha suggerito di leggere «fatto illecito» nel 2049 c.c. come qualsiasi fatto fonte di responsabilità civile anche non fondata sulla colpa (ma, ad es., *ex* artt. 2050 o 2051 c.c.). Cfr. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (2049-2053 c.c.)*, cit., p. 92 ss.; MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 982. In senso critico, tuttavia, altra dottrina ha rilevato che il preposto non può essere ritenuto "custode" o "esercente", trattandosi di qualifiche proprie del preponente: cfr. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 411 s.; FRANZONI, *Fatti illeciti (artt. 2043-2049 c.c.)*, cit., p. 354 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ricostruttivo e dell'allineamento tra *regula iuris* e soluzioni applicative, si evita di affermare l'esistenza di una colpa anche laddove non c'è, come invece fa la Corte di Giustizia quando postula una sorveglianza puntuale sul rispetto delle istruzioni sul trattamento.

La suggestione finale che si trae dalla tesi qui sostenuta, in punto di elaborazione delle categorie della responsabilità civile europea, è che in questa colpa eurouniforme il profilo della condotta umana colpevole venga eclissato dal soverchiante profilo del difetto del suo risultato dannoso, frutto di una oggettiva non conformità del trattamento allo *standard* esigibile da parte del suo autore: solo se è assente tale oggettivo scostamento tra come il rischio sarebbe dovuto essere gestito e come lo è stato effettivamente il soggetto attivo del trattamento potrà conseguire l'esenzione da responsabilità.

L'aspetto della condotta colpevole del preposto può tornare, di contro, ad emergere allorché il titolare – ipotesi forse statisticamente improbabile – intenda agire in regresso nei suoi confronti. Lo scenario parrebbe fuori dal fuoco dell'art. 82 GDPR, che, come osservato, prende in esame il solo profilo dei rapporti tra titolare e responsabile, e dunque richiede di far capo alle regole nazionali (107). La complessità della disputa sull'*an* e sulla misura del regresso, nel contesto di una responsabilità civile imputata *ex* artt. 2049 e 2055 c.c., consiglia di rinviare al relativo dibattito (108).

Un discorso differente va fatto per quanto riguarda l'ipotesi, in effetti maggiormente discutibile, in cui colui che agisce sotto l'autorità del soggetto attivo compia un illecito doloso, trattando i dati per finalità autonomamente determinate ed estranee ai compiti affidatigli (ad es., il dipendente infedele che copi dati personali per "rivenderli" ad un concorrente del proprio datore di lavoro). Il dubbio è se qui la violazione, trovando nel trattamento solo l'occasione necessaria, spezzi il legame tra l'autore dell'illecito, che può considerarsi titolare (109), e il titolare sotto la cui autorità agiva. Ammettere che questi possa evitare la condanna comprovando che non gli è in alcun modo imputabile la condotta del preposto, in quanto il dipendente si era mostrato sino ad allora affidabile e il suo gesto non era

---

(107) Sul tema del regresso nell'ambito della *data protection* si sofferma BRAVO, *sub* art. 29 GDPR, cit., p. 486 ss. e ID., *sub* art. 2-*quaterdecies* d.lgs. n. 196/2003, cit., p. 1133 ss.

(108) Cfr., senza pretesa di completezza, GUARDIGLI, *La responsabilità ex art. 2049 c.c. e i modelli di lavoro nella rivoluzione digitale*, cit., p. 670 ss.; DE MENECH, *sub* art. 2049, cit., p. 1227 ss.; FRANZONI, *Fatti illeciti (artt. 2043-2049 c.c.)*[2], cit., p. 358 s.; D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e rivalse*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 361 ss.

(109) Cfr. JÓRI, *sub* art. 29 GDPR, in *General Data Protection Regulation. Article-by-Article Commentary*, cit., p. 648.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

minimamente presagibile, rischia di lasciare pericolosi vuoti di tutela. Né appare appagante, sotto il profilo ricostruttivo, immaginare la violazione di un obbligo di vigilanza puntuale e capillare, come fa la Corte di Giustizia in *Juris*.

Per evitare tali inconvenienti, senza necessariamente passare per il tramite dell'art. 2049 c.c. e senza ricercare, per forza e disperatamente, un profilo d'inadeguata gestione di tale rischio per muovere un addebito in capo al titolare, sembra possibile suggerire che l'imputazione dell'illecito doloso, pur commesso per fini egoistici, avvenga direttamente in capo al soggetto attivo del trattamento in quanto, di per sé, costituente la violazione del Regolamento di cui all'art. 82, par. 2. Se proprio si vuole concedere spazio alla prova liberatoria, la si potrebbe ammettere nelle ipotesi in cui il titolare riesca a dimostrare, oltre che di aver implementato un sistema di gestione del rischio adeguato anche sotto il profilo della *data security*, di non aver dato accesso ai dati personali oggetto dell'illecito. In questo caso, il dipendente, seppur facilitato dalla sua posizione nell'organizzazione del titolare, può essere, *mutatis mutandis*, assimilato ad un terzo che s'intrometta dall'esterno.

