

# *rivista di* diritto privato

3 anno XXII - luglio/settembre 2017

## **Comitato scientifico**

Giorgio De Nova  
Enrico Gabrielli  
Natalino Irti  
Pietro Rescigno  
Piero Schlesinger  
Paolo Spada

## **Direzione**

Giorgio De Nova  
Mario Cicala  
Enrico Gabrielli  
Edoardo Marcenaro  
Giuseppe Minniti  
Vincenzo Roppo  
Giuliana Scognamiglio  
Giuseppe Tucci  
Giuseppe Vettori



**CACUCCI  
EDITORE**

# rivista di diritto privato

## Pubblicazione trimestrale

**Editrice:** Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

www.cacuccieditore.it – e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Telefono 080/5214220 – Fax 080/5234777

**Direttore responsabile:** Nicola Cacucci

**Comitato scientifico:** Giorgio De Nova, Enrico Gabrielli, Natalino Irti, Pietro Rescigno, Pietro Schlesinger, Paolo Spada

**Direttore:** Giorgio De Nova

**Direzione:** Giorgio De Nova, Mario Cicala, Enrico Gabrielli, Edoardo Marcenaro, Giuseppe Minniti, Vincenzo Roppo, Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

**Comitato di valutazione scientifica:** Pietro Abbadesse, Fabio Addis, Giuseppe Amadio, Franco Anelli, Ciro Caccavale, Carmelita Camardi, Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Angelo Chianale, Massimo Confortini, Giovanni D'Amico, Carlos De Cores, Enrico del Prato, Valerio Di Gravio, Luis Leiva Fernández, Giovanni Furguiele, Andrea Fusaro, Carlo Ibba, Raffaele Lener, Francesco Macario, Vincenzo Meli, Enrico Minervini, Massimo Miola, Salvatore Monticelli, Romulo Morales Hervias, Mario Notari, Gustavo Olivieri, Mauro Orlandi, Fabio Padovini, Pascal Pichonnaz, Paolo Pollice, Vincenzo Ricciuto, Giuseppe Santoni, Davide Sarti, Michele Sesta, Michele Tamponi, Federico Tassinari, Daniela Valentino, Gian Roberto Villa, Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

**Comitato editoriale:** Giorgio Afferni, Andrea Azzaro, Roberto Calvo, Ernesto Capobianco, Lisia Carota, Donato Carusi, Alessandro Ciatti, Nicola Cipriani, Paolo Corrias, Francesco Delfini, Matteo Dellacasa, Fabrizio di Marzio, Massimo Di Rienzo, Amalia Diurni, Aldo Angelo Dolmetta, Angelo Federico, Fiorenzo Festi, Antonio Fici, Gregorio Gitti, Giancarlo Laurini, Giorgio Lener, Renato Marini, Giacomo Oberto, Paolo Pardolesi, Andrea Pisani Massamormile, Giuseppe B. Portale, Mariano Robles, Rita Rolli, Renato Rordorf, Luigi Salamone, Luigi Salvato, Laura Schiuma, Maurizio Sciuto, Marco Tatarano, Gianmaria Uda, Carlo Venditti, Francesco Venosta, Fabrizio Volpe

**Redazioni: Roma:** Maria Barela, Marco Nicolai, Benedetta Sirgiovanni

**Bari:** Adriana Addante, Claudia Morgana Cascione

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009 Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

**Abbonamenti:** Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

**Abbonamento annuale:** Italia € 135,00 – Estero € 270,00.

**Prezzo singola copia:** € 38,00.

**Arretrati:** prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

**Per l'invio di corrispondenza:** Cacucci Editore S.a.s. – Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

**Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.**

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,

Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel data base informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore S.a.s. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

## CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

La valutazione di tutti i contributi oggetto di pubblicazione viene effettuata in totale anonimato secondo il sistema "double blind", in osservanza di quanto prevede il Regolamento ANVUR, da un soggetto terzo, di volta in volta, individuato dalla Direzione, secondo le sue specifiche competenze nelle aree tematiche di pertinenza del contributo sottoposto a valutazione nell'ambito del Comitato di Valutazione composto da soggetti autonomi rispetto agli Organi della Rivista. Solo in casi eccezionali la Direzione assume direttamente la responsabilità della pubblicazione segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazione, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:

- la attualità del contributo;
- la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo con le materie trattate dalla Rivista.

In caso di accettazione del contributo per la sottoposizione alla procedura di referaggio, il Direttore, o un componente della Direzione, invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati preferibilmente fra i componenti del Comitato di Valutazione.

Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:

- correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
- originalità dello scritto;
- adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza citate;
- chiarezza espositiva.

Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblicazione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o integrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisione finale verrà assunta dal Direttore.

In caso di contributi provenienti da Autori di particolare fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità, può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo alla procedura di referaggio.

**Regole per l'autore soggetto a revisione:** ciascun autore che invia un articolo deve segnalare se il proprio nome è presente nelle proprietà nascoste del file; indicare quali parti dell'articolo potrebbero rivelare la sua identità e mettere in evidenza la presenza nelle note di eventuali rimandi alle proprie opere.

# *rivista di* diritto privato

---

2017

**Comitato scientifico**

Giorgio De Nova  
Enrico Gabrielli  
Natalino Irti  
Pietro Rescigno  
Piero Schlesinger  
Paolo Spada

**Direzione**

Giorgio De Nova  
Mario Cicala  
Enrico Gabrielli  
Edoardo Marcenaro  
Giuseppe Minniti  
Vincenzo Roppo  
Giuliana Scognamiglio  
Giuseppe Tucci  
Giuseppe Vettori



CACUCCI  
EDITORE

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

Ai sensi della legge sui diritti 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, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

---

## SOMMARIO 3/2017

---

### Saggi e pareri

---

<b>Patrimonio e patrimonializzazione nelle società cooperative</b> <i>di Massimo Di Rienzo</i>	327
<b>I diritti collettivi dei pazienti nel panorama europeo</b> <i>di Amalia Diurni</i>	349
<b>Il preliminare di preliminare nella prospettiva procedimentale</b> <i>di Alberto Maria Benedetti</i>	379
<b>Clausole di destinazione agli eredi e «diritto proprio» del beneficiario dell'assicurazione sulla vita. Interferenze tra diritto delle assicurazioni e diritto successorio</b> <i>di Andrea Dalmartello</i>	399
<b>La responsabilità dello Stato tra diritto europeo e diritto nazionale</b> <i>di Antonio Lamorgese</i>	427
<b>La regola di appropriatezza nei contratti di servizio di risparmio amministrato</b> <i>di Daniele Imbruglia</i>	457

Ci scusiamo con i lettori poiché, per un errore materiale nella impaginazione, la numerazione del precedente fascicolo (n.2) è errata. Il presente fascicolo prosegue con la corretta numerazione.



## *Saggi e pareri*

---





# Patrimonio e patrimonializzazione nelle società cooperative

di Massimo Di Rienzo\*

*SOMMARIO: 1. Patrimonializzazione e capitale variabile. – 2. Disciplina del capitale e autonomia privata. – 3. Capitale reale vs. capitale nominale e capitale fisso vs. capitale variabile. – 4. Il diverso grado di imperatività delle regole sul netto. – 5. La disciplina vincolata del netto. – 6. L'articolazione dei vincoli. – 6.1 Le riserve indivisibili. – 6.2 Le riserve divisibili. – 6.3 L'obbligo di capitalizzazione delle riserve divisibili. – 6.4 La disciplina della riduzione effettiva in presenza di uno squilibrio patrimoniale. – 7. La disciplina degli strumenti finanziari. – 8. Le regole sulla distribuzione dei ristorni. – 9. La riserva legale. – 10. La permanente inscindibilità fra scopo mutualistico e capitale variabile: conclusioni.*

1. L'ultima opera di Umberto Belviso<sup>1</sup> offre, come sempre accade per gli scritti di questo Autore, molteplici spunti di riflessione e diversi in riferimento al tema della patrimonializzazione delle società cooperative.

Questo aspetto, come opportunamente osserva Umberto Belviso sulla base di una disamina attenta dell'evoluzione storica della normativa sulle cooperative, viene chiaramente in risalto nella legislazione a noi più prossima, in particolare a partire dall'adozione della l. n. 59/1992, ben potendosi oggi affermare come quel “pudore concettuale” (o forse, ideologico) di cui aveva parlato una illustre dottrina e che aveva fatto in modo che apparisse come lasciata in secondo piano la considerazione delle problematiche “patrimoniali” delle cooperative, sia stato recisamente abbandonato<sup>2</sup>.

Scelta obbligata per trattare delle regole di patrimonializzazione delle società cooperative, costituisce il muovere dalla considerazione della connotazione della variabilità del capitale che è propria di questa tipologia societaria ma che naturalmente presuppone accolta una definizione di variabilità e definiti i caratteri normativi della stessa; in prima istanza, credo che una corretta definizione di variabilità, seppure in termini più generali, possa essere quella che Umberto Belviso individua nel ricondurla a “quel particolare regolamento del capitale sociale, che riduce sensibilmente l'influenza dei soci e dei creditori sociali sulle operazioni che ne decidono le variazioni”<sup>3</sup>.

\* Professore Ordinario di Diritto Commerciale.

<sup>1</sup> *Scopo mutualistico e capitale variabile nelle società cooperative*, Milano, 2012.

<sup>2</sup> Così, V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, p. 287; U. BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile*, cit., p. 130 ss.

<sup>3</sup> U. BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile*, cit., p. 114.

Questo rilievo consolida una osservazione già espressa da tempo in dottrina ovvero che la circostanza che nelle cooperative il capitale sia variabile, non implica né che un capitale non vi sia né che questo risulti del tutto sottratto alle regole comuni di gestione e disciplina dettate nell'ordinamento per il capitale sociale, essendo semmai più logico porre l'accento su quali debbano essere allora le regole da osservare ovvero concentrarsi su quelle disposizioni, del complesso normativo del capitale, che risultino non più invocabili quando si passi dalla condizione di "fissità" a quella di "variabilità" (del capitale) sancita per l'appunto per la forma sociale cooperativa<sup>4</sup>.

Spesso il riferimento alla variabilità lo si è ritenuto esauribile nella qualificazione del *non essere* il capitale delle cooperative un capitale nominale poiché, ed è corretto, nel nostro caso non deve essere fatta indicazione del valore complessivo dello stesso nell'atto costitutivo (di contro, quando tale indicazione sia imposta, ne scaturisce quella condizione di staticità che ammette una modificabilità del relativo importo ma solo all'esito di una formale procedura), e questo naturalmente accade non solo nell'occasione della costituzione della società ma anche durante la vita dell'ente<sup>5</sup>.

E però, a mio avviso, variabilità e non "nominalità" del capitale sociale, pur se riferibili al medesimo fenomeno, esprimono tuttavia, di esso, una valenza precisamente opposta, giacché con l'espressione della variabilità si intende richiamare la "presenza" di quelle specifiche regole che rappresentano (e si vedrà accompagnano e completano la mera disciplina del capitale, intesa come specifica posta del netto) le caratteristiche in positivo di tale variabilità; dovendosi, al contrario, correlare la connotazione del non essere il capitale sociale nominale "all'assenza" di un elemento formale, ovvero sia al non trovare corrispondenza il valore del capitale medesimo in una esplicita previsione statutaria che lo quantifichi.

Il modo migliore per procedere verso una enunciazione delle regole che governano il capitale (variabile) e le altre poste del netto patrimoniale nella disciplina delle società cooperative, è quello di una identificazione, innanzi tutto, delle possibili distinzioni fra capitale variabile e fisso così come individuabili quanto agli interessi coinvolti ed alle modalità della loro tutela.

Ci si deve allora riferire, evidentemente, ad una prima caratterizzazione della variabilità che è ricavabile, come noto, proprio dalla norma, l'art. 2524 c.c., che alla variabilità è dedicata sin dalla sua rubrica, nella misura in cui accanto alla previsione della non (obbligatoria) determinazione del capitale in un ammontare prestabilito (negli atti fondativi della società), permette di ravvisare una (tendenziale) estraniamento (come regola, seppure poi derogata nel terzo comma della medesima norma) dei soci dalle decisioni in materia di capitale, non riservando ad essi la competenza

<sup>4</sup> E. SIMONETTO, *La seconda direttiva in materia di s.p.a. e la società cooperativa*, in *Riv. soc.*, 1978, p. 175.

<sup>5</sup> E cfr. P. SPADA, *Diritto commerciale*, II, Padova, 2009, p. 209 ss.; nonché, ID., *Un numero che detta regole ovvero il ruolo del capitale sociale nel diritto azionario italiano*, in *Riv. notariato*, 2014, I, p. 439 ss.; E. CUSA, *Le riduzioni di capitale nelle società cooperative*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. I, Bari, 2011, p. 367.

a pronunciarsi sulle variazioni del capitale, se conseguenti all'entrata ed uscita dei soci ed in quanto non importanti una modificazione dell'atto costitutivo<sup>6</sup>.

Si è giustamente osservato che la ragione di questo risiede nella circostanza che nelle cooperative queste decisioni non producono l'effetto di intaccare (quel)l'interesse primario dei soci ad usufruire della gestione di servizio che è, come tale, "insensibile" alla misura della contribuzione alla formazione del capitale sociale<sup>7</sup>, anche se con questa spiegazione non si rende allo stesso modo ragione del perché, rispetto all'efficacia di operazioni/(decisioni) che comunque determinano variazioni del capitale, l'ordinamento segni un eguale arretramento anche dei margini di "influenza" spettanti ai creditori sociali.

In altre parole, se i riferimenti indiscutibili della disciplina del capitale fisso sono la garanzia della invarianza della misura (percentuale e relativa) dei diritti patrimoniali dei soci nonché la necessaria preservazione della integrità del netto a vantaggio dei creditori<sup>8</sup>, è più comprensibile, nel caso del capitale variabile, che le cose cambino rispetto al conseguimento dei *benefici* (patrimonialmente apprezzabili) dei soci, lo è meno a riguardo di una presunta diminuzione di interesse dei creditori per le vicende che possano spiegare effetti sul capitale.

Nella prima ipotesi, infatti, e per simmetria, se i benefici dei soci prescindono dalla misura della partecipazione al capitale, altrettanto accadrà rispetto alle sue variazioni (per quanto, dopo la riforma del 2003, è apparso di tutta evidenza come la relazione fra rapporto associativo e rapporto mutualistico non sia affatto di reciproca indifferenza)<sup>9</sup>; mentre, ipotizzare un disimpegno partecipativo dei creditori in tali operazioni in ragione di una naturale modesta entità del capitale sociale delle cooperative, risulterebbe essere spiegazione non del tutto soddisfacente oltre che controvertibile.

2. Un secondo punto di (apparente) distacco fra regole della fissità e della variabilità del capitale è forse individuabile qualora si rimarchino, in riferimento al capitale nominale, le esigenze ad esso sottese di tutela degli investimenti (dei soci) e di garanzia dei creditori e, conseguentemente, si tenga ferma la conclusione, già da tempo raggiunta in dottrina, che le regole del capitale sono antinomiche rispetto ad un pieno esplicarsi dell'autonomia privata e perciò destinate a trovare applicazione in spazi in larga parte sottratti alla libera determinazione dei soci (se non per quanto attiene alla misura degli importi, oltre il minimo legale, che si vogliono imputare a capitale).

<sup>6</sup> Sulla norma richiamata nel testo, v. E. CUSA, *Gli aumenti di capitale nelle società cooperative*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 336 ss.

<sup>7</sup> U. BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile*, cit., p. 24.

<sup>8</sup> U. BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile*, cit., p. 140.

<sup>9</sup> V. A. PIRAS, *Rapporto mutualistico e poteri dei soci*, in *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di F. Vella, Torino, 2004, p. 43 ss.; nonché, M. DI RIENZO, *I regolamenti sullo svolgimento dell'attività mutualistica*, (ora) in *Mutualità normativa e mutualità negoziale*, Torino, 2008, p. 89 ss.

Questo rilievo sarebbe tuttavia utile al nostro ragionamento ove si potesse dimostrare come, viceversa, vi sia un legame fra capitale variabile e ruolo dell'autonomia privata, evidentemente nel segno di una maggiore libertà d'azione da riconoscersi (non soltanto) ai soci ma, più in generale, a chi svolge un ruolo attivo nella "gestione" del patrimonio sociale.

Una prospettiva privilegiata per la misurazione degli spazi di autonomia tracciabili in relazione alla natura "nominale" o meno del capitale, è rappresentata indubbiamente dalla disciplina delle operazioni sul capitale (fisso), il cui significato più importante è dato dal costituire le stesse l'essenziale modalità attraverso la quale si è abilitati ad adottare determinazioni in grado di produrre una "incidenza sui valori" del patrimonio d'impresa che nelle vicende del capitale sono implicati<sup>10</sup>. Se si volessero discriminare le diverse alternative in ragione della loro incidenza su valori già *presenti* nel patrimonio sociale ovvero che *non* lo sono ancora o non lo sono *più*, si dovrebbe accedere ad un accostamento incrociato fra la riduzione effettiva e l'aumento gratuito del capitale, da un lato, quali modalità di disciplina di valori "attuali" del patrimonio, e, dall'altro, fra la riduzione per perdite e l'aumento a pagamento, a loro volta capaci di provocare effetti ma sulla sorte dei valori "futuri".

Si tratta dunque di verificare se queste valutazioni possano essere esprimibili esclusivamente in relazione al capitale fisso.

Mi sembra possa condividersi l'opinione di chi sostiene che la variabilità del capitale non postula affatto una negazione della "autonomia concettuale ed operativa" fra capitale sociale e patrimonio netto<sup>11</sup>, come confermato, dal punto di vista normativo, proprio dal disposto dell'art. 2545-*quinquies* c.c., nella parte in cui detta i principi cui deve conformarsi la cooperativa perché si possa procedere (e secondo quali modalità) con la distribuzione di dividendi e riserve disponibili a favore dei soci cooperatori; norma che, in dottrina, ha costituito, unitamente all'art. 2524 c.c., un non equivocabile indizio per desumere l'applicazione alle cooperative della disciplina delle variazioni del capitale, pur se non costituenti una modificazione dell'atto costitutivo.

Tanto vero che riflettendo, ad esempio, sulla vicenda della riduzione per perdite non si è mancato di rilevare che la circostanza che il valore di riferimento, ai fini della misurazione dell'entità della perdita, sia variabile, non impedisce un raffronto fra entità del patrimonio netto e capitale sociale e come, pertanto, il limite del terzo non possa considerarsi disapplicato nelle cooperative, dovendo continuare anzi a svolgere la propria funzione di "indice di allerta"<sup>12</sup>.

Né il fatto che la cooperativa non sia tenuta ad adeguare il proprio capitale, poiché variabile, in ragione delle perdite, anche se superiori al terzo (ben potendosi senza limiti di tempo rinviare la decisione sulla riduzione) e che, in definitiva, l'atti-

<sup>10</sup> G. FERRI jr., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *Riv. notariato*, 2008, I, p. 742 s.

<sup>11</sup> E. CUSA, *Le riduzioni di capitale*, cit., p. 367.

<sup>12</sup> E. CUSA, *Le riduzioni di capitale*, cit., p. 377 ss.

vazione delle relative procedure si traduca (ma non si esaurisca) nella realizzazione di un'istanza fondamentale informativa della situazione economica della società con oneri a carico degli amministratori ma con coinvolgimento dei soci (in tal senso, dovendosi escludere però che l'aver varcato la soglia delle perdite superiori al terzo induca ad un'azione vincolata degli organi sociali sui valori del patrimonio), può impedire di dovere prendere atto che sul piano delle conseguenze in punto di "gestione dei valori", e non solo in termini di rilievo meramente "fattuale", la presenza delle perdite provoca comunque l'effetto di impedire una successiva ripartizione di utili fra i soci; e pertanto, quanto meno al fine di rendere distribuibili valori ancora da realizzare, ecco che si giustificerebbe il ricorso ad una reintegrazione (o riduzione) del capitale<sup>13</sup>.

L'interrogativo diventa allora più definito e va posto nei termini della individuazione delle esatte modalità di incidenza su quei valori del patrimonio che la disciplina del capitale variabile porta con sé, purché però non si reputi che quel che qui si sostiene sia una esclusiva riduzione della variabilità del capitale a semplice *tecnica di gestione* del patrimonio dell'impresa cooperativa, tanto più se quest'affermazione la si volesse intendere nel senso di prescindere o di potere prescindere dalla causa mutualistica; in altri termini, deve già ribadirsi che si resta dell'avviso che la variabilità del capitale e lo scopo mutualistico sono legati – nel *corpus* normativo delle società cooperative – da una relazione che esclude che la prima possa essere considerata, in tale contesto, quale modalità neutra di organizzazione e amministrazione dei valori patrimoniali.

**3.** Ulteriori elementi per la determinazione del contenuto delle regole della variabilità, possono essere desunti dall'acquisita distinzione fra la nozione di capitale "reale" e quella di capitale "nominale" e riconoscendo alla prima il carattere di antecedente necessario della seconda.

Se infatti il concetto di capitale reale può essere impiegato per esprimere la "connessione causale" e materiale fra conferimento e scopo del socio ed attiene pertanto alle *modalità di formazione* di un patrimonio imprenditoriale<sup>14</sup>, ne discende che alla nozione di capitale nominale è corretto attribuire la diversa connotazione di espressione riassuntiva di quel complesso di regole che, più propriamente, attengono alle *modalità di gestione* di quel patrimonio; e, più in concreto, il richiamo deve intendersi fatto a quelle regole che impongono una disciplina vincolata ed inderogabile di quella voce del netto che corrisponde al valore stabilito in una pattuizione statutaria, alle cui variazioni di ammontare ("procedimentalizzate") va al contempo asse-

<sup>13</sup> E. CUSA, *Le riduzioni di capitale*, cit., *loco cit.*

<sup>14</sup> U. BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile*, cit., p. 28.

gnata la funzione di delimitazione dell'ambito di applicazione della (relativa) disciplina imperativa preordinata alla preservazione della *integrità* di quel dato valore<sup>15</sup>.

Quanto invece al capitale variabile, se resta vero che il capitale reale è tale anche se variabile, si palesa con ancora maggiore forza che la sua caratterizzazione normativa non può esaurirsi nel lemma tautologico che dalla disapplicazione di quella disciplina vincolistica (propria del capitale nominale) ne derivi che non essendoci vincoli (di intervento sull'indice del capitale) non c'è, *ex ante*, nemmeno necessità di avere un perimetro di applicazione (di vincoli non operanti) giacché, invero, l'esigenza di disciplinare e salvaguardare l'integrità del patrimonio sociale non può essere disconosciuta neppure nelle società cooperative, e non solo a garanzia dei creditori.

Devono allora essere indicate quali siano le modalità di preservazione di tale integrità nelle società (cooperative) a capitale variabile e la ricerca, è prevedibile, deve essere condotta analizzando le altre poste del netto diverse dal capitale.

Comincia a porsi con chiarezza che se quando il capitale è fisso ogni intervento che incida sul presupposto dell'applicazione delle regole del capitale richiede il necessario tramite di decisioni organizzative di riprogrammazione (del fabbisogno finanziario) dell'attività di impresa, a loro volta in larga misura predeterminate nei presupposti e/o negli effetti (e si può pensare, fra l'altro, alle tipiche modalità di gestione della iniziativa economica correlate alle scelte di destinazione dei risultati o che implicano una valutazione prospettica e/o dimensionale della impresa e demandate, a seconda dei casi, ai – soli – soci o anche ai creditori sociali)<sup>16</sup>, sotto il vigore del regime del capitale variabile i medesimi processi appaiono parimenti sottoposti a regole cogenti che operano tuttavia secondo taluni automatismi normativi che si traducono precipuamente in una "gestione vincolata del netto", superando in tal modo la mediazione della valutazione organizzativa e tracciando probabilmente i contorni di un approccio che non sembra, almeno *a priori*, troppo poco cautelativo per la tutela dei creditori.

E così, ritornando su un quesito posto in precedenza, potrebbe essere anche smentita l'ipotesi che la disciplina della variabilità conduca ad uno spazio di esercizio dell'autonomia privata più ampio di quello individuabile in riferimento al siste-

<sup>15</sup> In tema, G. FERRI jr., *Struttura finanziaria*, cit., *loco cit.*; ma v. anche E. GINEVRA, *Oltre il capitale sociale? Spunti per la ripresa del dibattito sulla riforma della struttura finanziaria delle società di capitali*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, Torino, 2011, p. 5 ss.; ID., *Conferimenti e formazione del capitale sociale nella costituzione della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 112; G. GIANNELLI, *Le operazioni sul capitale sociale nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 783.

<sup>16</sup> Cfr. A. PACIELLO, *La funzione normativa del capitale nominale*, in *RDS*, 2010, p. 18 ss.; sulla competenza dell'assemblea dei soci ad adottare le decisioni che producono effetti alterativi del rapporto fra entità dell'(immobilizzazione dell')investimento azionario e "patrimonio netto", v. C. ANGELICI, *La società per azioni, I. Principi e problemi*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, p. 475; G. GIANNELLI, *Le operazioni sul capitale sociale*, cit., p. 785 ss.; N. DE LUCA, *Riduzione del capitale ed interessi protetti. Un'analisi comparatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 568 s.; G. FERRI jr., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, p. 172 ss.

ma imperniato sulla “rigidità” nominale del valore del capitale, dato che, seppure per strade diverse, si sta pervenendo ad un risultato non dissimile e cioè che si tratta pur sempre di spazi alquanto circoscritti.

Regola principale, quindi, di questo “sistema” (del capitale variabile) viene ad essere la previsione di cui all’art. 2545-*quinquies*, secondo comma, c.c., contenente la c.d. clausola di “stabilità patrimoniale”, soprattutto se si potrà dimostrare che, lì dove essa opera, la *disciplina del netto* si fonda sul necessario mantenimento di un costante ed equilibrato rapporto fra patrimonio e indebitamento, col che certamente restandone sempre condizionati i margini ed i risultati dell’attività di gestione della iniziativa imprenditoriale<sup>17</sup>.

4. Può dunque concludersi che la relazione fra le regole della fissità e della variabilità del capitale, in quanto condizionata dal presupposto della sussistenza o meno di un capitale nominale/statutario, si concretizza nel diverso livello di imperatività delle norme che nel loro complesso formano la disciplina del netto.

Invero, una disciplina imperativa del netto è certo presente nelle società di capitali e non è solo fondata sulle regole del capitale: in particolare, quelle presenti negli artt. 2446 e 2447 c.c. che sono espressive degli effetti dell’alterazione del rapporto fra capitale nominale e patrimonio netto<sup>18</sup>.

Altre norme, infatti, possono essere richiamate a testimonianza dell’esistenza di segni di emersione disciplinare della visione sostanzialistica implicita nel sistema

<sup>17</sup> Un esempio di come, per la tutela dei creditori, la disciplina del netto possa non essere affatto svantaggiosa, potrebbe cogliersi riconsiderando la vicenda della riduzione per perdite (specie quando obbligatoria) per rilevare come nella disciplina del capitale nominale sia consentito (se non fin anche imposto) l’esito di un ridimensionamento dell’entità dell’investimento iniziale, con l’effetto di permettere ai soci di appropriarsi dei risultati dell’attività economica che si realizzeranno in seguito senza che i creditori trovino adeguata considerazione di un proprio interesse alla reintegrazione della garanzia originaria, e v. G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, in *Società, banche e crisi d’impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso, Cariello, Di Cataldo, Guerrera, Sciarrone Alibrandi, 1, Torino, 2014, p. 491 ss.; mentre la presenza di perdite incidenti su di un patrimonio netto (in via esclusiva) dai principi della disciplina del netto – come vale per le società cooperative –, per l’operatività degli automatismi detti, di norma finirebbe per provocare un risultato di segno opposto, evidentemente l’ordinamento ammettendo il riconoscimento, non senza giustificazione, anche di un rango recessivo ai diritti patrimoniali dei soci rispetto alla indispensabile necessità di rafforzare il patrimonio sociale, e favorendo di questo la ricostituzione nella sua dimensione di partenza, pur se tendenzialmente ed ancorché risulti attualmente segnato da andamenti negativi.

<sup>18</sup> V. G. FERRI JR., *Struttura finanziaria*, cit., p. 760 s.; sottolinea questo aspetto della imperatività che si evidenzia nella imposizione normativa della stessa operazione di riduzione del capitale ai sensi degli artt. 2446-2447, quale passaggio (ma allo stesso tempo presupposto) ineludibile per il cambiamento delle “regole di gestione” del patrimonio sociale, non certo favorevole ai “creditori attuali” della società, C. ANGELICI, *La società per azioni*, cit., p. 482 s.; sui significati “sistematici” delle conseguenze operative scaturenti dalla presenza di perdite, v. M. DI RIENZO, *Commento agli artt. 2446-2447*, in (a cura di) D. Santosuoso, *Delle società, dell’azienda, della concorrenza*, *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2015, p. 1275 ss.

della regolazione del netto patrimoniale: si pensi agli artt. 2412 e 2413 c.c., in cui sono elementi del netto quelli cui viene rapportato il limite alla emissione di obbligazioni, anche ai fini del (l'impedimento al) compimento di successivi atti dispositivi di valori del patrimonio; all'art. 2433 c.c. per le conseguenze che derivano dalla presenza di perdite; all'art. 2467 c.c., dove lo "squilibrio" patrimoniale (indebitamento/patrimonio netto) ridonda nella regola della postergazione dei prestiti dei soci; o, infine, anche all'art. 2346 c.c., sebbene in quest'ultima ipotesi l'influenza si determini a riguardo della formazione del patrimonio, piuttosto che per la sua gestione, e impedisca un disallineamento fra capitale e patrimonio quando lesivo del principio della capienza (patrimoniale) e della sua corrispondenza con il valore (del capitale) formalmente dichiarato nello statuto<sup>19</sup>.

Quanto alla disciplina del netto nelle società cooperative, è, come detto, agli artt. 2524 e 2545-*quinquies* c.c., che occorre guardare per riscontrare – dal combinato di queste due norme – come la regola della variabilità debba essere completata con la sostituzione delle regole del capitale fisso con quelle dell'equilibrio economico fra patrimonio netto e indebitamento (mezzi propri e di terzi), al punto che forse può non essere azzardato affermare che nelle società cooperative si è già compiuto un decisivo passo nella direzione di una evidente accentuazione della funzione produttiva (di tutte le voci) del netto<sup>20</sup>.

Non credo tuttavia che ciò determini, in senso più ampio, una diversa funzione del capitale nelle società cooperative rispetto a quelle lucrative, magari venendone indotti a restringere i punti di contatto fra capitale fisso e capitale variabile, come si è anche fatto, alla sola, ma perciò comune, funzione produttiva<sup>21</sup>.

Non è questa la sede per riprendere tale tema, ma non di meno, per restare alle più tradizionali funzioni del capitale sociale, deve riconoscersi che anche nelle cooperative il capitale, seppure in modo "affievolito", mantiene un valore organizzativo, come confermato dalla sua rilevanza quale criterio per l'attribuzione degli utili; allo stesso modo anche la funzione vincolistica del capitale non risulta del tutto ostacolata dalla variabilità, pur essendo al contempo vero che (seppur assistita da una efficacia ridotta per il capitale sociale) va però confrontata con una disciplina più stringente dettata per le riserve (indivisibili); ed infine, non può affatto negarsi che anche nelle cooperative il capitale, nonostante le sue oscillazioni più o meno fisiologiche,

<sup>19</sup> Sul punto, cfr. G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale*, cit., p. 495 ss.

<sup>20</sup> Né il rilievo, in tale direzione, della prescrizione dell'equilibrio "patrimoniale" può risultare compromesso dal fatto che la relativa "condizione" non si applichi nei confronti dei possessori di strumenti finanziari, giacché risulta comprensibile la ragione per la quale si sia voluta sottrarre la realizzazione dell'*esclusivo* interesse alla remunerazione dell'apporto (anche) dei (soci) finanziatori dall'applicazione di una regola che, nel caso dei soci cooperatori, va invece temperata con l'interesse alla prestazione mutualistica (che, al contrario, non subisce pregiudizio dagli impedimenti posti dall'art. 2545-*quinquies*, secondo comma).

<sup>21</sup> U. BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile*, cit., p. 22.



costituisca, sinché e nella misura presente, uno strumento di garanzia al pari del capitale ragguagliato e sottoposto ad un valore fisso<sup>22</sup>.

Ciò detto, e ricordando la premessa che la disciplina della variabilità comporta un effetto di maggiore estraniamento, per i soci ed i creditori sociali, rispetto alle operazioni che producono una variazione del capitale sociale (che quindi c'è eppur si muove), occorre adesso attendere al compito di delineare in che modo l'ordinamento soddisfi gli interessi degli uni e degli altri.

Per fare questo ci si concentrerà su quattro diversi aspetti: il primo, richiederà una ricostruzione delle regole e dei principi in cui si sostanzia la disciplina vincolata del netto nelle società cooperative, anche allo scopo di verificare se in effetti si tratta di disciplina oltre che più articolata anche più rigida rispetto a quella delle società lucrative; il secondo, riguarderà la peculiare regolamentazione degli strumenti finanziari, tenuto conto della tesi che ritiene sussistere la possibilità per le società cooperative che gli apporti a detti strumenti corrispondenti vengano imputati a capitale, seppure di finanziamento, ma così ponendosi un problema di regolamentazione non di poco momento; il terzo, ci porterà ad esaminare la particolare modalità di attribuzione dei ristorni mediante incremento della quota partecipativa dei soci per valutarne le implicazioni nell'ottica del rafforzamento patrimoniale della società; l'ultimo, infine, imporrà una riconsiderazione delle problematiche sulla contribuzione per la (costituzione della) riserva legale nella ristretta prospettiva "produttivistica" poc'anzi messa in risalto.

5. Il punto di partenza per una disamina delle disposizioni che nel regime delle società cooperative compongono il sistema vincolistico del netto, è logicamente rappresentato dall'elemento disciplinare della regola di stabilità patrimoniale racchiusa nell'art. 2545-*quinquies* c.c., indagando sui contenuti della quale potrà cercarsi la risposta alla domanda se la tutela dei soggetti coinvolti debba essere rinvenuta, in queste società, non tanto nella disciplina del capitale sociale (o in quel che di questa rimane), quanto, più in generale, in quella del patrimonio netto.

Queste riflessioni sono state già svolte dalla dottrina che ha, inoltre, posto in risalto come non solo nelle cooperative sia operante una disciplina del netto, rafforzata dopo la riforma, anche in ragione della accentuazione dei profili di limitazione della responsabilità dei soci, ma che, per queste stesse motivazioni, il significato più emblematico della rilevanza del capitale sociale in queste società lo si deve cogliere nell'affermazione normativa di una sostanziale equiparazione, e non solo a fini descrittivi, del capitale sociale ad una riserva<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> E v., anche, E. CUSA, *Le riduzioni di capitale*, cit., p. 368 ss.

<sup>23</sup> Tesi sostenute da E. CUSA, *Le riduzioni di capitale*, cit., pp. 370-371 e 380 ss.; sull'art. 2545-*quinquies*, v., da ultimo, R. SANTAGATA, *Commento all'art. 2545-quinquies c.c.*, in (a cura di) D. Santosuosso, *Delle società, dell'azienda, della concorrenza*, cit., p. 445 ss.

È pur vero che le considerazioni che una (piena) efficacia vincolistica nelle società cooperative sia stata traslata dal capitale alle riserve indivisibili<sup>24</sup> e che tale avvenuta inversione disciplinare fra capitale e riserve si giustifichi quale “compensazione” della minore “rigidità” dei vincoli apposti al capitale, non hanno condotto a negare l’*essenzialità* tipologica del capitale sociale per lo schematismo normativo delle società cooperative (come evincibile pure dalla previsione dell’art. 2545-*duodecies* c.c. che menziona espressamente fra le cause di scioglimento di tali società la perdita – integrale – del capitale)<sup>25</sup>.

Questi ragionamenti inducono, caso mai, ad interrogarsi se debba ammettersi eguale conclusione – nel senso del rilievo tipologico – per le restanti voci del netto (*recte*, per le riserve indivisibili costituite a norma dell’art. 2545-*ter* c.c.) o se sia più corretto, per queste ultime, rimanere sul piano della mera caratterizzazione normativa; così come è legittimo domandarsi se l’elemento della variabilità del capitale debba allora essere percepito quale un effettivo valore delle regole organizzative delle cooperative ovvero motivi un atteggiamento di prudenza se non, al limite, di preoccupazione.

Tornando alla regola della stabilità patrimoniale, e nonostante talune difficoltà di delineare compiutamente la nozione di indebitamento richiamata dall’art. 2545-*quinquies* (essenzialmente legate alla onnicomprensività o meno del termine impiegato rispetto alle diverse possibili categorie di debiti commerciali e finanziari), può accettarsi che anche in una prospettiva *de iure condendo* tale criterio possa divenire regola patrimoniale generalizzabile in alternativa alla disciplina del capitale (cioè non solo nelle società cooperative) ed in funzione (anche) della tutela dei creditori sociali<sup>26</sup>.

Quel che invece è doveroso dimostrare, *de iure condito*, è sancendo quali principi la clausola di stabilità abbia contribuito a portare a compimento, nelle società cooperative, un passaggio da un approccio “statico” (del capitale) verso un equilibrio “dinamico” del patrimonio.

<sup>24</sup> Anzi, come osserva E. CUSA, *Le riduzioni di capitale*, cit., p. 369, essendo riservato alle voci del netto corrispondenti alle riserve indivisibili un trattamento per certi versi sin anche più protettivo rispetto a quello di regola riservato al capitale, attesa la irripartibilità fra i soci di tali riserve anche all’atto dello scioglimento; regime che tuttavia non viene esasperato anche con una postergazione delle stesse rispetto al capitale quanto alla incidenza delle perdite secondo quanto previsto dall’art. 2545-*ter*, c.c.; ma cfr. anche G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010, p. 188 ss.

<sup>25</sup> Parla di tendenziale equiparazione del capitale sociale ad una riserva, E. CUSA, *Le riduzioni di capitale*, cit., p. 371.

<sup>26</sup> E questo potrebbe valere sia nella parte in cui la regola di stabilità patrimoniale subordina distribuzioni di utili e riserve o impieghi degli stessi alla sussistenza del rapporto detto fra patrimonio netto e complessivo indebitamento, sia nella misura in cui vincola, in caso di alterazione oltre il quarto di quel rapporto, le modalità delle “restituzioni” necessarie ai soci (nella specie di riserve disponibili, da assegnarsi in caso di scioglimento del rapporto) mediante una obbligatoria emissione di strumenti finanziari; sulla prospettiva esaminata nel testo, v. E. CUSA, *Partecipazioni e capitale nelle società cooperative*, in *RDS*, 2009, p. 503, nt. 66.

A mio avviso può sin d'ora mostrarsi scetticismo nei confronti di tentativi volti a proporre una lettura riduttiva dei contenuti dell'art. 2545-*quinquies*, in particolare, se preordinati ad esaurirne la portata nella espressione di un generico *favor* normativo per l'"autofinanziamento", proprio perché ciò risulterebbe già contraddetto dalle limitazioni ricordate che comunque eleverebbero questa norma a criterio precettivo di preservazione dei valori; decisivo è perciò riscontrare non tanto le affermazioni di principio quanto le ricadute applicative che dal principio di stabilità patrimoniale derivano<sup>27</sup>.

**6.** Occorre finalmente considerare quali siano gli specifici elementi disciplinari che si ritrovano in ordine alla gestione delle voci del netto patrimoniale e che, non solo ad avviso di chi scrive, delineano un articolato "sistema di tutela della integrità patrimoniale" delle società cooperative.

**6.1** Già si è detto del ruolo per nulla secondario che nel predetto "sistema" è stato riconosciuto alla costituzione di riserve indivisibili (e questo non vale naturalmente per le sole cooperative a mutualità prevalente, giacché non è da escludersi la presenza di riserve indivisibili nelle cooperative "diverse", anche indipendentemente dal fatto che alla riserva legale debba o meno essere riconosciuta una indivisibilità *ex lege*, bastando esemplificativamente il riferimento alle riserve da trasformazione di cui all'art. 2545-*octies* c.c.)<sup>28</sup> e della funzione di "surrogato del capitale" che alle stesse si è reputato di poter attribuire<sup>29</sup>; di qui, la convinzione che nella indivisibilità delle riserve vada ravvisato il segno più forte della propensione all'incremento del patrimonio di garanzia dell'ente ma anche il riscontro della coerenza del regime di imputazione delle perdite delineato nell'art. 2545-*ter* c.c. che graduandone l'incidenza pone le riserve indivisibili in penultima posizione dopo le riserve disponibili e quelle destinate ad aumento del capitale, prima solo del capitale sociale<sup>30</sup>.

A tale proposito, non pare nel giusto chi ha sostenuto che la menzione nell'art. 2545-*ter* delle riserve costituite in vista di un aumento del capitale rappresenterebbe un caso di imputazione delle perdite che, sebbene limitatamente a tali importi, po-

<sup>27</sup> Come fa ad esempio chi, occupandosi della riduzione del capitale per perdite, ha motivato l'inapplicabilità per le cooperative del secondo comma dell'art. 2446 (con l'individuazione di un termine entro cui la società dovrà provvedere qualora la perdita non risulti diminuita a meno di un terzo), quale diretta conseguenza della permanente operatività della "clausola di garanzia" di cui all'art. 2545-*quinquies* che, seppure in una logica diversa rispetto al vincolo nominalistico del capitale fisso, segnerebbe con altrettanta precisione restrizioni operative e funzionali legate alla sussistenza delle perdite; in questo senso, G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., p. 227, nonché, può presumersi, E. CUSA, *Le riduzioni di capitale*, cit., p. 380 s.

<sup>28</sup> Sull'argomento, A. BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano, 2004, p. 93 ss.; nonché M. DI RIENZO, *Gli effetti della riforma sulla disciplina delle società consortili*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 234.

<sup>29</sup> G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., p. 188.

<sup>30</sup> G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., p. 185.

sporrebbe le riserve indivisibili al capitale; l'equiparabilità, infatti, fra dette riserve ed il capitale riposerebbe, deve presumersi, nella circostanza che non essendo necessaria per l'aumento una modificazione statutaria, l'assimilazione a capitale potrebbe(/dovrebbe) discendere direttamente dalla "destinazione" della riserva fatta dai soci<sup>31</sup>. A smentire tale assunto è lo stesso dato normativo che anziché porre una eccezione dimostra in effetti come, né in termini di imputazione e nemmeno in termini di trattamento, tali riserve soggiacciono alla disciplina del capitale essendo anzi sottoposte al regime che è proprio delle riserve, semmai dall'autonoma menzione nel corpo della norma può arguirsi una specificità legata (nell'individuazione del momento del loro possibile impiego a copertura delle perdite) all'esigenza di evitare che una destinazione – al momento soltanto programmata – possa di per sé produrre un'anticipazione dell'incidenza delle perdite sulle riserve indivisibili.

Dalla combinazione inoltre delle previsioni dell'art. 2545-ter (sempre in merito alla utilizzabilità a copertura delle perdite delle riserve indivisibili) e dell'art. 2545-quinquies, secondo comma (costituente a tutti gli effetti la disciplina generale per la distribuzione di utili), si è tratto motivo di discussione in ordine alla vigenza o meno dell'impedimento a distribuire utili, prima della reintegrazione delle riserve indivisibili, e di cui all'art. 3 della l. n. 28/1999<sup>32</sup>; se valesse la conclusione negativa ne uscirebbe maggiormente rafforzato il ruolo centrale della regola di stabilità dell'art. 2545-quinquies dato che, a questo punto, l'ostacolo alla ripartizione degli utili si porrebbe partitamente quale eventuale esito e nella dimensione di "sistema", mentre non sarebbe (comunque e) solo imposto per la ricostituzione della specifica riserva indivisibile intaccata.

**6.2** Come ricordato, è in relazione (anche) all'assegnazione ai soci delle riserve divisibili che viene dettata la previsione dell'art. 2545-quinquies, secondo comma, valendo per tali riserve quel che si è appena ribadito per la distribuzione degli utili e cioè che il principio dell'equilibrio fra patrimonio netto e debiti sociali costituisce il criterio di riferimento per la loro ripartizione.

Oltre a questo, va anche aggiunto che, quale modalità di assegnazione delle riserve divisibili, lo stesso art. 2545-quinquies, terzo comma, lett. b), stabilisce che dette riserve possano essere impiegate per l'aumento proporzionale delle quote sottoscritte e versate o per l'emissione di nuove azioni (pur se nella misura massima complessiva del venti per cento del valore partecipativo originario).

<sup>31</sup> Lo sostiene, G. PETRELLI, *I profili patrimoniali e finanziari nella riforma delle società cooperative*, Studio n. 5307, Consiglio Nazionale del Notariato, 2005, p. 42; ma per una disamina critica di tale tesi, v. R. SANTA-GATA, *Commento all'art. 2545-ter c.c.*, in (a cura di) D. Santosuosso, *Delle società, dell'azienda, della concorrenza*, cit., p. 434 ss.

<sup>32</sup> Vedine i termini in E. CUSA, *Le riduzioni di capitale*, cit., p. 378 s. e in G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., p. 228.

L'importanza di tale previsione mi sembra derivi dalla puntualità del disposto e dalla conseguente lettura restrittiva che si impone a riguardo di tale operazione di aumento nominale del capitale eseguibile esclusivamente con l'imputazione delle riserve divisibili; dovendosene trarre, *a contrario*, una valutazione legislativa di esclusione dell'impiego al medesimo fine, se ve ne fosse stato il dubbio, delle riserve indivisibili (oltre che della riserva legale), collegata all'ovvia considerazione della opportunità che i relativi valori restino appostati a riserva indivisibile (con l'intensità del vincolo che a questa riserva è impresso) anziché essere sottoposti alla (più lasca) disciplina del capitale variabile.

6.3 Un'ulteriore regola che attiene all'assegnazione ai soci (per scioglimento del rapporto) di riserve divisibili è racchiusa nell'art. 2545-*quinquies*, quarto comma, dove è previsto che a ciò si possa provvedere mediante l'emissione e l'attribuzione di strumenti finanziari liberamente trasferibili; la parte finale del citato comma stabilisce altresì che questa possibilità diventi un obbligo se, all'atto della distribuzione delle riserve, non sussista l'equilibrio consacrato nella regola di stabilità.

Indipendentemente dalle problematiche che questa previsione solleva<sup>33</sup>, deve rilevarsi come essa contempli, nell'inciso finale, per l'assegnazione delle riserve divisibili una disciplina particolare dell'aumento – nominale – del “capitale di finanziamento”, sancendolo per l'appunto *in via obbligatoria* (ed il discorso non muterebbe anche ove si accedesse all'idea che anziché di aumento nominale si tratti di aumento a pagamento con compensazione di poste di segno opposto).

La *ratio* di un obbligo di capitalizzazione di tal genere appare comprensibile ed è riconducibile alla volontà del legislatore di impedire, in presenza di un rapporto squilibrato fra patrimonio netto ed indebitamento, che dalla distribuzione di queste riserve possa derivarne una (ulteriore) riduzione del netto *o anche* un innalzamento dell'indebitamento della società, per questa ragione viene imposto che gli importi delle riserve possano essere assegnati, in tal caso, ma soltanto mediante strumenti che *devono* essere partecipazioni rappresentative del capitale di finanziamento; in questo modo, solo in quanto si può trattare di frazioni del capitale di finanziamento, si impedisce il prodursi del paradosso di una doppia leva (dovuta alla riduzione del netto e all'aumento dell'indebitamento derivante dalla emissione di titoli di debito) e, soprattutto, si evita che l'applicazione della previsione risulti incongrua rispetto alle finalità perseguite.

6.4 Alla luce delle riflessioni adesso svolte a proposito delle limitazioni operative che possono verificarsi a seguito di una condizione di squilibrio patrimoniale della

<sup>33</sup> Ad esempio, circa la competenza gestoria o assembleare della relativa decisione e sulla operatività delle condizioni in proposito poste dal terzo comma della stessa norma per l'imputazione a “capitale di cooperazione” delle riserve disponibili; anche se sarebbe comunque da escludere che in via interpretativa possa porsi il limite quantitativo nella misura fissata nel terzo comma, e cfr. E. CUSA, *Gli aumenti di capitale*, cit., p. 353.

cooperativa e per completare il discorso, occorre infine considerare quali possano essere le conseguenze della sussistenza di tale squilibrio rispetto all'esecuzione di una riduzione effettiva del capitale.

Secondo una suggestiva opinione, fondata su un argomento *a fortiori*, se l'ammontare dei debiti sociali supera di quattro volte il valore del patrimonio netto l'impedimento posto nell'art. 2545-*quinquies*, secondo comma, all'impiego e/o alla distribuzione di parti divisibili del netto patrimoniale andrebbe considerato traslato (ancor più) per la ripartizione di parti indivisibili del netto<sup>34</sup>; pur come detto non negandosi l'arguzia di questa argomentazione, che per giunta corroborerebbe l'idea che la clausola di stabilità abbia capacità applicative non confinate alle vicende richiamate nei commi secondo e quarto dell'art. 2545-*quinquies*, va tuttavia precisato che, dovendosi considerare per prime – giacché più frequenti – le ipotesi in cui l'evento e l'effetto riduttivo (comunque da formalizzare ancorché non subordinatamente ad alcuna modifica statutaria) si ricollegano all'attuazione del principio della porta aperta, si deve procedere con molta cautela ove si ipotizzi di generalizzare la portata di una regola che esattamente con tale ultimo principio sembrerebbe essere in contrasto; per questo motivo, l'ambito di applicazione della regola di stabilità dovrebbe riguardare *altri* casi in cui si potrebbe verificare un'esigenza di procedere con una riduzione che si prefigga di rendere liberamente disponibili quote del netto (già formalmente sottoposte al vincolo del capitale), casi che, se da non escludere, rimarrebbero in linea di principio residuali.

Ad ogni modo, può asserirsi che nell'eventualità in cui gli intendimenti di una riduzione di questo tipo possa dimostrarsi siano assimilabili, nei presupposti e negli effetti, alle altre situazioni prese in considerazione nei commi secondo e quarto dell'art. 2545-*quinquies*, allora l'indicazione di ritenere operante il vincolo derivante dal superamento del rapporto proporzionale fra patrimonio netto ed indebitamento meriterebbe di essere tenuta in considerazione; fermo restando che, come precisato nel secondo comma dell'art. 2545-*quinquies*, tale limitazione non può trovare applicazione nei confronti dei possessori di partecipazioni al capitale di finanziamento.

7. Il secondo degli ambiti che si era anticipato si sarebbe dovuto sottoporre ad indagine, è rappresentato dalla regolamentazione degli strumenti finanziari, dettata per le società cooperative nell'art. 2526 c.c.

Preliminarmente può osservarsi come questa norma, rispetto alle previsioni contenute in materia nella l. n. 59/1992, segni l'abbandono di un criterio di tipicità degli strumenti cui la società cooperativa può ricorrere per soddisfare le proprie necessità finanziarie; inoltre la nozione adottata è stata considerevolmente estesa,

<sup>34</sup> L'opinione ricordata nel testo è sostenuta da E. CUSA, *Le riduzioni di capitale*, cit., p. 376, anche se non è del tutto chiaro se sia dall'A. riferita ad ogni ipotesi di riduzione effettiva o solo al caso della riduzione conseguente al "riscatto" di partecipazioni (che avrebbe quindi preceduto nel tempo la decisione di riduzione).

potendo ad essa ricondursi ogni strumento finanziario diverso dalle azioni dei cooperatori<sup>35</sup>.

Non di meno, si è già fatto cenno alle ulteriori specificità evincibili sulla base della normativa introdotta con la riforma del diritto societario e che hanno indotto la dottrina maggioritaria a ritenere che nelle società cooperative l'emissione di strumenti finanziari può comportare l'imputazione a capitale dei corrispondenti importi di sottoscrizione<sup>36</sup>.

Gli indici normativi e testuali che agli strumenti finanziari vadano ricondotte anche le azioni di partecipazione al capitale sociale attributive dello *status* di socio "finanziatore" (o, se si vuole, che la sottoscrizione di strumenti finanziari può costituire la modalità per l'assunzione di tale qualità) sono plurimi: senza pretesa di completezza, dall'art. 2526 che – nonostante talune incertezze interpretative – espressamente qualifica come tale il soggetto finanziatore e per il quale vengono dettate regole specifiche circa la spettanza dei diritti patrimoniali o anche amministrativi nonché per l'esercizio del diritto di recesso quando gli strumenti finanziari siano forniti del diritto di voto; all'art. 2525 c.c. che interviene ad esentare i soci finanziatori dai limiti di possesso delle quote o azioni; o all'art. 2545-*decies* c.c. nella parte in cui prevede la conversione di tali strumenti con diritto di voto in partecipazioni ordinarie in caso di trasformazione della cooperativa in società lucrativa<sup>37</sup>.

Accanto a questi riferimenti normativi, deve anche porsi un importante argomento sistematico, poiché certamente dopo la riforma l'elemento della lucratività deve essere ricondotto all'interno della causa mutualistica e dunque funzionalizzato al perseguimento dello scopo legale tipico della cooperativa come individuato nel disposto dell'art. 2511 c.c.; pertanto imputazione a capitale ed attribuzione della qualità di socio (finanziatore) non sarebbero che la naturale conseguenza del compimento di tale processo di sussunzione.

Poste queste premesse l'attenzione è stata quindi spostata sull'aspetto della regolamentazione del capitale di finanziamento, per comprendere se esso debba essere sottoposto ad una disciplina differenziata rispetto al capitale di cooperazione.

---

<sup>35</sup> V. M. RESCIGNO, *Strumenti finanziari emessi da società cooperative*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. Portale, vol. 4, Torino, 2007, p. 931, nonché G. GIANNELLI, *La riforma delle società cooperative e il ruolo degli investitori istituzionali*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, 2, Milano, 2005, p. 2741; G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., p. 195.

<sup>36</sup> Cfr., infatti, G. PRESTI, *Gli strumenti finanziari delle società cooperative*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, 3, cit., p. 3532 ss.; R. COSTI, *Gli strumenti finanziari nelle nuove cooperative: problemi di disciplina*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2005, I, p. 127; G. GIANNELLI, *La riforma delle società cooperative*, cit., p. 2737; M. LAMANDINI, *Gli strumenti finanziari della cooperativa*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 218 s.; G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., p. 197; *contra*, G. RACUGNO, *I nuovi strumenti finanziari delle società cooperative*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2004, I, p. 579 ss.

<sup>37</sup> M. RESCIGNO, *Strumenti finanziari*, cit., p. 933.

In proposito, è noto, si sono confrontate due tesi: quella di chi ha prospettato che al capitale di finanziamento debbano essere applicate le regole sul capitale della società per azioni e quella di chi ha invece ritenuto che, anche per tale capitale, vadano osservati i principi propri della disciplina del capitale variabile<sup>38</sup>.

Sul punto non si mancherà di indicare fra breve quale sia l'opinione che si ritiene preferibile ma solo incidentalmente e nei limiti in cui, per il ragionamento qui seguito, ci si debba soffermare sulla necessità dell'adozione di una prospettiva incentrata sull'esistenza di un "doppio capitale" nelle società cooperative.

Attesa la scarsa significatività del dato normativo ai nostri fini, giacché il rinvio fatto dall'art. 2526 alle regole della società per azioni non può contemplare la situazione *sui generis* che si verifica per le cooperative in cui sono direttamente gli apporti derivanti dalla emissione degli strumenti finanziari ad essere imputabili a capitale (situazione che per la società per azioni può riguardare, con carattere di unicità, le sole azioni)<sup>39</sup>, la questione va affrontata seguendo un diverso metodo e comunque non sottovalutando il rischio, da qualcuno già paventato, di creare all'interno della società cooperativa una "riserva normativa" di tipo lucrativo, la cui opportunità sarebbe tutta da dimostrare<sup>40</sup>.

Delle due opzioni possibili quindi che la caratteristica della variabilità valga per l'intero capitale sociale e perciò anche per le (sue due) componenti *ovvero* che la variabilità non costituisca connotato strutturale generale del tipo, quindi anche del capitale di finanziamento, ma sarebbe predicato normativo del solo capitale di cooperazione, dovrà essere prescelta quella più adeguata rispetto alla caratterizzazione funzionale che a tali "valori" (delle partecipazioni cooperative come anche delle azioni di finanziamento) può essere riconosciuta alla luce della relazione fra questi stessi valori e gli scopi contrattuali.

Orbene, a me sembra che funzionalmente, cioè rispetto al perseguimento dello scopo causale, le due componenti del capitale non possano essere differenziate: se nel caso delle cooperative si ammette di dovere parlare di causa unica e non più di causa mista o alternativa, allora anche di disciplina unica del capitale sociale sarà consequenziale dovere ragionare<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Fra i primi vanno ricondotti, G. PRESTI, *Gli strumenti finanziari*, cit., p. 3536 s.; M. LAMANDINI, *Gli strumenti finanziari*, cit., p. 221, ma anche ID., *Commento all'art. 2526 c.c.*, in (a cura di) D. Santosuosso, *Delle società, dell'azienda, della concorrenza*, cit., p. 215 ss.; fra i secondi, R. COSTI, *Gli strumenti finanziari*, cit., p. 128 ed E. CUSA, *Partecipazioni e capitale*, cit., p. 501 s.; in chiave più problematica v., invece, M. RESCIGNO, *Strumenti finanziari*, cit., p. 935 ss.

<sup>39</sup> M. RESCIGNO, *Strumenti finanziari*, cit., p. 935.

<sup>40</sup> M. RESCIGNO, *Strumenti finanziari*, cit., p. 936.

<sup>41</sup> V. R. COSTI, *Gli strumenti finanziari*, cit., p. 128, che infatti rileva come il capitale sociale, ove inteso quale "strumento di misura" della quota (indistinta e) indisponibile dell'attivo, non può che essere *funzionalmente* unico; ma v., anche, E. CUSA, *Partecipazioni e capitale*, cit., p. 502, il quale esaltando il legame con il disposto dell'art. 2511 c.c., conclude che variabile è non solo l'intero capitale ma anche le sue "componenti": necessaria (capitale di cooperazione) ed eventuale (capitale di finanziamento).



D'altronde, proprio rimanendo sul piano dei significati "funzionali" dell'applicazione della normativa della società per azioni al capitale di finanziamento, può sperimentarsi quale sarebbe l'essenziale (in)utilità di aggiungere nella gestione dei corrispondenti valori le rigidità proprie della disciplina del capitale fisso; quanto meno non sarebbe agevole scorgerla nella prospettiva (che viceversa dovrebbe essere centrale) della tutela dei creditori dal momento che, come confermato non soltanto dallo stesso art. 2526, anche in presenza di apporti di soci finanziatori non sono introdotte deroghe alla disciplina delle riserve indivisibili che, si è mostrato, costituiscono il reale perno del sistema delle tutele patrimoniali garantite nelle cooperative<sup>42</sup>.

Ecco perché, conclusivamente, la problematica sulla fissità/variabilità del capitale di finanziamento perde importanza se si condivide che la variabilità non è affatto (più) permissiva in punto di tutela della integrità patrimoniale della società, sia essa vista nella prospettiva delle esigenze produttive ovvero in quella della costituzione della garanzia patrimoniale.

**8.** Anche in relazione alla distribuzione dei ristorni vi è un punto che merita di essere segnalato nella logica di approfondimento dei profili di patrimonializzazione delle cooperative.

Dando per conosciute, ancorché non risolte in ogni loro aspetto, le problematiche legate alla natura dei ristorni ed alle modalità della loro evidenza (anche) contabile<sup>43</sup>, ci si vuole per l'esattezza riferire all'indicazione presente nell'art. 2545-*sexies*, terzo comma, c.c., per la quale tra le modalità di attribuzione dei ristorni viene prevista anche la possibilità dell'incremento della partecipazione sociale ovvero dell'emissione di strumenti finanziari (anche quali frazioni del capitale di finanziamento).

La circostanza che l'attribuzione dei ristorni possa essere effettuata procedendo ad un aumento (nominale) del capitale<sup>44</sup> e quindi con un incremento della quota di partecipazione (potenzialmente, ad *entrambi* i capitali della cooperativa) del socio che abbia titolo a percepirla, non rileva tanto perché costituirebbe, come qualcuno ha ritenuto, un indicatore che i ristorni siano effettivamente una quota di utili,

<sup>42</sup> M. RESCIGNO, *Strumenti finanziari*, cit., p. 935 s.

<sup>43</sup> Principalmente, se i ristorni siano individuabili per connotazioni causali intrinseche legate alla "provenienza" dei medesimi ovvero se siano invece preminenti i profili attinenti alle modalità della loro "distribuzione" nonché se il ristorno vada sussunto nella nozione di utile ovvero se rispetto a quest'ultimo mantenga una propria autonomia.

<sup>44</sup> Nella specie sarebbe un aumento nominale, poiché si tratta di valori già presenti nel patrimonio sociale; mentre per ragioni di successione logico-cronologica – dell'individuazione e dell'attribuzione del ristorno e della decisione di aumento – si è propensi ad escludere che nella disposizione dell'art. 2545-*sexies* ricada anche l'ipotesi di aumento in cui la sottoscrizione comporti compensazione dei crediti da ristorno, che dovrebbero in tal caso essere riconosciuti preventivamente rispetto all'aumento; cfr. E. CUSA, *Diritto e prassi nei bilanci delle cooperative*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, p. 110 s.

quanto invece perché risulta espressiva della tendenza alla promozione di uno stabile *rafforzamento patrimoniale della cooperativa* che il nostro legislatore ha voluto assicurare, agevolando il mantenimento della disponibilità dei relativi importi all'interno della società<sup>45</sup>; per di più, e da un punto di vista ulteriore, dovendosi attribuire alla previsione in oggetto anche l'altro significato di costituire uno di quei punti di interferenza normativa e di contatto fra rapporto mutualistico e rapporto sociale<sup>46</sup>.

**9.** Come ultimo aspetto deve procedersi ad una riconsiderazione delle problematiche sulla contribuzione per la costituzione della riserva legale all'interno delle logiche inerenti la funzione "produttiva" delle voci del netto.

Invero, quella appena richiamata costituisce una dimensione alla quale era stata già ricondotta la questione principale se il prelievo ai fini della costituzione della riserva legale dovesse avvenire al lordo o al netto della decurtazione degli importi da attribuire quali ristorni.

Coloro i quali infatti propendevano per dare precedenza alla destinazione a ristorni di quota parte dell'avanzo di gestione, ponevano l'accento sulla natura (non di utile ma di costo) del ristorno e, soprattutto, sulla conseguenza – che ne sarebbe derivata – dell'applicazione di un criterio di contribuzione diseguale a carico dei soci, per la formazione della riserva legale, ove lo si fosse commisurato alla intensità con la quale ciascuno di essi si era avvalso della gestione di servizio da parte della società; in qualche modo così costoro esaltando la posizione del socio isolatamente considerata.

Altri invece, avendo ritenuto che il prelievo ai fini dell'imputazione a riserva legale dovesse avvenire su tutti gli utili, anche quelli ristornabili (o se si preferisce, su tutto l'avanzo di gestione), avevano motivato tale scelta considerando che l'esposizione al rischio di impresa coinvolge anche il socio cooperatore e che, per altro, la circostanza che gli accantonamenti imposti per la riserva legale dovessero determinarsi prima di ogni attribuzione patrimoniale ai soci, non presupponeva necessariamente l'adesione alla tesi che i ristorni dovessero rappresentare quote di utili, potendosi viceversa concludere che tuttavia a questi ultimi dovessero essere assimilati ai (limitati) fini della costituzione della riserva legale; in tal senso, anche l'effetto temuto dell'applicazione di criteri di contribuzione differenziata avrebbe potuto essere giustificabile in funzione dell'interesse al mantenimento delle capacità produttive della società che è proprio dei soci intesi come (indistinta ma solidale) collettività.

A me sembra che non sia corretto affrontare la questione in esame, per contestare l'una o l'altra delle conclusioni esposte, ragionando in termini di conflitto fra le ragioni del socio (a percepire il beneficio mutualistico) e le ragioni dell'impresa (di conservazione della integrità del patrimonio, anche in vista di un suo rafforzamen-

<sup>45</sup> Cfr. G. RACUGNO, *I nuovi strumenti finanziari*, cit., p. 586 s.

<sup>46</sup> Più in generale sull'argomento, v. E. CUSA, *Diritto e prassi*, cit., p. 107 ss.

to), in quanto non si tratta di profili distinti e distinguibili; questo è infatti anche il motivo per il quale lo stesso art. 2545-*sexies* riconosce una centralità dell'assemblea in merito alle determinazioni concernenti i ristorni, proprio in quanto dovrà essere quella la sede in cui occorrerà realizzare il giusto contemperamento degli interessi individuali e collettivi dei soci.

Ancora sovviene quindi, quale criterio dirimente e tale da fare propendere per una effettuazione – dei prelievi obbligatori per la riserva in questione – al lordo delle attribuzioni dei ristorni, una giustificazione di sistema pur sempre legata alla efficacia vincolistica della disciplina applicabile alle riserve indivisibili, nella misura in cui si debba includere fra queste anche la riserva legale.

Si spiegherebbe così perché, senza ricorrere a processi di (ri)qualificazione dei ristorni, sia ammissibile un prelievo per accantonamenti a riserva legale prima dell'attribuzione dei suddetti benefici mutualistici, in quanto in questa maniera si verrebbe al contempo a realizzare una contribuzione *più cospicua*, o meglio la massima contribuzione e quindi il massimo incremento del patrimonio della cooperativa (sottoposto naturalmente al vincolo della relativa voce del netto).

Per evitare fraintendimenti, non si tratterebbe di adottare questa soluzione per meri motivi di convenienza, ma piuttosto in quanto scelta coerente di accentuazione proprio della funzione “produttiva” delle voci del netto (in questo caso, della riserva legale), perciò legata ad un interesse alla funzionalità della impresa, a sua volta individuato anche in base al volume degli scambi mutualistici posti in essere.