8. – Il contenuto del criterio d'imputazione racchiuso all'interno dell'art. 82 GDPR, parzialmente rischiarato dagli interventi della Corte di Giustizia già esaminati (e in attesa di quelli futuri), attende l'opera di concretizzazione da parte della giurisprudenza nazionale, cui spetta il «potere dell'ultima parola» (110) sull'applicazione al caso della vita delle disposizioni comunitarie e, soprattutto, sull'accertamento del fatto e della colpa. Di certo, anche al di là dei segnalati snodi problematici non "coperti" da una pronuncia della Corte del Lussemburgo, parrebbe una *naivité* quella di dare per scontato che quanto già sancito dal Giudice del Kirchberg, a proposito della natura della responsabilità per illecito trattamento di dati personali, sia destinato a tradursi in concrete applicazioni pratiche ispirate alla medesima logica di bilanciamento tra esigenze di protezione delle persone fisiche interessate e di sviluppo di un mercato digitale che si nutre di dati (anche personali) e che si vuole incarnata nel modello della colpa presunta. La materia della responsabilità civile, infatti, come la sua storia nel corso del '900 dimostra, è troppo *judge-made* per poter venire imbrigliata in salde ed appaganti formule generali risolutive dei conflitti allocativi, se non altro perché le sue categorie sono sufficien-

(110) PAGLIANTINI, *Rinvio pregiudiziale ed interpretazione adeguatrice (la narrazione del civilista)*, cit., p. 198.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

temente ampie per essere permeabili a surrettizi interventi di politica giudiziale del diritto (qui potenzialmente eversiva di un ordine eurounitario in costruzione) (111).

Senza con ciò voler indulgere in una querimoniosa profezia, addebitando anzitempo alle Corti di marcare una frattura tra declamazione e applicazione della *regula iuris*, orientata al *favor* per le vittime, non sembra difficile prefigurare quale potrebbe essere la via per giungere a forme, più o meno larvate, di responsabilità oggettiva, trattandosi di tendenza da tempo in atto e puntualmente censita dalla dottrina attenta alla dimensione applicativa dell'illecito civile (112).

In particolare, si può immaginare che nel corredo difensivo, schierato dal presunto danneggiante a comprovare l'assenza di colpa nella causazione del danno, si tenterà di scorgere le anche più minute ed evanescenti tracce di una qualche negligenza, "creando" doveri preventivi intrisi di senno del poi. Non che si voglia negare l'ovvio, ossia che anche una colpa lieve può dare luogo a responsabilità (113). Semmai, il pericolo è che la valutazione del giudice, posto di fronte all'incidente, sia influenzata da una (troppo) facile tentazione di ricavare dall'evento dannoso la colpa stessa (114).

Un *post hoc*, *propter hoc* ben poteva giustificarsi sotto l'imperio del richiamo all'art. 2050 c.c. compiuto dall'art. 15 del Codice della Privacy, seppure quantomai controverso e discutibile, anche per l'irrisolto dubbio sull'ascrivibilità della responsabilità per attività pericolose al polo della *strict liability* ovvero della colpa presunta (e, se si vuole, anche aggravata). Come osservava la dottrina poco dopo l'introduzione nel sistema del nuovo criterio d'imputazione, il danno parla per l'assenza anche solo di una tra «tutte le misure idonee» ad evitarlo (115).

---

(111) Sul «diritto regolatore della responsabilità civile come diritto giurisprudenziale» si vedano le dense pagine di GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *questa rivista*, 2008, p. 83 ss.

(112) Per un riscontro, cfr. BUSSANI, *L'illecito civile*, cit. p. 50 s.; Salvi, *La responsabilità civile*[3], cit., p. 153 ss.; ROPPO, *Spigolature su responsabilità oggettiva e funzione deterrente, in Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, II, Milano, 2008, p. 468 s.

(113) Cfr. VISINTINI, *Fatti illeciti. Fondamenti e nuovi sviluppi della responsabilità civile*, cit., p. 35 ss.

(114) Spesso le Corti, rileva WIDMER, *Comparative report on fault as a basis of liability and criterion of imputation (attribution)*, cit., p. 349, ritengono «*after the event, even a fool is wise*».

(115) Cfr. BERNARDINI, *La responsabilità oggettiva nella più recente giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 1178 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il *reasoning* del giudice della responsabilità civile per trattamento dei dati personali dovrebbe essere diverso. Il punto di partenza è che, se è pur vero che la colpa non è un *quid* immateriale di cui si possa predicare un'autonoma preesistenza rispetto alla condotta causativa del danno, ma è «misuratore deontico» (116) dell'approccio al rischio adottato e implementato dall'autore del trattamento, la fotografia, esibita in giudizio, del complesso delle misure tecnico-organizzative di sicurezza, tipiche e atipiche, non è qualcosa di intangibile, ma proprio ciò di cui si discute. L'assetto prevenzionale, le *policy* formulate e attuate, le risorse, umane e tecnologiche investite nel momento che precede *l'evento dannoso* sono l'oggetto precipuo della valutazione da parte del giudice chiamato a decidere se l'esposizione dei dati al rischio sia stata lecita o illecita, dunque se vi sia o no responsabilità del titolare (o del responsabile) (117).

Ad onta di ciò, con occhiali giusrealisti, le elastiche maglie del giudizio di ragionevolezza e proporzionalità circa lo sforzo preventivo messo in atto da chi tratta dati personali altrui lasciano ampi margini per giustificare "a decisione presa" la condanna nei termini di un'omissione di quella o di quell'altra cautela. Per non essere anticomunitario nell'argomentazione, il giudicante deve aver cura di non giungere al punto di affermare che l'evento dannoso va ascritto al convenuto in quanto epifania del *rischio tipico* insito nella pericolosità dell'attività di trattamento dal medesimo intrapresa, a prescindere dall'evidenziazione di una qualche concreta *carenza*. Tutt'al più, laddove la cautela mancata non emerga dall'istruttoria, la responsabilità si potrà fondare sul difetto di prova in ordine all'assenza di colpa, particolarmente rispetto alle ipotesi in cui l'eziologia dell'incidente rimanga dubbia. Assolto dall'attore l'onere della prova della causalità, ossia che il danno deriva dal trattamento, la "causa ignota" non può liberare senz'altro il convenuto. *Accountability*, come la migliore dottrina insegna, è obbligazione che abbraccia *pure* il profilo della prova dell'osservanza di tutti i principi del trattamento (118). L'adeguatezza dell'assetto preventivo non si può supporre, ma va *positivamente* dimostrata dal soggetto attivo del trattamento, pena la violazione di un obbligo che, sotto tale profilo, è autonomo da quelli da comprovare. Solo una volta escluso, per via logica, che l'evento dannoso possa essere ricondotto ad una violazione del Regolamento, la domanda risarcitoria andrà rigettata.

---

(116) Così BARCELLONA, *La responsabilità civile*, Torino, 2021, p. 162 ss.

(117) Secondo la classica definizione di colpa di TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 78.

(118) Cfr. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, p. 1096 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Alla luce di ciò, paiono possibili alcune osservazioni conclusive a proposito del collocamento della regola di responsabilità civile coniata per l'illecito trattamento dei dati personali entro il processo di formazione del diritto europeo del digitale, che si compone sia del profilo preventivo sia di quello propriamente risarcitorio.

Il primo rilievo prospettico è che, nell'era dell'IA, a fronte di un approccio regolatorio unitario, articolato, nel c.d. *AI Act*, su di un apprezzamento «rigido» (119) dei livelli di rischio, i criteri d'imputazione della responsabilità civile paiono per converso ispirati a logiche non omogenee. Così, ai sensi della nuova Direttiva sulla responsabilità del produttore, ove il danno scaturisca da un sistema intelligente autonomo o incorporato in un prodotto difettoso, la *compliance* alle norme (comprese quelle tecniche) preventive non manderà il fabbricante, del prodotto o della sua componente *software*, senz'altro esente da responsabilità. Se invece l'evento dannoso è il frutto di un trattamento di dati personali condotto attraverso tecniche d'intelligenza artificiale, fuori dal campo applicativo della Direttiva sulla *product liability*, sarà materia di lite e, quindi, di giudizio, la ragionevolezza del complesso di misure volte a prevenire il rischio. La scelta per la coesistenza di regimi imperniati su criteri d'imputazione differenti rispetto a rischi implicati da un medesimo fenomeno tecnologico può leggersi, sul piano del processo storico di formazione della responsabilità civile europea, nel senso che il «movimento» che dalla colpa conduce verso la responsabilità oggettiva, passando per la tecnica dell'inversione dell'onere probatorio, evocato da autorevole dottrina, non si dà invero come lineare, ma appare, piuttosto, oscillante (120).

In chiave critica rispetto all'opzione interpretativa, in sé, di un regime basato sulla colpa presunta, seppur colorata dei "tratti oggettivi" dianzi descritti, si può avanzare il dubbio che l'impatto dell'intelligenza artificiale sulla *data protection* avrebbe forse dovuto condurre la Corte di Giustizia a maggior prudenza nel disegnare i rapporti tra regolazione in chiave preventiva e allocazione del costo degli incidenti da illecito trattamento dei dati personali. Le molte, autorevoli voci tese a propugnare la necessità di elaborare e mettere in posa un sistema di responsabilità oggettiva – almeno per le applicazioni intelligenti ad alto rischio – muovono per lo più proprio dalla constatazione della natura non prevedibile degli *output* (121).

---

(119) Cfr. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, cit., p. 120; NOVELLI, CASOLARI, ROTOLO, TADDEO e FLORIDI, *AI Risk Assessment: A Scenario-Based, Proportional Methodology for the AI Act*, in *Digital Society*, 2024, 3, 13, p. 9 s.

(120) CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 86 ss.