Infine, per lo stesso aspetto del contributo diseguale dei soci per gli accantonamenti a riserva legale, non parametrati in sostanza alla partecipazione posseduta (e quindi alla quota di utili spettanti), ma (anche) all'entità dello scambio mutualistico da ciascun socio realizzata, ci si potrebbe avvalere di un'ulteriore argomentazione dato che, certamente, l'intensità degli scambi dei soci non può che essere direttamente *proporzionale* all'interesse alla preservazione delle potenzialità di produzione della società di cui ognuno di essi è portatore; per non dire che questa motivazione risulterebbe per di più simmetrica con la evidenziata presenza, nella disciplina normativa (o statutaria) delle società cooperative, di precetti che stabiliscono (o possono stabilire) l'attribuzione anche di “diritti” sociali in base alla misura dello svolgimento dell'attività mutualistica<sup>47</sup>, operando, viceversa, le regole sulla contribuzione alla riserva legale appena viste, sul versante della perimetrazione di “obblighi” resi anch'essi variabili (per i singoli soci) in ragione del grado di attuazione del rapporto mutualistico.

<sup>47</sup> Si pensi al citato art. 2545-*sexies*, terzo comma, che, come visto, può determinare un accrescimento “diseguale” delle partecipazioni dei soci, e dei diritti ad esse connessi, quale esito dell'assegnazione dei ristorni; o all'art. 2538, quarto comma, c.c., che ammette una commisurazione dei diritti di voto, nelle cooperative “consortili”, alla partecipazione allo scambio mutualistico; ma, sul punto e con ulteriori esempi, v. M. DI RIENZO, *I regolamenti*, cit., p. 89 ss., nonché A. PIRAS, *Profili mutualistici della governance delle società cooperative*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, 2, cit., 2028 ss.

**10.** In chiusura di questo scritto è giusto ritornare lì da dove si era partiti e cioè agli stimoli offerti dagli ultimi appunti di Umberto Belviso.

Non può infatti sfuggire come nel pensiero di questo Autore la certezza delle conclusioni raggiunte (soprattutto da altri) venisse sempre messa in discussione in ragione di una disamina più che attenta del dato normativo e quindi dei contenuti precettivi che da tale dato se ne dovevano trarre; e questo accade anche a proposito della delineazione della relazione fra variabilità del capitale e scopo mutualistico.

Riflettendo infatti sulla introdotta distinzione fra cooperative a mutualità prevalente e cooperative diverse, Egli rileva come la legge delega della riforma del 2003 sembrasse richiedere una distinzione, fra queste tipologie cooperative, da operarsi sul piano della fattispecie, ma che la scelta attuativa, ferma restando – per i tratti essenziali – la comunanza del *modello organizzativo*, aveva ridotto ogni diversità al profilo “quantitativo” della misura del tasso di mutualità, prescegliendo dunque l’espressione di una concezione qualitativamente unitaria della cooperazione, di cui il contenuto dell’art. 2511 c.c. costituisce elemento dimostrativo<sup>48</sup>.

Chi scrive si è già pronunciato sul significato di questa scelta normativa, ritenendola sintomatica anche di una corrispondente indicazione di una tipizzazione legale – e parimenti unitaria – della causa delle società cooperative<sup>49</sup>, e non ha mancato di ricevere perciò un richiamo da Umberto Belviso di maggiore prudenza nel ritenere che lo scopo mutualistico, al quale il legislatore si è richiamato nell’art. 2511, abbia un significato univoco; in quanto se è vero che l’abbandono di una possibile diversificazione in punto di fattispecie fra cooperative a mutualità prevalente e non, probabilmente non consente una individuazione di scopi “eterogenei” quali movente causale del ricorso alla forma contrattuale cooperativa (come un tempo avvalorato dai sostenitori della teoria della “causa mista”), non è però da escludersi che possano essere ravvisate specificazioni (all’interno) dello scopo mutualistico tali da non permettere un esclusivo esaurimento nella mera nozione (e nella conseguente erogazione) della “gestione di servizio”<sup>50</sup>.

Da ciò, mentre non è detto che derivi (senz’altro) una legittimazione per un ragionamento su possibili diverse *funzioni del capitale* nelle società cooperative o anche sulla prospettazione dell’esistenza, nelle stesse, di *diversi capitali* che possano altresì seguire regole divergenti, come si è mostrato in precedenza, deve di contro trarsi la convinzione della sussistenza di una insuperabile antinomia fra scopo mutualistico e capitale fisso.

Per questa ragione gli elementi che costituiscono un’indissociabile endiadi che finisce per trovare la propria sintesi nella formula dell’art. 2511 espressiva dell’unitario momento causale (delle società cooperative) devono essere: sul piano dello

<sup>48</sup> U. BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile*, cit., p. 118 ss.

<sup>49</sup> M. DI RIENZO, *Profili gestionali ed organizzativi nella riforma delle società cooperative*, (ora in *Mutualità normativa e mutualità negoziale*, cit., p. 57 ss.

<sup>50</sup> U. BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile*, cit., p. 123.

“scopo”, la finalità mutualistica, sul piano della “organizzazione” (dei valori patrimoniali e della relativa loro gestione), il capitale variabile<sup>51</sup>; e questo pur nella consapevolezza che non ne risulta implicato necessariamente che il predicato organizzativo della variabilità (del capitale) non possa assecondare (ed essere impiegato anche per) il perseguimento di scopi tutt’affatto diversi (e si pensi ad altre note fenomenologie, non mutualistiche, in cui difatti viene adottata la regolamentazione del capitale variabile)<sup>52</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, la disciplina del patrimonio netto sulla quale tale “variabilità” si è visto essere costruita, si presenta come il meccanismo centrale di una gestione (evolutiva ed) evoluta delle società cooperative, che in definitiva pone al centro, quale criterio guida delle scelte di (auto)organizzazione patrimoniale che anche queste società sono chiamate a prendere, il raggiungimento di un “corretto equilibrio patrimoniale”<sup>53</sup>.

Questo dovrebbe fare superare le perplessità circa una (presunta) rischiosità del dinamismo insito nella valorizzazione di un sistema di preservazione del patrimonio netto come regola essenziale di riferimento per la gestione dei patrimoni sociali, e che ha cominciato a trovare alcune affermazioni come accaduto, nel nostro ordinamento, per la materia delle riduzioni del capitale sociale (fisso, e delle società di capitali) ove è ravvisabile un arretramento della protezione delle situazioni soggettive dei creditori, anche legittimato, o comunque non in contrasto, con le modifiche apportate dalla direttiva 2006/68/CE all’art. 32, par. 1, della Seconda Direttiva in materia societaria (adesso art. 36 nel testo “rifuso” della direttiva 77/91/CEE, dettata dalla direttiva 2012/30/UE), nella parte in cui questa norma continua a prevedere che la tutela dei creditori nelle procedure di riduzione debba consistere almeno nel diritto all’ottenimento di una garanzia da parte della società, che può divenire tuttavia non necessaria “tenuto conto del *patrimonio* della società”.

<sup>51</sup> U. BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile*, cit., pp. 53 e 111 ss.; ma v., anche, A. BASSI, *Principi generali della riforma*, cit., p. 57.

<sup>52</sup> U. BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile*, cit., p. 114.

<sup>53</sup> G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale*, cit., p. 495 ss.; ma v., inoltre, M. DI RIENZO, *Commento all’art. 2445*, in (a cura di) D. Santosuosso, *Delle società, dell’azienda, della concorrenza*, cit., p. 1262 ss.



# I diritti collettivi dei pazienti nel panorama europeo\*

di Amalia Diurni\*\*

*SOMMARIO: 1. Il concetto di salute. – 2. La nascita dei sistemi sanitari in Europa: il modello pubblico e il modello assicurativo. – 3. La partecipazione del paziente a livello micro: i diritti individuali in sanità. – 3.1 Le Carte dei diritti dei pazienti. – 3.2 La tutela dei diritti individuali. – 4. La partecipazione del paziente a livello meso: le organizzazioni a tutela dei pazienti. – 5. La partecipazione del paziente a livello macro: i diritti collettivi in sanità. – 5.1 I Community Health Councils britannici. – 5.2 I Comitati Consultivi Misti italiani. – 5.3 La démocratie sanitaire in Francia. – 5.4 La stazionarietà tedesca. – 6. Conclusioni.*

In Italia il principio dell'interesse collettivo ha avuto in ambito giuslavorista la prima declinazione concettuale. Secondo la dottrina classica, "l'interesse collettivo è l'interesse di una pluralità di persone a un bene idoneo a soddisfare un bisogno comune. Esso non è la somma di interessi individuali, ma la loro combinazione, ed è indivisibile, nel senso che viene soddisfatto, non già da più beni atti a soddisfare bisogni individuali, ma da un unico bene atto a soddisfare il bisogno della collettività"<sup>1</sup>. L'evoluzione storica ha seguito il passaggio dal concetto iniziale di mero interesse collettivo al riconoscimento della categoria giuridica del diritto collettivo: inizialmente inteso come somma di interessi individuali, per cui teoricamente<sup>2</sup> ognuno può ricorrere alla giustizia per la sua tutela<sup>3</sup>, attualmente è definito come interesse che appartiene a tutti, la cui protezione è rimessa a quei soggetti collettivi, cui la legge riconosce il diritto di agire in nome della collettività che rappresentano<sup>4</sup>. I diritti collettivi sono protetti attualmente a livello di procedura dal ricorso collet-

\* Il contributo è destinato agli Studi dedicati a Diego Corapi, Persona e attività economica tra libertà e regola a cura di B. De Donno, F. Pernazza, R. Torino, G. Scarchillo e D. Benincasa, in corso di pubblicazione presso Editoriale Scientifica, Napoli. Aggiornato al 28 agosto 2016.

\*\* Professore Associato di Diritto privato comparato presso l'Università di Roma Tor Vergata.

<sup>1</sup> La citazione è di Francesco Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995, 29. Nel periodo fascista in Italia si espressero, con posizioni diverse, sul tema degli interessi collettivi F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, 1, Padova, 1930, 3 s.; Id., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 7 s., e E. Redenti, ora in *Massimario della giurisprudenza dei Probiiviri*, a cura e con un'introduzione di S. Caprioli, Torino, 1992.

<sup>2</sup> Ciò nel settore della sanità ha significato praticamente nessuno.

<sup>3</sup> Per un approfondimento si veda C. Punzi, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi* a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2003, 17 s.

<sup>4</sup> Cfr. R. Donzelli, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, Roma, 2008, 1 s.

tivo, che è un rimedio processuale diffuso in Europa e tipizzato in occasione della trasposizione della direttiva n. 13 del 1993 sui contratti del consumatore<sup>5</sup>.

In ambito sanitario in Italia le riflessioni sul tema dell'interesse collettivo alla salute sono relativamente recenti<sup>6</sup> e non si conoscono analisi comparatistiche. La loro

<sup>5</sup> La direttiva 93/13/CE è stata attuata in Italia dalla Legge 6 febbraio 1996, n. 52, con l'introduzione del Capo XIV-*bis* nel Codice civile, poi modificato con la creazione del Codice del consumo con d.lgs. 6 settembre 2006, n. 206. L'intervento legislativo prevedeva il potere delle associazioni riconosciute *ex art.* 137 ss. d'introdurre l'azione giudiziaria, ma solo quella inibitoria (art. 140 Codice del consumo): cfr. R. Marengo, *Garanzie processuali e tutela dei consumatori*, Torino, 2007, 135 s.

Non è stato che nel 2008 (art. 140 *bis* Codice del consumo, introdotto dalla legge finanziaria 2008 del 24 dicembre 2007, n. 244) per le azioni contro soggetti privati e nel 2009 (art. 1, comma 4, d.lg. 20 dicembre 2009, n. 198, "Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici") per le azioni contro soggetti pubblici, che il legislatore italiano ha introdotto finalmente la *class action* – o meglio una versione all'italiana della *class action* americana –, che legittima le associazioni riconosciute ad agire per il risarcimento del danno a seguito di violazione dei diritti collettivi: cfr. A. Giussani, *Azione collettiva*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2007, 132 s.; D. Amadei, *L'azione collettiva italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. di Merito*, 2008, 940 s.; M. Bove, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze più mature*, in *Guida dir.*, 2008, 4, 11 s.; A. Riccio, *L'azione collettiva risarcitoria non è, dunque, una class action*, in *Contratto e impresa*, 2008, 500 s. Peraltro essa è una regolamentazione imprecisa e contraddittoria, che ha ricevuto ampie critiche (oltre alla letteratura appena citata, una preziosa riflessione sistematica si trova in A. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 213 s.), che ha richiesto anni per entrare in vigore (nel 2012 si stavano ancora facendo gli ultimi ritocchi, v. l. 24 marzo 2012, n. 27: cfr. M. Sacchi, *Nuova class action: tra tutela dei diritti soggettivi omogenei ed interessi a valenza collettiva*, in *Altalex*, 2012, [www.altalex.com/index.php?idnot=60093](http://www.altalex.com/index.php?idnot=60093)) e che non ha ancora visto decisioni giudiziali in materia sanitaria (si veda il rapporto di Cittadinanzattiva all'indirizzo [www.cittadinanzattiva.it/approfondimenti/giustizia/124-class-action.html](http://www.cittadinanzattiva.it/approfondimenti/giustizia/124-class-action.html)).

<sup>6</sup> A livello di teoria generale il tema dei diritti collettivi è stato affrontato dalla dottrina italiana, in particolare dai costituzionalisti, con riguardo al diritto all'ambiente: inizialmente, infatti, l'approccio alla questione della salute collettiva è stato preso in considerazione solo relativamente agli effetti negativi che l'inquinamento ambientale avrebbe avuto sull'essere umano. La Cassazione italiana a sezioni unite si è pronunciata sulla questione nella sentenza n. 5172 del 6 ottobre 1979, aprendo un intenso dibattito dottrinale: cfr. A. Albamonte, *Danni all'ambiente e responsabilità civile*, Padova, 1989; L. Francario, *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli, 1990; B. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005; A. Miletti, *Tutela inibitoria individuale e danno all'ambiente*, Napoli, 2005; R. Ferrara, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Salute e sanità* a cura di Ferrara, in *Trattato di Biodiritto* sotto la direzione di Rodotà e Zatti, Milano, 2010, 40 s. L'azione collettiva prevista dall'art. 140 *bis* del Codice del consumo non si applica ai fatti illeciti contro l'ambiente: cfr. S. Menchini, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto processo civile*, 2008, 44 ss.; R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, 848. Di avviso contrario, D. Amadei, *op. cit.*, 942. Ciononostante, il diritto alla salubrità dell'ambiente gode di una tutela specifica a seguito della trasposizione della direttiva comunitaria n. 35 del 2004: cfr. F. Giampietro (a cura di), *La responsabilità per danno all'ambiente. L'attuazione della direttiva 2004/35/CE*, Milano, 2006; G. Salvi, *La tutela civile dell'ambiente alla luce del testo unico ambientale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 656 s.

Non diversamente nell'ordinamento giuridico francese, ove per l'esercizio delle sue funzioni il *Ministère de l'Environnement et de la Protection de la nature*, istituito nel 1971, in mancanza di una rete amministrativa sul territorio, si è dovuto servire delle associazioni a tutela dell'ambiente, che da allora sono interlocutrici privilegiate e partecipano ai tavoli di discussione e programmazione: cfr. C. Compagnon, *Pour l'An II de la Démocratie sanitaire. Rapport à la ministre des Affaires sociales et de la Santé*, Parigi, 2014, 113 ss., consultabile all'indirizzo [http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport\\_DEF-version17-02-14.pdf](http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_DEF-version17-02-14.pdf)



fisionomia è venuta delineandosi negli ultimi decenni con l'acquisizione di una progressiva consapevolezza a livello sociale, economico e politico dell'importanza della partecipazione dei cittadini alle politiche sanitarie e alla gestione delle risorse destinate alla loro realizzazione. Tale processo evolutivo che peraltro ha riguardato lo stesso concetto di salute, oltre alla definizione dei diritti dei pazienti, ha accomunato i paesi occidentali e merita un lavoro di sintesi introduttiva in quanto i sistemi sanitari – distinti in Europa per ispirazione e struttura-, sono in effetti tutti il prodotto di contesti e contenuti storico-culturali, giuridici, sociali, economici e politici differenti: il sistema sanitario di un paese rispecchia senza dubbio i valori e le aspirazioni del suo popolo, diacronicamente mutanti, così come è andata modificandosi nel tempo la stessa nozione di salute.

1. Dai legislatori della fine del XIX secolo la salute era avvertita come una mera questione di ordine pubblico: si trattava di lottare contro le malattie pericolose e contagiose per evitarne la diffusione e per proteggere la salute pubblica. La società dell'epoca era concepita come una società di persone sane, dove la malattia era un fatto privato fintantoché non assumeva a minaccia per lo Stato nel momento in cui assumeva le dimensioni di un'epidemia: per tale ragione i malati, che a causa della loro condizione fisica e psichica non potevano più essere utili alla società, erano lasciati a se stessi e alle loro famiglie, a meno che non ci fosse il pericolo sociale di un contagio, nel qual caso l'intervento pubblico era coercitivo e prevedeva la detenzione del malato in luoghi isolati<sup>7</sup>. Sotto i regimi dittatoriali del primo Novecento, che si ispiravano ideologicamente a principi di efficienza e produttività, la condizione dei malati era ancora peggiore: le cure erano prestate agli individui utili alla società, soprattutto bambini e militari; degli altri, quali handicappati o anziani, malati psichici o cronici, ci si vergognava, erano considerati individui inutili e difettosi che dovevano essere nascosti.

Queste circostanze hanno fatto sì che storicamente in Europa il ruolo primario nell'ambito della salute e della sanità lo hanno giocato le organizzazioni di volontariato, inizialmente di esclusiva ispirazione religiosa<sup>8</sup>. Di queste origini si porta trac-

<sup>7</sup> J. M. Calder e R. Spencer, *The Story of Nursing*, 5a ed., London, 1971; K. R. Schroeter, *Das soziale Feld der Pflege: Eine Einführung in Strukturen, Deutungen und Handlungen*, Monaco, 2005. Nella Legge per l'unificazione del Regno d'Italia, r.d. 20 marzo 1865, n. 2248, l'appendice C era dedicata alla regolamentazione della salute pubblica. Per un'analisi storica più precisa si rinvia a N. Aicardi, *La sanità*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, I, Milano, 2003, 625 s.

<sup>8</sup> A. Cunningham e O. P. Grell (a cura di), *Health Care and Poor Relief in Protestant Europe 1500–1700*, Londra, 1997, 130 ss. In Olanda, ad esempio, la maggior parte degli ospedali sono aziende private o *no profit* proprio per l'originario tradizionale impegno delle organizzazioni di volontariato: cfr. J. I. Israel, *Dutch influence on urban planning, health care and poor relief: the North Sea and Baltic regions of Europe, 1567-1720*, in *Health Care and Poor Relief* a cura di A. Cunningham e O.P. Grell, cit., 64 ss.

cia, ad esempio, nell'uso dell'espressione "sorella", che si utilizza ancora nel riferirsi alle infermiere in alcune lingue<sup>9</sup>.

L'Italia è uno dei paesi con la più antica e radicata tradizione di volontariato<sup>10</sup>, soprattutto di matrice cattolica. Le organizzazioni di beneficenza nell'epoca prepubblicana erano il fulcro del sistema sanitario italiano e svolgevano il compito di prestare assistenza ai malati e agli indigenti<sup>11</sup>. Occorre considerare a tal proposito che in Italia tutti gli ospedali<sup>12</sup>, le cliniche e le case di riposo – gestite da queste organizzazioni secondo uno statuto di diritto privato –, sebbene nel 1890 fossero state trasformate per legge<sup>13</sup> in enti pubblici, ancora per cinquant'anni garantirono l'assistenza sanitaria, laddove lo Stato si limitava a controllare la loro opera e ad intervenire in casi eccezionali, come le epidemie, o durante il periodo fascista a gestire i centri di isolamento dove nascondere i malati pericolosi per l'ordine pubblico<sup>14</sup>.

2. La laicizzazione delle strutture sanitarie e degli operatori che vi lavoravano all'interno è invece avvenuta in altri paesi europei molto prima che in Italia. I paesi scandinavi, ad esempio, conoscevano sin dal XVIII secolo forme di intervento pubblico in materia di igiene e sanità. In Danimarca e Norvegia si trattava della soluzione adottata dalla corona danese per arginare le epidemie di peste<sup>15</sup>; dopo la peste a Marsiglia nel 1720 lo stesso re di Francia aveva creato presso il Conseil d'État un "Bureau de santé"<sup>16</sup>, l'antesignano del Ministero della Salute.

<sup>9</sup> Nel Regno Unito si usa ancora apostrofare le infermiere con il termine "sister"; l'infermiera in Germania è una "Krankenschwester"; in francese "sœur": Y. Knibiehler (a cura di), *Cornettes et blouses blanches. Les infirmières dans la société française 1880-1980*, Parigi, 1984.

<sup>10</sup> Nel Regno Unito, prima dell'istituzione del servizio sanitario nazionale, le cc.dd. *friendly societies* hanno giocato un ruolo fondamentale, la cui rilevanza venne sancita in piena rivoluzione industriale con una legge apposita: il *Friendly Societies Act* del 1875. Nel 1897 in Norvegia l'istituzione dell'organizzazione nazionale di volontariato femminile, il *Norske Kvinners Sanitetsforening* (NKS), diede l'avvio ad un ampio movimento popolare a favore dell'assistenza sanitaria pubblica, che mobilitò ingenti risorse economiche e migliaia di volontari e costituì il fulcro del sistema sanitario norvegese per i successivi cinquant'anni: cfr. O. G. Moseng e A. Schiøtz, *Det offentlige helsevesen i Norge 1603–2003*, 1 e 2, Oslo, 2003.

<sup>11</sup> Non diversamente avveniva in Francia dove il senatore Léon Bourgeois nel 1914 esaltava l'opera dei volontari e delle associazioni di mutuo soccorso, auspicando un allineamento della Francia agli esempi di pubblica sanità degli altri paesi europei: L. Bourgeois, *La France pour rester forte doit protéger la santé de ses citoyens*, in *La Science et la Vie*, 1914, gennaio.

<sup>12</sup> D'altronde l'ospedale non è nato per la cura dei malati, bensì nella storia ha avuto funzioni diverse – caritatevole, di isolamento, di insegnamento – per giungere solo da un secolo a svolgere l'attuale finalità diagnostico-terapeutica. Per una panoramica si veda AA.VV., *I diritti del malato. Guida critica alla conoscenza e all'uso dell'ospedale civile*, Milano, 1975.

<sup>13</sup> L. 17 luglio 1890, n. 6972. Per un commento si veda C. Fiorio, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, 76 s.

<sup>14</sup> Cfr. F. Fonderico, *Igiene pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, cit., I, 711 s.

<sup>15</sup> Approfonditamente in O. G. Moseng, *Ansvarer for undersåttenes helse 1603–1850*, in *Det offentlige helsevesen i Norge 1603–2003*, I, Oslo, 2003, 283 ss.

<sup>16</sup> Per maggiori dettagli si rinvia a J. C. Sournia, *Pour une histoire de la santé publique*, in *Histoire Sc. Méd.*, 1982, 28.

In Norvegia<sup>17</sup>, l'intervento regio costituì il primo nucleo di un sistema che si affermò definitivamente per mezzo della legge sulla sanità pubblica, emanata il 16 maggio 1860, e rimasta in vigore fino agli Anni Ottanta del secolo scorso<sup>18</sup>. Una legge pionieristica, caratterizzata da una peculiare adattabilità a tutte le istanze sociali: un misto di imposizione e indipendenza, regime centralizzato con forme di autonomia a livello locale, basato sul principio del paternalismo professionale, ma con spunti di democrazia popolare; per meglio chiarire, ogni distretto doveva avere un comitato responsabile delle politiche della salute, composto da rappresentanti del mondo politico locale e da cittadini. Un esempio primitivo di quella partecipazione collettiva, che costituisce oggi la nuova frontiera dei diritti in sanità e su cui si tornerà a breve.

È, invece, il 1883<sup>19</sup> ed è la Germania bismarkiana il paese in cui viene istituito il primo servizio pubblico di assicurazione sanitaria, inizialmente destinato ai soli lavoratori<sup>20</sup>. È vero che il primato dell'introduzione di forme assicurative in ambito sanitario, benché non pubbliche, ma corporative, è dell'Olanda<sup>21</sup>: le prime casse mutue, le *Gildenbussen*, risalgono al 1780; poi nel 1874 fu creata dalla corporazione dei falegnami di Amsterdam la *Algemeen Ziekenfonds Amsterdam*. Tuttavia, il sistema era ed è tuttora parecchio complicato<sup>22</sup>, tanto che è stato fatto oggetto di ripetuti interventi, tra cui nel 1941 una riforma ispirata al modello di assicurazione generale obbligatoria tedesco<sup>23</sup>.

In Europa, dunque, il modello di servizio sanitario nazionale su base assicurativa, organizzato secondo il principio dell'intermediazione, è quello tedesco. Peraltro, ancora oggi il sistema giuridico tedesco – come d'altronde quello olandese<sup>24</sup> e quello

<sup>17</sup> Occorre considerare che la Norvegia fino al 1814 era provincia del Regno danese. Passata alla Svezia con il Trattato di Kiel, ottenne l'indipendenza solo nel 1905.

<sup>18</sup> A. Schiøtz, *Folkets helse—landets styrke 1850–2003*, in *Det offentlige helsevesen i Norge 1603–2003*, II, Oslo, 2003, 46 ss.

<sup>19</sup> Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter (KGV) del 15 giugno 1883.

<sup>20</sup> Solo nel 1941 il servizio si estese anche ai pensionati.

<sup>21</sup> Cfr. J. A. Berger, *De geschiedenis van het ziekenfondswezen in Nederland*, Vlissingen, 1931.

<sup>22</sup> Il sistema assicurativo olandese, proprio per questa sua architettura, non è circolato come modello, anzi si è ispirato al sistema sanitario tedesco per le sue molte riforme. Esso si basa sulla tripartizione dei regimi assicurativi: vi è l'assicurazione nazionale che copre i costi dell'assistenza medica eccezionale (ad esempio, lunga degenza e invalidità); un'assicurazione obbligatoria, gratuita per gli indigenti, onerosa, ma con la scelta nel mercato assicurativo, per tutti gli altri; ed infine un'assicurazione sanitaria privata, volontaria e integrativa, per gli interventi medico-sanitari non ricompresi nelle altre due. Dal 1989 si è avviato un percorso di progressive riforme che ha come scopo finale l'unificazione del sistema assicurativo. Per maggiori dettagli si rinvia a G. V. Hest, *Changes in the Health Insurance System in the Netherlands*, in *Europ. Journal of Health Law*, 1996 (3), 359 ss.; A. den Exter, H. Hermans e M. Dosljak, *Netherlands*, in *Health Care Systems in Transition* a cura di R. Busse, Copenhagen, 2005. La riforma più recente che ha dato al sistema sanitario olandese l'assetto attuale risale al 2006, per un commento v. H. R. Abbing, *Recent Developments in Health Law in the Netherlands*, in *Europ. Journal of Health Law*, 2006 (13), 133 ss.

<sup>23</sup> Per una comparazione tra il modello tedesco e quello olandese e belga si consulti l'opera di K. P. Companje e al., *Two Centuries of Solidarity. German, Belgian and Dutch Social Health Insurance 1770-2008*, Amsterdam, 2009.

<sup>24</sup> Cfr. K. P. Companje e al., *Two Centuries of Solidarity*, cit., 326 ss.

belga<sup>25</sup> – prevede che il paziente abbia accesso alle cure attraverso il filtro della propria cassa mutua. Dal 1969, inoltre, a seguito di un importante intervento di razionalizzazione e sistematizzazione della materia previdenziale, tutta la legislazione tedesca si raccoglie nel *Sozialgesetzbuch* (SGB).

Il sistema sanitario tedesco così strutturato si pone sin dall'origine come un sistema centralizzato, di assistenza pubblica, organizzato però su base assicurativa. Ogni residente sul territorio tedesco è obbligato ad iscriversi ad una Cassa malattia (*Krankenkasse*), pubblica o privata, corrispondendo premi che variano a seconda del reddito.

I sistemi sanitari norvegese e tedesco, oltre ad essere i primi in Europa in ordine cronologico, sono stati anche i primi due esempi di pubblica assistenza. Essi possono essere considerati i due modelli di riferimento nell'ambito del panorama europeo. In Europa, infatti, si confrontano un modello di assistenza pubblica statale e un modello assicurativo. Essi costituiscono l'alternativa al sistema sanitario di diritto privato che caratterizza il modello statunitense e che si basa sul libero mercato della sanità e l'assicurazione non obbligatoria.

In verità, nella comparazione con l'ordinamento d'oltreoceano il sistema sanitario tedesco si pone piuttosto come un sistema misto, essendo caratterizzato dalla vocazione all'assistenza pubblica (come il modello norvegese), realizzata tuttavia attraverso strumenti di diritto privato (quale l'assicurazione, tipica del modello statunitense). Nel 1911 la stessa Inghilterra introdusse timidamente il sistema tedesco con il *National Insurance Act*, per poi superarlo abilmente come vedremo nel prosieguo.

Il modello tedesco è ampiamente circolato in Europa. Sulla sua scorta, ad esempio, sono stati istituiti – nel lontano 1928 – l'*Assurance maladie* in Francia, rimasta tale fino alla riforma del 1996, che ha portato ad introdurre la *couverture maladie universelle* nel 1999<sup>26</sup>, e – nel recente 1983 – lo *Εθνικό Σύστημα Υγείας* (ΕΣΥ), il sistema sanitario greco<sup>27</sup>. Hanno seguito il modello assicurativo tedesco anche il legislatore belga e quello olandese, nonché l'elvetico: quest'ultimo, tuttavia, ha operato un estremo decentramento tanto che si parla di un sistema sanitario autonomo per ognuno dei 26 cantoni<sup>28</sup>, regolato oggi dalla legge sull'Assicurazione Sanitaria Federale (LAMal), entrata in vigore nel 1996 e che ha passato indenne il recentissimo (28 settembre 2014) terzo tentativo di riforma con la sostituzione delle circa sessanta casse private con un'unica cassa pubblica<sup>29</sup>. Anche l'Italia, prima dell'istituzione del Sistema sanitario nazionale, e cioè fino al 1978, aveva un'assistenza basata

<sup>25</sup> Cfr. K. P. Companje e al., *Two Centuries of Solidarity*, cit., 310 ss.

<sup>26</sup> Loi n. 99-641 del 27 luglio 1999. Per un breve commento si veda D. Borgetto, *Brèves réflexions sur les apports et les limites de la loi CMU*, in *Dr. Soc.*, 2000, 30 ss.

<sup>27</sup> Cfr. M. Boudioni, *Patient Involvement, Empowerment and Information*, Londra, 2007, Paper on the 3rd HO PhD Symposium, South Bank University, 14 giugno 2007, 5 s.

<sup>28</sup> Cfr. S. Fenazzi, *La sanità svizzera tra Stato e libero mercato*, 2014, in *swissinfo.ch*.

<sup>29</sup> La consultazione e i risultati si possono trovare sul sito ufficiale del Parlamento svizzero, e precisamente all'indirizzo <http://www.parlament.ch/i/dokumentation/dossiers/krankenkasse/Pagine/default.aspx>

su casse mutue o enti mutualistici, tra cui il più importante era l'Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro le malattie (INAM).

Occorre precisare, tuttavia, che, sebbene il sistema norvegese sia quello più risalente, in Europa il modello alternativo a quello tedesco è in realtà il ben conosciuto *National Health Service* (NHS) inglese, da cui lo stesso legislatore norvegese ha preso ispirazione per le sue riforme nel secondo dopoguerra<sup>30</sup>. Ideato negli Anni Trenta, lo NHS entrò in vigore solo nel 1946 con l'approvazione del *National Health Service Act*<sup>31</sup>. Esso si fondava su tre principi: il servizio sanitario è gratuito, finanziato dal gettito fiscale e disponibile per chiunque si trovi – anche temporaneamente – sul territorio nazionale. Questo è il modello sanitario pubblico, in cui le cure vengono fornite direttamente dallo Stato al cittadino senza il tramite di enti assicurativi.

Il modello pubblico inglese si è evoluto nel tempo, seguito peraltro da quei paesi che a lui si sono ispirati: c'è stato un progressivo passaggio da un sistema centralizzato ad uno decentrato<sup>32</sup>, e quindi da una gestione accentrata con a capo i rispettivi Ministeri della salute ad una gestione rimessa agli organi locali<sup>33</sup>, con discreti ambiti di autonomia delle singole strutture sanitarie nella variante scandinava<sup>34</sup>. Si è altresì passati da un sistema prevalentemente statico ad uno progressivamente dinamico e concorrenziale, in cui ai servizi sanitari sono state estese le regole del libero mercato<sup>35</sup>. La stessa organizzazione interna alle strutture sanitarie non segue più i rigidi schemi della burocrazia statale postbellica, ma è stata contaminata da un approccio aziendalistico con l'applicazione delle relative categorie, come i concetti di *governance e management*.

<sup>30</sup> Dopo il 1945 la Norvegia sotto la guida del partito socialdemocratico ha cambiato la politica sanitaria, guardando al NHS inglese, con l'aspirazione ad un sistema egualitario e a vocazione universale, al fine di garantire a qualunque cittadino, indipendentemente dal proprio reddito e dal luogo di residenza, lo stesso accesso ai trattamenti e la stessa qualità delle cure: A. Schiøtz, *op. cit.*, 266 ss.

<sup>31</sup> Il *National Health Service Act* del 1948 riguardava Inghilterra e Galles, mentre nel 1947 era già stata promulgata la stessa legge per la Scozia.

<sup>32</sup> Ci sono stati due interventi in tal senso in Inghilterra: il primo nel 1974, che ha reso le *Regional Health Authorities* organi di gestione e controllo, e il secondo nel 1982.

<sup>33</sup> In Italia il principio di sussidiarietà, costituzionalmente sancito nell'art. 118 Cost., introdotto nel 2001, trova proprio nell'ambito del servizio sanitario nazionale un valido esempio di applicazione. Sul punto si tornerà oltre: v. *infra* nota 109.

<sup>34</sup> La decentralizzazione venne realizzata in Danimarca con la legge del 1976, che operò una profonda riforma del sistema. In Svezia e in Norvegia, invece, si sono attesi gli Anni Ottanta per attribuire la responsabilità di programmazione, attuazione e controllo del servizio sanitario agli organi regionali: cfr. C. Hjortberg e O. Ghatnekar, *Sweden*, in *Health Care Systems in Transition* a cura di A. Rico, W. Wisbaum e T. Cetani, Bruxelles, 2001, 8; A. Schiøtz, *op. cit.*, 453 ss.

<sup>35</sup> In Inghilterra questo passaggio ha coinciso con la politica della Thatcher, che è sfociata nel 1990 nel *National Health Service and Community Care Act*. In Svezia il dinamismo fu introdotto nelle politiche assistenziali con la c.d. Riforma Dagmar: cfr. C. Hjortberg e O. Ghatnekar, *op. loc. ult. cit.* In Danimarca la "rivoluzione" è stata operata nel 1998 con quattro interventi legislativi: l'*Active Social Policy Act*, il *Social Services Act*, il *Social Administration Act* e il *Pension Act*.

3. Nel secondo dopoguerra, in definitiva, il concetto di salute è passato da questione di ordine pubblico a interesse generale, con la conseguente sostituzione nel panorama europeo di un'assistenza prevalentemente rimessa al volontariato organizzato con sistemi sanitari nazionali. Gli ultimi decenni del secolo scorso hanno visto un ulteriore passaggio, caratterizzato dallo sviluppo del concetto di salute quale diritto individuale.

Questo passaggio è ben rappresentato dall'esempio dell'Italia repubblicana, nella cui Carta costituzionale il diritto alla salute ha occupato da subito una posizione di privilegio rispetto agli altri diritti fondamentali. Nel redigere il testo dell'art. 32 Cost.<sup>36</sup>, infatti, i padri costituzionali hanno fatto esplicito riferimento al diritto alla salute come ad un diritto fondamentale<sup>37</sup> ed inoltre hanno chiaramente espresso il principio che esso fosse allo stesso tempo diritto individuale<sup>38</sup> e interesse della col-

<sup>36</sup> La letteratura sull'art. 32 Cost. è sconfinata: per avere una visione diacronica dell'evoluzione dottrina, *ex multis*, cfr. nell'ordine S. Lessona, *La tutela della salute pubblica*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* a cura di A. Calamandrei e P. Levi, Firenze, 1950, 336 ss.; V. Crisafulli, *Costituzione e protezione sociale*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio* a cura di V. Crisafulli, Milano, 1952; C. Lega, *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Roma, 1952; F. Pergolesi, *Tutela costituzionale della salute*, in *Corriere amm.*, 1961; C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. malattie prof.*, 1961, I, 1, ora in *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, 433 ss.; R. Pasquini, *La tutela della salute nell'ordinamento italiano*, in *Probl. Sic. Soc.*, 1966, 254 ss.; L. Carlassare, *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in *L'amministrazione sanitaria italiana* a cura di R. Alessi, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1967; S. Merlini, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, in *Democr. e dir.*, 1970, 78 ss.; M. Bessone e V. Roppo, *Diritto soggettivo alla salute, applicabilità diretta dell'art. 32 Cost. ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Politica del diritto*, 1974; D. Vincenzi Amato, sub *Art. 32*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna, 1976; F.D. Busnelli e U. Breccia (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978; F. Di Cerbo, *La tutela della salute nell'ordinamento giuridico italiano*, Roma, 1978; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, 769 ss.; G. D'Alessio, *I limiti costituzionali dei trattamenti "sanitari"*, in *Diritto e società*, 1981, 536 ss.; V. Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, 564 ss.; F. Modugno, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e società*, 1982, 303 ss.; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, I, 21 ss.; B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, 49 ss.; M. Luciani, *Le infermità mentali nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1986, 439 ss.; C. Bottari, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milano, 1991; P. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, 2a ed., Torino, 1991; F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 40 ss.; G. Pelagatti, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995; I. Teresi, *La tutela della salute nelle decisioni della Corte costituzionale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1998, 114 ss.; M. Cocconi, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998; G. Bottari, *Il diritto alla tutela della salute*, in *I diritti costituzionali* a cura di P. Ridola e R. Nania, II, Torino, 2001; D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002; R. Balduzzi e G. Di Gaspare, *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, 2002; L. Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003; V. Ferrara, *op. cit.*, 18 s.; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, 522 ss.

<sup>37</sup> Il diritto alla salute è l'unico diritto espressamente definito come fondamentale nella Costituzione italiana.

<sup>38</sup> In ambito privatistico la giurisprudenza costituzionale e ordinaria ha affermato la necessità che la lesione del diritto alla salute sia considerato indipendentemente dai suoi effetti patrimoniali: C. Cost., 26 luglio 1979, n. 88; C. Cost., 18 dicembre 1987, n. 559; C. Cost., 12-27 ottobre 1988, n. 992. La dottrina ha sviluppato di conseguenza la categoria giuridica del danno biologico: a tal proposito si veda nella letteratura

lettività<sup>39</sup>. Negli anni Cinquanta del XX secolo questa era la disposizione costituzionale più moderna in materia a livello mondiale.

L'introduzione della Costituzione repubblicana nel 1948 ha rivoluzionato, dunque, la nozione di salute e le prospettive di tutela<sup>40</sup>. La salute non era più solo interesse collettivo, la cui protezione non può mai essere realizzata dallo Stato in violazione del rispetto dovuto all'essere umano, ma altresì un diritto fondamentale dell'individuo. Subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione è stato soprattutto il primo aspetto, letto sotto il profilo della sicurezza pubblica, a essere fatto oggetto di commento<sup>41</sup>. Si è dovuto attendere la fine degli anni Settanta prima che la questione della salute come diritto individuale prevalesse sull'interesse pubblico.

Negli Anni Sessanta parte, infatti, dagli Stati Uniti il movimento di emancipazione dei pazienti<sup>42</sup>, che ha condotto all'affermazione del principio dell'*informed consent* quale dovere di diligenza del medico<sup>43</sup>; parte dagli Stati Uniti per sbarcare in Europa e trovare terreno di riflessione giuridica nell'opera di dottrina e giurisprudenza con un andamento nei vari paesi europei<sup>44</sup> simile a quello paradigmatico italiano.

In Italia, infatti, mentre a livello sociale la generale contestazione dell'autorità, caratteristica del movimento sessantottino, mina definitivamente l'impostazione pa-

---

comparatistica P. G. Monateri, *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico*, in *Foro it.*, 1986, I, 2976 s.; nella dottrina pubblicistica si rinvia *ex multis* alla recente opera di D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2013, 14 s.

<sup>39</sup> La menzione della salute come interesse collettivo nella Costituzione italiana è stata interpretata fino alla fine del XX secolo piuttosto nella prospettiva tradizionale della sicurezza pubblica, quale giustificazione per i limiti imposti alla libertà individuale. Per esempio, nella Costituzione stessa gli artt. 14, 16 e 17 o nel Codice civile l'art. 5: cfr. V. Ferrara, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 515 s.; C. M. D'Arrigo, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir., Aggiornamenti*, V, Milano, 2001, 1008 s.; G. Cilione, *Diritto sanitario*, Rimini, 2003, *passim*. D'altra parte questa formulazione della questione era espressa anche nella Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 agli artt. 5, lett e), 10, 2°, e 11, 2°: cfr. S. Bartole, B. Conforti e G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, *passim*.

<sup>40</sup> Si veda il bilancio e i commenti fatti a cinquant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione da E. Cheli, *Il fondamento storico della Costituzione italiana*, in *Cinquantenario della Repubblica italiana* a cura di S. Labriola, in *Quaderni della Rassegna Parlamentare*, Milano, 1997, 51.

<sup>41</sup> Cfr. la letteratura *supra* nota 39 ed, altresì, S. Lessona, *op. cit.*, *passim*; C. Lega, *op. cit.*, *passim*.

<sup>42</sup> Si vedano le conseguenze di quel movimento nel nuovo approccio pedagogico: P. Freire, *Pedagogia do oprimido*, Rio de Janeiro, 1968, *passim*. Il movimento di emancipazione si riflette nelle corsie degli ospedali nelle rivendicazioni femministe delle infermiere: sul punto, R. A. Wittmann-Price, *Emancipation in decision-making in women's health care*, in *Journal of Advanced Nursing*, 2004 (47), 439 ss. Fanno risalire al movimento di emancipazione degli Anni Sessanta il percorso verso l'*empowerment* del paziente: Y. Longtin e al., *Patient participation: current knowledge and applicability to patient safety*, in *Mayo Clinic Proceedings*, 2010 (85), 53 ss.

<sup>43</sup> Per una storia approfondita dell'evoluzione del consenso informato negli Stati Uniti cfr. R. R. Faden e T. L. Beauchamp, *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford, 1986, 25 ss., 86 ss. e 114 ss.

<sup>44</sup> Cfr. M. H. J. Gouthier e R. Tunder, *Die Empowerment-Bewegung und ihre Auswirkungen auf das Gesundheitswesen*, in *Wandel der Patientenrolle: Neue Interaktionsformen im Gesundheitswesen* a cura di H. W. Hoefert e C. Klotter, Gottingen, 2011, 33 ss.

ternalistica della medicina<sup>45</sup>, la giurisprudenza di legittimità getta le basi della partecipazione del paziente alle decisioni del medico<sup>46</sup>. Del consenso, che allora si ammetteva valido anche se tacito<sup>47</sup> o “implicito”<sup>48</sup>, viene successivamente precisata la fisionomia giuridica soprattutto attraverso il riconoscimento dell’informazione quale elemento inscindibile dalla prestazione professionale<sup>49</sup>. Si individua, infatti, nel difetto di conoscenze e dati la ragione dell’asimmetria tra medico e paziente: per porvi rimedio e permettere al paziente di affrancarsi dall’autorità professionale, occorre fornirgli degli strumenti indispensabili per poter decidere consapevolmente sulla propria salute. L’attenzione si sposta gradualmente dal consenso all’informazione, che diviene condizione – affinché l’accettazione del paziente al programma di cura sia consapevole – e presupposto per la validità del consenso<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Maggiori ragguagli sull’influenza che hanno esercitato i movimenti di stampo democratico e individualista si trova in M. Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *I diritti in medicina* a cura di A. Belvedere e al., in *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, III, Milano, 2010, *passim* (spec. 12).

<sup>46</sup> Cass., 25 luglio 1967, n. 1950, in *Resp. civ. e prev.*, 1968, 243; Cass., 6 dicembre 1968, n. 3906, *ivi*, 1970, 389.

<sup>47</sup> Il codice di deontologia medica nella versione del 2006 all’art. 35, 1°, disponeva in modo inequivocabile che “il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l’acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente”. L’attuale versione del maggio 2014, viceversa, richiede il consenso informato scritto e sottoscritto; altre modalità sono ammesse solo nei casi particolarmente rischiosi o espressamente previsti dall’ordinamento giuridico o dal Codice deontologico.

<sup>48</sup> La Cass., 6 dicembre 1968, n. 3906, *cit.*, ritenne sufficiente il consenso della paziente posto in essere “mediante un comportamento che riveli in maniera precisa ed inequivocabile il proposito di sottoporsi all’atto operatorio”, confermando la sentenza della Corte d’Appello di Milano che in concreto dedusse il consenso implicito nel volontario ricovero in una clinica chirurgica, nell’affidamento alle cure di un chirurgo, nella mancata opposizione ai preparativi che accompagnano l’esecuzione dell’atto operatorio (App. Milano, 16 ottobre 1964, in *Foro it.*, 1965, I, 1083).

Lo stesso Codice di deontologia medica all’art. 31 nella versione del 1989 ammetteva il consenso “sostanzialmente implicito nel rapporto di fiducia”, che doveva divenire “consapevole ed esplicito allorché l’atto medico comporti rischio o permanente diminuzione dell’integrità fisica”.

Il consenso può essere implicito (sui mezzi di sutura, ad esempio, non occorre un consenso esplicito del paziente che si sottopone ad intervento chirurgico: Cass., 18 aprile 1966, n. 972, in *Foro it.*, 1966, I, 1532), ma non generico (Cass., sez. un., 9 marzo 1965, n. 375, in *Foro it.*, 1965, I, 1040 sull’internamento in ospedale). Gli orientamenti giurisprudenziali del periodo si inquadrano in un contesto dottrinario che ha un esponente di spicco nel G. Cattaneo, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 963.

<sup>49</sup> Si esprime con chiarezza sul punto la Suprema Corte italiana (Cass., 29 marzo 1976, n. 1132, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1980), che peraltro – sulla base dell’idea che l’informazione sia un profilo della più complessa e tecnica prestazione medica – riconduce alla violazione dell’obbligo di informazione una responsabilità contrattuale.

<sup>50</sup> La tutela del diritto di autodeterminazione del paziente attraverso il principio del consenso informato si afferma definitivamente e con uguale tempismo nel 1997 in Francia (Cour de Cassation, 25 febbraio 1997, in *Dalloz*, 1997, IR, 81) e in Italia (Cass., 24 settembre 1997, n. 9374, in *Mass. Foro it.*, 1997), allorché la giurisprudenza stabilisce che è su colui che ha un obbligo particolare di informazione che incombe l’onere di provare l’esecuzione dell’obbligo stesso. In Francia, nell’ipotesi di difetto di informazione, il medico risponde interamente del pregiudizio causato, se non prova di aver eseguito il proprio obbligo e questo principio è stato fissato anche a livello legislativo nell’art. L 1111-2 Cod. santé publ.: cfr. A. Castelletta,



Con il nuovo orientamento ha inizio la teorizzazione dell'obbligo di informazione e la conseguente ricerca di criteri per giudicare la diligenza nell'adempimento di tale obbligo. Se, in un primo tempo, il criterio era stato rinvenuto nella conformità alla prassi professionale delle informazioni date dal medico nel caso concreto, il c.d. *professional standard*<sup>51</sup>, all'inizio degli anni Settanta la prospettiva cominciò a spostarsi verso il paziente con l'accentuazione del suo diritto all'autonomia decisionale: il medico deve informare il suo assistito affinché questi sia in condizione di prendere una decisione consapevole. Il baricentro della valutazione della diligenza nell'informazione si spostò così dal medico al paziente e le corti, a partire da quelle statunitensi<sup>52</sup>, iniziarono ad applicare il c.d. *lay standard*.

I criteri del *professional* e del *lay standard* sono stati fatti oggetto di attenzione da parte della dottrina europea continentale già dalla fine degli anni Ottanta<sup>53</sup>, laddove venne messo in luce come la decisione in favore dello standard professionale rispecchi l'idea ippocratica tradizionale e paternalistica che sia il medico a sapere cosa è meglio per il paziente e che quindi i criteri per la valutazione della sua attività debbano essere tagliati sulla sua professionalità. La preferenza, viceversa, per la tutela della personalità e dell'autonomia decisionale del singolo si riflette nella scelta di uno standard di valutazione che rispecchi le aspettative del paziente. Quest'ultima posizione si è espressa a livello di teoria generale in tre modelli alternativi: quello contrattualistico (Engelhardt<sup>54</sup>), quello delle decisioni condivise (Veatch<sup>55</sup>), quello dell'alleanza terapeutica (Pellegrino-Thomasma<sup>56</sup>).

3.1 Volgendo lo sguardo all'attualità non ci sono dubbi su quale criterio abbia prevalso: le carte dei diritti dei pazienti, approvate negli Anni Novanta da molti paesi europei, provano la definitiva affermazione dei diritti individuali del paziente rispetto all'interesse generale<sup>57</sup>. Pur mancando il Regno Unito di una Costituzione

---

*Responsabilité médicale. Droits des malade*, 2a ed., Parigi, 2004, 71; S. Hocquet-Berg, *Les sanctions du défaut d'information en matière médicale*, in *Gaz. Pal.*, 1998, I, doct., 2 ss.

<sup>51</sup> Cfr. W. L. Prosser e al., *Prosser and Keeton on Torts*, 5a ed., St. Paul (Minn.), 1984, 182.

<sup>52</sup> In tal senso *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d, 772 (D.C.Cir. 1972); *Wilkinson v. Vesey*, 295 A.2d, 676 (R.I. 1972); *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d, 1 (Cal. 1972).

<sup>53</sup> D. Giesen, *International Medical Malpractice Law*, Tübingen, 1988, 271 ss.

<sup>54</sup> H. T. Engelhardt Jr., *The Foundation of Bioethics*, 2a ed., New York, 1995.

<sup>55</sup> R. Veatch, *The Basics of Bioethics*, 2a ed., Upper Saddle River, 2003.

<sup>56</sup> E. D. Pellegrino e D. C. Thomasma, *The Virtues in Medical Practice*, Oxford, 1993.

<sup>57</sup> Cfr. i commenti della dottrina di quegli anni: V. Leary, *The Right to Health in International Human Rights Law*, in *Journal of Health and Human Rights*, 1994, 3 ss.; J. M. Mann, L. Gostin e al., *Health and Human Rights*, in *Journal of Health and Human Rights*, 1994, 7 ss.; M. Brazier, *Rights and Health Care*, in *Rights of Citizenship* a cura di W. Blackburn, London, 1993, *passim*; L. Westerhall e C. Phillips (a cura di), *Patients' Rights: Informed Consent, Access and Equality*, Stockholm, 1994, *passim*. Per una visione complessiva della disciplina dei diritti del paziente nel panorama europeo al volgere del secolo si veda J. Martin, *The Principles of the Rights of Patients in Europe: A Commentary*, in *Europ. Journal of Health Law*, 1994, 265 ss.; L. Fallsberg, *Patients' Rights in Europe: Where do we stand and where do we go ?*, *ivi*, 2000, 1 ss.

formale, nel 1991 fu introdotta la *Patient's Charta* contenente l'elencazione dei diritti del paziente nei confronti dell'NHS<sup>58</sup>. Essa fu aggiornata nel 1995 e nel 1997, fino ad essere sostituita di recente con una nuova importante fonte di diritto nazionale: l'*NHS Constitution for England* del 2013<sup>59</sup>. Risalgono invece al 1992 la Carta dei diritti del paziente approvata dal Parlamento greco<sup>60</sup> e la Legge finlandese sullo stato e i diritti dei pazienti<sup>61</sup>. Esse precedettero addirittura la Dichiarazione sulla promozione dei diritti dei pazienti dell'Organizzazione mondiale della sanità, approvata ad Amsterdam nel 1994; la Carta di Lubiana sulla riforma dell'assistenza sanitaria, approvata nel 1996; e la Dichiarazione di Jakarta sulla promozione della salute nel XXI secolo, approvata nel 1997, lo stesso anno in cui il Consiglio d'Europa approvò la Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina<sup>62</sup>.

Paradossalmente, negli Stati Uniti, ove il movimento di emancipazione ha avuto i suoi natali, il *Patients' Bill of Rights in Medicare and Medicaid*<sup>63</sup> è arrivato solo più tardi, precisamente nel 1999<sup>64</sup>, ad opera del Dipartimento dei servizi sanitari e umanitari, su impulso del Presidente Clinton<sup>65</sup>. Dello stesso anno sono anche la *Patientencharta* austriaca<sup>66</sup> e le leggi sui diritti dei pazienti norvegese<sup>67</sup> e danese<sup>68</sup>. L'ultima ad aver approvato una legge sui diritti del paziente è la Germania con la *Patientenrechtsgesetz* del 2013<sup>69</sup>.

<sup>58</sup> Cfr. J. V. McHale, *Enforcing Health Care Rights in the English Courts*, in *Economic, Social and Cultural Rights: Their Implementation in the United Kingdom* a cura di R. Burchill, D. Harris e A. Owers, Nottingham, 1999.

<sup>59</sup> Da leggere all'indirizzo <http://www.nhs.uk/choiceintheNHS/Rightsandpledges/NHSConstitution/Documents/2013/the-nhs-constitution-for-england-2013.pdf>

<sup>60</sup> Legge n. 2071 del 1992, Εκσυγχρονισμός και οργάνωση συστήματος υγείας; per un confronto rispetto al sistema del Regno Unito si rinvia a M. Boudioni, *op. cit.*, 6.

<sup>61</sup> Si può leggere in lingua inglese all'indirizzo [www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1992/en19920785](http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1992/en19920785)

<sup>62</sup> Per conoscere i paesi che hanno ratificato la Convenzione di Oviedo, quelli che l'hanno solo firmata ma non ancora ratificato e quelli che non l'hanno neanche firmata, si rinvia al sito ufficiale <http://conventions.coe.int/> Sulle politiche in materia di salute nell'Unione Europea si rinvia all'opera di T. K. Harvey e J. V. McHale, *Health Law and the European Union*, Cambridge, 2004.

<sup>63</sup> Cfr. per un commento G. Annas, *The Rights of Patients*, 3a ed., Carbondale, 2003, *passim*.

<sup>64</sup> U.S. Department of Health and Human Services, *The Patients' Bill of Rights in Medicare and Medicaid*, 12 aprile 1999.

<sup>65</sup> Cfr. il discorso del Presidente Bill Clinton del 1° agosto 1998, in *Public Papers of the Presidents of the United States – 1998*, National Archives and Records Administration, Washington, 1384 ss.

Tale fonte normativa è stata sostituita di recente dall'*Affordable Care Act*, approvata dal congresso statunitense nel 2010, ma entrata pienamente in vigore solo nel corso del 2014. Consultabile all'indirizzo [www.hhs.gov/healthcare/rights/law/index.html](http://www.hhs.gov/healthcare/rights/law/index.html)

<sup>66</sup> Cfr. M. Kind, *Mein Recht als Patient*, Wien, 2014, 5 ss.

<sup>67</sup> Legge 2 luglio 1999, n. 63, *Pasientrettighetsloven*, si può leggere in lingua inglese all'indirizzo [www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19990702-063-eng.pdf](http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19990702-063-eng.pdf)

<sup>68</sup> Legge 1° luglio 1998, n. 482, *Patientrettsstillingsloven*, da leggere in inglese all'indirizzo: [www.waml.heifa.ac.il/index/reference/legislation/denmark/denmark1.htm](http://www.waml.heifa.ac.il/index/reference/legislation/denmark/denmark1.htm)

<sup>69</sup> *Patientenrechtsgesetz* (PRG) del 26 febbraio 2013, leggila in [www.patienten-rechte-gesetz.de](http://www.patienten-rechte-gesetz.de)

3.2 Durante il loro percorso di riconoscimento i diritti individuali del paziente hanno trovato un'efficiente tutela, in bilico tra autonomia ed eteronomia, tra partecipazione e autoritarismo, che a seconda dei sistemi giuridici ha un diverso modello ricostruttivo d'elezione: responsabilità soggettiva o oggettiva, autodisciplina o regolamentazione autoritativa<sup>70</sup>, assicurazione obbligatoria, sistema residuale *no-fault* o *risk management*<sup>71</sup>.

Non c'è dubbio che qualsivoglia scelta persegua l'obiettivo di offrire una adeguata garanzia normativa al paziente; tuttavia questo obiettivo si può focalizzare sulla salute come interesse generale ovvero sulla volontà individuale<sup>72</sup>; in altre parole, esso può dipendere dalla politica paternalistica di un legislatore che privilegi la tutela della salute del cittadino o, viceversa, dalla preferenza per la tutela della personalità

<sup>70</sup> Sul punto si è nuovamente pronunciato Guido Calabresi, nella *lectio magistralis* sui Nuovi confini della responsabilità civile, tenuta a Roma il 15 gennaio 2010 presso il Consiglio nazionale forense. Si veda anche G. Calabresi, *The problem of Malpractice: Trying to Round Out the Circle*, in *U. Toronto L. J.*, 1977, 27, 131 ss.; Id., *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge/London, 1982, 75 s.

<sup>71</sup> Cfr. G. Ponzanelli, *La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk management?*, in *Danno e resp.*, 2003, 428 ss., e gli articoli che seguono di S. Cacace, *Loi Kouchner: problemi di underdeterrence e undercompensation*, 435 ss., e L. Nocco, *La gestione del rischio clinico ed il monitoraggio degli errori medici: spunti di riflessione in chiave comparativa*, 444 ss.

<sup>72</sup> In effetti, l'art. 32 Cost. non risolve il dilemma: stabilisce al primo comma che la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, per poi nel secondo comma enunciare il principio per cui nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge; principio ripreso dalla legge del 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale.

In equilibrio tra salute e autodeterminazione sembra essere anche l'orientamento della giurisprudenza civile secondo il quale l'attività medica troverebbe la propria autolegittimazione nell'art. 32 Cost., poiché "sarebbe riduttivo fondare la legittimazione della attività medica sul consenso dell'avente diritto [art. 50 c.p. (in sentenza erroneamente si cita l'art. 51 c.p.) n.d.r.] che incontrerebbe spesso l'ostacolo di cui all'art. 5 c.c., risultando la stessa di per sé legittima, ai fini della tutela di un bene, costituzionalmente garantito, quale il bene della salute, cui il medico è abilitato dallo Stato. Dall'autolegittimazione dell'attività medica, anche al di là dei limiti dell'art. 5 c.c., non deve trarsi, tuttavia, la convinzione che il medico possa, di norma, intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente": così, Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913 ss., con nota di E. Scoditti; in *Nuova giur. comm.*, 1995, I, 937 ss., con nota di G. Ferrando.

Da ultimo, la Suprema Corte – Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Famiglia e dir.*, 2008, 129, con nota di R. Campione, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*; in *Nuova giur. comm.*, 2008, I, 83, con nota di A. Venchiarutti; in *Danno e resp.*, 2008, 421, con nota di F. Bonaccorsi, *Rifiuto delle cure mediche e incapacità del paziente: la Cassazione e il caso Englaro* (432 ss.), e G. Guerra, *Rifiuto dell'alimentazione artificiale e volontà del paziente in stato vegetativo permanente* (438 ss.) – ha precisato, tuttavia, che "benché sia stato talora prospettato un obbligo per l'individuo di attivarsi a vantaggio della propria salute o un divieto di rifiutare trattamenti o di omettere comportamenti ritenuti vantaggiosi o addirittura necessari per il mantenimento o il ristabilimento di essa, (...) la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio (...) per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico".

e dell'autonomia decisionale del singolo. Il dilemma è tra il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione<sup>73</sup>, tra consenso come giustificazione e scriminante dell'intervento altrimenti anti-giuridico del medico e consenso quale autorizzazione, ossia espressione proprio del diritto all'autodeterminazione<sup>74</sup>. Il cambio di prospettiva si legge anche nella diversa percezione del concetto di salute: non più coincidente con l'integrità fisica, ma inteso come valore dinamicamente legato ad una generale condizione di benessere<sup>75</sup>.

La partecipazione del paziente individuale in materia sanitaria trova dunque sul finire del XX secolo un ampio riconoscimento non solo a livello di informazione, autodeterminazione e sotto il profilo risarcitorio, ma anche rispetto alla qualità del servizio. Negli ultimi decenni l'Europa comune e poi unita ha fatto della tutela del consumatore la sua missione e questa nuova prospettiva coinvolge anche il paziente,

<sup>73</sup> Si ricorda che la Corte costituzionale italiana (23 dicembre 2008, n. 438) si è espressa nel senso di rinvenire una funzione di sintesi tra i due diritti fondamentali della persona, quello all'autodeterminazione e quello alla salute, nell'istituto del consenso informato, che trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost. Sembra di leggere nelle espressioni della Consulta una prevalenza del principio di autodeterminazione del singolo che supera la tradizionale "potestà terapeutica", di cui faceva parte il "privilegio terapeutico", quale facoltà del medico di omettere di dare alcune informazioni al paziente in circostanze particolari (vedi l'art. 29 del Codice di deontologia medica nel testo del 1995, che stabiliva che "le informazioni relative al programma diagnostico e terapeutico possono essere circoscritte a quegli elementi che cultura e condizione psicologica del paziente sono in grado di recepire e accettare, evitando superflue precisazioni di dati inerenti aspetti scientifici"). Sulla differenza tra assenso e consenso in quest'ottica si veda F. Ambrosetti, M. Piccinelli e R. Piccinelli, *Il consenso al trattamento medico*, in *Ragiusan*, 235/236 (2003), p. 342 ss., già in F. Ambrosetti, M. Piccinelli e R. Piccinelli, *La responsabilità nel lavoro medico di équipe. Profili penali e civili*, Torino, 2003, cap. IV.

Recentemente, tuttavia, la Corte Costituzionale, nella sentenza che ha abrogato il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa in Italia, ha ribadito che: "in materia di pratica terapeutica la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali": il medico (e non il legislatore) è l'unico a poter stabilire quali pratiche siano ammissibili per la "cura" di ciascun paziente. In materia di sanità, dunque, devono essere correlati due principi costituzionali: quello all'autodeterminazione e quello alla salute. In base al primo principio non si giustifica – a detta della Corte – un divieto assoluto ispirato solo da considerazioni e convincimenti di ordine etico in mancanza di un effettivo e reale conflitto con interessi di pari rango. In relazione al secondo, sembra doversi ritenere che il concetto di salute di cui all'art. 32 Cost. sia un concetto ampio, non limitato all'assenza di malattia (v. oltre note 74 s.): C. Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corriere giur.*, 2014, 1062, con nota di G. Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*; anche in *Nuova giur. comm.*, 2014, I, 802; nonché in *Dir. pen. e processo*, 2014, 818, con nota di A. Vallini.

<sup>74</sup> In questi termini si esprimeva già M. Gorgoni, *La «stagione» del consenso e dell'informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 488 ss.

<sup>75</sup> In verità, una definizione ampia di *good health* era già stata adottata nel 1948 dall'OMS: "a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity". Sessant'anni dopo la Suprema Corte italiana nel famoso caso Englaro ha accolto questa nuova dimensione della salute, definendola come uno "stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza": Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

quale consumatore di servizi sanitari. Ed i legislatori nazionali ne hanno preso atto attraverso politiche sanitarie *market-oriented*.

4. Lo scenario, tuttavia, è pronto a cambiare ancora una volta. È la crisi economica a mettere in discussione la tenuta a livello finanziario dei sistemi sanitari pubblici<sup>76</sup>. La crisi, unitamente alla rivendicazione delle associazioni di pazienti/consumatori per un maggiore coinvolgimento nelle politiche sanitarie, suggeriscono ai governanti europei di rendere i pazienti attori dei rispettivi sistemi sanitari al fine di sottrarsi allo schema tradizionale di contrapposizione tra Stato e operatori della salute in senso lato.

La partecipazione del paziente, dunque, conosce accanto alla dimensione micro dei diritti individuali, del consenso informato e dell'autodeterminazione, una dimensione meso nella quale il paziente partecipa in modo associativo alle scelte nell'ambito sanitario quale membro o socio di un'organizzazione.

Le organizzazioni di volontariato, come mostrato in apertura, storicamente hanno giocato un ruolo prezioso e primario nell'assistenza ai malati. Peraltro, esse non hanno perduto la loro importanza, neanche dopo l'introduzione dei servizi sanitari statali nei diversi paesi europei, alcuni con maggiore vocazione rispetto ad altri<sup>77</sup>. Anzi, proprio in ragione del loro ruolo storico le organizzazioni di volontariato hanno una tradizione di collaborazione con il *management* delle strutture sanitarie e questo ruolo è stato loro riconosciuto da molti legislatori europei<sup>78</sup>, che vi fanno

<sup>76</sup> Una visione generale, concisa e lucida, si può avere dal documento dell'OECD, *Health Care Systems: Getting More Value for Money*, in *OECD Economics Department Policy Notes*, 2010, n. 2, consultabile all'indirizzo [www.oecd.org/eco/growth/46508904.pdf](http://www.oecd.org/eco/growth/46508904.pdf)

<sup>77</sup> Cfr. G. P. Managozzi, *Volontariato e terzo settore: dalla beneficenza alla partecipazione*, in *Il Sole24ore, Suppl. "Terzo settore"*, n. 11, novembre 2002. Per dare un'idea della rilevanza del volontariato e della enorme vocazione dell'Italia in questo ambito basti ricordare che secondo l'Istat (ISTAT, *Rapporto annuale. La situazione del paese nel 2001*, Roma, 2002, 359-369) nel 2001 l'8% della popolazione italiana, circa 4 milioni di persone, esercitava il volontariato; peraltro, tra il 1997 e il 2001 le organizzazioni di volontariato sono raddoppiate in termini assoluti, benché ci sia stata un'inflessione proprio nel settore dell'assistenza sanitaria.

<sup>78</sup> Per l'ordinamento italiano il riferimento è all'art. 14, 2°, D.lg. 502/1992, che recita: "Le regioni promuovono inoltre consultazioni con i cittadini e le loro organizzazioni anche sindacali ed in particolare con gli organismi di volontariato e di tutela dei diritti"; e all'art. 12, 1°, D.lg. 229/1999: "le regioni prevedono forme di partecipazione delle organizzazioni dei cittadini e del volontariato".

In Francia il volontariato ha avuto riconoscimento legislativo con la *Loi n. 99-477 del 9 giugno 1999*: cfr. A. Laude, B. Mathieu e D. Tabuteau, *Droit de la santé*, 3a ed., Parigi, 2012, 384. In seguito, nell'ambito della *Haute Autorité de Santé* (HAS), introdotta in Francia dalla *Loi n. 2004-806 del 13 agosto 2004*, con il compito di valutare i prodotti medici e i metodi di cura, accreditare le strutture sanitarie e gestire il sistema di informazione dei cittadini/utenti di servizi sanitari, i rappresentanti dei pazienti, generalmente provenienti dalle associazioni di tutela, godono della qualifica di "esperti" e il loro lavoro viene pagato come quello di qualunque consulente. Essi hanno gli stessi diritti, anche di voto, degli altri attori facenti parte dell'organo: cfr. il rapporto della Prognos AG, *Patienten- und Bürgerbeteiligung in Gesundheitssystemen*, Düsseldorf, 2011, 23 s.

espreso riferimento come interlocutrici privilegiate nella messa in opera dei piani di salute pubblica.

Accanto alle organizzazioni di volontariato<sup>79</sup>, per tradizione di ispirazione più o meno religiosa<sup>80</sup>, ci sono associazioni laiche, aventi come scopo la difesa degli interessi comuni di diversa natura. In ambito sanitario le prime associazioni erano quelle relative alla tutela dei pazienti cronici e all'aiuto delle loro famiglie<sup>81</sup>: i malati cronici sono, infatti, i soggetti che meglio conoscono la propria condizione e che, quali "esperti"<sup>82</sup>, nel tentativo di incidere sulle politiche, sulla programmazione e sulla prassi medico-sanitaria inerente la cura della propria malattia, sono riusciti per primi a catalizzare intorno a questo scopo cittadini e attori sociali confrontati con le stesse problematiche<sup>83</sup>.

Con la sensibilizzazione verso le esigenze di protezione dei consumatori nel libero mercato hanno cominciato a nascere associazioni<sup>84</sup> con lo scopo di tutelare la generalità dei malati ovvero la generalità dei consumatori e con essi anche i malati. Una delle più importanti organizzazioni di questo tipo a livello europeo è Cittadi-

<sup>79</sup> Finalmente con la l. 11 agosto 1991, n. 266, "Legge quadro sul volontariato", consultabile all'indirizzo [www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/terzo\\_settore\\_linee\\_guida/Leqqe\\_266\\_91.pdf](http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/terzo_settore_linee_guida/Leqqe_266_91.pdf), si è data una regolamentazione uniforme alle organizzazioni di volontariato.

<sup>80</sup> Cfr. *supra* note 8 ss.

<sup>81</sup> Riferisce di questo essenziale contributo Lawrence Nestmann, dell'Ufficio regionale per l'Europa dell'OMS, *Bürger- und Patientenbeteiligung als Notwendigkeit für sinnvolle Veränderungen*, in *Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen – eine länderübergreifende Herausforderung* a cura di B. Badura e H. Schellschmidt, in collaborazione con l'OMS, 2a ed., Colonia, 2001, 196 s.

<sup>82</sup> Cfr. *supra* nota 78. Secondo R. Forster e P. Nowak, *Prinzipielle Möglichkeit, englische Praxis, österreichische Perspektiven*, in *Soziale Sicherheit*, 2006, 513 ss., in Austria il coinvolgimento dei pazienti ha avuto inizio negli Anni Ottanta su due fronti: quello dei gruppi di pazienti in psichiatria (cfr. S. Jaquemar e al., *Heimaufenthalt in der Praxis. Erste Erfahrungen der BewohnervertreterInnen*, in *FamZ*, 2006, 1 ss.) e quello dei *Selbsthilfegruppen* (cfr. M. Schaurhofer, *Wege der Unterstützung von Selbsthilfegruppen – im Gesundheitsbereich – in Wien*, Vienna, 2000, *passim*). Esperienze simili sono anche in Olanda: ne riferisce in uno studio comparato R. Forster, *Patient advocacy in psychiatry: the Austrian and the Dutch models*, in *Journal of Social Work Practice*, 1999 (41), 155 ss.

<sup>83</sup> Per conoscere la storia e l'evoluzione delle associazioni di partecipazione collettiva in Italia si rinvia a G. Moro, *Manuale della Cittadinanza attiva*, Roma, 1998; Id., *Azione civica*, Roma, 2005. L'A. definisce l'*empowerment* come la "capacità di organizzarsi in modo multiforme, di mobilitare risorse umane, tecniche e finanziarie e di agire con modalità e strategie differenziate per tutelare diritti esercitando poteri e responsabilità volti alla cura e allo sviluppo dei beni comuni" (*Manuale*, cit., 48).

<sup>84</sup> In Italia, le associazioni laiche sono state regolate in modo sistematico nel 2000. Il legislatore le ha raccolte nella categoria delle c.d. "associazioni di promozione sociale": l. 7 dicembre 2000, n. 383, "Disciplina delle associazioni di promozione sociale", consultabile all'indirizzo [www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/terzo\\_settore\\_linee\\_guida/ln\\_383\\_2000.pdf](http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/terzo_settore_linee_guida/ln_383_2000.pdf)

A livello giuridico la differenza tra le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale è nel loro scopo: le organizzazioni di volontariato devono avere il volontariato come obiettivo, le altre la mutualità. Su questa distinzione cfr. A. Amodeo, N. Gioiello e M. Lia, *Breve guida tecnico-giuridica alle organizzazioni di volontariato*, 2006, 5 ss., consultabile anche via internet [www.db.formez.it/fontinor.nsf/b966f27599017389c1256c5200300e09/F845DB50D4511E02C125714E004661B5/\\$file/BREVE%20GUIDA%20TECNICO.pdf](http://www.db.formez.it/fontinor.nsf/b966f27599017389c1256c5200300e09/F845DB50D4511E02C125714E004661B5/$file/BREVE%20GUIDA%20TECNICO.pdf)

nanzattiva, fondata in Italia proprio nell'anno in cui è stato istituito il Servizio Sanitario Nazionale (SNN), il 1978<sup>85</sup>. Essa si occupa di salute, ma anche di consumo, giustizia, educazione. Particolarmente sensibile all'ambito sanitario<sup>86</sup>, nel 1980 ha istituito il primo Tribunale per i diritti dei malati (TDM)<sup>87</sup> e nel 2001 l'Audit civico<sup>88</sup>. Nello stesso anno ha fondato l'Active Citizenship Network, che insieme ad altre importanti associazioni con le medesime finalità, provenienti da vari paesi europei<sup>89</sup>, nel 2002 ha redatto la Carta dei diritti del paziente<sup>90</sup>, il cui valore è stato ufficialmente riconosciuto nel 2008 dal Comitato economico e sociale europeo<sup>91</sup>.

Il ruolo di queste organizzazioni in ambito sanitario non è, dunque, solo quello legato alla loro presenza sul territorio e all'assistenza nelle strutture, ma progressivamente si è arricchito di competenze e attività di *lobbying* e di *advocacy* nelle sedi governamentali nazionali e internazionali. Esse sono diventate nel corso del XXI secolo attrici del *welfare* sanitario: se, infatti, nella seconda metà del XX secolo la forma di democrazia diffusa in Europa era prevalentemente rappresentativa, ossia basata sul dualismo tra politici ed elettori, la crisi economico-finanziaria ha posto le condizioni per la transizione verso una democrazia partecipativa<sup>92</sup>. In questo contesto anche la salute dalla dimensione prevalentemente individuale si è arricchita di una dimensione collettiva: per "*patient participation*" la *US National Library of Medicine* intende "the involvement of the patient in the decision-making process regard-

<sup>85</sup> L. 23 settembre 1978 n. 833.

<sup>86</sup> Maggiori informazioni nell'articolo del Presidente nazionale di Cittadinanzattiva, Alessio Terzi, *Il ruolo di Cittadinanzattiva per la partecipazione dei cittadini alle politiche della salute*, disponibile all'indirizzo [www.cittadinanzattiva.it/files/approfondimenti/salute/audit\\_civico/\\_il\\_cittadino\\_che\\_partecipa\\_e\\_un\\_lusso.pdf](http://www.cittadinanzattiva.it/files/approfondimenti/salute/audit_civico/_il_cittadino_che_partecipa_e_un_lusso.pdf)

<sup>87</sup> I Tribunali per i diritti dei malati si occupano delle denunce di disservizio e di danni medici secondo una procedura strutturata su quattro livelli. Attualmente ci sono 300 Tribunali dei malati in Italia con 10.000 persone che vi lavorano a titolo volontario e gratuito, che nel caso di responsabilità medica o sanitaria fungono da collegamento tra il danneggiato e la struttura, ma che vestono altresì i panni di messengeri delle esigenze dei cittadini, suggerendo soluzioni per migliorare i programmi nazionali, di ciascuna struttura e ente locale: per i dettagli si rinvia al sito ufficiale [www.cittadinanzattiva.it/corporate/salute/1843-tribunale-per-i-diritti-del-malato.html](http://www.cittadinanzattiva.it/corporate/salute/1843-tribunale-per-i-diritti-del-malato.html)

<sup>88</sup> L'Audit civico si occupa della valutazione critica e costante delle azioni delle strutture sanitarie con la finalità di aumentare gli standard di qualità. L. Altieri (a cura di), *Ascolto e partecipazione dei cittadini in sanità*, Milano, 2002, ne fornisce una descrizione approfondita.

<sup>89</sup> Le organizzazioni che hanno partecipato alla redazione della Carta sono: Apovita (Portogallo); Cittadinanzattiva (Italia); Confederacion de Consumidores y Usuarios (Spagna); Danish Consumer Council (Danimarca); Deutsche Gesellschaft für Versicherte und Patienten e. V. (DGVPV) (Germania); Fédération Belge contre le Cancer (Belgio); International Neurotrauma Research Organization (Austria); KE.P.K.A. (Grecia); Nederlandse Patienten Consumenten Federatie (NPCF) e Vereniging Samenwerkende Ouderen Patientenorganisaties (VSOP) (Olanda); The Patients Association (Regno Unito); Irish Patients Association Ltd (Irlanda).

<sup>90</sup> Consultabile in lingua inglese all'indirizzo [www.ec.europa.eu/health/ph\\_overview/co\\_operation/mobility/docs/health\\_services\\_co108\\_en.pdf](http://www.ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/docs/health_services_co108_en.pdf)

<sup>91</sup> Si veda [www.eesc.europa.eu/?i=portal.fr.news.10081](http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.fr.news.10081)

<sup>92</sup> Il passaggio e le sue implicazioni sono ben illustrate nell'opera di J. Grote e B. Gbikpi, *Participatory Governance*, Wiesbaden, 2002, *passim*.

ding health issues”<sup>93</sup>, mentre per “*patient empowerment*” intende piuttosto la partecipazione del paziente alle decisioni in materia sanitaria a livello aziendale, locale e nazionale ovvero l’esercizio di una forte influenza o di un controllo sugli organi amministrativi e politici<sup>94</sup>.

Le forme di partecipazione collettiva a livello meso<sup>95</sup> sono di tipo indiretto e si realizzano principalmente con due modalità<sup>96</sup>: attraverso l’espressione del voto elettorale, ossia allorquando i cittadini votando sposano il programma politico, anche in materia di sanità, del partito o del candidato scelto; ovvero per mezzo della protesta, espressa personalmente o attraverso le associazioni di categoria. Il criterio di partecipazione a questo livello è ben descritto nella teoria dell’*exit & voice* di Hirschman<sup>97</sup>: il famoso economista, nell’analizzare le dinamiche del dualismo tra governanti e governati, imprenditori e lavoratori, prestatori di servizi e utenti, ha dimostrato che, laddove ci sia una patologia del rapporto sociale, legata alla diminuzione della qualità, dei vantaggi o della soddisfazione del cittadino, del lavoratore o dell’utente, questi ultimi hanno l’alternativa tra *exit*, cioè recidere il rapporto – i cittadini ad esempio emigrando o votando in modo difforme alle elezioni, i lavoratori licenziandosi, i clienti optando per la concorrenza –, oppure *voice*, ossia protestare e, dunque, tentare di migliorare il rapporto con la comunicazione del proprio scontento – rispettivamente manifestazione di piazza, sciopero e reclamo<sup>98</sup>.

5. L’approfondimento della teoria di Hirschman applicata all’ambito sanitario<sup>99</sup> e le già ricordate carenze finanziarie strutturali del settore hanno indotto a riflettere sull’opportunità di un superamento delle dinamiche di contrapposizione per abbracciare una strategia di collaborazione e inclusione del cittadino nelle scelte che riguardano il *welfare*<sup>100</sup>. Partecipazione, dunque, non solo a livello meso, con la

<sup>93</sup> Y. Longtin e al., *Patient Participation: Current Knowledge and Applicability to Patient Safety*, in *Mayo Clinic Proc.*, 2010 (85), 53 ss., ritengono che questa definizione sia troppo ristretta, dovendosi ampliare per ricomprendere anche i concetti di “*collaboration*”, “*involvement*” e “*empowerment*” del paziente.

<sup>94</sup> D. Delnoij e V. Hafner, *Patients’ Rights and Patient Safety: Introduction*, in *Exploring Patient Participation in Reducing Health-care-related Safety Risks* a cura di D. Delnoij e V. Hafner, Copenhagen, 2013, p. 8, intendono per *patient empowerment*: “the exertion of a strong influence or control over others in a variety of settings (such as administrative, social and academic)”.

<sup>95</sup> Una panoramica si trova nel contributo di P. Mosconi e C. Colombo, *Come, dove, quando vengono coinvolti i cittadini in Sanità*, in *Clinical Governance*, 2005, 24 ss.

<sup>96</sup> Sull’ampio panorama delle metodologie di partecipazione cfr. Programma Nazionale per le Linee Guida, *Il coinvolgimento dei cittadini nelle scelte in Sanità*, 2008, 36 ss., da leggere su [www.snlg-iss.it/cms/files/LG\\_partecipazione.pdf](http://www.snlg-iss.it/cms/files/LG_partecipazione.pdf)

<sup>97</sup> A. O. Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty*, Cambridge (MA), 1970.

<sup>98</sup> Un breve sunto della teoria dell’*exit & voice* si può leggere in A. O. Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, in *The social contract*, 1994, 272 ss., consultabile anche all’indirizzo [www.thesocialcontract.com/pdf/four-four/hirschma.pdf](http://www.thesocialcontract.com/pdf/four-four/hirschma.pdf)

<sup>99</sup> Cfr. il rapporto della Prognos AG, *Patienten- und Bürgerbeteiligung in Gesundheitssystemen*, cit., 7.

<sup>100</sup> Cfr. T. Parsons, *An Outline of the Social System*, in *Theories of Society. Foundations of Modern Sociological Theory*, New York, 1961; T. H. Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*, Garden City, 1964; N.



presenza delle organizzazioni dei consumatori/pazienti nelle strutture sanitarie e nel tessuto sociale, ma altresì a livello macro con il riconoscimento del loro ruolo istituzionale<sup>101</sup>. Si parla, dunque, di *choice* come criterio integrativo a quello del *voice*<sup>102</sup>. Con *choice* si intende il coinvolgimento diretto del cittadino o delle organizzazioni che lo rappresentano o lo assistono nella fase della programmazione sanitaria dal livello clinico e locale a quello nazionale<sup>103</sup>.

Il diritto collettivo alla salute si declina anch'esso – come quello individuale – in quattro ambiti: se il diritto del singolo è volto all'informazione, quello collettivo diventa un diritto alla trasparenza; accanto alla pretesa della qualità si pongono a livello macro le esigenze di sicurezza; partecipazione non è solo condivisione delle scelte terapeutiche da parte del paziente, ma anche cogestione delle risorse da parte dei cittadini. L'ultimo ambito è quello della riparazione dei danni che a livello individuale si esplica con l'azione civile di risarcimento o con il reclamo nei sistemi *no-fault*, mentre a livello collettivo utilizza il rimedio della *class action*<sup>104</sup>.

5.1 Pioneristica nel riconoscimento del diritto collettivo alla salute è stata, come già accennato<sup>105</sup>, la legge norvegese; tuttavia, la dimensione collettiva della sanità ha trovato la sua prima effettiva attuazione nel 1974 in Inghilterra e Galles con l'istituzione dei *Community Health Councils* (CHC), modello circolato anche in Scozia e Irlanda del Nord sotto altra veste<sup>106</sup>: essi sono consigli organizzati su base distrettuale e formati da liberi cittadini, nominati dall'autorità amministrativa locale, dalle organizzazioni di pazienti e dal Ministero<sup>107</sup>. Inizialmente avevano il solo compito di controllo della qualità dei servizi sanitari prestati dall'NHS, poi la loro competenza si è estesa al controllo dell'informazione, alla rappresentazione degli interessi collettivi e al collegamento tra paziente e struttura sanitaria, sebbene alcuni autori<sup>108</sup> ne

---

Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen/Wiesbaden, 2000; R. Stichweh, *Inklusion und Exklusion. Studien zur Gesellschaftstheorie*, Bielefeld, 2005; B. S. Turner, *Rights and Virtues. Political Essays on Citizenship and Social Justice*, Oxford, 2008.

<sup>101</sup> Sulla questione e le sue implicazioni sociologiche si è espresso con autorità B. S. Turner, *The New Medical Sociology*, New York, 2004.

<sup>102</sup> Cfr. R. Forster e J. Gabe, *Voice or Choice? Patient and Public Involvement in the National Health Service in England under New Labour*, in *Int. Journal of Health Services*, 2008 (38), 333 ss.

<sup>103</sup> Per una definizione precisa e la descrizione delle problematiche sottese alla partecipazione dei pazienti nelle decisioni in sanità si rinvia a R. B. Saltman, *Patient choice and patient empowerment in northern European health systems: a conceptual frame work*, in *Int. Journal Health Serv.*, 1994 (24), 201 ss.

<sup>104</sup> Cfr. *supra* nota 5.

<sup>105</sup> Cfr. *supra* § 2 e note 17 s.

<sup>106</sup> Cfr. C. Dabbs, *Eine staatliche Innovation: Community Health Councils in England und Wales*, in *Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen* a cura di B. Badura e H. Schellschmidt, cit., 158.

<sup>107</sup> Cfr. B. Taylor, *Das Projekt "Citizen's Health Information Network and Alliance" – ein Projektbeispiel aus Großbritannien*, in B. Badura e H. Schellschmidt (a cura di), *Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen*, cit., 131.

<sup>108</sup> Cfr. M. Calnan, *Bürger- und Verbrauchervertretung im staatlichen Gesundheitsdienst Großbritanniens – eine Fallstudie*, in *Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen* a cura di B. Badura e H. Schellschmidt, cit., 153.

abbiano criticato la dimensione puramente informativa e consultiva. Con l'istituzione dei CHC il legislatore britannico ha operato un decentramento del *welfare* sanitario, applicando a suo modo quel principio di sussidiarietà, sancito in molti paesi dell'Europa continentale a livello costituzionale<sup>109</sup>.

I CHC sono autonomi dall'NHS, ma non indipendenti: in altre parole, composizione, prerogative e fonti di finanziamento<sup>110</sup> sono stabiliti per legge, mentre riguardo alla loro funzione non c'è stata a lungo chiarezza<sup>111</sup>. Per tale ragione il legislatore britannico è intervenuto prima con la determinazione dei *patients' rights* nel 1991<sup>112</sup>, poi nel 2003<sup>113</sup> ed infine nel 2012 con l'*Health and Social Care Act*. Con quest'ultima legge è stato affidato ai *Clinical Commissioning Groups* il compito di attuare la partecipazione a livello individuale<sup>114</sup> e collettivo<sup>115</sup>.

<sup>109</sup> In Italia nel 2001 (18 ottobre 2001, n. 3, "Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione", art. 4) è stato aggiunto all'art. 118 Cost. un quarto comma, con cui si sancisce che "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività d'interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà". Si pensava che la riforma, l'interazione tra autonomia delle regioni e il principio di sussidiarietà, potessero mettere in atto un vero *empowerment* nella sanità pubblica italiana, mentre la dottrina ne traccia un bilancio poco confortante: D. Paris, *Il ruolo delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del Titolo V: ripartizione delle competenze e attuazione della sussidiarietà*, in *Amm. in cammino*, s.d., consultabile in [www.bollettinoadapt.it/old/files/document/15641Paris.pdf](http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/15641Paris.pdf); S. Papa, *Sussidiarietà e tutela della salute: l'accesso dei privati*, in *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo* a cura di M. Andreis, Milano, 2006, 113 ss.; F. Spadonaro (a cura di), *Sanità e sussidiarietà*, in *Quaderni di Italianieuropei*, 2, 2009, *passim*; G. Bonfreschi, *Principio di sussidiarietà orizzontale e gestione dei servizi sanitari*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 6 (2012), 19 ss.; P. Mezzanotte, *Tutela della salute tra compiti pubblici, autonomia privata e principio di sussidiarietà*, in *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale* a cura di M. Sesta, Rimini, 2014, 45 ss.

<sup>110</sup> Il tema della fonte di finanziamento delle organizzazioni civiche è un tema sensibile negli studi sull'*empowerment* del paziente a livello meso e macro: il pericolo che il finanziatore possa influenzare l'attività e le scelte a detrimento della tutela della collettività è motivo di preoccupazione per gli interpreti: cfr. M. L. Dierks e al., *Bürger- und Patientenorientierung im Gesundheitswesen*, in *Gesundheitsberichterstattung Bundes*, vol. 32, Berlin, 2006, *passim*; il rapporto della Prognos AG, cit., *passim* (spec. 58). Queste considerazioni sono alla base dell'elaborazione in Gran Bretagna del *Patient and Public Involvement Programm* (PPIP): cfr. relativamente alla sua realizzazione recente tramite l'*Health and Social Care Act 2012*, J. Q. Tritter e M. Koivusalo, *Undermining patient and public engagement and limiting its impact: the consequences of the Health and Social Care Act 2012 on collective patient and public involvement*, in *Health Expect.*, 2013 (16), 115 ss.

<sup>111</sup> C. Dabbs, *op. cit.*, 159 s.

<sup>112</sup> Cfr. *supra* nota 58.

<sup>113</sup> Cfr. C. Compagnon, *op. cit.*, 126.

<sup>114</sup> S. 14U, 13H e 13I *Health and Social Care Act 2012*. Per un commento cfr. A. C. L. Davies, *This Time, it's for Real: The Health and Social Care Act 2012*, in *The Modern Law Review*, 2013 (76), 564 ss.

<sup>115</sup> S. 14Z2 e S. 13Q *Health and Social Care Act 2012*.

Il modello inglese è circolato subito in Danimarca, che nel 1976 ha decentralizzato il proprio sistema sanitario<sup>116</sup>; in Svezia e Norvegia negli Anni Ottanta<sup>117</sup>; in Finlandia con gli interventi legislativi del 1986 e del 1992<sup>118</sup>; ed infine in Olanda, ove dal 2006 sono stati istituiti 21 consigli regionali, i *Zorgbelang*<sup>119</sup>.

5.2 In Italia l'evoluzione verso una consapevolezza della rilevanza della salute come diritto collettivo è stata progressiva e segnata da molteplici interventi legislativi e iniziative a livello regionale. La *voce* dei movimenti di emancipazione dei pazienti e l'esempio britannico hanno influenzato il riconoscimento del ruolo dei cittadini nella politica sanitaria, contenuto già nella legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (SSN). Ai sensi dell'art. 1, comma 3, L. 833/1978 la partecipazione dei cittadini figura tra i principi fondamentali<sup>120</sup>.

Purtroppo la sua estrema generalizzazione, da una parte, e l'attitudine negativa dell'amministrazione pubblica, dei dirigenti degli enti sanitari e degli operatori professionali, dall'altra, hanno fatto sì che la garanzia della partecipazione dei cittadini sia rimasta per anni una semplice enunciazione di principio, se si esclude l'eccezione rappresentata dall'Emilia Romagna, che ha istituito nel 1994 i Comitati Consultivi Misti<sup>121</sup>.

Lo sviluppo è stato progressivo altresì perché il legislatore italiano ha dovuto reiterare il proprio intervento al fine di raggiungere l'obiettivo di una realizzazione

<sup>116</sup> Cfr. *supra* note 34 s.

<sup>117</sup> Cfr. C. Hjortsberg e O. Ghatnekar, *Sweden*, in *Health Care Systems in Transition* a cura di A. Rico, W. Wisbaum e T. Cetani, Bruxelles, 2001, 8; A. Schiøtz, *op. cit.*, 453 ss.

<sup>118</sup> Cfr. R. Lahti, *Demokratie im Kleinen – Erfahrungen aus Finnland*, in *Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen* a cura di B. Badura e H. Schellschmidt, cit., 180 ss.

<sup>119</sup> Cfr. C. Compagnon, *op. cit.*, 126, nota 98.

<sup>120</sup> Art. 1 (I principi), l. 833/1978, Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale: "(1) La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale. (2) La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana. (3) Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio. *L'attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini.* (4) Nel servizio sanitario nazionale è assicurato il collegamento ed il coordinamento con le attività e con gli interventi di tutti gli altri organi, centri, istituzioni e servizi, che svolgono nel settore sociale attività comunque incidenti sullo stato di salute degli individui e della collettività. (5) *Le associazioni di volontariato possono concorrere ai fini istituzionali del servizio sanitario nazionale nei modi e nelle forme stabiliti della presente legge*" (il corsivo è nostro).

<sup>121</sup> I Comitati Consultivi Misti (CCM), istituiti con la legge regionale n. 19 del 1994, sono composti presso ogni ente sanitario dai rappresentanti delle organizzazioni di volontariato, delle associazioni di mutuo soccorso e degli operatori sanitari; e devono essere consultati dagli enti in occasione della redazione dei programmi sanitari. Nel 2000 è stato aggiunto il Comitato Consultivo Regionale (CCR), i cui membri sono i rappresentanti dei CCM locali. Il CCR è concepito come un organismo di sintesi che affianca l'amministrazione pubblica nella programmazione sanitaria regionale. Cfr. L. Altieri, *op. cit.*, 141 s.

effettiva della partecipazione collettiva. Nel 1992, per esempio, il decreto legislativo n. 502<sup>122</sup>, dedicato alla riorganizzazione della disciplina in materia sanitaria, conteneva un quarto titolo rubricato “Partecipazione e tutela dei diritti dei cittadini”, il cui art. 14, comma 2, regolava piuttosto un’attività di informazione o, con interpretazione estensiva, consultativa<sup>123</sup>, e non una vera partecipazione. In seguito nel 1998<sup>124</sup>, constatata la mancanza di cambiamenti nella politica delle strutture sanitarie, il legislatore italiano ha insistito dando delega al governo di intervenire per rendere più efficace il principio di partecipazione e il decreto 502/1992. Il compito è stato eseguito con un intervento governativo<sup>125</sup> sul testo del suddetto art. 14, comma 2, aggiungendo il dovere delle regioni di trovare delle modalità di partecipazione reale dei cittadini alla programmazione, al controllo e alla valutazione della qualità dei servizi sanitari<sup>126</sup>.

Nonostante lo sforzo legislativo a livello nazionale, l’egemonia politica nelle regioni, manageriale e professionale nelle strutture sanitarie, legata al timore di perdere potere e autonomia e la convinzione dell’inutilità dei contributi non tecnici dei cittadini, inesperti per antonomasia<sup>127</sup>, sono stati la causa di una forte resistenza alla trasposizione del principio nella pratica.

<sup>122</sup> D.lg. 30 dicembre 1992, n. 502, “Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell’art. 1. della legge 23 ottobre 1992, n. 421”. Il testo completo è disponibile su [www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:1992;502](http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:1992;502)

<sup>123</sup> V. oltre § 6.

<sup>124</sup> L. 30 novembre 1998, n. 419, “Delega al Governo per la realizzazione del Servizio sanitario nazionale e per l’adozione di un testo unico in materia di organizzazione e funzionamento del Servizio sanitario nazionale. Modifiche al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502”. Nell’art. 2, lett. e), il legislatore ha invitato il governo a “realizzare la partecipazione dei cittadini e degli operatori sanitari alla programmazione ed alla valutazione dei servizi sanitari; dare piena attuazione alla carta dei servizi anche mediante verifiche sulle prestazioni sanitarie nonché la più ampia divulgazione dei dati qualitativi ed economici inerenti alle prestazioni erogate”.

<sup>125</sup> D. lg. 19 giugno 1999, n. 229, “Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale a norma dell’art. 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419”.

<sup>126</sup> Il testo aggiunto è il seguente: “Per le finalità del presente articolo, le regioni prevedono forme di partecipazione delle organizzazioni dei cittadini e del volontariato impegnato nella tutela del diritto alla salute nelle attività relative alla programmazione, al controllo e alla valutazione dei servizi sanitari a livello regionale, aziendale e distrettuale”.

<sup>127</sup> Alla fine del secolo scorso tale concezione era così diffusa da stimolare ricerche specifiche per verificarne la validità. Dagli studi sono emersi risultati inattesi, che vanno nella direzione opposta a quella presunta e dimostrano l’importanza della partecipazione dei laici nelle decisioni in sanità. Sui risultati di questi studi S. Sengupta e B. Lo, *The roles and experiences of non-affiliated and non-scientific members of Institutional Review Board*, in *Acad. Med.*, 2003, 212 s.; E. E. Anderson, *A qualitative study of non-affiliated, non-scientist institutional review board members*, in *Account Res.*, 2006, 135 s.; uno studio italiano è stato condotto da Mosconi e al., *Oncologists’ opinions about research ethics committees in Italy: an update*, in *Europ. Cancer Prevention*, 2006, 91 s. Per uno spunto comparativo, cfr. B. Mosconi e al., *Ricerca clinica: quale ruolo per cittadini e pazienti?*, in *Partecipasalute*, 2006, 1 s., consultabile all’indirizzo [www.snlg-iss.it/cms/files/LG\\_partecipazione.pdf](http://www.snlg-iss.it/cms/files/LG_partecipazione.pdf)

Un tentativo qualitativamente differente è stato fatto nel 1995<sup>128</sup>, allorché il governo italiano ha introdotto un nuovo strumento giuridico, concepito proprio per favorire il dialogo tra amministrazione e collettività: la Carta dei Servizi<sup>129</sup>. Malgrado l'introduzione di questo strumento, in teoria ben strutturato ed efficace, nella pratica quest'ultimo, come tutti gli altri tentativi legislativi dal 1992 al 1999, è fallito se si esclude il caso della Lombardia, che ha seguito l'esempio dell'Emilia Romagna con la promozione di politiche per le famiglie attraverso meccanismi di partecipazione alle decisioni in materia sanitaria<sup>130</sup>.

A cavallo del secolo, però, il legislatore italiano ha imposto il cambiamento<sup>131</sup>, legando la presentazione della Carta dei Servizi all'autorizzazione<sup>132</sup> necessaria a enti e strutture sanitarie per esercitare l'attività di cura<sup>133</sup>. A quel punto la resistenza politica, manageriale e professionale ha trovato la sua espressione attraverso l'apparen-

---

In particolare, sui comitati etici e la direttiva 2001/20/CE per l'armonizzazione delle regole sulla buona pratica nella sperimentazione clinica cfr. L. Marini, *I comitati etici per la sperimentazione clinica dei medicinali. Competenze nella normativa comunitaria e nazionale*, Milano, 2001, *passim*; E. Martinez, *Les comités nationaux et européens d'éthique et l'émergence d'un droit européen de la bioéthique*, in *Revue gén. droit méd.*, 2004, 199. In Italia il decreto dell'8 febbraio 2013 all'art. 2, 5°, impone la presenza di cinque membri laici in ogni comitato etico, di cui un membro deve essere un rappresentante del volontariato o delle associazioni a tutela del paziente.

<sup>128</sup> La Carta dei Servizi è stata introdotta il 27 gennaio 1994 con il d.p.c.m. del 19 maggio 1995 dal titolo "Principi sull'erogazione dei servizi pubblici", che ha definito lo schema generale della "Carta dei Servizi pubblici sanitari".

<sup>129</sup> La Carta, dunque, è un documento complesso e "completo", contenente tutte le informazioni sulla programmazione prevista per ogni struttura sanitaria: le Carte dei Servizi sono pensate come una sorta di impegno delle strutture nei confronti degli utenti dei servizi. "La Carta è essenzialmente volta alla tutela dei diritti degli utenti: non si tratta di una tutela intesa come mero riconoscimento formale di garanzie al cittadino, ma di attribuzione allo stesso di un potere di controllo diretto sulla qualità dei servizi erogati" (d.p.c.m. 19 maggio 1995).

<sup>130</sup> A partire dalla legge regionale n. 23 del 1999, "Politiche regionali per la famiglia". Per una valutazione comparativa degli interventi nelle due regioni, Emilia-Romagna e Lombardia, si veda G. Giarelli, *Centralità della persona e partecipazione dei cittadini nei processi d'integrazione socio-sanitaria*, in *Sociale e Salute*, 2012, consultabile all'indirizzo [www.socialesalute.it/temi-in-discussione/centralita-della-persona-e-partecipazione-dei-cittadini-nei-processi-d-integrazione-socio-sanitaria.html](http://www.socialesalute.it/temi-in-discussione/centralita-della-persona-e-partecipazione-dei-cittadini-nei-processi-d-integrazione-socio-sanitaria.html)

<sup>131</sup> L. 8 novembre 2000, n. 328, "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali", che prevede all'art. 13, dedicato alla Carta dei servizi sociali, una procedura di uniformazione delle carte delle strutture sanitarie e dichiara il loro carattere indispensabile ai fini dell'accreditamento.

<sup>132</sup> L'accreditamento come strumento coercitivo per la realizzazione effettiva dell'*empowerment* del cittadino nel settore sanitario è utilizzato anche in Danimarca e in Francia: cfr. C. Compagnon, *op. cit.*, 129 (per il sistema danese) e 162 (per il sistema francese).

<sup>133</sup> Art. 13, 3°, l. 328/2000.

za<sup>134</sup>: le Carte dei servizi, laddove sono state elaborate, hanno avuto la funzione di semplici legittimazioni a decisioni già prese<sup>135</sup>.

La già ricordata introduzione nel 2001 del principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana ha sollecitato le regioni ad intervenire, benché il bilancio degli interpreti circa l'operatività in generale del principio di sussidiarietà tra pubblico e privato sia alquanto negativo<sup>136</sup>. Dopo l'esempio dell'Emilia Romagna e della Lombardia, in effetti, anche Toscana e Sicilia hanno proceduto, sebbene il loro operato abbia ricevuto giudizi contrastanti: da una parte la Toscana, che nel 2005 ha creato le Società della Salute<sup>137</sup>, istituzioni pubbliche di raccordo tra l'amministrazione e la società civile, che sono state fatte oggetto di attacchi così feroci come fabbriche di corruzione<sup>138</sup> che il Consiglio regionale a dicembre 2013<sup>139</sup> ha deciso di sopprimerle. Dall'altra parte la Sicilia, che nel 2009 ha seguito l'esempio dei Comitati consultivi misti emiliani e che sembra stia realizzando un vero *empowerment* dei cittadini con la partecipazione obbligatoria delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale alla redazione – a livello addirittura di cogestione – dei Piani Attuativi Aziendali (PAA) a partire dal 2013<sup>140</sup>.

<sup>134</sup> Non diversamente è accaduto in Francia, ove nel 2002 il legislatore, *Loi n. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, ha istituito la figura del mediatore e l'ha inserita all'interno di ogni struttura sanitaria, sempre in numero di due: un mediatore medico e l'altro laico. Da un'inchiesta svolta nel 2013 dal CISS (*Représenter les usagers en établissement de santé*, Actes de la journée CISS du 24 octobre 2013) risulta che i rappresentanti degli utenti rispetto alla mediazione abbiano confermato la presenza di un mediatore medico (85%), mentre è assente la figura laica. Per un commento di questi dati, C. Campagnon, *op. cit.*, 148 s.

<sup>135</sup> Un'inchiesta del Senato, fatta alla fine dello stesso anno, ha messo in luce l'inghippo: il 59% delle strutture sanitarie avevano adottato le Carte prima ancora di aver fissato un incontro ufficiale con le organizzazioni rappresentanti dei cittadini e quelle di volontariato; inoltre il 14% dei restanti non l'aveva neanche fissata. Cfr. per i dati C. Lopresti, *Partecipazione del cittadino nel sistema sanitario*, s.l., s.d., 11, consultabile all'indirizzo [www.fqts.org/dati/doc/218/doc/309.pptx](http://www.fqts.org/dati/doc/218/doc/309.pptx)

<sup>136</sup> Cfr. E. Ferrari, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 99 s.; U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 s.; D. Paris, *op. cit.*, 29.

<sup>137</sup> La legge regionale n. 40 del 2005 ha istituito le Società della Salute (SdS), mentre la legge regionale n. 60 del 2008 ha dettato le regole del loro funzionamento, che è alquanto complesso vista la presenza di cinque organi al suo interno: una assemblea dei soci, un presidente, un direttore, una commissione di controllo e un'assemblea esecutiva. Le SdS elaborano d'intesa con i Comitati di partecipazione, composti dalle organizzazioni di volontariato e dalle associazioni di promozione sociale, i Piani integrati della salute, che sono i documenti fondamentali per la programmazione dell'assistenza sanitaria a livello locale. Per ulteriori informazioni si può consultare il sito ufficiale della regione Toscana all'indirizzo [www.regione.toscana.it/documenti/10180/430070/85c14ba1d2e9b4da98fdb49d1a77145d\\_lasocietadellasalute.pdf/aabfbd05-a7de-4d86-b831-9abe2026480d](http://www.regione.toscana.it/documenti/10180/430070/85c14ba1d2e9b4da98fdb49d1a77145d_lasocietadellasalute.pdf/aabfbd05-a7de-4d86-b831-9abe2026480d)

<sup>138</sup> Secondo i dati più recenti, la corruzione nell'ambito sanitario in Italia corrisponde al 5% del totale della spesa pubblica nel settore: cfr. S. Todaro, *Così il giro delle mazzette ingoia 5 miliardi e mezzo di salute l'anno*, in *Il Sole24ore Sanità*, 22 aprile-5 maggio 2014, 10 s.

<sup>139</sup> Su internet all'indirizzo [www.gonews.it/2013/12/18/verso-il-superamento-delle-societa-della-salute-approvato-un-emendamento-al-documento-finanziario-della-regione/](http://www.gonews.it/2013/12/18/verso-il-superamento-delle-societa-della-salute-approvato-un-emendamento-al-documento-finanziario-della-regione/)

<sup>140</sup> Le procedure per la redazione dei Piani attuativi aziendali siciliani sono ben esposte in internet all'indirizzo [www.policlinicovittorioemanuele.it/sites/default/files/pagina/cca/b14-03/1%20Comitati%20Consultivi%20](http://www.policlinicovittorioemanuele.it/sites/default/files/pagina/cca/b14-03/1%20Comitati%20Consultivi%20)

5.3 In definitiva, oggi il sistema giuridico che più ha realizzato quanto raccomandato dal Comitato europeo dei Ministri nel 2000<sup>141</sup> sembra essere la Francia<sup>142</sup>, che con la legge del 2002 ha introdotto espressamente il concetto di “democrazia sanitaria” nel proprio ordinamento giuridico<sup>143</sup>. Con la riforma, infatti, il legislatore francese, diversamente da quello inglese che ha trascurato la presenza di laici all’interno degli enti o delle strutture assistenziali se non con la legge del 2012<sup>144</sup>, ha reso obbligatoria la presenza delle organizzazioni di promozione sociale ed anche di membri laici in ogni organismo con poteri decisionali o responsabile della programmazione in materia sanitaria a livello dipartimentale, regionale e nazionale. In ogni struttura sanitaria è stata creata una *Commission de relation avec les usagers et la qualité de la prise en charge* (CRUQPC)<sup>145</sup>, che riunisce rappresentanti degli operatori sanitari e rappresentanti degli utenti, sia scelti all’interno di associazioni di tutela che semplici cittadini; mentre presso i centri di accoglienza sociali o medico-sociali,

---

delle%20Aziende%20Sanitarie%20della%20Regione%20Siciliana%20-%20In%20sintesi.pdf

<sup>141</sup> Raccomandazione n. 5 del 2000 del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa, R (2000) 5: “(...) recommends that the governments of member states: – ensure that citizens’ participation should apply to all aspects of health care systems, at national, regional and local levels and should be observed by all health care system operators, including professionals, insurers and the authorities; – take steps to reflect in their law the guidelines contained in the appendix to this recommendation; – create legal structures and policies that support the promotion of citizens’ participation and patients’ rights, if these do not already exist; – adopt policies that create a supportive environment for the growth, in membership, orientation and tasks, of civic organizations of health care “users”, if these do not already exist; – support the widest possible dissemination of the recommendation and its explanatory memorandum, paying special attention to all individuals and organizations aiming at involvement in decision-making in health care (...)”. Si può consultare all’indirizzo [www.wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=340437&Site=CM](http://www.wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=340437&Site=CM)

<sup>142</sup> Cfr. C. Compagnon, *op. cit.*, 25.

<sup>143</sup> Il Titolo II della *Loi* n. 2002-303, cit., è espressamente rubricata «*democratie sanitaire*». Per un bilancio sull’operatività della legge a dieci anni dalla sua entrata in vigore si veda M. Bacache, A. Laude e D. Tabuteau (a cura di), *La loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades, 10 ans après*, Parigi, 2012. Cfr., altresì, l’opera recente di D. Tabuteau, *Democratie sanitaire: Les nouveaux défis de la politique de la santé*, Parigi, 2013, *passim*.

Nelle linee guida allegate alla raccomandazione n. 5 del 2000, il Comitato europeo dei Ministri specifica quanto segue: “1. Citizen and patient participation as a democratic process: 1. The right of citizens and patients to participate in the decision-making process affecting health care, if they wish to do so, must be viewed as a fundamental and integral part of any democratic society. 2. Governments should develop policies and strategies, which promote patients’ rights and citizens’ participation in the decision-making in health care, and provide for their dissemination, monitoring and updating. 3. Patient/citizen participation should be an integral part of health care systems and, as such, an indispensable component in current health care reforms. 4. Decision-making should be made more democratic by ensuring: – a clear distribution of responsibilities for decision-making in health care; – appropriate influence of all interest groups, including civic associations active in health-related matters, and not only of some stakeholders (professionals, insurers, etc.); – public access to political debates on such issues; – wherever possible, citizens’ participation at the problem identification and policy development stages; participation should not be confined to resolving problems and simply choosing between solutions, which have already been drawn up”.

<sup>144</sup> Cfr. *supra* nota 114 s. Di questo avviso C. Compagnon, *op. cit.*, 130.

<sup>145</sup> Ne fa una descrizione C. Compagnon, *op. cit.*, 32 ss.

dove risiedono persone diversamente abili o con patologie croniche o in fase terminale, sono istituiti i *Conseils de la vie social* (CVS)<sup>146</sup>, composti anche da membri scelti tra i pazienti, purché siano di età superiore agli undici anni, e i loro famigliari. Questi organismi sono creati per collaborare nella redazione dei regolamenti e dei programmi aziendali delle relative strutture<sup>147</sup> e le loro sintesi trovano spazio all'interno delle istituzioni stesse ad ogni livello dell'amministrazione pubblica.

5.4 Il paese più carente sotto il profilo dell'effettivo riconoscimento dei diritti collettivi in sanità è la Germania<sup>148</sup>, dove la presenza dei cittadini e delle loro rappresentanze è prevista dalla legge solo all'interno del Comitato misto federale, il *Gemeinsamer Bundesausschuss* (G-BA), che è l'organo supremo di autogestione di medici, dentisti, psicoterapeuti, ospedali e assicurazioni sanitarie tedesche. Esso svolge il ruolo di referente, consulente o promotore per qualunque iniziativa in materia sanitaria. Ai sensi del § 140f SGB V<sup>149</sup> il G-BA nello svolgimento delle sue attività, salvo quelle relative a questioni di procedura o finanziarie, deve consultare le organizzazioni rappresentanti dei pazienti, salvo decidere in piena autonomia: i rappresentanti dei cittadini, infatti, per quanto facciano parte dell'organo, non hanno diritto di voto, ma solo di "voice". Sulla stessa linea la creazione nel 2004<sup>150</sup> del *Patientenbeauftragter*, un politico, nominato dal Governo federale, che ha il compito di vigilare e farsi portavoce affinché le esigenze dei pazienti e la tutela dei loro diritti siano presi in carico a livello istituzionale e amministrativo. Nella stasi governativa – come già visto per l'Italia – vengono prese iniziative locali: ne è esempio la commissione di conciliazione, *Schlichtungsausschuss*<sup>151</sup>, istituita nel Rheinland-Pfalz nel 2002<sup>152</sup>.

6. Concludendo, si può affermare che la storia dell'emersione dei diritti collettivi in sanità ha esplorato tutte le dimensioni della partecipazione popolare: a partire dal

<sup>146</sup> Cfr. art. 10, *Loi* n. 2002-2 del 2 gennaio 2002.

<sup>147</sup> Gli artt. 18 ss. *Loi* n. 2002-2 disciplinano gli *Schémas d'organisation sociale et médico-sociale*.

<sup>148</sup> Si veda la lucida analisi di D. Hart, *Recht auf Qualität – Kritik an der Qualitätssicherungsdiskussion oder Bürgerbeteiligung an der Qualitätsnormierung*, in *Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen* a cura di G. Igl, Wiesbaden, 436 ss.

<sup>149</sup> Il 2° del § 140f SGB V recita: " Im Gemeinsamen Bundesausschuss nach § 91 erhalten die für die Wahrnehmung der Interessen der Patientinnen und Patienten und der Selbsthilfe chronisch kranker und behinderter Menschen auf Bundesebene maßgeblichen Organisationen ein Mitberatungsrecht; die Organisationen benennen hierzu sachkundige Personen. Das Mitberatungsrecht beinhaltet auch das Recht zur Anwesenheit bei der Beschlussfassung".

<sup>150</sup> Vedi 2°, § 140h, SGB V.

<sup>151</sup> Cfr. K. O. Bergmann e C. Wever, *Die Arzthaftung: Ein Leitfaden für Ärzte und Juristen*, 4a ed., Berlino-Heidelberg, 2014, 171 s.

<sup>152</sup> La legge istitutiva è stata una riforma della *Heilberufsgesetz* (HeilBG), su cui il legislatore del Land Rheinland-Pfalz è intervenuto nuovamente nel 2009. La disciplina è nel § 5b HeilBG.



livello micro<sup>153</sup> concernente il rapporto paziente e medico, che si è sviluppato attraverso strumenti come la *compliance* del paziente ai trattamenti, il consenso informato, i questionari sui servizi sanitari e la loro qualità, passando per un livello intermedio, dove sono state le famiglie e le associazioni di volontariato che hanno giocato un ruolo importante nella predisposizione di strumenti di partecipazione e *voice* come i *Focus groups*<sup>154</sup> e l'Audit civico<sup>155</sup>. Infine il livello macro<sup>156</sup> è stato raggiunto con forme di partecipazione diretta dei cittadini o delle organizzazioni a loro tutela nella dimensione politica come nei CHC e CCG britannici e nei CRUQPC e CVS francesi.

Si potrebbe visualizzare questo progressivo sviluppo in una scala che vede al livello più basso la partecipazione informativa, meramente limitata a ricevere informazioni di qualche natura da parte dei soggetti decisori (questionari sulla qualità, interviste etc.), seguita dalla partecipazione consultativa, con cui si richiede ai pazienti/utenti/cittadini di esprimere pareri e proposte nei confronti dei soggetti decisori (ne è esempio il coinvolgimento dei rappresentanti delle associazioni a tutela dei pazienti nel *Gemeinsamer Bundesausschuss* tedesco oppure nel *Raad voor de Volksgezondheid en Zorg* olandese<sup>157</sup>). La partecipazione cooptativa, viceversa, è già ad un livello più alto in quanto implica una partecipazione al processo decisionale, benché a carattere meramente formale e in posizione subordinata rispetto ai reali soggetti decisori (l'esempio è quello dei Comitati Consultivi Misti italiani oppure dei CHC britannici), mentre la partecipazione negoziale è ad un ulteriore gradino e si ha quando i cittadini o i loro rappresentanti sono coinvolti nei processi decisionali in una posizione non subordinata, ma su base contrattuale affinché siano messi in condizione di avanzare rivendicazioni autonome (ne è un esempio la configurazione interna della *Haute Autorité de Santé*<sup>158</sup> francese). Il maggiore coinvolgimento si ha, infine, nella modalità di partecipazione cogestionale, nella quale il processo decisionale viene gestito congiuntamente e con pari dignità assieme agli altri soggetti decisori sotto forma di *partnership*, livello raggiunto con la creazione dei *Clinical Commissioning Group* in

<sup>153</sup> Cfr lo studio di M. Stewart e al., *The impact of patient-centered care on outcomes*, in *Journal Fam. Pract.*, 2000, 796 s.

<sup>154</sup> La riforma dell'NHS ha introdotto forum dei pazienti in ognuno dei 572 *Primary Care Trusts*. Si tratta dei *Patient and Public Involvement Forums*: sui metodi e i risultati si rinvia allo studio Scottish Government Social Research, Report n. 2/2008, Edinburgo, 2008.

<sup>155</sup> L'audit civico è considerato un metodo di ricerca qualitativo, ma non deliberativo nello studio eseguito dal Programma Nazionale per le Linee Guida, *Il coinvolgimento dei cittadini nelle scelte in Sanità*, 2008, 38, da leggere su [www.snlg-iss.it/cms/files/LG\\_partecipazione.pdf](http://www.snlg-iss.it/cms/files/LG_partecipazione.pdf)

<sup>156</sup> In tal senso si veda l'analisi di K. Luxford, D. G. Safran e T. Delbanco, *Promoting patient-centered care: a qualitative study of facilitators and barriers in healthcare organizations with a reputation for improving the patient experience*, in *Int. Journal Qual. Health Care*, 2011, 510 s.

<sup>157</sup> Si tratta del Consiglio per la Sanità pubblica e la Cura pubblica, organo consultivo del Ministero della Salute, che coinvolge le associazioni dei pazienti in occasione della redazione di pareri e proposte di legge: cfr. sul punto il rapporto della Prognos AG, *op. cit.*, 38.

<sup>158</sup> Cfr. *supra* nota 78.

Gran Bretagna<sup>159</sup> e dei Comitati Consultivi delle Aziende Sanitarie in Sicilia. Si raggiunge la sommità della scala con la partecipazione autogestionale, che si avrebbe laddove si escludesse qualunque altro attore per delegare ai cittadini la gestione diretta e autonoma della sanità o delle singole strutture sanitarie.

La sensibilità verso una maggiore partecipazione del cittadino in sanità è stata preceduta e accompagnata da un'elaborazione a livello intellettuale sotto il profilo filosofico, sociologico ed economico della rilevanza del coinvolgimento dei cittadini nella gestione della propria salute e dei sistemi sanitari, che ha trovato sbocco sul fronte giuridico nel riconoscimento della sanità quale diritto collettivo. Le strategie politiche sono passate con queste suggestioni dall'attenzione alle esigenze delle strutture sanitarie e degli operatori sanitari (*provider-focused*) a quelle dei pazienti (*patient-focused*)<sup>160</sup>, da quelle dei consumatori (*consumer-focused*) a quelle dei clienti (*client-focused*).

In effetti, l'evidenza del cambiamento che si è prodotto e si sta producendo nelle politiche di *welfare* e nei sistemi sanitari europei può essere apprezzato seguendo l'evoluzione della terminologia utilizzata nel settore: inizialmente non si parlava che di pazienti, un'espressione che accordava ai soli malati il diritto di partecipazione, soprattutto nel rapporto con i professionisti della salute (consenso informato, protocolli informativi, *compliance* etc.); in seguito con l'affermarsi delle politiche consumeristiche si è cominciato a ragionare in termini di "consumatore della salute", per sottolineare l'avvicinamento delle politiche sanitarie al dibattito circa le regole del mercato rispetto ai consumatori: la qualità, la responsabilità, l'informazione etc. Un passo ancora è stato fatto quando si è introdotto il termine utente<sup>161</sup>, probabilmente con l'intenzione di far comprendere come la stessa tutela fosse garantita a colui che consuma e a colui che utilizza senza consumare<sup>162</sup>.

Ad ogni modo, se si vuole che i diritti collettivi si impongano e il processo di *empowerment* si realizzi effettivamente, sembra opportuno parlare piuttosto di cittadini che di pazienti, utenti, clienti o consumatori. Il consumatore è colui che orienta le proprie azioni verso la soddisfazione di un bisogno individuale; laddove il cittadino è un soggetto politico: non un attore del mercato, ma un attore della

<sup>159</sup> Cfr. *supra* note 114 s.

<sup>160</sup> Per questa distinzione si veda il recente dibattito tra E. Liberati, L. Moja, M. Gorli e G. Scaratti, *Il sogno del « paziente al centro »*, in *Il Sole24ore, Sanità*, 1-7 aprile 2014, 12.

<sup>161</sup> Il legislatore italiano nel 2005 ha introdotto il Codice del Consumo e ha modificato la disposizione che definisce il consumatore, aggiungendo il termine "utente". L'art. 3, comma 1, Codice del Consumo recita: "Ai fini del presente codice ove non diversamente previsto, si intende per a) consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta (...)".

<sup>162</sup> Con una direttiva, ad esempio, in Italia si è disposto affinché le strutture sanitarie si riferissero ai consumatori come a "clienti del servizio", ossia consumatori attivi, che pretendono la qualità, non come "utenti del servizio", ossia consumatori passivi, che si accontentano di avere un servizio: Presidenza del Consiglio dei Ministri, Direttiva 24 marzo 2004, "Rilevazione della qualità percepita".

democrazia<sup>163</sup>. Mentre l'espressione composta "consumatore-cliente" indica un soggetto che si limita a ricevere dei servizi e non fa progetti, il "cittadino-consumatore" – espressione preferibile in questo contesto – occupa una posizione attiva: egli non si limita a consumare, bensì pretende di concorrere alla produzione di ciò di cui ha bisogno<sup>164</sup>. Più generalmente sembra potersi preconizzare in sanità – senza che ciò assurga ad auspicio – un futuro passaggio dalla libertà di scelta, quale potere di autodeterminazione, alla libertà di scelta, quale potere di autorealizzazione, laddove l'individuo, paziente e cittadino, decida non solamente il mezzo migliore per il fine, ma il fine stesso.

---

<sup>163</sup> In tal senso M. Cuniberti, *Nuove tecnologie della comunicazione e trasformazioni della democrazia*, in *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione* a cura di M. Cuniberti, Milano, 2008, 379 s.

<sup>164</sup> Nel dibattito sulla questione si veda per il profilo sociologico U. Beck, *La società cosmopolita*, Bologna, 2003, 95; sotto il profilo politico-economico S. Zamagni, *L'impresa socialmente responsabile nell'epoca della globalizzazione*, in *Notizie di Politeia*, 72 (2003), 32. Per una sintesi M. Castrignanò, *Cittadino-consumatore o Consumatore-cittadino?*, in *La città: bisogni, desideri, diritti* a cura di G. Nuvolati e F. Piselli, Milano, 2009, 149 s.



# Il preliminare di preliminare nella prospettiva procedimentale\*

di Alberto Maria Benedetti\*\*

*SOMMARIO: 1. Una premessa necessaria: l'autonomia privata procedimentale. – 2. Il problema del c.d. preliminare di preliminare. – 3. Il preliminare di preliminare come negozio (anche) procedimentale: (una replica alle) critiche. – 4. Utilità/meritevolezza/causa concreta. – 5. L'inadempimento del preliminare di preliminare: il danno risarcibile.*

1. La storia del preliminare di preliminare, soprattutto nel suo (apparente) epilogo, può essere meglio compresa se si adotta una prospettiva procedimentale.

Intendo con ciò riferirmi all'innegabile nesso tra il preliminare di preliminare (inteso come figura atipica inserita nell'*iter* di formazione del contratto definitivo) e l'autonomia privata procedimentale: si designa, con questa espressione, una dimensione particolare dell'autonomia privata, che trova esternazione, essenzialmente, nei modi di formazione del contratto e nella loro possibile «modularizzazione», come è stato efficacemente scritto<sup>1</sup>; per quanto sia vero che il contratto ha «perduto la sua originaria connotazione di espressione massima della libertà dei privati»<sup>2</sup>, nell'ambito dei procedimenti di formazione, e della loro esposizione all'autonomia dei privati, sembra registrarsi un'inversione di tendenza, soprattutto in settori, quali quello della compravendita immobiliare, che ancora vivono sotto l'impero del Codice civile.

Nel recente passato, l'idea che esistesse un'autonomia di tal fatta va attribuita a Salvatore Romano che, in un bel volume sul procedimento nel diritto privato, intuì, a proposito dei modi di formazione del contratto, che nei modelli legislativamente predisposti dal legislatore l'interesse delle parti trova un significativo spazio operativo<sup>3</sup>, talvolta limitato alla mera attivazione di un certo schema (è il caso della «richiesta del proponente» di cui all'art. 1327 c.c.), talaltra consistente nella determinazio-

\* Il testo costituisce una rielaborazione della relazione tenuta nell'incontro *La contrattazione preliminare*, Genova 12 febbraio 2016.

\*\* Professore Associato di diritto privato nell'Università di Genova.

<sup>1</sup> Espressione che traggio dal titolo, molto felice, del contributo di R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare e la modularità del vincolo a contrarre*, in *Liber amicorum per A. Luminoso*, Milano, 2014, p. 619 ss.; a cura della stessa Autrice v. il recente *La contrattazione preliminare*, Torino, 2017.

<sup>2</sup> N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 161.

<sup>3</sup> SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, pp. 80-81.

ne dei tempi, dei modi, delle forme dell'accettazione (è il caso delle clausole procedurali previste dall'art. 1326 c.c., comma 2° e comma 3°; ma anche, per certi aspetti, del patto sulla forma di cui all'art. 1352 c.c.<sup>4</sup>).

Insomma, già il legislatore sembra riconoscere l'esistenza di un'autonomia procedimentale "tipica", della quale identifica spazi operativi e modalità (unilaterali o bilaterali) di esplicazione negoziale; e negozi di primo piano – quali il contratto preliminare e l'opzione – sembrano potersi pienamente inquadrare in questo contesto.

Negli anni successivi, Giuseppe Benedetti, in uno studio nel quale si fa largo uso della prospettiva procedimentale per identificare e delimitare i rapporti tra contratto e atto unilaterale, riprende il tema, ma da una visuale per così dire negazionista: egli scrive, con sicurezza, che «l'autonomia privata è essenzialmente potere di foggare tipi diversi. Non procedimenti. La possibilità di concludere contratti innominati non esclude, anzi suppone il rispetto dei presupposti di validità e delle tecniche che la legge richiede»<sup>5</sup>.

In questa prospettiva, toccherebbe all'ordinamento fissare presupposti e modi di formazione degli atti giuridici, anche di quelli privati; le parti, per quanto possano essere portatrici di interessi in conflitto con gli schemi procedurali fissati dalla legge (o che giustificerebbero una fuoriuscita da questi schemi), non possono con atti negoziali incidere sui modi di formazione, nello specifico del contratto, senza invadere un terreno sottratto all'autonomia privata, proprio perché riservato alla potestà regolatrice del legislatore. Se volessimo trasferire sul terreno del preliminare questa idea, ne concluderemmo che la dicotomia preliminare (forte/debole) e definitivo non può trovare alternative tripartite, perché dalla sequenza tipica (preliminare/definitivo) non è lecito derogare; ma la forza dei fatti, come si dirà nel seguito, sembra vincere su questa chiusura.

Si tratta di una tesi che, per certi versi, è comprensibile e giustificabile, perché esprime un timore profondamente radicato in chi non crede nella libertà dei privati di concorrere alla costruzione di quegli stessi istituti che l'ordine giuridico offre loro quali strumenti di esplicazione di tale libertà: se le parti possono partecipare alla configurazione dell'«accordo» [che, pure, è il primo fra gli elementi essenziali del

<sup>4</sup> Recentemente, nega che il patto sulla forma appartenga all'area dei negozi procedurali configurativi A. RENDA, *Forme convenzionali. Art. 1352*, nel *Codice civile. Commentario*, diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2016, in partic. p. 108 ss.

<sup>5</sup> G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 35. Più recentemente, e proprio a proposito di contratto preliminare, si esprime in tal senso, sebbene in forma dubitativa, F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, nel *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, II, Torino, 2000, p. 621: «La volontà privata non dovrebbe viceversa avere alcun ruolo da svolgere sul piano della formazione del contratto. E' discutibile che essa possa inventare schemi «atipici» di conclusione, anche considerando che l'art. 1322, c. 2° è riferibile ai contenuti (in senso lato) dispositivi del regolamento contrattuale e quindi agli schemi tipologici e non già al procedimento formativo».

contratto], che ne sarà di quell'enorme mole di norme che compone il diritto patrimoniale dei contratti di fonte statale<sup>6</sup>?

È una paura infondata: l'autonomia privata può cooperare con quella pubblica per il migliore perseguimento dei propri interessi, in una cornice di valori indisponibili che, nel contesto della formazione del contratto, è rappresentata dal principio dell'accordo, e dalla sua insopprimibilità.

La dimensione procedimentale, con quella flessibilità che porta inevitabilmente con sé, è progressivamente entrata a far parte del patrimonio di concetti utili al discorso scientifico, fino al punto da vivere, a trent'anni di distanza dal volume di Salvatore Romano, una seconda e più matura stagione; non a caso, questo dato va registrato proprio sul terreno del preliminare, e delle sue varianti atipiche.

Gianfranco Palermo, nel suo noto studio del 1991<sup>7</sup>, muove proprio dalla variabilità pattizia degli schemi di formazione del contratto, nonché dal concetto stesso di «procedimento», per spiegare la natura e la funzione del contratto preliminare, concepito come «negozio di configurazione» il cui scopo è regolare tempi, modi, dell'*iter* formativo della compravendita, in ragione di interessi particolari dei contraenti. Ed è vero che il preliminare stesso – nato prima nella prassi, poi tipizzato dal legislatore<sup>8</sup>, con la predisposizione del rimedio di cui all'art. 2932 c.c. – esprime l'interesse delle parti a rallentare il procedimento di formazione del contratto definitivo, mediante un patto che impegna a concluderlo, ma che lascia ancora aperto uno spazio temporale, necessario per compiere accertamenti o atti funzionali, appunto, alla stipula del contratto definitivo.

In uno studio del 2002<sup>9</sup>, proprio muovendo dalle riflessioni di Salvatore Romano, ho provato a porre in discussione la conclusione piuttosto *tranchante* cui era giunto Giuseppe Benedetti nel 1969; non spetta a me dire se ci sono riuscito o no, ma mi pare evidente: da allora, l'autonomia privata procedimentale è servita a ricostruire fenomeni che, senza di essa, avrebbero ricevuto inquadramenti un po' forzosi o, al limite, nemmeno sarebbero stati del tutto compresi.

Un'autonomia che non sottrae spazio al legislatore, ove se ne identifichino con precisione i limiti oltre ai quali essa non può spingersi (uno dei quali, certamente, è

<sup>6</sup> Ma il diritto dei contratti, a ben vedere, è in gran parte, e ancora ai tempi moderni, il risultato della prassi economica e commerciale, e, cioè, in definitiva di quell'insieme di comportamenti adottati dai privati che, successivamente, vengono in una certa misura recepiti dal legislatore e tipizzati in disposizioni normative (come limpidamente attesta la stessa vicenda del contratto preliminare): il discorso porta sul versante storico per il quale si rimanda a P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Torino, 2010, in partic. p. 183 ss. (a proposito di autonomia/eteronomia nella storia del negozio giuridico). Sul concorso/concorrenza tra privati e Stato nella creazione di regole anche giuridiche va visto M. GRONDONA, *L'ordine giuridico dei privati*, Soveria Mannelli, 2008, in partic. p. 110 ss.

<sup>7</sup> G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, in partic. p. 116 ss.

<sup>8</sup> Sulla storia del preliminare, va visto R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990, in partic. p. 8 ss.

<sup>9</sup> Alludo al mio *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002.

da ravvisarsi nel principio dell'accordo, così come posto dal combinato degli artt. 1321 e 1325 c.c.<sup>10</sup>).

Sul terreno della contrattazione telematica, ad esempio, l'autonomia privata procedimentale ha consentito lo sviluppo di nuovi punti di vista: oggi la formazione dei contratti virtuali è generalmente spiegata<sup>11</sup> riconoscendo che la loro conclusione non può comprimersi nelle rigidità proprie degli schemi formativi tipici, bensì può spiegarsi solamente accettando un fatto compiuto: che sia chi offre il bene o il servizio predisponendo il sito o l'applicazione che serve, tecnicamente, a venderlo, a determinare, unilateralmente, le tappe procedimentali che il cliente deve percorrere per manifestare la propria volontà di accettare la proposta. Tappe che possono essere le più varie, con un evidente problema di protezione del consumatore anche sul versante, nuovo e impreveduto, delle regole a lui imposte dal venditore per concludere il contratto telematico.