(121) Cfr., senza pretesa di completezza, FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La sensazione è che il Giudice comunitario, senza porsi il problema se la colpa sia il criterio adeguato a tale scenario, riponga piena fiducia nel modello di gestione del rischio, affidato all'autovalutazione dei soggetti attivi in eventuale cooperazione con le Autorità di controllo, adottato dal Regolamento ([122]). Certamente, le scelte prevenzionali sono aperte ad una verifica *ex post* in sede giurisdizionale; ma il *second guess* appare, da questo punto di vista, funzionale ad un'esigenza, soddisfatta forse più efficacemente dai rimedi di *public enforcement*, sanzionatorio-deterrente di un'inadeguata gestione del rischio (in rapporto alle sue caratteristiche e dimensioni), piuttosto che compensatoria della perdita patita dalla incolpevole vittima.

Se questo è il quadro che si va delineando, una non improbabile insoddisfazione verso un criterio d'ascrizione del danno basato sulla colpa potrebbe sospingere taluni a ricorrere espressamente alle norme nazionali d'imputazione dei danni, valorizzando a tal fine il recitativo del Considerando n. 146, secondo cui il ristoro *ex* art. 82 GDPR «…non pregiudica le azioni di risarcimento di danni derivanti dalla violazione di altre norme del diritto dell'Unione o degli Stati membri».

Il messaggio che sembra però giungere dal Lussemburgo all'interprete, segnatamente al giudice nazionale, è che la sicurezza non è ad ogni costo e che la responsabilità civile fatta gravare sui soggetti attivi del trattamento non possa sporgere oltre le misure preventive che siano ragionevoli e proporzionate rispetto al rischio. Sotto il profilo assiologico e delle opzioni di politica del diritto, la deduzione è che assicurare comunque la riparazione del danno non rappresenta un preminente vettore di fiducia nello sviluppo tecnologico, bensì, al contrario, che tale fiducia richiede, nell'ottica di coloro che nello sviluppo investono, che una parte del danno rimanga a carico di chi lo ha subito. E se così è, deve inferirsi che l'art. 82 GDPR – nel suo ambito di applicazione materiale – è regola speciale e assorbente rispetto al profilo del criterio di imputazione dei danni cagio-

---

regole?, cit., p. 66 ss.; LIOR, *The AI Accident Network: Artificial Intelligence Liability Meets Network Theory*, in *Tulane Law Review*, vol. 95, 2021, p. 1134 s.; WENDEHORST, *Strict Liability for AI and other Emerging Technologies*, in *Journal of European Tort Law*, vol. 11, 2020, pp. 152 s.,159 s.; SPINDLER, *User liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things: Munster Colloquia on Eu Law and the Digital Economy*, a cura di Lohsse, Schulze, Staudenmayer, Baden Baden, 2019, p. 125 ss. E v. l'art. 4 della proposta del Parlamento europeo, *Risoluzione del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale*, (2020/2014(INL).

([122]) Per un'illustrazione del complessivo approccio del GDPR al rischio cfr. MANTELERO, *sub* art. 35 GDPR, in *Codice della privacy e della data protection*, cit., p. 534 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nati nell'attività di trattamento di dati personali e che l'equilibrio dalla stessa raggiunto tra interessi antagonisti non potrebbe essere rimesso in discussione da un utilizzo, nello stesso ambito, di criteri domestici di stampo oggettivo.

Sbarrato il ricorso a strumenti riallocativi dei danni nazionali più favorevoli al danneggiato, può concludersi che il paradigma della pericolosità che ha guidato sino a poco tempo fa l'interprete italiano dev'essere abbandonato al cospetto di un art. 82 GDPR che si pone quale fedele proiezione, nel campo della responsabilità civile, di un modello basato sulla minimizzazione (e non sulla neutralizzazione) del rischio (123). Ciò anche a fronte di rischi tanto elevati da insinuare il dubbio che esentare in taluni casi l'attività di trattamento dal novero delle *ultrahazardous activities* non sia scelta comparativamente (ossia rispetto ad altre attività meno pericolose) congrua, tenuto soprattutto conto che la categoria è cangiante e che la giurisprudenza che la maneggia non è proprio coerente (124).

Ancora una volta, la plasticità della colpa può essere sfruttata per arrivare a risultati pratici analoghi a quelli conseguibili con l'art. 2050 c.c., manipolandone il contenuto per sostenere che, a fronte di un rischio assai elevato, il fatto in sé di intraprendere l'attività di trattamento sia espressione di una scelta illecita per il rischio stesso, che avrebbe di contro imposto un'astensione dal trattamento (125). E questo modo d'intendere la colpa civile, sulla cui correttezza concettuale non è possibile qui soffermarsi, potrebbe allora forse giustificare anche una condanna a carico di chi si sia avventurato nell'ignoto di una tecnologia, che si «nutre» (126) di dati personali, capace di determinare esiti dannosi non prevedibili o non perfettamente governabili.