Quest'ultimo aspetto, poi, richiama un possibile ruolo protettivo, proprio in relazione all'esplicazione dell'autonomia procedimentale della parte forte, del recesso legale di pentimento: recenti studi, infatti, sembrano coglierne la natura non tanto sul piano degli effetti del contratto, quanto su quello della sua formazione<sup>12</sup>.

E' apparso evidente che il consumatore/risparmiatore va protetto anche rispetto all'autonomia procedimentale delle parti forti; emergono nuovi aspetti di tutela riconducibili non alla sostanza delle operazioni economiche, bensì ai momenti e alle tappe della loro costruzione negoziale.

Ancora, non mancano studi<sup>13</sup> che riconoscono apertamente l'esistenza e la legittimità di procedimenti contrattuali atipici che, affiancandosi a quelli tipici, compongono il panorama dei modi di formazione del contratto; anche nella opere generali sul contratto, infine, l'idea è largamente penetrata tra chi è occupato di formazione del contratto<sup>14</sup>, al punto che sembra difficile negare l'esistenza dell'autonomia privata procedimentale, intesa come sottospecie di quella libertà creatrice assegnata ai privati dall'art. 1322 c.c.

In un recente volume di un noto trattato, la prospettiva procedimentale assume un ruolo centrale nell'indagine sulla formazione del contratto<sup>15</sup>: essa consente il superamento di vecchi formalismi, pervenendo a concepire la formazione del con-

<sup>10</sup> Sul principio dell'accordo, per quel che in questa sede può essere necessario, basta vedere V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, in partic. p. 23 ss.

<sup>11</sup> In questa prospettiva v. soprattutto E. TOSI, *Il contratto virtuale. Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Milano, 2005, in partic. p. 177 ss.; F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Milano, 2007, in partic. p. 233. ss.

<sup>12</sup> Sul punto v. C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, p. 491 ss.

<sup>13</sup> R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Padova, 2012.

<sup>14</sup> Così AND. D'ANGELO, *Proposta e accettazione*, nel *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006, p. 18 ss.; ma v. anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 200 ss.

<sup>15</sup> U. PERFETTI, *La conclusione del contratto*, nel *Trattato Cicu-Messineo-Schlesinger*, Milano, 2016; il primo paragrafo del primo capitolo è intitolato "Conclusione del contratto. La prospettiva procedimentale".



tratto (e, dunque, dell'accordo che di esso costituisce il nucleo costitutivo) come il risultato di un insieme di atti/comportamenti che si succedono, vuoi per un ordine legale, vuoi per un ordine determinato dalle parti, in un quadro nel quale l'adattamento agli interessi in gioco sembra consentire alla prassi di esprimere nuovi procedimenti formativi, varianti ai procedimenti tipizzati, nuove figure di accordi procedurali.

Il punto centrale, com'è stato autorevolmente rilevato, è l'«utilità» (che può leggersi sia come segno dell'esistenza di una causa sia come indice di ammissibilità dell'atto procedimentale atipico<sup>16</sup>) degli atti con i quali le parti intendono plasmare il procedimento di formazione del contratto; ed è su queste basi che, a mio avviso, può essere inquadrato (e risolto) il problema del c.d. preliminare di preliminare<sup>17</sup>.

2. Sembra che la giurisprudenza<sup>18</sup>, almeno con riferimento alle soluzioni offerte al problema della validità del preliminare di preliminare, abbia respirato l'atmosfera di cui si è riferito poc'anzi, essendone forse influenzata in direzione di soluzioni più rispettose dell'autonomia privata.

Intanto da tempo è accettata l'idea che anche il preliminare debba essere declinato al plurale, proprio in ragione delle possibili varianti di esso che l'autonomia privata è abilitata a produrre<sup>19</sup>.

Prima di giungere al definitivo, o anche prima di giungere a un vero e proprio contratto preliminare suscettibile di essere eseguito *ex art.* 2932 c.c., le parti possono seguire percorsi tortuosi, che sfuggono alla dicotomia tipica preliminare-definitivo: minute, puntuazioni, intese, lettere di vario genere, dichiarazioni di impegno, atti che possono assumere le più diverse denominazioni ma che, in buona sostanza, rappresentano tappe di un procedimento formativo complesso e articolato, la cui costruzione è rimessa a scelte compiute dalle parti in piena autonomia: è oramai

<sup>16</sup> Si esprime in questi termini P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in C. PERLINGIERI – L. RUGGERI, *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 443: «Come la forma volontaria del negozio per essere valida deve essere meritevole di tutela, anche la procedimentalizzazione contrattuale – che tutto sommato è una forma-modalità attuativa – si giustifica in presenza di un interesse meritevole. Quindi anche il procedimento formativo, se dovuta a una scelta – non arbitraria e inutile ma – sostenuta da una giustificazione, è da considerare legittimo. Una norma che lo vietasse sarebbe probabilmente irragionevole».

<sup>17</sup> Coglie il nesso tra il problema del preliminare di preliminare e il ruolo della volontà nella creazione di sequenze procedurali diverse da quelle tipiche U. PERFETTI, *La conclusione del contratto*, cit., pp. 401-402.

<sup>18</sup> Prima del 2015, in giurisprudenza l'autonomia privata procedimentale è venuta in gioco sporadicamente, ma pur sempre nel senso di riconoscere ai privati la facoltà di incidere sui procedimenti di formazione del contratto: v. ad esempio (in materia di contratto di assicurazione) Cass. civ., 4 febbraio 2000, n. 1239, in *Giust. civ.*, 2001, p. 1361.

<sup>19</sup> Valga per tutti il richiamo allo studio di R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit.; v. pure, più recentemente, D. POLETTI, *Art. 1351*, nel *Commentario del Codice civile, Artt. 1350-1386*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Milano, 2011, pp. 137-138 (la quale constata le difficoltà perfino di pensare a una definizione unica di contratto preliminare).

acquisito il dato che questa serie di congegni negoziali precedenti la conclusione del contratto può essere ascritto, per l'appunto, al potere riconosciuto all'autonomia privata di governare il procedimento di conclusione contratto<sup>20</sup>.

Le parti possono avere interesse a un allungamento dei tempi di formazione del contratto (o, al contrario, a un'abbreviazione dei medesimi); questo interesse si esprime in atti aventi un senso e un significato giuridico, di impegno, che si inseriscono nel procedimento di formazione del contratto, in questo caso, definitivo; un interesse che può anche tradursi in atti di autonomia «atipici» a doppia valenza: una procedimentale (perché definiscono, configurano, regolano il procedimento di formazione del contratto definitivo) e una sostanziale (perché contribuiscono, ciascuno con un proprio livello di progressiva intensità, a determinare i contenuti del contratto definitivo). Sostanza e procedimento, in questi atti, si mischiano, proprio perché le parti intendono costruire tappe caratterizzate per un rialzo progressivo del livello di impegno verso la compiuta realizzazione anche giuridica dell'affare, del quale, contestualmente, fissano gradatamente i contenuti e gli atti (ancora procedimentali) necessari alla sua piena consolidazione.

Qui i procedimenti si intersecano e si sovrappongono tra loro: ogni atto ha un suo proprio procedimento di formazione e contestualmente fissa i successivi passaggi negoziali necessari affinché si possa giungere, a determinate condizioni, al compimento dell'atto finale (il contratto definitivo) cui si affida la regolazione giuridica dell'affare.

Questa variegata realtà si può constatare, plasticamente, nel mondo della contrattazione immobiliare: ora, si dice, a mo' di svalutazione di quanto appena sostenuto, che, soprattutto nel settore immobiliare, non sono le parti, quanto i mediatori a creare, mediante moduli predisposti, atti e meccanismi diretti, in definitiva, a garantire loro la provvigione; tuttavia, come pure ha osservato chi ha rilevato questi aspetti<sup>21</sup>, questo interesse (che, a rigore, sta fuori e attorno agli articolati passaggi che precedono il definitivo) può coesistere, anzi in genere coesiste, con quello delle parti stesse a graduare il procedimento di formazione del contratto, attribuendo però alle varie tappe un valore giuridico che trascende quello della mera e prolungata trattativa.

Si va alla ricerca di «certezze» che riducano l'alea insita in ogni trattativa, ma che non impediscano alle parti l'esercizio – per quanto «controllato» - di una libertà (di uscire dall'affare) che permane fino alla nascita del vincolo contrattuale definitivo.

<sup>20</sup> Significativo, a tale proposito, il recente contributo di C. CICERO - F. LAI, *Lettera di intenti*, in *Dig. Disc. Priv.*, Agg., Torino, 2016, p. 509: «Il vero potere dei privati insito nell'autonomia privata è infatti insito nella disciplina dell'attività di contrattazione, finalizzata alla documentazione dello stato delle trattative». V. anche U. STEFINI, *Il «preliminare di preliminare» e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, II, p. 1230.

<sup>21</sup> In questo senso va visto M. CAPECCHI, *Riflessi operativi della sentenza delle Sezioni Unite sul preliminare di preliminare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 397 ss.

Il fatto che siano i mediatori a «guidare», avendo di mira i propri interessi, modi e tempi della creazione del vincolo contrattuale, non può incidere sulla soluzione del problema dell'ammissibilità del preliminare di preliminare, né nel senso di renderlo per ciò solo inammissibile o nullo, né nel senso di renderlo per ciò solo ammissibile o valido<sup>22</sup>.

Il dato di fondo, infatti, è indiscutibile: nella pratica immobiliare emergono realtà negoziali atipiche (cioè diverse dal contratto preliminare tipizzato, forte o debole che sia) che si collocano sul terreno della formazione del contratto (definitivo): diventa perciò necessario identificare con chiarezza:

- i) se questi atti sono ammissibili/leciti/validi e
- ii) quali effetti eventualmente producano.

Se la vicenda del c.d. preliminare di preliminare può trovare inquadramento nel contesto appena descritto, appare indiscutibile che il modello tipico – che pure consente anche la stipula di un preliminare «debole»<sup>23</sup>, non assistito dal rimedio di cui all'art. 2932 c.c. – non sembra più in grado di dare soddisfazione a quegli interessi delle parti che, occasionalmente, possono rendere necessario il passaggio attraverso altri negozi procedurali, che precedono il preliminare vero e proprio e che, se giustificati, possono e debbono produrre effetti giuridici.

Il caso dal quale è scaturita la notissima decisione delle Sezioni Unite n. 4628/2015<sup>24</sup> ne è lampante dimostrazione: le parti avevano stipulato una scrittura privata (denominata da loro «dichiarazione preliminare d'obbligo») che impegnava alla stipula di un preliminare di compravendita. Tribunale e Corte di Appello dichiaravano nulla detta scrittura, siccome priva di causa. La II Sezione della Cassazione investe le Sezioni Unite, muovendo dall'osservare che l'orientamento della giurisprudenza di legittimità – volto a sanzionare di nullità per mancanza di causa il preliminare di preliminare, in quanto immeritevole di tutela – può rivelarsi non del tutto coerente con i singoli casi che la prassi può far emergere. In breve: l'idea che tutti i «preliminari di preliminare» siano senz'altro nulli per difetto causale è parsa, giustamente, troppo *tranchante*, non fosse altro perché azzera gli spazi operativi dell'autonomia privata, anche quando questi spazi potrebbero trovare obiettive giustificazioni (appunto) causali.

L'orientamento tradizionale<sup>25</sup> non sembra reggere, intanto, al dato ricavabile dalla prassi: essa fa emergere, almeno, una tripartizione delle fasi contrattuali (proposta

<sup>22</sup> Come giustamente osserva G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2016 I, p. 40, in partic. pp.43-44,

<sup>23</sup> Come osserva R. DE MATTEIS, *Accordi preliminari e modularità del vincolo a contrarre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, in partic. p. 391 ss.

<sup>24</sup> Cass. civ., Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Giur. it.*, 2015, 1064, con nota di A. DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini* e G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*.

<sup>25</sup> Aperto (e probabilmente anche chiuso) da Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Contratti*, 2009, 986, con nota critica di Toschi Vespasiani.

irrevocabile, preliminare, definitivo), unita a una «*incalcolabile serie di varianti*» che fanno emergere un mondo ben più complesso di quello descritto nelle sequenze formative tipizzate. In particolare, emerge un interesse delle parti a «*fermare l'affare*», pur consentendo a una di essere, in genere al compratore, di compiere ulteriori verifiche di vario genere prima di bloccarlo definitivamente scegliendo la sequenza preliminare “forte” (con il presidio dell’art. 2932 c.c.) / definitivo.

Il punto da cui muovono le Sezioni Unite è, ancora una volta, la causa concreta del contratto<sup>26</sup>; se essa consiste nell’utilità pratica intesa nel senso della «*idoneità ad espletare una funzione commisurata sugli interessi concretamente perseguiti dalle parti attraverso quel rapporto contrattuale*», è condivisibile l’idea che detta causa manchi quando l’intesa «*si risolva in un mero obbligo di obbligarsi a produrre un vincolo che non abbia né possa avere un contenuto ulteriore e differenziato*». Così come può accadere che l’intesa rappresenti già essa stessa un vero e proprio preliminare, o un preliminare che non consente – poiché convenzionalmente escluso - l’accesso all’art. 2932 (e qui spetta al giudice di merito, interpretando, qualificare l’accordo raggiunto dalle parti come un preliminare, scartando così la sua riconducibilità ad altre figure di natura atipica).

Ma se l’accordo concluso tra le parti non trova rispondenza nei modelli tipici di preliminare (o, al limite, perfino di definitivo), esso può produrre effetti giuridici se l’interprete vi ravvisi una ragion d’essere sufficiente, se, cioè, se ne possa ravvisare un’apprezzabile causa concreta; le Sezioni Unite osservano che «*la proceduralizzazione delle fasi contrattuali non può di per sé essere connotata da disvalore, se corrisponde a un complesso di interessi che stanno realmente alla base dell’operazione negoziale*»: è questa, in estrema sintesi, la radice assiologica dell’autonomia privata procedimentale.

Gli atti regolatori delle tappe procedimentali reggono se e nei limiti in cui è possibile verificare una «differenziazione» del contenuto negoziale, condizione necessaria a ritenere esistente la causa concreta, o, in una prospettiva che volesse valorizzare il dato dell’atipicità, a sostenerne l’ammissibilità *ex art.* 1322 c.c. (vedi, sul punto, il successivo par. 4).

Secondo le Sezioni Unite n. 4628/2015, dunque, l’autonomia privata procedimentale esiste, può trovare esplicitazione in atti giuridicamente impegnativi e il c.d. preliminare di preliminare può in essa trovare inquadramento; ha valore però l’osservazione di chi si preoccupa di «evitare il rischio di cadere in un dogmatismo op-

<sup>26</sup> Qui le Sezioni Unite sembrano giustamente recepire le critiche che, al vecchio orientamento, aveva formulato V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 971-973: l’A. auspica un’adeguata valutazione di quegli interessi pratici e concreti «idonei a giustificare la più complessa sequenza negoziale adottata dalle parti», che poi vuol dire, in breve, invocare il rispetto dell’autonomia privata nella sua dimensione procedimentale, che l’oggi abbandonata giurisprudenza sul preliminare di preliminare aveva completamente trascurato.

posto a quello della Cassazione del 2009»<sup>27</sup>, e, cioè, evitare di sostituire uno schema tipico (preliminare + definitivo) a un altro schema questa volta atipico (intesa variamente denominata + preliminare + definitivo) perché, ancora una volta, si finirebbe con l'adottare una prospettiva errata: le sequenze, infatti, possono essere le più differenti, plasmate su interessi concreti e tangibili delle parti che sono in contatto per la contrattazione. Gli «stadi procedimentali»<sup>28</sup> possono essere i più vari e a ciascuno di questi può corrispondere un atto da cui scaturisca un vincolo obbligatorio (a proseguire negli stadi successivi del procedimento) la cui violazione può determinare in capo al contraente che la pone in essere il sorgere di una responsabilità (inevitabilmente) contrattuale.

Se questa prospettiva è esatta, è discutibile il ricorso alla categoria della utilità/inutilità<sup>29</sup>, che serve solo a operazioni dirigistiche lesive dell'autonomia privata: se le parti possono tripartire (o anche quadripartire) la formazione del contratto definitivo, si tratta di apprezzare le ragioni che hanno giustificato la fuoriuscita dalla sequenza tipica (sul punto, v. par. 4).

**3.** Il preliminare di preliminare e le sue altre possibili varianti comunque denominate possono essere declinati come atti di natura mista: a contenuto procedimentale, a contenuto sostanziale. Sono atti procedimentali nella misura in cui articolano il procedimento di formazione del contratto definitivo in una modalità differente rispetto a quella tipizzata dal legislatore, tutta racchiusa nel dualismo preliminare-definitivo; sono atti (anche) sostanziali perché iniziano a determinare i contenuti del futuro contratto definitivo, assegnando al successivo svolgimento del procedimento il compito di completarli in vista, appunto, della stipula del contratto finale. Ogni passaggio apporta qualcosa in vista della meta finale che, nel procedere, diventa sempre più vicina.

Si nega, in dottrina, che il preliminare di preliminare, anche nella ricostruzione di esso accolta dalle Sezioni Unite, possa essere qualificato tra i negozi procedimentali.

Una prima obiezione: il preliminare di preliminare è diverso dal preliminare vero e proprio ed è fonte, comunque, di un obbligo a contrarre «che presuppone l'avvenuta (compiuta) regolamentazione degli interessi «sostanziali» dei contraenti (senza la quale quell'obbligo non potrebbe, come tale, sussistere) e, dunque, non si lascia ricomprendere nell'ambito dei meri obblighi procedimentali»<sup>30</sup>.

Ma questa osservazione coglierebbe nel segno se, e solo se, fosse vera la sua premessa: che, cioè, tutti i negozi procedimentali siano «puri» in quanto esclusivamen-

<sup>27</sup> E' la giusta e condivisibile preoccupazione di U. STEFINI, *Il «preliminare di preliminare» e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, cit., p. 1244.

<sup>28</sup> Cfr. sul punto G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, cit., p. 1072.

<sup>29</sup> Come esattamente evidenzia F. FESTI, *Il contratto preliminare di preliminare*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 626 in partic. p. 629 s.

<sup>30</sup> Così scrive G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, cit., p. 65.

te destinati alla regolazione dei modi di formazione di un determinato contratto, a prescindere, per così dire, dai suoi contenuti: ma, appunto, non è così, o almeno non lo è sempre.

Eccezzuato, forse, il patto sulla forma (art. 1352 c.c.), nelle altre figure di negozi procedurali tipici si innestano pienamente i contenuti dei contratti il cui modo di formazione sono destinati a regolare: valga, per tutti, il richiamo alle clausole sulla forma dell'accettazione contenuta nella proposta (art. 1326, co. 4, c.c.) o alle clausole sul termine dell'accettazione (art. 1326, co. 3, c.c.). In entrambi i casi, il contenuto procedimentale è frammisto, nella proposta, con gli inevitabili contenuti sostanziali relativi agli elementi essenziali del contratto che la proposta, combinata con l'accettazione, deve essere idonea a perfezionare.

Sostanza e *iter* formativo possono dunque fondersi in un negozio procedimentale, come dimostra proprio la vicenda del preliminare di preliminare: esso prospetta un *iter* di formazione in cui le parti configurano i percorsi per giungere a una manifestazione irrevocabile e impegnativa della volontà, ma, contestualmente, procedono – in misura sovente sempre più dettagliata mano a mano che le tappe procedurali si snodano verso l'obiettivo finale – alla definizione dei contenuti del contratto che il procedimento è destinato a concludere.

Una seconda obiezione<sup>31</sup>: il preliminare di preliminare non è un vero e proprio contratto (semmai, è un quasi contratto) perché, nella stessa impostazione accolta dalle Sezioni Unite, la fonte della violazione dell'obbligo a proseguire la trattativa (stipulando il preliminare vero e proprio) non andrebbe identificata, appunto, nel vincolo scaturito dal preliminare di preliminare, bensì nella buona fede che, per l'art. 1337 c.c., vincola le parti alla prosecuzione della trattativa, quando da essa sono già scaturiti affidamenti sul suo buon esito. Forse questa idea si basa su reali ambiguità lessicali contenute nella sentenza delle Sezioni Unite, ma non sembra seriamente poter minare la qualificazione del preliminare di preliminare che discende, d'altra parte, proprio dall'analisi condotta dalla Cassazione sulla funzione che il negozio è chiamato a rivestire nell'ambito del procedimento di formazione del contratto definitivo.

Anzi dirò di più. Con questo negozio, le parti concretizzano, specificano quel generico richiamo alla «buona fede» contenuto nell'art. 1337 c.c.; esso certo continua ad operare fuori dalle situazioni e dagli obblighi contemplati nel preliminare di preliminare, ma per quel che riguarda, invece, l'inadempimento degli impegni assunti in esso, la responsabilità che sorge è di tipo contrattuale<sup>32</sup> e discende proprio

<sup>31</sup> Mossa da A. PLAIA, *Da "includente superfetazione" a quasi contratto: la parabola ascendente del "preliminare di preliminare"*, in *Dir. civ. cont.*, 14 maggio 2015.

<sup>32</sup> D'altra parte, la stessa Cassazione, riutilizzando anche in quest'ambito la teorica del contatto sociale, riconosce oggi la natura contrattuale della stessa responsabilità precontrattuale: Cass. civ., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Foro it.*, 2016, I, 2685. Sul punto, con riferimento agli accordi preparatori, v. anche G. CARAPEZZA FIGLIA e O. CLARIZIA, *Puntuazione vincolante o preliminare di preliminare? (a proposito di una pronuncia delle Sezioni Unite)*, in *Contr. impr.*, 2015, in partic. pp. 882-883.

dalla violazione dell'impegno assunto col preliminare di preliminare, e non dalla mera scorrettezza del comportamento di chi rifiuta di proseguire nell'*iter* di formazione del contratto definitivo.

Su questi profili, le Sezioni Unite non hanno certo contribuito a chiarire, anzi hanno offerto all'interprete dati contraddittori tra loro: nella motivazione, si fa riferimento alla «buona fede»<sup>33</sup> ma non come fonte dell'obbligo di proseguire nel completamento dell'*iter* di formazione del contratto definitivo, bensì come parametro sulla base del quale discernere il rifiuto (che costituisce) inadempimento dal rifiuto legittimo e giustificato.

A seguito della stipula del preliminare di preliminare, le parti prospettano le tappe successive (preliminare, definitivo) che seguono ad accertamenti predeterminati che i contraenti si propongono di effettuare: l'esito di queste attività può, alla luce del generale parametro della correttezza, incidere sull'operatività dell'obbligazione di proseguire.

E allora:

- i) il richiamo alla terza categoria dell'art. 1173 c.c. non è da utilizzarsi per negare il carattere contrattuale del preliminare di preliminare, bensì si può spiegare con le difficoltà di conciliare la definizione di cui all'art. 1321 c.c. con la peculiarità della causa concreta del preliminare di preliminare;
- ii) il riferimento alla «buona fede» è da ridimensionare, e si spiega con l'ambiente «precontrattuale» in cui opera il preliminare di preliminare: violare il preliminare di preliminare, e cioè rifiutarsi di proseguire stipulando il vero e proprio preliminare, è atto, contemporaneamente, contrario a buona fede e lesivo del diritto di controparte, sancito nel preliminare di preliminare, di pretendere il proseguimento del procedimento di formazione del contratto (definitivo)<sup>34</sup>. Una duplicità dalla quale, però, non si può arguire l'inutilità del preliminare di preliminare.

4. Le Sezioni Unite n. 4628/2015 adottano un atteggiamento rispettoso dell'autonomia privata, non liquidatorio dell'operazione voluta dalle parti ma nemmeno appiattito su di essa, nella misura in cui l'utilità del preliminare di preliminare non si desume dal mero fatto che le parti abbiano voluto porlo in essere<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Scrivono le Sezioni Unite: «La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale».

<sup>34</sup> Osserva G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, cit., p. 65, che l'eventuale recesso dalle trattative (successive alla stipula del preliminare di preliminare) fondato su un dissenso sopravvenuto sui punti su cui si è raggiunto l'accordo sarebbe *naturaliter* lesivo dell'art. 1337 c.c.

<sup>35</sup> Scrive invece R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, pp. 268-269 « (...) quando le parti decidono di scindere un preliminare e una vendita obbligatoria, un primo preliminare e un secondo preliminare, ciò significa che nel loro caso c'era un motivo per farlo; esse non violano nessuna legge

Una soluzione equilibrata, che recupera, dopo troppo dirigismo, il senso di una disposizione spesso trascurata, e quasi sempre negletta, cui però l'ordinamento assegnava un'importante funzione connettiva tra norme e prassi: l'art 1322 c.c.

Oggi il giudizio di meritevolezza sembra essere stato rispolverato dalla giurisprudenza dopo decenni di oblio<sup>36</sup>, forse in coincidenza con un risveglio dell'autonomia privata legato, in qualche misura, all'invecchiamento dei «tipi» legali, non più in grado di «contenere» affari complessi per i quali gli operatori pensano a nuovi e più adatti contenitori<sup>37</sup>. Lo stesso legislatore, peraltro, ha tentato tipizzazioni, per quanto leggere, di figure già disegnate dalla prassi, mischiando figure tipiche già esistenti con lo scopo di perseguire determinate finalità legate a contingenti situazioni di mercato<sup>38</sup>.

Se, allora, il controllo di meritevolezza ha un senso suo proprio, non può essere sempre vero che il contratto preliminare di preliminare rappresenti una «inutile complicazione»<sup>39</sup>, ma, nemmeno, può trarsi segno della sua utilità dal fatto che le parti abbiano voluto concluderlo: se fa emergere un «*interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali*» può ritenersi validamente concluso; la sua nullità, piuttosto, discenderà da un giudizio che constati l'inesistenza di una causa concreta, laddove però, in questo caso, l'indagine sulla causa, almeno nell'ottica adottata dalle Sezioni Unite, sembra funzionale all'apprezzamento della meritevolezza del negozio atipico posto in essere dalle parti<sup>40</sup>.

Il che significa: se l'accordo in questione non si differenzia dal preliminare, è nullo (ma, in una prospettiva più consona al controllo di meritevolezza, sarebbe

---

imperativa e l'interprete non deve insegnar loro a scoprire in questi accordi cause di nullità immaginarie». Nello stesso senso si vedano C. CICERO - F. LAI, *Lettera di intenti*, cit., p. 517.

<sup>36</sup> Basti menzionare, in questo senso, Cass. civ., 29 febbraio 2016, n. 3949, in *Contratti*, 2016, p. 897, con nota di L. BUONANNO, *Immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante un contratto atipico di finanziamento: nullità o inefficacia?*: in questa decisione, il giudice di legittimità prospetta «l'inefficacia per l'ordinamento» di un contratto atipico di finanziamento che è destinato a consentire l'acquisto di prodotti finanziari totalmente squilibrati per il cliente; va vista anche la nota Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Contratti*, 2016, p. 753 che sembra invocare, per le c.d. clausole *claims made* inserite nei contratti di assicurazione sulla responsabilità civile, un controllo di meritevolezza che, caso per caso, ne accerti la validità.

<sup>37</sup> Sulla crisi del principio di tipicità, proprio in relazione alla spinta derivante dalla nuova economia, va visto P. RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 43 ss.

<sup>38</sup> E' il caso del *rent to buy* (d.l. n. 133/2014, l. n. 164/2014), su cui meritano richiamo, proprio dal punto di vista della sua complessa natura tipologica, le considerazioni di A. FACHECHI, *Rent to buy e variabilità della disciplina applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 2, p. 97 ss.

<sup>39</sup> Come si legge in Cass. civ., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 998.

<sup>40</sup> Le Sezioni Unite, nella sentenza n. 4628/2015, preferiscono ragionare in termini di «concreta meritevole di tutela».



meglio dire «giuridicamente irrilevante»<sup>41</sup>) per un irreparabile *deficit* causale<sup>42</sup> o, se ve ne sono le condizioni, può essere riqualficato come un preliminare vero e proprio o come una più debole figura (intesa precontrattuale, puntuazione<sup>43</sup>); se si differenzia, esplicitandone le ragioni, dal preliminare tipico o dalle intese atipiche<sup>44</sup>, invece, può produrre effetti giuridici (nel senso che: può essere fonte di impegni giuridicamente vincolanti per le parti).

Dunque ha (o può avere) senso «promettere di promettere»<sup>45</sup> se tra la promessa di promettere e la promessa vera e propria intercorre un periodo di tempo nel quale le parti, ciascuna secondo i propri interessi, compiono verifiche potenzialmente incisive sulla conclusione del successivo contratto preliminare vero e proprio; nel primo negozio, inoltre, le parti raggiungono un accordo solo su alcuni punti (non certo tutti quelli che, invece, dovranno far registrare un pieno accordo nel successivo preliminare), «*restando da concordare in buona fede ulteriori punti*»<sup>46</sup>. Qui, allora, la correttezza serve alla costruzione del preliminare che segue il preliminare di preliminare, nella misura in cui le parti, a seguito delle verifiche effettuate, debbano insieme

<sup>41</sup> Come giustamente si legge in Cass. civ., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Società*, 2016, p. 721, con nota di M. COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*; a proposito, ancora una volta, di uno strumento finanziario atipico, la Cassazione scrive che la conseguenza dell'accertata immeritevolezza è la «irrilevanza giuridica» del contratto, il cui accertamento è preliminare rispetto a quello della stessa invalidità (al punto che, ad avviso dei giudici di legittimità, «deve escludersi che si tratti di una questione rilevabile d'ufficio da sottoporre preventivamente al contraddittorio delle parti»).

<sup>42</sup> Scrive G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, pp. 45-46 con riferimento alla scissione (tipica) tra preliminare e definitivo, che «se i contraenti volessero la scissione solo per il gusto della scissione in sé e per sé, ci si troverebbe davanti a un negozio dovrebbe dirsi, con la terminologia prevalente in dottrina, che è privo di causa quindi nullo». Ancora: «la predisposizione di un procedimento privo di scopo pratico non può essere specificamente consacrata dall'ordinamento, senza che esso si ponga in contraddizione con sé stesso, e precisamente con il principio generale della soggezione dell'autonomia privata ad un controllo di meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti» (ivi, p. 46). Parole di grandissima attualità, che possono senz'altro valere anche e soprattutto per la sequenza atipica preliminare di preliminare/preliminare/definitivo.

<sup>43</sup> In Cass. civ., 19 maggio 2015, n. 10211, in *Foro it.*, 2015, I, p. 3920, la Suprema Corte ritiene che non si possa rimettere in gioco l'interpretazione e la successiva qualificazione operata dal giudice di merito (che, nello specifico, aveva qualificato l'accordo tra le parti come mera intesa precontrattuale) invocando la possibile sussistenza di un preliminare di preliminare. Cfr. sul punto U. STEFINI, *Il «preliminare di preliminare» e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, cit., pp. 1250-1251.

<sup>44</sup> Ma anche dal preliminare c.d. debole (che esclude il ricorso all'art. 2932 c.c.) o a un preliminare condizionato, come si ricorda nella motivazione della sentenza n. 4628/2015.

<sup>45</sup> Diversamente si opinava in Cass. civ., 2 aprile 2009, n. 8038, cit., la cui massima recita: «Il contratto preliminare del preliminare, con cui le parti si impegnano a concludere in futuro un contratto con effetti obbligatori che le vincoli a stipulare successivamente la vendita definitiva, è nullo per mancanza di causa, non sorretto da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché promettere subito (nella specie la Corte ha ritenuto che, esclusa la validità dell'accordo raggiunto dalle parti, esse si trovassero, in relazione al futuro contratto preliminare, nella fase delle trattative, sia pure nello stato avanzato della «puntuazione», destinata a fissare, ma senza alcun effetto vincolante, il contenuto del successivo negozio)».

<sup>46</sup> La citazione è tratta dalla motivazione di Cass. civ., Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit.

concordare quel tanto di regolamento contrattuale idoneo a costruire un preliminare tipico, capace di produrre l'effetto di obbligare alla conclusione del successivo definitivo. Ma, come giustamente si è fatto notare, il preliminare di preliminare presuppone un accordo già raggiunto, un impegno già preso (a proseguire, verifiche effettuate, nell'iter di formazione del contratto definitivo), che, poi, è proprio quella caratteristica che lo contraddistingue da intese precontrattuali più deboli cui non può riconoscersi analogo effetto vincolante<sup>47</sup>.

Ecco che, allora, a chi, da tempo, ha accettato l'idea che la formazione del contratto possa essere affidata alla guida delle parti, la decisione delle Sezioni Unite non sorprende, anzi conforta: le parti possono costruire negozi (atipici) che si frappongono tra l'avvio di una trattativa e la conclusione di un definitivo dai quali discendono obblighi giuridicamente rilevanti.

La gamma di questi negozi procedurali atipici può essere molto ricca, e toccherebbe al giudice verificare che sussista un interesse delle parti ad aggiungere un'ulteriore «tappa» all'iter formativo, facendo precedere la stipula del preliminare da un'intesa che, pur fermando l'affare, metta le parti in condizione di compiere alcune ulteriori verifiche, finalizzate a determinare gli elementi che ancora restano da concordare in vista del preliminare vero e proprio<sup>48</sup>.

A coloro che sono in contatto per concludere un determinato contratto, la sequenza tipica – preliminare-definitivo – può non bastare, quando necessitano di un procedimento (almeno) tripartito che muova da un accordo non (avente la forza di un vero e proprio) preliminare cui affidano il passaggio dalla mera trattativa (retta dal governo della sola correttezza) a un atto procedimentale giuridicamente rilevante (che obbliga, con effetto vincolante, a proseguirla); esso non è né definitivamente né preliminarmente impegnativo, ma impedisce alle parti di interrompere *ad libitum* il procedimento, nella misura in cui rende necessitata la successiva conclusione dell'atto che segue nella sequenza procedimentale (il contratto preliminare tipico).

Perché questi accordi (in un certo senso meglio definibili in negativo: non preliminari, non definitivi) possano considerarsi validi, non basta certo che le parti abbiano (e dimostrino di avere) un interesse concreto (circostanza di per sé attestata

<sup>47</sup> In tal senso, meritano condivisione le osservazioni di G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, cit., pp. 60-61, note 50-51-52: egli insiste sul fatto che il pre-preliminare è accordo a pieno titolo, che non genera un obbligo suscettibile di esecuzione in forma specifica (come, invece, il preliminare tipico) ma dal quale discende un obbligo a contrarre. Scrive ancora l'A., nel saggio appena citato, pp. 63-64: «le parti manifestano, però, comunque, l'interesse a obbligarsi alla stipula quanto meno di un contratto "intermedio" (il c.d. preliminare chiuso), che poi conduca alla conclusione finale dell'affare».

<sup>48</sup> *Contra* va ricordata l'opinione di F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., pp. 611 ss.: egli nega che i passaggi che precedono il definitivo possano differenziarsi per contenuti, mentre «dovrebbe pensarsi ad un preliminare che obblighi non già a contrarre altro preliminare, ma a trattare in vista della conclusione di tale successivo contratto, con contenuto più ricco, perché volto a disciplinare taluni punti riservati». L'A. però riconosce pure, in sintonia con la successiva decisione delle Sezioni Unite, che «due preliminari successivi l'uno all'altro possono quindi concepirsi solo a condizione di differenziarli».

dalla stessa conclusione dell'accordo, non essendo verosimile che due parti stipulino negozi inutili); occorre un *quid pluris* notoriamente piuttosto impalpabile: che detto interesse appaia anche meritevole di tutela<sup>49</sup>.

Le Sezioni Unite ne sembrano consapevoli, laddove provano a esemplificare situazioni che giustificano la stipula di accordi procedurali diversi dal preliminare vero e proprio (assumere elementi di conoscenza sulla persona dei contraenti, verificare lo stato della cosa, effettuare controlli sulla regolarità urbanistica etc.); situazioni che, se si vuole consentire al giudice il vaglio necessario, debbono però emergere dal contenuto dell'accordo procedimentale, nel quale vanno esternate le circostanze su cui il giudice possa costruire il giudizio di idoneità causale, pena l'impossibilità di effettuarlo (con conseguente inevitabile nullità).

Qui, da una parte, sembra difficile che il giudizio di meritevolezza/immeritevolezza dell'interesse possa finire con l'appiattirsi sulla sua liceità/illiceità, perché solo un'interprete mosso da irrefrenabile pregiudizio negativo verso l'autonomia privata potrebbe individuare norme imperative o principi di ordine pubblico violati dalle parti concludendo un preliminare di preliminare<sup>50</sup>; ma, per altro verso, non sembra nemmeno corretto ragionare in termini di «causa concreta», se è vero che, constatata l'atipicità del negozio, il controllo di meritevolezza, com'è stato limpidamente osservato di recente, deve avere ad oggetto il tipo (sociale) costruito dalle parti, non l'esistenza di ragioni che sorreggono l'utilità dello (o che danno un senso allo) specifico contratto atipico<sup>51</sup>.

Dunque detto giudizio dovrebbe non sindacare l'esistenza di giustificazioni che sorreggono il preliminare di preliminare, bensì valutare, in una prospettiva assiologica riferibile all'ordinamento giuridico, se le parti sono abilitate a perseguire (contrattualmente) un interesse a disciplinare il procedimento di formazione del contratto scegliendo, e regolando, modalità diverse da quelle legislativamente tipizzate. E, su questo profilo, i giudici di legittimità, come si è già ricordato, apprezzano positivamente detto interesse, ritenendo implicitamente non illecito né irrazionale l'atto con cui le parti prospettano, in autonomia, un iter di formazione del contratto diverso da quello tipico<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Sul punto v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 616, che sembra propendere per una generale meritevolezza del preliminare di preliminare.

<sup>50</sup> Come osserva giustamente il già qui citato R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, pp. 268-269.

<sup>51</sup> Va vista M. COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*, cit., in partic. pp. 731-733. L'A. insiste, a ragione, sulla specificità del giudizio di meritevolezza: «Per intraprendere il giudizio di meritevolezza degli interessi non tipizzati se effettivamente la circostanza sussiste, occorre innanzi tutto non perdere di vista che l'oggetto dell'analisi non è una data operazione, un certo specifico contratto, ma un tipo contrattuale delineato senza riferimenti a situazione contingenti che rendono in concreto quel tipo contrattuale non lecito o comunque causalmente giustificato». Parole che sono da condividersi integralmente.

<sup>52</sup> Laddove scrivono, in motivazione: «la procedimentalizzazione delle fasi contrattuali non può di per sé essere connotata da disvalore, se corrisponde a un complesso di interessi che stanno realmente alla base dell'operazione negoziale» (così in motivazione di Cass. civ., Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit.). Sostiene C.

Al contrario – facendo commistione tra meritevolezza dell'interesse e esistenza della causa concreta – la soluzione prefigurata nella decisione delle Sezioni Unite sembra poter aprire a tre scenari:

- i) il giudice può prendere atto dell'impossibilità di determinare la meritevolezza, perché le parti non hanno esternato le ragioni che giustificano la sequenza tripartita in luogo di quella tipica (e, allora, il preliminare di preliminare è nullo per difetto di causa concreta);
- ii) il giudice può valutare negativamente, sotto il profilo della meritevolezza, le circostanze addotte nel preliminare di preliminare al fine di giustificarne la conclusione (e, allora, il contratto è nullo perché «la causa concreta è immeritevole»<sup>53</sup>): qui appare davvero arduo ipotizzare interessi «immeritevoli» tali da condurre alla nullità del contratto preparatorio atipico, se non, quasi a livello di mera prospettazione scolastica, quando le verifiche da condursi (sulle parti, sul bene) prima del preliminare riguardino aspetti oggettivamente irrilevanti o poco significativi, sempre che, in questo caso, la verifica giudiziale possa giungere a una valutazione di importanza diversa da quella effettuata dalle parti stesse;
- iii) il giudice può valutare positivamente, sotto il profilo della meritevolezza, le circostanze che giustificano il preliminare di preliminare (e, allora, il contratto è valido perché la causa concreta è meritevole di tutela).

Meglio sarebbe stato:

- a) riconoscere una volta per tutte la meritevolezza dell'interesse delle parti a perseguire, attraverso negozi atipici, lo scopo di costruire procedimenti di formazione del contratto diversi da quelli tipizzati;
- b) affidare al controllo causale (concreto<sup>54</sup>) su ogni specifica operazione l'accertamento delle giustificazioni che sorreggono la validità del singolo contratto

---

SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, nel *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, p. 202 che il giudizio di meritevolezza «anche con riferimento a operazioni genuinamente atipiche, non eccede i parametri della razionalità e liceità del contratto». V. anche, in prospettiva analoga, D. CARUSI, *La disciplina della causa*, nel *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, *I contratti in generale*, I, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, pp. 539-541.

<sup>53</sup> L'espressione, come già sottolineato, può rinvenirsi nel testo della motivazione della decisione di Cass. civ., Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit.

<sup>54</sup> In quella prospettiva aperta dalle riflessioni di G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, del quale basta richiamare il seguente passo: «Di fronte a un contratto concreto non è sufficiente rilevare che lo schema astratto, a cui esso corrisponde, è stato riconosciuto adempiere ad una funzione socialmente utile, ma è necessario altresì valutare in concreto il modo in cui lo schema astratto è stato utilizzato. E' necessario, cioè, valutare se l'interesse concretamente perseguito sia effettivamente corrispondente all'interesse tipizzato nello schema astratto» (p. 358). Queste considerazioni possono valere anche quando lo schema è socialmente tipizzato e riconosciuto meritevole di tutela, poiché anche il contratto atipico, come tutti i contratti, deve possedere una causa (concreta).

preliminare di preliminare<sup>55</sup>; con la precisazione che, sotto quest'ultimo profilo, possa bastare una «differenziazione dei contenuti negoziali»<sup>56</sup> dalla quale si tragga la certezza che ciascun atto del procedimento di formazione del contratto finale (e definitivo) svolge un ruolo autonomo e diverso dall'atto che lo segue<sup>57</sup>.

5. Rimane un punto dolente: gli effetti della violazione dell'accordo procedimentale che impegna le parti a stipulare un successivo (e tipico) contratto preliminare.

La parte che rifiuta di proseguire nel procedimento di formazione del contratto può farlo se è in grado di addurre una ragione conforme a buona fede, quando, ad esempio, i controlli o le verifiche che giustificano la conclusione di un pre-preliminare conducono a esiti negativi, o, comunque, tali da indurre l'interessato a interrompere il procedimento di formazione del contratto, rifiutando di stipulare i negozi successivi (il preliminare vero e proprio, in genere). La prospettiva che si apre, in questo caso, è quella di un conflitto tra le parti in ordine alla legittimità/illegittimità del rifiuto, sotto il profilo dell'adempimento/inadempimento degli obblighi assunti attraverso il preliminare di preliminare.

Se l'inadempimento del primo atto della sequenza (concepita dalle parti come) tripartita è imputabile alla parte che si è rifiutata di proseguire nell'iter di formazione del contratto, in suo capo può sorgere, secondo le Sezioni Unite, una responsabilità contrattuale, con conseguente obbligo a risarcire i danni cagionati, col proprio inadempimento, all'altro contraente. La parte fedele, in questo caso, non può attivare il rimedio dell'esecuzione in forma specifica, riservato dall'art. 2932 c.c. ai soli preliminari tipici che non rechino una clausola di esclusione di questo rimedio<sup>58</sup>.

La decisione delle Sezioni Unite non identifica con chiarezza quale danno sia effettivamente risarcibile, anche se sembra propendere per l'interesse negativo: con il preliminare di preliminare «si vuole “bloccare l'affare”, anche a rischio del risarcimento del danno negativo in caso di sopravvenuto disaccordo»<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Scrive ancora M. COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*, cit., p. 732: «L'assenza di giustificazioni causali di un atto di disposizione come di un impegno attiene ad un aspetto che al pari della causa illecita può dare luogo alla nullità del contratto».

<sup>56</sup> Così nel principio di diritto formulato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 4628/2015.

<sup>57</sup> In questa prospettiva, allora, «la causa quale funzione economico-individuale non è altro che lo specchio dell'operazione economica, la formula giuridica che tradizionalmente la designa», come scrive AND. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, p. 189. Con riferimento al preliminare di preliminare, la causa concreta sussiste quando in contratto realizza un'operazione (procedimentale) che appaia all'interprete sostenibile e sensata (e, in questo senso, il preliminare di preliminare deve apparire «proporzionato» a realizzare detta operazione).

<sup>58</sup> *Contra* si v. F. FESTI, *Il contratto preliminare di preliminare*, cit., p. 631.

<sup>59</sup> Così in Cass. civ., Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit.; in realtà, in «sopravvenuto disaccordo» è più semplicemente l'inadempimento di una delle parti all'impegno assunto col preliminare di preliminare (che, evidentemente, può presupporre un ripensamento in ordine alla convenienza del contratto finale e definitivo che le parti, attivando l'iter di formazione, pensavano di poter concludere).

Ciò precisato, si possono ipotizzare scenari diversi:

- i) chi subisce il rifiuto ingiustificato a proseguire nell'*iter* di formazione del contratto (definitivo), può domandare la risoluzione del preliminare di preliminare, chiedendo il risarcimento del danno: in questo caso, sembra possibile ritenere che il risarcimento debba comprendere l'interesse positivo, perchè, come si osserva in dottrina proprio a proposito del danno da risoluzione del preliminare, la parte che chiede la risoluzione «intende riacquistare la libertà di tornare sul mercato per procurarsi la prestazione equivalente mediante la conclusione di un contratto sostitutivo»<sup>60</sup>. Se, infatti, il preliminare di preliminare, per quanto atipico, è già fonte di un impegno giuridicamente vincolante (il cui oggetto è l'obbligo a contrarre il successivo preliminare vero e proprio), non v'è ragione di negare che, in caso di sua violazione, la parte fedele possa accedere al risarcimento dell'interesse positivo<sup>61</sup>: che deve compensare la differenza tra il valore della prestazione reperibile sul mercato e quello, più favorevole, del contratto inattuato<sup>62</sup>;
- ii) ove il preliminare di preliminare fosse assistito da caparra confirmatoria<sup>63</sup>, la parte fedele ha da scegliere tra il recesso con ritenzione della caparra e l'azione di risoluzione con risarcimento del danno, poste tra loro in termini di «assoluta incompatibilità strutturale e funzionale»<sup>64</sup>;
- iii) il contraente fedele può ottenere il rimborso delle spese sostenute per l'operazione non andata a buon fine: qui, considerata l'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica, sembra che tale richiesta possa essere compatibile anche con il rimedio risolutorio, cui non può essere assegnato, in questo caso, un significato di rinuncia o disinteresse al conseguimento dell'affare<sup>65</sup>.

L'interazione tra preliminare di preliminare e preliminare vero e proprio può passare attraverso il ricorso anche a rimedi conservativi: se, ad esempio, il pre-preli-

<sup>60</sup> Così si esprime M. DELLACASA, *Inadempimento e risarcimento nel contratto preliminare: il "danno da risoluzione" alla prova*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, in partic. p. 1096.

<sup>61</sup> Il vincolo che scaturisce dal preliminare di preliminare è ben più forte di quello che nasce da una mera puntuazione, per quanto vincolante: sul punto può vedersi R. DE MATTEIS, *Accordi preliminari e modularità del vincolo a contrarre*, cit., pp. 395-396 la quale sembra propendere, per tutti i preliminari diversi da quello forte, per il risarcimento del solo interesse negativo.

<sup>62</sup> Vedasi ancora M. DELLACASA, *Inadempimento e risarcimento nel contratto preliminare: il "danno da risoluzione" alla prova*, cit., p. 1096 (cui si rimanda per un'analisi completa della giurisprudenza in materia). Se la parte fedele è il promittente venditore, a esso è dovuto un danno per l'incommerciabilità del bene nella vigenza del preliminare: v. in tal senso Cass. civ., 10 marzo 2016, n. 4713.

<sup>63</sup> Che le somme consegnate al mediatore possano essere qualificate come caparra lo conferma l'opinione di U. STEFINI, *Il «preliminare di preliminare» e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, cit., p. 1248.

<sup>64</sup> Per tutte Cass. civ., 30 novembre 2015, n. 24377 (e, sul punto, M. DELLACASA, *Inadempimento e risarcimento nel contratto preliminare: il "danno da risoluzione" alla prova*, cit., p. 1102).

<sup>65</sup> In giurisprudenza, si nega l'accesso al risarcimento delle spese sostenute dalla parte che agisce per la risoluzione del preliminare Cass. civ., 19 settembre 2013, n. 21438 giustamente criticata da M. DELLACASA, *Inadempimento e risarcimento nel contratto preliminare: il "danno da risoluzione" alla prova*, cit., pp. 1105-1106.

minare obbligava una parte a effettuare determinati accertamenti, che, poi, essa non ha posto in essere, l'altra parte può utilizzare l'eccezione di inadempimento per sospendere il proprio obbligo di conclusione del preliminare vero e proprio, laddove l'obbligazione di concludere il preliminare fosse posta in rapporto di corrispettività, nel senso di cui all'art. 1460 c.c., a quella che obbligava controparte a effettuare gli accertamenti disciplinati nel preliminare di preliminare.

È vero, certo, che il preliminare di preliminare è più distante dal definitivo di quanto lo sia il preliminare vero e proprio, anche in ragione dell'impossibilità di chiederne la medesima esecuzione in forma specifica: probabilmente, questa distanza giustifica una sorta di riduzione del risarcimento pari all'interesse positivo<sup>66</sup>, che tenga conto delle maggiori o minori probabilità che, ove si fosse proseguito nell'*iter* di formazione del contratto, le parti sarebbero effettivamente giunte al definitivo. Si tratta, a ben vedere, di un problema di accertamento del nesso di causalità tra il danno lamentato dalla parte fedele e l'inadempimento all'obbligo scaturente dal preliminare di preliminare; qui, evidentemente, la completezza maggiore o minore degli elementi già predeterminati all'atto del preliminare di preliminare o, ancora, la maggiore o minore importanza delle verifiche intercorrenti tra i due atti preliminari possono giocare un ruolo nella quantificazione del danno risarcibile in caso di inadempimento del preliminare di preliminare (nel senso, appunto, di dimensionare la probabilità che, se il preliminare di preliminare fosse stato seguito dagli atti successivi, la sequenza procedimentale sarebbe giunta, o non sarebbe giunta, al suo esito naturale: la conclusione del contratto definitivo).

Se questo è vero, sembra potersi prospettare che, quanto ai danni risarcibili, preliminare di preliminare e preliminare tipizzato differiscano solamente nell'impossibilità di utilizzare, per l'esecuzione del primo, lo strumento dell'attuazione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, che, invece, è da riferirsi solo al secondo. Ma per il resto, entrambi gli strumenti negoziali generano vincoli di intensità non dissimile, se è vero che, come i giudici di legittimità ora espressamente riconoscono, stipulando il preliminare di preliminare le parti «vogliono» bloccare l'affare, fissarne i punti già concordati, delinearne il successivo iter procedimentale, in modo tale che i passaggi successivi siano e appaiano come «doverosi». Ma allora è tanto obbligatoria la conclusione del definitivo a seguito del preliminare (tipico) quanto lo è la conclusione del preliminare (tipico) a seguito del pre-preliminare (atipico).

La natura peculiare di queste intese – che definiscono alcuni elementi del futuro contratto, ma non tutti, e non tutti gli essenziali – induce le Sezioni Unite a ricondurle a una fase «*sostanzialmente precontrattuale*» forse perché il preliminare di preliminare (come del resto il preliminare tipico) si inserisce nel procedimento di forma-

<sup>66</sup> Così sembra sostenere anche G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, cit., p. 1073 che, muovendo dalla gradualità del percorso formativo, reputa che il risarcimento dovrebbe essere commisurato in termini di «perdita del valore del contratto, destinata ad assumere carattere gravescente in relazione all'evolversi del processo negoziale».

zione di un contratto (definitivo) che genererà pieni effetti sostanziali. Ma questa collocazione spazio-temporale (dentro il procedimento di formazione di un altro contratto) non ferisce la natura contrattuale di questi atti atipici, il cui trattamento, anche in caso di inadempimento, non diverge da quello riservato a quello di un qualunque contratto e la cui disciplina può essere trovata in quella delle figure tipiche più simili (in questo caso, nelle disposizioni sul preliminare<sup>67</sup>): ciò determina, oltre a quanto già indicato in termini di risarcimento del danno, anche l'applicazione della medesima regola sulla forma del preliminare (art. 1351 c.c.), che si comunica anche al preliminare di preliminare; mentre, come si è già precisato, non sembra applicabile né il rimedio di cui all'art. 2932 c.c. (destinato ad attuare solamente gli obblighi di concludere contratti che producono effetti sostanziali, non gli obblighi a concludere contratti prodromici ai primi<sup>68</sup>) né la regola che sancisce la trascrivibilità del contratto preliminare (art. 2645-bis c.c.), in omaggio al principio di tassatività delle fattispecie soggette a trascrizione.

La decisione delle Sezioni Unite n. 4628/2015, salve alcune incertezze in ordine al giusto atteggiarsi del giudizio di meritevolezza, è sostanzialmente condivisibile: guardando la soluzione accolta, verrebbe da pensare che, in fondo, l'accordo negoziale descritto dai giudici non sia il vero e proprio «preliminare di preliminare», ma, più semplicemente un accordo procedimentale che può precedere la stipula di un preliminare, ma che difetta del requisito dell'identico contenuto<sup>69</sup> e che, sostanzialmente, impegna le parti a proseguire nella contrattazione, o a interromperla quando emergano circostanze che, secondo buona fede, giustificano detto rifiuto.

Sembra dunque trovare una definitiva consacrazione giurisprudenziale – e con l'autorevolezza propria di una decisione delle Sezioni Unite – l'idea, tutta di matrice dottrinale, che l'autonomia privata possa incidere sui requisiti di formazione degli atti giuridici, sia pure entro limiti d'ordine generale<sup>70</sup> e a condizione che le parti siano portatrici di interessi apprezzabili, giudizialmente verificabili; continuare a ritenere diversamente, per quanto ancora possa apparire un'opzione sostenibile, sembra porsi oggi in aperto conflitto con l'attuale diritto vivente.

«Precontratti» possono costellare il procedimento di formazione del contratto definitivo<sup>71</sup>, sia nelle loro configurazioni tipiche che in quelle, parimenti ammissibili, configurate dall'attività creatrice dell'autonomia privata.

<sup>67</sup> Sul punto v. anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 616 che sembra propendere per un'applicazione al preliminare di preliminare delle regole dettate per il preliminare, salvo quella concernente la trascrizione.

<sup>68</sup> Sul punto, nel medesimo senso, v. anche C. CICERO - F. LAI, *Lettera di intenti*, cit., p. 518.

<sup>69</sup> Circostanza essenziale per potersi parlare, in senso proprio, di «preliminare di preliminare»: sul punto si v. F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., p. 612.

<sup>70</sup> Tra cui, ovviamente, il principio dell'accordo: sul punto trovo sia utile richiamare il mio *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, cit., in partic. p. 185 ss.

<sup>71</sup> Attualissimo, allora, G. PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, Padova, 1939, 3° ediz., p. 115: «Nel corso delle trattative possono poi conchiudersi precontratti, cioè dei contratti rivolti ad assicurare la conclusione di altri posteriori distinti e diversi contratti».



# Clausole di destinazione agli eredi e «diritto proprio» del beneficiario dell'assicurazione sulla vita. Interferenze tra diritto delle assicurazioni e diritto successorio\*

di Andrea Dalmartello\*\*

---

*SOMMARIO: 1. Un recente revirement della Cassazione in materia di clausole a favore degli eredi nell'assicurazione sulla vita. – 2. Il rilievo sistematico dell'acquisto di un «diritto proprio» nei precedenti giurisprudenziali. – 3. Il problema: gli interessi in gioco. – 4. Assicurazione con effetti post mortem e successione mortis causa. – 4.1 Assicurazione sulla vita, destinazione del beneficio agli eredi e divieto di patti successori. – 4.2 Applicazione delle soluzioni raggiunte nel caso di contratti a causa assicurativa previdenziale “debole”. Ulteriori corollari applicativi. – 5. Conclusioni. Il problema dell'interesse dell'assicuratore alla certezza del destinatario del beneficio.*

1. Non è infrequente che la liquidazione di una polizza assicurativa sulla vita per il caso morte, specialmente ove il beneficio sia genericamente destinato agli eredi dell'assicurato, dia luogo a un complesso contenzioso tra i potenziali beneficiari del capitale assicurato e la compagnia di assicurazione. Contenzioso che è probabilmente destinato a incrementare in ragione della recente decisione della Corte di Cassazione<sup>1</sup>, che, modificando in modo radicale il proprio orientamento, sollecita le seguenti riflessioni tese anzitutto a verificare portata e fondamento del nuovo corso giurisprudenziale. Tale indagine consentirà successivamente di svolgere ulteriori considerazioni di vertice sui rapporti tra autonomia contrattuale e diritto delle successioni *mortis causa*.

Il caso oggetto della decisione è paradigmatico e può essere sintetizzato nei seguenti termini. A seguito del decesso dell'assicurato, una compagnia di assicurazione liquida una polizza sulla vita, nella quale il beneficio era genericamente destinato

---

\* Una precedente versione di questo saggio è stata presentata il 2 marzo 2017 all'Università L. Bocconi di Milano nell'ambito dei *Seminari di Diritto Privato* organizzati dal prof. Pietro Sirena. Un sentito ringraziamento al *discussant* prof. Andrea Fusaro, al prof. Pietro Sirena, e ai dott. Davide Achille, Francesco Mezzanotte e Francesco Paolo Patti e gli altri partecipanti al seminario per le osservazioni e gli spunti di riflessione sul tema. Naturalmente, gli eventuali errori e imprecisioni sono da attribuire esclusivamente all'autore.

\*\* Ricercatore nell'Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> Cass., 29 settembre 2015, n. 19210, in *Foro it.*, 2016, I, c. 160 ss. e in *Danno e resp.*, 2016, 736 ss., con nota di CERINI, *I diritti dei beneficiari nell'assicurazione vita: tra volontà del contraente e successione*.

agli eredi testamentari o legittimi, versando il capitale assicurato *in tre parti eguali*: una alla moglie e una ciascuno ai due figli della sorella, precedentemente defunta.

La moglie impugna la liquidazione del beneficio pretendendo la metà del capitale assicurato sostenendo che l'attribuzione agli eredi legittimi prevista dalla polizza dovesse intendersi "per stirpi"<sup>2</sup>, con la conseguenza che si sarebbe dovuto dare rilievo alla successione dei nipoti del *de cuius* per rappresentazione nella posizione della madre.

Rigettata nei precedenti gradi di giudizio, la pretesa della moglie viene accolta dalla terza sezione della Corte di Cassazione con una decisione in netto contrasto con i precedenti, che avevano delineato un assetto piuttosto stabile dei rapporti tra diritto assicurativo e diritto successorio.

Il percorso argomentativo della S.C. è (apparentemente) lineare. Valorizzato il canone esegetico testuale, si giunge alla conclusione che «secondo il senso letterale dell'espressione "erede" ... l'evocazione con detta espressione della figura dell'erede non può che implicare un riferimento non solo al modo in cui tale qualità è stata acquisita e, quindi, alla fonte della successione, ma anche alla dimensione di tale acquisizione e, dunque, al valore della posizione ereditaria secondo quella fonte». In altri termini, «il carattere polisenso dell'espressione letterale esclude che la presenza in una polizza assicurativa di un riferimento agli eredi *sic et simpliciter* come beneficiari per il caso morte dello stipulante possa intendersi di per sé significativa solo dell'individuazione della qualità e non anche della misura della posizione ereditaria». Tale conclusione sarebbe giustificata, secondo la S.C., anche dall'impiego del criterio interpretativo della comune intenzione delle parti (art. 1362 c.c.), di quello teleologico e – ancorché non si tratti di un canone interpretativo usualmente impiegato dai giuristi – al senso attribuito alla clausola dall'uomo comune<sup>3</sup>.

Prima di identificare il problema (§ 3) e rimeditare le soluzioni emerse nel dibattito dottrinale (§ 4, 4.1), è opportuno ricostruire gli argomenti che hanno caratte-

<sup>2</sup> Come notato dalla stessa Cassazione, è singolare che non abbia costituito motivo di impugnazione anche l'applicazione dell'art. 582 c.c., ossia la norma che disciplina il concorso tra il coniuge e i collaterali del *de cuius* nella successione legittima. Si tratta, come si vedrà, della soluzione accolta dalla Cassazione che, in ossequio al principio della domanda, limita poi alla metà del beneficio quanto dovuto alla moglie del *de cuius*.

<sup>3</sup> Si tratta, come è evidente, di un argomento molto debole in generale e affatto inconsistente nel caso di specie. Da quest'ultimo punto di vista, è evidente che l'uomo comune, in assenza di una trasparente ed esaustiva informazione precontrattuale, difficilmente potrà farsi un'idea sugli effetti dell'applicazione della disciplina successoria ovvero di quella, contrattuale, delle obbligazioni divisibili. In altri termini, in questo caso – ma in generale il riferimento al senso comune non è un argomento facilmente soggetto a controllo critico – è arduo credere che il canone di buona fede imposto dall'art. 1366 c.c. (sul quale, v. per tutti GENTILI, *Senso e consenso*, II, *Tecnica*, Torino, 2015, 574 ss.) richieda al giudice di interrogarsi sul modo in cui il non giurista avrebbe percepito il significato della clausola di destinazione agli eredi: tanto più che non si pone alcun problema di affidamento del beneficiario, quanto piuttosto dell'assicurato deceduto o dell'assicuratore, il quale ha un concreto interesse a liberarsi dall'obbligo di versare il capitale assicurato (v. *infra* § 5).

rizzato il diritto vivente, superato dal recente *revirement*, anche in vista di un auspicabile intervento nomofilattico delle Sezioni Unite della S.C.<sup>4</sup>.

2. La questione dell'interpretazione della clausola di destinazione del beneficio agli eredi dell'assicurato è stata per la prima volta affrontata *ex professo*<sup>5</sup> dalla S.C. più di vent'anni fa<sup>6</sup>. Il caso riguardava, in particolare, i criteri di ripartizione del beneficio tra gli eredi dell'assicurato in occasione della liquidazione di una polizza infortuni, nella quale era stato oggetto di pattuizione anche il rischio della morte dell'assicurato, con conseguente applicazione (art. 1920, comma 3, c.c.) della disciplina delle polizze sulla vita.

La Cassazione, con impostazione rimasta ferma fino al recente *revirement*, enfatizzò il dato normativo in forza del quale, nel caso di una polizza per il caso morte, i beneficiari acquistano un *diritto proprio*, benché designati contrattualmente mediante la qualifica di *eredi* dell'assicurato. Con la conseguenza che, in caso di pluralità di beneficiari, trattandosi di un diritto contrattuale dei medesimi, i criteri di ripartizione del beneficio si sarebbero dovuti ricavare dalla disciplina del contratto e non da quella delle successioni<sup>7</sup>. Questa lettura impone, secondo la S.C., di riparti-

<sup>4</sup> Invero, la migliore dottrina, che scriveva nel vigore del codice di commercio, osservava che «è inutile insistere sull'interpretazione di queste clausole [di destinazione del beneficio], che dipende dall'apprezzamento del giudice; è inutile citare la giurisprudenza che non può avere autorità in questioni di fatto»: così VIVANTE, sub art. 453, in *Il codice di commercio commentato*, VI ed., VI, *Del contratto di assicurazione*, Torino, 1936, 440 (n. 583). Al riguardo, è possibile fin d'ora osservare che l'interpretazione della clausola di destinazione agli eredi (così come quella al coniuge) non è questione di mero fatto (o, per riprendere la S.C., di «buon senso»), che riguarda solo la decodificazione della volontà (ipotetica) dell'assicurato defunto, ma implica la soluzione di delicate problematiche giuridiche che sono oggetto delle seguenti riflessioni.

<sup>5</sup> V. per una trattazione incidentale del tema: Cass., 3 dicembre 1988, n. 6548, in *Resp. civ. e prev.*, 1989, 951; Cass., 28 luglio 1980, n. 4851, in *Giust. civ. Mass.*, 1980.

<sup>6</sup> Cass., 10 novembre 1994, n. 9388, in *Giust. civ.*, 1995, I, 949 s., ove si legge «nel contratto di assicurazione contro gli infortuni a favore del terzo - cui si applica la disciplina dell'assicurazione sulla vita - la disposizione contenuta nell'art. 1920 comma 3 cod. civ. (secondo cui, per effetto della designazione, il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione) deve essere interpretata nel senso che il diritto del beneficiario alla prestazione dell'assicuratore trova fondamento nel contratto ed è autonomo ("proprio") cioè non derivato da quello del contraente; sicché, ad es., il beneficiario medesimo può rivolgersi direttamente all'assicuratore per pretendere l'indennità».

<sup>7</sup> È utile riportare alcuni passaggi della motivazione: « In proposito, deve essere sottolineato che, in siffatti contratti, mentre la generica espressione "eredi", utilizzata per designare i beneficiari, postula, per espressa volontà dei contraenti, la determinazione dei soggetti titolari dei diritti nascenti dall'assicurazione stipulata a favore degli stessi attraverso il previo accertamento della qualità di erede secondo i modi tipici di delazione dell'eredità (testamentaria o legittima: artt. 457 comma 1, 565 cod. civ.) - sicché l'espressione stessa serve, appunto, unicamente ad individuare le persone dei beneficiari -, la medesima espressione non può assolutamente intendersi come una sorta di "rinvio materiale" alla disciplina codicistica in materia di successione (testamentaria o legittima): infatti, l'affermazione dell'applicabilità di tale disciplina al terzo beneficiario di un'assicurazione contro gli infortuni (o sulla vita) implicherebbe la sua immediata contraddizione con il fondamento normativo (art. 1920 comma 3) dell'acquisto del diritto attribuito al terzo, definito dalla legge come "proprio" e cioè autonomo, non derivato da quello dello stipulante.

re ex art. 1314 c.c. il beneficio in parti eguali tra gli eredi, senza considerare le quote di partecipazione di questi ultimi all'asse ereditario.