---

(123) Critico verso il passaggio da un modello basato sul pericolo ad uno fondato sul rischio è SICA, *sub* art. 82 GDPR, cit., p. 894.

(124) Cfr. AL MUREDEN, *La responsabilità per esercizio di attività pericolose a quarant'anni dal caso Seveso*, in *questa Rivista*, 2016, p. 652 ss.

(125) Si giungerebbe, cioè, ad ammettere che la colpa, la quale solitamente funge da criterio discretivo tra lecito e illecito in riferimento ad attività rischiose ma lecite, giustifichi anche un divieto assoluto di svolgere una data attività giudizialmente reputata troppo rischiosa *nonostante* ogni cautela messa in campo: cfr. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, cit., p. 9 s., e, più di recente, con riferimento al problema del rischio incerto (che non è necessariamente sinonimo di elevato) MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, cit., p. 57 s., testo e nota 35.

(126) FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, cit., p. 71 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

INDICI GENERALI 2024

INDICE SOMMARIO

DIBATTITI

GUIDO ALPA, *Rileggendo «Le fonti di integrazione del contratto» di Stefano Rodotà* 1

ENRICO DEL PRATO, *Sul quarto libro del codice civile* 9

GUIDO ALPA, *La difesa dei diritti e il ruolo dell'avvocato nella applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale* 267

RAFFAELLA MESSINETTI, *Brevi note sulla certezza del diritto nella società algoritmica* 283

GUIDO ALPA, *Clausole vessatorie e nullità del contratto. Il monologo della Corte di Giustizia dell'Unione europea* 565

ALESSANDRO GNANI, *Al di sotto e al di sopra del risarcimento integrale* 576

GUIDO ALPA, *Amazon in tribunale* 973

BRUNO INZITARI, *Contratto preliminare di immobile ad uso abitativo: conflitto tra diritto alla casa e diritto di credito dalla legge fallimentare al correttivo del codice della crisi* 983

ANTONIO CAPRARA, *Liquidazione coatta amministrativa, insolvenza e cooperative: la ricerca di un difficile equilibrio sistematico* 998

GIACOMO GALEOTA, *La nullità delle clausole* claims made *in assenza di norme imperative "sostitutive"* 1020

SAGGI

TOMMASO DALLA MASSARA, *Trasformazioni della moneta e nuove configurazioni del rapporto obbligatorio* 28

RICCARDO RESTUCCIA, *Forma informativa nella contrattazione asimmetrica dei servizi di investimento* 54

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ILARIA RIVA, *Assicurazione sulla vita per il caso morte "a vita intera" e individuazione del beneficiario* 91

MARIA ZINNO, *Solidarietà passiva e transazione: la clausola volta ad impedire ai condebitori di profittare dell'accordo* 119

LEOPOLDO VIGNUDELLI, *La portata del divieto del patto commissorio alla luce dell'espansione della clausola marciana* 138

FRANCESCO BOTTONI, *Contratto e reato nel recente orientamento di legittimità. Alcune considerazioni critiche* 157

STEFANIA PIA PERRINO, *La rinegoziazione "coercibile" nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici: alla ricerca di una base legale, tra riforme fallite e riforme riuscite* 178

DOMENICO FAUCEGLIA, *La dilazione innova o nova il rapporto obbligatorio?* 199

DANIELE SBORLINI, *Il* broad consent *come mezzo per la valorizzazione dei dati personali nell'ambito della ricerca scientifica e il suo rilievo negli spazi di condivisione dei dati* 223

NADIA ZORZI GALGANO, *Il mantenimento dei figli nella disciplina italiana attuale: un obbligo giuridico tendenzialmente perpetuo? La dialettica fra il legislatore e il diritto vivente* 294

GIOVANNI BRUNO, *Il risarcimento del danno e la restituzione degli utili nella disciplina della proprietà intellettuale* 323

AURELIO GENTILI, *Le fonti del diritto d'impresa: un tentativo di sistema* 342

DANIELA DI SABATO, *Tecnologia algoritmica e attività negoziale* smart 360

GUGLIELMO BEVIVINO, Smart contracts *e "assestamenti" della disciplina generale del contratto* 376

MANIELA GIOBBI, *Illecito e danno lungolatente* 424

GIORGIO REMOTTI, *Studio sulle dinamiche contratto-mercato nella gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi* 442

MARCO FARINA, *Regolamento condominiale "contrattuale" e clausola compromissori* 483

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

VITTORIO PISAPIA, *Profili civilistici del* Mark to market *e degli "scenari probabilistici" nei contratti derivati: estraneità o meno all'oggetto e alla causa del contratto* 500

ENRICO CAMPAGNANO, *La concorrenza nel settore delle concessioni demaniali marittime dopo le sentenze dell'Adunanza Plenaria e della Corte di Giustizia: l'Italia all'ultima spiaggia* 518

VINCENZO CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici* 586

RAFFAELE LENZI, *Fondo patrimoniale e problemi di dinamica dei beni destinati* 612

ANGELO VENCHIARUTTI, *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile in ragione dell'età* 656