Dall'indicazione legislativa dell'acquisto di un *diritto proprio* da parte del beneficiario di una polizza assicurativa, la giurisprudenza successiva ricavò alcuni ulteriori corollari non ancora sviluppati nella sentenza del 1994. In particolare, con riferimento alla identificazione dei beneficiari, allorché il contraente-assicurato abbia genericamente designato i propri eredi (legittimi o testamentari), la Cassazione<sup>8</sup> stabilì che, trattandosi di un diritto proprio, i beneficiari potessero essere individuati mediante una *relatio* solo parziale alle regole successorie, consentendo alle compagnie assicurative di liberarsi versando il capitale assicurato in parti eguali ai *chiamati* all'eredità (testamentaria o legittima)<sup>9</sup>.

Così tratteggiato il contributo del formante giurisprudenziale, non può essere sottaciuta una certa insoddisfazione per il percorso argomentativo che connota ambedue gli orientamenti menzionati, che, sia pure da prospettive antitetiche e nonostante declamazioni di segno contrario, paiono valorizzare in modo eccessivo il dato letterale. Riferito al contratto, e in particolare all'impiego del lemma «erede» per

---

Se, dunque, la fonte regolatrice della controversia è costituita esclusivamente dal contratto, ne consegue che, ove questo preveda una pluralità di beneficiari rispetto all'indennità dovuta dall'assicuratore per il caso di morte dello stipulante e non prefiguri uno specifico criterio di ripartizione delle quote fra i beneficiari medesimi, le quote stesse debbono presumersi uguali.

<sup>8</sup> Cass., 14 maggio 1996, n. 4484, in *Ass.*, 1996, II, 2, 88 ss. con nota di LA TORRE, *L'assicurazione sulla vita "a favore degli eredi"*; in *Dir econ ass.*, 1997, 334 ss., con nota di POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Un'ulteriore precisazione in tema di designazione di beneficiario nell'assicurazione vita*; in *Riv. not.*, 1996, 1490 ss.: «Nel contratto di assicurazione per il caso di morte del beneficiario il designato diviene titolare di un diritto proprio alla prestazione cui è tenuto l'assicuratore e cioè di un diritto che gli deriva dal contratto di assicurazione: consegue che la designazione la quale indichi gli eredi legittimi o testamentari concreta mera indicazione del criterio per la individuazione dei beneficiari, e costoro pertanto divengono titolari di un diritto autonomo, che trova la sua fonte nel contratto; essi vanno individuati in coloro che rivestono, al momento della morte del contraente, la qualità di chiamati all'eredità di costui e sono pertanto irrilevanti, al fine, la rinuncia o accettazione dell'eredità da parte degli stessi». L'orientamento giurisprudenziale è stato ribadito in almeno altre due occasioni: cfr. Cass., 5 marzo 2001, n. 3160, in *Foro it.*, 2001, I, 1, c. 2871 ss.: «In un contratto di assicurazione contro gli infortuni la generica designazione degli eredi legittimi quali beneficiari dell'indennizzo in caso di morte dell'assicurato vale a conferire ai designati un diritto autonomo proprio ai vantaggi dell'assicurazione, sì che, in caso di mancata indicazione di un criterio di riparto dell'indennizzo, questo va diviso tra i beneficiari in parti uguali e senza tenere conto delle norme in materia di successione»; Cass., 23 marzo 2006, n. 6531, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1734: «Poiché nel contratto di assicurazione per il caso di morte il beneficiario designato acquista, ai sensi dell'art. 1921 c.c., un diritto proprio derivante dal contratto alla prestazione assicurativa (salvi gli effetti dell'eventuale revoca della designazione ex art. 1921 c.c.), l'eventuale designazione dei terzi beneficiari con la categoria degli eredi legittimi o testamentari non vale ad assecondare il rapporto alle regole della successione ereditaria, atteso che tale designazione concreta una mera indicazione del criterio per la individuazione dei beneficiari, i quali sono coloro che rivestono, al momento della morte del contraente, la qualità di chiamati all'eredità, senza che rilevi la (successiva) rinuncia o accettazione dell'eredità da parte degli stessi». In dottrina, cfr., *ex multis*, LANDINI, *La situazione giuridica del beneficiario nell'assicurazione sulla vita a favore di terzo*, in *Dir. priv.*, 1998, 210 ss. (e, in part., 223 ss.).

<sup>9</sup> Si tratta della lettura tradizionale: cfr. VIVANTE, sub *art. 453*, cit., 442 (n. 585).

identificare il beneficiario della polizza, nella recente sentenza del 2015; riferito alla legge, e segnatamente all'acquisto *ex art.* 1920, comma 3, c.c. di un «diritto proprio», nella giurisprudenza precedente.

Tuttavia, pare piuttosto evidente che, per individuare una soluzione persuasiva (e perciò stabile), la questione non possa essere ridotta a un semplicistico e incerto esercizio di esegesi (del testo contrattuale ovvero della legge). Una corretta impostazione dell'indagine impone di approfondire i nessi sistematici tra la questione applicativa affrontata dalla giurisprudenza e la ricostruzione dei rapporti tra il diritto delle assicurazioni e quello successorio<sup>10</sup>. Nella segnata direzione di indagine, sembra opportuna una preliminare scomposizione del problema nei suoi elementi essenziali.

3. Come accennato sopra, nella prassi assicurativa è frequente che il beneficiario di una polizza vita sia designato in modo generico nelle persone degli eredi testamentari ovvero legittimi dell'assicurato. Si tratta di una prassi che, tuttavia, non trova un espresso riconoscimento a livello codicistico (né tantomeno nella legislazione speciale, ove di rado il legislatore disciplina il contenuto del contratto di assicurazione sulla vita).

L'art. 1920 c.c. si limita ad ammettere la designazione *generica* del beneficiario<sup>11</sup>, nonché la designazione testamentaria del medesimo. Da questi dati, si è ricavato un indizio nel senso dell'ammissibilità di modalità di designazione fondate su una *relatio* alla successione *mortis causa* dell'assicurato.

Nondimeno, come emerge dalla giurisprudenza censita in precedenza, sono tutt'altro che chiari i caratteri di tale investitura. Sono astrattamente ammissibili due poli: *per un verso*, in una lettura (forzatamente) contrattuale del fenomeno, la designazione degli eredi sarebbe ammissibile (solo) se riferita ai *chiamati* all'eredità e a condizione che, in ipotesi di pluralità di beneficiari, il capitale assicurato fosse diviso secondo criteri che prescindono da quelli che presidiano la divisione dell'asse ereditario; *per l'altro*, secondo il recente *decisum* della Cassazione, che offre lo spunto per le presenti riflessioni (*supra* §1), bisognerebbe valorizzare la natura *parasuccessoria* della designazione con conseguente applicabilità della disciplina successoria *sia* per identificare i beneficiari effettivi, *sia* per stabilire le quote di spettanza del capitale assicurato<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> V. ROJAS ELGUETA, *La disciplina del capitale assicurato e il regime patrimoniale della famiglia. Una ricerca comparata*, Napoli, 2007, 77.

<sup>11</sup> In tema: v. PIAZZA, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, 1968, *passim*.

<sup>12</sup> Il dato comparatistico suggerisce peraltro la possibilità di distinguere il piano del rilievo dell'effettiva assunzione della qualità di erede, da quello della *relatio* al diritto successorio per stabilire le quote di riparto del capitale assicurato in caso di pluralità di beneficiari. L'art. 132-8 cod. ass. esclude che, in caso di designazione degli eredi, i beneficiari debbano necessariamente accettare l'eredità, mentre afferma che si presume l'applicazione del diritto ereditario per individuare il criterio di ripartizione delle quote. Una disciplina analoga si riscontra nel diritto austriaco (§ 167.2 VersVG) e tedesco (§ 160.2 VVG). Al riguardo v. CERINI, *op. cit.*, 750, ove ulteriori riferimenti comparatistici.

Non sembra affatto decisivo, in un senso o nell'altro, il riferimento – benché, nella sostanza, considerato tale dall'orientamento giurisprudenziale della S.C., che sembra attualmente superato - al dato normativo (art. 1920, comma 3, c.c.) che, con formula anodina, si limita a stabilire che «per effetto della designazione il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione». In particolare, questa disposizione non esclude affatto l'opportunità di un riesame - trascurato nella giurisprudenza – del tormentato rapporto tra diritto delle assicurazioni e diritto successorio<sup>13</sup>: e, segnatamente, dei limiti di applicabilità del divieto di patti successori in relazione alle attribuzioni successorie indirette. Categoria, quest'ultima, dalla quale non è possibile escludere a priori la designazione del beneficiario di una polizza vita con effetti *post mortem*.

Non solo l'interpretazione, ma la stessa validità ed efficacia della clausola in questione dipendono così dalla soluzione di complesse questioni di sistema e non possono essere certo ridotte, come fa da ultimo la S.C., a una semplice attività di decodificazione della volontà dei contraenti.

<sup>13</sup> Al riguardo in dottrina: oltre ai fondamentali studi di PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 99 ss.; ID, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, 76 ss.; ID, *Testamento e istituti alternativi nel laboratorio giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 435 ss.; cfr., senza pretesa di completezza, ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie "in forma indiretta"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 1090; VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione quale strumento successorio*, in *La trasmissione familiare della ricchezza: limiti e prospettive di riforma del sistema*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1995, 87 ss.; EAD., *Assicurazione sulla vita disposizioni a causa di morte e atti di liberalità*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994, 2100; LANDINI, *La situazione giuridica del beneficiario nell'assicurazione sulla vita a favore di terzo*, in *Diritto privato*, 1998, 224 s.; CALVO, *I confini tra attribuzioni successorie e prestazioni assicurative*, in *Ass.*, 2010, I, 251; ID, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da M. Franzoni, IV, Milano, 2012, 167; CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Tratt. del contratto*, diretto da ROPPO, VI, *Interferenze*, a cura di ROPPO, Milano, 2006, 472; in una prospettiva comparatistica, ROJAS ELGUETA, *Evoluzioni del diritto delle assicurazioni e rapporti con il diritto delle successioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 413 ss.; ID., *La disciplina*, cit., 21 ss. La consapevolezza degli intrecci della disciplina assicurativa con quella successoria è da tempo acquisita nei principali ordinamenti della tradizione giuridica occidentale: negli Stati Uniti, si v. l'importante saggio di LANGBEIN, *The nonprobate revolution and the future of the law of succession*, in *Harv. L. Rev.*, 97, 1994, 1110 (il quale esamina le ragioni del successo degli strumenti di delazione ereditaria - *non probate* - alternativi al testamento e, in particolare, alla disciplina del c.d. *probate*, vale a dire la procedura giudiziale che presidia il componimento degli interessi rilevanti (in particolare dei creditori) e che caratterizza il diritto successorio negli Stati Uniti); in Francia, l'assicurazione sulla vita è destinataria di un regime privilegiato di sostanziale esonero dalla disciplina successoria: GRIMALDI, *L'assurance-vie et le droit des successions*, in *Rép. Defrénois*, 2000, art. 37276; ID, *La qualification et le régime juridique des assurances-vies placements*, in *RTD Civ.*, 2005, 434 ss.; PÉRÈS, *Will-substitutes in France*, in BRAUN-RÖTHEL (eds.), *Passing wealth on death: will substitutes in a comparative perspective*, Hart Publishing, 2016, 167 ss.; in Germania, sono, come noto, ammessi e disciplinati i contratti successori (*Erbvertrag*), tuttavia il § 2301 (1) 1 BGB impone le formalità testamentarie alle donazioni *mortis causa*: l'assicurazione sulla vita (e il contratto a favore di terzo) sono esonerate dall'applicazione di tale norma, ma non dalla disciplina della successione necessaria (v. al riguardo, anche per ulteriori riferimenti, DUTTA, *Will-substitutes in Germany*, ivi, 183 s.).

Del resto, entrambi gli orientamenti della Cassazione si prestano a osservazioni critiche di taglio analogo. Così come enfatizzare il dato sistematico dell'acquisto di un diritto *proprio* da parte del beneficiario si traduce in una petizione di principio gravida di corollari applicativi, come tali sforniti di un'idonea giustificazione; parimenti, presupporre una *relatio* al diritto successorio sulla sola base di una presunta volontà dei contraenti, appare il frutto di una selezione semplicistica dei criteri ermeneutici in materia contrattuale: a cominciare proprio dall'omessa considerazione della direttiva interpretativa che impone all'interprete di preferire la soluzione che determini il preservare la validità di una clausola (art. 1367), indipendentemente dall'esito che avrebbe l'attribuzione di significato in forza dei c.d. criteri di interpretazione soggettiva<sup>14</sup>. Sembra, inoltre, che le soluzioni applicative scaturiscano principalmente da una polarizzazione dogmatica dell'angolo visuale, senza adeguata considerazione del dato tipologico e degli interessi rilevanti e dei conflitti tra questi da bilanciare valorizzando le indicazioni ricavate dal sistema normativo<sup>15</sup>.

Pare allora il caso di partire proprio da quest'ultimo aspetto per impostare il proieguo dell'indagine.

Come si è spesso incidentalmente riconosciuto, la volontà del contraente-assicurato è centrale nell'operazione di assicurazione sulla vita<sup>16</sup>. Il favor per l'operazione economica, già identificato dalla dottrina precedente al codice del 1942<sup>17</sup>, ha trovato nell'ordinamento successivo un pieno riconoscimento non solo sul piano della disciplina codicistica, ma anche sul versante costituzionale (art. 38, comma 5, Cost.), ove è ancora in tempi recenti rimarcato il nesso tra la disciplina dell'assicurazione sulla vita e la funzione previdenziale della stessa<sup>18</sup>. Pertanto, se è, in concre-

<sup>14</sup> Sulle regole di interpretazione del contratto: v., per tutti, l'importante studio di GENTILI, *Senso e consenso*, cit., 615 ss., il quale chiarisce i presupposti teorici e i termini in cui si giustifica l'operatività di un criterio di selezione delle regole di ermeneutica contrattuale (differenziando la propria posizione sia da quella, tradizionale, di Grasseti, che da quella, scettica, della dottrina successiva ivi citata).

<sup>15</sup> Per questa impostazione metodologica, applicata al tema delle clausole generali, ma generalizzabile ogniqualvolta il testo normativo faccia uso di concetti indeterminati, in modo tale da porre l'interprete di fronte a un significato equivoco dell'enunciato normativo: JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1970, I, 5 ss.; cfr., inoltre, in una prospettiva più generale: DENOZZA, *Clausole generali, interessi protetti e frammentazione del sistema*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 25 ss.

<sup>16</sup> VIVANTE, sub art. 453, cit., 440 (n. 584), afferma icasticamente che l'assicurato è il «proprietario del contratto».

<sup>17</sup> Cfr., ancora, VIVANTE, sub art. 453, cit., 437 ss. (n. 578) [analogamente in *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni (contratti e prescrizione)*, V ed., Milano, 1939, 492 (n. 2005), il quale identifica uno «scopo di pietoso altruismo» che caratterizzerebbe l'operazione economica: non si comprende, tuttavia, in che termini tale scopo possa giustificare una disciplina dell'attribuzione al beneficiario radicalmente diversa da quella delle donazioni o delle successioni, le quali possono essere parimenti ispirate da scopi altruistici]. Sull'origine storica del trattamento di favore del capitale assicurato, v., in chiave comparatistica, ROJAS ELGUETA, *La disciplina*, cit., 5 ss.

<sup>18</sup> CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 61 ss. Cfr. inoltre ID, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 89 ss., il quale distingue la funzione previdenziale in senso stretto dal risparmio, genericamente

to, la funzione previdenziale a connotare la meritevolezza del programma negoziale dell'assicurazione sulla vita per il caso morte, è giocoforza da ritenere che sia proprio l'interesse dell'assicurato ad assumere una portata preminente nell'ambito di una eventuale valutazione comparativa degli interessi.

Ulteriore interesse che viene in rilievo è quello del beneficiario ad acquisire il capitale assicurato e, di conseguenza, alla stabilità del vincolo. Invero, si tratta di un'aspettativa che sovente si frantuma e traduce in una pluralità di pretese confliggenti, come dimostrato dai caratteri del contenzioso in materia. Anche la disciplina di tale prerogativa è ambigua e disomogenea, giacché, eccettuato il riconoscimento espresso dell'acquisto di un *diritto proprio* da parte del beneficiario, è ammessa la facoltà del beneficiario di ottenere una *rinuncia alla facoltà di revoca* da parte del contraente assicurato, senza però che sia chiarito se tale designazione "rafforzata" diventi indisponibile anche nell'ipotesi di premorienza dello stesso beneficiario; e, più in radice, senza nemmeno alcuna precisazione circa la stessa sorte del beneficio nel caso di premorienza del beneficiario. Ciò induce a concludere nel senso di una considerazione assai più lieve dell'interesse del beneficiario alla stabilità del vincolo<sup>19</sup> (del resto, il beneficiario potrebbe in concreto essere del tutto ignaro dell'avvenuta designazione, ad esempio, quando essa sia contenuta in un testamento)<sup>20</sup>.

---

inteso quale destinazione di risorse attuali a future esigenze di consumo. La funzione previdenziale dello schema tradizionale dell'assicurazione sulla vita è sottolineata anche da VOLPE PUTZOLU, *Il contratto*, cit., 88. In giurisprudenza: v. ad es. Cass., 26 giugno 2000, n. 8676, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1603; Cass., sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1282. Il nesso con il rischio demografico costituisce storicamente la giustificazione della disciplina privilegiata dell'assicurazione sulla vita: v., ad es., nella giurisprudenza belga, Cour const., 26 giugno 2008, arrêt n° 96/2008, in *RTD Civ.*, 2008, 526 ss., con commento di M. GRIMALDI, *En Belgique, la loi qui plaçait hors d'atteinte des héritiers réservataires les capitaux logés dans des produits d'assurance-vie est contraire à la Constitution*, ove è stata dichiarata l'incostituzionalità della disciplina di esclusione del capitale assicurato dall'asse ereditario in relazione a tipologie contrattuali di assicurazione sulla vita in cui era assente un nesso con il rischio demografico.

<sup>19</sup> Cfr., in questa direzione, in giurisprudenza: App. Firenze, 6 giugno 2011, in *Ass.*, 2011, 555 ss., con nota di RIVA; Trib. Milano, 12 ottobre 2015, n. 11387, inedita. Le decisioni menzionate hanno escluso che il capitale assicurato fosse entrato nel patrimonio del beneficiario premorto, con conseguente trasferimento *mortis causa* agli eredi del medesimo. Al riguardo, v., in dottrina, VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione*, cit., 2104 ss.; SITI, *La premorienza del beneficiario nell'assicurazione sulla vita*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, I, 619 ss. In Francia, quando manchi un'indicazione specifica del contraente-assicurato, il problema pare risolto dalla legge: «L'attribution à titre gratuit du bénéfice d'une assurance sur la vie à une personne déterminée est présumée faite sous la condition de l'existence du bénéficiaire à l'époque de l'exigibilité du capital ou de la rente garantis, à moins que le contraire ne résulte des termes de la stipulation» (art. L132-9 *Code des assurances*). Cfr. inoltre art. L 132-12 *Code ass.* sul quale v. ROJAS ELGUETA, *La disciplina*, cit., 85; CERINI, *op. cit.*, 749 s.

<sup>20</sup> Esclude la recettività della designazione (non limitando il rilievo a quella testamentaria): ad es. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 649 s. *Contra*, anche per ulteriori riferimenti, LANDINI, *op. cit.*, 216 s.



Come tale, l'assicurazione sulla vita per il caso morte pone evidenti problemi di potenziale conflitto con gli eredi e i creditori del *de cuius*<sup>21</sup>.

Con riferimento ai primi (i.e. gli eredi), le clausole da cui ha preso avvio l'indagine non dovrebbero porre particolari problemi: pare risolutivo di ogni potenziale conflitto l'espressa previsione della soggezione dei premi versati dall'assicurato alle azioni di riduzione, collazione e imputazione (art. 1923 c.c.).

Risulta, viceversa, sacrificata la posizione dei creditori dell'assicurato, i quali subiscono potenzialmente un grave pregiudizio alla garanzia patrimoniale solo parzialmente riparato attraverso il possibile esperimento dell'azione revocatoria, che ha ad oggetto il pagamento dei premi, mentre il capitale assicurato è protetto dalle eventuali azioni conservative o esecutive di questi ultimi (art. 1923 c.c.). Tale assetto persiste anche allorché il beneficiario coincida con l'assicurato, ovvero in ipotesi elusive sostanzialmente analoghe. Si tratta di una disciplina in controtendenza con il progressivo riconoscimento dell'importanza della tutela del credito, anche a dispetto della funzione previdenziale<sup>22</sup>, che non può essere anacronisticamente intesa quale giustificazione per sfuggire ai creditori<sup>23</sup>. Gli interessi "previdenziali" dei prossimi congiunti dell'assicurato troveranno idonea soluzione, nei casi più gravi, nelle procedure di sovraindebitamento (l. 27 gennaio 2012, n. 3), che consentono anche al debitore civile un trattamento concorsuale della propria responsabilità patrimoniale, funzionale al raggiungimento dell'esdebitazione<sup>24</sup>.

Non si può infine trascurare, anche perché cripticamente perseguito dalla giurisprudenza fino al recente *revirement*, l'interesse delle compagnie di assicurazione a liberarsi dell'impegno di versare il capitale assicurato in tempi rapidi e con modalità semplici di identificazione del beneficiario. Occorre rimarcare, a questo riguardo, che l'esito applicativo del recente orientamento della S.C. è tale da incrementare sensibilmente il rischio di un contenzioso sulla liquidazione delle polizze. Benché sia possibile e opportuno immaginare una serie di cautele operative nella redazione della contrattualistica e nella liquidazione delle polizze, rimane virtualmente senza tutela l'interesse delle compagnie con riferimento alle polizze già liquidate, con il conseguente rischio di contenzioso. Quel che di certo è fin d'ora possibile escludere è che l'interesse delle compagnie di assicurazione possa assumere (né assume a livello nor-

<sup>21</sup> Conflitto che, nel vigore del codice di commercio, la più autorevole dottrina risolveva in netto favore dell'assicurato e dei beneficiari: v. VIVANTE, sub *art. 453*, cit., 438.

<sup>22</sup> La giurisprudenza ha da tempo riconosciuto la pignorabilità dei trattamenti pensionistici obbligatori (nella misura del quinto), eccettuate le ipotesi in cui la tutela del credito non consenta al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita: v. ad es. Corte Cost., 13 dicembre 2005, n. 444, in *Giust. Civ.*, 2006, 264 ss.; Corte Cost., 4 dicembre 2002, n. 506, in *Foro it.*, 2003, I, 554.

<sup>23</sup> Contrasta con l'attuale contesto socioeconomico e normativo, l'osservazione di VIVANTE, sub *art. 453*, cit., 437 s., secondo il quale lo scopo dell'assicurazione sulla vita è raggiunto solo a condizione che il capitale assicurato sia protetto dalle azioni dei creditori dell'assicurato.

<sup>24</sup> Per un quadro della disciplina e ulteriori riferimenti, v. E. PELLECCIA, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *NLCC*, 2013, 1245 ss.

mativo) un peso tale da condurre l'interprete a censurare la soluzione ermeneutica adottata da ultimo dalla S.C.<sup>25</sup>. Anche perché una soluzione di favore per le compagnie di assicurazione genererebbe un incremento della loro attività nel ramo vita che non è affatto scontato costituisca una più efficiente allocazione del risparmio.

Alla luce del quadro appena tratteggiato è possibile approfondire i vari profili problematici sopra identificati cercando di individuare soluzioni che non siano (solo) coerenti con il sistema, ma che tengano in adeguata considerazione gli interessi in gioco.

4. La clausola di designazione degli eredi quali beneficiari di un'assicurazione sulla vita rappresenta uno dei punti più significativi di (almeno apparente) frizione tra il diritto delle successioni e il contratto di assicurazione sulla vita<sup>26</sup>. È frequente l'osservazione che l'assicurazione sulla vita costituisce l'archetipo degli istituti alternativi alle successioni *mortis causa* funzionali alla trasmissione intergenerazionale della ricchezza<sup>27</sup>. Strumenti che, a partire dal secondo dopoguerra, hanno contribuito a segnare il declino dell'istituzione testamentaria (e più in generale del diritto delle successioni), quale congegno esclusivo per la pianificazione di tale passaggio di ricchezza<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> La considerazione è presente nella motivazione della stessa Cass. n. 19210/2015, ove è comunque reputata «priva di alcun fondamento pratico, atteso che la stessa dimostrazione degli eredi della loro qualità, specie se vi siano contrasti fra loro, può comportare che la situazione non trovi immediatezza di definizione da parte dell'assicuratore».

<sup>26</sup> Si tratta di un rilievo diffuso: in Italia, v., ad es., ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp.*, diretto da Sacco, Torino, 2002, 208 ss.; PALAZZO, *Istituti*, cit., 99 ss.; nel panorama internazionale occorre anzitutto fare riferimento ai fondamentali studi di LANGBEIN: Langbein, *The nonprobate*, cit., 1110 s.

<sup>27</sup> Oltre ai citati studi di Palazzo (PALAZZO, *Istituti*, cit., 99 ss.; ID, *Autonomia*, cit., 76 ss.): v., già, GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 275 ss.; NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, 147 ss.; e ripubblicato nella medesima rivista, 1987, CIX ss. (da cui si cita); e, più di recente, IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, II ed., diretto da P. Rescigno e coordinato da Ieva, I, Padova, 2000, 79 ss.

<sup>28</sup> Il fenomeno è comunemente rilevato in tutti i paesi della *western legal tradition*: v. ad es. LANGBEIN, *The nonprobate*, cit., 1108 ss.; ID, *The twentieth-century revolution in family wealth transmission*, 86 *Mich. L. Rev.* 722 (1987-1988), il quale approfondisce ulteriormente la crisi del sistema testamentario (*probate*) in una prospettiva socio-economica [il medesimo A. è tornato sul tema in un recente saggio: ID, *Major reforms of the property restatement and the Uniform Probate Code: reformation, harmless error, and nonprobate transfers*, 38 *Am. College of Trust and Estate Counsel L. J.* 1 ss. (2012)]. Il tema è stato ripreso da LESLIE-STERK, *Revisiting the revolution: reintegrating the wealth transmission system*, in 56 *B.C. L. Rev.* 61 (2015). In Italia, v., ad es., ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 1077, il quale icasticamente parla di «fuga dalla forma giuridica»; e, per una diversa prospettiva, SCALISI, *Persona umana e successioni. Itinerario di un confronto ancora aperto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 411 ss., il quale sottolinea la natura prevalentemente patrimoniale degli interessi protetti dal diritto successorio e la conseguente inadeguatezza del medesimo rispetto ai valori superiori della persona riconosciuti dalla Costituzione; P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita not.*, 1993, 1281; e, di recente, LIPARI, *Prospettive della libertà di disposizione ereditaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 801. Cfr., inoltre, il quadro comparatistico offerto da BRAUN-RÖTHEL (eds.), *Passing wealth on death: will*

In questa prospettiva, ben si comprende come la dottrina sia da tempo impegnata nella individuazione degli esatti termini in cui la disciplina delle successioni costituisca un limite all'autonomia contrattuale<sup>29</sup>.

Il dato normativo è sufficientemente chiaro nell'escludere che il capitale assicurato sia direttamente incluso nell'asse ereditario oggetto di delazione, riservando l'applicazione di parte della disciplina delle liberalità indirette ai premi versati dal *de cuius* (art. 1923 c.c.) e riconoscendo che il beneficiario acquista un «diritto proprio»<sup>30</sup>. Tuttavia, si tratta di un'indicazione che, isolatamente considerata, non consente di risolvere i problemi. Parimenti, constatare che l'assicurazione sulla vita costituisca una disposizione successoria indiretta aiuta a descrivere i termini del problema, ma non indica certo la possibile soluzione.

Il panorama delle opinioni dottrinali al riguardo è a dir poco frastagliato. Limitandoci a segnalare quelle che si collocano agli estremi, vi è chi ritiene che la designazione del beneficiario rappresenta, a determinate condizioni, un vero e proprio atto *mortis causa*, con conseguente dispensa dal monopolio testamentario sulla trasmissione *mortis causa* della ricchezza<sup>31</sup>. E chi, al contrario, esclude che possa darsi una deroga (ritenuta) surrettizia alla disciplina successoria e conclude che un'interpretazione in tal senso della clausola “a favore degli eredi” ne determinerebbe la nullità per violazione del divieto di patti successori (art. 458 c.c.)<sup>32</sup>.

Invero, entrambe le tesi non risultano del tutto persuasive, poiché paiono costituire l'esito di un'applicazione astratta del metodo sistematico deduttivo, con conseguente identificazione di soluzioni ermeneutiche giustificate dal solo riferimento alle

---

*substitutes in a comparative perspective*, Oxford Hart Publishing, 2016, *passim*. In senso parzialmente critico, ad esito di una indagine empirica: HORTON, *In partial defense of probate: evidence from Alameda county, California*, in 103 *Georgetown L.J.* 605 ss. (2015). Al riguardo è possibile osservare che la crisi del testamento può forse essere letta nel senso di una crisi del monopolio testamentario nel passaggio intergenerazionale della ricchezza: il testamento continua a svolgere un ruolo importante nella trasmissione intergenerazionale, ma è affiancato da altri strumenti. La sopravvivenza dell'importanza (pratica e teorica) del diritto successorio è testimoniata dalla diffusione di importanti studi comparatistici di diritto successorio: v. ad es. REID-DE WAAL-ZIMMERMAN, *Testamentary Formalities*, Oxford, 2011, *passim*. Valutazioni critiche sulla c.d. crisi dell'istituto testamentario anche in V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015, 91.

<sup>29</sup> V., ad es., PALAZZO, *Istituti*, cit., 17 ss.; IEVA, *I fenomeni*, cit., 63 ss.; DE NOVA, *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in *Jus*, 1997, 276 ss.; NICOLÒ, *Attribuzioni*, cit., CX ss.

<sup>30</sup> V. ROJAS ELGUETA, *La disciplina*, cit., 21.

<sup>31</sup> Cfr. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., 306 ss. il quale ritiene che sia atto *mortis causa* – e dunque una disposizione testamentaria in forma indiretta – l'assicurazione sulla vita per il caso morte nella quale il terzo beneficiario sia designato mediante testamento; *adde*, NICOLÒ, *Attribuzioni*, cit., CXV; v., inoltre, MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1997, 153 ss., il quale ritiene che la deroga al divieto dei patti successori vi sia soltanto nel caso di contratto a favore di terzi con effetti *post mortem* nel quale lo stipulante abbia rinunciato alla facoltà di revoca del beneficiario e questi abbia accettato. Ritiene che la designazione del terzo in un contratto a favore del terzo abbia le caratteristiche dell'atto di ultima volontà: BARBA, *op. cit.*, 116, 118 ss.

<sup>32</sup> Così G. PERANO, *Assicurazione sulla vita e clausole «a favore degli eredi»*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 681.

costruzioni dogmatiche preferite dall'interprete e a prescindere da un'adeguata considerazione del dato tipologico e degli interessi che concretamente vengono in rilievo. Ad esempio, sembra che l'identificazione di una categoria più generale di atti *mortis causa* diversi dal testamento sia utile nella misura in cui sia precisato dall'interprete in funzione dell'applicazione di quale disciplina l'operazione ermeneutica è svolta<sup>33</sup>. Non diversamente, raggiunge risultati per certi versi assurdi e, comunque, contrari alla volontà e agli interessi del contraente assicurato la tesi che reputa valida la clausola di destinazione del beneficio agli eredi, a condizione che i beneficiari coincidano con coloro che sarebbero chiamati all'eredità al momento della designazione, ossia in un momento (anche molto) antecedente all'apertura della successione.

Per superare i cennati ostacoli, la questione può essere allora diversamente impostata abbandonando per il momento la prospettiva, più generale, dell'atto *mortis causa* e, conseguentemente, del patto successorio in ipotesi vietato (v. *infra* il prossimo paragrafo) per concentrarsi su alcuni dati sistematici che emergono dalla disciplina contrattuale.

La clausola «a favore degli eredi» sembra perfettamente compatibile con la disciplina positiva dell'assicurazione, là dove essa prevede che la designazione possa essere espressa in modo indeterminato ovvero contenuta nel testamento dell'assicurato. In questo caso, emerge la prevalenza dell'interesse dell'assicurato a una scelta libera e ampia dei destinatari del beneficio; né è ravvisabile a livello normativo, il rilievo di un interesse dei beneficiari a conoscere la designazione prima del momento dell'apertura della successione.

Inoltre, per giustificare una interpretazione della clausola di destinazione agli eredi differente dal tenore letterale occorrerebbe dimostrare la sussistenza di interessi contrapposti che ricevono un riconoscimento normativo, tale da escludere che il riferimento all'erede possa essere interpretato secondo il significato non certo ambiguo del lemma.

Non può essere considerato un argomento sufficiente quello pur condiviso dalla giurisprudenza, ormai superata, secondo il quale sarebbe scorretto il riferimento alla disciplina successoria, giacché il beneficiario dell'assicurazione acquista un *diritto*

<sup>33</sup> In questo senso: v. ZOPPINI, *Contributo*, cit., 1085 ss., il quale rileva che «la diagnosi d'un effetto "parasuccessorio" ha assolto un ruolo prettamente descrittivo, atteso che si limita a perimetrare l'area vietata alle convenzioni private» (così, ad es., LEVA, *Fenomeni*, cit., 63; v., tuttavia, le repliche di PALAZZO, *Istituti*, cit., 10 s.). Cfr., però, GIAMPICCOLO, *Il contenuto*, cit., 310 ss., il quale dimostra l'applicabilità analogica della disciplina successoria all'assicurazione sulla vita per il caso morte, là dove il beneficiario sia designato mediante il testamento (si tratta di una tesi rimasta isolata in dottrina: v., ad es., PALAZZO, *Autonomia*, cit., 83 ss.). Riguardo alla distinzione tra atto *inter vivos* e *mortis causa* cfr., inoltre, GIAMPICCOLO, *Atto «mortis causa»*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 232 ss., il quale definisce l'atto *mortis causa* come «l'atto che regola ... rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione»; l'A. individua due principali caratteristiche dell'attribuzione *mortis causa*: a) la considerazione del bene quale elemento del patrimonio del dante causa al momento della morte (*id quod superest*); b) la sopravvivenza del beneficiario; NICOLÒ, *Attribuzioni*, cit., CX ss.

*proprio*, a differenza di quel che accade nelle successioni *mortis causa*. Invero, non vi sono ostacoli logici nell'ammettere che il soggetto che acquista un diritto *proprio* lo faccia sulla base di *meccanismi di identificazione* fondati sulla disciplina degli acquisti a causa di morte<sup>34</sup>.

Né costituisce un ostacolo alla soluzione *parasuccessoria* l'(eventuale) applicazione all'assicurazione sulla vita della disciplina del contratto a favore di terzo<sup>35</sup>, là dove essa sembrerebbe imporre che l'acquisto del terzo (ossia del beneficiario) avvenga *per effetto*, e quindi al momento, della stipulazione (e non della successiva designazione o, ancora, della successiva determinazione della designazione). Autorevole dottrina ha messo in evidenza una difficile conciliabilità tra il contenuto dell'art. 1920 c.c. e quello dell'art. 1411 c.c.: la prima disposizione (art. 1920, comma 3, c.c.) espressamente prevede che il terzo acquista il «diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione ... per effetto della designazione» e, quindi, non necessariamente in occasione della stipula<sup>36</sup>. Come il promittente nel contratto a favore di terzo, l'assicuratore è vincolato alla prestazione dal momento della stipulazione, ma, a differenza di quanto indicato nell'art. 1411 c.c., l'acquisto del diritto da parte del beneficiario avviene con la designazione nominativa ovvero con la specificazione della designazione generica<sup>37</sup>.

A prescindere dalle precedenti considerazioni, il problema appare superato in radice dalla testuale disponibilità dell'art. 1411 c.c., ove espressamente è ammessa la deroga pattizia (confermata dalla facoltà di designazione testamentaria del terzo)<sup>38</sup>;

<sup>34</sup> V., in senso contrario, ALBANESE, *Assicurazione sulla vita e protezione patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2016, 1429 ss.; PERANO, *op. cit.*, 648; *contra* LANDINI, *op. cit.*, 225.

<sup>35</sup> L'applicazione della disciplina del contratto a favore di terzo all'assicurazione sulla vita è postulata dalla dottrina quasi unanime (cfr. ad es. MOSCARINI, *Il contratto*, cit., 145; in senso analogo in Francia, svalutando il dato normativo speciale dell'art. 132-9 *Code des assurances*, F. LUCET, *Assurance-vie. Le décès du bénéficiaire avant acceptation*, in *Rép. Defrénois*, 1997, art. 36380, p. 1249). Tuttavia, come attenta dottrina specialistica ha rimarcato, essa non ha un diretto riscontro normativo, ma trova quale unico fondamento la opinabile dialettica tra *lex generalis* e *lex specialis*: VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione*, cit., 91 ss.; EAD., *Assicurazione sulla vita*, cit., 2104 ss.

<sup>36</sup> V. BUTTARO, *op. cit.*, 649 ss., il quale nota altresì che è lo stesso art. 1920 c.c. ad ammettere una designazione del terzo successiva alla conclusione del contratto di assicurazione sulla vita. In giurisprudenza, cfr. Cass., 19 febbraio 2016, n. 3263, 8.

<sup>37</sup> Cfr. PALAZZO, *Istituti alternativi*, cit., 111 s., ove l'A., pur affermando che la formulazione dell'art. 1920 c.c. è «assai infelice, e non deve in alcun modo vincolare l'interprete», limita tale osservazione (e quindi l'opportunità di distinguere tra designazione e stipulazione) «al fine di individuare la fonte o il titolo degli effetti nei confronti del terzo» e, poco oltre, precisa che «la designazione – anche quella contenuta nel testamento – valga a integrare tale contratto, rendendolo efficace nei confronti del beneficiario», benché esso sia già efficace nei confronti dell'impresa di assicurazione. Cfr., però, anche per ulteriori riferimenti, LANDINI, *op. cit.*, 214 s., la quale ritiene che, in ipotesi di designazione successiva, «gli effetti si producono nella sfera del terzo con effetto *ex tunc* dalla stipulazione del contratto che è la vera fonte del diritto all'indennizzo».

<sup>38</sup> V., tuttavia, MOSCARINI, *Il contratto*, cit., 148 ss., il quale evidenzia che l'inciso dell'art. 1411 c.c. che fa salvo il patto contrario dovrebbe essere inteso nel senso, storicamente determinato, della ammissibilità della figura del contratto a favore di terzi con adesione. Ad ogni modo, l'A. ritiene pacifico che, anche nella figura generale del contratto a favore di terzo, è ammissibile la designazione successiva del beneficiario (al riguardo v., anche, CALICETI, *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, Padova, 1994, 24 ss.). In giu-

deroga che può ben essere implicita nel caso di designazione successiva ovvero di designazione soggetta a determinazione successiva, come nell'ipotesi di clausola «a favore degli eredi».

Una conclusione siffatta si pone solo in apparente contrasto con il tenore dell'art. 1920, comma 3, c.c., là dove prevede che sia la designazione a determinare l'acquisto del *diritto proprio* del beneficiario, giacché è il secondo comma della stessa disposizione ad ammettere espressamente ipotesi che contrastano con tale previsione. È quantomeno forzato ritenere che la designazione generica - ovvero la designazione tramite testamento (magari segreto ovvero olografo) - possa essere fonte di un diritto di credito immediatamente efficace ed esigibile<sup>39</sup>. Inoltre, a differenza di quanto pure è stato sostenuto, l'art. 1920, comma 2, c.c. non equipara affatto dal punto di vista degli effetti la designazione generica a quella specifica, ma si limita a dichiarare comunque efficace una eventuale investitura generica.

Né decisivo pare il testo dell'art. 1412, comma 2, c.c. nella misura in cui l'attribuzione del beneficio agli eredi del «terzo» premorto sembrerebbe presupporre l'acquisto del diritto di credito da parte del terzo<sup>40</sup>: è agevole replicare che, lungi dal conformare imperativamente gli effetti del contratto a favore di terzi, il secondo

---

risprudenza, cfr. Cass., 19 febbraio 2016, n. 3263, in *dirittobancario.it*, ove la S.C., per giustificare l'applicazione della disciplina dell'annullamento delle donazioni indirette, conferma che l'acquisto del diritto del beneficiario, sia pure sospensivamente condizionato alla mancata revoca, avviene nel momento della stipulazione del contratto di assicurazione. Invero, sebbene non sia questa la sede per approfondire la questione, non sembra che un simile percorso argomentativo sia necessitato, al fine di raggiungere un risultato analogo.

<sup>39</sup> Cfr. GIAMPICCOLO, *Il contenuto*, cit., 310. Del resto, è logicamente inconcepibile un diritto di credito, per sua natura relativo, e il correlativo obbligo primario di prestazione senza il referente soggettivo della prestazione stessa. Ciò non significa escludere che il rapporto obbligatorio attraversa la fase preliminare di una fattispecie a formazione progressiva che si compie soltanto a seguito della determinazione dei soggetti (v., ad es., BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 127 ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVI ed., Napoli, 2013, 560 s.). In senso difforme: PALAZZO, *Istituti*, cit., 16. Nel caso in esame, l'impresa di assicurazione è vincolata a una prestazione futura, spesso non ancora del tutto determinata nel *quantum*, verso un soggetto non ancora identificato, il che, tuttavia, non esonera certo l'assicuratore dalla considerazione di tale impegno nel calcolo dei margini di solvibilità (in ciò si manifesta la componente essenziale della situazione preliminare al rapporto obbligatorio tra l'assicuratore e il terzo beneficiario); senza considerare poi la frequente previsione della facoltà di riscatto o riduzione della polizza in capo all'assicurato. In termini più generali, è difficilmente revocabile in dubbio che, per un verso, l'assicuratore sia già titolare di una situazione giuridica passiva *al momento della conclusione* del contratto, mentre il beneficiario, qualora coincida con l'erede dell'assicurato, acquisti la situazione soggettiva attiva soltanto *in un momento successivo* (v. PALAZZO, *Istituti*, cit., 111 s.). Per ragioni non dissimili ritiene irrilevante la questione della configurabilità di un rapporto obbligatorio a soggetto indeterminato: CALICETI, *op. cit.*, 65 nt. 3, il quale ricostruisce il contratto a favore di terzi quale ipotesi tipizzata di contratto con obbligazione alternativa.

<sup>40</sup> In questi termini si esprimeva MOSCARINI, *I negozi a favore di terzi*, Milano, 1970, 216 ss.; v., altresì, NICOLÒ, *Disposizioni*, cit., 642 s. In senso critico, v. CALICETI, *op. cit.*, 44 ss.

comma dell'art. 1412 c.c. può trovare applicazione nella sola ipotesi in cui l'attribuzione del beneficio non sia in qualche modo differita dalle parti<sup>41</sup>.

Resta allora da valutare se una simile ricostruzione dei meccanismi di funzionamento delle clausole di destinazione agli eredi si ponga in contrasto col divieto *ex art. 458 c.c.* dei patti successori istitutivi, giacché ipotizzare la compatibilità della clausola a favore degli eredi con lo schema dell'assicurazione sulla vita e con quello del contratto a favore di terzi potrebbe non risultare risolutivo<sup>42</sup>.

**4.1** Come segnalato in precedenza, una parte della dottrina ritiene che, qualora interpretata nel senso che i soggetti designati debbano assumere effettivamente la qualità di erede, la clausola di destinazione a questi ultimi del beneficio costituisca un patto successorio vietato.

Benché sia corretto osservare la contraddittorietà dell'opinione di chi ritiene che la qualità di erede debba essere accertata *ex post*<sup>43</sup> e, al tempo stesso, che l'attribuzione del diritto proprio avvenga già al momento della designazione, ciò non implica affatto che l'attribuzione del beneficio a chi rivesta la qualità di erede dissimuli un patto successorio vietato<sup>44</sup>. Una siffatta conclusione non si impone logicamente e discende, piuttosto, da una lettura non condivisibile della portata della clausola in esame e del divieto dei patti successori.

Dal primo angolo visuale, occorre rimarcare che, come poc'anzi osservato, escludere l'attualità dell'attribuzione, ammettendo che l'acquisto del diritto si perfezioni al momento dell'accettazione dell'eredità, non significa affatto trasformare la morte dello stipulante da *condizione di esigibilità* della prestazione in *causa* dell'attribuzione<sup>45</sup>. Sebbene in apparenza sottile, il *discrimen* tra le due situazioni giuridiche è, almeno da un punto di vista logico, marcato. L'assunzione della qualità di erede svolge, nel caso in esame, la semplice funzione di individuare il destinatario del beneficio<sup>46</sup>; la morte dell'assicurato non è causa dell'attribuzione verso il designato esattamente alla stessa stregua dell'ipotesi in cui il beneficiario sia determinato *ex ante* ovvero di individuazione del beneficiario ad opera di un terzo a seguito della morte dell'assicurato<sup>47</sup>. In altri termini, non si può negare che il rapporto tra l'assi-

<sup>41</sup> Peraltro, va ricordato che la giurisprudenza esclude che si verifichi tale fenomeno successorio in assenza di un'espressa indicazione in tal senso da parte dell'assicurato: v. App. Firenze, 6 giugno 2011, in *Ass.*, 2011, 555 ss., con nota di RIVA; Trib. Milano, 12 ottobre 2015, n. 11387, inedita.

<sup>42</sup> Cfr., ad es., NICOLÒ, *Disposizione*, cit., 643, il quale in termini analoghi esclude che il deposito a favore di terzi con effetti *post mortem* possa essere considerata un'attribuzione valida per il solo fatto di integrare lo schema del contratto a favore di terzi, in quanto esso «non può intendersi come un tipo negoziale a sé stante, fornito di causa propria». V., però, LANDINI, *op. cit.*, 225.

<sup>43</sup> V., ad es., BUTTARO, *op. cit.*, 660.

<sup>44</sup> Così, invece, PERANO, *op. cit.*, 670 ss.

<sup>45</sup> Cfr. CALICETI, *op. cit.*, 184 ss.

<sup>46</sup> V. ad es. PALAZZO, *Istituti*, cit., 16.

<sup>47</sup> Non è, infatti, l'indeterminatezza *soggettiva* del creditore (alla prestazione da eseguirsi *post mortem*) a trasformare l'assicurazione sulla vita a favore di terzi in un atto *mortis causa*, ma tuttalpiù una (peraltro non con-

curato e l'impresa di assicurazione è già determinato al momento della conclusione del contratto e, di conseguenza, l'acquisto del beneficiario non trova «origine soltanto nella morte» del medesimo assicurato<sup>48</sup>, ma nella funzione (previdenziale) tipica dell'assicurazione sulla vita.

Quest'ultimo profilo conduce ad escludere altresì che le clausole in esame si pongano in contrasto con il divieto dei patti successori, senza che sia necessario interpretarle in modo antiletterale (e, talvolta, controintuitivo).

In primo luogo, è opportuno prendere le mosse dal banale riscontro dell'assenza di un *diretto* contrasto tra la designazione degli eredi quali beneficiari di un'assicurazione sulla vita e il divieto di patti istitutivi *ex art. 458 c.c.* Il capitale assicurato non fa parte del patrimonio ereditario, ma costituisce la prestazione dovuta in forza di un contratto, che disciplina in modo giuridicamente articolato la sorte dei premi versati in vita dall'assicurato.

L'osservazione che precede, di carattere squisitamente strutturale, potrebbe non risultare del tutto convincente se si spinge l'analisi al piano della funzione e della *ratio* del divieto *ex art. 458 c.c.*

Il divieto in questione sorveglia infatti l'esercizio dell'autonomia contrattuale in chiave successoria *sia*, direttamente, mediante convenzioni che abbiano a oggetto l'istituzione di erede (ovvero l'attribuzione di un legato), *sia*, indirettamente, attraverso strutture contrattuali che pervengano a un risultato sostanzialmente analogo. Tuttavia, a quest'ultimo riguardo, è tutt'altro che pacifica l'ampiezza del divieto e quindi la facilità con cui possa incapparne un negozio destinato a produrre effetti dopo la morte di un soggetto: ciò in particolar modo, là dove sia prevista dalle parti l'interposizione di un terzo soggetto.

Interrogarsi sull'estensione dell'ambito di operatività del divieto di patti successori e, nella sostanza, sulla sua eventuale operatività alla stregua di una norma materiale<sup>49</sup>, significa chiedersi anzitutto quale sia la specifica *ratio* di esso nel vigente diritto positivo.

Benché originariamente, nell'ordinamento francese ove nacque nella sua moderna configurazione<sup>50</sup>, il divieto fosse giustificato dall'intento politico di favorire la

---

cepibile in relazione al premio assicurativo, per definizione già determinato, se unico, o determinabile, in considerazione delle pattuizioni contrattuali) indeterminatezza *oggettiva* ed eventuale coincidenza con il *relictum* ereditario. Cfr., al riguardo, l'autorevole opinione di NICOLÒ, *Attribuzioni*, cit., CX. Così, la dottrina maggioritaria esclude recisamente un rilievo del divieto dei patti successori in relazione all'acquisto del beneficiario dell'assicurazione sulla vita: v., ad es., ALBANESE, *op. cit.*, 1429; LANDINI, *op. cit.*, 225.

<sup>48</sup> In questi termini identifica l'atto *mortis causa* NICOLÒ, *Attribuzioni*, cit., CX. Così, la dottrina maggioritaria esclude recisamente un rilievo del divieto dei patti successori in relazione all'acquisto del beneficiario dell'assicurazione sulla vita: v., ad es., ALBANESE, *op. cit.*, 1429; LANDINI, *op. cit.*, 225.

<sup>49</sup> Sull'applicabilità del divieto *ex art. 458 c.c.* ai patti successori indiretti: v., ad es., DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, 83 ss.

<sup>50</sup> Sul divieto dei patti successori nel diritto romano antico: v. VISMARA, *Storia dei patti successori*, Milano, 1986, *passim*.



successione legittima<sup>51</sup>, e dunque da ragioni di ordine pubblico, nell'attuale sistema il divieto di patti istitutivi è diretto esclusivamente ad assicurare la piena libertà testamentaria del *de cuius*<sup>52</sup>, senza che sia ammessa (almeno sul piano giuridico) alcuna influenza da parte di altri individui<sup>53</sup>.

È, pertanto, arduo sostenere che una simile giustificazione risponda a concrete ragioni politiche di *ordine pubblico*<sup>54</sup>, essendo piuttosto riconducibile a (sempre più

<sup>51</sup> Anche nell'ordinamento francese, il rigore del divieto delle origini è stato presto superato: al riguardo v. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp.*, diretto da Sacco, Torino, 2002, 159 s.; TESSERA, *Successioni e liberalità: la riforma francese*, in *NGCC*, 2007, II, 358 ss.

<sup>52</sup> Cfr., inoltre, limitando i riferimenti ai contributi più recenti, L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, III ed., 1997, 101; DE GIORGI, *I patti*, cit., 29 ss.; PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Milano, 1990, 114 ss.; ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 8; PALAZZO, *Istituti*, cit., 4; BALESTRA-MARTINO, *Il divieto dei patti successori*, in *Tratt. del diritto delle successioni e delle donazioni*, diretto da Bonilini, I, Milano, 2009, 65; CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Cod. civ. comm.*, fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2006, 110 s.; CALVO, *I patti successori*, in *Diritto delle successioni*, a cura di Calvo-G. Perlingieri, I, 2008, Napoli, 13 ss. *Contra*, ZOPPINI, *Le successioni*, cit., 172 ss., il quale mette in evidenza come tale spiegazione della ratio del divieto non risulta convincente, poiché finirebbe con il giustificare un eccesso paternalistico del legislatore, che affiderebbe a un rimedio generalistico funzionale alla protezione di interessi metaindividuali la tutela dell'interesse del futuro erede a essere protetto sostanzialmente da se stesso. L'A., sulla scorta del dato comparatistico, ritiene che il divieto debba essere messo in relazione al regime patrimoniale della famiglia e alla distinzione tra atti *mortis causa* e *post mortem*. Cfr., inoltre, BARBA, *op. cit.*, 32 ss.; BONILINI, *Attualità del «divieto di patti successori»?*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, a cura di Delfini-Gitti-Maffeis, con la collaborazione di Dalmartello-Ferrari, I, Milano, 2015, 373 ss.; ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012, 75 ss.; D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione. Contributo allo studio dei patti istitutivi*, Napoli, 2012, 136 ss.; ZANCHI, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, in *www.juscivile.it*, 2013, 715 ss. In prospettiva giuscomparatistica (in particolare con l'ordinamento francese), v. la recente indagine di TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014, 31 ss.

<sup>53</sup> Enfattizza in particolare questo aspetto: CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Tratt. del contratto*, diretto da Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, 2006, 457 ss., il quale rileva che la protezione del libero autodeterminarsi della volontà del testatore poteva essere protetta anche mediante il recesso (in termini identici, v. ID, *Il divieto dei patti successori*, in *Tratt. breve delle successioni e donazioni*, II ed., diretto da P. Rescigno e coordinato da Ieva, I, Padova, 2010, 46 ss.). Cfr. già CACCAVALE-TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 543. È stato condivisibilmente rilevato che la tesi da ultimo riferita non differisce in modo sostanziale da quella che riconduce il divieto di patti istitutivi alla protezione della libertà testamentaria *tout court*, giacché è difficilmente controvertibile che la protezione di tale ambito di libertà implichi la necessaria unilaterale della volontà del testatore. Per contro, è evidente che la differenza di disciplina tra nullità e recesso renda poco proficuo il tentativo di sovrapporre le due tecniche rimediali. V., in questo senso, BALESTRA-MARTINO, *op. cit.*, 65.

<sup>54</sup> V., ad es., ZANCHI, *op. cit.*, 728. Cfr., però, CALOGERO, *op. cit.*, 110 s., il quale ritiene che il divieto dei patti successori risponda a esigenze di ordine pubblico. Esigenze che, invero, sono tautologicamente individuate nella tutela della libertà del *de cuius*, mediante il monopolio testamentario quale unico atto di autonomia privata diretto a regolare la successione *mortis causa* (analoghi rilievi in BALESTRA-MARTINO, *op. cit.*, 84). Le ragioni di ordine pubblico dovrebbero discendere piuttosto dal rilievo di interessi metaindividuali indisponibili e non dalla semplice descrizione del modello di delazione ereditaria che il legislatore ha prede-

scolorite) istanze di *buon costume*<sup>55</sup>, l'inattualità delle quali è stata da tempo sottolineata dalla dottrina più avvertita e sensibile alle moderne istanze dell'autonomia privata<sup>56</sup>. L'attuale sistema di circolazione intergenerazionale della ricchezza, risultato inevitabile di una mutata organizzazione sociale, rende sempre più improbabile l'effettiva utilità del divieto dei patti successori anche se si considera la (improbabile) funzione di prevenire quel *votum captandae mortis* temuto dagli antichi<sup>57</sup>. Più in generale, la progressiva secolarizzazione della società ha definitivamente abbattuto molti tabù che si accompagnavano al decesso di un familiare con particolare riguardo – per quanto qui interessa – alle sue conseguenze patrimoniali<sup>58</sup>, che sono sempre più spesso oggetto di pianificazione anticipata rispetto all'apertura della successione<sup>59</sup>. Né il nesso ravvisato in dottrina con le regole in materia di successione necessaria appare così stringente da richiedere una applicazione ad ampio spettro del divieto<sup>60</sup>. Una simile ricostruzione della ratio del divieto ex art. 458 c.c. ne determina una evidente sovrapposizione agli strumenti già previsti dall'ordinamento: la tutela dei legittimari è garantita da specifici strumenti di reazione alla violazione (mediante atti *inter vivos* diversi dalla donazione) delle norme imperative in esso contenute (art. 809 c.c.). Inoltre, rimarrebbe da spiegare la ragione dell'operatività del divieto nell'ipotesi di contratti successori conclusi dal *de cuius* con i legittimari.

Privo di un fondamento di ordine pubblico, il divieto continua a trovare una giustificazione tendenziale nella protezione della libertà testamentaria e nella tutela della unità del fenomeno successorio e della conseguente uguaglianza potenziale dei soggetti successibili<sup>61</sup>.

---

terminato. Non diversamente, ravvisa un nesso con l'ordine pubblico interno nel fatto che l'art. 458 c.c. costituisca una «regola fondamentale del nostro diritto successorio» BARBA, *op. cit.*, 213.

<sup>55</sup> In questo senso, *ex multis*, BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, VI ed., Torino, 2016, 18.

<sup>56</sup> V. ROPPO, *Per una riforma*, cit., 7. Ma v., già, DE GIORGI, *I patti*, cit., 3.

<sup>57</sup> Esclude che il c.d. *votum captandae mortis* (sovente considerata la ragione del solo divieto del patto dispositivo) possa costituire una seria ragione giustificativa del divieto: BONILINI, *Attualità*, cit., 377.

<sup>58</sup> Ritiene che il divieto ex art. 458 c.c. sia giustificabile proprio in questi termini: D'ALOIA, *op. cit.*, 140, il quale osserva che il patto successorio sia vietato in quanto determina l'inserimento in un più ampio programma negoziale di una disposizione successoria che, secondo l'A., esige «quella “purezza” funzionale che la rilevanza etica della morte impone». L'A. citato esclude tuttavia che una simile ratio giustifichi l'applicazione del divieto al contratto a favore di terzi con effetti *post-mortem*, allorquando esso non sia accompagnato da una clausola istitutiva.

<sup>59</sup> Contrario alla revisione del divieto: BONILINI, *Attualità*, cit., 385 ss.

<sup>60</sup> Così IEVA, *I fenomeni*, cit., 63 ss., il quale ravvisa nel divieto dei patti successori istitutivi una norma di chiusura del sistema di tutela dei legittimari. In senso critico, v. ACHILLE, *op. cit.*, 102 s., il quale rileva l'incompatibilità di questa tesi con la legittimazione assoluta che caratterizza l'azione di nullità.

<sup>61</sup> V. ACHILLE, *op. cit.*, 85 ss. e 102 ss., il quale, tuttavia, ritiene che sia ricavabile dal complesso della disciplina successoria una rilevanza di ordine pubblico del principio di libertà testamentaria (in questo senso, v. altresì CALOGERO, *op. cit.*, 111; BARBA, *op. cit.*, 213 s.). Non sembra, tuttavia, che gli interessi protetti dalle norme successorie assumano un rilievo metaindividuale tale da consentire di qualificare tali disposizioni (e, quindi, anche il divieto ex art. 458 c.c.) quali norme di ordine pubblico (in questo senso: CHRISTANDL, *Will-substitutes in Italy*, in BRAUN-RÖTHEL (eds.), *Passing wealth on death: will substitutes in a comparative*

A ben guardare, anche dalle regole di formazione giurisprudenziale riguardanti il divieto *ex art. 458 c.c.* si ricava un progressivo allentamento del medesimo<sup>62</sup>. Per quanto l'attribuzione patrimoniale si realizzi in coincidenza della morte, la S.C. da tempo esclude la sussistenza di un patto successorio in presenza di alcuni indici formali come il fatto che il diritto oggetto dell'attribuzione *post mortem* sia uscito dal patrimonio del defunto prima della morte e che l'atto di disposizione sia revocabile<sup>63</sup>. Il quadro giurisprudenziale successivo è senza dubbio articolato e difficilmente riducibile ad unità, così come non paiono estrapolabili regole tali da poter orientare la prassi con ragionevole certezza. Tuttavia, è arduo non scorgere nelle sentenze in materia l'intento empirico di assicurare la validità di convenzioni che pure potrebbero essere qualificate alla stregua di patti vietati *ex art. 458 c.c.*

Da un punto di vista applicativo, sembra allora ammissibile ricavare la direttiva interpretativa secondo la quale il divieto *ex art. 458 c.c.* non debba essere trattato alla stregua di una norma materiale, con conseguente indistinta applicabilità a tutte le disposizioni testamentarie in forma indiretta<sup>64</sup>. La proibizione deve viceversa essere interpretata in senso *restrittivo*, ammettendo e valorizzando l'operatività di strumenti contrattuali che prevedano effetti successivi alla morte del disponente e che non siano riconducibili in modo inequivoco alla finalità di eludere il divieto dei patti successori. Ciò significa, in altri termini, che non è di per sé invalido il congegno negoziale che determina un vincolo immediato per l'ereditando a fronte della produzione di effetti attributivi al terzo successiva al decesso di una delle parti<sup>65</sup>. Del

---

*perspective*, Hart Publishing, 2016, 133 s.; ZANCHI, *op. cit.*, 728 ss.; TRAISCI, *op. cit.*, 56; e, già, sia pure con riferimento all'ordine pubblico internazionale, L. FERRI, *op. cit.*, 109; PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. Iudica Zatti*, II ed., Milano, 2000, 214).

<sup>62</sup> Già da tempo rilevato in dottrina: v. ad es. RESCIGNO, *Trasmissione*, cit., 1289 ss., il quale sottolinea la scarsa coerenza tra l'orientamento teso a svalutare la portata del divieto e quelle, viceversa, orientate a contenere la validità di contratti con effetti *post mortem*.

<sup>63</sup> V., nella segnata direzione, ad esempio, Cass., 18 dicembre 1995, n. 12906, in *Giur. it.*, 1996, I, 1356, ove la S.C. definisce il divieto come «un limite eccezionale all'autonomia privata non suscettibile di applicazione analogica piuttosto che come un principio generale». Cfr. altresì Cass. 22 luglio 1971, n. 2404, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 1098. Cfr., inoltre, Cass., 24 ottobre 1978, n. 4801, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 492; Cass., 16 febbraio 1995, n. 1683, *Giust. civ.*, 1995, I, 1501 ss. e in *Notariato*, 1995, 552 ss. con nota di CACCAVALE, *Patti successori: il sottile confine tra nullità e validità*; Cass., 9 maggio 2000, n. 5870, in *Riv. not.*, 2001, II, 227, con nota di F.M. GAZZONI, *Patti successori: conferma di un'erosione*. L'orientamento della S.C. non è tuttavia univoco, giacché tradisce un certo (inevitabile) condizionamento dalla fattispecie concreta oggetto di giudizio: v. ad es. Cass., 24 aprile 1987, n. 4053, in *Riv. not.*, 1987, 582 ss.; Cass., 17 agosto 1990, n. 8335, in *Giust. civ.*, 1991, I, 953 ss. con nota di COSTANZA, *Negoziio mortis causa o post mortem?* Un quadro critico delle pronunce più rilevanti in materia si trova ora in BARBA, *op. cit.*, 34 ss. e 147 ss.

<sup>64</sup> *Contra* CALOGERO, *op. cit.*, 138 s. In quest'ultimo senso, v., già, CICU, *Il testamento*, II ed., Milano, 1951, 43.

<sup>65</sup> V., ad es., D'ALOIA, *op. cit.*, 162 ss., il quale peraltro esclude che nell'ipotesi dell'art. 1412 c.c. sia configurabile una vera e propria "disposizione successoria" seppure in forma indiretta. *Contra*, BALESTRA-MARTINO, *op. cit.*, 67 s., i quali ritengono che la distinzione tra atti *mortis causa* e atti *post mortem* non sia risolutiva circa il superamento del divieto *ex art. 458 c.c.*

resto, in una differente prospettiva, autorevole dottrina ha evidenziato che il divieto *ex art. 458 c.c.* non discende da un principio espressione di un valore, bensì costituisce una regola, che come tale richiede di essere interpretata nel quadro del sistema ordinamentale<sup>66</sup>.

La linea interpretativa sopra tratteggiata si sovrappone in larga parte a quella già indicata dalla dottrina, che ha distinto tra atti *mortis causa* e atti con effetti *post mortem*, e, successivamente, dagli autori che hanno cercato di individuare gli esatti confini dell'autonomia privata in ambito parasuccessorio mediante la costruzione della categoria dei contratti *trans mortem*<sup>67</sup>. Nondimeno, va osservato che le teorie appena accennate raggiungono conclusioni differenti circa l'interpretazione della clausola di destinazione del beneficio agli eredi a causa della rigidità dell'impostazione costruttiva che le connota<sup>68</sup>. In particolare, un profilo di debolezza di queste ipotesi ermeneutiche consiste nel procedimento induttivo mediante il quale si è cercato di ricostruire categorie generali di atti sottratti al divieto e nel fatto che tali categorie sono fondate in prevalenza su specifiche caratteristiche strutturali degli stessi. Qualità strutturali che, tuttavia, non sono sempre riscontrabili, nemmeno nell'archetipo dell'assicurazione sulla vita per il caso morte, con ciò ingenerando potenziali incertezze in relazione alla concreta operatività negoziale.

Ad esempio, attributo dei negozi *trans mortem* dovrebbe essere la revocabilità dell'attribuzione, fermo il consenso prestato dal disponente<sup>69</sup>. Tuttavia, la legge espressamente ammette la rinuncia alla facoltà di revoca (art. 1921 c.c.), confermando in termini più generali che la validità di un contratto con effetti *post mortem* non può essere subordinata alla facoltà di revocare l'attribuzione<sup>70</sup>. Parimenti incerta è la ulteriore caratteristica dei negozi *trans mortem* – in ipotesi leciti –, che consisterebbe nella impossibilità che essi abbiano un oggetto modificabile in modo tale da consentire al disponente di lasciare al beneficiario una grandezza residua del proprio patrimonio. Anche in questo caso, la disciplina dell'assicurazione sulla vita ammette espressamente la facoltà di prevedere il riscatto o la riduzione della polizza ad opera dell'assicurato (art. 1925 c.c.)<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> V. CARRABBA, *Le donazioni "mortis causa"*, in *Riv. not.*, 2006, 1467. *Contra*, ritiene che il divieto dei patti successori trovi fondamento in un vero e proprio principio che vieta atti di disposizione della delazione ereditaria, BARBA, *op. cit.*, 20 ss.

<sup>67</sup> V., per la distinzione tra atti *post-mortem* e *mortis causa*: GIAMPICCOLO, *Atto*, cit., 236; NICOLÒ, *Attribuzioni*, cit., CX ss. La categoria dei negozi *trans-mortem* è, come noto, elaborata da: PALAZZO, *Istituti*, cit., 17 ss., il quale riconduce il (supposto) ampliamento dei poteri di autonomia dei privati alla protezione di due specifici interessi (salvaguardia della destinazione dei beni produttivi e protezione di soggetti deboli).

<sup>68</sup> In termini critici sul dibattito italiano relativo ai *will-substitutes* si esprime CHRISTANDL, *op. cit.*, 155.

<sup>69</sup> In questi termini, per tutti, PALAZZO, *Istituti*, cit., 2 ss.

<sup>70</sup> Ritiene che la rinuncia alla facoltà di revoca non sia idonea a escludere la natura di atto di ultima volontà della designazione del beneficiario di un contratto a favore di terzi con effetti *post-mortem*: BARBA, *op. cit.*, 116.

<sup>71</sup> La dottrina prevalente esclude che il contratto di assicurazione possa attribuire la facoltà di riduzione o riscatto, allorché l'assicurato abbia rinunciato alla facoltà di revoca del beneficiario (art. 1921 c.c.). Non

In direzione simile, si muove anche quella dottrina che ha sottolineato la rilevanza dell'irrevocabilità dell'*attribuzione* quale elemento qualificante il contratto *inter vivos* con effetti *post mortem*<sup>72</sup>, sottolineando altresì la necessità di un attento scrutinio causale dell'*attribuzione inter vivos*. Tali autorevoli suggerimenti sono stati sviluppati dalla recente ipotesi ricostruttiva di un autore, che ha rimarcato l'importanza decisiva dell'analisi causale del contratto. Più precisamente, l'applicazione del divieto di patti successori conseguirebbe alla possibilità di sovrapporre la causa in concreto del contratto a quella del testamento<sup>73</sup>. Ne deriva, secondo questa impostazione, che il differimento di effetti immediati di un contratto alla morte del disponente sarebbe idonea a incidere sul profilo causale (concreto) dello stesso, con conseguente applicazione del divieto dei patti successori. Tale linea di pensiero risulta condivisibile nella misura in cui valorizza gli interessi concreti dedotti dalle parti nelle operazioni poste in essere, ma rischia di creare eccessivi elementi di incertezza: soprattutto se si ha riguardo ad operazioni caratterizzate dall'interposizione di un terzo soggetto estraneo ai motivi che animano il contraente-assicurato.

Con specifico riferimento al tema della presente indagine, sembra che uno scrutinio delle motivazioni concrete che spingono l'assicurato a prevedere la clausola di destinazione agli eredi non consenta di escludere la qualificazione in termini successori – e quindi vietati – di alcune polizze di assicurazione sulla vita. Una conclusione siffatta omette, nondimeno, di considerare che l'operatività del divieto sarebbe incoerente in una prospettiva funzionale, giacché avulsa dall'esigenza di prevenzione della possibile elusione di una parte della disciplina successoria<sup>74</sup>.

---

sembra, tuttavia, che una tale limitazione (ricavata dalla supposta contraddittorietà tra la stabilità della designazione e la revoca implicita conseguente all'esercizio della facoltà di riduzione o riscatto) emerga da una disposizione inderogabile, giacché la legge (art. 1925 c.c.) si limita a prescrivere che il contratto disciplini la facoltà di riduzione o riscatto dell'assicurato (senza menzionare il beneficiario). Ciò sembra, inoltre, perfettamente coerente con l'interesse preminente dell'assicurato sottostante alla disciplina. Su questi profili resta fondamentale lo studio di G. CASTELLANO, *Vicende del rapporto di assicurazione sulla vita (Risoluzione di diritto, riduzione e riscatto. Il mutuo su polizza)*, Padova 1963, *passim* (il quale ammette la facoltà di riduzione o riscatto della polizza da parte dell'assicurato, richiedendo l'assenso del beneficiario sul punto). Cfr., inoltre, LANDINI, *op. cit.*, 232 s.

<sup>72</sup> Cfr., di recente, DEL PRATO, *Patti successori*, in *Le successioni*, a cura di Del Prato, Bologna, 2012, 2 s., il quale ritiene che la revocabilità dell'*attribuzione* ammessa dall'art. 1412 c.c. non deve essere intesa quale deroga al divieto di patti successori, giacché la medesima norma presuppone un acquisto *inter vivos* nella misura in cui dispone che la prestazione deve essere eseguita nei confronti degli eredi del beneficiario premorto. Si tratta, tuttavia, di un argomento che non può essere sopravvalutato, poiché, come si è messo in luce nel corso dell'indagine, la legge non esclude che l'acquisto del beneficiario sia differito al momento della morte dell'assicurato, con conseguente intrasmissibilità del beneficio agli eredi.

<sup>73</sup> V., *Il divieto*, cit., 94 ss. In direzione analoga, v. già le considerazioni di BALESTRA-MARTINO, *op. cit.*, 95 ss. Più di recente v. BARBA, *op. cit.*, 162.

<sup>74</sup> Una disciplina sostanzialmente analoga troverebbe applicazione nel caso in cui la clausola di destinazione fosse oggetto di declaratoria di nullità. Il capitale assicurato verrebbe in entrambi i casi assegnato agli eredi dell'assicurato, sia pure in forza di titoli differenti. Con il che, è possibile rimarcare che la *relatio* agli eredi

In sintesi, è possibile osservare nell'evoluzione del dibattito dottrinale e del diritto vivente una progressiva evoluzione nel senso dell'interpretazione restrittiva del divieto, che non ha tuttavia rimosso le incertezze sull'ambito di applicazione del medesimo<sup>75</sup>, alimentate dal fatto che parte della giurisprudenza (e della dottrina) non abbia cessato di ricondurre a ragioni di ordine pubblico la nullità comminata dall'art. 458 c.c.

Gli indici strutturali di sovrapposizione tra patti successori e contratti con effetti *post-mortem* svolgono una importante funzione di indirizzo interpretativo, ma non dovrebbero essere applicati in modo meccanico. Significative indicazioni in questo senso sono ricavabili proprio dalla disciplina del contratto di assicurazione sulla vita. Più precisamente, la disciplina dell'assicurazione sulla vita ammette espressamente *vuoi* la designazione non revocabile del beneficiario (art. 1921 c.c.), *vuoi* la facoltà dell'assicurato di riscattare i premi versati (art. 1925 c.c.). In sostanza, attraverso l'operazione assicurativa, il contraente-assicurato potrebbe vincolare l'attribuzione a un determinato soggetto di una parte del proprio patrimonio che sarà possibile individuare solo alla sua morte. Pur difettando alcuni dei fattori richiesti dalla dottrina precedentemente esaminata per escludere l'applicazione del divieto dei patti successori<sup>76</sup>, tale operazione è oggetto di una implicita valutazione normativa in termini di liceità, riservando il legislatore la tutela di interessi contrapposti all'applicazione della disciplina delle liberalità indirette (art. 1923, comma 2, c.c.).

In altri termini, è possibile ravvisare all'interno della stessa disciplina legislativa un indice ermeneutico che sembra confermare la possibilità di restringere l'applicazione del divieto di patti successori, a fronte dell'applicazione di un corpo di disciplina idoneo a fornire meccanismi di tutela degli interessi contrapposti a quello del disponente.

Le precedenti considerazioni consentono di concludere che l'interpretazione in chiave "parasuccessoria" della clausola «a favore degli eredi» sia ammissibile in un contratto di assicurazione sulla vita per il caso morte, che abbia le caratteristiche tipologiche delineate dal codice. Pertanto, il capitale assicurato sarà attribuito soltanto a coloro che rivestano effettivamente la qualità di eredi e, nel caso di pluralità di destinatari, sarà diviso tra questi ultimi secondo i criteri tipici della disciplina successoria.

Conseguito questo primo risultato, pare opportuno proseguire l'indagine per verificare se tale impostazione possa operare anche nei modelli differenti assicurativi diffusi nella prassi<sup>77</sup>.

---

garantisce la piena applicazione di tutte le norme successorie dirette a proteggere gli interessi ulteriori rispetto a quello del disponente, come ad esempio quello dei suoi creditori.

<sup>75</sup> Si tratta di un rilievo diffuso: v. ad es. ACHILLE, *Il divieto*, cit., 89 ss.

<sup>76</sup> L'attribuzione del beneficio non è revocabile e ha ad oggetto una porzione residuale del patrimonio del *de cuius*. V., ad es., PUTORTI, *Promesse post mortem e patti successori*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 796 ss.

<sup>77</sup> Con riferimento al contratto di capitalizzazione (ma non al contratto di assicurazione sulla vita), parte della dottrina ritiene che la clausola di destinazione del beneficio agli eredi sia da interpretare nel senso che il

4.2 Quanto si è rilevato nel precedente paragrafo circa i limiti di incidenza del diritto successorio sull'autonomia contrattuale induce a verificarne la tenuta in relazione a fattispecie ulteriori rispetto al tipo assicurativo codicistico. Non sembra, infatti, che la clausola di destinazione agli eredi sia connotata da peculiarità tali da generare risultati ermeneutici eccezionali. Cionondimeno, essa costituisce una ipotesi che si può ben considerare al confine tra la disciplina degli atti *inter vivos* con effetti *post mortem* e di quelli *mortis causa*. Con il che, pare possibile superare, sia pure parzialmente, l'opinione dell'autorevole dottrina che ha in passato rilevato il contrasto di alcune forme negoziali a favore del terzo con il divieto dei patti successori, là dove lo schema negoziale consenta allo stipulante di disporre del bene finché in vita, facendo sì che l'oggetto dell'attribuzione coincida con *id quod superest* (in tutto o in parte) nel patrimonio del disponente alla sua morte<sup>78</sup>. Come rilevato nel precedente paragrafo, tale opinione non sembra tenere conto del fatto che l'assicurazione sulla vita può atteggiarsi – sia pur in ipotesi astratta – negli esatti termini sopra indicati, senza che si determini un'antinomia con l'art. 458 c.c.

Una conclusione siffatta pare confermata, anzitutto, dalla disciplina dell'art. 1923 c.c. che, per le ragioni esposte in precedenza, implicitamente esclude il conflitto con il divieto dei patti successori in relazione alle assicurazioni sulla vita *miste*, che sono pacificamente oggetto della medesima disciplina delle assicurazioni per il caso morte<sup>79</sup>.

Al dato appena messo in evidenza, si aggiunge la recente evoluzione della tipologia contrattuale assicurativa che, in coerenza con gli sviluppi socio-economici, ha determinato un significativo ampliamento delle forme negoziali, connotate da una funzione previdenziale attenuata, ossia da un progressivo distacco dal nesso con il rischio demografico<sup>80</sup>. Ad esempio, nelle c.d. polizze rivalutabili di ramo primo<sup>81</sup> (quindi appartenenti allo stesso ramo assicurativo della tradizionale assicurazione sulla vita per il caso morte) la struttura negoziale ammette il versamento di un premio unico, a fronte dell'impegno dell'impresa di assicurazione di garantire, in vita, un certo rendimento all'assicurato, nonché il versamento di una certa somma (corrispondente al premio versato sommato al rendimento di una gestione patrimoniale separata) al beneficiario nel caso di decesso dell'assicurato. In queste ipotesi, è altre-

---

capitale assicurato debba essere attribuito agli eredi effettivi e secondo le quote di riparto dell'asse ereditario, poiché non si verificherebbe in questo caso l'acquisto di un diritto proprio, ma *iure hereditario*: ROJAS ELGUETA, *La disciplina*, cit., 80.

<sup>78</sup> In questi termini, come noto, NICOLÒ, *Attribuzioni*, cit., CXII.

<sup>79</sup> Si tratta, come noto, delle assicurazioni in cui è coperto dall'impresa di assicurazione sia il rischio dell'evento morte, sia quello di sopravvivenza.

<sup>80</sup> Per una sintetica illustrazione di questi modelli contrattuali: C.F. Giampaolino, *Le assicurazioni. L'impresa - I contratti*, in *Tratt. Buonocore*, continuato da Costi, III.3, Torino, 2013, 386 ss. Svaluta la funzione previdenziale delle nuove forme di assicurazione sulla vita: ROJAS ELGUETA, *La disciplina*, cit., 8 ss.

<sup>81</sup> Cfr. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione sulla vita, fondi assicurativi e fondi comuni di investimento*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 229 ss.

sì frequente la facoltà dell'assicurato di riscattare in tutto o in parte il premio versato (fermo restando il riconoscimento di una certa remunerazione all'impresa di assicurazione per l'attività di gestione del patrimonio)<sup>82</sup>.

È noto, poi, che le imprese assicurative sono autorizzate a svolgere attività di distribuzione e gestione di forme previdenziali alternative, di strumenti di capitalizzazione, così come di prodotti misti finanziari-assicurativi, nei quali è sovente prevista una clausola di destinazione del capitale assicurato per l'eventualità della morte dell'assicurato<sup>83</sup>. Pur essendo evidenti le differenze rispetto al modello tradizionale dell'assicurazione sulla vita per il caso morte, in considerazione della minore (o assente) incidenza del rischio demografico, le variegate tipologie assicurative appena menzionate paiono confermare la progressiva trasformazione della funzione previdenziale che storicamente connota l'assicurazione sulla vita, attraverso il confluire nella struttura causale dell'operazione di una maggiore connotazione finanziaria. Del resto, il dibattito sulla funzione dell'investimento finanziario, ne sottolinea sempre più spesso una importante e ineliminabile componente *previdenziale*<sup>84</sup>, con il conseguente avvicinamento, almeno sotto questo profilo, di molte forme di impiego del denaro nel mercato finanziario.

Si potrebbe obiettare che la giurisprudenza<sup>85</sup> e la dottrina<sup>86</sup> abbiano dubitato della possibilità di applicare parte della disciplina (in particolare, l'art. 1923, comma 1, c.c.) dell'assicurazione sulla vita a queste tipologie assicurativo-finanziarie, sul presupposto che esse non sarebbero connotate da quella funzione previdenziale, *stricto sensu* intrecciata al nesso con il rischio demografico che connota il tipo contrattuale tratteggiato dal codice<sup>87</sup>. Invero, l'obiezione è superabile poiché l'ipotizzata disapplicazione della disciplina codicistica (artt. 1922 e 1923 c.c.) non significherebbe affatto isolare queste polizze da un potenziale rilievo sul piano (para)

<sup>82</sup> La funzione propriamente previdenziale delle polizze rivalutabili è rimarcata, tra gli altri, da CORRIAS, *Previdenza*, cit., 94 (in nota ulteriori riferimenti).

<sup>83</sup> Al riguardo, anche per ulteriori riferimenti, v. CORRIAS, *Previdenza*, cit., 95 ss., il quale distingue in modo netto il contratto di capitalizzazione e le polizze rivalutabili e finanziarie.

<sup>84</sup> MOLONEY, *How to protect investors*, Cambridge, 2009, 1 ss.; *adde*, pur in altro contesto, Dalmartello, *Prospettive dell'affidamento fiduciario nei servizi di investimento: i rimedi*, in *La fiducia e i rapporti fiduciari*, a cura di E. Ginevra, Milano, Giuffrè, 2013, 383 ss.

<sup>85</sup> V. Trib. Parma, 10 agosto 2010, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 2 ss. *Contra*, Trib. Bologna, 12 gennaio 2001, in *Ass.*, 2002, II, 164.

<sup>86</sup> V. ad es., in termini generali, GAMBINO, *Finalità e tendenze attuali delle assicurazioni sulla vita*, in *Ass.*, 1985, I, 483; *Contra*, nel senso dell'elasticità causale della disciplina in tema di assicurazione sulla vita: VOLPE PUTZOLU, *Le polizze unit linked e index linked*, in *Ass.*, 2000, I, 235 s.

<sup>87</sup> Nell'ordinamento francese, la Cassazione (Cass., ch mixte, 23 novembre 2004, 03-13673) ha escluso che le forme assicurativo-finanziarie dovessero essere disciplinate in modo differente dal modello classico. Tale orientamento è assai controverso, giacché la disciplina assicurativa esclude che sia il capitale assicurato, sia i premi versati dal contraente-assicurato facciano parte dell'asse ereditario (con l'eccezione di quanto previsto sui premi eccessivi dall'art. L 132-13 *Code des assurances*). Al riguardo, v. Pèrès, *Will-substitutes*, cit., 170 s., ove ulteriori riferimenti.



successorio, allorché siano accompagnate da clausole di destinazione del beneficio con *effetti post-mortem*. Al contrario, come attenta dottrina ha rilevato<sup>88</sup>, escludere l'operatività degli artt. 1922 e 1923 c.c. fa sì che, sotto questo profilo, l'interprete sia autorizzato a colmare la lacuna attraverso un (sorvegliato) impiego in chiave analogica della disciplina successoria, là dove emergano specifiche esigenze di tutela della libertà e dell'integrità del consenso del disponente<sup>89</sup>, delle aspettative dei legittimari<sup>90</sup> o di quelle dei creditori del *de cuius*<sup>91</sup>. Tale ipotesi ermeneutica presuppone l'equivalenza funzionale tra la disposizione successoria e quella contrattuale, con il che – è stato rilevato – l'analogia sarebbe limitata alle situazioni in cui permanga la libera facoltà di revocare il beneficiario, fino alla morte del disponente<sup>92</sup>. Di conseguenza, là dove sia negoziata tra le parti la rinuncia alla facoltà di revoca del

<sup>88</sup> V. ZOPPINI, *Contributo*, cit., 1102 ss.; ROJAS ELGUETA, *Evoluzioni*, cit., 425 ss., il quale si concentra in particolar modo sulle operazioni di capitalizzazione.

<sup>89</sup> A tal riguardo, è possibile prospettare l'applicazione analogica delle ipotesi di indegnità previste dall'art. 464 c.c. che operano sia nel caso dell'istituzione di erede che in quello del legato di specie (v., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2., *Le successioni*, V ed., Milano, 2015, 22 ss.). Sono evidenti le differenze della disciplina successoria rispetto al regime delle donazioni indirette, al quale pure fa riferimento l'art. 1922 c.c., ove è richiamata la disciplina della revocazione delle donazioni per ingratitudine (art. 801 c.c.). La disciplina successoria non richiede – per evidenti ragioni – l'intervento del disponente e, qualora si aderisca alla impostazione che la configura quale ipotesi di incapacità a succedere (al riguardo, v. BIANCA, *Diritto*, cit., 25 ss., il quale, pur confutando il fondamento, considera tuttora prevalente la tesi che ricostruisce l'indegnità alla stregua di una sanzione applicata dal giudice su richiesta di un interessato), opera *ipso iure*. Inoltre, risulterebbero applicabili, con modesti adattamenti, le ipotesi di cui ai nn. 4, 5 e 6 dell'art. 464 (non risulterebbe comunque applicabile, considerato il divieto di applicazione analogica che vige nell'ordinamento penale, la previsione di cui all'art. 609 *nonies* c.p. che prevede la pena accessoria dell'esclusione dalla successione della persona offesa per chi sia condannato per delitti contro la libertà e l'onore sessuale), che non sono richiamate dall'art. 801 c.c. A questo riguardo, va osservato che, almeno con riferimento all'ipotesi dell'art. 464, n. 4, c.c. (ossia al caso della violenza e del dolo nei confronti dell'ereditando), PALAZZO, *Istituti*, cit., 121 ss., ha osservato che risultati sostanzialmente analoghi possono essere raggiunti mediante l'applicazione della disciplina dell'annullabilità del contratto alla designazione, in quanto atto negoziale unilaterale al quale è applicabile la disciplina del contratto in generale (art. 1324 c.c.).

<sup>90</sup> Anche in questo caso, l'applicazione della disciplina successoria consente di richiamare le regole relative alla riduzione delle disposizioni testamentarie e non, viceversa, quelle relative alle donazioni indirette (art. 555 c.c.) oggetto del rinvio contenuto nell'art. 1923 c.c. Con la conseguenza pratica, non trascurabile, che ad essere oggetto di potenziale riduzione (art. 558 c.c.) sarà il capitale assicurato (e non i premi versati dall'assicurato) e che tale disposizione sarà ridotta assieme a quelle testamentarie e non secondo l'ordine di riduzione delle donazioni (così invece PALAZZO, *Autonomia contrattuale*, cit., 144; IEVA, *I fenomeni*, cit., 122 s.). Un ulteriore potenziale ostacolo che in concreto i legittimari possono trovare nell'ottenere adeguata tutela dei propri diritti deriva dall'invocazione da parte delle compagnie di assicurazione della disciplina sulla privacy, che osterebbe alla dichiarazione del nominativo del beneficiario della polizza vita: v. ad es. Trib. Firenze, 26 novembre 2015, in *Corti fiorentine*, 2016, 111 e ss., con nota di NAZZARO, *Assicurazione a favore di terzo e diritti degli eredi dell'assicurato*, la quale riconosce il diritto dei legittimari di ottenere il nominativo del beneficiario a seguito di instaurazione di un procedimento giudiziale *ad hoc*.

<sup>91</sup> La tutela dei creditori ereditari non sarà affidata solo allo strumento (di difficile applicazione, se non in casi limite) della revocatoria ordinaria dei premi prevista dall'art. 1923 c.c., ma essi potranno richiedere la separazione (art. 512 c.c.) del capitale assicurato.

<sup>92</sup> Cfr., ancora, ZOPPINI, *Contributo*, cit., 1111 ss.; ROJAS ELGUETA, *Evoluzioni*, cit., 431.

beneficiario, bisognerebbe interrogarsi sulla possibilità di applicare le norme in tema di liberalità indirette, già richiamate dalla disciplina assicurativa (art. 1923 c.c.). Tuttavia, sembra che l'elemento dell'irrevocabilità dell'attribuzione non debba essere sopravvalutato, là dove la natura parasuccessoria dell'operazione risulti comunque prevalente in ragione della espressa facoltà del disponente di riscattare in tutto o in parte i premi versati: con ciò determinando, nei fatti, una revoca dell'attribuzione pure in presenza di una rinuncia alla facoltà di revoca<sup>93</sup>.

Le precedenti osservazioni paiono comprovare la validità della designazione di un beneficiario – generico o specifico – per il caso morte in un'operazione anche solo *lato sensu* previdenziale. Alla luce dell'evoluzione della prassi assicurativa e delle moderne esigenze a cui essa risponde, resterebbe da chiedersi se sia giustificato riservare alla sola operazione espressamente considerata dalle norme del codice – e alle sue deviazioni diffuse nella prassi – la funzione di operare con effetti *post-mortem* con tanta ampiezza. In altri termini, pur in assenza dei requisiti strutturali individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza (revocabilità dell'attribuzione e determinatezza *ex ante* del suo oggetto), non pare incongruo ipotizzare la piena validità di ogni operazione, con struttura a favore del terzo ed effetti *post-mortem*, nella quale sia riscontrabile una causa concreta idonea a giustificare l'attribuzione al promittente nel corso della vita dello stipulante e che quindi non sia retta dal solo scopo di eludere il divieto dei patti successori. Naturalmente, a condizione che ricorrano i presupposti sopra individuati, anche a tali operazioni si applicherà analogicamente la disciplina successoria nei termini sopra accennati.

5. La piena validità ed efficacia della clausola in favore degli eredi, interpretata nei piani termini in cui essa pare esprimere il suo significato, consente di svolgere alcune valutazioni conclusive e di trarre alcuni ulteriori corollari applicativi.

Dal punto di vista degli interessi in gioco, l'attribuzione del beneficio assicurativo agli eredi dell'assicurato che rivestano effettivamente tale qualità risulta la soluzione applicativa che consente di rispettare in modo più fedele la volontà dell'assicurato nella identificazione tanto del beneficiario quanto delle eventuali quote di divisione del capitale assicurato. Tale impostazione permette altresì di garantire una maggiore tutela ai creditori dell'assicurato (quantomeno al di fuori dei casi di accettazione con beneficio di inventario), con conseguente riduzione dei costi che comporterebbe l'attuazione del credito qualora fosse necessario esperire un'azione revocatoria.

Sembra opportuno osservare altresì che la soluzione raggiunta è analoga, in alcuni dei principali effetti sostanziali, all'interpretazione che, in una differente prospettiva e nel vigore del codice di commercio, aveva sostenuto che la stipulazione «per sé e per gli eredi» equivallesse a una assicurazione *priva di designazione*, con conseguen-

<sup>93</sup> Di revoca implicita parla GIAMPAOLINO, *L'assicurazione*, cit., 402.

te ingresso nell'asse ereditario del capitale assicurato<sup>94</sup>. Al di là della questione dell'ammissibilità di una simile lettura nella prospettiva dell'interpretazione dell'atto di autonomia nell'attuale contesto normativo, sembra interessante notare che essa coincide funzionalmente altresì con il risultato della declaratoria di nullità (*ex art. 458 c.c.*) della clausola. Invero, l'attribuzione *iure hereditario* del beneficio consentirebbe di includere il capitale assicurato nel patrimonio ereditario, in particolare ai fini della disciplina dell'acquisto con beneficio di inventario. Una simile soluzione applicativa è però oggi esclusa dalla legge, allorché presuppone con nettezza un acquisto *inter vivos* di un *diritto proprio* al beneficio.

Vi è, infine, da considerare un ulteriore argomento, benché di carattere sostanzialmente apagogico, che si potrebbe opporre alla ricostruzione della clausola di destinazione agli eredi in chiave parasuccessoria e che costituisce un problema pratico non trascurabile. Sebbene, a differenza di altri ordinamenti<sup>95</sup>, non sia riscontrabile un esplicito riconoscimento normativo, è innegabile l'interesse delle compagnie di assicurazione a liberarsi in breve tempo dall'obbligo conseguente al verificarsi dell'evento (ossia del decesso dell'assicurato). Tale interesse è sovente giustificato da stretti tempi di liquidazione del sinistro previsti contrattualmente e che non potranno che risentire del lasso non breve che spesso caratterizza il procedimento di accettazione dell'eredità

Sotto questo profilo, non è possibile trascurare altresì che la necessità di identificare il beneficiario potrebbe essere fonte di enormi incertezze. Si pensi alle ipotesi di contenzioso tra eredi circa la validità di testamenti multipli, ovvero alla presenza di legittimari pretermessi ovvero ancora alla facoltà di revocare la rinuncia all'eredità<sup>96</sup>.

Più in generale e ferma restando l'opportunità dell'applicazione della disciplina del sequestro liberatorio, l'assicuratore, in assenza di un fondato sospetto del difetto della qualità di erede di un beneficiario, potrà invocare la tutela offerta dall'art. 1189

<sup>94</sup> VIVANTE, *Trattato*, cit., 493 ss. (n. 2007), il quale considera la clausola denominata «per sé e per i miei eredi»; TARTUFARI, *Dei contratti a favore di terzi*, Verona, 1889, 308 ss., il quale ritiene che la stipulazione «a favore degli eredi» non costituisca una stipulazione a favore di terzo, non potendo essere tale l'erede.

<sup>95</sup> Negli Stati Uniti la *sect. 6-102 (i) (1)* del *Uniform Probate Code* (legislazione modello, modificata nel 2010, che costituisce il paradigma legislativo al quale si ispirano le discipline successorie di molti stati ed è stata adottata pedissequamente da 18 stati), sia pure con riferimento alle pretese dei creditori sul capitale assicurato, dispone che: « Unless a written notice asserting that a decedent's probate estate is nonexistent or insufficient to pay allowed claims and statutory allowances has been received from the decedent's personal representative, the following rules apply: ... Payment or delivery of assets by a financial institution, registrar, or other obligor, to a nonprobate transferee in accordance with the terms of the governing instrument controlling the transfer releases the obligor from all claims for amounts paid or assets delivered ». Sul punto, v. ROJAS ELGUETA, *Evoluzione*, cit., 433.

<sup>96</sup> A quest'ultimo riguardo, la soluzione raggiunta dalla S.C. pone solo apparenti problemi di compatibilità con la disciplina dell'accettazione dell'eredità, in quanto la rinuncia alla stessa (art. 525 c.c.) può essere revocata in modo efficace soltanto nell'ipotesi in cui altri chiamati non abbiano accettato la medesima eredità. Disciplina analoga potrà trovare applicazione anche per identificare quali siano gli effettivi titolari del beneficio al capitale assicurato.

c.c. in forza del principio di apparenza. Questa soluzione sembra poi obbligata, se si considera il recente orientamento della Corte di Cassazione<sup>97</sup> che ha considerato, a determinate condizioni, vessatorio (art. 33, comma 2, lett. *q*, cod. cons.) l'insieme di formalità richieste ai fini della liquidazione di una polizza vita, tra le quali vi è spesso la produzione della documentazione successoria. Sarà, ad ogni modo, necessario individuare mediante il regolamento contrattuale un delicato equilibrio tra l'interesse del beneficiario a ottenere il capitale assicurato, senza sopportare eccessive formalità e quello dell'assicurazione a non ritrovarsi, in un secondo momento, parte di un contenzioso, nella sostanza, parasuccessorio<sup>98</sup>.

Le considerazioni che precedono e le numerose incertezze interpretative che tuttora caratterizzano lo spazio di confine tra contratto e successione, confermano l'esigenza di una disciplina dei fenomeni parasuccessori che individui un delicato bilanciamento tra i vari interessi contrapposti. Nel contesto italiano risulta ancora attuale e di stimolo per una futura riforma quanto John H. Langbein autorevolmente scriveva più di trent'anni fa: «The law would function better if it admitted that will substitutes are simply “nonprobate wills”. The inconsistent treatment of identical interpretive questions raised by will and will substitutes is often linked to the mischaracterization of will substitutes as lifetime transfers. The law of wills has reached sound solutions to these interpretive questions, and (...) these solutions should extend presumptively to the will-like transfers of the nonprobate system. The result would be a unified (...) law of succession»<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> Cass., 20 agosto 2015, n. 17024. Su questa decisione v. Lettera IVASS del 17 novembre 2015 e C. PAGNI-G. BONIVENTO, *Polizze vita e clausole vessatorie: linee di orientamento dalla Corte di Cassazione e dall'IVASS*, in *dirittobancario.it*.

<sup>98</sup> Considerazioni analoghe sull'opportunità di una maggiore attenzione delle compagnie di assicurazione nella redazione delle schede di raccolta della designazione del beneficiario in LESLIE-STARK, *Revisiting*, cit., 75 ss.

<sup>99</sup> Langbein, *The nonprobate*, cit., 1140 s.

# La responsabilità dello Stato tra diritto europeo e diritto nazionale

di Antonio Lamorgese\*

*SOMMARIO: 1. La tradizionale irresponsabilità dello Stato. Le costituzioni rigide e i diritti fondamentali. – 2. L'irruzione del diritto europeo e il ruolo del giudice nazionale. – 3. La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto europeo (il rimedio risarcitorio). – 4. La vicenda dei medici specializzati. Premessa. – 4.1 La responsabilità dello Stato-Legislatore: contrattuale o extracontrattuale? – 4.2 Alcune considerazioni generali e cenni alla prescrizione. – 5. La responsabilità dello Stato per fatto della P.A. e del Consiglio di Stato (cenni). – 6. La responsabilità dello Stato per illecito legislativo nell'ordinamento nazionale. – 6.1 Obiezioni e possibili repliche. – 6.2 Il legittimo affidamento nella giurisprudenza delle corti europee (cenni).*

1. Secondo Kelsen<sup>1</sup> “Soltanto lo Stato non può commettere alcun illecito perché un illecito [e quindi una responsabilità] statale è al di là dei limiti che la logica giuridica traccia al pensiero giuridico”. Identificata nello Stato (fattosi *Persona*) la volontà generale e assorbita in esso ogni sovranità (acquistata dal Popolo con l'avvento della democrazia), ipotizzarne una responsabilità per fatto del legislatore (verso il Popolo o i cittadini) si risolverebbe in una responsabilità verso se stesso, giuridicamente impossibile. In questa visione, la funzione legislativa è imputabile direttamente alla società o al popolo. Occorrerebbe una norma che prevedesse una responsabilità dello Stato-legislatore, la quale dovrebbe essere prodotta dal medesimo Stato (*di diritto*) che, nella visione ottocentesca, è l'unico ente produttore di norme. Ad essere (astrattamente) concepibile sarebbe solo un illecito imputabile agli organi statali per atti *individualmente* commessi contro lo Stato.

E' il tempo in cui Sovranità e Autorità sono illimitate e non contenibili (dal diritto statale). Il limite, a protezione dell'area della Libertà, in passato affidato alla lotta per i diritti naturali (giusnaturalismo), non può che essere esterno (un *etero-limite*<sup>2</sup>) ed è offerto dal costituzionalismo moderno, il cui avvento, unitamente ad altri fattori, ha radicalmente modificato i termini del ragionamento.

Si è detto che la novità apportata dall'avvento dello Stato costituzionale “è capitale e riguarda la posizione della legge. Questa, per la prima volta in epoca moderna,

\* Magistrato, cons. di cassazione.

<sup>1</sup> J. KELSEN, *L'illecito dello Stato*, 1914 (Napoli, 1988).

<sup>2</sup> M.P. LARNÉ, *L'esercizio della funzione legislativa: l'(in)esistenza di una responsabilità del Legislatore*, in *I danni cagionati dallo Stato, dalla Pubblica amministrazione e dal Fisco*, a cura di Viola, 2008, 229.

viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno strato più alto di diritto, stabilito dalla Costituzione. Di per sé, questa innovazione potrebbe apparire, e in effetti è apparsa, come una semplice integrazione dei principi dello Stato di diritto che porta a termine il programma dell'integrale soggezione al diritto di tutte le funzioni ordinarie dello Stato, compresa la legislazione (con eccezione della sola funzione costituente) [...] *Tuttavia, altro che di un completamento, si tratta di una profonda trasformazione che coinvolge necessariamente perfino la concezione del diritto*<sup>3</sup>. La legge cessa di essere l'unico parametro di giudizio della validità degli atti statuali; è essa stessa soggetta al giudizio di validità rispetto a un parametro superiore; è il tempo della legalità costituzionale<sup>4</sup>.

L'Autorità della Legge è così limitata e contenuta *dall'esterno* (non di autolimitazione si tratta infatti) a garanzia della sfera della Libertà e, in via funzionale, dei diritti fondamentali<sup>5</sup>.

Sebbene nella nostra Costituzione manchi una norma come l'art. 1, comma 3, della Costituzione tedesca (*"I seguenti diritti fondamentali vincolano il potere legislativo, il potere esecutivo e quello giurisdizionale in quanto diritto immediatamente efficace..."*), non si può dubitare che un analogo concetto sia rinvenibile sistematicamente da varie disposizioni costituzionali (2, 3, 24, 111, 113 Cost.) e da fonti internazionali integrative (ex artt. 10, 11 e 117). Negli Stati costituzionali il potere legislativo non è ontologicamente *sovraordinato* agli altri poteri dello Stato, ai quali è vero che non è assimilabile dal punto di vista della funzione (che è evidentemente diversa dall'amministrare e dal giudicare), ma ad essi è assiologicamente pariordinato (la legge è parametro di legittimità degli atti amministrativi, così come la Costituzione è parametro di legittimità della legge, ormai sindacabile in sede giurisdizionale).

Tutti i poteri sono soggetti alla Costituzione e, per altro verso, doppiamente limitati: sia reciprocamente per il principio del *checks and balances* (il potere legislativo è autorizzato ad incidere sugli altri poteri solo se esercitato *legittimamente*, cioè conformemente a Costituzione), sia all'esterno dalla presenza di *diritti fondamentali* che esprimono lo spazio (dell'indecidibile) garantito all'area insopprimibile della Libertà dei singoli. Il nucleo centrale della Costituzione non è più l'organizzazione dell'*agire* dei pubblici poteri, ma la tutela e valorizzazione della *persona*; quella svolta dai pubblici poteri è una funzione *servente*.

Chi crede a questa impostazione ritiene, a ragione, che il bilanciamento tra i valori in cui consiste la discrezionalità legislativa non possa intaccare o degradare (ad esempio, a mero interesse legittimo) il *nucleo essenziale* dei diritti fondamentali,

<sup>3</sup> G. ZAGREBELSKY, in *Il diritto mite*, 1992, 39.

<sup>4</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2006.

<sup>5</sup> Secondo G. SILVESTRI, *Il problema degli effetti delle leggi in contrasto con la Costituzione: la responsabilità dello Stato e di diritti dei cittadini*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 587, la tutela dei diritti fondamentali è la stella polare e la vera fonte di legittimazione dello Stato costituzionale democratico.

poiché altrimenti verrebbe meno qualsiasi differenza tra questi diritti e gli altri diritti e interessi. Illuminante è la recente sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 16 dicembre 2016, che (in tema di diritto all'istruzione dei disabili, art. 38 Cost.) ha rifiutato la tesi secondo cui "ogni diritto, anche quelli incomprimibili della fattispecie in esame, debbano essere sempre e comunque assoggettati ad un vaglio di sostenibilità [finanziaria] nel quadro complessivo delle risorse disponibili"; se il "legislatore [gode] di discrezionalità nell'individuazione delle misure per la tutela dei diritti delle persone disabili, detto potere discrezionale trova un limite invalicabile [nel] nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati".

Una opposta linea di pensiero è espressa dalla giurisprudenza e dottrina amministrativa che (storicamente anche per la difesa della giurisdizione speciale) affermano la legittimazione del legislatore (e dello stesso potere esecutivo) ad intervenire su ogni materia e su ogni interesse privato, con l'effetto di negare l'essenza dei diritti fondamentali, in una logica di deferenza al Mito del Potere (legislativo) onnipotente e sacro, che è propria, in definitiva, di concezioni precostituzionali.

La desacralizzazione del potere legislativo consente di concepire una responsabilità dello Stato-legislatore nell'ordinamento nazionale. Già Mortati<sup>6</sup> criticava le *preclusioni aprioristiche* verso le tesi che la ammettevano. Su questo tema si tornerà più avanti.

Per ora è sufficiente riportare il pensiero di chi, nel 1934, sosteneva che "vi sono diversi modi di considerare la responsabilità dello Stato in diritto interno, secondo che esso agisce come legislatore, come giudice o come amministrazione pubblica [...] La responsabilità dello Stato in materia di legislazione può nascere soltanto in quei paesi ove la costituzione pone dei limiti al potere legislativo"; l'Autore invitava a "un esame dei principi di diritto costituzionale sui poteri del parlamento e sui diritti di cittadini"<sup>7</sup>.

**2.** Si è detto che l'immunità del Potere legislativo difficilmente poteva essere scalfita dall'interno mediante strumenti di diritto nazionale, ma solo dall'esterno e così è stato.

Infatti, si deve all'Unione europea (sentenza Francovich, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90) la previsione di una responsabilità dello Stato anche per fatto del legislatore e anche per omissione legislativa.

La parziale cessione di sovranità operata dall'Italia in favore dell'Unione (tramite la porta dell'art. 11 Cost., cui si è aggiunta quella dell'art. 117) ha determinato una trasformazione profonda dell'ordinamento nazionale e l'irruzione in esso del diritto comunitario (anzi, euro-unitario), inteso non solo come diritto primario (v. Trattato

<sup>6</sup> C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, 153.

<sup>7</sup> C. VITTA, *Tendenze moderne sulla responsabilità dello stato in diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, citato da E. CALZOLAIO, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, 2004, 14.

sul funzionamento dell'Unione Europea-TFUE) e derivato (prevalentemente da regolamenti e direttive), ma anche come *principi generali*, quali espressi dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e “*dai diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*” (art. 6 Trattato sull'Unione Europea, TUE). E' una vicenda troppo nota per essere qui ripercorsa; è necessario un cenno preliminare al ruolo del giudice nazionale quale *organo* dell'Unione.

L'applicazione corretta del diritto europeo, da parte delle autorità nazionali, costituisce uno specifico obbligo dello Stato, in quanto responsabile all'esterno dell'azione di tutti gli enti che compongono la Repubblica italiana (art. 114 Cost.); gli Stati possono essere chiamati a risponderne davanti alla Corte di giustizia, su iniziativa della Commissione o di altro Stato membro, ai sensi degli artt. 258 ss. TFUE (procedura di infrazione); essi sono tenuti ad adottare “*ogni misura di carattere generale o particolare, atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione*” (art. 4 TUE).

Il Trattato dispone che “*gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*” (art. 19 TUE). In virtù del principio dell'autonomia procedurale degli Stati<sup>8</sup>, essi sono competenti a stabilire detti rimedi, ma allo stesso tempo sono tenuti a farlo, al fine di stabilire una tutela giurisdizionale effettiva nei settori di competenza del diritto dell'Unione.

Sono rimedi *conformativi, demolitori e risarcitori*.

Quelli *conformativi* consistono nell'interpretazione delle norme di diritto nazionale (anche costituzionali), in modo funzionale allo scopo di garantire la piena efficacia del diritto europeo (cioè il perseguimento del *risultato*, cd. *effetto utile*, in attuazione dell'obbligo di leale cooperazione degli Stati *ex art. 4, comma 3, TUE*)<sup>9</sup>; ciò vale soprattutto quando la norma europea non sia direttamente applicabile, perché non autoesecutiva, e tuttavia essa è idonea ad orientare l'interpretazione del diritto nazionale<sup>10</sup> e, in tal senso, è utilizzabile dal giudice per risolvere le controversie

<sup>8</sup> Tra le altre, v. Corte giust. UE, 24 settembre 2002, C-255/00.

<sup>9</sup> Corte giust. UE, 4 luglio 2006, C-212/04, p. 111: “*Il principio di interpretazione conforme richiede [...] che i giudici nazionali facciano tutto quanto compete loro, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima*”. Corte giust., 15 aprile 2008, C-268/06, p. 99: “*L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è infatti inerente al sistema del Trattato CE, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare [...] la piena efficacia delle norme comunitarie*”.

<sup>10</sup> Si parla di “*valore normativo indiretto*”, v. A. DI MAJO, *Diritto dell'Unione europea e tutele nazionali. La responsabilità civile degli Stati*, in *Europa e diritto privato*, 2014, 311.



(anche nei rapporti orizzontali tra privati)<sup>11</sup>; l'unico limite è di non poter attribuire a una direttiva che ne sia priva gli effetti propri di un regolamento, così creando impropri obblighi a carico dei privati<sup>12</sup>.

Vi è poi lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE<sup>13</sup> (*v. infra*), che è un obbligo per gli organi giurisdizionali di ultimo grado (art. 267 TFUE).

Dove non arriva il rimedio conformativo, perché una interpretazione conforme non è possibile<sup>14</sup>, arriva il rimedio *demolitorio*, costituito dalla disapplicazione delle disposizioni, anche costituzionali<sup>15</sup>, che risultino in contrasto con il diritto comunitario e ciò in virtù del *primato* di quest'ultimo<sup>16</sup>. Questo strumento è particolarmente delicato quando la norma interna risulti contrastante con i principi generali richiamati dall'art. 6 TUE e si arresta in presenza di principi costituzionali inviolabili del diritto nazionale (è la *extrema ratio* dei cd. controlimiti<sup>17</sup>).

L'obbligo di disapplicazione (oltre che di interpretazione conforme) compete anche alla Pubblica amministrazione<sup>18</sup> e non solo ai giudici.

<sup>11</sup> Il diritto europeo, specie derivato (si pensi alle direttive), non è fonte di effetti diretti di tipo orizzontale. Corte giust. UE, 15 gennaio 2014, C-176/12: "per consolidata giurisprudenza, anche una disposizione chiara, precisa ed incondizionata di una direttiva volta a conferire diritti o a imporre obblighi ai singoli non può essere applicata in quanto tale nell'ambito di una controversia intercorrente esclusivamente tra privati (*v. sentenze Pfeiffer e a., cit., punto 109, nonché del 19 gennaio 2010, Kucukdeveci, C-555/07, Racc. pag. I-365, punto 46*)".

<sup>12</sup> Corte giust. UE, 4 luglio 1994, C-91-92, p. 24-25; 19 gennaio 2010, C-555/07, p. 45-46, e, soprattutto, 5 ottobre 2004, C-397/01 e 403/01 (p. 104-106, 119-120).

<sup>13</sup> V. Corte cost. n. 75/2012 e Corte di giustizia, 6 ottobre 1982, C-283/81: il giudice di ultima istanza ha l'obbligo di operare il rinvio, a meno che non si tratti di una interpretazione consolidata e in termini o di una norma comunitaria che non lascia adito a dubbi interpretativi.

<sup>14</sup> Secondo Corte giust. UE, 4 luglio 2006, C-212/04, p. 110, "l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (*v., per analogia, sentenza 16 giugno 2005, causa C105/03, p. 44 e 47*)".

<sup>15</sup> Secondo Corte giust. UE, 8 settembre 2010, C-409/06, "è inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano menomare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione".

<sup>16</sup> Si segnala che la Corte cost. n. 28/2010 ha ritenuto soggetta al controllo di conformità al diritto UE, ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost. e, quindi, di costituzionalità, una legge nazionale contrastante con una direttiva priva di efficacia diretta e non recepita. La Corte di giust. UE (sent. 22 giugno 2010, C-188 e 189/10, e 11 settembre 2014, C-112/13) ha ritenuto che, pur essendo i giudici nazionali liberi di introdurre un giudizio incidentale di costituzionalità, sono anche liberi di: "a) sottoporre alla Corte (UE), in qualunque fase del procedimento e finanche al termine del giudizio di costituzionalità, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio; b) adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, e c) disapplicare, al termine di un siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione".

<sup>17</sup> A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, 2017. V., nel caso Taricco, la recente ordinanza della Corte cost. n. 24/2017 di rinvio pregiudiziale alla Corte UE.

<sup>18</sup> Corte giust. UE, 22 giugno 1988, C-103/88; 29 aprile 1999, C-224/97, p. 30-33.

3. Il terzo strumento è quello *risarcitorio*, in ragione della responsabilità degli Stati nell'attuazione del diritto europeo, quando gli altri strumenti non abbiano consentito di realizzare i risultati da esso voluti, perché i diversi organi dello Stato non li hanno utilizzati o li hanno utilizzati male<sup>19</sup>, e siano residuati danni. In tal caso, lo Stato è chiamato a risponderne verso i singoli, qualunque sia l'organo la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione, poiché l'obbligo risarcitorio non può dipendere da norme interne sulla ripartizione delle competenze tra i diversi poteri<sup>20</sup>.

Lo Stato “viene considerato nella sua unità, senza che rilevi la circostanza che la violazione da cui ha avuto origine il danno sia imputabile al potere legislativo, giudiziario o esecutivo”<sup>21</sup>, a prescindere da quale sia l'autorità cui incombe l'onere del risarcimento (tale onere può incombere anche sull'ente di diritto pubblico responsabile della violazione, anche in aggiunta o accanto allo Stato<sup>22</sup>). Ciò ha consentito alle Sezioni Unite di affermare la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario sull'azione di responsabilità dello Stato<sup>23</sup> (nei confronti della Presidenza del Consiglio dei ministri<sup>24</sup>), non rilevando la natura giuridica della situazione giuridica sottostante (diritto soggettivo o interesse legittimo)<sup>25</sup>, né il fatto che la lite abbia ad oggetto tributi<sup>26</sup>.

La Corte di giustizia (sent. Francovich del 1991) ha ritenuto la responsabilità dello Stato come un rimedio *inerente al sistema del Trattato*<sup>27</sup>, ai fini della piena effi-

<sup>19</sup> Secondo Corte giust., 25 febbraio 1999, C-131/97, l'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione di una direttiva, purché quest'ultima sia stata poi attuata, lascia aperta la risarcibilità dei danni ulteriori che i beneficiari dimostrino di avere patito per non avere goduto a suo tempo dei benefici garantiti dalla medesima.

<sup>20</sup> Corte giust. UE, 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, p. 32-33.

<sup>21</sup> Corte giust. UE, ult. cit., 34.

<sup>22</sup> Corte giust. UE, 4 luglio 2000, C-424/00, p. 27; 1 giugno 1999, C-302/97.

<sup>23</sup> Secondo F. FERRARO, *Responsabilità dello Stato (diritto UE)*, in *www.treccani.it*, “in presenza del medesimo *genus di condotta generatrice, consistente in una violazione caratterizzata del diritto dell'Unione, appare contrario al principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. ipotizzare che lo Stato possa risultare obbligato a risarcire il soggetto leso sulla base di condizioni procedurali sensibilmente differenti, a seconda dell'organo inadempiente (Legislatore, Amministrazione o Giudice)*”. Il medesimo A. condivisibilmente ha ritenuto che la responsabilità dello Stato per fatto dell'Amministrazione sia riconducibile all'art. 2043 c.c. e non confondibile con le azioni risarcitorie proponibili in via consequenziale dinanzi al giudice amministrativo.

<sup>24</sup> Cass. n. 10253/2014.

<sup>25</sup> Cass., sez. un., n. 11092/2010.

<sup>26</sup> Cass., sez. un., n. 20323/2012.

<sup>27</sup> Infatti, la piena efficacia delle norme comunitarie sarebbe messa a repentaglio e la tutela dei diritti da esse riconosciuti sarebbe infirmata se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro. La possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile qualora la piena efficacia delle norme comunitarie sia subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario.

cazia delle norme comunitarie e dell'effettiva tutela dei diritti da esse garantiti. Essa ha attinto al regime della responsabilità extracontrattuale dell'Unione e ai "principi generali comuni ai diritti degli Stati membri" (v. ora l'art. 340 TFUE) circa l'obbligo di risarcire i danni cagionati ai singoli dalle sue istituzioni o dai suoi agenti. "I presupposti del sorgere della responsabilità dello Stato per danni cagionati ai singoli in conseguenza della violazione del diritto comunitario non debbono essere diversi, in mancanza di specifica giustificazione, da quelli che disciplinano la responsabilità della Comunità in circostanze analoghe. Infatti, la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario non può variare in funzione della natura, nazionale o comunitaria, dell'organo che ha cagionato il danno"<sup>28</sup>.

Le condizioni per il sorgere della responsabilità sono state indicate dalla sentenza Francovich e precisate dalle sentenze successive:

- a) La prima condizione è che il risultato previsto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli. Le direttive ben possono essere preordinate a conferire diritti ai singoli, benché prive di efficacia diretta<sup>29</sup>, richiedendo l'adozione di strumenti attuativi da parte degli Stati (art. 288 TFUE)<sup>30</sup>. Una recente sentenza della Corte di giustizia<sup>31</sup> ha escluso l'applicabilità del regime della responsabilità extracontrattuale dello Stato in un caso in cui un cittadino belga aveva dedotto la contrarietà al Trattato (norme sulle libertà di stabilimento e prestazione di servizi) delle disposizioni nazionali che escludevano dalla previdenza sociale le prestazioni di biologia clinica eseguite in laboratori privati gestiti da persone non tutte abilitate ad eseguire analisi mediche, ritenendo che la normativa nazionale si applicasse indistintamente ai cittadini belgi e a quelli di altri paesi dell'Unione e che, in mancanza di specifiche indicazioni da parte del giudice del rinvio, non sussistessero legami fra l'oggetto o le circostanze concrete del giudizio e le richiamate disposizioni del Trattato. La sentenza, non priva di ambiguità<sup>32</sup>, ha in sostanza ritenuto inap-

<sup>28</sup> Corte giust. UE, 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, p. 42.

<sup>29</sup> La Corte, al fine di aumentare il grado di vincolatività degli atti non *self executing* negli stati membri, ha affermato l'idoneità delle direttive ad esplicare effetti diretti, diventando direttamente applicabili, qualora sia scaduto il termine di recepimento, limitatamente alle parti concretamente applicabili, v. Corte giust. UE, 6 ottobre 1970, C-9/70.

<sup>30</sup> Infatti, secondo Corte giust. UE, 5 febbraio 1963, C-26/62, "La Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, sia pur in settori limitati ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini".

<sup>31</sup> Corte giust. UE, 15 novembre 2016, C-268/15.

<sup>32</sup> Laddove la sentenza ha osservato che "l'interpretazione delle libertà fondamentali previste agli articoli 49, 56 o 63 TFUE può risultare rilevante in una causa cui tutti gli elementi si collocano all'interno di un solo Stato membro nell'ipotesi in cui il diritto nazionale imponga al giudice del rinvio di riconoscere ad un cittadino dello Stato membro cui detto giudice appartiene gli stessi diritti di cui il cittadino di un altro Stato membro, nella stessa situazione, beneficerebbe in forza del diritto dell'Unione" (v. p. 52); e che "analogo ragionamento si applica nei casi in cui, benché i fatti della causa principale non rientrino nella sfera di applicazione diretta del diritto

plicabile il diritto dell'Unione in una controversia ritenuta prettamente *nazionale*.

- b) La seconda condizione (che il contenuto di tali diritti sia individuabile sulla base delle disposizioni della direttiva<sup>33</sup>) è stata precisata nel senso che la violazione dev'essere sufficientemente *qualificata* o *caratterizzata*.
- Nel caso in cui lo Stato membro operi in settori nei quali disponga di un ampio potere discrezionale, paragonabile a quello del quale si avvalgono le istituzioni europee per l'attuazione delle politiche comunitarie, i presupposti della sua responsabilità debbono essere, in via di principio, i medesimi di quelli dai quali dipende il sorgere della responsabilità dell'Unione in una situazione analoga, cioè deve trattarsi di una "*violazione grave e manifesta*"<sup>34</sup>; a questo fine, "*fra gli elementi che il giudice competente può eventualmente prendere in considerazione, vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario*"<sup>35</sup> (si spiega perché la responsabilità dello Stato-Giudice, imputabile alla decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, sia stata prevista in caso di

---

dell'Unione, le disposizioni di tale diritto sono state rese applicabili dalla normativa nazionale, la quale si è uniformata, per le soluzioni date a situazioni i cui elementi sono tutti collocati all'interno di un solo Stato membro, a quelle adottate dal diritto dell'Unione" (v. p. 53). Queste affermazioni non sono agevolmente compatibili con quelle espresse in altri punti della motivazione, laddove si legge: "*quando il giudice del rinvio si rivolge alla Corte nell'ambito di un procedimento di annullamento di disposizioni applicabili non solo nei confronti dei cittadini nazionali, ma anche dei cittadini degli altri Stati membri, la decisione che tale giudice adotterà a seguito della sua sentenza pronunciata in via pregiudiziale produrrà effetti anche nei confronti di questi ultimi cittadini, il che giustifica che essa risponda alle questioni sottopostele in relazione alle disposizioni del trattato relative alle libertà fondamentali nonostante il fatto che tutti gli elementi della controversia di cui al procedimento principale restino confinati all'interno di un solo Stato membro*" (nella stessa sentenza v. riferimenti al p. 51 e, per un ulteriore profilo, al p. 50).

<sup>33</sup> Corte giust., novembre 1991, Francovich, p.40.

<sup>34</sup> Corte giust. UE, 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, p. 47, 55, 74. Infatti, l'esercizio del potere legislativo della Comunità "*non deve essere ostacolato dalla prospettiva di azioni risarcitorie ogni volta che essa deve adottare, nell'interesse generale della Comunità, provvedimenti normativi che possono ledere interessi di singoli e che, per altro verso, in un contesto normativo caratterizzato dall'esistenza di un ampio potere discrezionale, indispensabile per l'attuazione di una politica comunitaria, la responsabilità della comunità può sussistere solo se l'istituzione di cui trattasi ha disconosciuto, in modo palese e grave, i limiti che si impongono all'esercizio dei suoi poteri*" (v. p. 45).

<sup>35</sup> Corte giust. UE, 5 marzo 1996 cit., p. 56.

violazione manifesta del diritto comunitario, “*tenuto conto della specificità della funzione giurisdizionale*”<sup>36</sup>).

- Nel caso invece in cui lo Stato membro non disponga di un analogo potere discrezionale, che è ridotto fortemente in presenza di obblighi di risultato o di condotta impostigli, specie in settori disciplinati dal diritto europeo, la responsabilità è configurabile per il fatto stesso di non avere adottato *alcun* provvedimento necessario per attuare una direttiva nel termine previsto<sup>37</sup>.
- c) La terza condizione è l'esistenza, che i giudici nazionali devono accertare, di un nesso causale tra la violazione denunciata e i danni lamentati. Il danno risarcibile dev'essere integrale e coprire anche il lucro cessante<sup>38</sup>.

Inoltre, la Corte di giustizia UE, conformemente al principio generale comune agli ordinamenti degli Stati membri secondo cui la persona lesa deve dimostrare di avere agito con ragionevole diligenza al fine di limitare l'entità del danno, ha ritenuto compatibile con il diritto europeo una disciplina nazionale come l'art. 839, n. 3, del BGB [v. il nostro art. 1227 c.c.], “*a condizione che si possa ragionevolmente esigere dal soggetto leso l'utilizzo dell'azione in parola*” e senza che si possa “*imporre ai soggetti lesi di esperire sistematicamente tutti i mezzi di tutela giudiziaria a loro disposizione, tenendo conto che ciò causerebbe difficoltà eccessive...*”<sup>39</sup>; è una valutazione che spetta al giudice nazionale, alla luce del complesso delle circostanze della causa.

Se è vero che il risarcimento del danno non può essere subordinato “*al presupposto di una previa constatazione, da parte della Corte, di un inadempimento del diritto comunitario imputabile allo Stato... né all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale al quale è imputabile l'inadempimento...*”<sup>40</sup>, si è anche precisato

<sup>36</sup> Corte giust. UE, 30 settembre 2003, C-224/01, p. 59. Nella sentenza del 13 giugno 2006, C-173/03, si legge che “*il diritto comunitario osta altresì ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente, quale precisata ai punti 53-56 della citata sentenza Kobler*” (p. 46). V. anche Corte giust. UE, 24 novembre 2011, C-379/10.

<sup>37</sup> Corte giust. UE, 5 marzo 1996 cit., p.46; 8 ottobre 1996, C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94, C-190/9, p. 29.

<sup>38</sup> Corte giust. UE, 5 marzo 1996 cit., p. 87; 13 luglio 2006, C-295/04 e C-298/04, p. 61, la quale ha osservato che l'esclusione del lucro cessante, soprattutto nelle controversie di natura economica o commerciale, renderebbe di fatto impossibile il risarcimento del danno.

<sup>39</sup> V. Corte giust. UE, 24 marzo 2009, C-445/06, p. 61-62, 64. Corte giust. UE, 9 settembre 2015, C-160/14, 52, 57-60, ha ravvisato la violazione del diritto dell'Unione per il fatto di condizionare l'azione di responsabilità dello Stato per fatto del giudice di ultima istanza all'annullamento della decisione lesiva emessa da tale organo, allorché un simile annullamento era, in pratica, escluso, poiché “*le ipotesi in cui le decisioni del Supremo Tribunal de Justicia possono essere riesaminate sono estremamente limitate*”; per sottrarsi alla sua responsabilità lo Stato non può opporre né il principio dell'autorità di cosa giudicata né quello della certezza del diritto.

<sup>40</sup> V., tra le tante, Corte giust. UE, 8 ottobre 1996 cit., p. 28; 24 marzo 2009, C-445/06. Secondo quest'ultima decisione, “*la constatazione dell'inadempimento è certo un elemento significativo, ma non indispensabile per*

che “in ogni caso, una violazione del diritto comunitario è manifesta e grave quando continua nonostante la pronuncia di una sentenza che ha accertato l’inadempimento contestato, di una sentenza pregiudiziale o di una giurisprudenza consolidata della Corte in materia, dalle quali risulti l’illegittimità del comportamento in questione”<sup>41</sup>.

E’ importante considerare che, essendo l’ordinamento eurounitario sfornito di propri strumenti coercitivi negli ordinamenti nazionali, “è nell’ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato; spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario”<sup>42</sup>. Si è detto efficacemente che “la testa si trova nel diritto comunitario” e “le gambe negli ordinamenti degli stati membri”<sup>43</sup>.

In ogni caso, in base a una giurisprudenza costante, le condizioni, formali e sostanziali, stabilite dalle diverse legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano analoghi reclami di natura interna (principio di equivalenza<sup>44</sup>) e non possono essere congegnate in modo da rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile ottenere il risarcimento (principio di effettività).

Si tratta di due condizioni che devono concorrere: non basta che un analogo trattamento sia riservato alle azioni fondate sul diritto nazionale e su quello comunitario quando quel trattamento non garantisca una tutela effettiva; per altro verso, quando l’ordinamento nazionale riservi alle azioni fondate sul diritto europeo un trattamento più favorevole rispetto a quello riservato alle azioni di diritto nazionale, potrà dirsi rispettata la prima condizione, ma occorrerà pur sempre verificare che sia soddisfatta la seconda condizione, cioè che la tutela sia effettiva secondo i parametri europei.

4. La vicenda dei medici specializzati costituisce un osservatorio privilegiato del modo in cui il giudice nazionale applica il diritto eurounitario e le norme sulla responsabilità dello Stato-Legislatore per violazione di quel diritto.

---

*verificare che sia soddisfatta la condizione secondo cui la violazione del diritto comunitario dev’essere sufficientemente qualificata. Inoltre, i diritti conferiti ai soggetti non possono dipendere dalla valutazione della Commissione in ordine all’opportunità di avviare un procedimento ex art. 226 CE [ora art. 258 TFUE] nei confronti di uno Stato membro, né dalle eventuali sanzioni della Corte che dichiara l’inadempimento”. V. anche Corte giust. UE, 12 dicembre 2006, C-446/04, p. 213 ss.*

<sup>41</sup> V., tra le tante, Corte giust. UE, 5 marzo 1996 cit., p. 57.

<sup>42</sup> V., tra le tante, Corte giust. UE, 4 luglio 2000, C-424/00, p. 33.

<sup>43</sup> Così A. DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni ad opera dello Stato*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 748.

<sup>44</sup> Corte giust. UE, 26 gennaio 2010, C118/08, ha censurato per violazione del principio di equivalenza la normativa spagnola che imponeva condizioni più gravose per l’esperimento di un’azione di risarcimento avente come presupposto una legge contraria al diritto comunitario rispetto ad un’azione risarcitoria fondata su una legge contraria alla Costituzione.

Tale vicenda ha *travolto* le aule di giustizia italiane negli ultimi anni e ha dato luogo a una recente ordinanza delle Sezioni Unite di rinvio alla Corte di giustizia UE<sup>45</sup>, a distanza di:

- 34 anni dalla data di scadenza del termine (31 dicembre 1982) fissato per l'attuazione della direttiva 82/76/CEE, che imponeva un'adeguata remunerazione ai medici che avevano frequentato determinati corsi di specializzazione, a tempo pieno e parziale, nel periodo tra il 1982 e il 1991;
- 29 anni dalla data della sentenza della Corte di giust. UE (7 luglio 1987, C-49/86) che aveva accertato l'inadempimento dell'Italia agli obblighi derivanti dalla citata direttiva;
- 25 anni dal d.lgs. 8 agosto 1991, n. 257, che aveva dato (scorretta e tardiva) attuazione alla predetta direttiva solo per i cicli accademici dal 1991/1992 in poi, prevedendo un compenso annuo di £. 21.500.000 e lasciando insoddisfatte le legittime pretese dei medici che avevano frequentato i corsi di specializzazione nel periodo 1982-1991;
- 17 anni dall'entrata in vigore della legge 19 ottobre 1999, n. 370 (art. 11), che aveva riconosciuto un compenso annuo ridotto (di £. 10.500.000) ai medici, destinatari di sentenze favorevoli del giudice amministrativo passate in giudicato, che avevano frequentato i corsi di specializzazione negli anni accademici dal 1983-1984 al 1990-1991;
- circa 16 anni dalle due sentenze della Corte giust. UE (25 febbraio 1999, C-131/97, e 3 ottobre 2000, C-371/97) che avevano interpretato la direttiva come prevedente un obbligo dello Stato *"incondizionato e sufficientemente preciso nella parte..."* concernente la retribuzione per la formazione effettuata, a tempo pieno o a tempo ridotto; le medesime sentenze avevano affermato che *"il detto obbligo tuttavia non consente di per sé al giudice nazionale di identificare il debitore tenuto a versare la remunerazione adeguata né di individuare l'importo della stessa [...]. Il giudice nazionale è tenuto tuttavia, quando applica tutte le disposizioni di diritto nazionale precedenti o successive a una direttiva, ad interpretarle, quanto più possibile, alla luce della lettera e*

<sup>45</sup> Cass., sez. un., n. 23581/2016, ha formulato alla Corte di Lussemburgo i seguenti quesiti: *"a) se la direttiva n. 82/76/CEE, riassuntiva delle direttive n. 75/362/CEE e n. 75/363/CEE, debba essere interpretata nel senso che rientrano nel suo ambito di applicazione anche le formazioni di medici specialisti, sia a tempo pieno che a tempo ridotto, già in corso e proseguite oltre il 31 dicembre 1982, termine fissato agli stati membri dall'art. 16 della direttiva n. 82/76/CEE per adottare le misure necessarie per conformarsi. In caso di risposta affermativa al quesito sub a): b) se l'allegato, aggiunto alla direttiva 'coordinamento' n. 75/363 CEE, dall'art. 13 della direttiva n. 82/76/CEE, riassuntiva delle direttive n. 75/362/CEE e n. 75/363/CEE, debba essere interpretato nel senso che per i corsi di formazione specialistica già iniziati alla data del 31 dicembre 1982 l'insorgenza dell'obbligo di remunerazione adeguata per i medici specializzandi dipenda dall'assolvimento dell'obbligo di riorganizzazione o comunque di verifica di compatibilità con le prescrizioni delle predette Direttive; c) se in favore dei medici che abbiano conseguito specializzazioni frequentando corsi di formazione che avevano già avuto inizio ma non erano ancora conclusi al 1° gennaio 1983, sia insorto o meno l'obbligo di adeguata remunerazione per l'intera durata del corso o per il solo periodo di tempo successivo al 31 dicembre 1982 ed a quali e eventuali condizioni"*.