VALERIO BRIZZOLARI, *Il risarcimento in forma specifica dei danni patrimoniali e la tutela del valore d'uso* 681

CARLO ALBERTO VALENZA, *Concorrenza, regolazione e giustizia del contratto* 709

FRANCESCA PRENESTINI, *Economia circolare e modelli organizzativi imprenditoriali: i consorzi per la gestione del fine vita dei prodotti* 744

LUCA PETRONE, *La* governance *d'impresa e gli adeguati assetti atto* 777

JACOPO ALCINI, *Il divieto del patto commissorio tra bizantinismi e prospettive* 818

GIUSEPPE MARIA MARSICO, *Tra mercato e* deadlock: *la* russian roulette clause 850

GIUSEPPE PROIETTI, *Definire l'indefinibile? I sistemi di intelligenza artificiale alla ricerca di un inquadramento sistematico* 884

CARLO BASUNTI, *Nuove prospettive di valorizzazione dei dati in dimensione collettiva: le cooperative di dati (e le reti di imprese)* 928

AURELIO GENTILI, *Regole per l'intelligenza artificiale* 1043

FABIO BRAVO, *Intelligenza Artificiale, autonomia contrattuale e meccanismi di controllo* 1070

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

MASSIMO GAZZARA, *Della quantificazione del danno morale* 1099

TOMMASO MARIA UBERTAZZI, *Clausole di garanzia nei contratti di acquisizione e limiti delle formule di indennizzo* 1119

ENRICO DEL PRATO, *Rinegoziazione del contratto e buona fede* 1140

DOMENICO FAUCEGLIA, *Sull'assunzione del debito* pro solvendo ... 1160

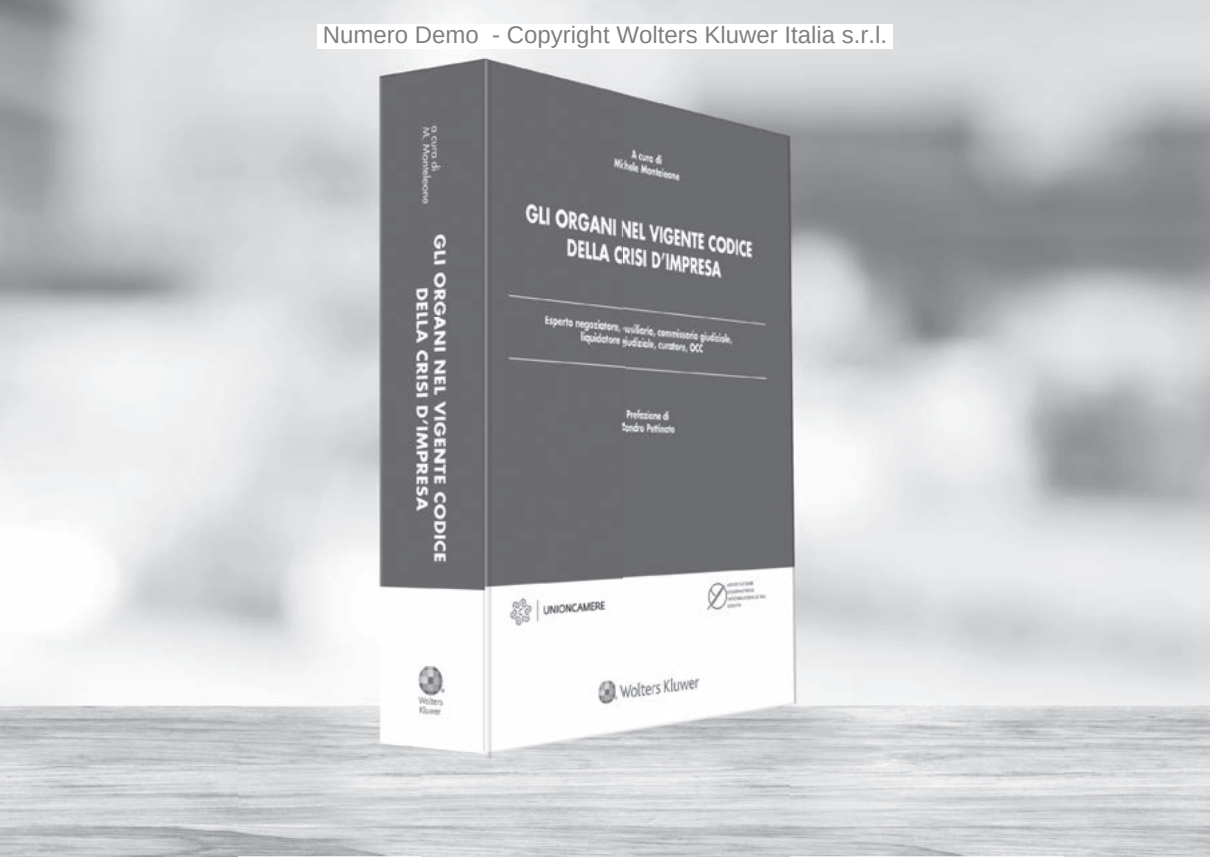
CHIARA D'ELIA, *Finanza strutturata e rilancio dell'economia europea. La* securitization *bancaria, assicurativa e di* asset *di proprietà intellettuale a sostegno della ripartenza* 1179