*dello scopo della direttiva stessa [...] L'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione di una direttiva permette di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli della tardiva attuazione di tale direttiva, a condizione che la direttiva stessa sia stata regolarmente recepita. Tuttavia, spetta al giudice nazionale far sì che il risarcimento del danno subito dai beneficiari sia adeguato. Un'applicazione retroattiva, regolare e completa delle misure di attuazione della direttiva sarà a tal fine sufficiente, a meno che i beneficiari non dimostrino l'esistenza di danni ulteriori da essi eventualmente subiti per non aver potuto fruire a suo tempo dei vantaggi pecuniari garantiti dalla direttiva e che dovrebbero quindi essere anch'essi risarciti”;*

- è del 2011 la sentenza della Corte giust. UE (19 maggio 2011, C-452/09) che ha così stabilito: “*il diritto dell’Unione deve essere interpretato nel senso che non osta a che uno Stato membro eccipisca la scadenza di un termine di prescrizione ragionevole a fronte di un’azione giurisdizionale proposta da un singolo per ottenere la tutela dei diritti conferiti da una direttiva, anche qualora tale Stato non l’abbia correttamente trasposta, a condizione che, con il suo comportamento, esso non sia stato all’origine della tardività del ricorso. L’accertamento da parte della Corte di giustizia della violazione del diritto dell’Unione è ininfluenza sul dies a quo del termine di prescrizione, allorché detta violazione è fuori dubbio. In tale ipotesi, infatti, la constatazione giurisdizionale di detta violazione non è necessaria per porre i beneficiari in grado di conoscere quale sia l’ampiezza dei loro diritti. La fissazione del dies a quo del termine anteriormente a detta constatazione non rende quindi praticamente impossibile o eccessivamente difficile la salvaguardia dei diritti derivanti dal diritto dell’Unione”.*

4.1 Le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 9147 del 2009 (relativa proprio ai medici specializzati), modificando il precedente orientamento che aveva ricondotto con assoluta prevalenza la responsabilità dello Stato-Legislatore per mancata o erronea attuazione delle norme comunitarie alla fattispecie di cui all’art. 2043 c.c.<sup>46</sup>, ha affermato il seguente principio: “*in caso di omessa o tardiva trasposizione da parte del legislatore italiano, nel termine prescritto, delle direttive comunitarie (nella specie, le direttive n. 75/362/CEE e n. 82/76/CEE, non autoesecutive, in tema di retribuzione della formazione dei medici specializzandi) sorge, conformemente ai principi più volte affermati dalla Corte di Giustizia, il diritto degli interessati al risarcimento dei danni che va ricondotto - anche a prescindere dall’esistenza di uno specifico intervento legislativo accompagnato da una previsione risarcitoria - allo schema della responsabilità per inadempimento dell’obbligazione ex lege dello Stato, di natura indennitaria per at-*

<sup>46</sup> V., tra le altre, Cass. n.3283/2008 e n. 7630/2003 (riguardanti i medici specializzati) e n. 5249/2001 (in materia di tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro). In senso analogo, Cons. Stato, sez. IV, n. 482 e 662 del 2012.



*tività non anti-giuridica, dovendosi ritenere che la condotta dello Stato inadempiente sia suscettibile di essere qualificata come anti-giuridica nell'ordinamento comunitario ma non anche alla stregua dell'ordinamento interno (stante il carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti, comunitario e interno). Ne consegue che il relativo risarcimento, avente natura di credito di valore, non è subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa e deve essere determinato, con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, in modo da assicurare al danneggiato un'adeguata compensazione della perdita subita in ragione del ritardo oggettivamente apprezzabile, restando assoggettata la pretesa risarcitoria, in quanto diretta all'adempimento di una obbligazione ex lege riconducibile all'area della responsabilità contrattuale, all'ordinario termine decennale di prescrizione”.*

Il nuovo orientamento è stato precisato dalla giurisprudenza successiva, nel senso che l'affermazione delle Sezioni Unite circa l'assenza di anti-giuridicità nel comportamento dello Stato vale solo a giustificare la mancata riconduzione della fattispecie alla responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., ma quel comportamento resta anti-giuridico anche nell'ordinamento interno.

Questa giurisprudenza si snoda, in sintesi, nei seguenti passaggi:

- a) si tratta di una responsabilità (para)contrattuale dello Stato per violazione dell'obbligazione, derivante dalla partecipazione all'Unione europea, di tempestiva e corretta attuazione delle direttive non autoesecutive (costituente ex art. 1173 c.c. fatto costitutivo dell'obbligazione risarcitoria<sup>47</sup>), avente ad oggetto l'attribuzione di diritti *a favore* di singoli beneficiari (prima condizione indicata dalla sentenza Francovich);
- b) la presenza di questa originaria obbligazione (inadempita) attrae la conseguente responsabilità nell'orbita di quella contrattuale in senso lato, di tipo para-contrattuale o indennitario (con applicazione della prescrizione decennale);
- c) questa ricostruzione, mettendo fuori gioco la responsabilità extracontrattuale, fa sì che i singoli abbiano diritto a un risarcimento *serio, congruo e non irrisorio*, ma non *integrale*, quale sarebbe quello invocato ai sensi del d.lgs. n. 257/1991 per le borse di studio riconosciute a partire dal 1991 (altrimenti - si afferma - vi sarebbe un'impropria “*trasformazione di una disciplina comunque discrezionale, quanto all'individuazione della misura della retribuzione... e... irretroattiva sul piano della sua decorrenza, in una disposizione normativa inconsapevolmente e involontariamente retroattiva*”<sup>48</sup>);
- d) il parametro risarcitorio è quello equitativo (secondo canoni di parità di trattamento) ed è tratto dalla legge n. 370 del 1999<sup>49</sup>, nella parte concernente

<sup>47</sup> Cass. n. 10813/2011.

<sup>48</sup> Cass. ult. cit. In realtà, un'analoga obiezione avrebbe potuto opporsi anche contro l'applicabilità della legge n. 370 del 1999.

<sup>49</sup> Secondo Cass. n. 2538/2015 si tratta di un'applicazione retroattiva della legge del 1999; Cass. n. 23275/2011 utilizza le indicazioni provenienti dalla predetta legge “*come parametro di riferimento*” per la determinazione

l'attribuzione di un contributo ridotto, mediante una necessaria correzione della disposizione che, come s'è detto, illogicamente riguardava solo una particolare categoria di beneficiari tra quelli che avevano frequentato i corsi tra il 1983 e il 1999 (si tratta di una disapplicazione *in parte qua*, necessaria per realizzare il cd. *effetto utile* della norma europea);

- e) si è opportunamente precisato che “*la circostanza che i medici avessero, nel periodo di ritardato adempimento, frequentato le scuole di specializzazione come in precedenza organizzate, costituisce indizio presuntivo che essi le avrebbero verosimilmente frequentate anche nel diverso regime conforme alle prescrizioni comunitarie; né, d'altra parte, i medici possono essere gravati della prova di non aver percepito, durante il periodo di formazione, altre remunerazioni o borse di studio, trattandosi di circostanze, eventualmente rilevanti a titolo di aliunde perceptum, l'onere della cui prova va posto a carico del soggetto inadempiente*”<sup>50</sup> (si fa presente che le Sezioni Unite, n. 23581/2016 cit., in sede di rinvio pregiudiziale alla Corte giust. UE, hanno chiesto di chiarire se “*per i corsi di formazione specialistica già iniziati alla data del 31 dicembre 1982 l'insorgenza dell'obbligo di remunerazione adeguata per i medici specializzandi dipenda dall'assolvimento dell'obbligo di riorganizzazione o comunque di verifica di compatibilità con le prescrizioni delle predette direttive*”).

Parte della dottrina<sup>51</sup> ha valutato positivamente l'inquadramento della responsabilità dello Stato in ambito contrattuale, evidenziandone i vantaggi per i singoli beneficiari: applicazione della prescrizione decennale e del più favorevole regime della colpa e dell'onere della prova (presunta ex art. 1218 c.c.). Altra dottrina si è espressa in senso critico<sup>52</sup>.

---

del danno.

<sup>50</sup> Cass. n. 1182/2011. Secondo Cass. 23577/2011, “*lo specializzando che faccia valere la pretesa risarcitoria per siffatto inadempimento è tenuto a dimostrare, quale fatto costitutivo del danno evento costituito dalla perdita dell'adeguata remunerazione, solo la mera frequenza di un corso ricadente negli elenchi predetti, potendo le concrete modalità di svolgimento del corso stesso venire in rilievo, al più, quali circostanze incidenti sulla quantificazione del pregiudizio, ove la scelta dell'una o dell'altra opzione (tempo pieno o parziale) sia dipesa dalla scelta dello specializzando, ma non già ove il corso medesimo sia stato organizzato soltanto con modalità in fatto corrispondenti al tempo parziale, in ragione di quanto deciso dalla singola università in base alla legislazione statale irrispettosa della disciplina dettata dal diritto comunitario*”. Cass. n. 2737/2015 fa riferimento alla perdita della chance di godere dei benefici effettivi circa lo sviluppo professionale derivante dal minor valore del titolo professionale.

<sup>51</sup> C. AMALFITANO, F. PERSANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2012, 112.

<sup>52</sup> R. CONTI, *La natura “non illecita” dell'illecito comunitario*, in *Danno e resp.*, 2010, 19; C. PASQUINELLI, in *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, 2013, 64 ss., 68 ss., 72, 148 ss.; E. SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 168; in senso sostanzialmente critico è anche A. DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, in *Corriere giur.*, 2011, 1428.

4.2 Premesso che la conformazione del rimedio risarcitorio è compito riservato ai giudici degli Stati membri, sulla base del loro diritto nazionale, va detto che la qualificazione in termini para-contrattuali della responsabilità dello Stato per violazione degli obblighi europei è *compatibile* con lo scopo di garantire una tutela effettiva (salvi ulteriori sviluppi giurisprudenziali che esaltino la dimensione indennitaria rispetto a quella risarcitoria del rimedio in esame), ma è dubbio che sia la più idonea.

- a) Si dirà che le parole usate dalla Corte di giustizia UE non hanno valore vincolante per gli Stati (anche in virtù dell'autonomia procedurale di cui essi godono), ma resta un'importante indicazione quella proveniente dalla Corte europea, la quale ha costruito la responsabilità degli Stati sul modello della responsabilità *extracontrattuale* della Comunità, così qualificata dal TFUI (art. 340, comma 2), espressamente distinta da quella contrattuale (prevista al comma 1); la Corte ha richiamato spesso la responsabilità *extracontrattuale* degli Stati per violazione del diritto comunitario<sup>53</sup>, mai quella contrattuale o para-contrattuale, ed ha sempre preteso il pieno risarcimento del danno, né risulta che abbia mai parlato di indennità.
- b) Il danno contrattuale si caratterizza rispetto a quello extracontrattuale per identificarsi con l'aspettativa della prestazione inattuata o inesattamente attuata o, meglio, con il valore da essa rivestito, di cui costituisce l'equivalente, svolgendo una funzione sostitutiva della prestazione mancata<sup>54</sup>.

La giurisprudenza, coerentemente con l'impostazione contrattualistica (in senso lato) prescelta, è consapevole della necessità di parametrare il danno subito dai medici specializzati negli anni 1983-1991 al valore della prestazione inattuata e, non trovandolo nell'obbligazione dello Stato derivante dalla direttiva (essendo questa bisognosa di attuazione discrezionale da parte del legislatore), ritiene di trovarlo nell'art. 11 della legge n. 370 del 1999, che si riferisce proprio ai medici frequentanti i corsi nel suddetto periodo (e non nell'art. 6 del d.lgs. n. 257 del 1991, pure emesso espressamente ma inesattamente in "*attuazione della direttiva*"). In tal modo, però, il danno non rappresenta più la traduzione in termini monetari di una (inesistente) prestazione mancata, ma finisce per essere valutato *con il senno di poi*, cioè con riferimento al contenuto della prestazione come desumibile dalla legge nazionale attuativa, con la conseguenza in sostanza di dotare la direttiva degli effetti esecutivi di cui essa era priva<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Corte giust. UE, 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, p. 68; 17 aprile 2007, C-470/03 p. 77; 15 novembre 2016, C-268/15, p. 41.

<sup>54</sup> A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, 2009, 182 ss.

<sup>55</sup> In tal modo, secondo A. DI MAJO, *Il diritto dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, in *Corriere giur.*, 2011, 1430, la distanza rispetto ad una direttiva *self-executing* si rende quasi evanescente.

Più lineare, invece, la tecnica extracontrattuale, la quale avrebbe consentito di salvaguardare l'essenza della direttiva come fonte di un'obbligazione avente ad oggetto l'attuazione *discrezionale* da parte dello Stato, senza costringere il giudice a *inseguire* il legislatore nazionale nella ricerca di quella prestazione (mancante nella direttiva) cui agganciare la valutazione del danno (come si dirà più avanti a proposito della prescrizione).

Nella prospettiva extracontrattuale, una volta verificatesi le condizioni (in epoca comunque non precedente alla sentenza Francovich del 1991) perché i medici potessero agire in giudizio a tutela dei propri diritti derivanti dalla direttiva inattuata, spettava al giudice (e non al legislatore) sia l'*aestimatio* del danno in via equitativa, con riferimento all'epoca di insorgenza dello stesso, sia la successiva *taxatio* (è vero che, secondo la Corte di giustizia<sup>56</sup>, l'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione della direttiva permetteva di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli della tardiva attuazione della direttiva, ma "*a condizione che la direttiva stessa [fosse] stata regolarmente recepita*", cosa che però non è mai avvenuta).

Non si vuole sostenere che non fosse possibile utilizzare, in via equitativa, il criterio di quantificazione della borsa fissato dalla legge del 1999 (anche se non è chiaro perché questa sia stata preferita alla legge del 1991), ma solo evidenziare le difficoltà cui si espone la tesi contrattualistica, in presenza di obbligazioni anomale, come quella di attuazione delle direttive comunitarie.

- c) La tesi del *tertium genus*, secondo la quale si tratterebbe di una responsabilità paracontrattuale o indennitaria, si espone alla critica secondo la quale il nostro sistema conosce la responsabilità extracontrattuale e quella contrattuale e, in entrambi i casi, prevede che vi sia un danno da risarcire integralmente e non in modo semplicemente *serio* o *non irrisorio*, come talora sostenuto<sup>57</sup>. La tesi dell'obbligazione indennitaria è ambigua, oltre che sfornita di solide basi normative, e si presta a interpretazioni *riduttive* della misura del danno (come quella che considera l'obbligazione risarcitoria come di valuta<sup>58</sup> o che richiede la "*rigorosa prova*" di circostanze anormali di un danno superiore a quello coperto dal compenso riconosciuto in base alla legge del 1999<sup>59</sup>).
- d) Il profilo più problematico – e forse la ragione di fondo – della configurazione in termini contrattuali è l'affermazione secondo cui si tratterebbe di una "*responsabilità statale per atto privo, sul piano interno, del carattere della illiceità*"<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Corte giust. UE, 3 ottobre 2000, C-371/97.

<sup>57</sup> V. Cass. n. 21498/2011, la quale osserva che solo applicando l'art. 2043 c.c. sarebbe possibile il risarcimento integrale, con il riconoscimento dell'intero importo previsto per le borse di studio riconosciute in epoca successiva al 1991, cioè applicando il criterio stabilito dal d.lgs. n. 257 del 1991.

<sup>58</sup> Cass. n. 23635/2014.

<sup>59</sup> Cass. n. 14376/2015.

<sup>60</sup> Cass. n. 21498/2011.

Vi è la preoccupazione di aprire la porta alla responsabilità dello Stato per fatto illecito del legislatore nell'ordinamento interno. Di qui il tentativo di tenere distinto il versante comunitario, nel quale lo Stato risponde (anche verso i privati) quasi come un comune contraente (per violazione degli obblighi derivanti dal Trattato), dal versante interno nel cui ambito vi è l'esigenza di preservare l'immunità del legislatore.

In generale, lo schema *contrattualistico* è ispirato ad una logica di *tipizzazione* dell'illecito (può definirsi tale solo quello che lede interessi *predefiniti* dal legislatore o dagli stessi interessati nei rapporti negoziali) che è, in fondo, più controllabile o rassicurante rispetto alla logica propria dell'illecito extracontrattuale che, in quanto *atipico*, rimette al giudice la selezione degli interessi giuridicamente protetti o rilevanti per l'ordinamento, a prescindere dalla loro qualificazione formale (v. Cass. n. 500/1999).

Tuttavia, se le norme comunitarie “*sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell'ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.*”<sup>61</sup>, ne consegue che il rapporto tra i due ordinamenti non è più di autonomia e distinzione, ancorché coordinati secondo la ripartizione delle competenze stabilita dal Trattato, ma di reciproca integrazione in un'ottica realmente monista. Ed allora, diventa arduo argomentare nel senso dell'illiceità su un versante e della liceità sull'altro. Su questo tema si tornerà più avanti (v. *infra* p. 7.1).

- e) Un'ulteriore considerazione riguarda la presunta ineffettività (o minore effettività) della tutela extracontrattuale, specie se considerata in una dimensione moderna e aperta alle specifiche indicazioni provenienti dal diritto comunitario.

E' vero che la responsabilità extracontrattuale prevede un termine più ridotto di prescrizione, ma va considerato che esso decorre comunque dal momento della percezione della lesività giuridica del fatto, ed è solo nella responsabilità extracontrattuale che è risarcibile anche il danno non prevedibile (non essendo l'art. 1225 richiamato dall'art. 2056 c.c.).

Si obietta che nella responsabilità extracontrattuale il danneggiato deve dimostrare la colpa del danneggiante. Tuttavia, si dovrebbe considerare che, con riferimento alle persone giuridiche pubbliche, già con la sentenza della Cassazione n. 500 del 1999, la colpa non è riferita ai profili soggettivi o psicologici degli autori del fatto lesivo, ma oggettivizzata e riferita “*alla P.A. come apparato*”, dovendosi accertare se “*l'atto amministrativo sia stato adottato ed eseguito in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione alle quali deve ispirarsi l'esercizio della funzione amministrativa*”,

<sup>61</sup> Corte cost. n. 28/2010, commentata favorevolmente da A. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono “cogenti e sovraordinate”*, in *Giurispr. cost.*, 2010, 382.

criterio questo che, come evidenziato in dottrina<sup>62</sup>, è simile a quello indicato dalla Corte di giustizia con riferimento alla responsabilità dello Stato-Legislatore (v. *supra*, 4-b)<sup>63</sup>. La possibilità di dissolvere la colpa nel giudizio di illegittimità dell'atto (amministrativo) non è una novità, essendo la regola nei casi di lesione degli interessi legittimi oppositivi sin da prima delle Sezioni Unite del 1999<sup>64</sup>.

- f) L'inseguimento del legislatore, cui si è fatto cenno, al fine di concretizzare l'obbligazione indeterminata derivante dalle direttive, nell'ottica risarcitoria, si dimostra plasticamente nell'annoso problema della prescrizione (decennale), che la Corte fa decorrere solo dall'entrata in vigore della legge n. 370 del 1999, in ragione del fatto che solo allora i medici specializzati avevano avuto la certezza che lo Stato non avrebbe più adempiuto correttamente alla direttiva<sup>65</sup> (essendo rimasto inadempiente fino al 2007<sup>66</sup>).

In altri termini, nonostante fosse ampiamente decorso il termine di attuazione della direttiva (pubblicata sulla Gazzetta ufficiale della Comunità<sup>67</sup>) che attribuiva diritti ai singoli; che i corsi di specializzazione fossero stati da tempo compiuti dai medici senza percepire emolumenti<sup>68</sup>; che vi fosse stata sen-

<sup>62</sup> C. PASQUINELLI, cit., 145 ss.

<sup>63</sup> Come si è detto al p. 4-b), secondo Corte giust. UE, 5 marzo 1996 cit., p. 56, "fra gli elementi che il giudice competente può eventualmente prendere in considerazione, vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario".

<sup>64</sup> "Il diritto del privato al risarcimento del danno patrimoniale conseguenziale ad un atto amministrativo illegittimo, previo annullamento di esso da parte del giudice amministrativo, non postula la prova della colpa della P.A., di per sé ravvisabile nella violazione della legge con l'emissione e l'esecuzione dell'atto medesimo": così Cass. n. 5361/1984; n. 6542/1995, n. 4186/1997. E' una necessaria conseguenza della "distinzione tra interessi pretensivi e interessi oppositivi, in quanto è necessario adottare, nei due casi, una diversa tecnica di accertamento dell'esistenza della lesione: la lesione degli interessi pretensivi va accertata a mezzo di un giudizio prognostico con esito favorevole sulla esistenza di una situazione soggettiva di legittimo affidamento nella positiva conclusione del procedimento, diversa dalla mera aspettativa di fatto, mentre ai fini del risarcimento del danno da lesione degli interessi oppositivi è sufficiente accertare la lesione dell'interesse alla conservazione del bene, o della situazione di vantaggio, provocata dall'illegittima attività dell'amministrazione": così Cass. n. 2705/2005; 2771 e 8097/2007; 21170/2011.

<sup>65</sup> V., tra le tante, Cass. n. 10813/2011, n. 23568/2011, n. 16104/2013.

<sup>66</sup> La più recente direttiva 2005/36/CE ha previsto, oltre ad una nuova disciplina dei medici specializzati, l'abrogazione a partire dal 20 ottobre 2007 della direttiva 93/16, sicché a quella data è cessato l'obbligo dello Stato Italiano di adempiere, sia pure tardivamente, alle direttive n. 75/362, n. 75/363 e n. 82/76/CEE.

<sup>67</sup> La data di pubblicazione segna l'entrata in vigore della direttiva nei paesi membri e l'obbligo dei giudici di astenersi dall'interpretare il diritto interno in modo contrastante con lo scopo di realizzarne il risultato (Corte giust. UE, 4 luglio 2006, C-212/04, p. 118-119, 123).

<sup>68</sup> C. AMALFITANO, F. PERSANO, cit., 112, propendono per la decorrenza della prescrizione dell'azione risarcitoria dalla data di conseguimento dei diplomi di specializzazione

tenza di accertamento dell'inadempimento dello Stato italiano; che quest'ultimo avesse dato inesatta attuazione alla direttiva con il d.lgs 8 agosto 1991, n. 257<sup>69</sup>, cui era seguita dopo pochi mesi la sentenza Francovich (nel novembre 1991) che aveva riconosciuto il diritto di agire per il risarcimento del danno contro lo Stato per inattuazione della direttiva<sup>70</sup>; nonostante ciò, la Corte ha ritenuto che solo con la legge del 1999, che aveva anch'essa inesattamente attuato la direttiva (in favore dei soli beneficiari di sentenze irrevocabili del giudice amministrativo), gli interessati si trovassero nella condizione di fare valere i loro diritti (art. 2935 c.c.).

Si è osservato in dottrina che la Cassazione è stata condizionata dal “*fantasma Emmot*”, cioè dalla sentenza della Corte di giustizia che aveva escluso la possibilità che lo Stato convenuto in giudizio eccepisse la prescrizione da data precedente alla completa trasposizione della direttiva<sup>71</sup>.

In realtà, la Corte ben conosce la successiva evoluzione della giurisprudenza comunitaria, secondo la quale il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui “*i primi effetti lesivi*” della scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta trasposizione della direttiva in parola<sup>72</sup>, “*a condizione che, con il suo comportamento, esso [lo Stato] non sia stato all'origine della tardività del ricorso*”<sup>73</sup>. Ed è proprio ciò che, secondo la Cassazione, è accaduto, atteso che la tardività dei ricorsi degli interessati era attribuibile al comportamento inottemperante dello Stato italiano agli obblighi europei, come emergente dalle complesse vicende normative ed interpretative succedutesi; sicché, prima dell'introduzione del più volte citato art. 11 della legge n. 370 del 1999, essi non erano nelle condizioni di agire in giudizio per conseguire un'adeguata remunerazione, “*poiché non avrebbero saputo nei confronti di chi rivolgere la domanda ed il giudice nemmeno sarebbe stato in grado di determinare il quantum dovuto ed il soggetto tenuto al relativo adempimento*”<sup>74</sup>.

Tuttavia, c'è da chiedersi perché, essendosi i “*primi effetti lesivi*” del comportamento inadempiente dello Stato nell'attuazione della direttiva verificati ben prima del 1999, gli interessati non fossero nella condizione di agire in

<sup>69</sup> Si segnala che Cass. n. 9071/2013, rimasta isolata, ha fatto decorrere la prescrizione dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 257/1999.

<sup>70</sup> Pertanto, non si può ritenere che i medici si trovassero in una condizione tale da impedire l'esercizio del diritto di azione in epoca precedente al 1999, alla luce dei principi di effettività della tutela ribaditi da Corte giust. UE, 24 marzo 2009, C-445/06, p. 33.

<sup>71</sup> Corte giust. UE, 25 luglio 1991, C-208/90.

<sup>72</sup> Corte giust. UE, 24 marzo 2009, C-445/06, p. 56.

<sup>73</sup> Corte giust. UE, 19 maggio 2011, C-452/09, p. 24.

<sup>74</sup> V., tra le tante, Cass. n. 24092/2012.

giudizio contro lo Stato per farne accertare la responsabilità e far valere i propri diritti *quantomeno* in via *risarcitoria*? La manifestazione dei “*primi effetti lesivi*” rilevava ai fini dell’azionabilità in giudizio della domanda di responsabilità, non di quella di adempimento della direttiva, la quale era certamente esclusa a causa dei limiti strutturali di essa (mancando le indicazioni del soggetto cui chiedere l’adempimento e della misura del compenso).

- g) Una chiara indicazione nel senso della extracontrattualità proviene dall’art. 4, comma 43, della legge 12 novembre 2011 (“*La prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell’ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all’articolo 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato*”). La Corte ha ritenuto tale disposizione applicabile soltanto ai fatti verificatisi successivamente alla sua entrata in vigore, non evidenziando in essa i caratteri della norma interpretativa, idonei a sottrarla al principio di irretroattività; ne consegue che, per i fatti anteriori alla novella, opera la prescrizione decennale, secondo la qualificazione giurisprudenziale nei termini dell’inadempimento contrattuale<sup>75</sup>.

L’interpretazione della menzionata disposizione deve tenere conto del principio secondo cui “*una norma sulla prescrizione non può ritenersi contraria al principio di equivalenza allorché esiste, oltre ad una disposizione sulla prescrizione applicabile ai ricorsi intesi a garantire nel diritto interno la salvaguardia dei diritti che il diritto dell’Unione conferisce ai singoli, una disposizione sulla prescrizione applicabile ai ricorsi di natura interna, allorché, alla luce del loro oggetto e dei loro elementi essenziali, le due norme sulla prescrizione possano essere considerate simili*”<sup>76</sup>.

5. Si è detto che la responsabilità dello Stato per violazione del diritto eurounitario, di cui lo Stato-Persona è tenuto a rispondere, riguarda fatti imputabili al legislatore nazionale (prevalentemente per la inesatta o tardiva attuazione delle direttive), ma anche fatti imputabili alla P.A. (v. sentenze citate in nota 17) e agli organi giurisdizionali e, in particolare, a quelli di ultimo grado.

Qui vengono in rilievo i casi in cui l’attività della P.A. sia in contrasto con il diritto europeo<sup>77</sup> perché, ad esempio, l’atto amministrativo sia conforme a una legge nazionale contrastante con il diritto europeo e l’amministrazione non abbia provveduto a un’interpretazione conforme o alla disapplicazione della legge nazionale.

<sup>75</sup> Cass. n. 1850/2012.

<sup>76</sup> Corte giust. UE, 15 aprile 2010, C-542/08.

<sup>77</sup> L’art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, stabilisce che l’attività amministrativa è retta anche dai principi dell’ordinamento comunitario.



Secondo la giurisprudenza amministrativa, la difformità dal diritto comunitario è causa di mera illegittimità del provvedimento amministrativo, che resta impugnabile nel termine di decadenza, al pari del provvedimento contrastante con il diritto interno<sup>78</sup>: la violazione del diritto eurounitario è così derubricata a violazione di legge, sebbene le due *leggi* non siano sullo stesso piano, essendo quella europea “*gerarchicamente sovraordinata*”<sup>79</sup> a quella nazionale. La medesima giurisprudenza precisa, però, che il provvedimento è nullo “*nella ipotesi in cui [esso] sia stato adottato sulla base di una norma interna attributiva del potere, incompatibile con il diritto nazionale e quindi disapplicabile*”<sup>80</sup> (analogamente è nullo, per difetto assoluto di attribuzione, il provvedimento fondato su una norma nazionale, attributiva del potere, dichiarata incostituzionale<sup>81</sup>).

Gli *errori* della P.A. (cioè le violazioni comunitarie ad essa imputabili) sono rimediabili mediante impugnazione degli atti amministrativi in sede giurisdizionale, ordinaria e amministrativa. E tuttavia, la possibilità di porre rimedio alle violazioni del diritto eurounitario è disomogenea nei due casi: nell’ambito della giurisdizione ordinaria (per gli atti che incidano su diritti soggettivi, al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva indicate nell’art. 133 cod.proc.amm.) è assicurato il controllo nomofilattico per “*violazione di legge*” da parte della Corte di cassazione, mentre, nell’ambito della giurisdizione amministrativa, le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) sono impugnabili in Cassazione “*per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*” (art. 111, ult. comma, Cost.).

Un rimedio ci sarebbe - cioè il sindacato sull’eccesso di potere giurisdizionale per violazione del diritto eurounitario da parte del Consiglio di Stato - ma le Sezioni Unite non sono disponibili ad esercitarlo e non è questa la sede per indagare su quali siano le ragioni<sup>82</sup>.

**6.** Si è fatto cenno alle ragioni che sono al fondo della “*smitizzazione*” del potere legislativo e della graduale accettazione, seppur solo da autorevole dottrina, dell’idea che anch’esso (come gli altri poteri dello Stato) possa essere chiamato a rispondere in sede civile delle conseguenze pregiudizievoli dei propri atti.

Vincenzo Roppo si è chiesto “*se una legge intesa a colpire vessatoriamente e in modo discriminatorio una classe di cittadini, li impedisse o li limitasse nell’esercizio di una loro*

<sup>78</sup> Tra le altre, Cons. di Stato, sez. III, n. 4538/2012. Secondo una giurisprudenza costante, è compatibile con il diritto comunitario la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza nell’interesse della certezza del diritto (Corte giust. UE, 16 dicembre 1976, C-33/76, p. 5; 10 luglio 1997, C-261/95, p. 28; 12 febbraio 2008, C-2/06, p. 58), quando non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti attribuiti dall’ordinamento comunitario (Corte giust. UE, 24 settembre 2002, C-255/00, p. 34).

<sup>79</sup> Corte cost. n. 28/2010 cit.

<sup>80</sup> Cons. di Stato, sez. V, n. 3072/2009.

<sup>81</sup> Cons. di Stato, sez. IV, n. 993/2014 precisa che la nullità è rilevabile d’ufficio dal giudice.

<sup>82</sup> Sul tema si rinvia a A. LAMORGESE, *La giurisdizione contesa*, 2014.

*attività economica, con gravi danni patrimoniali a loro carico, e questa legge venisse dopo qualche tempo fulminata di incostituzionalità, sarebbe giusto lasciare in ultima istanza quei danni a carico delle vittime di un siffatto clamoroso illecito costituzionale”<sup>83</sup>. Secondo Giuseppe Tesaurò “francamente non si capisce dove risieda l’ostacolo giuridico a che un esercizio illegittimo della funzione legislativa dia luogo a risarcimento del danno”<sup>84</sup>.*

La giurisprudenza della Corte è in senso contrario, come attestano le sentenze che escludono la possibilità di configurare una responsabilità dello Stato per illecito del legislatore imputabile allo Stato-persona, ai sensi dell’art. 2043 c.c., in considerazione del fatto che non esiste “*un diritto dei singoli all’esercizio del potere legislativo, che è libero nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale*”<sup>85</sup>. Analoga è la *ratio decidendi* di una recente sentenza<sup>86</sup> che ha escluso la configurabilità di un illecito risarcibile ex art. 2043 c.c. nell’emanazione (ed esecuzione) di una legge regionale, dichiarata incostituzionale per violazione della potestà legislativa statale<sup>87</sup>, che comprimeva in modo irragionevole l’interesse dei privati, protetto dalla legislazione nazionale, alla realizzazione delle reti di telecomunicazione, con lesione del loro diritto al libero esercizio dell’iniziativa economica.

Quest’ultima sentenza ritiene che i termini del discorso non siano mutati per effetto della previsione della responsabilità dello Stato-Legislatore nell’attuazione delle direttive europee. Infatti, secondo la Corte, tale responsabilità si può giustificare solo in virtù del rapporto di sovraordinazione gerarchica tra gli ordinamenti nazionale e comunitario, i quali sono distinti e autonomi, ma non nell’ambito “*dell’unitario ordinamento nazionale*”, nel quale la tutela è affidata esclusivamente al giudizio costituzionale di annullamento della legge lesiva.

Sulla stessa linea, il Consiglio di Stato<sup>88</sup> ha ritenuto intrasferibile nell’ordinamento interno i principi della sentenza Francovich.

<sup>83</sup> V. ROPPO, *Appunti in tema di illecito “comunitario” e illecito “costituzionale” del legislatore*, in *Danno e responsabilità*, 1998, 971. Sono favorevoli alla responsabilità dello Stato per atti legislativi incostituzionali, tra gli altri, G. SILVESTRI, cit., 587; C. PASQUINELLI, cit.; C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Politica del diritto*, 2007; A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Foro it.*, 2003, V, 175; C. BUONAURO, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, 2004; BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, 1999; BUONANNO, *Rilievi civilistici in tema di responsabilità del legislatore da atto normativo*, in [www.juscivile.it/contributi/2016](http://www.juscivile.it/contributi/2016). Secondo F. GALGANO, *I fatti illeciti*, 2008, 56, “è coerente ritenere... che sia qualificabile come fatto illecito, produttivo di responsabilità dello Stato, anche l’illecito costituzionale, ossia la violazione dei principi costituzionali che, al pari della violazione delle direttive comunitarie, abbia arrecato danni ai cittadini, cui compete il diritto al risarcimento nei confronti dello Stato”.

<sup>84</sup> G. TESAURÒ, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, 2006, 27 ss.

<sup>85</sup> Cass. n. 4915/2003, n. 10617/1995.

<sup>86</sup> Cass. n. 23730/2016.

<sup>87</sup> Corte cost. n. 307 del 2003.

<sup>88</sup> Cons. di Stato, sez. V, n. 1862/ 2015.

E' forte, quindi, in giurisprudenza, la resistenza verso la configurabilità, anche solo in astratto, di una responsabilità dello Stato per illecito legislativo nei confronti dei cittadini e delle imprese.

E' un tema molto serio in un paese che, a differenza di altri<sup>89</sup>, non prevede alcuna forma generalizzata di responsabilità dello Stato-Legislatore da atto *lecito*, nonostante l'affermazione di principio secondo cui “*quando la legge riconosce ai pubblici poteri la facoltà di imporre ai privati per pubblico interesse un determinato sacrificio, questo deve essere, di regola, indennizzato*”<sup>90</sup>. Esistono sporadiche leggi che riconoscono un indennizzo in favore dei privati per avere sopportato pregiudizi a causa di attività che sono obbligati a subire o a compiere nell'interesse generale (v. l'art. 46 della legge n. 2359 del 1865, in materia espropriativa, e la legge n. 210 del 1992, in materia di vaccinazioni obbligatorie, grazie all'intervento della Corte costituzionale<sup>91</sup>), ma non è configurabile un generalizzato diritto all'indennizzo da far valere in sede di giurisdizione ordinaria.

**6.1** Si cercherà di sintetizzare gli argomenti, sostenuti e sostenibili, in senso contrario (obiezioni) e favorevole (repliche) alla configurabilità di una responsabilità dello Stato per illecito del legislatore.

- a) La prima obiezione, poc'anzi sintetizzata, fa leva sull'affermata incompatibilità della fattispecie riguardante la responsabilità dello Stato per illecito comunitario rispetto a quella della responsabilità del legislatore in ambito nazionale.
- aa) la replica, già svolta in precedenza, può essere così precisata: se il rapporto tra i due ordinamenti, come correttamente rilevato dalla sentenza n. 23730 del 2016, è di *sovraordinazione gerarchica*, significa che gli ordinamenti sono integrati tra loro (visione monista); la violazione della norma europea in tanto può avere effetti lesivi nei confronti dei singoli in quanto quella norma costituisca essa stessa *fonte* di diritto anche nell'ordinamento interno, nel quale essa *entra* tramite la *porta* degli artt. 11 e 117 Cost.; ne consegue che la violazione della norma europea da parte del legislatore nazionale si traduce, nel versante interno, in una violazione del parametro costituzionale, analogamente a quanto accade nel rapporto tra legge ordinaria e Costituzione, essendo la prima censurabile rispetto ad un parametro ugualmente superiore.
- b) Una seconda obiezione consiste nel fatto che l'attività legislativa è “*libera nel fine*” e “*sottratta a qualsiasi sindacato giurisdizionale*”. Il potere legislativo non ha scopi predeterminati da conseguire, essendo esso stesso ad

<sup>89</sup> In Francia risale al 1938 una sentenza del Conseil d'Etat che ha introdotto una forma indennitaria per i danni prodotti dal legislatore.

<sup>90</sup> Cass., sez. un., n. 1959 del 1971.

<sup>91</sup> Corte cost. n. 307/1990.

- individuarli, e ciò implica l'assenza di qualsiasi parametro normativo alla cui stregua sarebbe possibile verificare la legittimità degli atti.
- bb) Si può replicare che l'insindacabilità riguarda il *merito* dell'attività legislativa (come il cd. *merito amministrativo*), nel quale si esprime il nucleo della libertà delle scelte e dei contenuti di essa, ma pur sempre nel rispetto dei limiti *esterni* fissati dalla Costituzione, oltre i quali il potere non è più *riconoscibile come tale*. E non v'è contraddizione nell'esistenza di un giudice speciale (qual è la Corte costituzionale) quale organo di controllo dell'operato del legislatore, potendosi (e dovendosi) il giudice ordinario limitare a valutare gli effetti lesivi di atti legislativi già dichiarati incostituzionali, ai soli fini dell'accertamento della responsabilità del legislatore e della somministrazione della tutela *minima* e imprescindibile ex art. 24 Cost., qual è quella risarcitoria<sup>92</sup>. La tesi della finalizzazione dell'attività legislativa all'attuazione della tavola dei valori espressi nella Costituzione è utile a svelare il ruolo servente della legislazione, la quale solo dalla Costituzione è limitata<sup>93</sup> (secondo una nota teoria, la funzione della legislazione è di "*mantenimento e sviluppo o svolgimento della Costituzione*"<sup>94</sup>).
- c) Altra obiezione consiste nell'affermata inapplicabilità dell'art. 2043 c.c., non avendo i singoli alcun "*diritto all'esercizio del potere legislativo*" la cui violazione possa giustificare l'applicazione della regola risarcitoria.
- cc) Si può replicare che, a partire dalle Sezioni Unite n. 500 del 1999, il rimedio risarcitorio non ha ad oggetto la lesione dei soli *diritti soggettivi* ma di qualsiasi interesse protetto dall'ordinamento, a prescindere dalla qualificazione formale, e che l'art. 2043 c.c. è una norma primaria e non secondaria di tipo sanzionatorio per la violazione di altre norme.
- d) Ulteriore obiezione è l'impossibilità di sindacare il contenuto discrezionale delle scelte politiche di cui la legge è espressione.
- dd) Si può replicare che, se la stessa Unione europea è responsabile in via extracontrattuale (art. 340 TFUE) per i danni arrecati ai propri cittadini dai provvedimenti, ampiamente discrezionali, attuativi delle politiche economiche, non v'è ragione per ritenere che il legislatore nazionale debba essere immune da responsabilità. Si è puntualmente rilevato in dottrina che l'avvicinamento dell'attività legislativa a quella amministrativa è testimoniato dall'estensione alla prima di categorie proprie della seconda, come l'*eccesso di potere* e il giudizio di ragionevolezza, quali strumenti per un

<sup>92</sup> Cass., sez. un., n. 30254/2008.

<sup>93</sup> In questa prospettiva è agevole superare l'obiezione secondo cui la legge sarebbe priva di fini predeterminati in modo espresso o desumibile dal sistema, a differenza di quanto accade per gli atti amministrativi i cui fini sono predeterminati nella legge (anche secondo le Sezioni Unite, n. 10319/2016, "*non ha natura di atto politico quello che, seppur emesso nell'esercizio di ampia discrezionalità, è vincolato a un fine desumibile dal sistema normativo*").

<sup>94</sup> F. MODUGNO, *Diritto pubblico*, 2015, 133-134.

- penetrante giudizio di costituzionalità<sup>95</sup>. A questo avvicinamento ha contribuito la perdita di centralità della legge parlamentare, dovuta a diversi fattori, tra i quali, oltre alla pervasività del diritto europeo, vanno menzionati i fenomeni della delegificazione e della proliferazione di atti legislativi atipici<sup>96</sup>.
- e) L'insindacabilità degli atti del potere politico si ricava dall'art. 7, comma 1, cod.proc.amm., che impedisce agli amministratori l'impugnazione degli atti e provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.
  - ee) Tuttavia, tale limitazione della tutela, oltre ad essere interpretata restrittivamente dalla giurisprudenza, al fine di renderla compatibile con l'art. 113 Cost.<sup>97</sup>, riguarda esclusivamente il regime impugnatorio nell'ambito della giurisdizione amministrativa, ma non significa che il giudice ordinario non possa giudicare degli atti legislativi *sub specie damni*<sup>98</sup>.
  - f) Altra obiezione è indotta dal timore che, affermando la responsabilità dello Stato, si avrebbe una violazione del principio di separazione tra i poteri e un'indebita invasione delle attribuzioni costituzionali del legislatore.
  - ff) Questa obiezione è analoga a quella sollevata a suo tempo da coloro che, in difesa delle attribuzioni della P.A. (dicevano: "*giudicare l'amministrazione vuol dire amministrare*"), erano contrari a un controllo di legittimità degli atti amministrativi. Si è compreso, tuttavia, che controllare la legittimità degli atti (amministrativi, ma anche legislativi) non significa amministrare né legiferare, ma sottoporli al necessario controllo di legalità, essendo entrambi subordinati alla Costituzione<sup>99</sup>.
  - g) Si potrebbe obiettare che l'irresponsabilità dello Stato-Legislatore è una conseguenza implicita dell'art. 68, primo comma, Cost., che esclude che i membri del Parlamento possano essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni.
  - gg) Si è replicato<sup>100</sup> che affermare la responsabilità dello Stato – e quindi non dei singoli parlamentari - per le conseguenze lesive degli atti legislativi, non significa incidere sulle loro prerogative.

<sup>95</sup> C. PANZERA, cit., in nota 56.

<sup>96</sup> F. MODUGNO, *La trasformazione della funzione legislativa. La crisi della legge*, 1999, 38 ss.

<sup>97</sup> A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2016, 108.

<sup>98</sup> Si consideri che l'art. 2 della vigente legge n. 2285/1865, all. E, devolve al giudice ordinario "*tutte le cause... e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico*".

<sup>99</sup> La pari dignità tra legislativo e giurisdizionale è evidenziata da M. FIORAVANTI, *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, 2009, 32.

<sup>100</sup> R. BIFULCO, cit., 81 ss. e 88 ss., ha rilevato che i parlamentari sono pubblici ufficiali ex art. 357 c.p. e responsabili degli atti compiuti in violazione di diritti, a norma dell'art. 28 Cost. Nella Relazione al Re sul codice penale, n. 142, si legge: "*Una concezione, assai diffusa fino a molti anni or sono, poneva il parlamento*

- h) Si potrebbe ulteriormente obiettare che il rapporto tra la legge e i cittadini non è mai diretto, ma *mediato* dall'attività amministrativa e da quella giurisdizionale che concorrono ad attuarla, sicché dei danni arrecati ai singoli sono responsabili soltanto la P.A. o gli organi giurisdizionali.
- hh) Tuttavia, fino a quando la legge non è dichiarata incostituzionale, gli organi dello Stato sono tenuti ad applicarla (salvo casi di scuola) e non possono essere poi chiamati a risponderne per i danni arrecati nel periodo precedente alla dichiarazione di incostituzionalità<sup>101</sup> e propagatisi successivamente.
- i) Uno sviluppo della precedente obiezione è quella secondo la quale la tutela contro i danni è assicurata ai cittadini soltanto "provocando" il giudizio costituzionale in via incidentale e beneficiando degli effetti caducatori della sentenza dichiarativa della incostituzionalità (si potrebbe richiamare la sentenza della Cassazione n. 8878/2014 che, all'esito del giudizio costituzionale sulla precedente legge elettorale<sup>102</sup>, ha osservato che l'accertamento per il passato dell'avvenuta lesione del diritto di voto secondo modalità conformi alla Costituzione e il ripristino per il futuro della legalità costituzionale mediante la sentenza costituzionale, erano pienamente soddisfattivi del diritto azionato in giudizio).
- ii) L'esempio riportato riguarda un caso del tutto particolare in cui la Corte, seguendo le precise indicazioni della Corte costituzionale (n. 1/2014), ha precisato che "*le elezioni svolte costituiscono 'un fatto concluso' idoneo a giustificare che i rapporti sorti nel vigore della legge annullata 'rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida' in quanto 'esauriti'*". Ciò non consente tuttavia di sostenere che la dichiarazione di incostituzionalità della norma sia *sempre integralmente* soddisfattiva degli interessi offesi *medio tempore*, quanto piuttosto che gli eventuali danni a quei cittadini elettori (mai comunque chiesti in giudizio) non erano stati arrecati *non iure*, cioè in assenza di una causa di giustificazione.
- l) Si obietta che, ipotizzando una responsabilità extracontrattuale dello Stato per illecito legislativo, non sarebbe possibile accertare la colpa degli

---

*fuori dello Stato e, talvolta, contro lo Stato. Simile concezione è giuridicamente errata e politicamente inaccettabile. Il Parlamento non è che un organo dello Stato e i membri del Parlamento che esercitano funzioni di Stato o pubbliche non sono e non possono essere che pubblici ufficiali".*

<sup>101</sup> La retroattività delle pronunce di illegittimità costituzionale riguarda l'antigiuridicità delle norme investite, non più applicabili, ma non consente di configurare retroattivamente, quanto fittiziamente, la "colpa" del soggetto che, prima della declaratoria di incostituzionalità, abbia conformato il proprio comportamento alle norme, solo successivamente, investite da quella declaratoria, v. Cass. n. 355/2013 e anche Cons. di Stato, sez. V, n. 1862/2015 cit. Sul tema v. L. PALADIN, *Cenni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione di leggi incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1960, 1029.

<sup>102</sup> Corte cost. n. 1/2014.

organi legislativi o che i relativi criteri di accertamento sarebbero troppo indeterminati.

- ll) Si potrebbe replicare che la colpa del legislatore si dissolve nella dichiarazione di incostituzionalità della legge<sup>103</sup>, così come accade per gli atti amministrativi illegittimi lesivi degli interessi oppositivi (v. sentenze citate in nota 63). La colpa è *in re ipsa* in caso di “*inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*” (art. 43 c.p.).

Evidentemente però, ai fini della responsabilità civile, la colpa non basta, essendo necessaria, com'è noto, l'ingiustizia del danno e la prova del nesso causale.

- m) L'obiezione più seria fa leva, infatti, sulla inconfigurabilità di danni “*ingiusti*” e del nesso causale, rilevandosi l'impossibilità di selezionare un ambito ragionevole di interessati autorizzati a chiedere il risarcimento del danno, in quanto destinatari di leggi *ingiuste*.
- mm) L'obiezione coglie il punto centrale nel discorso sulla configurabilità di una responsabilità dello Stato per *illecito costituzionale*. Va detto che è proprio l'atteggiamento di radicale rifiuto della giurisprudenza che ha impedito una utile riflessione su questo tema.

La questione dell'ingiustizia del danno si intreccia con quella del nesso di causalità, essendo evidente la necessità di creare in via giurisprudenziale una efficace *rete di contenimento* che impedisca la proliferazione di azioni risarcitorie strumentali e temerarie.

Un *illecito costituzionale* - formula indicativa degli atti legislativi dichiarati incostituzionali e ingiustamente lesivi nei confronti dei cittadini - potrebbe configurarsi, ed essere astrattamente risarcibile, in presenza di alcune condizioni, valutabili dal giudice in applicazione della clausola generale di cui all'art. 2043 c.c.

Dovrebbe trattarsi di leggi necessariamente dichiarate incostituzionali<sup>104</sup> e caratterizzate da ingiustizia manifesta ed evidente perché espressione di malafede del legislatore. Il danno risarcibile dovrebbe avere ad oggetto le conseguenze lesive non riparate o non riparabili per effetto della sentenza della Corte costituzionale dichiarativa dell'illegittimità costituzionale.

Si pensi a leggi mascherate come interpretazione autentiche ma innovative e volte a incidere sui giudizi pendenti; a leggi che comprimano diritti riconosciuti da provvedimenti giurisdizionali definitivi<sup>105</sup>; a decreti legislativi emessi dal governo in situazione di evidente mancanza di delega; a leggi la cui incostituzionalità era manifesta e motivatamente segnalata dalla dottrina già prima della loro entrata in vigore;

<sup>103</sup> V., tra gli altri, R. Bifulco, 125 ss.

<sup>104</sup> Secondo A. Pizzorusso, cit., invece, la previa dichiarazione di incostituzionalità non sarebbe necessaria.

<sup>105</sup> Nella vicenda esaminata da Corte cost. n. 186/2013, si trattava di un intervento legislativo, più volte prorogato, che di fatto svuotava di contenuto i titoli esecutivi giudiziali conseguiti nei confronti di un soggetto debitore e prevedeva l'estinzione dei giudizi pendenti.

a leggi riprodotte di altre dichiarate incostituzionali; a leggi manifestamente invasive delle attribuzioni costituzionali delle regioni e viceversa; a leggi riapprovate dal Parlamento dopo un motivato rinvio da parte del Presidente della Repubblica; a leggi dirette a favorire ristrette categorie di persone e a sfavorirne altre, creando un diritto *singolare*, in violazione dei principi di uguaglianza e del legittimo affidamento dei privati, ecc.

La Corte costituzionale ha affermato che “*la tutela del legittimo affidamento è principio connaturato allo Stato di diritto (sent. n. 206 del 2009 e n. 157 del 2007) sicché, legiferando contro di esso, il legislatore statale e regionale hanno violato i limiti della discrezionalità legislativa*”<sup>106</sup>.

6.2 La decisione della Corte Edu (Grande Camera) del 13 dicembre 2013, *Bélàne Nagy c. Hungary* (n. 53080/13), ha affrontato la questione del “*legittimo affidamento*” del privato in presenza di riforme legislative incidenti sulla sua sfera giuridica soggettiva. Secondo la Corte, perché un legittimo affidamento possa dare vita ad una aspettativa effettiva e giuridicamente tutelabile, occorre che l’interessato goda di un *assertable right* che trovi un sufficiente fondamento nel diritto nazionale, cioè di una situazione soggettiva effettiva e sufficientemente stabilizzata nell’ordinamento interno. Nell’ambito dei diritti sociali, la Corte distingue tra la situazione in cui l’istante non fosse già in possesso dei requisiti per ottenere il beneficio (ma avesse, con nostra terminologia, un interesse pretensivo), da quella in cui sia intervenuta una modifica legislativa atta ad incidere sul peculiare beneficio già posseduto e a impedirgli di continuare a goderne (interesse oppositivo). In questo secondo caso, secondo la Corte Edu, la libertà dello Stato di legiferare è limitata, sussistendo un “*sufficiently established, substantive proprietary interest under the national law*”, cioè un diritto quesito sufficientemente stabilizzato e garantito dalla *rule of law* nazionale. I giudici di Strasburgo hanno individuato una serie di indici rivelatori concernenti, in particolare, l’entità della riduzione del beneficio, la natura discriminatoria della perdita causata, l’assenza di misure transitorie, il carattere arbitrario delle nuove condizioni introdotte, la buona fede dell’interessato e, in conclusione, la menomazione, nella sostanza, del suo diritto (nella specie, alla pensione).

Più articolata è la posizione della Corte di giustizia UE, secondo la quale il principio del legittimo affidamento (e quello di buona fede che è il suo corollario) “*fa parte dell’ordinamento giuridico comunitario*”<sup>107</sup> e dev’essere rispettato sia dalle istituzioni dell’Unione sia dagli Stati membri nell’esercizio dei poteri loro conferiti dalla normativa europea; esso merita piena tutela “*se sono state le autorità competenti ‘medesime’ a porre in essere i presupposti sui quali riposava detto affidamento*”<sup>108</sup>. Per altro verso, però, “*gli operatori economici non possono riporre un legittimo affidamento nella*

<sup>106</sup> Corte cost. n. 277/2013.

<sup>107</sup> Corte giust. UE, 22 gennaio 1997, T-115/94, p. 93.

<sup>108</sup> Corte giust. UE, 10 dicembre 2015, C-427/14.



*conservazione di una situazione esistente che può essere modificata dalla Commissione nell'ambito del suo potere discrezionale*<sup>109</sup>; *“uno Stato membro le cui autorità abbiano concesso un aiuto in violazione delle norme... non può invocare il legittimo affidamento dei beneficiari per sottrarsi all'obbligo di adottare i provvedimenti necessari ai fini dell'esecuzione di una decisione della Commissione con cui sia stato ordinato di ripetere l'aiuto”*<sup>110</sup>; *“un giudice nazionale non può basarsi su detto principio per continuare ad applicare una norma di diritto nazionale contraria al principio generale della non discriminazione in ragione dell'età...”*<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Corte giust. UE, 28 giugno 2005, C-189/02 ed altre, p. 171.

<sup>110</sup> Corte giust. UE, 10 giugno 1993, C-183/91.

<sup>111</sup> Corte giust. UE, 19 aprile 2016, C-441/14.



# La regola di appropriatezza nei contratti di servizio di risparmio amministrato

di Daniele Imbruglia\*

**SOMMARIO:** 1. La fonte: gli artt. 41 e 42 del Reg. CONSOB 16190/2007. – 2. L'ambito di applicazione oggettivo: i servizi di risparmio amministrato eseguiti non in modalità c.d. di execution only. – 3. L'ambito di applicazione soggettivo: clienti al dettaglio e professionali. – 4. Il contenuto della regola: la raccolta dei dati, la valutazione di appropriatezza (...). – 5. (...) e l'informazione al cliente in forma standardizzata. – 6. L'interpretazione del dato normativo e il "diritto speciale secondo". – 7. Reiterazione dell'ordine e informazione appropriata. – 8. Il rimedio: la violazione della regola come ipotesi di responsabilità contrattuale. – 9. L'effettività del risarcimento: il danno non patrimoniale.

1. La c.d. regola di appropriatezza è una disposizione recente<sup>1</sup>. Essa ha fatto il suo ingresso nel nostro ordinamento con l'approvazione delle direttive 2004/39/CE e 2006/73/CE (c.d. direttive MiFid). Sino ad allora il sistema normativo interno ignorava la qualifica di appropriatezza del servizio di investimento reso da un inter-

\* Dottore di ricerca in diritto privato europeo (Scuola Normale Superiore).

<sup>1</sup> Con esclusivo riferimento alla letteratura in lingua italiana e senza alcuna pretesa di completezza, sulla regola di appropriatezza si vedano i contributi di F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2014<sup>VI</sup>, p. 140; A. ANTONUCCI, *Declinazioni della suitability rule e prospettive di mercato*, in *Banca borsa*, 2010, 6, I, p. 728; M. CIAN, *L'informazione nella prestazione dei servizi di investimento: gli obblighi degli intermediari*, in E. Gabrielli e R. Lener, *I contratti del mercato finanziario*, I, Torino, 2011, p. 235; R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2014<sup>IX</sup>, p. 146; F. DELFINI, *Valutazione di adeguatezza ex art. 40 Regol. Intermed., obbligazioni strutturate e derivati di credito*, in *Borsa banca*, 2014, 3, I, p. 296; A. DI AMATO, *I servizi e i contratti di investimento*, in S. Amoroso (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2014<sup>III</sup>, p. 101; L. FRUMENTO, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni nella direttiva Mifid*, in *Contratti*, 2007, 6, p. 583; M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, 2012, p. 389; R. NATOLI, *Le informazioni dei risparmiatori nella formazione del contratto "di risparmio"*, in *Contratti*, 2010, 1, p. 67; ID., *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, p. 87; L. PURPURA, *Strumenti finanziari e doveri di informazione degli intermediari: un "moderno" approccio giurisprudenziale a confronto la normativa post Mifid*, in *Borsa banca*, 2010, 5, I, p. 609; R. RORDORF, *La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Società*, 2008, 3, p. 269; F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 1, p. 25; V. SANGIOVANNI, *L'adeguatezza degli investimenti prima e dopo la MiFID*, in *Corr. giur.*, 2010, 10, p. 1385; V. SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza nei rapporti contrattuali fra intermediario e cliente*, in E. Gabrielli e R. Lener, *I contratti del mercato finanziario*, cit., p. 281; A. VALONGO, *Profili di tutela individuale dell'investitore tra nullità e responsabilità civile*, Milano, 2012, p. 75.

mediario professionista e declinava il rapporto tra tale prestazione e la classificazione del cliente unicamente secondo le coordinate della c.d. regola di adeguatezza (*suitability rule*) di cui all'art. 29, REG. CONSOB 11522/1998<sup>2</sup>.

Com'è noto, quella disposizione statuiva che, nell'ambito dei servizi di investimento resi in favore del cliente non professionale<sup>3</sup>, l'intermediario avesse il dovere di astenersi (*abstain*) dal compiere l'operazione e avesse l'obbligo di informare (*disclose*) il cliente circa l'impossibilità di procedervi legittimamente, qualora il servizio o prodotto finanziario offerto non fosse adeguato al suo profilo per la tipologia<sup>4</sup>, l'oggetto<sup>5</sup>, la frequenza<sup>6</sup> e la dimensione<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Invero, almeno inizialmente, la disciplina sull'adeguatezza era prevista a livello di fonte primaria (art. 6, lett. f), l. 1/91) e meglio integrata a livello di fonte regolamentare (si confrontino gli artt. 8, 11 e 13 REG. CONSOB n°5387/1991 e art. 6, REG. CONSOB n° 8850/1994). Solo nel periodo successivo al d. lgs. 23 luglio 1996 n° 415 (c.d. decreto *Eurosim*) essa venne stabilita dalla fonte secondaria (art. 6 del REG. CONSOB n°10943/1997). Il riferimento alla disposizione di cui all'art. Art. 29, REG. CONSOB 11522/1998 si spiega allora con la circostanza che tale norma sia stata la più longeva, in quanto è rimasta in vigore per il periodo che va dall'adozione del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. t.u.f.) alla ricezione delle direttive MiFID.

<sup>3</sup> In omaggio al principio di graduazione delle tutele (*ex art. 6, co. II, t.u.f.*), il previgente art. 31 (*"Rapporti tra intermediari e speciali categorie di investitori"*), co. I°, reg. CONSOB 11522/1998 stabiliva che nei confronti dei c.d. "operatori qualificati" non avrebbero trovato applicazione, tra le altre, le regole in materia di conflitti di interesse, di scambio di informazioni tra le parti e di operazioni non adeguate. Sul punto si rinvia al lavoro di G. LA ROCCA, *La tutela dell'impresa nella contrattazione in strumenti finanziari derivati*, Padova, 2011.

<sup>4</sup> Il regolamento non definiva cosa fosse la "tipologia" dell'investimento. Essa veniva determinata in base alle caratteristiche strutturali dell'operazione, in virtù delle quali si classificavano i prodotti scambiati in strumenti di tipo speculativo o conservativo. Tra gli aspetti con cui valutare l'adeguatezza del tipo di operazione al profilo del cliente vi era, ad esempio, la necessità di controllare periodicamente l'andamento del titolo acquistato (App. Torino, 13.10.2010, n° 1494 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)) oppure il dato per cui le operazioni scambiate fossero concluse fuori dai mercati regolamentati (Trib. Roma, 22.12.2004, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2540).

<sup>5</sup> Come si è visto, il profilo esaminato in precedenza atteneva a una valutazione sulla struttura e sul meccanismo del prodotto da scambiare; invece, sotto il profilo dell'oggetto, ai fini della determinazione dell'adeguatezza dell'operazione avrebbero rilevato la presenza di costi impliciti (Trib. Udine, 01.07.2011 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)), l'assenza di un giudizio reso da una soggetto terzo in ordine alla solvibilità delle obbligazioni (Trib. Catania, 05.05.2006, n° 1600 in *ivi*) o l'essere queste emesse da un soggetto estraneo ai penetranti controlli previsti per le società quotate (Trib. Bari 24.09.2005 n° 2735 in *ivi*).

<sup>6</sup> Con tale criterio, che prescindeva dunque dal riferimento al rischio (del tipo e dell'oggetto) dell'operazione e che richiamava l'esperienza del c.d. *churning*, si intendeva porre in guardia l'intermediario dall'assumere all'insaputa del cliente tattiche di *trading* particolarmente aggressive (in giurisprudenza: App. Torino, 03.05.2006 in *Società*, 2007, p. 7111).

<sup>7</sup> Tale aspetto concorrevva a determinare l'adeguatezza dell'operazione in base al rapporto tra la somma investita nell'operazione e il portafoglio del cliente. La giurisprudenza non ha individuato una regola generale: tra le sentenze che hanno riconosciuto l'inadeguatezza per dimensione, si vedano Trib. Udine, 05.03.2010 (che valuta non adeguato l'acquisto di titoli rischiosi perché incidente per oltre il 50% del patrimonio investito); Trib. Milano, 13.11.2008 n° 13240 (dove l'incidenza dell'acquisto oggetto di giudizio era di oltre i 2/3 del patrimonio investito e la presenza di fondi comuni di investimento era molto bassa), sent. 24.09.2008 (con riguardo all'impiego di circa il 24% del portafoglio investito in titoli argentini) e sent. 16.11.2005 n° 546 (in cui si era censurato l'investimento dell'intero patrimonio in titoli estremamente speculativi); Trib.

dell'investimento<sup>8</sup>. Il dovere di astensione sarebbe venuto meno e l'eventuale esecuzione dell'operazione sarebbe stata pienamente legittima solo se, successivamente alla informazione sulla inadeguatezza dell'operazione<sup>9</sup>, il cliente avesse confermato – mediante “un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute” - di volervi comunque procedere (*permissive consent*)<sup>10</sup>.

Oggi, in luogo di quell'unica regola e quel generale meccanismo di *disclose or abstain* si prevede un sistema più complesso e, accanto alla nuova disciplina sull'adeguatezza, in capo all'intermediario sussiste l'obbligo di determinare se il servizio offerto sia appropriato rispetto al cliente<sup>11</sup>, ossia se questi “abbia il livello di esperienze e conoscenze necessario per comprendere i rischi che il prodotto o servizio di

---

Palermo, 17.02.2006 (che ha ritenuto inadeguato l'investimento in titoli argentini nella misura del 20% della cifra complessivamente investita dal cliente) e Trib. Venezia, 16.02.2006 (dove l'investimento inadeguato in titoli argentini era pari al 40% del totale investito) (tutte in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).

<sup>8</sup> Come si legge in Corte Cass. 26 gennaio 2016 n° 1376 (in <http://www.italgiure.giustizia.it/>), “[a]lla base di siffatta finalità sta, invero, la considerazione secondo cui ogni investitore razionale è avverso al rischio, sicché il medesimo, a parità di rendimento, sceglierà l'investimento meno aleatorio ed, a parità di alea, quello più redditizio, se non si asterrà perfino dal compiere l'operazione, ove l'alea dovesse superare la sua propensione al rischio. La scelta tra differenti opportunità di investimento è, quindi, essenzialmente un problema di raccolta e di valutazione di informazioni, ovvero di ogni dato sulla natura dello strumento finanziario, sul suo emittente, sul suo rendimento e sull'economia nel suo complesso, compresa l'informativa circa l'eventuale sussistenza, con riferimento alla singola operazione da porre in essere, di una situazione di cd. grey market, ovvero sia di carenza di informazioni circa le caratteristiche concrete del titolo ed il rating del prodotto finanziario nel periodo in considerazione, o - addirittura - di una situazione di imminente default economico dell'ente o dello Stato emittente. Ed è evidente che, essendo le informazioni finanziarie complesse e costose, nei rapporti di intermediazione finanziaria le imprese di investimento posseggono frammenti informativi diversi e superiori rispetto a quelli a disposizione degli investitori, o da essi acquisibili. Da tali considerazioni discende, dunque, la necessità che - come si dirà in prosieguo - l'operato della banca o dell'intermediario finanziario sia, nell'evidenziare l'eventuale non adeguatezza dell'operazione, altamente professionale, prudente e diligente.”

<sup>9</sup> In base all'art. 29, co. III, REG. CONSOB 11522/1998: “[g]li intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione”. La giurisprudenza più attenta ha avuto modo di chiarire come siffatto obbligo sussista nei confronti del cliente non professionale anche quando avesse svolto operazioni di investimento in passato (Trib. Mantova, sent. 31 marzo 2009 n° 397, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)) e ha ritenuto inammissibile una informazione sull'adeguatezza che, facendo ricorso a formule prestampate, non indicasse le specifiche ragioni dell'inidoneità (Trib. Milano sent. 26 settembre 2011, n° 11045, in *ivi*).

<sup>10</sup> Art. 29, co. III, REG. CONSOB 11522/1998. Sulla dichiarazione del cliente si veda, da ultimo, Corte Cass., 25 settembre 2014 n° 20178 (in <http://www.italgiure.giustizia.it/>), dove, ribadendo un precedente indirizzo (Corte Cass. 19 aprile 2012 n° 6142, e 06 giugno 2012 n° 11412 in *ivi*), si afferma che “la dichiarazione resa dal cliente, su modulo predisposto dalla banca e da lui sottoscritto, in ordine alla propria consapevolezza – conseguente alle informazioni ricevute – della rischiosità dell'investimento e della inadeguatezza dello stesso rispetto al suo profilo di investitore, non costituisce dichiarazione confessoria, in quanto è rivolta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità d un fatto obiettivo”.

<sup>11</sup> Art. 19, §5, dir. 2004/39/CE.

investimento offerto o richiesto comporta”<sup>12</sup>. Con specifico riguardo all’ordinamento interno, tale regola (c.d. *appropriateness rule*) europea è recepita agli artt. 41 e 42 del REG. CONSOB 16190/2007.

2. Sul piano oggettivo, l’ambito di applicazione della regola di appropriatezza non si estende sino a ricomprendere tutti i servizi di investimento resi dall’intermediario professionista, ma è limitato ai servizi diversi da quelli di consulenza e di gestione del portafoglio. Mentre questi ultimi – che, come noto, nel sistema europeo di tutela dell’investitore rientrano nella distinta e separata disciplina della c.d. *suitability rule* e la cui disciplina interna si rinviene agli artt. 39-40 del REG. CONSOB 16190/2007 – sono comunemente definiti come servizi di “risparmio gestito”, i servizi che rientrano nell’ambito applicativo della regola di appropriatezza sono definiti come servizi di “risparmio amministrato”. Con tale formula si fa dunque riferimento alla prestazione dei servizi di negoziazione per conto proprio, di esecuzione, trasmissione e ricezione ordini, di sottoscrizione e/o collocamento con/senza assunzione fermo, con/senza garanzia nei confronti dell’emittente.

Rispetto alle prestazioni di consulenza e di gestione del portafoglio (c.d. servizi di “risparmio gestito”), le attività rientranti in questa classe presentano una minore discrezionalità per l’intermediario ed una maggiore partecipazione del cliente<sup>13</sup>. In tali ipotesi, infatti, questi non si limita ad affidare il proprio capitale da investire al soggetto abilitato (gestione del portafoglio) e non si limita a seguire la raccomandazione personale dell’intermediario (consulenza), ma ricorre a servizi e strumenti differenti che registrano “una riduzione del ruolo dell’intermediario nel processo decisionale”<sup>14</sup> e che più riflettono la volontà del cliente e rispetto ai quali l’intermediario è “*strutturalmente estraneo*”<sup>15</sup>.

Invero, l’affermazione per cui l’ambito oggettivo della regola di appropriatezza coincide con la prestazione dei servizi di risparmio amministrato è corretta solo nella misura in cui tali servizi non siano eseguiti nella modalità di *execution only*. Questa particolare forma di investimento di risparmio amministrato – inedita per il nostro ordinamento e introdotta, al pari della regola di cui ci si occupa, dal legi-

<sup>12</sup> Art. 36, §1, dir. 2006/73/CE.

<sup>13</sup> Giustificano la graduazione oggettiva tra regola di adeguatezza e di appropriatezza in termini di maggiore e minore discrezionalità dell’attività resa dall’intermediario autorizzato: P. FIORIO, *Non adeguatezza delle operazioni di investimento*, cit., p. 178; R. NATOLI, *Le informazioni dei risparmiatori nella formazione*, cit., p. 71; V. SANGIOVANNI, *L’adeguatezza degli investimenti prima e dopo la Mifid*, cit., p. 1393; V. SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza*, cit., p. 298.

<sup>14</sup> In tal senso M. MAGGIOLLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., 396, dove il corretto rilievo per cui “la minore protezione per il cliente non dipende da una intrinseca minore rischiosità dell’operazione di investimento. Al di là di situazioni patologiche rappresentate da comportamenti opportunistici dei soggetti abilitati, una decisione di investimento direttamente proveniente da un cliente non professionale è anzi probabilmente più pericolosa, per lui, rispetto a scelte dall’intermediario per suo conto”

<sup>15</sup> L. PURPURA, *L’evoluzione “fiduciaria”*, cit., p. 226.

slatore comunitario nel 2004<sup>16</sup> – risulta essere integrata qualora il servizio di investimento sia *i*) quello di esecuzione di ordini per conto dei clienti di ricezione e trasmissione ordini; *ii*) connesso ad azioni ammesse alla negoziazione in un mercato regolamentato, o in un mercato equivalente di un paese terzo, a strumenti del mercato monetario, obbligazioni o altri titoli di debito (escluse le obbligazioni o i titoli di debito che incorporano uno strumento derivato), OICR armonizzati ed altri strumenti finanziari non complessi<sup>17</sup>; *iii*) prestato a iniziativa del cliente o potenziale cliente<sup>18</sup>, chiaramente informato di una tale modalità<sup>19</sup>; *iv*) reso da un intermediario che rispetta gli obblighi in materia di conflitti di interesse. Qualora ricorrano tutte queste condizioni, i soggetti abilitati alle attività di investimento possono prestare i servizi di esecuzione di ordini per conto dei clienti di ricezione e trasmissione ordini, senza che sia necessario ottenere le informazioni o procedere alla valutazione in termini di appropriatezza del servizio (art. 43, co. I, REG. CONSOB 16190/2007)<sup>20</sup>.

Rispetto a queste coordinate normative, la dottrina maggioritaria qualifica l'ambito applicativo della regola di appropriatezza come residuale ("per

<sup>16</sup> Art. 19, §6, dir. 2004/39/CE e art. 38 dir. 2006/73/CE.

<sup>17</sup> Al fine di qualificare uno strumento finanziario come non complesso l'art. 44, REG. CONSOB ripete le indicazioni contenute nella normativa comunitaria (art. 38, dir. 2006/73/CE) e il cui ricorrere integra uno dei presupposti per aversi l'esenzione dalla valutazione dell'appropriatezza: "[u]no strumento finanziario che non sia menzionato all'articolo 43, comma 1, lettera a), è considerato non complesso se soddisfa i seguenti criteri: *a*) non rientra nelle definizioni di cui all'articolo 1, comma 1--bis, lettere c) e d), del Testo Unico, nonché nelle definizioni di cui all'articolo 1, comma 2, lettere d), e), f), g) h), i) e j) del Testo Unico; *b*) esistono frequenti opportunità di cedere, riscattare od ottenere altrimenti il corrispettivo di tale strumento a prezzi che siano pubblicamente disponibili per i partecipanti al mercato. Tali prezzi devono essere quelli di mercato o quelli messi a disposizione, ovvero convalidati, da sistemi di valutazione indipendenti dall'emittente; *c*) non implica alcuna passività effettiva o potenziale per il cliente che vada oltre il costo di acquisizione dello strumento; *d*) sono pubblicamente disponibili informazioni sufficientemente complete e di agevole comprensione sulle sue caratteristiche in modo tale che il cliente al dettaglio medio possa prendere una decisione informata in merito alla realizzazione o meno di un'operazione su tale strumento".

<sup>18</sup> Il regolamento non definisce quando ricorra questa ipotesi. In base al Cons. 30, dir. 2004/39/CE, *i*) "[u]n servizio dovrebbe essere considerato come prestato su iniziativa del cliente a meno che il cliente lo richieda in risposta ad una comunicazione personalizzata da o per conto dell'impresa a quel particolare cliente, che contiene un invito o è intesa a influenzare il cliente rispetto ad uno strumento finanziario o operazione finanziaria specifici"; *ii*) "[u]n servizio può essere considerato come prestato su iniziativa del cliente nonostante il cliente lo richieda sulla base di comunicazioni contenenti una promozione o offerta di strumenti finanziari effettuate con mezzi che siano per natura generali e rivolti al pubblico o a un più ampio gruppo o categoria di clienti o di potenziali clienti".

<sup>19</sup> L'art. 43 REG. CONSOB afferma che tale "avvertenza può essere fornita utilizzando un formato standardizzato".

<sup>20</sup> La dottrina italiana è estremamente severa con tale novità: *ex multis* si vedano i giudizi critici di F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa*, cit., p. 45 e di P. FIORIO, *Non adeguatezza delle operazioni*, cit., p. 175.

esclusione”<sup>21</sup>: essa disciplina soltanto i servizi di investimento diversi dalla consulenza e dalla gestione del portafoglio che non siano prestati in modalità di *execution only*.

3. L’ambito applicativo della regola di appropriatezza è poi ulteriormente delimitato dalla c.d. graduazione soggettiva delle tutele<sup>22</sup>. Come noto, in presoché ogni esperienza di regolazione del mercato finanziario si assiste ad una graduazione soggettive che ha l’effetto di modulare il *set* di tutele da riconoscere al cliente (e, per conseguenza, le prestazioni imposte agli intermediari), a seconda del concreto *need of protection* (a sua volta determinato in base al tipo di servizio e al profilo del cliente). Già il paragrafo 12 della schedule 8 del *Financial Services Act* (1986), dal titolo “*class of investors*”, affermava che le varie *conduct of business rules* dovessero tenere a mente come “*provisions that are appropriate for regulating the conduct of business in relation to some classes of investors may not (by reason of their Knowledge, experience or otherwise) be appropriate in relation to others*”.

Orbene e ancora una volta a differenza della disciplina sull’adeguatezza (che trova applicazione a prescindere del tipo di cliente)<sup>23</sup>, la regola in esame rientra nell’insieme di prestazioni sottratte all’intermediario che presta un servizio di risparmio amministrato nei confronti delle c.d. controparti qualificate. In base alla disciplina attualmente vigente, lo *status* di “controparte qualificata” si acquista unicamente con riferimento alla prestazione dei servizi di cui all’art. 1, co. V, lett. *a*), *b*) e), TUF (negoiazione per conto proprio, esecuzione di ordini e ricezione e trasmissione). Secondo quanto disposto dall’art. 58, co. III, Reg. Consob 16190/2007, nei servizi di investimento resi in favore delle controparti qualificate non trovano applicazione le disposizioni di cui agli articoli 27-56, Reg. Consob 16190/2007 (con l’unica eccezione dell’art. 35, il quale pone sull’intermediario l’onere di comunicare al cliente la propria classificazione e del diritto “a richiedere una diversa classificazione” indicando le varie conseguenze di disciplina). Pertanto, prima di procedere all’operazione, gli intermediari devono ottenere dalle controparti qualificate la loro accettazione ad essere trattati con questo regime più severo. Infine, il regolamento, ex art. 58, co. IV, consente a costoro di domandare all’intermediario l’applicazione, in via generale o con riferimento alla singola operazione, di essere trattato come un cliente al dettaglio o uno professionale (*downgrading*). A tale fine, però, è necessario il consenso dell’intermediario.

<sup>21</sup> R. NATOLI, *Le informazioni dei risparmiatori nella formazione*, cit., p. 71.

<sup>22</sup> Su tale principio si veda tra la letteratura in lingua italiana il volume di G. LA ROCCA, *La tutela dell’impresa nella contrattazione in strumenti finanziari derivati*, Padova, 2011.

<sup>23</sup> Sul punto si veda, per tutti, F. DELFINI, *Valutazione di adeguatezza ex art. 40*, cit., p. 298.



La regola di appropriatezza, dunque, vincola il professionista unicamente nei confronti dei clienti al dettaglio e professionali (lo siano essi “di diritto”<sup>24</sup> o “su richiesta”<sup>25</sup>).

4. Una volta definito l’ambito applicativo della regola di appropriatezza come quello coincidente con la prestazione in favore di clienti al dettaglio e professionali di servizi di risparmio amministrato (ossia diversi da quelli di consulenza e di gestio-

<sup>24</sup> I clienti professionali di diritto sono definiti dall’all. 3, Reg. Consob 16190/2007, il quale ripete esattamente quanto previsto dall’all. II, dir. MiFID 2004/39/CE. Innanzitutto, sono così considerati le controparti qualificate. In secondo luogo, lo *status* in questione è accordato alle imprese di grandi dimensioni. Con ciò si intende fare riferimento a quelle imprese che presentano almeno due dei seguenti requisiti: bilancio superiore ai venti milioni di euro; fatturato netto superiore ai quaranta milioni di euro; fondi propri superiori ai due milioni di euro. In terzo luogo, anche gli investitori istituzionali la cui attività principale è investire in strumenti finanziari, compresi gli enti dediti alla cartolarizzazione o ad altre operazioni finanziarie sono classificabili come clienti professionali di diritto. Il riconoscimento dello *status* di cliente professionale di diritto non è automatico, ma è subordinato alla mancata richiesta del cliente di avere un più alto grado di protezione. Difatti, l’all. 2, Reg. Consob 16190/2007, riprende integralmente la procedura prevista dalla direttiva MiFID. Quando il cliente è un’impresa definibile come cliente professionale di diritto, l’intermediario, prima di prestare un qualunque servizio, deve avvertirlo che, sulla base delle informazioni in suo possesso, questi è classificato come cliente professionale. Dopo aver ricevuto l’ulteriore e distinta informazione circa la possibilità di mutare questo *status*, il cliente ha il diritto di ottenere un maggior grado di tutela. In tal caso, le parti concluderanno un accordo scritto che stabilisce i servizi ai quali applicare al cliente professionale di diritto il trattamento più protetto. Per conseguenza, nei confronti dei clienti definibili come clienti professionali di diritto, la riduzione delle tutele è subordinata alla mancata richiesta del singolo cliente di avere il massimo livello di garanzie.

<sup>25</sup> Con la previsione dei c.d. “clienti professionali su richiesta”, si consente agli intermediari di trattare come clienti professionali, soggetti diversi da quelli della sub-categoria “clienti professionali di diritto” purché siano verificate le competenze (All. 3, II.1, Reg. Consob 16190/2007) e sia assicurato il rispetto della procedura (All. 3, II.2, Reg. Consob 16190/2007). Tale passaggio rappresenta l’unica ipotesi di *upgrading* prevista dalla nuova disciplina: non è, infatti, ammessa la possibilità di assumere su richiesta lo *status* di controparte qualificata. Per aversi il mutamento di *status* in esame, l’intermediario deve poter ragionevolmente ritenere che il cliente sia in grado di adottare in modo consapevole le proprie decisioni di investimento e comprendere i relativi rischi. Nell’imporre questo particolare onere all’intermediario, il testo della Consob indica che, nella anzidetta valutazione, il possesso dei requisiti soggettivi richiesti per incarichi di dirigenze nelle società di investimento possa essere considerato come un valido riferimento della competenza e conoscenza del cliente. Altresì, la disciplina ora citata prevede che nella valutazione in parola sia necessario il ricorrere di almeno due dei seguenti requisiti: “il cliente ha effettuato operazioni di dimensioni significative sul mercato in questione con una frequenza media di 10 operazioni al trimestre nei quattro trimestri precedenti; il valore del portafoglio di strumenti finanziari del cliente, inclusi i depositi in contante, deve superare 500.000 EUR; il cliente lavora o ha lavorato nel settore finanziario per almeno un anno in una posizione professionale che presupponga la conoscenza delle operazioni o dei servizi previsti”. Da quanto ora riportato si evince che lo *status* di cliente professionale può essere riconosciuto anche alle persone fisiche. Per quanto riguarda la procedura che governa l’*upgrading*, è bene ricordare che la domanda di riduzione delle tutele debba essere presentata per iscritto dal cliente all’intermediario. Sempre per iscritto e “in modo chiaro”, il soggetto abilitato deve rappresentare le conseguenze della riduzione all’istante, una volta che sia stata ricevuta la richiesta. Successivamente, su un documento distinto dal testo contrattuale, il cliente\istante deve dichiarare per iscritto di avere compreso gli effetti derivanti dalla perdita di protezione massima.

ne del portafoglio) e che non siano svolti in modalità di *execution only*, occorre esaminare il contenuto della *rule*.

Questo può essere diviso in tre attività: raccolta di dati, valutazione del servizio e informazione al cliente.

Per esplicita previsione regolamentare, la disciplina di acquisizione delle informazioni da parte dell'intermediario si desume da quella che regola l'acquisizione di informazioni necessarie per la valutazione di adeguatezza. Ciò non deve sorprendere: “[l]a distinzione tra giudizio di adeguatezza e giudizio di appropriatezza è non ontologica, ma normativa”<sup>26</sup>, di modo che “sul piano finalistico, il procedimento di valutazione di adeguatezza e di appropriatezza non si distinguono”<sup>27</sup>. Ciò detto, per quanto riguarda l'attività di raccolta, il primo articolo delle due disposizioni regolamentari dedicate alla regola in parola dispone che gli intermediari, quando prestano un servizio diverso da quello di consulenza e di gestione del portafoglio, devono raccogliere le informazioni necessarie per determinare la competenza e l'esperienza del cliente (art. 41, REG. CONSOB 16190/2007). A partire dal rinvio a tale distinta disciplina, dunque, si fa obbligo all'intermediario di ottenere i dati e le informazioni circa i tipi di servizi\operazioni\strumenti finanziari con cui il cliente ha dimestichezza nonché la natura\volume\frequenza\periodo delle operazioni pregresse e, infine, il livello di istruzione del cliente. (c.d. competenza conoscitiva). A differenza di quanto indicato per i casi di servizio di risparmio gestito (consulenza o gestione del portafoglio), nelle ipotesi di servizio di risparmio amministrato svolti in modalità non di *execution only* all'intermediario non è richiesto di ottenere informazioni in merito agli obiettivi di investimento del cliente e alla sua capacità patrimoniale di sostenere i rischi.

Orbene, l'intermediario sulla base delle informazioni raccolte in merito alle capacità conoscitive del cliente dovrà determinare se il cliente “abbia il livello di esperienza e conoscenza necessario per comprendere i rischi che lo strumento o il servizio di investimento offerto o richiesto comporta” (art. 42, REG. CONSOB 16190/2007). Tale capacità conoscitiva è presunta nei confronti dei clienti professionali (che non abbiano esplicitamente domandato un regime differente)<sup>28</sup>. La ridotta raccolta di informazioni si riverbera poi sul piano della valutazione di tale capacità rispetto al servizio: qui, a differenza del regime di adeguatezza, il giudizio richiesto all'intermediario prescinde dall'idoneità del servizio a realizzare gli obiettivi di investimento (c.d. congruità finanziaria) e alla capacità di sopportazione dei rischi connessi con l'operazione (c.d. congruità patrimoniale). Come è stato notato, ciò “rappresenterebbe una profonda differenza”: mentre ai fini del giudizio di adeguatezza si “prende in esame elementi oggettivi, quali la corrispondenza delle operazioni agli obiettivi di investimento o il livello di rischio presentato, l'appropriatezza fa leva su un elemen-

<sup>26</sup> M. MAGGIOLÒ, *Servizi ed attività di investimento*, cit., p. 397.

<sup>27</sup> L. FRUMENTO, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza*, cit., p. 583.

<sup>28</sup> Art. 42, co. II, REG. CONSOB 16190/2007.

to soggettivo, ossia l'esperienza maturata dall'investitore in ambito finanziario, con evidenti difficoltà di accertamento"<sup>29</sup>. Questo significa che "un servizio inadeguato (ad esempio patrimonialmente o finanziariamente) potrà risultare financo appropriato": l'operazione si potrà dire appropriata qualora, indipendentemente dalla sua idoneità con gli obiettivi di investimento e dalla sua congruità con la sfera patrimoniale dell'intermediario, "l'investitore, alla luce delle conoscenze ed esperienza maturate, sia in grado di comprendere i rischi che il prodotto o il servizio finanziario comporta"<sup>30</sup>.

Sempre per il tramite di un richiamo alla disciplina relativa alla raccolta dei dati necessari alla valutazione di adeguatezza dei servizi di risparmio gestito, nella fase di ottenimento delle informazioni relative alla determinazione dell'appropriatezza del servizio per l'intermediario sussiste il divieto di fare affidamento su informazioni manifestamente errate (art. 39, co. V, REG. CONSOB 16190/2007) e di scoraggiare il cliente dal fornire le informazioni (art. 39, co. VII, REG. CONSOB 16190/2007). In difformità con la disciplina della regola di adeguatezza, infine, qualora l'intermediario non ottenga le informazioni necessarie, non sussiste un assoluto divieto di astensione ma un semplice obbligo di informare il cliente che in assenza di quelle informazioni l'intermediario non può procedere alla valutazione dell'appropriatezza (art. 42, co. IV, REG. CONSOB 16190/2007). In conclusione, è agevole notare come, in linea con la precedente esperienza, il sistema non vieti in modo assoluto la conclusione del servizio di investimento non appropriato (come fa, invece, con riferimento a quello non adeguato). Per l'effetto, mentre in base alla disciplina della *suitability rule* sussiste un divieto assoluto per le parti a cui è sottratta la possibilità di vincolarsi alla prestazione di un servizio di risparmio gestito non adeguato per il cliente, nel caso del risparmio amministrato svolto in modalità non di *execution only* ci si trova dinnanzi ad un obbligo di comportamento, che, per quanto complesso (raccolta informazione, valutazione appropriatezza, comunicazione dell'informazione), nulla ha da dire rispetto al potere delle parti di concludere il contratto.

5. Qualora sulla base delle informazioni in suo possesso l'intermediario ritenga non appropriato il servizio offerto al cliente, il professionista ha l'obbligo di avvertire il cliente di tale circostanza, anche mediante l'utilizzo di un formato standardizzato (art. 42, co. III, REG. CONSOB 16190/2007).

Rispetto a tale obbligo informativo, la dottrina si domanda se per la legittimità dell'operazione sia sufficiente – come lascerebbe intendere la lettera del regolamento – la sola avvertenza o se invece – in conformità con la precedente esperienza – sia necessario la conferma da parte del cliente. In altre parole, nella letteratura giuridica

<sup>29</sup> V. SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e appropriatezza*, cit., p. 297. Nello stesso senso anche P. FIORIO, *Non adeguatezza delle operazioni di investimento*, cit., p. 169-170.

<sup>30</sup> F. SARTORI, *La regola di adeguatezza e i contratti di borsa*, cit., p. 43, nt. 48 e 49. In posizione analoga anche L. FRUMENTO, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza*, cit., p. 583.

vi è sia chi afferma che, una volta fornite le avvertenze in parola al cliente, l'intermediario possa "dar corso all'operazione, a prescindere dal fatto che il cliente abbia o no reiterato o confermato la propria intenzione di procedere"<sup>31</sup> sia chi ritiene che, in caso di avvertenza di non appropriatezza dell'operazione, l'intermediario vi possa dare esecuzione solo a seguito dell'ordine reiterato dal cliente<sup>32</sup>.

Nel senso del primo indirizzo milita la lettera del testo e quindi il silenzio rispetto a un qualunque *permissive consent*: da qui, richiamando il canone ermeneutico *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*, diviene naturale far discendere l'irrelevanza di un nuovo ordine o – il che è lo stesso – la sufficienza della sola informazione standardizzata in merito all'appropriatezza dell'operazione ai fini della sua liceità. Per contro, chi milita a favore della tesi che subordina la legittimità della realizzazione dell'operazione inappropriata al ricorrere della relativa comunicazione e della reiterazione dell'ordine da parte del cliente afferma che da quel medesimo silenzio si potrebbe ricavare una riproposizione dell'art. 29, co. III, REG. CONSOB 11522/1997<sup>33</sup>. Chi sostiene questa lettura più favorevole al cliente e in linea con l'esperienza passata caratterizzata dal c.d. *permissive consent* ritiene poi che, dinnanzi alla conferma della volontà di procedere del cliente, l'intermediario abbia il dovere di informare il cliente che, successivamente al suo nuovo ordine, egli non possa determinare se il servizio o lo strumento sia appropriato<sup>34</sup>.

Ulteriori perplessità, poi, ha suscitato la previsione regolamentare che consente all'intermediario di avvertire il cliente circa la non appropriatezza del servizio/l'impossibilità di valutarlo per il tramite di comunicazioni standardizzate (art. 42, co. III e co. IV, REG. CONSOB 16190/2007). Tale termine ("standardizzato") è stato diffusamente criticato<sup>35</sup>: in particolare, si è paventato il rischio per cui, atteso che una informazione standardizzata non è effettiva garanzia di scelta consapevole, il ricorso a questo tipo di forma possa condurre "ad un consenso informato dell'investitore che tale non è"<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, cit., p. 136. In tal senso, anche A. ANTONUCCI, *Declinazione della suitability rule*, cit., p. 733; A. DI AMATO, *I servizi di investimento*, cit., p. 110; M. MAGGIOLLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., p. 398.

<sup>32</sup> In tal senso, tra i tanti, si vedano F. CAPRIGLIONE, *La problematica relativa al recepimento*, cit., p. 23; R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, cit., p. 118; V. SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza*, cit., p. 297-298; F. SARTORI, *La regola di adeguatezza e i contratti di borsa*, cit., p. 43, nt. 49; A. VALONGO, *Profili di tutela individuale dell'investitore*, cit., p. 81.

<sup>33</sup> F. CAPRIGLIONE, *La problematica relativa al recepimento*, cit., p. 23.

<sup>34</sup> R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, cit., p. 118.

<sup>35</sup> Secondo L. PURPURA, *Strumenti finanziari e dovere di informazione*, cit., p. 635, nt. 51 esso concorre a dare l'impressione che la segnalazione di non appropriatezza sia configurata "in termini che appaiono oggettivamente meno protettivi per gli investitori rispetto a quanto previsto con riguardo all'informazione di inadeguatezza dall'art. 29, comma 3°, vecchio Regolamento".

<sup>36</sup> V. SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e appropriatezza*, cit., p. 298.

6. Non solamente su di un piano pratico, la questione relativa al valore da riconoscere all'adempimento dell'obbligo informativo riguardante l'appropriatezza dell'operazione solleva profili di sicuro interesse. A ben vedere, essa ripropone le riflessioni che, in sede di commento della legge 02 gennaio 1991 n° 1, "*Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare*"<sup>37</sup>, attenta dottrina ebbe a muovere sul corretto modo di intendere il sistema normativo privatistico dinnanzi al sempre maggiore volume assunto dalla "legislazione fuori dal codice"<sup>38</sup>. Come vedremo, anche a distanza di oltre venti anni, quelle riflessioni sono tuttora utili per l'interprete che sia chiamato a ricostruire il dato normativo in una materia, quale quella dell'intermediazione finanziaria<sup>39</sup>, la cui disciplina è divenuta ora straordinariamente complessa<sup>40</sup>.

Secondo l'indirizzo qui ripreso, nell'esaminare la questione legislazione speciale/codice civile<sup>41</sup> andava respinta la tendenza a "rapportare gli enunciati della legge

<sup>37</sup> Sulla legge 02.01.1991 n°1 "*Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari*", entrata in vigore il 05.01.1991 e pubblicata in *Gazz. Uff.* n°3/1991, si vedano, tra le monografie, il volume di C. COLTRO CAMPI, *La nuova disciplina dell'intermediazione e dei mercati mobiliari*, Torino, 1991, di F. CARBONETTI, *I contratti di intermediazione mobiliare*, Milano, 1992 e di F. ANNUNZIATA, *Regole di comportamento degli intermediari e riforme dei mercati mobiliari – L'esperienza francese, inglese e italiana*, Milano, 1993, e, tra i contributi, quelli di G. ALPA, *La legge sulle SIM e i contratti con i "clienti"*, in *Econ. dir. terziario*, 1991, p. 333; G. MINERVINI, *Sim e riorganizzazione del mercato mobiliare. Appunti su una legge difficile*, in *Corr. Giur.*, 1991, 2, p. 129; A. ANTONUCCI, *Note introduttive alla legge n. 1 del 2 gennaio 1991 sull'intermediazione mobiliare*, in *Dir. Banca*, 1992, 1, p. 51; A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione immobiliare*, in *Banca, borsa*, 1993, I, p. 289; C. CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *ivi*, p. 300; M. NUZZO, *Intermediazione mobiliare delle aziende bancarie e tutele civilistiche dei risparmiatori*, in *Dir. Relaz. Ind.*, 1993, 1, p. 17; P. P. GAGGERO, *Attività e soggetti dell'intermediazione mobiliare*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1995, II, p. 274.

<sup>38</sup> Il riferimento è a C. CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova*, *cit.*, p. 300.

<sup>39</sup> Sull'attività di intermediazione finanziaria la letteratura scientifica è divenuta sempre più numerosa. Senza pretesa di completezza e con esclusivo riferimento ai contributi in lingua italiana, si può qui segnalare i lavori di stampo manualistico di S. AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008; F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2008; R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2010 e F. IUDICA, *Manuale del mercato mobiliare*, Torino, 2012. Tra i lavori monografici più recenti, si distingue per la completezza dell'indagine, M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, 2012. Altro contributo di sicuro rilievo è E. GABRIELLI – R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011.

<sup>40</sup> Tale complessità si coglie sia su di un piano diacronico (R. RORDORF, *Contratti del mercato finanziario*, in *Libro dell'anno del Diritto 2012*, Roma, 2012, p. 115) sia su quello sincronico (V. ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario dopo la MIFID*, in *Econ. dir. terziario*, 2009, 3, p. 424-425, il quale parla di disciplina multilivello, ossia "composta da una pluralità di fonti di natura diversa che convergono a coprire lo stesso oggetto di regolazione. Più precisamente essa si articola in: un livello comunitario, su cui si collocano le direttive rilevanti in materia; e poi un livello interno, che in realtà si scompone a sua volta in un livello primario, costituito essenzialmente dal TUF, e quindi, a scendere, in un livello secondario che si sostanzia nei regolamenti Consob").

<sup>41</sup> In argomento, tra i lavori più recenti si vedano quelli di G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 3, p. 751; ID., *La disciplina generale del con-*

singolare al sistema del codice concepito come una matrice fissa e immutabile sulla quale proiettare i dati nuovi in un giudizio che inconsciamente diventa di conformità-legittimità<sup>42</sup>. Per quella citata dottrina, infatti, tale criticabile impostazione scontava due errori metodologici.

Innanzitutto, essa faceva discendere dalla innegabile primazia – “per complessità sistematica” - del codice civile “una concezione dello stesso alla stregua di un sistema fissato una volta per tutte nei significati e nei limiti che lo caratterizzarono originariamente”. Com’è divenuto ora sempre più evidente<sup>43</sup>, una simile lettura è insostenibile: “considerare il codice come un progetto concluso e chiuso con l’adozione del suo testo finale nel 1942 (...) appare fuorviante non appena si prende atto che esso ha continuato a vivere non come un corpo autonomo ma come nucleo di un sistema più vasto le cui fattezze non hanno cessato di evolversi con il sopraggiungere di nuove fonti e con il lavoro di inevitabile raccordo che la dottrina e la giurisprudenza hanno dovuto svolgere<sup>44</sup>”.

Questa criticata impostazione presentava poi un secondo limite. Oltre alla prospettiva diacronica che caratterizza il sistema normativo come sistema aperto e che, secondo la posizione di Castronovo qui richiamata, renderebbe insostenibile la pretesa di eternità del codice nel suo significato originario minando la possibilità di una riconduzione del dato legislativo speciale nel significato codicistico, un tale rapporto

---

*tratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 313; N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in E. Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, p. 7; U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, *ivi*, p. 31; F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, *ivi*, p. 565; C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 406; M. LIBERTINI, *Alla ricerca del “diritto privato generale” (Appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 541; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale nella disciplina del contratto*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, II, Milano, 2004, p. 1363.

<sup>42</sup> C. CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova*, *cit.*, p. 302. Nel saggio, con riferimento all’apporto della scienza giuridica, l’attento Autore afferma che il “ruolo proprio del giurista positivo” è, per l’appunto, quello di “interpretare un enunciato alla luce di un sistema che, se preesistente all’interpretazione, non rimane uguale a se stesso dopo di essa: è un insonne ricostruzione innescata dal singolo problema interpretativo. Gli esiti ai quali, muovendo da esso, si perviene, quando non siano puramente ripetitivi non possono essere considerati meri corollari di un sistema precostituito e immobile, in quanto essi stessi diventano elementi di un sistema che diviene”.

<sup>43</sup> Scrive, di recente, G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell’interpretazione. Da un dialogo del diritto con l’arte, la letteratura, la religione, la musica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 4, p. 1247: “Il testo è cosa, vivificata dal soffio vitale dell’interprete, immerso nella contemporaneità. Come si fa più evidente nell’interpretazione musicale: segni scritti in un pentagramma devono essere volti in dimensione di suono, anche con strumenti non sempre identici a quelli coevi del compositore.” Sul punto, peraltro, si vedano le parole di T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 154, per cui la norma “è sempre e solo quella interpretativamente formulata e in funzione di una sua applicazione e in realtà non esiste se non nella sua applicazione, compiuta la quale la formulazione data passa ad essere testo, punto di partenza per nuove formulazioni, e per nuove posizioni di norme”.

<sup>44</sup> C. CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova*, *cit.*, p. 302.

di subordinazione (della legge speciale al codice civile) non è giustificato anche dal punto di vista dell'interprete.

Non potendosi dubitare dell'identico "valore formale" di legge speciale e codice, difatti, la novità legislativa è da intendersi "fonte tra le fonti" e, su di un piano sincronico, il sistema andrà piuttosto concepito come costituito "dalle norme del codice alla stessa stregua di quelle delle altre leggi". In tal modo, sarà possibile, per un verso, mettere in luce la struttura del sistema "articolata secondo il modello binario diritto privato generale-diritti secondi"<sup>45</sup> e, per un altro, si potrà procedere alla ricostruzione delle varie categorie e dei diversi modelli, considerando tutti gli enunciati normativi che, siano essi delle disposizioni codicistiche o di leggi speciali, ne contengono degli aspetti<sup>46</sup>.

Tuttavia, come si avvertiva già *illo tempore*, qualora la normativa del codice fosse diventata "sparuta al confronto con quella disseminata nella legislazione nuova", il rapporto di compatibilità che dovrebbe sussistere tra codice e legge speciale si sarebbe piegato a favore della seconda. Per conseguenza nella ricostruzione ermeneutica dei vari enunciati contenuti nella disciplina speciale, la stessa si sarebbe potuta considerare come un mini-sistema<sup>47</sup> e, quindi, come un 'diritto speciale in senso improprio'<sup>48</sup> idoneo a fornire nella sua stessa complessità le risposte all'interprete<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> C. CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova*, cit., p. 303-304. Per una ricostruzione sistematica del dato normativo della legislazione speciale svolta secondo l'interazione tra leggi di settore e codice, si rinvia ai precedenti lavori dell'A.: *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, 2, p. 159 e ss., e *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *ivi*, 1985, 1, p. 20 e ss.

<sup>46</sup> C. CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova*, cit., p. 303-304.

<sup>47</sup> A tal proposito, così si esprimeva C. CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova*, cit., p. 304, nt. 4: "I diritti secondi possono essere detti mini o microsistemi se considerati in sé. Tale qualifica non implica tuttavia, né potrebbe significare distacco dall'intero, il quale invece è il risultato complessivo di sistemi parziali più o meno ampi. Lo stesso codice è un insieme di sistemi (proprietà, successioni, obbligazioni, responsabilità ecc.) coordinati a formare un macrosistema che a propria volta concorre a formare il sistema globale in cui consiste l'intero ordinamento".

<sup>48</sup> Secondo la terminologia utilizzata da L. MENGONI, *Istituzioni di diritto privato e discipline speciali*, in *Jus*, 1983, p. 328.

<sup>49</sup> In tal senso delle prime indicazioni si possono cogliere con riferimento al problema – non più attuale – della "dichiarazione di competenza" (ex art. 31, co. II, REG. CONSOB n° 11522/1998), ossia quell'atto in base al quale un soggetto classificato come cliente al dettaglio poteva essere considerato come operatore qualificato (e, quindi, sottrarre l'intermediario autorizzato dalle regole di condotta in materia di conflitti di interessi, scambio di informazione e valutazione dell'adeguatezza dell'operazione). Un primo filone ha ritenuto che la "dichiarazione di competenza" ex art. 31 riconducesse gli effetti liberatori "alla responsabilità di chi amministra ed esprime nella realtà giuridica la volontà della società" (C. App. Milano, 12.10.2007 in *Giur. It.*, 2008, p. 1164 con nota di C. MOTTI, *L'attestazione della qualità di operatore qualificato nelle operazioni in strumenti derivati fra banche e società non quotate*). Dalla qualifica della dichiarazione come atto di "auto-responsabilità" seguiva per l'intermediario l'esonerazione dall'obbligo di "effettuare ulteriori verifiche sull'effettivo possesso" delle competenze dichiarate dal cliente (in questa direzione: F. BOCHICCHIO, *Operatività in strumenti derivati con investitore professionale: i limiti apportati dalla normativa di settore e dall'oggetto sociale dell'investitore*, in *Dir. Banca*, 2004, p. 249; ID. *Gli strumenti derivati: i controlli sulle patologie del capitalismo*

7. Orbene, proprio guardando alla disciplina sull'intermediazione mobiliare come ad un mini-sistema è possibile costruire una solida risposta al problema della sufficienza dell'informazione resa dall'intermediario ai fini della liceità dell'operazione non appropriata. Difatti, se è vero che la normativa nulla dice in punto di necessaria reiterazione dell'ordine da parte del cliente, è altresì innegabile che la stessa imposizione del dovere di raccolta delle informazioni, di verifica del servizio in termini di appropriatezza e di comunicazione del giudizio si giustifichi alla luce della tesi che - a torto o a ragione qui non interessa<sup>50</sup> - vede nella capacità del cliente di valutare il prodotto come il requisito necessario per consentire al mercato di realiz-

---

*finanziario*, in *Contr. Impr.*, 2009, p. 305; F. BRUNO e A. ROZZI, *Il destino dell'operatore qualificato alla luce della MiFID*, in *Società*, 2007, p. 283; F. BRUNO, *Derivati OTC e incomprensibile svalutazione dell'autocertificazione del legale rappresentante della società acquirente*, in *Corr. mer.*, 2008, p. 1261). Di tutta evidenza, tale interpretazione dell'enunciato normativo ignorava le altre disposizioni dettate in materia e si limitava alla lettura del secondo periodo della disposizione regolamentare. Per questo orientamento, una volta ricostruito alla luce della sistematica tradizionale del codice civile, l'articolo regolamentare offriva indicazioni sufficienti a determinare una disciplina completa. A ben vedere, difatti, i risultati cui perviene siffatto orientamento, erano debitori della lettura più risalente dell'autoresponsabilità, da cui si traeva a prestito l'idea per cui chi "pone in essere una dichiarazione negoziale, e specialmente una dichiarazione contrattuale, assume la responsabilità circa l'esistenza e il contenuto della dichiarazione stessa" (S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità* (voce), in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 461; in tema si veda anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, p. 109, dove l'affermazione per cui "[l]iberi i singoli di agire nella direttiva del proprio vantaggio secondo il loro apprezzamento; ma le conseguenze eventualmente onerose o dannose di un suo malaccorto dell'iniziativa spiegata stanno a carico di essi soli"). In senso opposto a questa prima lettura, considerata eccessivamente formalista e oltre modo favorevole all'intermediario, altra giurisprudenza di merito aveva proposto una differente interpretazione della "dichiarazione di competenza": per questo orientamento, l'affermazione relativa al possesso di determinati requisiti "non può di per sé sola avere l'effetto di rendere operatore professionale chi non lo è" (Trib. Novara, sent. 18.01.2007 n° 23 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)). Pertanto, pur essendo vero che la norma secondaria *de qua* non prevede un dovere di verifica delle competenze dichiarate, questa lettura riteneva che, in un rapporto dove ad uno dei due soggetti si prescrive (art. 21, co. I, lett. a), T.U.) di comportarsi con diligenza, correttezza, trasparenza per servire al meglio l'interesse dell'altro, spettasse a costui (l'intermediario) di verificare, alla luce delle informazioni in suo possesso, "la concreta rispondenza con quanto dichiarato dall'investitore che si accinge ad essere considerato operatore qualificato" (Trib. Vicenza, sent. 29.01.2009 n° 143 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)). La configurazione di questo dovere - assente nel corpo del testo della disposizione - ha per effetto quello per cui si sarebbe potuto invocare, a ragione, la graduazione delle tutele e la conseguente esclusione (ex art. 31, co. I, reg. 11522/1998) degli obblighi informativi previsti dal vecchio regolamento Consob solo qualora la verifica della veridicità di quanto dichiarato per iscritto dal responsabile legale della persona giuridica sia positiva. Nessuna di queste due soluzioni è stata condivisa dalla Corte di Cassazione, nella cui giurisprudenza si trova, pertanto, un terzo orientamento (Cass., 26 maggio 2009, sentenza n°12138 in *Foro It.*, 2010, I, c. 129 con nota di G. LA ROCCA, *Gli operatori qualificati in Cassazione: un altro capitolo del difficile rapporto della Suprema Corte con il diritto privato del mercato finanziario*) che qualifica la dichiarazione di competenza come una presunzione semplice: qualora il cliente\dichiarante riesca a provare che l'intermediario avesse conoscenza di elementi difatti idonei a smentire quanto affermato nella dichiarazione di competenza, questa non autorizzerà la riduzione delle tutele.

<sup>50</sup> Sul punto, per tutti, si veda C. E. SCHNEIDER - O. BEN-SHAHAR, *The Failure of Mandated Disclosure*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2011, p. 647.



zare la migliore allocazione delle risorse<sup>51</sup>. Questa posizione è sottesa a tutto l'impianto normativo in tema di intermediazione mobiliare così che, sebbene la necessità della reiterazione dell'ordine non sia esplicitata in un portato normativo, appare ragionevole sostenere che il dovere di correttezza a cui la legge costringe l'intermediario (ex art. 21, co. I, lett. a), t.u.f.) – e il cui concreto significato lungi da essere coincidente con quello codicistico<sup>52</sup> va appunto ricostruito alla luce delle direttive di fondo interne a quel mini-sistema - abbia l'effetto di rendere doverosa la conferma del cliente di procedere all'operazione di risparmio amministrato *dopo* che l'intermediario gli abbia comunicato la non appropriatezza di quel servizio (o la circostanza per cui l'assenza di informazioni gli abbia precluso la capacità di procedere a quella verifica).

L'adesione a queste indicazioni ermeneutiche, peraltro, rileva anche rispetto alla previsione regolamentare che consente all'intermediario di avvertire il cliente circa la non appropriatezza del servizio/l'impossibilità di valutarlo per il tramite di comunicazioni standardizzate (art. 42, co. III e co. IV, REG. CONSOB 16190/2007). Orbene, posto che il termine "standardizzato" non è definito dal legislatore comunitario o interno<sup>53</sup>, sembra possibile poter offrire una interpretazione del termine che sia in armonia con i principi della materia e, *in primis* tra questi, quello relativo alla trasparenza (ex art. 21, co. I, lett. a)) e che impone ai soggetti abilitati di operare in modo che i clienti siano "sempre adeguatamente informati" (art. 21, co. I, lett. b)). Così opinando, si potranno ripetere anche qui i risultati interpretativi cui si era

<sup>51</sup> In dottrina, nel senso della riconduzione delle varie *conduct of business rules* alla tutela (della capacità allocativa) del mercato: V. SCALISI, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 3, II, p. 169; R. COSTI, *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 2, p. 777; S. GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 3, I, p. 396; S. MAZZAMUTO, *Diritto civile europeo e diritti nazionali: costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contr. impr.*, 2005, 2, p. 531; R. NATOLI, *Regole di validità e regole di responsabilità tra diritto civile e nuovo diritto dei mercati finanziari*, in *Banca borsa*, 2012, II, 2, p. 177; G. GRISI, *Informazioni (obblighi di)* (voce), in *Enc. dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, p. 605 -609.

<sup>52</sup> Mentre sul piano formale, l'assimilazione dei generali doveri ex art. 21 t.u.f. a quello codicistico di buona fede appare corretta (trattandosi, in entrambi i casi, di regole di condotta), sul piano contenutistico l'identificazione dei primi con la seconda appare invero corretta. Quest'ultima, infatti, impone ad entrambe le parti del rapporto contrattuale (elemento, questo, a sua volta presente sin nella Relazione ministeriale di accompagnamento al Codice Civile, alla stregua della quale il principio di buona fede "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore") l'adozione di tutti quei comportamenti che, a prescindere sia dagli specifici obblighi contrattuali sia dal dovere del "*neminem laedere*" e senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte (si veda, ad esempio, Corte Cass. 10.11.2010, n° 22819 (in *Resp. civ.*, 2011, 11, con nota di C. FIN, *Illegittimità del protesto e risarcimento del danno non patrimoniale per violazione del dovere di protezione nei confronti del correntista* p. 752). La correttezza di cui all'art. 21 T.U. domanda al solo intermediario (senza quindi un riferimento alla reciprocità) l'adempimento degli obblighi necessari al soddisfacimento dell'interesse del cliente (senza quindi il limite dell'apprezzabile sacrificio).

<sup>53</sup> Lo rileva P. FIORIO, *Non adeguatezza delle operazioni di investimento*, cit., p. 177.

giunti in commento alla precedente disciplina e, ad esempio, prevedere che la comunicazione non si limitasse a dire se la valutazione è stata negativa o non è stata possibile per carenza/insufficienza di informazioni, ma indicasse anche la eventuale ragione di non appropriatezza<sup>54</sup>.

In conclusione, a integrazione della disciplina regolamentare (artt. 41-42, REG. CONSOB 16190/2007) che impone la raccolta dei dati sulla competenza del cliente, la valutazione del servizio offerto nonché la relativa informazione sull'esito del test di appropriatezza, in capo all'intermediario sussiste l'obbligo (ex art. 21 t.u.f.), in caso di valutazione negativa, di attendere la reiterazione dell'ordine da parte del cliente e di fornirgli le ragioni del giudizio di non appropriatezza.

**8.** Individuato l'ambito applicativo e così ricostruito il contenuto della regola, occorre ora verificare quali siano le conseguenze civilistiche in ipotesi di violazione della disposizione in parola. Il legislatore europeo nulla dispone sul punto e, chiamata nella decisione *Bankinter* a pronunciarsi sulla analoga questione della definizione dei rimedi contrattuali della *suitability rule*, la Corte di Giustizia ha affermato che è rimesso all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro il compito di "disciplinare le conseguenze contrattuali della violazione di tali obblighi, fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività"<sup>55</sup>.

Orbene, sul piano interno il discorso rimediale è chiaro. A differenza di quanto si registra per la regola di adeguatezza (dove la discontinuità con l'esperienza precedente rende impossibile riproporre il rimedio risarcitorio individuato dalle Sezioni Unite nella celebre sentenza n. 26724 del 2007)<sup>56</sup>, l'attuale regola di appropriatezza costituisce senza dubbio alcuno un obbligo contrattuale *ex lege* di comportamento e, come tale, il suo *status* rimediale prevede per il caso di violazione la determinazio-

<sup>54</sup> *Contra*, M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., p. 398, per il quale, atteso che "[q]uando venga utilizzato un formato standardizzato non c'è per definizione alcuna indicazione delle specifiche ragioni per cui l'intermediario reputi non appropriato lo strumento finanziario", la regola "che consente l'uso di moduli standardizzati implica che in linea generale il cliente o potenziale cliente non ha il diritto di conoscere le ragioni che stanno alla base della valutazioni operata dal soggetto abilitato".

<sup>55</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 30 maggio 2013, c-604/11, *Genil 48 SL, Comercial Hosteleria de Grandes Vinos SL, v. Bankinter SA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, §57, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). Per un commento della sentenza si vedano S. GRUNDMANN, *The Bankinter Case on MiFID Regulation and Contract Law*, in *ERCL*, 2013, 3, p. 267 e A. TENENBAUM, *Les contrats financiers complexes et les obligations d'information : partition d'un dialogue subtil entre la CJUE et les juges nationaux*, in *Revue des contrats*, 2014, p.123.

<sup>56</sup> Per una esposizione di tale tesi sia consentito il rinvio a D. IMBRUGLIA, *Pirmi appunti sull'interest rate swap non adeguato*, in *Persona e Mercato*, 2015, 2, p. 23 e *Regola di adeguatezza e validità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 2, p. 335, con l'avvertenza che l'indirizzo assolutamente maggioritario in dottrina (ex multis, M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., p. 498) e in giurisprudenza (da ultimo, C. App. Milano, 26 maggio 2016 n°2069 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)) milita in senso contrario e propugna la piena continuità del rimedio previsto dalle Sezioni Unite per la violazione dell'obbligo informativo di cui all'art. 29 reg. Consob 11522/1998 anche rispetto alla nuova e diversa disciplina dell'adeguatezza.

ne di conseguenze risarcitorie e/o risolutorie, ma mai invalidanti<sup>57</sup>. Colmando il gap con la dottrina più avvertita, la quale già da tempo e per il tramite dell'istituto codicistico dell'integrazione del contratto (art. 1374 c.c.)<sup>58</sup>, della distinzione sistemica tra regola di comportamento e regola di validità<sup>59</sup> e alla indipendenza del relativo giudizio<sup>60</sup>, aveva posto le basi per la categorie di norme di comportamento imperative che, anche in presenza di un contratto valido, determinano la responsabilità contrattuale della parte negligente<sup>61</sup>, la giurisprudenza della Cassazione ha affermato che la violazione degli obblighi di comportamento posti a carico dell'intermediario "tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto"<sup>62</sup>.

Dunque, l'eventuale violazione della regola di appropriatezza costituisce ipotesi di responsabilità precontrattuale (avente natura contrattuale)<sup>63</sup> e obbliga l'interme-

<sup>57</sup> Corte Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 (in *Foro It.*, 2008, I, c. 784 con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*).

<sup>58</sup> Sulla capacità della "fonte legale" di contribuire al regolamento partecipando "alla concreta determinazione del definitivo assetto di quegli interessi" si veda, per tutti, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazioni del contratto*, Milano, 1969, p. 89.

<sup>59</sup> Sulla distinzione si vedano, tra i tanti, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli, 1961, p. 28; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981<sup>IX</sup> (rist.), p. 171; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa*, 1997, I, p. 9; G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 1, p. 43. Non manca, come noto, l'opinione contraria: da ultimo, milita in senso critico rispetto alla non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.

<sup>60</sup> In tal senso, si vedano i lavori di A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto: le fasi del procedimento*, Milano, 1966, p. 26; G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei contratti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 113; ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 275; E. MINERVINI, *Errore nella convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 4, p. 943; M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1955, p. 135; R. SACCO - [G. DE NOVA], *Il contratto*, in *Trattato dir. civ. Sacco*, II, Torino, 2004<sup>III</sup>, p. 249; N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 9, p. 2765.

<sup>61</sup> Sul punto, oltre ai lavori citati alla nota precedente, resta fondamentale il contributo di L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360. In generale sull'impiego in funzione correttiva del rapporto del risarcimento del danno da contratto valido, si vedano G. VETTORI, *Regole di validità e regole di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 104; M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto, cit., p. 292; L. MENGONI, *Autonomia privata*, cit., p. 19.

<sup>62</sup> Corte Cass. 26724/2007, cit., §1.6.

<sup>63</sup> Sebbene, con la sentenza 26724/2007 le Sezioni Unite non si fossero espresse sul punto, nella giurisprudenza successiva la natura contrattuale della responsabilità dell'intermediario è sostanzialmente pacifica: da ultimo, in tal senso, si veda Corte Cass., 23 maggio 2016 n.10640, a cui *adde*, in termini più generali sulla natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, Corte Cass. 12 luglio 2016, n. 14188 (in *Foro it.*, 2016, I, 2695 con nota di A. PALMIERI, *Trattative, contatto sociale qualificato e «culpa in contrahendo»: verso la tesi contrattualistica*). Di un notevole interesse sul tema della responsabilità precontrattuale è anche una recente sentenza della Corte di giustizia che si è discostata dalla precedente e consolidata giurisprudenza per cui un'azione di risarcimento per interruzione di relazioni commerciali stabili non inserite in un contratto

diario negligente quale parte contrattuale inadempiente al risarcimento del danno patito dal cliente.

La ricca giurisprudenza intervenuta in punto di violazioni dell'intermediario finanziario ha sempre ritenuto risarcibile il solo danno patrimoniale da inadempimento ed è stata ferma nell'escludere il risarcimento del danno non patrimoniale<sup>64</sup>.

In particolare, seguendo la nota impostazione delle sentenze c.d. di San Martino delle Sezioni Unite<sup>65</sup> (le quali, una volta riconosciuto che la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale ricorre "oltre che nei casi determinati dalla legge, solo nel caso di lesione di specifici diritti inviolabili della persona, e cioè in presenza di una ingiustizia costituzionalmente qualificata"<sup>66</sup>, hanno affermato che "[s]e l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale"<sup>67</sup>), la giurisprudenza di merito ha negato la risarcibilità del danno non patrimoniale, rilevando come il comportamento illecito dell'intermediario non integrasse la necessaria (almeno a leggere le Sezioni Unite) "lesione di un valore generale di rilievo costituzionale"<sup>68</sup>. Sul punto, anche la migliore dottrina specialistica ha mostrato di fare proprie le considerazioni della Cassazione, affermando che l'inadempimento dell'intermediario non conduce al risarcimento del danno non patrimoniale, atteso come non sia "giustificato dedurre

---

quadro avesse natura extracontrattuale (sent. 17 settembre 2002, *Tacconi*, C-344/00, §27: "dalla mancanza di impegni liberamente assunti da una parte nei confronti di un'altra in sede di trattative dirette alla formazione di un contratto e dall'eventuale violazione di norme giuridiche, in particolare di quella che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nell'ambito di tali trattative, l'azione con cui si fa valere la responsabilità precontrattuale del convenuto rientra nella materia dei delitti o quasi delitti"). Nella sentenza *Granarolo*, infatti, si è affermato che "l'articolo 5, punto 3, del regolamento Bruxelles I deve essere interpretato nel senso che un'azione di risarcimento fondata su una brusca interruzione di relazioni commerciali stabilite da tempo, come quella oggetto del procedimento principale, non rientra nella materia degli illeciti civili dolosi o colposi ai sensi di tale regolamento qualora tra le parti esistesse una relazione contrattuale tacita, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. La dimostrazione volta a provare la sussistenza di una tale relazione contrattuale tacita deve basarsi su un insieme di elementi concordanti, tra i quali figurano, in particolare, l'esistenza di relazioni commerciali stabilite da tempo, la buona fede tra le parti, la regolarità delle transazioni e la loro evoluzione nel tempo espressa in quantità e in valore, gli eventuali accordi sui prezzi fatturati e/o sugli sconti accordati, nonché la corrispondenza intercorsa" (Corte di giustizia, 14 luglio 2016, sent. *Granarolo SpA v. Ambrosi Emmi France SA*, C-196/15, §28).

<sup>64</sup> Trib. Rimini, 06 giugno 2007, in *Danno e resp.*, 2008, p. 80.

<sup>65</sup> Corte Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26975, in *Foro it.*, 2009, I, c. 120 con note di G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale* e di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*.

<sup>66</sup> Corte Cass., n. 26972/2008, *cit.*, §3.3.

<sup>67</sup> Corte Cass., n. 26972/2008, *cit.*, §4.1.

<sup>68</sup> Trib. Rimini, 06 giugno 2007, *cit.*

[il valore costituzionale dell'interesse violati dall'inadempimento] dal principio della tutela del risparmio, di cui all'art. 47 Cost., che muove su di un piano diverso"<sup>69</sup>.

Peraltro, nel risarcire il danno patrimoniale da inadempimento la giurisprudenza liquida solo il c.d. danno emergente (rappresentato dalla differenza tra la somma investita e quanto percepito in costanza dell'operazione) e non anche quello c.d. di lucro cessante (attesa l'impossibilità di determinare la differenza positiva tra l'operazione svolta e gli investimenti alternativi)<sup>70</sup>.

9. A ben vedere la limitazione del danno da risarcire a titolo di rimedio per la violazione della regola di appropriatezza da parte dell'intermediario negligente andrebbe ripensata, almeno con riferimento al danno non patrimoniale. Ciò, invero, appare doveroso considerando come nel tempo presente, dove "il mercato, e il contratto con esso, tende a divenire strumento di regolazione di pressoché tutti gli aspetti della vita sociale, anzi della vita stessa, le conseguenze non patrimoniali dell'inadempimento si moltiplicano e diventano la normalità nell'economia del contratto" di modo che sia "necessario che la tutela risarcitoria – anche a fronte di pregiudizi di carattere non patrimoniale – sia giocata tendenzialmente *dentro* la logica del contratto e non secondo una logica altra"<sup>71</sup>. La circostanza per cui sempre più spesso interessi non patrimoniali giuridicamente rilevanti siano coinvolti nello schema dei contratti che rientrano nell'ambito di applicazione della regola di appropriatezza lascia dunque perplessi rispetto al ritenere che il risarcimento del solo danno emergente sia il "tutto quello e proprio quello" che il cliente ha diritto di conseguire in base al quadro normativo. Al contrario, appare possibile mediante un corretto uso del principio di effettività della tutela della posizione rilevante fondare delle soluzioni risarcitorie che siano più in linea con gli interessi del cliente tradito<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> M. MAGGIOLÒ, *Servizi ed attività di investimento*, cit., p. 531.

<sup>70</sup> In proposito si vedano le osservazioni critiche di G. LA ROCCA, *Il contratto di intermediazione mobiliare tra teoria economica e categorie civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 1, p. 129-131.

<sup>71</sup> M.R. MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniale da inadempimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 1, p. 36-37.

<sup>72</sup> In dottrina militano a favore di una riconduzione dell'effettività della tutela giurisdizionale nel significato implicito dell'art. 24 Cost., i contributi di L. P. COMOGLIO, *sub Art. 24*, in *Comm. Cost. Branca, Rapporti civili (art. 24-26)*, Bologna-Roma, 1981, p. 10; ID., *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1076; A. DI MAJO, *Tutela (dir. priv.) (voce)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 372; A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, Napoli, 2008, p. 41; G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 787; in senso contrario, si veda la posizione di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 195, nt. 245. Come esempi di decisioni che attuano siffatto principio, il cui significato interno è dunque quello di "tacciare di incostituzionalità tutte le eventuali restrizioni della tutela che non trovino "giustificazione nel limite dell'impossibilità naturale o dalla necessità di un bilanciamento di valori" (I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, p. 294), si veda la pronuncia della Cassazione 18 settembre 2013 n° 21255 in *Foro it.*, 2013, I, c. 3121 (dove in conformità al principio dell'effettività si è negata l'interpretazione che negava l'esperibilità dell'art. 2043 c.c. nei casi in cui non fosse stato impugnata la sentenza passata in giudicato fonte di

D'altronde, più ancora che con riferimento a quell'indirizzo che riconosce una protezione risarcitoria, oltre che al danno biologico, alla sofferenza e alla qualità della vita, alterate dall'evento dannoso<sup>73</sup> e a quelle letture che, dando rilevanza costituzionale agli interessi sottesi alle varie operazioni, giungono ad individuare nei diversi inadempimenti dell'intermediario delle risarcibili lesioni di danni non patrimoniali<sup>74</sup>, tra la giurisprudenza di merito è dato riscontrare un indirizzo che, conformemente all'insegnamento di autorevole dottrina, contesta la circoscrizione del danno non patrimoniale da risarcire operata dalle Sezioni Unite<sup>75</sup> e afferma la risarcibilità del danno non patrimoniale "conseguente alla lesione dell'interesse concreto dedotto nella causa del contratto e direttamente inciso dall'evento-inadempimento", ritenendo che "ove il contratto, per la sua funzione economico-individuale, sia obiettivamente diretto a perseguire in via esclusiva e immediata un interesse non patrimoniale di una delle parti, l'inadempimento della controparte che determini in modo definitivo la compromissione della possibilità di realizzare tale interesse produce, di per sé, un pregiudizio di carattere non patrimoniale meritevole di risarcimento ai sensi degli artt. 1218 ss. c.c."<sup>76</sup>.

---

danno ingiusto) e quella della Consulta del 22 ottobre 2014 n° 238 (con cui la Corte Costituzionale ha espunto dal nostro ordinamento la norma di diritto internazionale generale che negava la giurisdizione dello Stato straniero rispetto alle azioni di risarcimento del danno da crimine contro l'umanità). In argomento, volendo, anche D. IMBRUGLIA, *L'effettività della tutela: una casistica*, in *Persona e Mercato*, 2016, 2, p. 62.

<sup>73</sup> Corte Cass. 12 settembre 2011, n. 18641 (in *Danno e resp.*, 2012, 13, con nota di G. PONZANELLI, *La Cassazione e il danno morale: un contributo per una lettura*); 20 novembre 2012, n. 20292 (in *Danno e resp.*, 2013, 129, con nota di G. PONZANELLI, *Non è tanto il danno esistenziale, ma il «quantum» il vero problema del danno non patrimoniale*); 3 ottobre 2013, n. 22585 (in *Danno e resp.*, 2014, 55, con nota di P.G. MONASTERI, *L'ontologia dei danni non patrimoniali*) e, da ultimo, 20 aprile 2016, n. 7766 (in *Foro it.*, 2016, I, 2062, con nota di G. PONZANELLI *Dolore e vita che cambia: un nuovo attacco alle tabelle milanesi sul danno non patrimoniale*).

<sup>74</sup> Trib. Brindisi, 02 aprile 2011 (in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, 1149, con nota di G. PONZANELLI e R. BREDI, *Danno non patrimoniale per ritardo nella cancellazione dell'ipoteca*).

<sup>75</sup> La critica all'applicazione dell'art. 2059 c.c. in seno alla responsabilità contrattuale del danno non patrimoniale da inadempimento è diffusa (L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 2, p. 476; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Chiaroscuri d'autunno. Il danno non patrimoniale delle sezioni unite*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale, Guida commentata alle decisioni delle S.U., 11 novembre 2008, nn.26972/3/4/5*, Milano, 2009, p. 355; V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009, p. 115) nonché risalente (G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 230).

<sup>76</sup> Trib. Matera, 23 settembre 2015 (in *Danno e resp.*, 2016, p. 310, con nota di M. MANFRON, *Il danno da vacanza rovinata e il danno non patrimoniale da inadempimento*). In dottrina, tale posizione è autorevolmente sostenuta, in particolare, da S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 441: "il danno non patrimoniale prodotto dall'inadempimento è risarcibile alla stregua delle norme sulla responsabilità contrattuale ogni qualvolta gli interessi non patrimoniali assumano rilievo all'interno del piano delle obbligazioni contrattuali o perché la singola obbligazione è specificamente preordinata al loro soddisfacimento o perché tali interessi rientrano, comunque, nell'area di protezione offerta dal contratto, magari ricorrendo alla presupposizione o alla causa, intesa come funzione economica individuale". Su di un piano comparatistico, è interessante osservare la esperienza inglese. Nel diritto inglese la posizione tradizionale è

L'insieme di questi orientamenti potrebbe aprire al risarcimento del danno non patrimoniale conseguente all'inadempimento da parte dell'intermediario della regola di appropriatezza (artt. 41 e 42 del Reg. Consob 16190/2007) nelle ipotesi in cui sia offerta la prova che il contratto di risparmio amministrato svolto in modalità non *execution-only* persegua in via immediata un interesse non patrimoniale dell'investitore.

---

nel senso di escludere il risarcimento del “*disappointment of mind occasioned by the breach of contract*” (*Hamlin v. Great Northern Railway Co.* [1856] 1 H.N. 408 e *Livingstone v. Rawyards Coal Co* (1880) 5 AppCas 39): come si è affermato di recente, “*a contract breaker is not in general liable for any distress, frustration, anxiety, displeasure, vexation, tension or aggravation which his breach of contract may cause to the innocent party*” (*Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR, 1445). Proprio in tale ultima sentenza, restando tendenze risalenti nella giurisprudenza degli anni '70 del secolo scorso, si è altresì affermato che questa regola generale conosce delle eccezioni: il risarcimento del “*the disappointment, the distress, the upset and frustration caused by the breach*” è ammesso sia nel caso di “*real physical inconvenience*” sia nelle ipotesi in cui “*the very object of the contract is to provide pleasure*” (*Watts v. Morrow*, 1445) (tra le pronunce che rientrano nella prima deroga, si vedano la sentenza che risarcisce il pregiudizio fisico successivo all'inadempimento del vettore (*Hobbs v. South Western Railway Co.* [1875] L.R. 10 Q.B. 11), quello causato da indumenti difettosi (*Grant v. Australian Knitting Mills Ltd* [1936] A.C. 85) o da una colpevole assistenza legale (*Bailey v. Bullock* [1950] 2 All ER 1167). Tale seconda deroga presenta tratti di sicuro interesse, giacché pone una relazione tra lo scopo perseguito dalle parti con la stipula del contratto (“*the very object of the contract*”) e i confini risarcitori. Il *leading-case* (*Jarvis v. Swan Tours Ltd.* [1973], Q.B. 233) concerne una classica ipotesi di vacanza rovinata: rispetto alla richiesta di risarcimento avanzata da un soggetto che aveva acquistato una vacanza rivelatasi meno ricca di quanto balenato dall'agenzia, si è affermato che, considerato come un “*contract for a holiday*” sia un “*contract to provide entertainment and enjoyment*”, “*the right measure of damages*” sia quella idonea a “*compensate him for the loss of entertainment and enjoyment which he was promised, and which he did not get*”. Successivamente a questa sentenza, il risarcimento del “*the disappointment, the distress, the upset and frustration caused by the breach*” è stato riconosciuto con riferimento a inadempimenti contrattuali che hanno determinato un pregiudizio, ad esempio, rispetto al pieno godimento della propria abitazione (*Watts v. Morrow*, 1421; *Ruxley Electronics and Construction v. Forsyth* [1996] AC 344; *Farley v. Skinner* [2001] 3 WLR 889).





# *rivista di diritto privato*

**CACUCCI EDITORE**  
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTERESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2017	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2017	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

### *Magistrati e Uditori giudiziari*

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail [riviste@cacuccieditore.it](mailto:riviste@cacuccieditore.it). Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

### *Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.*

Cacucci Editore S.a.s. - Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari  
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: [riviste@cacuccieditore.it](mailto:riviste@cacuccieditore.it)

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA



# CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione

Via D. Nicolai 39

70122 Bari

Tel. 080 5214220

Fax 080 5234777

[info@cacucci.it](mailto:info@cacucci.it)

[www.cacuccieditore.it](http://www.cacuccieditore.it)

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175



ISBN 978-88-6611-613-4



9 788866 116134

€ 38,00