DAVIDE MARIA LOCATELLO, *Adeguata gestione del rischio e presunzione di colpa nell'imputazione del danno da illecito trattamento di dati personali* 1215

DIRITTO E DINTORNI

MIA CALLEGARI E EVA R. DESANA, *Gastone Cottino: una vita da maestro fra impegno civile e accademia* 968

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



GLI ORGANI NEL VIGENTE CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA

A cura di **Michele Monteleone**

Approfondisce le **novità** del **Codice della Crisi d'Impresa**, in relazione all'operatività dei **diversi organi di controllo legati all'attività di vigilanza**.

Un importante strumento per assolvere gli **obblighi formativi**, dettati dall'istituzione dall'**Albo Unico Nazionale dei Gestori della Crisi** e dalle Linee guida elaborate dalla "**Scuola Superiore della Magistratura**".

Y16OOBN

Wolters Kluwer

wolterskluwer.com

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Wolters Kluwer

Y34HFBN

One | LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Condizioni d'abbonamento

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 90 gg. prima della data di scadenza, a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia, Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI), oppure a mezzo PEC all'indirizzo contact@wkicert.it.
Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista.
I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro e non oltre un mese dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine saranno spediti contro rimessa dell'importo.

Le versioni digitali sono consultabili online su *www.edicolaprofessionale.com/CI*, tablet e smartphone.

Il pagamento potrà essere effettuato con un versamento intestato a WKI Srl - Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI) - utilizzando le seguenti modalità:
- Conto Corrente Postale 583203, intestato a WKI s.r.l. Gestione Incassi
- Conto corrente Bancario presso BANCA INTESA SAN PAOLO S.p.a. intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. IBAN IT61M0306933684100000002208
- Importante: indicare la causale del versamento, il titolo della rivista e l'anno di abbonamento.

Abbonamento 2025

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 270,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 235,00 + iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 355,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 235,00 (esente IVA)

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.
Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.
L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. – Via Bisceglie, n. 66 – 20152 Milano (MI).

SERVIZIO CLIENTI CEDAM

Informazioni commerciali ed amministrative:
tel. 02.824761 - Indirizzo internet: *www.servizioclienti.wki.it* - *e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

I "Dialoghi" sono un trimestrale di analisi critica e ricostruttiva della produzione giurisprudenziale e di valutazione sistematica delle figure giuridiche di creazione legislativa ed extralegislativa.

Già Direttori dalla fondazione (1985): †Francesco Galgano *(Direttore Fondatore)*, Guido Alpa, Marino Bin, †Giovanni Caselli, †Giovanni Grippo, Bruno Inzitari, Raffaella Lanzillo, Mario Libertini, Salvatore Mazzamuto, †Giovanni Panzarini, Gabriello Piazza, Enzo Roppo, Giuseppe Sbisà, Giovanna Visintini, Roberto Weigmann.

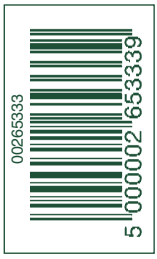
Comitato di Direzione: Guido Alpa *(Direttore)*, Giusella Finocchiaro, Massimo Franzoni, Daniela Memmo, Mario Notari, Giulio Ponzanelli, Giovanni Meruzzi, Raffalla Messinetti, Vincenzo Ricciuto, Nadia Zorzi Galgano.

Comitato editoriale: Fabio Bravo *(Coordinatore)*, Antonio Albanese, Massimo Aragiusto, Roberto Calvo, Marco Capecchi, Lisia Carota, Alessandro Ciatti, Matteo Dellacasa, Elena Depretis, Edoardo Ferrante, Franco Ferrari, Mauro Grondona, Paola Manes, Fabrizio Marrella, Francesca Mollo, Matteo Pandimiglio, Elisabetta Panzarini, Pederzini Elisabetta, Stefano Pellegatta, Maria Colomba Perchinunno, Patrizia Petrelli, Alessandra Pinori, Margherita Pittalis, Annarita Ricci, Angelo Riccio, Ilaria Riva, Rita Rolli, Giulia Rossi, Alessandro Semprini, Gianluca Sicchiero, Laura Valle.

Comitato di Revisione: Niccolò Abriani, Enrico Al Mureden, Mads Andenas, Maria Annunziata Astone, Luigi Balestra, Andrea Biondi, Achille Antonio Carrabba, Roberto Carleo, Donato Carusi, Claudio Colombo, Massimo Confortini, Giuseppe Conte, Alessandro D'Adda, Giovanni De Cristofaro, Luca Di Donna, Raffaele Di Raimo, Giampaolo Frezza, Andrea Fusaro, Enrico Gabrielli, Michele Graziadei, Giuseppe Grisi, Marco Lamandini, Emanuele Lucchini Guastalla, Francesco Macario, Marcello Maggiolo, Manuela Mantovani, Maria Rosaria Maugeri, Vincenzo Meli, Lorenzo Mezzasoma, Aurelio Mirone, Andrea Mora, Luca Nivarra, Stefano Pagliantini, Mauro Paladini, Teresa Pasquino, Andrea Perrone, Armando Plaia, Matteo Rescigno, Giorgio Resta, Carlo Rimini, Pierpaolo Sanfilippo, Giuseppe Santoni, Claudio Scognamiglio, Giuliana Scognamiglio, Roberto Senigaglia, Pietro Sirena, Alessandro Somma, Marina Timoteo, Andrea Tina, Stefano Troiano, Francesco Vella, Marco Ventoruzzo, Maria Carmela Venuti, Vincenzo Zeno-Zencovich.

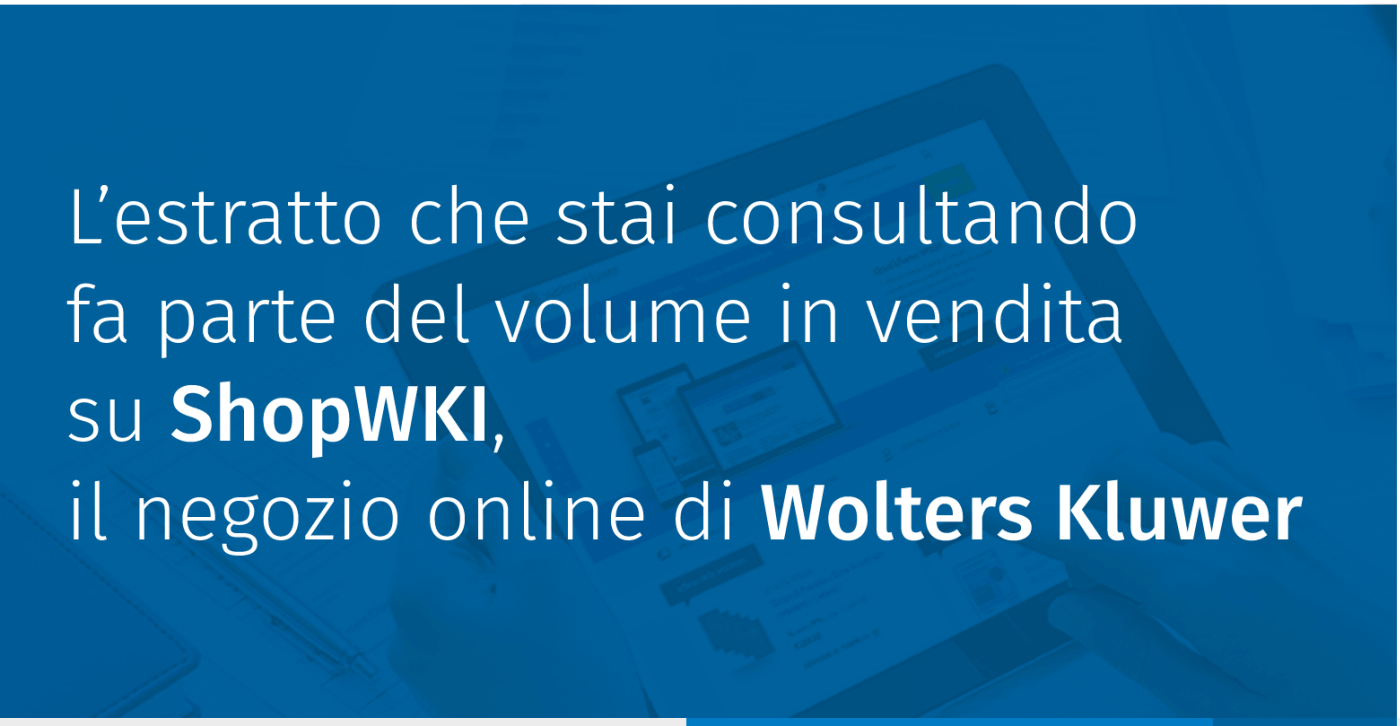
Il Comitato di Direzione e il Comitato editoriale determinano la linea culturale della Rivista sia con l'apporto dei contributi dei propri membri, sia con la periodica predeterminazione delle aree di intervento. All'opera di preventiva revisione degli scritti destinati alla pubblicazione, con il metodo di referaggio della c.d. *double blind peer-review*, provvede un apposito Comitato di Revisione, formato da professori italiani e stranieri di prima fascia esterni alla Direzione, come da elenco indicato sopra e sul sito Internet della Rivista.

Direzione e Comitato editoriale hanno sede in Bologna, Via Luca Ghini n. 1
E-mail: rivista@contrattoeimpresa.eu
Sito web: www.contrattoeimpresa.eu



€ 70,00 I.V.A. INCLUSA

Wolters Kluwer



L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX