

RIVISTA
TRIMESTRALE
DI DIRITTO
DELL'ECONOMIA

RASSEGNA
DI
DOTTRINA
E
GIURISPRUDENZA

DIREZIONE
SCIENTIFICA

G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - R. Mc CORMICK
F. MERUSI - G. MONTEDORO - C. PAULUS

2 / 2016

ISSN: 2036 - 4873

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

WWW.RTDE.LUISS.IT

La sede della Rivista è presso
la Fondazione G. Capriglione Onlus,
Università Luiss G. Carli,
Viale Romania 32, 00197 Roma.

Direzione Scientifica

G. Alpa - M. Andenas - A. Antonucci - F. Capriglione - R. Masera
F. Merusi - R. McCormick - G. Montedoro - C. Paulus

Direttore Responsabile

F. Capriglione

Comitato di Redazione

A. Tucci - V. Lemma - E. Venturi - D. Rossano - N. Casalino - A. Troisi

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere
riprodotti dalla Fondazione G. Capriglione Onlus su altre
proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Autorizzazione n. 136/2009, rilasciata dal Tribunale di Roma in data 10 aprile 2009.

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

S. Amorosino, E. Bani, P. Benigno, A. Blandini, C. Brescia Morra, E. Cardì, M. Clarich, A. Clarizia, F. Colombini, G. Conte, P.E. Corrias, L. De Angelis, M. De Benedetto, P. De Carli, C. De Caro, P. de Gioia Carabellese, M. De Poli, G. Desiderio, L. Di Brina, L. Di Donna, F. Di Porto, G. Di Taranto, L. Foffani, C. Fresa, P. Gaggero, I. Ingravallo, R. Lener, M. B. Magro, F. Maimeri, A. Mangione, G. Martina, M. Maugeri, R. Miccù, F. Moliterni, G. Niccolini, A. Niutta, P. Passalacqua, M. Pellegrini, N. Rangone, P. Reichlin, R. Restuccia, A. Romano, C. Rossano, C. Russo, I. Sabbatelli, F. Sartori, A. Sciarrone, M. Sepe, D. Siclari, G. Terranova, G. Tinelli, V. Troiano, A. Urbani, P. Valensise, A. Zimatore

REGOLE DI AUTODISCIPLINA PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

I contributi inviati alla Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia sono oggetto di esame da parte del «Comitato scientifico per la valutazione» secondo le presenti regole.

1. Prima della pubblicazione, tutti gli articoli, le varietà, le note e le osservazioni a sentenza inviati alla *Rivista* sono portati all'attenzione di due membri del *Comitato*, scelti in ragione delle loro specifiche competenze ed in relazione all'area tematica affrontata nel singolo contributo.
2. Il contributo è trasmesso dalla *Redazione* in forma anonima, unitamente ad una scheda di valutazione, ai membri del *Comitato*, perché i medesimi – entro un congruo termine – formulino il proprio giudizio.
3. In ciascun fascicolo della *Rivista* sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del *Comitato* che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
4. In presenza di pareri dissenzienti, la *Direzione* si assume la responsabilità scientifica di procedere alla pubblicazione, previa indicazione del parere contrario dei membri del *Comitato*.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la *Direzione* promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle indicazioni dei membri del *Comitato*, assumendosi la responsabilità della verifica.

I CONTRIBUTI DEL PRESENTE FASCICOLO SONO STATI VALUTATI DA:

G. Conte, L. Di Brina, L. Di Donna, I. Ingravallo,
R. Miccù, F. Moliterni, M. Pellegrini, M. Sepe, V. Troiano, A. Urbani

PARTE PRIMA

ARTICOLI

GUIDO ALPA – *Diritto privato e Diritto pubblico. Una questione aperta* (Private Law and Public Law. An unresolved issue)..... 104

SANDRO AMOROSINO – *Trasformazioni dei mercati, nuovi modelli regolatori e mission del Diritto dell'economia* (Markets transformations, new regulation models and Economy Law's mission)..... 175

VARIETÀ

DOMENICO SICLARI, GIUSEPPE SCIASCIA – *Innovazione finanziaria e rafforzamento del mercato unico per i servizi finanziari retail: sfide, rischi, risposte della regolazione* (Digitalization as a driver for a broadened EU Single Market for financial services: challenges, risks, regulatory responses).....184

RECENSIONI

FILIPPO SARTORI – *Riflessioni a margine del volume 'The new anti-money laundering Law'*, Palgrave, 2016 (Review of the book *'The new anti-money laundering Law'*, Palgrave, 2016)..... 219

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

ILLA SABBATELLI – *Le Sezioni Unite e le clausole claims made* (Italian Supreme Court, Plenary Meeting, and Claims made clauses), nota a sentenza della Corte di Cassazione, n. 914, 6 maggio 2016).....35

DIEGO ROSSANO – *Il salvataggio della BPEL e l'accertamento dello stato di insolvenza alla luce della nuova normativa in materia di crisi bancarie* (Saving BPEL and ruling of insolvency in light of new legislation on failing credit institutions), nota a sentenza del Tribunale di Arezzo n. 12, 8-11 febbraio 2016 e della Corte di appello di Firenze, n. 911, 6 maggio 2016)..... 70

PARTE PRIMA

ARTICOLI

DIRITTO PRIVATO E DIRITTO PUBBLICO.

UNA QUESTIONE APERTA*

*(Private Law and Public Law.
An unresolved issue)*

ABSTRACT: *Through the analysis of the multiple methodological addresses, both historical and comparative, as well as the different realities of the law and the jurisprudence, with the present work an attempt was made to investigate whether it is possible to find a definition of private law and public law or whether, instead, it would be more appropriate not to further define with different notions the two categories in order to trace their ambits.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La formula attribuita a Ulpiano. Significato storico e funzione didascalica. – 3. Elementi di comparazione. - 4. L'esperienza italiana distillata nelle nozioni manualistiche. - 5. I manuali del dopoguerra. - 6. La svolta degli anni Sessanta. - 7. La trattazione sistematica della questione attraverso il metodo, i bilanci e i programmi. - 8. La discussione negli anni Settanta e negli anni Ottanta. - 9. Il dibattito attuale. - 10. L'uso giurisprudenziale delle categorie "diritto pubblico/diritto privato". - 11. Nuovi fenomeni e nuovi confini. - 12. I fattori unificanti di diritto privato e di diritto pubblico. I principi generali e gli status.

1. L'avvio del discorso su diritto pubblico e diritto privato deve muovere dal titolo che gli si è assegnato: le virgolette che racchiudono la congiunzione-disgiunzione "e" si pongono come un segnale di avvertimento. Chi voglia indagare sulle *due* categorie assume già una posizione di partenza netta, in quanto si muove in una prospettiva binaria, ammettendo implicitamente che a *due* categorie si vuole rivolgere. Per contro, una visione complessiva della problematica impone all'interprete di non muovere da posizioni preconcepite, ma piuttosto di revocare in dubbio - salvo poi sciogliere il dilemma in senso confermativo - che sia logico, opportuno o addirittura necessario postulare la distinzione.

*Contributo approvato dai revisori.

Per l'appunto, i rapporti tra diritto pubblico e diritto privato si possono, logicamente, sussumere in alcuni modelli fondamentali: il modello dicotomico, che porta ad un parallelismo tra le due grandi branche del diritto; il modello dell'assorbimento dell'una branca nell'altra, che porta alla pubblicizzazione del diritto privato o, simmetricamente, alla privatizzazione del diritto pubblico ; il modello della unità dell'ordinamento, che non ammette distinzioni, dicotomie, contrapposizioni, assorbimenti nell'uno e nell'altro senso. Questi modelli si possono anche collocare storicamente nella evoluzione della cultura giuridica e geograficamente nell'ambito dei diversi sistemi giuridici; essi, tuttavia, riaffiorano di volta in volta, con connotati particolari, e in modo sincronico, sicché nessuno di essi può mai considerarsi superato o completamente abbandonato.

Sul piano ermeneutico l'interprete può osservare due diversi comportamenti: acquisire la distinzione come un dato ineluttabile, e quindi farne un uso non avvertito; oppure rendersi conto che ogni distinzione procede dalla qualificazione della categoria, che è operazione logicamente antecedente alla prima, e che si materia della concezione che l'interprete si è formato essendo portato a sovrapporla alle fattispecie che indaga. Sul piano fattuale, sia l'uno sia l'altro dei comportamenti sono osservati; anche se il secondo, dal punto di vista della logica e dell'esperienza, può apparire più corretto, non si può ignorare il primo, perché una concezione realistica - senza giustificare il primo - non può permettersi di ignorarlo e soprattutto valutarne gli effetti.

Data quindi una concezione di partenza di diritto pubblico e di diritto privato con cui procedere all'analisi, si registrano due ulteriori modelli: il modello sincronico, che esamina il rapporto tra le due categorie nell'ambito di un singolo ordinamento, e il modello diacronico, che compie la medesima operazione nelle sue fasi storiche.

Anche i contenuti delle due categorie possono essere sviluppati in modi diversi: secondo il metodo formale, che si affida alle norme positive; secondo il me-

todo storico, che scioglie l'endiadi nella sua percezione correlata al momento storico considerato; secondo il metodo realistico, che registra le modalità d'impiego delle categorie, gli scopi perseguiti nel loro impiego, gli effetti del loro impiego; secondo il metodo comparatistico, che indaga la presenza e i significati delle due categorie nei sistemi giuridici continentali e nei sistemi di common law; secondo il metodo filosofico, che inquadra la loro cognizione e la loro distinzione nell'ambito dell'evoluzione del pensiero tout court; secondo il metodo sociologico, che tiene in conto il ruolo delle categorie nei loro riflessi sull'organizzazione dell'aggregato sociale sul quale abbiano ad incidere e quindi sugli status, sulle istituzioni, sulla divisione del potere, sulla allocazione dei beni; secondo il metodo antropologico, che coglie la cognizione e la distinzione nelle radici della convivenza umana; secondo il metodo economico, che studia la distinzione nella dinamica delle forze che operano sul mercato.

In questa prospettiva, appare subito chiaro come non sia possibile enunciare una definizione di diritto pubblico e di diritto privato che sia univoca, cioè condivisa da tutti i giuristi nello stesso modo; come non sia possibile enunciare una definizione invariabile nel tempo e nello spazio; come non sia possibile enunciare una definizione applicabile in modo identico in tutti i settori dell'ordinamento, o dell'esperienza, o dell'agire umano.

Ma, tenendo conto delle elaborazioni che via via si sono compiute, appare anche chiaro che l'indagine dei rapporti tra le due categorie ha finito per impegnare i giuristi a definire il percorso di entrambe, e, per i civilisti, ha assunto un significato ulteriore, che consiste nel comprendere la storia interna e i nuovi territori in cui ha finito per espandersi il diritto privato. La storia dei rapporti tra le due categorie si risolve così nella storia stessa dell'una e dell'altra, e in particolare della storia del diritto privato.

A questo punto, l'interprete si trova davanti ad un bivio: o tentare di assolvere un compito pressoché titanico, cioè dar conto delle riflessioni più rilevanti che

hanno influito nella trattazione della complessa materia, oppure affidarsi alle trattazioni elementari, di volta in volta facendo riferimento alle proposte e alle esperienze più significative. E' questa la via che si è scelta per redigere queste pagine.

Sulla base di queste premesse, allora, il punto di avvio dell'analisi non può che muovere dalle cognizioni elementari, che sono impartite e che si apprendono attraverso gli strumenti semplificati (ma non semplicistici) della trasmissione del sapere giuridico, cioè mediante i manuali. Qui si incontrano quelle definizioni elementari sulle quali si formano, si stratificano, si cementano le cognizioni che costituiscono la base di partenza per l'uso di queste categorie. Atteso il ruolo formativo che ancor oggi assolvono le trattazioni istituzionali del diritto privato, in questo contesto conviene soffermarci prevalentemente su di queste, richiamando le trattazioni istituzionali del diritto pubblico solo là dove sia strettamente necessario.

Ma occorre pure accertare come le categorie indagate siano accettate e utilizzate nella formazione giurisprudenziale del diritto civile, cioè nel linguaggio dei giudici e nelle motivazioni delle sentenze.

2. Dalla fine del secolo scorso ad oggi uno dei punti di avvio del discorso concerne la formula attribuita ad Ulpiano (D. 1.1.1.2; Ist. 1.4) : "publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privati". L'interpretazione di quel passo è condotta già nei manuali istituzionali italiani della fine del secolo scorso sia mediante l'analisi filologica, sia mediante la sua collocazione nell'epoca in cui la formula fu originariamente impiegata, sia mediante la elencazione dei significati via via attribuitele nei periodi successivi, cioè nell'epoca medievale, nell'epoca moderna, nella recezione del diritto romano nell'Europa continentale, nella sistemazione dogmatica dei Pandettisti, nella sua eventuale sussunzione in norme del diritto positivo. Si tratta di un autentico processo di revisione, promosso sia dagli studiosi di diritto civile, sia dagli studiosi di diritto romano ma con finalità diverse, anche se non con-

trastanti tra loro; i primi si pongono il problema della utilizzazione della formula nei tempi attuali, e in ciò facendo, si rendono conto che se si vuol mantenere in vita la distinzione, occorre condurla fuori da confini semplicistici e schematici; i secondi si pongono il problema della autenticità della formula, del suo significato originario e dei significati ad essa attribuiti nelle epoche successive.

E' utile rammentare che sul significato della formula attribuita ad Ulpiano gli studiosi di diritto romano, almeno dagli anni Trenta, raggiungono un'intesa importante: non la si deve intendere nel suo significato letterale, operando improbabili trasposizioni dal latino, ma piuttosto collocandola nel periodo storico in cui essa nasce. A questo proposito, proprio in quegli anni, Emilio Betti ha modo di distinguere almeno due accezioni di *ius publicum*: l'una è riferita alle regole di organizzazione del potere, l'altra è riferita alla tutela degli interessi socialmente rilevanti; nel primo caso, osserva l'A., si è in presenza di norme di potere-dovere; nel secondo caso, di norme inderogabili (*Diritto romano*, I, Padova, 1935, p. 62 ss.).

E' quindi comprensibile che nei manuali di diritto privato dell'epoca considerata la formula ulpiana, così facilmente memorizzabile, fosse sì ripetuta, ma anche presentata con qualche perplessità: se le perplessità non riguardavano (come pure avrebbero dovuto) già lo stesso diritto romano, esse tuttavia apparivano più che giustificate, a duemila anni di distanza, quando si discuteva della sua attualità.

Nonostante le critiche che ad essa si muovono, e nonostante gli equivoci che può creare la sua iterazione, anche se proposta a scopo meramente didascalico, la formula ulpiana continua ad avere una fortuna per così dire inossidabile.

Successivamente a Betti, si occupano della formula due illustri studiosi: Fritz Schulz e Antonio Guarino. Il primo, ne *I principi del diritto romano* (Monaco, 1934, trad. it., Firenze, 1947, p. 23 ss.) osserva che la distinzione è tipica del diritto romano, essendo sconosciuta nelle altre esperienze, e che ha portato a "gravi pregiudizi"; ciò perché l' "isolamento" dei concetti - derivante qui dalla distinzione delle due categorie - ha comportato un irrigidimento inutile del sistema, tanto più che

molte materie oggi ascritte all'area privatistica al tempo di Ulpiano facevano parte dell'area che si designa usualmente come pubblicistica. Il secondo (nelle dispense catanesi del 1949, e poi nelle diverse edizioni de *L'ordinamento giuridico romano*, V e ult. ed, Napoli, 1990, p. 449 ss.) insiste soprattutto sul concetto di *utilitas*, e per questo affaccia il dubbio che esso sia riferibile a Ulpiano, e comunque che risalga al periodo romano classico, concludendo però per l'affermativa; sottolinea che la definizione di *ius privatum* è più pertinente di quella, vaga, di *ius publicum* (segno del fatto che Ulpiano intendeva con le due partizioni ricomprendere l'intero ordinamento, mentre Gaio riteneva il *ius privatum* come un'unica area totalizzante le regole dell'ordinamento); sicché l'espressione, nel linguaggio ulpiano, comprende sia il diritto privato inderogabile, sia il diritto relativo alla partecipazione dei cittadini al governo dello stato romano.

Si deve notare che nell'accurata bibliografia, Guarino muove un cenno critico alla voce enciclopedica di Pugliatti - di cui tra poco si dirà - e si espone ad una considerazione che deve far meditare i privatisti: "la distinzione ulpiana tra *ius publicum* e *ius privatum*, se da un lato ha l'indubbio merito di far intravedere il raggiungimento di una concezione dell'ordinamento giuridico esteso a tutto l'ordinamento statale, ha dall'altro il demerito di aver eccessivamente influenzato gli studiosi moderni del diritto nel senso di ritenere che il diritto stesso, se non è privato, è pubblico e viceversa" (op. cit., p. 464, n. 93).

Nei manuali odierni di diritto romano si periodizza e si storicizza ulteriormente la formula ulpiana (v. ad es., Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, con la coll. di Sitzia e Vacca, Padova, 1986, p. 236 ss.; Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p.61 ss.), alla quale, ormai, si riconosce valore certo di documento storico e valore incerto di strumento didattico. Considerazioni non dissimili sono svolte per il periodo intermedio (oltre alla voce di Nocera, cit., v. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1996).

Di qui un insegnamento e un caveat per i giuristi di oggi: i confini - se di con-

fini di può ancora parlare - tra diritto pubblico e diritto privato si debbono ricercare esclusivamente nella realtà concreta, senza indulgere nella riproposizione di formule obsolete.

3. Alla medesima conclusione si può pervenire considerando ciò che accade in altre esperienze.

Una pur sommaria indagine svolta sulle esperienze giuridiche attuali più significative conferma infatti sia la pluralità di metodi di indagine enunciata in apertura, sia la pluralità di soluzioni assegnate ai problemi che si sono accennati. In ogni caso, la distinzione tradizionale manifesta i segni di una crisi irreversibile. Senza ambizioni di completezza, è sufficiente considerare, in via esemplificativa, le trattazioni riservate a questa materia da alcuni manuali.

(i) Le esperienze continentali.

Nella letteratura tedesca è basilare la trattazione di Karl Larenz (*Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 3a ed., Monaco, 1975, p.1 ss.). Il punto di avvio della distinzione tra le due partizioni del diritto, secondo questo A., è dato dalla natura del rapporto che si pone in essere: se si fonda sulla disparità dei soggetti, nel senso della preponderanza dell'uno rispetto all'altro, il rapporto ha natura pubblicistica; se per contro si fonda sulla loro eguaglianza e sulla autodeterminazione del singolo, il rapporto ha natura privatistica. Larenz non si nasconde che anche nel diritto privato possano sussistere rapporti tra soggetti che non sono posti sullo stesso piano, come accade, ad es., in materia di relazioni familiari, ovvero in materia di vincoli che legano i soci alle società o gli associati alle associazioni; così come, nel diritto pubblico, vi possano essere rapporti tra soggetti pubblici implicanti pariteticità e coordinamento. Sicché la distinzione fondata sulla natura del rapporto è, al tempo stesso, approssimativa e imperfetta. Di qui la conclusione che solo i riferimenti al diritto positivo possono offrire quella certezza che i concetti dogmatici non sono in grado di assicurare. L'appiglio offerto dal diritto positivo tedesco

riguarda la normativa concernente la ripartizione delle materie oggetto della giurisdizione dei tribunali civili e dei tribunali amministrativi. Netta è invece la sua critica alla teoria che fonda la distinzione sulla natura dell'interesse perseguito dal soggetto agente (privato oppure pubblico). Ciò perché mediante le regole di diritto privato non si tutelano solo interessi privati, ma si tutelano anche interessi di natura pubblica, come lo sono la sicurezza del traffico giuridico, la conoscibilità dei rapporti giuridici, la conservazione di istituzioni di rilevanza sociale quali il matrimonio e la famiglia, nonché interessi socialmente rilevanti collegati con l'abitazione e il lavoro, l'economia di mercato, e così via. D'altra parte, anche le norme di diritto pubblico possono tutelare interessi privati, quali quelle che consentono al privato di ricorrere dinanzi al giudice amministrativo per realizzare interessi singolari.

Le trattazioni che si succedono a quella di Larenz ripercorrono il suo modello. Il perno della distinzione - secondo l'indirizzo formalista oggi imperante - poggia sempre sul diritto positivo.

Nel par. 13 della *Gerichtsverfassungsgesetz* (legge sull'ordinamento giudiziario) si afferma infatti che appartengono alla competenza dei giudici ordinari (*ordentliche Gerichte*) le controversie di diritto civile (*bürgerliche Rechtsstreitigkeiten*). Il par. 40 del *Verwaltungsgerichtsordnung* (codice del processo amministrativo) attribuisce invece ai giudici amministrativi le "liti di diritto pubblico" (*öffentlich-rechtliche Streitigkeiten*). Da queste precisazioni emerge l'opportunità di tenere ferma la distinzione tra diritto pubblico (*öffentliches Recht*) e diritto privato (*Privatrecht*) (v. ad es. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 5. ed., München, 1992, p.2). Si richiamano anche le teorie proposte in passato che sono soprattutto: (i) *la teoria degli interessi (Interessentheorie)*, che fa riferimento ad Ulpiano (Dig. 1,1,1,2); essa rileva per la distinzione la natura degli interessi in gioco, ma si considera superata in quanto nello Stato sociale la menzionata distinzione non appare agevole; (ii) *la teoria della soggezione (Subjektionstheorie)*, che muove dalla considerazione secondo cui nel diritto pubblico i soggetti coinvolti nel rapporto agiscono su differenti livelli

(Uber- e Unterordnung) e nel diritto privato i partecipanti al traffico giuridico si presentano invece su un piano di eguaglianza (Gleichordnung); il rilievo tuttavia non appare corretto perché non tiene conto che nel diritto privato vi sono rapporti diseguali sul piano formale, ad es. il rapporto genitori/figli, e che nel diritto pubblico si danno rapporti egualitari, ad es. tra comuni (questa critica si trova sempre in Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. ed., München, 1987, p.1).

Prevale oggi la (iii) *teoria dei soggetti (Subjekttheorie)*. Per essa si assume il carattere pubblicistico del rapporto quando uno dei soggetti è detentore di pubblici poteri (Träger hoheitlicher Gewalt) che agisce come tale. In questo senso è anche l'orientamento della Corte di Cassazione (BGH, 18 marzo 1964, in BGHZ, Vol. 41 (1964), p. 264 ss. e BGH, 29 ottobre 1987, ivi, Vol. 102 (1988), p. 280 ss.).

Anche quest'ultima teoria viene però sottoposta a critica. Si ricorda infatti che diversi soggetti acquistano rilievo pubblicistico o privatistico in ragione del momento storico in cui viene definita la loro disciplina. Si lascia pertanto intendere che un criterio distintivo prevalente è costituito dalle scelte di politica legislativa di volta in volta effettuate (Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, cit., p. 6).

Di qui i tentativi a cui si dedica oggi la dottrina per individuare criteri generali ed astratti validi per ogni situazione considerata. Questi tentativi portano a teorie rivolte a superare la contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato. Un autore propone infatti di ricorrere ad una tripartizione del sistema in diritto privato, diritto pubblico e "diritto sociale" (Sozialrecht) (Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 3. ed., Heidelberg, 1987, p. 7 ss.). In questa prospettiva si definisce diritto privato il settore dell'ordinamento nel quale l'individuo è libero di strutturare i rapporti giuridici secondo valutazioni egoistiche. Il diritto pubblico riguarderebbe invece l'azione degli enti detentori di pubblici poteri se vincolata alla realizzazione di finalità fissate dallo Stato o dalla legge. Il "diritto sociale" è infine il settore dell'ordinamento relativo all'agire non vincolato dei soggetti che deliberano su questioni

di carattere super-individuale, quali i sindacati, i consigli di fabbrica, etc. (sul punto v. Somma, *La purificazione del sistema giuridico: riflessioni su un percorso tedesco, ne La riforma del Codice civile. Atti del XIII Congresso Nazionale dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati, Padova, 1992, p. 281 s.*). Si tratta pur sempre di tentativi, che non riscuotono generale favore, perché questa soluzione sembra inidonea a fornire confini chiari tra i settori dell'ordinamento (per tutti v. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, cit., p.2).

Anche la dottrina austriaca segue l' impostazione formalista (v. ad es., Krejci, *Privatrecht*, Vienna, 1993, p.20 ss.; Koziol-Welser, *Grundriss der bürgerlichen Rechts*, I, 10a ed., Vienna, 1995, p.4 ss.). Essa muove infatti dalla distinzione, tratta dal diritto vigente, concernente la ripartizione delle giurisdizioni (civile e amministrativa) e la ripartizione delle competenze costituzionali; in più si rifà alla disciplina della responsabilità amministrativa. Sicché, applicandosi la teoria kelseniana secondo la quale non vi è differenza di struttura tra la norma pubblicistica e la norma privatistica, l'unica distinzione possibile è quella ricavabile in via sistematica dalle disposizioni di diritto positivo concernenti giurisdizione e competenza. Quanto ai criteri di differenziazione, essi coincidono con quelli elaborati dai giuristi tedeschi, che fanno riferimento o alla *Interessentheorie*, o alla *Subjektstheorie*, o a criteri misti.

Il disagio nel tracciare un confine netto tra le due partizioni del diritto è avvertito anche dai giuristi francesi. A titolo esemplificativo, si possono considerare solo le pagine dedicate a questa problematica dal trattato di diritto civile più accurato e aggiornato, redatto da Jacques Ghestin in collaborazione con Gilles Goubeaux e Muriel Fabre Magnan (*Traité de droit civil. Introduction générale*, 4a ed., Parigi, 1994, p. 68 ss.). Qui si esamina la ripartizione in prospettiva storica, dalla definizione di Ulpiano, al suo sovvertimento in epoca medievale, alla sua riproposizione dopo i rivolgimenti dell'89, alla situazione attuale. Pur ritenendo fondamentale la distinzione tradizionale, gli AA. avvertono che essa ha confini assai incerti. I criteri

distintivi proposti non sono diversi da quelli fin qui considerati: si fa cenno alle finalità perseguite dalle norme (interessi generali, interessi privati), al carattere di imperatività delle norme pubblicistiche (volta a volta derogabili o inderogabili dai privati), alle sanzioni, alla attività di diritto privato degli enti pubblici, al riparto delle giurisdizioni, di cui si dice che può mettere in forse l'unità dell'ordinamento. Ed è appunto l'unità dell'ordinamento il principio che coagula su questo tema gli sforzi della dottrina civilistica e della dottrina pubblicistica (*L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Parigi, 1996). La cultura giuridica francese, forte della tradizione kelseniana, ma anche di quella sociologica e istituzionale promossa da Duguit discute i nuovi fenomeni via via emersi in quella esperienza, come il processo di "costituzionalizzazione" del diritto e la questione del riparto delle giurisdizioni: sono questi i nodi cruciali che possono mettere in forse l'unità, ma anche, trovate le adeguate soluzioni, cementarla in formule nuove e adatte ai tempi.

(ii) Il mondo del common law.

Un cenno soltanto merita la considerazione della problematica interna al common law, ove si dovrebbe svolgere un discorso differenziato tra il common law inglese e il common law statunitense. La distinzione è avvertita come propria dei sistemi continentali, e, per il diritto interno, è affidata alle elaborazioni accademiche; anche se di ripartizione si può parlare con riguardo al sindacato giudiziale (di un giudice che noi definiremmo ordinario) dei provvedimenti amministrativi (De Cruz, *Comparative Law in a changin World*, Londra, 1995, p. 44-45), l'impressione che si riceve è che la problematica in esame non sia considerata né fondamentale, né di urgente soluzione. In fin dei conti, la questione rileva solo con riguardo alla giurisdizione, mentre finalità perseguite, rapporto di autorità/libertà e problemi simili non sono proponibili in sistemi creati dalla prassi giudiziale.

4. A considerarla nella sua dimensione attuale, l'esperienza italiana non ap-

pare distante da quelle continentali or ora per cenni considerate. A titolo meramente esemplificativo, si possono leggere le pagine introduttive dei manuali scelti tra quelli che maggiormente hanno influito sulla formazione dei giuristi di questo secolo. Al proposito non si può tracciare un discrimen tra testi redatti anteriormente alla entrata in vigore del codice civile del 1942 e della costituzione repubblicana del 1947 e testi redatti successivamente, perché le concezioni delle due categorie - pur sempre diversificate e frastagliate - tendono a superare le svolte impresse all'ordinamento italiano da questi due avvenimenti capitali. Ciò per la naturale vischiosità delle nozioni, per la tralatizia ripetizione della formula ulpiana e dei dubbi che essa trascina con sé, per la tradizionale sovrapposizione delle nozioni alle modificazioni del diritto positivo, oltre che, ovviamente, per le fossilizzazioni ideologiche che contrassegnano la cultura dei giuristi del nostro secolo. Il discrimen - se così si può dire - si avverte, se mai, solo a partire dagli anni Sessanta, perché è questa l'epoca che segna la cesura con l'esperienza passata. Per contro, si può dire che tra le concezioni diffuse alla fine del secolo scorso e quelle ancora in auge fino agli anni Sessanta si registra una continuità sostanziale.

Per documentare questo assunto conviene prendere le mosse da alcuni dei manuali più usati nei primi decenni del secolo, che si devono a Gianturco, Barassi, Venzi, De Ruggiero.

Nelle Istituzioni di Emanuele Gianturco si precisa sinteticamente che la distinzione tradizionale, derivante dalle fonti romane, "offuscata nel medioevo a causa del sistema feudale", è tornata utile nel tempo moderno perché "risponde meglio alle necessità di un'esposizione organica della scienza giuridica" e per la ragione sostanziale che "ius publicum privatorum pactis mutari non potest" (Istituzioni di diritto civile, II ed., Firenze, 1889, p. 10). Si riconosce tuttavia come sia difficile tracciare una distinzione, anche perché il criterio della utilitas non è sufficiente, ed erroneo è il criterio del luogo in cui la norma è collocata; al diritto pubblico si coniuga il dovere, che è generale e riguarda gli interessi della comunanza civile e dello

Stato; al diritto privato le categorie opposte (libertà, individualità, interesse privato).

Altrettanto sinteticamente, Lodovico Barassi distingue (non il diritto pubblico dal diritto privato, ma) le norme di diritto pubblico dalle norme di diritto privato, facendo ricorso ai medesimi criteri: non è reputato sufficiente il criterio dell'interesse perseguito, né quello della utilità collettiva o individuale affacciata nelle fonti romane, né quello della patrimonialità; appartengono al diritto pubblico "le norme che disciplinano una relazione in cui rientra l'elemento della sovranità spettante allo Stato sui cittadini" per soddisfare un bisogno collettivo con intervento autoritativo; il diritto privato è residuale rispetto al diritto pubblico (Istituzioni di diritto civile, Milano, 1914, pp. 27-28).

Si fondano così i presupposti della illustrazione del rapporto: non vi sono dubbi sulla esistenza della distinzione, sulla sua risalente origine, sulla sua funzione didascalica, ma neppure sulla incertezza del discrimen e sulla necessità di adoperare criteri molteplici e cooperanti per effettuarla.

Con l'incalzare della dottrina tedesca, e con l'accentuarsi della complessità dell'ordinamento, queste sintetiche descrizioni non soddisfano più le esigenze della didattica. Pur continuando ad essere studiati e a costituire punto di riferimento per la preparazione degli esami istituzionali, a questi manuali si affiancano alcuni anni dopo altri due manuali altrettanto elementari e chiari, ma con maggiori pretese.

Per Giulio Venzi la distinzione è "fondamentale": nella sua prosa scarna, il diritto pubblico è "il complesso delle norme che regolano i rapporti degli uomini considerati come membri dello Stato o degli altri organismi costituenti l'autorità sociale"; il diritto privato "è il complesso delle norme che regolano i rapporti vicendevoli degli uomini viventi nel civile consorzio, cioè come semplici cittadini o persone private" (Manuale di diritto civile italiano, VII ed., Torino, 1933, p. 2). Come si vede, si ignorano sia le trattazioni pregresse, sia le difficoltà enunciate, sia la pluralità di criteri discretivi. Soprattutto, si enfatizza la dicotomia tra autorità e libertà, peraltro

senza neppure nominare questo termine, forse supposto dalla citazione del "civile consorzio" e dalla aggettivazione dei "semplici" cittadini e delle persone "private". In realtà, si è in presenza di una definizione apodittica che non brilla per chiarezza e funzionalità.

Nelle Istituzioni di diritto civile di Roberto De Ruggiero (III ed., I, Napoli, 1921, p. 47) l'organizzazione del discorso è più articolata e analitica: l'A. muove dalla definizione romana come riportata nel Digesto (I.1 §1 D.I. 1) e nelle Istituzioni giustiniane (§4 Inst. I. 1). Di essa l'A. dice che si è "per lungo tempo tramandata e riprodotta pressoché immutata pur nel campo del diritto moderno", ma che non può più accettarsi in quanto il criterio della utilitas non è sufficiente a tracciare la distinzione; ciò che rileva è, per contro, il soggetto a cui le norme si riferiscono (lo Stato, i cittadini) e gli scopi a cui esse tendono (l'organizzazione dei poteri, l'attività dei cittadini come privati); lo Stato non esaurisce il novero dei soggetti pubblici, dovendosi tener conto delle sue articolazioni e delle minori organizzazioni; i fini perseguiti dai soggetti pubblici possono avere natura privata. Di qui la definizione di diritto pubblico come "il complesso delle norme che regolano l'organizzazione e l'attività dello Stato e degli altri minori enti politici o disciplinano i rapporti tra i cittadini e queste organizzazioni politiche"; di diritto privato come "il complesso delle norme che regolano i rapporti dei singoli tra loro ovvero i rapporti tra questi e lo Stato o le altre aggregazioni predette, purché queste non esplicino nel rapporto stesso funzioni di potere politico o sovrano" (op. cit., p. 49). Vi è coincidenza di questa concezione con quella esposta da alcuni cultori del diritto pubblico (ad es., dal Ranelletti, Il concetto di "pubblico" nel diritto, in Riv. it. sc. giur., 1905). Sono per contro giudicati insufficienti altri criteri, come quelli che ineriscono esclusivamente allo scopo perseguito, o alla natura derogabile o inderogabile delle norme, o al criterio della patrimonialità, o alla natura della tutela di cui è munita la norma. Il criterio dell'interesse perseguito (pubblico o privato) insufficiente di per sé se unicamente considerato, viene in gioco invece quando si deve spiegare perché vi siano interessi pubblici

perseguiti da norme di diritto privato; su di un altro piano stanno le disposizioni di diritto privato che incorporino il concetto di "ordine pubblico", che sono mutevoli nel tempo e nei contenuti.

5. Nel dopoguerra, la varietà dei manuali è notevole; per capacità penetrativa si segnalano tre trattazioni: quelle di Barbero, di Trabucchi, di Torrente.

L'analisi di Domenico Barbero, esposta in un quadro eretto a "sistema" è la più articolata, ed è quella che risente ed esplicita in modo più palese i valori sui quali si regge la formazione dell'A. Essa prende l'avvio dalla contrapposizione tra individuo e Stato, e dall'avvicinarsi delle concezioni che sull'individuo incentrano il concetto stesso di diritto (le teorie giusnaturalistiche) e delle concezioni che assorbono l'individuo nello Stato (teorie giuspositivistiche); l'idea propugnata è che sopra l'individuo non c'è lo Stato, ma il diritto; lo Stato non esiste, ma consiste in una funzione (Sistema istituzionale del diritto privato italiano, vol. I, Milano, 1946, p. 21); la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato non è dunque una distinzione di comparti dell'ordinamento giuridico, ma una distinzione di norme: le norme di diritto pubblico sono quelle che compongono l'ossatura dello Stato, quelle di diritto privato stabiliscono i rapporti tra i soggetti sul piano della parità; le prime sono inderogabili, le seconde sono rimesse alla discrezione dell'individuo (op. cit., pp. 42-43). L'A. è consapevole del fatto che la distinzione spesso è incerta, e lascia aperte "zone grigie" (op. cit., p. 21). Ciò che colpisce il lettore odierno è l'assenza di riferimenti al diritto romano e allo svolgimento storico dei concetti e della distinzione, l'assenza di una elencazione dei criteri distintivi, la ineluttabilità della distinzione, e la sua sussunzione nell'ambito della differenziazione delle "norme".

Più problematici sono gli altri due manuali, di cui qui si considerano le edizioni aggiornate, attualmente in circolazione.

L'analisi di Alberto Trabucchi si svolge su due piani. Nel testo si enuncia la definizione elementare: il diritto pubblico regola l'organizzazione dello Stato, degli

enti pubblici e dei rapporti che si istituiscono tra di loro, così come dei rapporti che essi istituiscono con i "cittadini"; si tratta di rapporti dominati dalla partecipazione di un soggetto portatore di "interessi superiori", e quindi i soggetti non sono tra loro su un piano paritetico, piano che invece contrassegna i rapporti tra i privati, cui il diritto privato fissa presupposti e limiti agli interessi dei singoli (Istituzioni di diritto civile, XXX ed., Padova, 1989, p.9). Nelle note al testo la dimensione sociale dei rapporti confluisce nel diritto privato; ma si osserva che la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato "un tempo piuttosto netta, va rendendosi sempre più incerta e confusa"; l'interesse privato spesso si rappresenta come interesse pubblico, l'autorità sormonta la sfera pubblica; sul primo versante, l'autonomia privata è compressa dalle esigenze pubbliche, sul secondo versante la pubblica Amministrazione realizza nei rapporti con i privati interessi pubblici e privati "in un sistema normativo che necessariamente deve essere unitario, perché così è il diritto civile modernamente inteso" (op. cit., p. 9 n.2). Si avverte poi che la distinzione non è netta e costante, anche per la maggior sensibilità manifestatasi per i problemi sociali (op. cit., p. 10).

Nella versione del manuale di Andrea Torrente (ora riformulata da Piero Schlesinger) la distinzione, che si dice "tradizionale", è rappresentata in termini di supremazia del soggetto pubblico nei rapporti pubblici e di eguaglianza dei soggetti nei rapporti privati. La contrapposizione è definita tuttavia variabile ed incerta, oltre che impossibile là dove le norme perseguono al tempo stesso un interesse pubblico e un interesse privato; la distinzione chiara e netta prospettata dal brocardo romano è ormai evanescente, va conservata in via orientativa e come criterio di massima, attesa la confluenza degli interessi sociali nel diritto pubblico (Manuale di diritto privato, XIV ed., Milano, 1995, pp. 17-18).

La versione semplificata di questa problematica così come risulta da alcuni manuali istituzionali presenta connotati salienti e uniformi: perdita per strada l'influenza delle fonti romanistiche, le due categorie non sono storicizzate, ma piuttosto

sto assunte come un "dato a priori" che tuttavia non si attaglia più alla realtà giuridica complessa che è il portato della modernità. Le due categorie sono raffigurate come un modello tendenziale, ma i loro confini sono affatto incerti.

6. Come si accennava, di una vera e propria svolta si può parlare solo a partire dagli anni Sessanta: con diversi metodi gli studiosi del diritto civile si interrogano sulla attualità e sulla utilità della distinzione, se ne tracciano i nuovi confini, se ne individuano le radici filosofiche e sociologiche, se ne discute la necessità e se ne sottolineano i presupposti ideologici ed economici. In termini riassuntivi, si apre il dibattito sulla crisi della distinzione, che, per i civilisti, significa vera e propria "crisi del diritto privato". Dai manuali occorre pertanto risalire alle elaborazioni dottrinali più approfondite.

I riferimenti essenziali, che ancor oggi sono esplicitamente richiamati, oppure serpeggiano nelle trattazioni istituzionali, sono costituiti da un saggio di Michele Giorgianni (Il diritto privato ed i suoi attuali confini, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1961, p. 391 ss.) e da due voci enciclopediche, l'una di Rosario Nicolò (Diritto civile, in Enc. dir., vol. XII, Milano, 1964, p. 904) e l'altra di Salvatore Pugliatti (Diritto pubblico e diritto privato, i vi, p. 696 ss). Le pagine di Pugliatti, per la loro ampiezza e complessità, richiedono un discorso a sé, e per esigenze espositive sono posposte alle altre.

Michele Giorgianni, che avrà modo di sviluppare ulteriormente le sue idee sull'argomento con saggi successivi (v. ad es., le Riflessioni sulla tipizzazione dei contratti agrari, in Riv. dir. agr., 1969, I, p. 147 ss.), muove dalla crisi della distinzione, ormai risalente, e sottolineata da tempo dalla dottrina pubblicistica. E si propone pertanto di capire se i fenomeni di "pubblicizzazione" e di "socializzazione" in corso al momento in cui egli scrive siano un segno irreversibile della crisi della distinzione e dell'avvicinamento delle due partizioni tradizionali, o addirittura del superamento dei confini ad opera del diritto pubblico con conseguente declino del di-

ritto privato. La crisi che l'A. descrive contrassegna la concezione conservatrice del diritto privato, del suo primato sul diritto pubblico e della prevalenza dell'individuo sullo Stato, che affondano le radici nelle teorie giusnaturalistiche di epoca moderna. Di qui la crisi della concezione del diritto soggettivo come espressione del "potere della volontà", la crisi della concezione del contratto come "autolimitazione" della libertà del privato. L'approccio è al tempo stesso storicistico e filosofico, accompagnato da una indagine del diritto positivo, che passa attraverso le codificazioni. Codificazioni che avevano costituzionalizzato il diritto civile, ripartendo nettamente l'ambito pubblico dall'ambito del privato. La contrapposizione di individuo e Stato implica che dalla fine del Settecento il diritto privato non sia inteso come complesso delle regole dirette a disciplinare la vita economica e familiare degli individui, ma piuttosto la vita degli individui nella società, cioè "la sfera di azione dell'individuo". Dalla fine del secolo scorso si avvia il ribaltamento di questa scala di valori e quindi dei ruoli di diritto pubblico e di diritto privato. L'espandersi dei compiti dello Stato e del suo intervento nell'economia porta ad una trasformazione radicale per cui il diritto privato è concepito in senso oggettivo e contenutistico, come complesso di regole dirette a disciplinare talune attività della vita sociale; compaiono soggetti economici in mano pubblica che operano in concorrenza con i soggetti privati, risaltano le aggregazioni degli individui infrastatali, la sfera degli interessi privati si confonde con la sfera degli interessi sociali. Si registrano così due fenomeni che investono direttamente la distinzione tradizionale e la travolgono: la pubblicizzazione che vede operare soggetti pubblici nell'economia e la normativizzazione di fenomeni che componevano la roccaforte dell'individualismo, sì da considerare in termini "normativi" il diritto soggettivo e il negozio giuridico; la socializzazione, che impone nuovi compiti allo Stato, penetra nella sfera dei privati e si accompagna all'economia dirigistica. La distinzione è ancora attuale, ma i criteri discretivi sono mutati e riguardano gli strumenti dell'operare, le norme, i principi. La costituzionalizzazione del diritto privato assume nuovi contenuti e nuovi contorni: si trasforma in codifica-

zione dei limiti all'iniziativa privata dettati dall'interesse pubblico, dei limiti all'autonomia negoziale, dei controlli dell'attività privata mediante clausole generali. Questo processo non è univoco, ma biunivoco: vi sono settori del diritto pubblico che vengono attratti nell'orbita privatistica, come istituti inerenti alla famiglia, all'autonomia collettiva, agli enti ecclesiastici, etc., e come l'attività di diritto privato espliata dalle Amministrazioni pubbliche.

Rosario Nicolò (che già aveva anticipato le sue idee nelle Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile, in Riv. dir. civ., 1956, I, p. 177 ss. e nella voce Codice civile, in Enc. dir., vol. VII, Milano, 1960, p.240 ss.) muove dalla considerazione della complessa realtà sociale, che impedisce di conservare le concezioni tradizionali del diritto civile e impone di rivisitare gli istituti consegnati dal diritto romano. La comparsa di nuovi soggetti e di nuove esigenze rendono complessa la società odierna, e quindi superate le categorie e le distinzioni della tradizione. La costituzionalizzazione del diritto privato è espressione di nuove garanzie, sia per prevenire gli abusi del legislatore, sia per riconoscere nel quadro della organizzazione sociale e politica i principi e gli istituti essenziali che attengono ai rapporti interprivati e più in generale alla dignità della persona. Contrassegno del diritto civile inteso in senso moderno è la variabilità qualitativa e quantitativa del suo oggetto.

Pur esponendo riflessioni personali, acute e profonde, le due posizioni risentono dei fenomeni legislativi, politici e sociali dell'epoca, e segnano anche i percorsi della dottrina civilistica degli anni successivi. Coeve, in senso lato, sono infatti le discussioni di civilisti e di pubblicisti sull'intervento dello Stato nell'economia, con l'intervento dei maggiori esponenti della scienza giuridica del tempo, quali, tra i pubblicisti Massimo Severo Giannini, Giuseppe Guarino, tra i commercialisti Giuseppe Ferri, tra i civilisti Francesco Santoro Passarelli (L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia, in Dir. ec., 1956, p. 1213 ss.). Coeve, o di poco anteriori, sono le rivisitazioni dei confini e delle funzioni del diritto privato, e quindi della stessa funzione

del giurista: basti pensare, a mero titolo di esempio, alla rivalutazione della figura dell'abuso del diritto, ad opera di Ugo Natoli (Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, p. 18 ss.), e a quelle del principio dell'affidamento (Sacco, Affidamento, voce dell'Enc. dir., vol. I, Milano, 1958, p. 661 ss.); oppure pensare alla rimeditazione dell'interpretazione politica del diritto e ai suoi effetti sull'autonomia privata (Galvano, Autonomia privata, creazione del diritto e concetto di politica, in Riv. dir. civ., 1959, I, p. 331 ss.), alla rilevanza dei nuovi valori rispetto alla lettera della legge (Trabucchi, Il nuovo diritto onorario, in Riv. dir. civ., 1959, I, p. 495), alla rivalutazione delle comunità intermedie (Rescigno, Persona, società intermedie e Stato, Roma, 1958, p.9 ss.), alle reazioni ai tentativi di funzionalizzazione del ruolo dell'attività privata (Minervini, Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata, in Riv. dir. civ., 1958, I, p. 618 ss.) , alla revisione della categoria di diritto soggettivo ad opera di un romanista tra i più letti dai civilisti (Orestano, Diritti soggettivi e diritti senza soggetti, in Jus, 1960, p. 149 ss.; ma v. anche Rodotà, Discussioni e polemiche sul diritto soggettivo nella Germania orientale, in Riv. dir. comm., 1963, I, p. 51 ss.).

Gran parte della dottrina civilistica coopera per rifondare il diritto privato; questo processo di svecchiamento, di adeguamento o di superamento degli istituti antichi investe tutti i settori del diritto privato: le clausole generali (Rescigno, L'abuso del diritto, in Riv. dir. civ., 1965, I, p. 205 ss.; Id., In pari causa turpitudinis, ivi, 1966, I, p. 1 ss.); le persone giuridiche e le associazioni non riconosciute (v. ad es. Galvano, Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica, in Riv. dir. civ., 1965, I, p. 553 ss.; Partiti e sindacati nel diritto comune delle associazioni, ivi, 1966, II, p. 507 ss.) ;la proprietà (sulla quale si erano stagliate le osservazioni di Rodotà, Note critiche in tema di proprietà, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1960, p. 1252 ss.); la responsabilità civile (Trimarchi, Rischio e responsabilità oggettiva, Milano, 1961; Rodotà, Il problema della responsabilità civile, Milano, 1964; Busnelli, La lesione del credito, Milano, 1964); il rapporto proprietà-contratto (Lipari, Il nego-

zio fiduciario, Milano, 1964) e, soprattutto, la concezione del contratto (Bianca, L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale, in Riv. dir. civ., 1964, I, p. 478 ss.; Sacco, Autonomia contrattuale tipi, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1966, II, p. 785 ss.; Barcellona, Sui controlli della libertà contrattuale, in Riv. dir. civ., 1966, II, p. 580 ss.) a cui si aggiungeranno, tra gli altri, gli studi di Giovanni B. Ferri, Antonino Cataudella, Adolfo Di Majo, Mario Bessone. Ma famiglia e successioni dovranno attendere ancora qualche anno per una rivisitazione complessiva, diretta a superare la concezione pubblicistica di Cicu.

Come si vede, l'analisi dei rapporti tra diritto privato e diritto pubblico, con diverse angolazioni, con varietà di metodi, con pluralità di scopi, può divenire il leitmotiv e il filo conduttore per illustrare gli itinerari della evoluzione dello stesso diritto privato e pertanto della dottrina civilistica della seconda metà del secolo.

7. Come si diceva, si deve a Pugliatti la trattazione più estesa, approfondita e organica dell'argomento: una trattazione che non nasce negli anni Sessanta, ma è preparata da vari interventi e da pagine acute che l'A. viene scrivendo sugli istituti fondamentali del diritto privato, e sul metodo, nel corso del ventennio anteriore (almeno dagli Istituti del diritto civile, vol. I., t. 1, Milano, 1943). Al di là della prosa chiara e stringente, ciò che subito colpisce il lettore è la ricchezza di riferimenti e la lucidità dell'impianto costruttivo. La voce su "diritto pubblico e diritto privato" - un autentico trattato della materia - si apre con la posizione del problema ("l'esigenza della distinzione"), con una premessa metodologica e con un rinvio; il rinvio è alla voce, destinata a comparire più di vent'anni dopo ("privato e pubblico"), ma senza l'apporto del giurista positivo, essendo essa articolata nelle tre sezioni dedicate al diritto romano (a cura di Nocera, vol. XXXV, Milano, 1986, p.615 ss.), al diritto intermedio (a cura di Cappellini, ivi, p. 660 ss.) e alla sociologia del diritto (a cura di Ferrari, ivi, p. 687 ss.); la trattazione, in altri termini, non ha una conclusione vera e propria, ma lascia il campo aperto; e pour cause, perché l'A. sottolinea come la di-

stinzione "non ha e non può avere un valore logico-giuridico astratto, ma va collocata anche nella dimensione storica, con riferimento alla storia giuridica in particolare e alla storia in generale" (op. cit., p. 745). In sintesi, il messaggio (destinato a svolgersi in un autentico programma di lavoro) è che la dicotomia non deve essere cristallizzata, che i confini dell'una e dell'altra area sono da apprezzare all'interno dell'unità dell'ordinamento, che l'analisi si deve compiere sulla base delle concezioni di diritto e di ordinamento da cui si muove, e comunque in una imprescindibile prospettiva storica, valutando l'apporto delle indagini filosofiche e politiche, etiche e sociologiche, senza la pretesa di ricondurre tutte le questioni ad una irriducibile unitarietà, ma piuttosto ripartendole per gruppi di problemi (op. cit., pp. 745-746). Proprio perché svolta in modo così esteso e complesso, la posizione di Pugliatti non si presta ad agevole sintesi, e presuppone pur sempre un lettore che organizza il suo discorso. Ebbene, mi pare che il suo discorso si possa scandire, oggi, in tre parti, che corrispondono, dall'esterno, allo svolgimento impresso dall'A. alla materia, ma non corrispondono al suo itinerario interno, né alla scansione di testo e note.

(i) Le modalità dell'antitesi.

La prima parte del discorso (pp. 697-699) riguarda le modalità dell'antitesi. In apertura, si sottolinea come i modelli dei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato possano essere logicamente di tre tipi (contrapposizione, assorbimento, unicità). Ebbene, a questo proposito, Pugliatti ricorda come la tesi dell'assorbimento del diritto privato nel diritto pubblico fosse stata una delle scelte fondamentali del regime nazionalsocialista, sposata dal comitato italo-germanico della fine degli anni Trenta (come riferivano Molitor, *Ueber oeffentliches Recht un Privatrecht*, Karlsruhe, 1949, p. 18 ss.; e Vassalli, *Diritto pubblico e diritto privato in materia matrimoniale*, in *Arch. eccl.*, 1939, p. 38) ma non da tutti condivisa: vi si erano opposti lo stesso Pugliatti (*La logica e i concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 214 ss.) e Guido Calogero (*La natura dei concetti giuridici*, ora in *Saggi di etica e di*

teoria del diritto, Bari, 1947, p. 189). Pugliatti osserva però (a p. 718, n. 215) che la primazia del diritto pubblico - destinata a divenire uno dei capisaldi della concezione fascista del diritto - era stata preparata dalle originarie tesi di Santi Romano (*L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, p.10-11) e di De Francisci (*Discorso inaugurale al primo congresso giuridico italiano*, Roma, 1932).

La tesi della impossibilità della distinzione per affermare la unità del diritto era stata sostenuta da Nicola Coviello (*Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano, 1910,p.13); mentre la tesi mista era stata sostenuta da van Bemmelen (*Les notions fondamentales du droit civil*, Amsterdam, 1892, p. 92 ss.).

L'alternanza dei modelli ritorna nel corpo del discorso, sull'aspetto pratico, indagando come terreno di elezione il diritto di famiglia, colto in un amplissimo arco temporale, dal pensiero greco ai tempi attuali (op. cit. pp. 706-713), con incursioni nel diritto canonico ed ecclesiastico e nel diritto internazionale (op. cit. pp. 714-716) e sotto l'aspetto teorico, nella discussione sui "primati". Il primato del diritto pubblico sul privato riguarda le posizioni di Binding (*Die Normen und ihre Uebertretung*, iv ed., I, Lipsia, 1922, p. 255) e di Thon (*Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. it., Padova, 1939, p. 114) preparate dalle opere di Thibaut (per il quale "il rapporto di diritto privato non può intendersi che nello Stato, tra individui che rivestono la qualità di cittadini e come tali riconoscono un ordine politico sovrastante ai loro privati interessi e alle loro particolari finalità"), in contrasto con le tesi di Kant (per il quale "il diritto privato è logicamente un prius rispetto al diritto pubblico e comprende rapporti non subordinati alla qualità di cittadino"): entrambe le posizioni sono tratte da Solari (*Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940, pp. 38.227). Il primato del privato sul pubblico riguarda la posizione di Ravà (*Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911), ma è documentata dalla dottrina che ha studiato l'origine della scienza del diritto pubblico (Pugliatti, op. cit., p. 720, n. 228).

(ii) I criteri discretivi.

La seconda parte del discorso (pp. 699-718) attiene ad una analitica disamina dei criteri discretivi tra diritto pubblico e diritto privato. E qui prende l'avvio la prospettiva epistemologica, tanto cara all'Autore, che riporta via via: la tesi di Kelsen (Teoria generale del diritto e dello Stato, trad. it., Milano, 1952, p.210 ss.) secondo il quale, al di là della impossibile definizione dei due concetti, le norme si possono distinguere secondo il duplice principio dell'autonomia (a cui apparterrebbero le regole di diritto privato) e di eteronomia (a cui apparterrebbero le regole di diritto pubblico), anche se si riscontrano anomalie per il diritto di famiglia e per il diritto internazionale; la tesi di Gierke (Deutsches Privatrecht, I, Lipsia, 1895, p.29) per cui la distinzione riguarda piuttosto il diritto individuale e il diritto sociale; la tesi di Cesarini-Sforza (ora ne Il diritto dei privati, Milano, 1963, p. 103) che distingue gli interessi individuali e gli interessi collettivi, ripresa poi nell'ambito della discussione sulla ammissibilità di un "diritto dei privati" (op. cit. pp. 716-718); la tesi di Radbruch (Propedeutica alla filosofia del diritto, trad. it., Torino, 1959, p. 219 ss.) che non muove dal concetto di eguaglianza nei rapporti, ma da quello dell'equilibrio di persone ineguali; la tesi di Rosmini (Filosofia del diritto, I-II, Napoli, 1844-1845, p. I, 118 ss.) che distingue il diritto individuale dal diritto sociale; la tesi di Thon (Norma giuridica e diritto soggettivo, cit., p. 113 ss.) per il quale il criterio di distinzione non può essere oggettivo, ma solo soggettivo, sicché occorre parlare di diritti pubblici e privati; la tesi di Duguit (Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato, trad. it., Firenze, 1950, p. 8 ss.) secondo il quale la distinzione non ha senso se non all'interno della ricognizione della società umana e dei gruppi sociali cementati dalla solidarietà.

(iii) La nozione normativa di diritto pubblico e di diritto privato.

La terza parte del discorso (pp. 723-746) espone il pensiero originale di Pugliatti, che opera sul piano del diritto positivo e della teoria normativa già anticipata

nel paragrafo dedicato alla distinzione tra norme cogenti e norme suppletive (pp. 713-714) In queste pagine, l'A. passa in rassegna le diverse posizioni dei normativisti, quali Kohler, Santi e Salvatore Romano, Massimo Severo Giannini, Krueckmann, Finzi. In altri termini, secondo l'A., la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato deve essere effettuata all'interno della concezione di diritto, norma, ordinamento, organizzazione. In questo senso, le norme si distinguono in norme di organizzazione e norme di comportamento (secondo l'insegnamento di Burckhardt, *Methode und System des Rechts*, Zurigo, 1936, p. 58 ss.); il *prius* è costituito dalle norme di organizzazione, il *posterius* dalle norme di comportamento, e la distinzione è dicotomica; ma Pugliatti corregge il tiro, in quanto non è possibile considerare l'ordinamento solo nel suo aspetto organizzatorio, perché le due categorie non sono autonome, ma complementari, e in ogni caso l'ordinamento deve essere considerato nel suo complesso, in modo unitario. Le due categorie sono complementari, ma appunto per questo distinte. Ed i criteri della loro distinzione passano attraverso categorie logiche e sistematiche quali: (i) le norme di organizzazione e le norme di comportamento; il diritto organizzatorio riguarda i poteri e le relative competenze, quindi il diritto pubblico e le sue branche, al cui centro sta lo Stato, che è il detentore della sovranità ed esplica una attività di carattere politico; (ii) la natura degli interessi protetti; il diritto privato non si può esprimere in termini di "ordinamento" perché non presenta l'organicità propria del diritto pubblico; in ogni caso, non si può definirlo in via residuale; il criterio distintivo può individuarsi non nella *utilitas singulorum* di *ulpianea memoria*, ma nell' "interesse", l'interesse immediato; (iii) il rapporto tra interesse pubblico e diritto pubblico; l'interesse pubblico è l'interesse di cui si fa portatrice la collettività; ma la massa degli interessi pubblici varia in continuazione, perché ne variano la natura, i modi, le relazioni; l'interesse privato, di cui si fa portatore il singolo, il gruppo, l'ente privato, varia anch'esso; (iv) i soggetti portatori degli interessi; (v) i riferimenti normativi, che tuttavia, essendo eterogenei e comprendendo termini impiegati dal legislatore con diverse accezioni, debbono

essere apprezzati nel loro contesto.

Per contro, secondo l'A., non sono corretti, in quanto non soddisfacenti, gli altri criteri invalsi, quali la prevalenza dell'interesse pubblico sul privato, i modi di tutela, e così via. Né si deve pretermettere l'eventuale combinazione di interessi pubblici e interessi privati, con le reciproche infiltrazioni del diritto pubblico nel diritto privato.

8. Poste queste premesse, nelle elaborazioni dei privatisti - e parallelamente nelle elaborazioni dei pubblicisti - le definizioni di diritto pubblico e di diritto privato, la loro distinzione, i rapporti tra le due categorie, e tutti gli altri profili della materia divengono enormemente più complessi e frastagliati. La complessità è dovuta principalmente a due fattori: la maggior consapevolezza degli studiosi, ora di fronte ad una messe cospicua di idee e di proposte interpretative, accompagnata dalla accelerazione dei ritmi di evoluzione dei rapporti politici, economici e sociali, cui conseguono i cambiamenti interni ed esterni all'ordinamento giuridico.

Quanto ai privatisti - ma la distinzione è puramente arbitraria, attesa la circolazione di idee che rimescola competenze e proposte interpretative dei giuristi che si dedicano allo studio del diritto privato e dei giuristi che si dedicano allo studio del diritto pubblico - viene delineata una nuova concezione del diritto privato che si dipana nell'ambito di una indagine storica sulla tradizione, sui rapporti del diritto con l'economia, sulle aggregazioni sociali intermedie, sui rapporti tra individuo e Stato, sui valori e sulla gerarchia di valori, sulle ideologie che presidiano le elaborazioni concettuali e giuridiche in particolare. Poiché la letteratura è vastissima, e le posizioni tanto variegate, ogni citazione potrebbe apparire arbitraria; si pensi comunque alla dimensione del diritto privato e del diritto pubblico nell'ottica del controllo sociale (Rodotà, *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna, 1971); si pensi alle istituzioni dell'economia capitalistica e al rapporto tra codice civile e costituzione (Galgano, *Le istituzioni dell'economia capitalistica. Società per azioni, Stato*

e classi sociali, Bologna, 1974; Il diritto privato fra codice e costituzione, Bologna, 1979); si pensi all'analisi dei rapporti tra i privati nell'ottica economica e sociale (Barcellona, Diritto privato e processo economico, Napoli, 1975; Formazione e sviluppo del diritto privato moderno, Napoli, 1987); si pensi all'analisi della realtà sociale attraverso le sue forme giuridiche (Perlingieri, Profili istituzionali del diritto civile, Napoli, 1975); si pensi alla indagine sui valori (Mengoni, Diritto e valori, Bologna, 1985); o alla revisione delle categorie concettuali (Falzea, Introduzione alle scienze giuridiche, Milano, 1975) e alla revisione dell'organizzazione delle fonti proposta da Irti (con i saggi raccolti ne *La cultura del diritto civile*, Torino, 1985) e delle tecniche di tutela operata da Di Majo (*La tutela dei diritti*, Milano, 1980), quando non alla rivisitazione delle categorie dogmatiche in primis il negozio giuridico, ad opera di G.B. Ferri (*Il negozio giuridico tra realtà e norma*, Rimini, 1984; *Le anamorfosi del diritto civile attuale. Saggi*, Padova, 1994) . E si pensi ai nuovi trattati di diritto civile, che si devono a Massimo Bianca, Francesco Galgano e alla Scuola pisana.

Un discorso analogo non è possibile fare per la dottrina pubblicistica, neppure per cenni, attesa la difficoltà della sintesi. Un solo richiamo può essere utile, con riguardo ad un manuale istituzionale che si può definire classico: le *Istituzioni di diritto pubblico* redatte da Costantino Mortati.

Secondo questo A. le trattazioni dottrinali che hanno costituito l'ossatura della distinzione classica tra diritto pubblico e diritto privato muovono su formule diverse dalla contrapposizione romanistica improntata al discrimen che oggi riproduciamo in termini di natura dell'interesse perseguito: gli interessi che riguardano la collettività (*ad rem romanam*) sono oggetto del diritto pubblico, gli interessi che riguardano i singoli sono oggetto del diritto privato (Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. 1, IX ed., Padova, 1975, p. 40 ss.). L'A. dà conto del fatto che alla distinzione, per lo più tralatizia, si è dato grande rilievo all'inizio del secolo, avendo partecipato al dibattito illustri maestri (ad esempio, Ranelletti in *Riv. dir. pubbl.* 1914;

Raggi, Riv. it. sc. giur. 1915, III). E che si è di poi storicizzata la distinzione, con riguardo ovviamente al diritto romano (Romano Salv, Scritti romani, IV, 157), al diritto pubblico (Calasso, Ius, 1943) e al diritto canonico (Criscito, Dir. pubbl. e priv. nell'ordinamento canonico, 1948).

Ma altri criteri - precisa l'A. - si sono via via aggiunti o sostituiti a quello classico: si fa cenno alla disciplina delle conseguenze della violazione di un obbligo: in altri termini, se è previsto il necessario intervento dell'autorità, si è in presenza di una regola di natura pubblicistica, se per contro si prevede l'attivazione del privato che ha subito gli effetti della violazione, si è in presenza di una regola di natura privatistica (Mortati, op. cit., p. 41, che riprende l'opinione di Thon, Norma giuridica e diritto soggettivo, trad. it., 1939, p. 133). Questo criterio però non appare del tutto soddisfacente perché si fonda su un *posterius* rispetto al *prius*, che consiste nella qualificazione pubblicistica o privatistica dell'obbligo, dal momento che l'intervento autoritativo si basa su una valutazione pregressa relativa alla legittimità dell'intervento stesso.

Si ritiene poi che il diritto pubblico prevalga sul diritto privato e che il primo sia anteriore concettualmente e storicamente, al secondo. Sul primo assunto Mortati non ha dubbi; mentre ne solleva sul secondo, perché l'antropologia giuridica ci dice che i primi contatti tra le persone sono in termini di scambio e quindi riguardano più la sfera privata che non la sfera pubblica. L'A. si allinea quindi all'opinione comune per la quale le due sfere non sono delimitate in modo rigido e la distinzione ha carattere relativo (Nigro, RTTP 1970, 755, Habermas, Storia e critica op. pubbl., 1971, 263; Bobbio, in Studi Esposito 1974, 2190).

Altro criterio discretivo è quello informato alla natura dei poteri affidati ai soggetti: se essi operano per autorità il rapporto posto in essere inerisce al diritto pubblico, altrimenti al diritto privato. Si tratta però di un criterio insufficiente perché vi sono autorità private e vi sono rapporti non paritetici anche nel diritto privato (con riguardo, soprattutto, al potere negoziale). D'altra parte quando opera nei

rapporti con i privati la p.A. può assumere un ruolo non autoritario ma paritetico. E' per questo che, meditando le pagine di Mortati, G.B. Ferri ha parlato di *mobili* confini tra diritto privato e diritto pubblico (Costantino Mortati "civilista", ne *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, cit., p. 49 ss.).

9. L'attualità delle due categorie, la dinamicità dei loro significati, la mobilità dei loro confini sono testimoniate dalle nuove occasioni di riflessione, derivanti sia dalle sollecitazioni culturali, sia dalle trasformazioni dello Stato e dal ruolo dei privati nell'economia, sia dalle modificazioni delle stesse fonti del diritto. Se nel trentennio passato si può dire che una delle linee portanti della riflessione dei civilisti consisteva nel considerare gli interventi e le limitazioni del diritto pubblico al diritto privato come vere e proprie "incursioni", o, al contrario, l'osmosi delle due categorie come il portato di esigenze di garanzia e di tutela delle posizioni deboli rispetto a quelle forti, soddisfatte attraverso l'applicazione della normativa costituzionale e la normazione di interi comparti del diritto privato mediante leggi protettive, oggi, assicurate quelle esigenze, si sta procedendo verso una riformulazione dei rapporti. Essa non significa un ritorno al passato, né una rinascita degli egoismi individuali, ma piuttosto una riconsiderazione delle tecniche di normazione, dettata dalla riduzione dell'intervento statale e da una rinnovata fiducia nelle forze dell'autonomia e della deontologia.

Le nuove occasioni di riflessione sono anch'esse molteplici. Val la pena di segnalare solo alcune, isolandole arbitrariamente da un contesto tanto ricco quanto eterogeneo.

Innanzitutto, le trattazioni enciclopediche, che ci danno il quadro complessivo di riferimento, e, al tempo stesso, testimoniano la pluralità dei metodi oggi perseguiti dalla civilistica; è sufficiente fare un raffronto tra le due voci più recenti dedicate al nostro tema: l'una si deve a Natalino Irti (*Diritto civile*, in Dig. IV, sez. civ., vol. VI, Torino, 1990, p. 142 ss.), l'altra a Rodolfo Sacco (ivi, Appendice, Torino,

1997).

(i) Il diritto privato come diritto comune e come promotore di nuovi metodi di indagine.

Irti colloca la problematica del diritto civile nell'ambito dello svolgimento storico della dottrina civilistica dal secolo scorso ad oggi, e segna le fasi della interpretazione delle norme di diritto civile; lo iato rispetto alla tradizione è dato dall'ingresso della costituzione repubblicana; e l'A. sottolinea con nettezza che la nuova costituzione non si risolve solo nella introduzione di nuove regole costituzionali, ma "costringe il civilista a trarre la Costituzione all'interno del proprio lavoro, come costante criterio di riferimento e di controllo" (op. cit., p. 143). L'affermazione è suffragata dai riferimenti alla dottrina che ha particolarmente sostenuto la costituzionalizzazione degli interessi afferenti per tradizione al diritto privato e che hanno ottenuto dignità e garanzie di livello costituzionale (tra gli AA. citt. ivi alla nota n.155 si annoverano Rescigno, Rodotà, Perlingieri). Ma la cesura con il passato è data anche dalla nuova fase politica, che induce gli studiosi - in particolare Pietro Rescigno - a considerare il ruolo non solo del singolo privato, ma anche il ruolo delle aggregazioni intermedie nella costruzione della vita sociale e quindi del progresso della scienza e dell'ordinamento giuridico; così come impone una più stretta collaborazione con gli studiosi delle altre scienze sociali, un ripensamento delle categorie analitiche, una nuova ricerca sui valori accompagnate dalla revisione delle categorie consegnate dalla tradizione; in questo contesto si colloca l'opera di quanti (in primis, Pietro Barcellona) si sono adoperati per promuovere il c.d. "uso alternativo del diritto", al fine (precisa Irti) di "rovesciare la norma contro se stessa", e dare rilievo a quegli interessi, socialmente apprezzabili, che erano rimasti ai margini, quanto non drasticamente esclusi dalla considerazione del legislatore e quindi della dottrina (op. cit., p. 147). Si è poi verificata la "riscoperta del privato". E' importante sottolineare che, se non per la prima volta, ma certamente con maggior enfasi, il

rapporto "privato-pubblico" viene qui indagato non tanto nell'ottica della definizione di ciò che è "pubblico", ma di ciò che è, o si intende per, "privato" (op. cit., p. 147). L'alternativa è se "privato" sia tutto ciò che si muove contro o fuori il diritto, oppure ciò che si muove mediante strumenti più duttili e opportuni da attuarsi mediante forme giuridiche. Ne emergono due accezioni di "privato": i rapporti che legano il singolo alla famiglia e alle altre formazioni sociali, e i rapporti che si svolgono nell'ambito dell'attività economica. L'una e l'altra accezione sono state ampiamente indagate sia nella costruzione dei capisaldi per la riforma del diritto di famiglia, sia nella soluzione dei problemi tecnici ed economici più rilevanti nell'odierna fase della legislazione economica. Ma il cammino della scienza civilistica non si è arrestato qui: il fenomeno della decodificazione ha portato a notevoli cambiamenti di metodo e di contenuto. Quanto alle fonti, si è assodato il nuovo ruolo del codice civile, come testo "depositario" del diritto comune; quanto al metodo, si deve procedere ad una nuova sistemazione dell'intera materia, che ha perso - con la perdita di centralità del codice - in generalità e sistematicità; in questo processo si inseriscono la sfida tecnologica e la sfida economica, che impegnano il civilista ad affrontare nuove tematiche, e, soprattutto, a colmare lo iato tra le categorie e i fondamenti culturali della scienza giuridica con la nuova realtà. Ne deriva una considerazione, in termini nuovi, del rapporto tra diritto privato e diritto pubblico: il discrimen si colloca ora nella "conoscibilità" del rapporto; il rapporto pubblico è conoscibile, quello privato rimane estraneo all'informazione e deve esserne tutelato; il diritto civile si è trasformato nel diritto del "singolo" (da apprezzare in termini giuridici ed etici).

(ii) Il diritto privato come diritto primigenio e come fattore spontaneo della creazione del diritto.

La trattazione di Sacco si incentra anch'essa sulla categoria del "privato": seguendo un itinerario che è al tempo stesso culturale, storico, comparatistico e antropologico, l'A. illustra il significato di "privato" e di "diritto privato" dalle società

arcaiche ad oggi, indagando le società che non hanno creato un diritto pubblico, e le società (come la nostra) che sono sorte sul diritto spontaneo (di natura che qualifieremmo come "privata") e hanno creato un diritto pubblico fondato sull'autorità; nell'organizzazione pubblicistica romana l'area del privato è stata attratta o controllata dal pubblico; il diritto privato ha trovato tutele e garanzie nel diritto pubblico; nell'epoca medievale il paradigma è modificato, portando alla divaricazione della vita pubblica dalla vita del commercio; successivamente si sono verificati altri cambiamenti, con le prime costituzioni e con la giustificazione di un diritto pubblico, non necessaria per il diritto privato creato spontaneamente dalle consuetudini. Il diritto pubblico è rimasto legato agli schemi autoritativi, mentre il diritto privato ha proseguito il suo cammino incentrato sulla tutela della persona rivalutando la creazione spontanea del diritto, di cui sono, oggi, esempio emblematico i Principi del commercio internazionale (op. cit., p. 681).

(iii) Diritto privato e interessi pubblici.

Stiamo quindi vivendo una fase di transizione, che richiede un grande sforzo da parte del giurista nell'adattamento o nel ripudio della antica distinzione.

Si è detto come l'accostamento della categoria del diritto (oggettivo) a quella dell'interesse (soggettivo e oggettivo, privato e pubblico) sia stato uno dei criteri più seguiti dalla fine del secolo scorso agli anni Sessanta per distinguere il diritto privato dal diritto pubblico; si è detto pure come sia mutato nel tempo il rapporto tra l'una e l'altra categoria, e come abbia avuto più fortuna, in questo secolo, la tesi della pubblicizzazione del diritto privato che non quella opposta. Sembra di assistere, oggi, alla rivincita del diritto privato, atteso lo smantellamento in atto dello Stato sociale, la vicenda delle c.d. privatizzazioni, l'introduzione delle autorità amministrative indipendenti, e così via. Certamente si sono estese le forme privatistiche di operare dei soggetti. Ma si è incentivato l'impiego delle regole di diritto privato per la soddisfazione di interessi pubblici. Si riconosce che i principi privati-

stici dell'essere (persone), dell'avere (beni) dell'agire (attività) sono in rapporto costante con l'interesse generale; in altri termini, non coincidono con questo, né si contrappongono a questo, ma concorrono con questo (Oppo, Diritto privato e interessi pubblici, in Riv. dir. civ., 1994, I, 25 ss.). Di settore in settore si riscontra o una immedesimazione o una limitazione o una funzionalizzazione; mai una neutralità o una indifferenza. Ad es., nel settore dei diritti inviolabili, l'immedesimazione è del pubblico nel privato; nel settore della proprietà, il pubblico funziona come limite (Ugo Natoli direbbe "limite interno"); nel settore dei contratti, l'interesse generale funziona come limite di "non contrarietà"; nell'impresa, l'utilità sociale funziona come limite, ma anche come fattore concorrenziale tra impresa privata e impresa pubblica; il fine perseguito dal contratto e dall'impresa può essere pubblico, anche attraverso l'uso di mezzi privati.

(iv) Il diritto privato come diritto comune del mercato.

Nella fase attuale, sono ancora i civilisti ad interrogarsi - nel quadro delle direttive costituzionali e del diritto comunitario - quale sia il ruolo del diritto privato (ormai inteso come "diritto comune") nella società moderna. Atteso l'enorme peso che hanno raggiunto le decisioni economiche, si possono, sempre sinteticamente, sottolineare due indirizzi, uno metodologico, l'altro assiologico.

Dal punto di vista metodologico, si registra la penetrazione nelle analisi dei civilisti delle valutazioni degli effetti economici delle regole giuridiche, siano esse di natura legislativa, ovvero di natura amministrativa, ovvero di natura giudiziaria. L'analisi economica del diritto, innovata presso di noi da Pietro Trimarchi, ha ricevuto nuovi impulsi dalle letterature straniere, in specie statunitensi (v. Interpretazione giuridica e analisi economica, a cura di Alpa, Pulitini, Rodotà, Romani, Milano, 1984). L'analisi economica richiama le categorie economiche, che debbono essere piegate alle esigenze delle forme giuridiche.

Ma oltre a questo indirizzo metodologico, si sta affermando un altro indirizzo

- che in qualche modo si intreccia con il primo - che si incentra sui valori: su due, in particolare, "la persona" e "il mercato".

In altri termini, è sempre più diffusa la convinzione che il mercato agisca con le sue dinamiche interne, operi una allocazione ottimale delle risorse, attenda dal diritto non schemi e modelli oppressivi, ma piuttosto schemi propulsivi e liberatori. Possa e debba, perciò, svolgersi senza necessità del diritto, o con una traduzione "leggera" delle sue regole in regole giuridiche, e con la emarginazione dello stato, sia come operatore sia come legislatore. L'espressione "diritto pubblico" assume così un nuovo connotato, quasi si trattasse di un complesso di comandi, regole, imposizioni, da cui l'operatore economico deve stare al riparo; l'intrusione del diritto pubblico nel mercato appare come foriera di distorsioni o di meccanismi anticoncorrenziali. Tutt'al più, il diritto (e lo Stato con esso) deve assolvere il ruolo di regolatore, regolatore del gioco spontaneo degli operatori, controllore dell'efficienza e della correttezza. Per salvare tuttavia i valori della persona - a cui il mercato è troppo spesso indifferente - si propone il ricorso ai meccanismi della solidarietà o il ricorso alle carte dei diritti, per far prevalere i diritti della persona sulle decisioni economiche, compatibilmente con le risorse disponibili. La discussione a questo riguardo è in atto (v. ad es., i saggi di Rescigno in *Persona e comunità*, II, Padova, 1988; di Galgano, pubblicati in più occasioni su *Contratto e impresa*, Padova, 1985 - 1997; Irti, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 289 ss.; nonché Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà, *ivi*, 1997, I, 189; Lipari, *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 24 ss.; Di Majo, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 5 ss; Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, LX, p. 1 ss.; Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996). Essa investe primieramente la sorte dei diritti di libertà e la posizione della persona nell'ordinamento (v. ora Rodotà, *Libertà e diritti in Italia*, Roma, 1997; una ricostruzione della problematica dal punto di vista pubblicistico è offerta da Fioravanti, *Appunti di storia delle costitu-*

zioni moderne, Torino, 1991). Il quadro complessivo delle posizioni - con le integrazioni di cui tra poco si dirà - emerge dagli atti congressuali di questo periodo (tra i quali si segnalano quelli raccolti ne *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991).

La contrapposizione antica si risolve in un contemperamento e in una nuovi disegno dei confini: al diritto pubblico spettano le regole che fondano l'impianto dell'ordinamento politico; al diritto privato le altre regole, concernenti il mercato. Il contemperamento deve essere rinvenuto tra le esigenze del profitto e della protezione della persona, in tutti i settori della società moderna, che comprendono l'ambiente, il consumo, il risparmio; la mano pubblica regola il gioco corretto delle forze del mercato, ma si assume anche il compito di difendere il singolo dalle aggressioni del mercato.

Una mirabile sintesi di questa problematica è offerta in uno dei migliori manuali oggi disponibili, il *Manuale del diritto privato italiano* di Pietro Rescigno (Napoli, 1995; ma v. anche *Id.*, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1992, p. 58 ss).

10. La crisi che investe la distinzione tra le categorie di diritto pubblico e diritto privato, registrata dai manuali e illustrata nei trattati e nelle voci enciclopediche non sembra investire la (o trasparire dalla) giurisprudenza.

L'interprete deve quindi porsi il problema se si sia in presenza di un ritardo culturale, oppure se si sia approfondito il solco tra le elaborazioni teoriche e l'applicazione pratica delle categorie, ovvero ancora se la dottrina tende a pretermettere il ruolo della giurisprudenza quale essenziale formante del diritto.

Una ricerca dei modi e dei contesti in cui la giurisprudenza fa uso delle espressioni "diritto privato" e "diritto pubblico" e della loro distinzione lascia emergere indizi utili per comprendere: (i) i significati delle due espressioni; (ii) le modificazioni di quei significati nel tempo e quindi la loro "storicizzazione"; (iii) il rapporto esistente tra elaborazioni teoriche, interventi legislativi, paradigmi giudiziari. La ri-

cerca può essere circoscritta alle pronunce (prevalentemente della Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e delle Corti superiori) degli ultimi vent'anni raccolte e organizzate in banche di dati.

In limine all'analisi si possono già offrire alcune notazioni.

La prima impressione che si riceve, raccogliendo, leggendo e classificando le pronunce, è che l'espressione "diritto pubblico" (come peraltro l'espressione "diritto privato") appare monolitica, e raramente sviluppata nel significato implicito che le attribuisce l'interprete: l'estensore, o il collegio decidente, il massimatore, non si pongono il quesito se la nozione di diritto pubblico, così come recepita nella sua formazione culturale, nell'aggiornamento e nelle successive maturazioni delle idee acquisite, si sia modificata nel tempo, e neppure se l'uso che in quel momento ne stanno facendo sia corretto o meno. Sembra infatti che la partizione pubblico/privato sia immutabile; presupposto di questa immodificabilità del rapporto è la immodificabilità della nozione.

La seconda impressione che si riceve è che la distinzione viene intesa come contrapposizione; essa riguarda solo alcuni settori, ripartiti per così dire in blocchi, come se non pervadesse tutti gli istituti fondamentali dell'ordinamento.

La terza impressione che si riceve è che nel tracciare la distinzione tra le due sfere, la giurisprudenza esaminata segua alcune idee portanti: (i) la nozione recesiva di diritto privato, rispetto alla nozione prevalente di diritto pubblico; (ii) la distinzione tra personalità giuridica di diritto pubblico e personalità giuridica di diritto privato, da cui discendono non solo il trattamento giuridico degli enti, ma pure il trattamento giuridico dei rapporti che questi pongono in essere; (iii) l'applicazione delle regole di diritto privato ad alcune attività di enti pubblici.

In generale, si ritiene che la qualità di soggetto di diritto pubblico deve - di norma - risultare dalla legge o da specifico provvedimento pubblico, ovvero dai caratteri univoci dei fini perseguiti e della struttura organizzativa dell'ente. Può, tuttavia, verificarsi che la persona giuridica che si costituisce come soggetto di diritto

privato rimanga tale fino al momento in cui non intervengano modificazioni strutturali da mutarne la natura, mediante la attribuzione di vere e proprie funzioni pubbliche (Trib. Roma, 28.3.1988, in *Giur. cost.*, 1988, II, 613).

(i) Categorie di enti.

Quanto ai criteri distintivi, i casi esaminati in giurisprudenza riguardano soprattutto gli enti pubblici non economici e gli enti pubblici trasformati in enti privati.

Rispetto ai primi, i criteri distintivi riguardano: i poteri di nomina degli amministratori, i poteri di scioglimento dell'assemblea e dell'organo di amministrazione, i poteri deliberativi della liquidazione dell'ente, la natura delle finalità perseguite, i mezzi di finanziamento, l'assunzione del personale per concorso; si considerano invece irrilevanti il difetto di attribuzione della personalità giuridica di diritto pubblico, il difetto dell'obbligo di osservanza della normativa pubblicistica nello svolgimento dell'attività istituzionale, la possibilità di offrire prestazioni a pagamento a privati, la costituzione dell'ente mediante atto notarile. Ad es., si è qualificato come ente pubblico non economico l'Istituto di Ricerche Economiche e Sociali per la Basilicata (IBRES), riconosciuto con legge regionale, e pertanto si è stabilito che anche tale ente deve osservare il limite delle assunzioni del personale con contratto di lavoro a termine ex l. 12.4.1962, n. 230 (Cass. sez. lav., 18.2.1991, n. 1693, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 2). L'applicazione dei suddetti criteri non è tuttavia uniforme: ad es., quanto all'ANFASS (associazione nazionale per le famiglie dei fanciulli subnormali) se ne è stabilita la natura di ente privato sia perché tale ente non è riconducibile alle istituzioni pubbliche di beneficenza e assistenza, sia per il difetto di personalità giuridica di diritto pubblico (Cass. civ., sez. un., 4.12.1991, n. 13075 in *Giust. civ., Mass.*, 1991, 12).

In ogni caso, non sono criteri distintivi ritenuti sufficienti né la natura delle finalità perseguite né la natura dell'attività esercitata; anche se non mancano ecce-

zioni a questo assunto generale, come è avvenuto nel caso del Registro navale italiano, a cui si è riconosciuta la natura privatistica perché questo ente ha "perso i precedenti compiti di preminente interesse generale in materia di controllo sulla navigabilità delle navi" (Cass. sez. un., 3.11.1981, n. 5778, in Giust. civ. Mass., 1981, 11).

I criteri generali di cui sopra si è detto sono combinati caso per caso e comunque con altri criteri di natura specifica.

(ii) Tipi di attività.

Si è ritenuto perciò che, in difetto del riconoscimento della personalità giuridica di diritto pubblico, una fondazione non sia qualificabile come ente pubblico (non economico), anziché come ente privato, per il solo fatto che persegue finalità non lucrative e che sia soggetta a controlli ed ingerenza dell'autorità governativa, trattandosi di caratteristiche proprie anche delle fondazioni di diritto privato, e non è parsa rilevante la circostanza che essa opera nel settore del ricovero e della cura degli infermi essendo tale attività espletabile anche da istituti privati (nella specie si trattava della Fondazione Clinica del Lavoro di Pavia: Cass. sez. un., 23.11.1985, n. 5812, in Giust. civ., 1986, I, 2220); né la qualificazione di attività di natura pubblica è automatica conseguenza della qualificazione pubblica dell'ente che la esercita. Già anteriormente alla trasformazione delle banche in mano pubblica in enti privatistici la Suprema Corte - in applicazione della normativa prevista dal d.p.r. 27.6.1985, n. 350 - aveva rilevato la volontà legislativa di considerare tale attività, da chiunque intrapresa, come esercizio di impresa privata, soggetta a controlli e limiti, ma non tali da qualificarla diversamente, così come avviene per altre attività tipicamente private gestite in regime di libera concorrenza. La circostanza che l'attività bancaria fosse svolta da enti con personalità di diritto pubblico, in concorrenza con soggetti di diritto privato, non permetteva di farne derivare una diversa considerazione dell'attività da essi svolta sotto il profilo oggettivo, sia perché la qualità del soggetto

che esercita una attività non giova a mutarne la natura, sia per la necessaria unitarietà della disciplina, anche sotto l'aspetto penalistico. In applicazione di tale principio, la Corte ha negato agli operatori bancari la qualifica di incaricato di pubblico servizio (Cass. pen. 24.10.1988, Corazza, in Giust. pen., 1989, II, 354).

Più in generale, si è precisato che la distinzione tra attività amministrativa di diritto pubblico e attività amministrativa di diritto privato non può condurre alla conseguenza che si tratti di due aree totalmente indipendenti e fra loro incomunicabili, giacché la loro comune riferibilità all'amministrazione, che resta in entrambi i casi la stessa e che pone in essere l'una o l'altra di dette attività a seconda delle concrete esigenze cui deve far fronte nel quadro del perseguimento di un pubblico interesse unitario, postula che il comportamento complessivo dell'amministrazione medesima debba essere improntato ad un criterio di coerenza operativa (Cons. giust. amm. Sicilia, 29.6.1989, n. 253, in Cons. St., 1989, I, 865).

(iii) Natura degli atti.

Anche per gli atti vale il medesimo principio.

Gli atti e, più in generale, i documenti che provengano da pubblici funzionari non acquistano carattere pubblico quando non siano esternazione delle competenze istituzionali dei soggetti che li hanno formati, quando, cioè, questi li abbiano posti in essere completamente al di fuori dell'ambito istituzionale che caratterizza di regola la loro posizione. Ne consegue che se l'ente pubblico per lo svolgimento della sua attività si avvale sia di strumenti propri del diritto pubblico sia di strumenti giuridici apprestati dal diritto privato, e di questi ultimi in riferimento al contratto di lavoro dei suoi dipendenti, i documenti, diretti a certificare l'attività svolta dai dipendenti stessi nell'esercizio dei loro compiti di istituto e ai fini del loro diritto alla retribuzione, sono da ritenersi scritture private, per le quali non è configurabile il delitto di falso ideologico. Nella specie erano stati falsificati i cosiddetti rapporti decedali delle prestazioni lavorative di dipendenti dell'ENEL e il giudice d'appello

aveva assolto l'imputato con la formula perché il fatto non costituisce reato. La Corte aveva rigettato il ricorso del p.m. (Cass. pen., 16.11.1988, Sariconi, in Giust. pen., 1990, II, 25).

La questione era stata risolta pochi mesi prima dalla Corte costituzionale, con la sentenza del 17.3.1988, n. 309 (in Foro it., 1988, I, 1787) osservando che il commercio del denaro esercitato sia da istituti bancari di diritto pubblico sia di diritto privato, è attività concorrenziale d'impresa privata, e come tale esclude l'applicabilità dello statuto penale della pubblica Amministrazione non solo ai dipendenti degli enti creditizi privati, ma anche a quelli degli istituti bancari pubblici, che, quando sono addetti a tale attività, non esercitano una pubblica funzione amministrativa.

Il panorama giurisprudenziale relativo agli effetti della distinzione degli enti in pubblici e privati è assai ampio e val la pena di considerare i casi più rilevanti o più singolari, raccolti per sottotemi.

(i) Capacità giuridica e legittimazione.

Agli enti pubblici si riconosce piena capacità di diritto privato, salve espresse eccezioni di diritto positivo e salvaguardati i limiti apposti alle finalità istituzionali; ad es., si è ritenuta la legittimazione a contrarre di un ente pubblico a concludere contratti di sponsorizzazione al fine di conseguire l'utilità costituita dal beneficio dell'immagine (Cons. giust. amm. Sicilia, 4.11.1995, n. 336, in Cons. Stato, 1995, I, 1607). Allo stesso modo, il rapporto istituito tra un ente pubblico e un giornalista professionista per la direzione di un periodico edito da un ente pubblico è stato inquadrato nell'ambito dei rapporti di diritto privato, di tipo convenzionale, restando esclusa l'assunzione a tempo indeterminato del giornalista, che non può considerarsi un dipendente pubblico (C. Conti Reg. Sardegna, sez. giur., 8.6.1994, n. 262, in Foro amm., 1994, 2978).

Nell'attività contrattuale della pubblica Amministrazione non è ritenuta ammissibile alcuna forma di interposizione o sostituzione, anche solo in parte, di

soggetti privati a soggetti pubblici, perché le fasi contrattuali sono disciplinate pressoché totalmente da norme di diritto pubblico concernenti la scelta del contraente, l'aggiudicazione, la stipulazione ed approvazione; di qui la illegittimità della deliberazione di una giunta regionale (nella specie, della Regione Emilia Romagna) che con contratto di mandato aveva affidato ad un privato (la s.p.a. finanziaria Fiere di Bologna) la costruzione di un edificio pubblico (Corte conti, comm. contr. Emilia Romagna. 2.8.1991, n. 5193, in Riv. Corte conti, 1991, 6, 147)

(ii) Contratti.

Sebbene gli enti pubblici e gli istituti di diritto pubblico si determinino a stipulare negozi di ogni tipo con i privati in esecuzione di norme legislative o statutarie che impongono loro di perseguire determinate finalità nel pubblico interesse, è stata considerata lecita l'opera intermediatrice per la stipulazione di negozi di diritto privato; e valida quindi l'obbligazione, assunta da terzi, di corrispondere compensi al mediatore per l'attività svolta presso enti pubblici al fine di agevolare la conclusione di contratti (Cass. 23.9.1980, n. 5326, in Resp. civ. prev., 1981, 43).

All'ente pubblico quale presupposto della permuta di un terreno da sdemanializzare, si è riconosciuta la legittimazione a concludere una dichiarazione d'intenti o una convenzione di diritto pubblico e negata la capacità di concludere un negozio di diritto privato il cui oggetto fosse la permuta di bene demaniale (Cons. giust. amm. Sicilia, 16.7.1991, n. 240, in Cons. Stato, 1991, 645). Questo principio non vale se la disciplina applicabile all'atto avente ad oggetto il bene demaniale consenta la conclusione di atti di diritto privato: è il caso del paragrafo 290 del c.c. austriaco - vigente nei territori italiani già facenti parte dell'impero austro-ungarico sino al 1° luglio 1929, data dell'estensione, a norma del r.d. 4 novembre 1928 n. 2325, del diritto sostanziale italiano ai territori annessi - per il quale le regole di diritto privato circa il trasferimento dei beni erano applicabili anche ai beni dello Stato, salve per questi ultimi le eccezioni determinate dal diritto pubblico e dalle

leggi politiche. Nel diritto austriaco era pertanto consentita - in assenza di uno specifico divieto - la vendita a favore di privati di tratti del fondo del mare, in particolare l'acquisto dei manufatti realizzati a seguito dell'espressa autorizzazione ad effettuare la cosiddetta "colmata" (Cass. 14.2.1979, n. 968, in Giust. civ., Mass. 1979, 2).

Per l'utilizzazione di beni appartenenti al patrimonio indisponibile degli enti pubblici territoriali non si è ritenuta sufficiente un atto di natura privatistica: in ordine ai beni del patrimonio indisponibile degli enti pubblici territoriali, il rapporto, in virtù del quale vengono costituiti, per fini compatibili con la loro destinazione, diritti personali di godimento a favore di altri soggetti richiede, per essere instaurato, un atto amministrativo di concessione, onde esso non è - anche se venga successivamente regolato contrattualmente - soggetto alla mera disciplina del diritto privato (nella specie, il concessionario aveva invocato la disciplina vincolistica delle locazioni). Pertanto, il rapporto instauratosi tra l'ente pubblico e il beneficiario del bene deve ritenersi soggetto al regime del diritto pubblico ed esposto a tutte le conseguenze della caducazione (attraverso i mezzi di autotutela di diritto pubblico) dell'atto di concessione, che ne costituisce il presupposto, e le relative controversie, eccettuate quelle concernenti a canoni e corrispettivi, appartengono alla giurisdizione amministrativa, ai sensi dell'art. 5 1. 6 dicembre 1971 n. 1034 (Cass. sez. un. 11.10.1979, n. 5265, in Giust. civ., Mass. 1979, 10).

Gli accordi amichevoli tra espropriando ed espropriante aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà e l'ammontare dell'indennità sono sottratti alla ordinaria disciplina di diritto privato, e si pongono come atto integrativo e conclusivo del decreto di esproprio, presupponendo quindi la legittimità della procedura sulla base della quale sono stati conclusi (Cons. Stato, 25.11.1991, n. 969, in Riv. amm. R.I., 1991, 2247). L'accordo, qualificato come contratto di diritto pubblico, fa sì che il prezzo della cessione sia equivalente alla misura dell'indennità espropriativa; se il prezzo della cessione è stato determinato sulla base di regole successivamente di-

chiarate incostituzionali, il privato ha diritto alla differenza tra quanto percepito e il prezzo definitivo fissato con i criteri previsti dalla legge vigente anteriormente a quella dichiarata incostituzionale (Cass. 8.11.1989, n. 4695, in Giust. civ., 1990, I, 681).

Quanto al c.d. patteggiamento, che caratterizza l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta, si è detto che esso, non è ascrivibile né al negozio di diritto pubblico né al negozio di diritto privato, ma è la risultante di due volontà unilaterali convergenti; ad esso è sottostante, ma esterno, l'accordo delle parti (Cass. pen., 24.6.1991, Grossi, in Cass. pen., 1992, 715, con nota).

Solo nel campo del diritto pubblico - precisa la Suprema Corte - può trovare rigorose applicazioni il principio "delegatus delegare non potest" salve le espresse deroghe legislative; esso non opera nel campo del diritto privato, dove, non è ammessa la delega di determinate potestà o attribuzioni (ad es.: patria potestà), ma è tuttavia consentito il conferimento di singoli poteri rappresentativi nei rapporti con i terzi. Conseguentemente, l'amministratore di una società di capitali può conferire la rappresentanza per singoli atti da compiersi nei confronti dei terzi, salvi i limiti di cui all'art. 2381 e quelli previsti nell'atto costitutivo e nello statuto sociale (Cass. 23.4.1980, n. 2663, in Riv. not., 1980,1590).

(iii) Rapporti di lavoro.

La distinzione degli enti non implica automaticamente l'assoggettamento alla disciplina pubblicistica o privatistica dei rapporti di lavoro da essi istituiti con il personale; in particolare, l'origine contrattuale del rapporto di lavoro non è considerata ostativa alla qualificazione del rapporto come pubblicistico se le prestazioni sono "tipiche" del diritto pubblico e se il rapporto è assistito dalle garanzie di stabilità e di predeterminazione della retribuzione e dall'obbligo di osservanza del segreto d'ufficio (nella specie, si trattava di prestazioni specialistiche mediche effettuate da un professionista per una U.s.l.: Cons. Stato, 19.4.1991, n. 603, in Foro amm.,

1991,1133).

In ogni caso, il principio della imprescrittibilità dei diritti nascenti dal rapporto di lavoro in costanza di quest'ultimo non è applicabile ai rapporti di impiego di diritto pubblico, in quanto i rimedi giurisdizionali previsti e la stabilità tipica dell'impiego garantiscono sufficientemente l'interessato in ordine al pericolo di una risoluzione pretestuosa sempre presente, all'inverso, nei rapporti di lavoro regolati dalle norme di diritto privato (T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 3.4.1985, n. 125, in *Foro amm.*, 1985, 11).

(iv) Edilizia.

La legittimità di una costruzione eseguita in base ad una licenza edilizia rilasciata in deroga alla normativa, ma sempreché prevista dalla normativa medesima, vale non solo nei rapporti tra il privato e la pubblica Amministrazione, ma anche nei rapporti tra privati, sicché la costruzione realizzata sulla base di tale licenza legittima non può qualificarsi come illecita nell'ambito del diritto privato (cass. 21.4.1981, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1995; *Vita not.*, 1981, 1001). Non è quindi fonte di danno giuridicamente rilevante per i vicini la costruzione di un edificio sulla base di una licenza in deroga che sia legittima (Cass. 10.7.1985, n. 4108, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 1985, 7; Cass. 5.12.1988, n. 6585, *ivi*, 1988, 12). Diversa è la situazione delle distanze tra edifici previste dai piani regolatori e dai regolamenti locali: qui occorre distinguere tra norme tendenti a soddisfare interessi di ordine generale, inerenti all'igiene o all'estetica edilizia, e norme integrative delle regole civilistiche sulle distanze; solo da queste nasce, accanto al vincolo di diritto pubblico, anche il diritto del privato a pretenderne l'osservanza, con la riduzione in pristino ex art. 872 cod. civ. (Cass. 27.5.1987, n. 4737, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 1987, 3; Cass. 3.12.1991, n. 12918, *ivi*, 1991, 12).

(v) Regime tributario.

La Corte di Giustizia CEE ha stabilito che l'art. 4 n. 5 della sesta direttiva CEE dispone che gli enti diritto pubblico, che agiscono secondo il loro specifico regime giuridico, sono sottoposti alla normativa Iva, se le attività svolte sono esplicabili in concorrenza da privati, in regime di diritto privato o in base a concessione amministrativa (sent. del 17.10.1989, n. 129, in Foro amm., 1991, 986).

Le "entrate patrimoniali" dello Stato e degli enti pubblici sono considerate in senso ampio, tale da ricomprendere non solo le entrate tributarie derivanti dalla riscossione dei tributi, ma anche le entrate di diritto privato costituite da crediti certi, liquidi ed esigibili, comprendenti i proventi del demanio pubblico e dei pubblici servizi (Cass. civ. 2.8.1995, n. 8462, in Giust. civ. Mass., 1995, 1469)

(vi) Poteri e procedimenti degli enti pubblici.

Allo Stato e agli enti pubblici si riserva il potere di avvalersi dello speciale procedimento ingiunzionale relativo alle entrate patrimoniali dello Stato, che si estende anche alle indennità e ai servizi resi su richiesta dello spedizioniere doganale senza che sia necessaria la preventiva escussione del proprietario delle merci (Cass. civ. 2.8.1995, n. 8462, cit.); tale potere, per contro, non si estende alle pretese inerenti al risarcimento dei danni derivanti da fatto illecito, in quanto il credito relativo non è certo, liquido ed esigibile, con la conseguenza che sia la causa giuridica, sia la prova della sussistenza e dell'ammontare del credito stesso restano a carico della pubblica Amministrazione e devono essere apprezzate dall'A.G.O. (Cass. 10.6.1994, n. 5658, in Giust. civ., Mass., 1994, 6); così pure per il recupero delle spese effettuate dal Comune per la riparazione e il rifacimento dei tetti e delle pluviali di un cimitero (Cass. 22.12.1992, n. 13587, in Giust. civ., 1992, 12)

(vii) Competenze miste.

Gli ordini professionali tutelano l'interesse collettivo della rispettiva catego-

ria professionale nei confronti degli iscritti all'albo: l'ordine è considerato al tempo stesso ente di diritto pubblico e sindacato di categoria, avente natura privata; quando l'ordine agisce in questa seconda veste, i suoi comportamenti sono svincolati dagli obblighi che caratterizzano l'ente pubblico; pertanto, in caso di designazione di un professionista come componente di un ente o di una commissione, il potere di designazione spetta all'ordine o al collegio (T.A.R. Piemonte, 27.9.1994, n. 426, in Guida al diritto, 1995, 83 con nota di Forlenza).

La distinzione della veste con cui l'ente - che abbia competenze miste - agisce con i privati riguarda anche l'esercizio di potestà amministrative: così, alla sezione provinciale della Federazione italiana della caccia, che agisca non già come sezione periferica, ma come organo gestore delle riserve comunali e consorziali di caccia, si è riconosciuta natura di soggetto di diritto pubblico perché esercita potestà amministrative attribuitele dall'Amministrazione provinciale (T.A.R. Veneto, 29.4.1986, n. 195, in Foro amm., 1996, 2497).

(viii) Controlli.

Agli enti strumentali regionali che operano in economia ma non svolgono attività d'impresa si applicano i principi di buon andamento e di imparzialità ex art. 97 Cost. a cui soggiace la pubblica Amministrazione, indipendentemente dal fatto che essa agisca nelle forme del diritto pubblico o in quelle di diritto privato; con la conseguenza che gli amministratori di tali enti sono considerati pubblici ufficiali (nella specie, si trattava dell'ente autonomo Fiera di Parma: Cass. pen., 10.6.1993, Franceschi e altro, in Mass. pen. Cass., 1994, 3, 30).

L'abuso d'ufficio è configurabile anche in relazione ad attività soggette al diritto privato, che sfuggono alla classificazione per tipi degli atti amministrativi, perché il pubblico ufficiale persegue anche in questo caso finalità pubbliche che possono essere realizzate più agevolmente mediante gli strumenti propri del diritto privato (nella specie, si trattava del conferimento dell'incarico di lettore mediante

contratto di diritto privato, a cui faceva difetto una adeguata motivazione dell'ente pubblico universitario: Cass. pen., 7.5.1991, Petrone, in Giust. pen., 1991, II, 728).

(ix) Soggetti.

Si è precisato che la l. 26 aprile 1990, n. 86 (art. 17 e 18), sostituendo gli art. 357 e 358 c.p., non ha introdotto sostanziali cambiamenti in relazione alle qualifiche soggettive di "pubblico ufficiale" e "incaricato di pubblico servizio", ma ha soltanto stabilito i requisiti (contenuti "in nuce" nelle precedenti, tautologiche, definizioni di cui agli art. 357 e 358 c.p.) necessari ad integrare, secondo la concezione funzionale oggettiva, le menzionate qualifiche soggettive, in maniera da fornire concrete indicazioni che consentono di rilevare, in primo luogo, la natura pubblica o privata di una determinata attività, e quindi, nell'ambito di attività sicuramente pubblica, di distinguere tra la figura del pubblico ufficiale e quella dell'incaricato di pubblico servizio. Sulla base di questa premessa la norma del cpv. dell'art. 357 c.p. è stata perciò interpretata nel senso che ad integrare la qualifica soggettiva di pubblico ufficiale è sufficiente l'esistenza in capo al soggetto di poteri autoritativi oppure, in alternativa o anche congiuntamente, di poteri certificativi, e non nel senso della necessaria presenza, anche solo in astratto, di poteri congiuntamente autoritativi e certificativi. Nel concetto di "poteri autoritativi" rientrano non soltanto i "poteri coercitivi" (di arresto, di perquisizione etc.), ma tutte quelle attività che sono atti di volontà di pubblica amministrazione con esplicazione di un potere pubblico discrezionale (ad es. le autorizzazioni amministrative) nei confronti di un soggetto che così viene a trovarsi su un piano non paritetico, non "di diritto privato", rispetto all'autorità che tale potere esercita. Applicando questi principi, la Corte ha ritenuto che anche secondo la normativa introdotta con la l. 26 aprile 1990 n. 86, il medico convenzionato con i soppressi enti previdenziali deve essere considerato pubblico ufficiale, svolgendo un'attività amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico ed atti autoritativi ed esercitando poteri autoritativi e/o di certificazione. Conseguente-

mente, nell'ipotesi di falsità commesse nell'esercizio delle sue funzioni, il medico risponde dei reati previsti dagli artt. 476, 477, 478, 478, 480 c.p. e non di quelli previsti dagli artt. 481 o 485 c.p. (Cass. pen. 6.6.1991, Toso in Cass. pen. 1992, 69).

(x) Trasformazione di un ente pubblico in ente privato.

A seguito della sentenza del 7.4.1988 n. 396 della Corte costituzionale, le istituzioni di assistenza e di beneficenza regionali e infraregionali non possono più essere considerate enti pubblici tout court, ma debbono ricevere tale qualificazione o mediante riconoscimento in sede amministrativa o mediante accertamento giudiziale, e ciò sulla base degli "ordinari e sostanziali criteri di indagine" (Cass. sez. un., 14.2.1995, n. 1569, in Giust. civ. Mass, 1995, 337).

A seguito della applicazione dell'art. 115 del d.p.r. 24.7.1977, n. 616, gli enti pubblici che sono stati privati della personalità giuridica di diritto pubblico ed hanno assunto la personalità giuridica di diritto privato hanno conservato tipologia e caratteri della loro originaria attività istituzionale; si è resa quindi necessaria una disciplina statutale organica del settore, ivi compresi i controlli sulla gestione e sulla efficienza dell'attività svolta (Corte conti, 3.5.1994, n. 19, in Cons. Stato, 1994, II, 1538).

Natura e contenuto dei poteri affidati alle persone fisiche che rappresentano l'ente o ne sono emanazione, in quanto dipendenti, di un ente pubblico trasformato in ente privato sono anch'esse effetto della distinzione. Ad es., a seguito della qualificazione dell'Ente nazionale per la protezione degli animali (E.N.P.A.), i suoi agenti sono considerati guardie giurate volontarie che conservano poteri di vigilanza e di accertamento ma sono ormai prive del potere di procedere al sequestro penale riservato agli agenti e agli ufficiali di polizia giudiziaria (Cass. pen., 27.2.1995, Zappalà, in Cass. pen., 1996, 1952);

Non sono considerati dipendenti pubblici regionali i dipendenti degli enti le cui funzioni siano trasferite o delegate alle Regioni (Cons. Stato. 9.9.1992, n. 624, in Riv. amm. R.I., 1992, 1550).

Tuttavia, se il rapporto di lavoro si è costituito anteriormente alla trasformazione dell'ente da pubblico in privato, il rapporto che sia cessato prima della trasformazione continua ad essere retto dalla disciplina pubblicistica (Cass. sez. un., 5.9.1986, n. 5427, in Giust. civ., Mass., 1986, 8-9).

Agli enti a struttura associativa, conservati con personalità giuridica di diritto privato, si applicano le regole di diritto privato in ordine alle liberalità, e ciò anche a seguito del trasferimento alle Regioni dei beni degli enti che hanno perso la personalità di diritto privato (nella specie, si trattava dell'Unione it. ciechi: Cons. Stato, 26.10.1993, n. 935, in Cons. Stato, 1993, I, 1230). Inoltre, per gli enti di tal natura che abbiano conservato la propria denominazione originaria e limitino la loro attività alla realizzazione di compiti di natura privatistica, si è sancita la permanenza in vita dei rapporti di diritto privato pregressi, come i rapporti locatizi (nella specie, si trattava dell'Ente nazionale sordomuti: Cass. 16.11.1987, n. 8379, in Giust. civ. Mass., 1987, 11).

Quanto agli enti pubblici a struttura associativa le cui attribuzioni assistenziali siano state trasferite ai comuni e alle comunità montane, ma continuino a sussistere come enti di diritto privato, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato aveva già statuito che tali enti conservano in linea di principio tutti i loro beni in quanto suscettibili di diretta utilizzazione per i fini associativi, o comunque produttivi di reddito, fatta eccezione per quelli specificamente e attualmente destinati ai fini assistenziali trasferiti alle Regioni con il d.p.r. n. 616 del 1977 (sent. del 12.11.1986, n. 13, in Giur. it., 1987, III, 1, 236).

(xi) Legge applicabile.

La natura del rapporto posto in essere dalle parti rileva ai fini della legge ad esso applicabile, sicché, ai sensi dell'abr. art. 25 c. 1 delle preleggi, non si è ritenuto applicabile il criterio di collegamento ivi previsto ai fini dell'identificazione della legge regolatrice del rapporto di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, questo

costituendo (secondo la legge italiana) un istituto di diritto pubblico, caratterizzato dall'obbligatorietà del rapporto assicurativo sociale, che è distinto dal rapporto di lavoro, il quale costituisce soltanto l'occasione per la nascita "ope legis" (come effetto automatico dell'assunzione del lavoratore) del rapporto assicurativo stesso (Cass. lav. 8.10.1985, n. 4882, in Giur. it., 1986, I, 1, 547).

(xii) Giurisdizione.

La natura pubblicistica dell'ente rileva ovviamente anche ai fini della applicazione delle regole inerenti la giurisdizione. E' ammessa la compromettibilità in arbitri di tutte le questioni patrimoniali suscettibili di transazione e non devolute alla cognizione di speciali giurisdizioni amministrative. Tuttavia, presupposto per il ricorso alla procedura arbitrale è l'esistenza di un'autonomia negoziale; se ne è derivata l'illegittimità e l'esclusione della procedura arbitrale per le controversie originate non da rapporti contrattuali, riconducibili alla sfera del diritto privato, ma da fonte autorizzativa eteronoma - nella specie da normativa secondaria che disciplina i rapporti finanziari e patrimoniali per il subentro da parte di un ente pubblico ad un altro - che attiene alla sfera del diritto privato e pertanto postula l'inesistenza di autonomia precettiva delle parti in ordine al contenuto dei rapporti stessi (Corte Conti, 24.6.1986, n. 1871, in Riv. Corte conti, 1987,523).

Per i danni arrecati ad un ente già privato, poi eretto in ente pubblico, e successivamente trasformato in ente di diritto privato, se ne è esclusa la giurisdizione della Corte dei conti in quanto, essendo l'ente privato succeduto a titolo universale nel patrimonio dell'estinto ente di diritto pubblico, viene meno l'interesse ad agire da parte del procuratore generale (Corte conti, 7.1.1994, n. 5, in Riv. Corte conti, 1994, 1, 45).

Al giudice ordinario spetta di conoscere la controversia tra un socio e un ente di diritto privato, ancorché questo ente sia federato ad un ente pubblico (nella specie di trattava dell'Aeroclub di Milano, ente di diritto privato, affiliato all'Aeroclub

d'Italia, ente di diritto pubblico: Cass. sez. un., 22.4.1994, n. 3817, in Dir. mar., 1995, 718 con nota di Golda).

(xiii) Azioni.

La commissione di un reato per adempiere ad un dovere o ad un ordine legittimo non è punibile soltanto se il comportamento nasce da un rapporto di subordinazione previsto dal diritto pubblico; l'esimente non opera per i rapporti di diritto privato (Cass. pen., 26.6.1990, in Giust. pen., 1991, II, 645). Il principio si è applicato anche al rapporto intercorrente tra una associazione sportiva e i suoi dipendenti (Cass. pen., 28.5.1984, Guerrieri, in Cass. pen., 1986, 48).

Allo stesso modo, si è ritenuto inammissibile il ricorso per ottemperanza rivolto contro un ente che al momento dell'introduzione del ricorso abbia perduto la personalità di diritto pubblico acquistando la natura di ente morale di diritto privato (Cons. Stato, 27.1.1981, n. 64, in Foro amm., 1981, I, 37).

L'azione di ripetizione dell'indebito ex art. 2033 cod. civ. è applicabile anche al di fuori della sfera del diritto privato e quindi nell'ambito dei rapporti di diritto pubblico (Cons. Stato, Ad. plen., 12.12.1992, n. 20, in Foro amm., 2493).

Ancorché sia esclusa la pignorabilità dei crediti provenienti da rapporti di diritto pubblico, si è ritenuta la pignorabilità delle somme di danaro che una pubblica Amministrazione abbia riscosso a qualsiasi titolo (di diritto pubblico o di diritto privato). Infatti, per un verso non basta ad escludere la pignorabilità la loro iscrizione nel bilancio preventivo, in quanto tale atto non è sufficiente a costituire quel vincolo di destinazione che farebbe rientrare le dette somme nel patrimonio disponibile dell'ente pubblico; mentre, per altro verso, non si pone un problema di "straripamento" della funzione giurisdizionale nella sfera dell'amministrazione, perché le procedure di erogazione del danaro da parte dell'ente pubblico riguardano soltanto i pagamenti spontanei di questo e non i pagamenti "forzati" ottenuti secondo le modalità dell'espropriazione (Cass. sez. un., 18.12.1987, n. 9407, in Giust. civ., 1988,

I, 2053 con nota).

(xiv) Prime conclusioni.

La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato ha dunque ancora largo seguito in giurisprudenza ed esplica effetti concreti; essa è collegata, come si è potuto riscontrare per aspetti e fattispecie, alla natura del soggetto agente, piuttosto che non alle finalità perseguite.

Ma la giurisprudenza - difficile dire se formatasi ad opera di giudici con diversa cultura o se frutto dell'osmosi o della convivenza di idee tradizionali e di idee nuove - rivela anche un approccio più moderno a questo tema, rimodellando la distinzione-contrapposizione in quella di diritto speciale/diritto comune.

Si riscontra spesso l'uso dell'espressione "diritto comune" come sinonimo di diritto privato, sia con riguardo ai rapporti di lavoro, sia con riguardo alle società in mano pubblica, qualificate come soggetti di diritto privato destinati ad operare secondo il diritto comune (Pret. Torino, 12.12.1978, in Giur. comm. 1980, II, 248) sia con riguardo ai fatti inerenti alle vicissitudini dei diritti reali (Cass., 7.7.1979, 3902).

In questo senso, il diritto speciale riguarda non solo i soggetti pubblici, ma anche i soggetti privati che sono assoggettati ad un regime particolare, derogatorio del diritto comune; il diritto comune costituisce il tessuto connettivo che colma tutti gli spazi non occupati dal diritto speciale. Questa diversa prospettiva fa giustizia dei privilegi ancora riconosciuti alla pubblica Amministrazione, e agevola l'adeguamento del nostro diritto all'ordinamento comunitario.

I confini del diritto privato oggi si possono tracciare - proprio perché "mobili" - in via provvisoria e settoriale: provvisoria, perché sono in atto i processi di privatizzazione; settoriale, perché i confini (posto che ancora si possa parlare di confini) variano a seconda del settore considerato.

A questo proposito qualche ulteriore considerazione si può aggiungere a quelle già esposte. La categoria "diritto pubblico" intesa come diritto dei soggetti

pubblici, cioè dello Stato, degli enti locali, degli enti pubblici, deve essere integrata dalla presenza e dall'attività delle autorità amministrative indipendenti.

Ove intesa come complesso delle disposizioni autoritative, deve essere integrata dalle disposizioni dirette alla regolamentazione del mercato (c.d. market regulation), con il presidio di autorità di vigilanza, di controllo, e di moral suasion.

Ove intesa come complesso delle disposizioni che hanno la finalità di allocare le risorse, in modo alternativo alla allocazione privata, deve essere integrata dai provvedimenti diretti al trasferimento dei compiti, anteriormente affidati allo "Stato sociale", ai soggetti privati, esponenti degli interessi incisi.

Ove intesa come complesso delle disposizioni che hanno la finalità di tutelare interessi superindividuali, deve essere integrata dalle norme che affidano anche a privati il compito di perseguire interessi pubblici.

Si consideri poi che la distinzione tra enti pubblici ed enti privati non è rilevante sul piano concorrenziale, interno e comunitario, nel senso che non sono giustificati privilegi a favore dei primi e a danno dei secondi. Anche sul piano comunitario gli interessi compongono una categoria unitaria, non potendosi distinguere in diritti soggettivi e interessi legittimi,, tra attività svolte da enti pubblici e attività svolte da enti privati (v. le sentenze della Corte di Giustizia del 23.4.1991, causa C-41/90, Klaus Hofner e Fritz Elser c. Macroton Gmhb; 13.12.1991, causa C-18/88, Régie des Télégraphes et des Téléphones c. GB-INNO-BM SA).. Ciò anche se si può mantenere la distinzione delle due branche del diritto in ambito comunitario.

11. Nel repertorio di fine secolo (per mutuare un'espressione impiegata da Stefano Rodotà per intitolare un volume recente) occorre mantenere dunque ancora questo problema.

La ridefinizione dei confini del diritto privato - una sorta di tela di Penelope che i civilisti compongono e scompongono di momento in momento - tiene conto, oggi, di alcuni fenomeni che hanno impresso un ritmo accelerato nell'evoluzione

delle forme giuridiche. Mi riferisco, tra l'altro, alle c.d. privatizzazioni, alle tecnologie biologiche, ai codici deontologici, alle tecnologie informatiche, alle alternative dispute resolutions.

(i) Il diritto privato come complesso di forme giuridiche uniformi.

Il fenomeno delle privatizzazioni è stato indagato sia sotto il profilo economico, sia sotto il profilo istituzionale e giuridico. Le due prospettive si intersecano in modo inscindibile, perché gli economisti non possono prescindere dalle forme giuridiche, dalle tecniche e dagli strumenti utilizzati per la realizzazione delle privatizzazioni, e i giuristi debbono tener conto dell'incidenza economica delle misure introdotte per via legislativa e regolamentare.

Le ragioni e quindi l'esigenza di ricorrere alle privatizzazioni sono molteplici, e da tutti condivise. L'intervento dello Stato nell'economia non nella prospettiva delle limitazioni all'iniziativa economica ma sotto forma di conduzione di imprese e quindi di svolgimento di attività economiche in concorrenza con le imprese private ha dato buoni frutti nel periodo anteriore alla seconda guerra mondiale, quando era necessario salvare interi settori economici dagli effetti della "Grande depressione"; nel primo dopoguerra, ha dato buoni frutti, perché occorreva provvedere alla ricostruzione industriale, gravemente danneggiata dagli eventi bellici. Successivamente, il mantenimento di un apparato statale destinato allo svolgimento diretto di attività d'impresa si è rivelato nocivo per diverse ragioni: (a) le imprese in mano pubblica hanno prodotto distorsioni del mercato, in quanto non concorrenziali; lo Stato è intervenuto a ripianare i bilanci, ponendo quindi le imprese pubbliche in una situazione agevolata, rispetto alle imprese private, che debbono raggiungere la parità di bilancio e realizzare utili secondo le regole e le tecniche proprie del mercato privato (attraverso la penetrazione dei mercati, le innovazioni tecnologiche, la qualità dei prodotti e dei servizi, l'efficienza della gestione) ; in più, le imprese in mano pubblica hanno agevolato la creazione e la conservazione di monopoli, in partico-

lare nei settori attinenti alla produzione di servizi di pubblica utilità (energia elettrica, telecomunicazioni, trasporti); (b) le imprese in mano pubblica sono state fonte di sprechi e di speculazioni sbagliate; (c) le imprese in mano pubblica sono state alla mercé dei partiti politici, sia sotto il profilo delle decisioni relative alle nomine e alle assunzioni del personale, sia sotto il profilo delle iniziative da perseguire; in altri termini, sono state uno dei tramiti tra politica ed economia, e uno degli strumenti di distribuzione del potere nella nostra società; (d) le imprese in mano pubblica, là dove erette in forma di "istituti", piuttosto che non in forme di diritto privato (ad es., nella forma della s.p.a.) hanno mantenuto struttura, mentalità, modi comportamentali tipici degli apparati burocratici, elefantiaci, lenti, macchinosi, non trasparenti; (e) le imprese in mano pubblica, in quanto non concorrenziali e assistite dagli interventi statuali appaiono eccentriche rispetto alla disciplina comunitaria dei mercati e in contrasto con la disciplina comunitaria degli "aiuti di Stato"; (f) le imprese in mano pubblica hanno allontanato, piuttosto che non attirato, gli investimenti di capitali stranieri in Italia.

Di qui l'esigenza di modificare l'assetto dei mercati e quindi il rapporto tra Stato ed economia, che ha portato alla "degenerazione del mercato" (a cui si è coniugata la degenerazione dello Stato e la degenerazione della politica). Una via per modificare e migliorare la situazione si è individuata (in Italia e all'estero, in particolare in Francia e in Gran Bretagna) attraverso le "privatizzazioni", di cui si è detto nel precedente paragrafo.

Altro importante fine che si vuol raggiungere attraverso le privatizzazioni è la dismissione delle partecipazioni in mano pubblica per l'acquisizione di risorse finanziarie destinate alla riduzione del debito pubblico (Per un quadro complessivo di questi temi v. Costi, *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 76; Libonati, *La faticosa "accelerazione" delle privatizzazioni*, ivi, p. 20; Bonelli, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996).

(ii) Il diritto privato come fonte di autoregolamentazione dei rapporti fondati sui valori etici e di precetti deontologici.

(a) La bioetica.

Il "rilancio" del diritto privato, nella fase attuale, passa anche attraverso la composizione tra esigenze di controllo dell'attività dei privati e di libera esplicazione delle scelte individuali inerenti la sfera intima della persona, riguardante i fenomeni che si riconducono alla categoria della "bioetica". E, sempre all'interno dello svolgimento delle attività private, attraverso il riconoscimento e l'utilità delle tecniche di autoregolamentazione affidate ai "codici" deontologici.

Secondo i vecchi canoni di distribuzione delle competenze, al giurista positivo spetterebbe di tradurre in regole giuridiche con carattere di generalità, astrattezza, coercibilità le direttive impartitegli da politici, economisti, sociologi, filosofi, etc. Da molto tempo, tuttavia, gli studiosi di scienze sociali, a cui a buon titolo si possono ascrivere anche i giuristi che studiano e praticano il diritto positivo, sono concordi nel ritenere che il giurista non è mero traduttore, né mero spettatore, ma partecipa nella identificazione dei valori, nella loro catalogazione gerarchica, nella assunzione delle decisioni. A differenza però degli altri studiosi di scienze sociali, il giurista sa che - tradotta nel mondo del diritto - la problematica dei valori acquista una nuova dimensione: non è più soltanto terreno fecondo di dibattito, di scambio, di critica, nel processo indefinito di ricerca della o delle verità, ma diviene fondamento della fissazione di regole (giuridiche) che sono vincolanti per tutti i membri dell'aggregato sociale che quelle regole si è dato. Il giurista quindi non può né astrarsi né distrarsi dal dibattito sui valori. Questa semplice considerazione è condivisa da tutti i giuristi: da coloro che appartengono all'indirizzo giusnaturalistico, che erige a propria bandiera il complesso di valori pregiuridici sui quali predica si debba fondare l'ordinamento giuridico; da coloro che appartengono all'indirizzo giusformalista, che ignora i valori pregiuridici, ma sa che i valori giuridici sono intrisi di scelte etiche, economiche e sociali; da coloro che appartengono all'indi-

rizzo giusrealista, secondo il quale l'interpretazione e l'applicazione della legge procede secondo logiche individualiste/soggettiviste, richiamando l'interprete sedicenti valori, attribuendo tali valori alla collettività di cui si erige a garante ed interprete, etc.

I giuristi, quindi, non possono ignorare il dibattito che si sta svolgendo in tema di *bioetica*: il loro concorso è così determinante che si deve proprio ad un giurista, Stefano Rodotà, il merito di averlo importato e introdotto nel dibattito politico e giuridico, e ad altri giuristi si è affidato il compito di tradurre in regole le scelte fondamentali che costituiranno la base per i progetti legislativi in materia (Francesco D'Agostino, presidente del Comitato nazionale di bioetica; Francesco Donato Busnelli, presidente della Commissione di studio per la bioetica istituita dal Min. Grazia e Giustizia).

Ora, il giurista, pur non potendosi spogliare del proprio mondo di valori, della propria gerarchia di valori, del proprio modo di pensare - che si riflette sulla definizione del testo normativo, quando è chiamato a redigerlo, oppure nella sua interpretazione, quando è chiamato a darvi significato e ad applicarlo alle fattispecie concrete - assolve un compito più arduo di quanto non sia quello assolto dai filosofi, dagli studiosi di etica, etc. Questi creeranno il consenso, indirizzeranno le coscienze, stimoleranno la critica e il dibattito: il giurista propone regole, applica regole, quindi si deve far carico non di un solo settore dell'aggregato sociale, non di una sola frangia, e nemmeno della sola maggioranza, perché le regole riguardano tutti i membri dell'aggregato sociale, sia quelli che condividono i valori della maggioranza, sia quelli che non li condividono. Il giurista, quindi, deve: identificare i valori della collettività; ricondurli alla legge fondamentale (la Costituzione); redigere regole che valgano per tutti; contemperare i valori della maggioranza con quelli della minoranza e con quelli individuali.

I principi proposti (nel c.d. manifesto di bioetica laica a cura di Flamigni, Massarenti, Mori, Petroni) rispondono a queste elementari premesse. Essi concer-

nono:

(a) l'autonomia; le scelte inerenti la salute e la vita sono affidate esclusivamente all'individuo; il principio è in linea con l'attuale interpretazione dell'art. 32 Cost.; l'unica eccezione consentita è l'intervento dell'autorità (giudiziaria, non un qualsiasi comitato di etica ospedaliera) per salvare la persona quando questa sia un minore, anche contro la sua volontà e quella dei suoi genitori;

(b) il rispetto delle convinzioni religiose (artt. 8, 19 Cost.); il maggiorenne che non voglia assoggettarsi a trattamenti sanitari (e non sia contagioso, cioè pericoloso per altri), non può esservi costretto (è il caso dei testimoni di Geova che hanno diritto di rifiutare la trasfusione anche in caso di pericolo di vita) ; né può essere costretto a condividere i valori religiosi altrui, anche se maggioritari, nell'essere privato di autodeterminazione; la donna osservante può decidere di non abortire; è contrario alle regole democratiche impedire alla donna che decide di abortire di effettuare questa scelta perché la maggioranza la ritiene in contrasto con regole religiose o etiche non universali;

(c) il rispetto della qualità della vita; è la problematica dell'accanimento terapeutico e della eutanasia "dolce", che rifluisce nel punto precedente;

Ma aggiungerei altri principi a quelli elencati da Flamigni, Massarenti, Mori e Petroni. In primis, il giurista deve esser cauto con le finzioni (c.d. finzioni giuridiche, con cui si tratta una fattispecie " come se" fosse identica ad un'altra). Ora, un conto è la persona già vivente in tutta la sua compiutezza, altro conto è l'ovulo fecondato. E' una finzione - e dobbiamo esserne consapevoli - attribuire valori alla "natura"; così come è una finzione porre sullo stesso piano l'embrione e la persona vivente e compiuta. Poi: occorre soppesare i diversi interessi; un conto è la soppressione di embrioni in eccedenza, altro conto utilizzarli per salvare la vita di un essere umano compiuto. In ogni caso, che l'embrione sia un individuo umano a pieno titolo è pura finzione, che non tutti sono disposti ad accettare. E poiché un conto è la sfera dell'etica, altro conto la sfera del diritto (anche se sono sfere intersecantisi, ma non

concentriche), questa finzione non è accettabile per le ragioni sopra indicate: non vi è autorità (etica, religiosa, morale, etc.) che possa imporre questa regola, ma solo il Parlamento; non sono gli appartenenti alla maggioranza (ove la maggioranza condividesse questa finzione) che possono imporla alla minoranza che non la condivide; non si può ignorare che l'ovulo appartiene ad una persona vivente (la madre) e che è stato fecondato con il seme di altra persona vivente (il padre/donatore).

Gli scienziati e i medici (autonomia a titolo individuale o aggregati in comitati, associazioni, ordini distrettuali o nazionali) non possono esser liberi di manipolare embrioni, così come non possono esser liberi di impedire i procedimenti di procreazione assistita: non possono, in altri termini, far prevalere le loro soggettive convinzioni (etiche, religiose, o indifferenti a tutti i valori) su quelle che il Parlamento vorrà esprimere come appartenenti all'intera collettività.

Il giurista deve rifuggire dalle suggestioni dello Stato etico, dello Stato totalitario, dello Stato confessionale, per essere un giurista pluralista, democratico, e rispettoso (non "tollerante") delle idee e dei valori altrui.

(b) La deontologia.

La formazione negoziale del diritto (privato) è divenuta fattore unificante delle regole che le aggregazioni si danno parallelamente a quelle stabilite dal diritto pubblico.

Autonomia privata, codici deontologici, accesso alla giustizia sono fenomeni al tempo stesso economici, sociali normativi tra loro collegati.

Questi fenomeni presentano un minimo comune denominatore: la formazione negoziale del diritto. Si ritrovano infatti elementi negoziali sia alla base dei codici deontologici, in quanto tali codici possono essere predisposti e approvati da gruppi, associazioni, categorie professionali, oppure predisposti da terzi e adottati dagli interessati, sia alla base delle formule di risoluzione stragiudiziale delle controversie, quali la clausola compromissoria o il compromesso arbitrale, l'assogget-

tamento ad una procedura di conciliazione o di arbitrato, e così via.

La formazione negoziale del diritto è un «connotato essenziale della stessa positività dell'ordinamento giuridico» (Lipari, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 1, p. 307) in quanto è lo stesso ordinamento che consente la creazione di norme giuridiche al di fuori delle fonti istituzionali: si tratta infatti della creazione di regole e della istituzione di diritti soggettivi che non proviene dall'alto, cioè dalla imposizione con legge o con provvedimento amministrativo avente natura di normazione sub-primaria (*lex posita*, deliberazioni delle agenzie amministrative indipendenti) ma proviene dal basso, cioè dalle formule organizzatorie della società civile (Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1993).

In tal modo si dà avvio ad un processo di autoriferimento tra «regola e decisione, tra legge e caso, tra forma e soggetto, tra valore e interesse» (Resta, *La ragione decisa*, in *Soc. dir.*, 2-3, p. 105 e Lipari, *op. cit.*, p. 308).

Individuato il «*common core*» dei fenomeni in esame, la loro origine e la loro legittimazione nell'ambito delle fonti, si è posto il problema dei limiti dell'autonormazione e delle garanzie che debbono essere mantenute in capo ai privati: non solo ai privati che dettano regole, ma a quelli che vi si assoggettano; la creazione negoziale, infatti, non può essere considerata in astratto, prescindendo dalla qualità dei soggetti da essa coinvolti e dalle circostanze in cui essa è posta in essere. Se la creazione negoziale dà vita ad un sistema aperto, e si pone in un rapporto relazionale con l'ambiente (Lipari, *op. cit.*, p. 314), e se si può considerare sempre attuale la concezione pluralistica degli ordinamenti giuridici, in ogni caso le regole auto poetiche debbono uniformarsi ad una tavola di valori che non si può porre in contrasto con quella che sta alla base dell'ordinamento. Per dirlo con altre parole, la creazione negoziale non può farsi strumento di prevaricazione del più forte sul più debole, né strumento di contrasto con l'ordinamento, né strumento di elusione delle regole dell'ordinamento. Di qui il richiamo al valore della solidarietà, che si affianca a quello della libertà. L'autonomia privata non può sconfinare nell'arbitrio e nella

sopraffazione. Essa deve consistere in un agire «positivo». E comunque non può sottrarsi a limiti e controlli.

Quanto alle regole deontologiche vengono in emersione alcuni fondamentali problemi: la loro natura, la loro formulazione, il loro ambito, le loro finalità, il loro contenuto, il loro ruolo, che emergono dai testi utilizzati (v. il *Commentario al codice civile Leggi complementari*, a cura di Alpa e Zatti, Padova, 1995, sez. II).

La natura delle regole deontologiche è negoziale, ed esse si pongono o come regolamenti interni di associazioni, deliberati dagli associati, o come regolamenti predisposti da fonti esterne a cui volontariamente i singoli individui o gli enti si assoggettano, o come regolamenti negoziati tra esponenti delle categorie interessate, titolari di interessi conflittuali.

La loro formulazione si esprime attraverso prescrizioni comporta mentali di volta in volta qualificate come obblighi, impegni, raccomandazioni, doveri; le regole spesso sono formulate alla stregua delle regole di diritto, e quindi identificano una fattispecie, di carattere generale e astratto, e spesso contengono clausole generali, quali la correttezza, la professionalità, la probità, che rinviano a valori condivisi dalla coscienza sociale e in parti colare dagli appartenenti alla categoria; l'introduzione di clausole generali consente a coloro che sono investiti del potere di applicare le regole e di irrogare le sanzioni di adattare le regole alle varie, innumerevoli circostanze che si possono porre nella vita professionale, e che non potrebbero essere tutte previste e tutte organizzate in fattispecie disciplinate; diviene quindi importante conoscere la «giurisprudenza» deontologica per prevedere i comportamenti conformi ad essa e quelli da essa difformi.

Il loro ambito può essere interno (diretto cioè a regolare la vita in terna del gruppo) o esterno (diretto cioè a regolare i rapporti tra il membro del gruppo e i soggetti esterni), o riguardare entrambi i settori.

Le loro finalità sono varie, ma precipuamente riguardano l'accreditamento all'esterno della professionalità e correttezza degli aderenti, la disciplina interna, la

dissuasione di comportamenti esterni scorretti, la tutela dei terzi con cui aderenti vengano a contatto.

Il loro contenuto concerne di volta in volta il conflitto d'interessi con il terzo, normalmente il «cliente», gli onorari e le spese, i rapporti tra concorrenti, l'indipendenza e la dignità dell'attività svolta, il segreto professionale, le condizioni contrattuali, i procedimenti disciplinari, etc..

Il loro ruolo può essere anticipatore dell'intervento legislativo, quando si tratti, ad es., di una nuova categoria professionale (come è accaduto per i c.d. consulenti finanziari, poi organizzati da un albo di introduzione legislativa con la dizione di promotori finanziari); oppure può essere di retto a sostituire l'intervento legislativo (come è, accaduto per il codice di auto-disciplina pubblicitaria, rimasto in vita anche dopo l'introduzione dell'Autorità *anti-trust*, o per l'*Ombudsman* bancario); oppure può essere di retto a specificare le regole comportamentali prescritte dalla legge (si pensi al codice di deontologia medica, ove si considerano ipotesi ignorate dalla legge ordinaria, quali i rapporti del medico con i congiunti del paziente; e al codice di autodisciplina pubblicitaria, ove si dettano regole sulla pubblicità comparativa, ammessa con qualche limitazione; al codice deontologico del le S.I.M., introdotto a seguito della riforma di cui alla l. n. 1 del 1991); oppure può essere diretto a precisare regole morali che non confliggono con le regole legislative, ma si affiancano ad esse.

(iii) Il diritto privato come complesso di regole e di garanzie dell'individuo nella società dell'informazione e delle tecnologie telematiche.

Uno dei caratteri fondamentali della società moderna è dato dalla centralità dell'informazione, accompagnata dalla diffusione delle tecnologie informatiche. La pervasività dei mass media e lo sviluppo delle comunicazioni a distanza hanno prodotto effetti altamente positivi in termini di elevazione culturale e di partecipazione alla vita sociale; allo stesso modo la raccolta, l'elaborazione e la comunicazione di

dati effettuata in via manuale o mediante il computer hanno comportato la semplificazione delle operazioni, ma anche un salto di qualità nelle possibilità di connessione delle informazioni. Oggi la persona, nella società dell'informazione, è data dalle informazioni che la dipingono, dai dati che le si riferiscono.

Accanto agli aspetti positivi, si registrano effetti preoccupanti e pericolosi. Con intuizione geniale, George Orwell, ormai molti anni fa, aveva previsto il profilarsi di un mondo intrusivo, una "casa di vetro" in cui ciascuno poteva essere spiato, perseguitato, discriminato. Stefano Rodotà, all'inizio degli anni Settanta, aveva sottolineato l'incremento del controllo sociale sui comportamenti dell'individuo, e, di recente, ha indagato l'evoluzione dei rapporti politici, e la nuova collocazione dell'individuo nell'aggregato sociale mediante la costituzione di una vera e propria "tecnopolitica". I dati raccolti sul conto delle persone non sempre sono corretti, completi, pertinenti; non sempre sono raccolti o comunicati lecitamente; la persona è frazionata (o vivisezionata) mediante la selezione dei dati, sui quali ha perso il controllo. Il diffondersi della informazione rivolta a mercificare i sentimenti degli individui, a sfruttare le notizie concernenti la loro vita privata, a distorcere la loro immagine, anche ideale, a connettere e selezionare i dati personali finisce per rappresentare un costo di cui non si può far carico il singolo. Di più. L'informazione, in quanto tale, è divenuto strumento di profitto, che può risolversi in danno, spesso irreparabile, per la persona a cui l'informazione si riferisce.

Questi inquietanti fenomeni non potevano non investire il mondo del diritto, e porre quindi problemi di contemperamento degli interessi in gioco. I giuristi hanno reagito a questi fenomeni mediante una tecnica collaudata: la ascrizione degli interessi così individuati nelle categorie dei diritti soggettivi, degli interessi legittimi, degli interessi diffusi. Ne è derivata, da un lato, una proliferazione di posizioni giuridiche soggettive (il diritto alla riservatezza, il diritto alla identità personale, il diritto all'informazione corretta, i diritti collegati con l'uso dei dati personali), dall'altro lato la introduzione di limiti all'esercizio del diritto di cronaca, limiti all'esercizio

di attività economiche svolte mediante l'uso di dati personali, la creazione di strumenti di controllo e di garanzia, attraverso la istituzione di autorità amministrative indipendenti.

Questo processo di "giuridificazione" degli interessi è stato lento e faticoso, complicato sia dalla rigidità dei sistemi giuridici all'ingresso di nuovi diritti e di nuove tecniche di tutela, sia dalla dimensione planetaria, e comunitaria delle questioni. La riferibilità degli interessi in gioco a posizioni giuridiche tutelate mediante convenzioni internazionali e direttive comunitarie, a testi costituzionali e a discipline legislative ad hoc è divenuta familiare agli studiosi, che vi hanno costruito un autentico laboratorio, politico, sociologico e giuridico al tempo stesso.

Due sono i solchi nei quali si sono incanalate aspettative, proposte, concrete soluzioni: l'uno concerne le forme giuridiche di protezione della persona, dapprima create intorno alla "riservatezza" e poi alla "identità personale"; l'altro concerne le forme giuridiche della raccolta di dati personali, dapprima circoscritta alle tecnologie informatiche e poi a tutte le tecniche di trattamento.

Nella gran parte degli ordinamenti questi due filoni - pur tra loro intersecantisi - si sono sviluppati in modo indipendente: il primo, facendosi ricorso alla creatività della giurisprudenza, e quindi all'attività dei giudici, in attesa di un intervento legislativo che spesso è mancato o si è ritenuto ultroneo; il secondo, mediante l'introduzione di regole di natura legislativa e amministrativa, e quindi facendosi ricorso all'intervento autoritativo; non è mancato l'apporto delle categorie professionali interessate, che si sono imposte codici deontologici, così come l'apporto delle associazioni che in vario modo difendono i c.d. diritti civili, rivolto sia a richiamare l'attenzione sui preoccupanti fenomeni che si stavano dipanando, sia a promuovere azioni sul piano politico e giudiziario.

A differenza di quanto è accaduto in altre esperienze, come quella tedesca, quella francese o quella inglese, nella nostra si sono registrati enormi ritardi, lacune normative, incertezze giurisprudenziali. Alcuni diritti si sono definiti in modo irre-

versibile, quanto meno negli orientamenti delle corti; per altri si è provveduto in via normativa; ma il processo legislativo non è ancora compiuto. E' importante tuttavia sottolineare lo straordinario impegno dei giuristi sensibili a questi problemi: già nel secondo dopoguerra la dottrina civilistica ha partecipato all'edificazione giuridica di questo settore, e ha tenuto vivo l'interesse seguendone e promuovendone via via l'evoluzione nel corso dei decenni. Il legislatore, con una serie di leggi, ha iniziato a dettare regole al settore dell'informazione, ha iniziato l'adempimento degli obblighi comunitari e ha promosso la introduzione di codici deontologici ma al tempo stesso ha creato nuovi diritti soggettivi, promuovendo ulteriori forme di tutela (anche privata) della persona.

(iv) Il diritto privato come tecnica di soluzione stragiudiziale delle controversie.

Anche sul piano della tutela dei diritti il diritto privato ha assunto nuovi compiti. E' in atto nella nostra esperienza la diffusione di tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie affidate a privati. Si tratta di "riti alternativi" o di "alternative dispute resolutions" (ADR) con cui in diverse esperienze, prevalentemente appartenenti all'area anglofona, si allude a fenomeni eterogenei con cui si promuovono iniziative dirette a risolvere i conflitti senza pervenire alla pronuncia della decisione da parte del giudice (ordinario) competente. Vi si possono quindi ricomprendere sia i procedimenti - intesi in senso lato - rivolti a prevenire la lite in via conciliativa, sia quelli rivolti a "mediare" tra le parti contendenti per prevenire la lite, sia quelli rivolti a concludere una transazione tra le parti, sia quelli diretti ad ottenere questi risultati una volta che la lite sia già stata instaurata; questi procedimenti possono essere affidati allo stesso giudice competente, oppure a terzi, a cui le parti si rimettano autonomamente, oppure a terzi indicati dallo stesso giudice competente. Vi sono ancora ipotesi in cui al fallimento dell'iniziativa consegue l'instaurazione del giudizio e quelle in cui consegue la prosecuzione del giudizio. Eterogenei sono anche i modelli che delineano i poteri del giudice, i poteri dei terzi che

si sostituiscono al giudice, gli effetti dei riti alternativi, così come i requisiti dei sostituti. Proprio per questo, l'espressione ADR deve essere decodificata, non solo con riguardo all'esperienza di riferimento, ma anche al suo significato, alla sua normazione e alla sua storia interna. È utile precisare che spesso queste iniziative sono configurate con espressioni molteplici, in cui ogni connotazione tende a porre in evidenza uno o più aspetti che si ritengono rilevanti: si parla infatti di ADR come tecniche di "giustizia informale" (per sottolinearne la semplicità), come di "procedimenti sommari" (per sottolinearne la rapidità), come di procedimenti che agevolano l'"accesso alla giustizia" (per sottolinearne la ridotta onerosità o la gratuità), o come forme giuridiche di una "giustizia minore" (per sottolineare il fatto che esse si occupano di questioni di modico valore o di rapporti elementari e diffusi).

In ogni caso, nelle singole esperienze - la statunitense si staglia, rispetto alle altre per complessità, ampiezza e storia - l'origine delle rispettive ADR trova diverse giustificazioni, ma gli scopi che le ADR perseguono sono in gran parte coincidenti: si tratta di prevenire o di trattare la lite con tecniche semplificate, possibilmente contenute nel tempo e nei costi.

Un'analisi accurata richiederebbe l'illustrazione delle singole tecniche ed una valutazione dei loro risultati all'interno delle singole esperienze. Per introdurre la discussione nelle materie del diritto privato sostanziale è sufficiente, tuttavia, richiamarle nel loro complesso, riservando qualche accenno a quelle tecniche che appaiono più vicine all'ordinamento italiano e più facilmente praticabili nella nostra esperienza.

Nel corso degli anni, si è viepiù acuita la situazione, già drammatica, della giustizia civile; si sono introdotte innovazioni legislative, come le riforme del processo civile, la istituzione del giudice di pace, la introduzione di "sezioni stralcio"; si è rafforzata la tendenza ad affidare ad autorità indipendenti funzioni paragiurisdizionali rivolte a risolvere i conflitti, mediante procedure che si concludono con provvedimenti cui si conferisce natura amministrativa (ad es., ciò accade per l'atti-

vità paragiurisdizionale dell' Autorità garante della concorrenza e del mercato); si è persino data giuridica rilevanza a procedure operanti nell'ambito dell'autonomia privata (ad es., ciò accade per le "decisioni" del Giurì di autodisciplina pubblicitaria); nel contempo, si sono moltiplicate le iniziative assunte - sempre nell'ambito dell'autonomia privata - per assicurare ai singoli un giudizio, una valutazione preventiva, una composizione conciliativa o paragiudiziale, come accade per l'attività delle Camere di commercio in materia di controversie tra imprese e consumatori, per l'attività delle Camere di conciliazione istituite presso le Corti d'appello, per le intese tra associazioni di consumatori e associazioni di imprenditori con riguardo a specifici settori, e così via.

Gli ostacoli che si frappongono ad una espansione delle ADR sono di tre ordini: la concezione di amministrazione della giustizia che si incentra sul ruolo del giudice togato; la preoccupazione che al di fuori del giudizio ordinario non siano rispettate le garanzie giurisdizionali; il timore che l'organizzazione tecnica e finanziaria delle ADR non sia adeguata alle esigenze che esse intendono soddisfare.

Il primo ostacolo è strettamente correlato con il rapporto sussistente tra concezione di amministrazione della giustizia, ruolo e poteri del giudice togato, ampiezza degli spazi di autonomia privata: si tratta di un rapporto relazionale, nel senso che esso è destinato a variare, sincronicamente, tra ordinamento e ordinamento considerato, e, diacronicamente, da periodo storico a periodo storico considerato. Se si considera l'epoca moderna, successiva alla Rivoluzione francese, si possono riscontrare modelli statualistici che prevalgono su e assorbono i modelli privatistici, e modelli statualistici che convivono con modelli privatistici. I modelli statualistici sono improntati, normalmente, a caratteri autoritari, ma sono temperati dalle garanzie giurisdizionali; i modelli privatistici tendenzialmente non si preoccupano delle garanzie giurisdizionali, oppure includono le garanzie elementari. L'esperienza dell'arbitrato è sintomatica, al riguardo. Qui si riscontrano posizioni di sfavore - come risulta dalla storia istituzionale francese - e modelli di favore, come

risulta dalla storia italiana di fine Ottocento, con riguardo all'arbitrato libero.

Ma la storia dell'arbitrato non è esaustiva, in quanto le ADR comprendono anche altre forme di risoluzione, come la conciliazione o la "mediazione"; inoltre, l'arbitrato *ad hoc* è figura procedimentale o negoziale che ha una dignità, una evoluzione, un riconoscimento che non possono essere estesi *tout court* alle altre forme di ADR, ivi compreso ovviamente l'arbitrato amministrato.

Non si deve però cadere nell'eccesso opposto, cioè nel considerare le ADR come una autentica panacea. Si è avvertito, innanzitutto, che le ADR spesso sono maturate in una dimensione idilliaca della giustizia che promana dalla "conversazione - negoziazione" tra gli interessati, ma si trovano ad operare in una realtà complessa, fortemente incisa dalla esplosione della litigiosità; la *deregulation* a cui conducono può produrre risultati nocivi se diretta a perpetuare le diseguaglianze, quando operano tra parti economicamente e socialmente diseguali; la "deformalizzazione" a cui esse si ispirano può prevenire l'applicazione dei valori costituzionali, se le ADR prevengono altresì ogni intervento del giudice togato.

Anche per le ADR, dunque, sussistono problemi di garanzie. Solo se le garanzie processuali - intese in senso lato - sono salvaguardate, si può guardare ad esse con animo sgombro da pregiudizi.

Quando si parla di garanzie ci si riferisce alle condizioni minimali, proprio perché se si dovessero ripercorrere tutte le fasi di un processo ordinario, si finirebbe per snaturare significato e funzione delle ADR.

In sintesi, queste garanzie - che debbono ricorrere quante volte si apre il discorso sulle ADR - si possono così riassumere: il procedimento deve essere conoscibile preventivamente da parte di tutti gli interessati; un procedimento i cui contenuti e i cui effetti fossero noti solo alla parte "più forte", o alla parte che sostiene finanziariamente il sistema alternativo, non assicurerebbe le garanzie minimali di tutela; il procedimento deve essere più spedito e più semplice, dal punto di vista formale, rispetto al procedimento ordinario; altrimenti non se ne giustificerebbe l'e-

sistenza; il procedimento deve consentire ad ogni parte il diritto di comparire e partecipare, il diritto di difendersi e di farsi assistere; il diritto di dedurre prove; il diritto di impugnare il provvedimento conclusivo che deve essere motivato; possibilmente, il procedimento deve essere o gratuito o poco costoso.

Rimangono aperti alcuni problemi: il problema della scelta dell'organo giudicante, che può essere anche rimesso all'istituzione che svolge questa attività, oppure alle associazioni adeguatamente rappresentative degli interessati; il problema della facoltatività o della obbligatorietà della procedura alternativa; il problema degli effetti suasivi oppure vincolanti del provvedimento conclusivo della procedura.

12. La molteplicità degli indirizzi metodologici, la pluralità e l'eterogeneità dei fenomeni da indagare, la celerità con cui si modificano le diverse realtà, sembrerebbero postulare una rinuncia: la rinuncia a definire ulteriormente le nozioni delle due categorie, a tracciarne confini sempre più incerti, ad ammetterne addirittura la necessarietà logica, dogmatica, pratica. E' agevole sottolineare la insufficienza dei singoli criteri distintivi, la labilità delle formule, la mobilità delle categorie. La conclusione che si dovrebbe inferire da questo discorso imporrebbe una identificazione tra la dicotomia e la sua storia. Anche questa conclusione, pur possibile, non è appagante. Se si vuol applicare il metodo giusrealistico - secondo l'insegnamento di un compianto Maestro, Giovanni Tarello (*Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962) - si deve registrare la perenne vitalità della distinzione, con la sua applicazione da parte dei giudici, con la sua vicenda tormentata riflessa nei manuali e nei trattati, la sua fissità nella formazione culturale del giurista continentale. Ed allora, un ulteriore tentativo può essere consumato: verificare cioè se vi siano elementi o fattori unificanti delle categorie, dei dogmi, dei fenomeni, dei metodi, che, pur muovendosi in un ambito dicotomico, consentano di evidenziare le intersezioni, le sovrapposizioni, le osmosi delle due partizioni del diritto. Dal punto di vista teorico, i fattori unificanti più persuasivi sono affidati a due categorie concet-

tuali: i principi generali del diritto e gli status; i primi, intesi sia come regole generali di secondo grado, sia come valori emergenti dai settori dell'ordinamento e fungenti da collante di tutte le sue frammentazioni; i secondi, intesi come rappresentazioni poliedriche delle situazioni in cui versa la persona, assunta ancora al centro dell'ordinamento o dell'esperienza giuridica.

Ad entrambi i temi ha dedicato meditazioni insuperabili Pietro Rescigno: quanto ai primi nella Relazione conclusiva del convegno linceo (I principi generali del diritto, Atti dei convegni lincei, Roma, 1992, p. 331); quanto ai secondi nel saggio su Status e situazione (in Riv. dir. civ., 1973, I, p. 209 ss.); le sue pagine sono un punto di riferimento obbligato per i civilisti di oggi (v. ne i riflessi in Alpa, I principi generali, nel Trattato di diritto privato diretto da Iudica e Zatti, Milano, 1991; Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali, Roma-Bari, 1992; Istituzioni di diritto privato, Torino, 2a ed., 1997).

Per quanto entrambi i temi richiedano analisi approfondite, è sufficiente richiamarne gli aspetti più rilevanti, proprio per sottolineare come diritto pubblico e diritto privato siano due chiavi di lettura di fenomeni intrinsecamente anfiboli.

Tra i principi si evidenziano quelli a cui si riconosce un valore assoluto, quali l'oggettività, l'unità, l'eguaglianza; quelli che esprimono valori (la vincolatività della promessa, l'ingiusto arricchimento, la giustizia contrattuale); quelli che si applicano solo in via sussidiaria (come il brocardo in pari causa turpitudinis). I principi si presentano come "poli" giuridici da cui l'ordinamento viene attratto; anche i principi sono mutevoli e debbono perciò essere storicizzati; essi, in ogni caso, costituiscono la base di una koiné che cementa i valori dell'Occidente, e quindi fondano sia le singole esperienze, sia quelle sovranazionali, come i principi del diritto comunitario, sia quelle internazionali (come i principi del commercio internazionale elaborati dall'Unidroit). Essi sono un fattore eliminabili nella interpretazione e nell'applicazione del diritto, ma ne sono altresì motore propulsivo.

Gli status, al tempo stesso rappresentativi delle frammentazioni del singolo e

rete strutturale della sua posizione nell'aggregato sociale, oggi non sono più intesi come strumento di privilegio, ma come strumento di garanzia e di protezione. Sono la sintesi dei doveri pubblicistici e l'espressione delle modalità con cui il singolo e le formazioni sociali ove si svolge la sua personalità partecipano alla vita collettiva; allo status accedono le restrizioni imposte dall'ordinamento; in essi, secondo l'insegnamento di Friedmann, si descrive il mutevole bilanciamento tra la libertà del volere e le finalità dello Stato (sociale); sono concetti poliedrici, molteplici, che esprimono le interrelazioni tra le libertà private e le restrizioni pubbliche.

In questa moderna prospettiva, dunque, diritto pubblico e diritto privato sono due facce della stessa medaglia, due percorsi di lettura nello svolgimento del rapporto dinamico libertà/autorità, due modi di rappresentare la posizione della persona nel mondo complesso e affascinante del diritto di questa fine di secolo.

Ma il discorso non finisce qui. L'influenza del diritto comunitario sul diritto interno, non solo con riguardo alle materie di competenza dell'Unione, ma anche con riguardo alla circolazione o alla modificazione dei modelli concettuali e degli strumenti operativi (v. i saggi raccolti da Lipari, *Diritto privato europeo*, Padova, 1997) implica una costante riformulazione dei confini, ma anche degli stessi significati della nostra materia.

Guido Alpa

Ordinario di Diritto privato

nell'Università "La Sapienza" di Roma

TRASFORMAZIONI DEI MERCATI, NUOVI MODELLI REGOLATORI E MISSION DEL DIRITTO DELL'ECONOMIA* **

*(Markets transformations, new regulation
models and economy law's mission)*

ABSTRACT: *The regulations of economic activities have three elements in common: they affect the various markets; the operation of markets also concerns the general interests of the Community; therefore, economic activities are subject to regulations and supervisions of the public authorities.*

Therefore, the regulatory systems comprise the whole regulations, the accurate controls and the public administrations that handle them.

Concretely, regulations are built using institutions and procedures of civil and administrative law.

The specific task of the jurists of the economy is to achieve the fusion of the various legal institutions in an original science of Economy Law.

SOMMARIO: 1. Le regolazioni delle attività economicamente rilevanti: le *invarianti*. - 2. (*segue*) e le *variabili*. - 3. I caratteri peculiari del diritto dell'economia: *mutevolezza, tecnicità e sincretismo*. - 4. L'attuale scenario: moltiplicazione delle regolazioni dei mercati, neointerventismo pubblico ed esternalizzazioni di funzioni amministrative. - 5. Il metodo ricostruttivo dei giuristi dell'economia.

1. Il diritto dell'economia – inteso come studio delle regolazioni, di fonte pubblica e privata, delle attività economiche rilevanti – è un campo *sterminato* (perché numerosissimi sono i *mercati* giuridicamente organizzati dei quali esse si occupano), ma anche *affascinante*.

Si va infatti – esemplificando volutamente alla rinfusa – dalla regolazione dei

*Contributo approvato dai revisori.

**Relazione di sintesi del Convegno “*Quali regole per quali mercati?*” organizzato dall'Associazione dei Docenti di Diritto dell'Economia – ADDE, all'Università Cattolica ed all'Università Statale di Milano l'11-12 dicembre 2015. La numerosità (una trentina) e varietà d'argomenti dei pregevoli lavori di giovani studiosi presentati al Convegno hanno reso impossibili riferimenti puntuali a ciascuno di essi, ma il loro corposo insieme ha concretamente ispirato le riflessioni conclusive.

cosmetici a quelle degli alimenti; da quelle concernenti l'agricoltura a quelle relative alla pesca; dalla regolazione dei giochi legali a quelle, importantissime ed articolate, dei servizi pubblici; dall'approntamento delle infrastrutture alla gestione dei beni pubblici; dal commercio delle opere d'arte alle banche, agli intermediari, alle assicurazioni ed al controllo delle società quotate; dalle attività culturali ai certificati di emissioni ambientali, all'energia; dalle trasformazioni urbanistiche ed immobiliari al commercio, al turismo; dalle attività di utilità sociale senza scopo di lucro ai servizi privati di interesse pubblico (dalle scuole guida alle certificazioni); dalle comunicazioni elettroniche, ai servizi di consulenza istituzionale o di *lobby* (dei quali anche vi è ormai un mercato, che necessita di regolamentazione).

Tutti questi disparatissimi settori di attività hanno *in comune*, nell'ottica del giurista, *tre elementi strutturali*:

I) l'essere attività economicamente rilevanti e, quindi, costituire *oggettivamente* dei mercati;

II) il fatto che i mercati formano oggetto di specifiche discipline – in origine pattizie, successivamente anche di fonte pubblica – che li hanno organizzati giuridicamente (due esempi classici: la borsa del grano di Chicago o dei diamanti ad Anversa), sovente con appositi organismi di gestione;

III) l'inerenza a ciascuna attività economicamente rilevante di interessi pubblici o generali; ciò comporta che non solo sono oggetto di regolamentazioni di fonte pubblica, ma sono soggette a controlli, nel senso lato del termine, ed in qualche caso ad indirizzi, o programmi, da parte di strutture "dedicate", qualificabili come pubbliche o incaricate di funzioni pubbliche.

Usando la terminologia della *law & economy* sono soggette a delle *regolazioni pubbliche*, le quali sono composte dal *congiunto* delle regolamentazioni e dell'esercizio dei poteri di "controllo", nel senso atecnico sopra accennato.

Questi tre elementi strutturali costituiscono i *minimi comuni denominatori* – le *invarianti* – delle discipline giuridiche delle attività economiche.

2. Subito dopo le invarianti vi sono, però, le *variabili*, tutte molto complesse:
- a) le diversissime configurazioni che caratterizzano i vari tipi di mercati (da quello dell'uranio, ch'è globale, a quello dei servizi primari alla persona, ch'è locale), i quali sono incessantemente in, più o meno rapida, trasformazione;
 - b) la molteplicità delle *fonti soggettive* delle regolamentazioni, sia *pubbliche* (che vanno dagli organismi internazionali sino ai Comuni) sia *private* (anche qui si va da associazioni internazionali, ad aggregazioni locali, all'auto-nomia delle società). Questa moltiplicazione *multilivelli* e *multispecie* delle figure soggettive che pongono le regole pone il problema della reciproca "forza formale" e della concorrenza tra le regole stesse;
 - c) la "galassia" delle fonti delle regole, in *senso oggettivo*, le quali vanno sempre esemplificando, dagli indirizzi (*substitute law*) del Financial Stability, Board, alla *hard law* "a cascata" dell'Unione Europea; alle normazioni di settore, primarie e secondarie, di Stati, *Land/Regioni* ed enti locali; al *mix* di indirizzi e precetti contenuti nelle programmazioni; agli atti di autonomia pubblica e privata (ad esempio: gli statuti di enti o di società, che ne disciplinano la *governance*), alle "*linee guida*" dell'Autorità Anticorruzione, o – con natura diversa – alle "Istruzioni" di Banca d'Italia o ai regolamenti della CONSOB. Vengono qui in rilievo, come criteri ordinatori, la nozione di *atto precettivo*¹ e la distinzione tra *rilevanza* ed *efficacia*²: può aversi rilevanza giuridica anche quando non c'è immediata efficacia precettiva;
 - d) l'eterogeneità della natura, e struttura, degli *organismi*, pubblici ma anche privati, preposti all'attuazione delle regole ed al controllo della conformità ad esse dei comportamenti dei soggetti che operano in un determinato mercato.

A tali organismi sono attribuiti, da fonti pubbliche o da accordi privati, poteri pubblici o poteri privati di intervento, più o meno ampi ed articolati.

In molti casi sono attribuite ad organismi privati (ad esempio: Borsa Italiana

¹Cfr. GIANNINI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Roma 1984.

²Cfr. FALZEA, nelle voci *Rilevanza giuridica*, Vol. XL, 1989 ed *Efficacia giuridica*, Vol. XIV, 1966, dell'*Enciclopedia del Diritto*.

s.p.a.) funzioni pubbliche di controllo sul corretto funzionamento dei mercati stessi, intesi come strutture giuridiche, e sulla correttezza dei soggetti economici che in essi operano;

e) la varietà, infine, dei sistemi – *amministrativi, giudiziali e stragiudiziali* – di rimedi e tutele avverso le decisioni (ad esempio: “punitive”), ancora una volta pubbliche o private, adottate dagli organismi preposti al “controllo” della correttezza dell’attività degli operatori e del buon funzionamento dei mercati.

3. Passando dalle *regulations* al ramo della scienza giuridica che tenta di dare di esse una visione sistemica – il diritto dell’economia – viene da rilevare ch’esso è connotato da *tre elementi peculiari*, anche se non esclusivi:

aa) la mutevolezza, vale a dire l’estrema *rapidità di evoluzione* diacronica delle attività economiche – a causa di fattori tecnologici, economico sociali e geopolitici – e, “a cascata”, dei rispettivi mercati e delle relative regolazioni; con tali tumultuose evoluzioni devono fare i conti i giuristi dell’economia;

bb) la tecnicità, vale a dire la massiccia presenza – nelle regolazioni di settore – di norme, criteri e parametri tecnici, o di derivazione tecnica e “filtrati” dal linguaggio giuridico, relativi a ciascun ambito di attività economica (ad esempio: i disciplinari di produzione dei vini) e tipo di mercato (ad esempio: i mercati regolamentati, internalizzati o multilaterali di negoziazione di prodotti o strumenti finanziari); l’interazione tra categorie giuridiche e parametri tecnici è un secondo elemento di complicazione per i giuristi;

cc) il sincretismo strutturale, vale a dire la *compresenza costitutiva* di “materiali” giuridici – nozioni, istituti, figure soggettive, formule organizzatorie, procedure, atti precettivi – di diversa provenienza: privatistica, pubblicistica, o anche di teoria generale (ad esempio i concetti di: “potere”, “funzione”, “autonomia”, “accordo”, “figura soggettiva”, “fattispecie”).

I primi due elementi sono dati di fatto, sul terzo è necessario soffermarsi.

Taluno potrebbe, infatti, osservare che *fenomeni* di incontro e reciproca infe-

renza tra campi concettuali diversi hanno investito molti ambiti del diritto contemporaneo, tanto da esser divenuti oggetto di formule di sintesi verbale – ad esempio: “l’amministrativizzazione del diritto delle imprese” o, specularmente, “la privatizzazione del diritto amministrativo” – le quali fanno riferimento, rispettivamente, ai due “macrosettori” che “confinano”, con il diritto dell’economia: il diritto civile e commerciale e quello amministrativo e pubblico.

Ciascuno di questi due vastissimi campi del diritto ha infatti registrato robusti *innesti* di concetti, istituti, procedure e strutture organizzative “provenienti” dall’altro; si pensi – per fare solo due esempi – su un *versante* al diritto della concorrenza, nato nell’ambito del diritto commerciale, ma sempre più caratterizzato da regolazioni pubblicistiche (composte da precetti, europei e nazionali, e da decisioni – e “precedenti” – delle Autorità di tutela) e, sul *versante* “opposto”, alla “contrattualizzazione” di molte decisioni amministrative.

Si tratta di *contaminazioni*, anche ampie, che hanno – peraltro – una funzione positiva, perché favoriscono la flessibilità ed adattabilità dei rispettivi sistemi disciplinari tradizionali al mutare dei contesti reali da regolare.

Il caso del diritto dell’economia è differente perché è *strutturalmente e costitutivamente sincretistico*, risultante di una *fusione a caldo* (perché continuamente si rinnova) di “materiali” di origine pubblicistica e privatistica, i quali, in varie combinazioni, concorrono, inestricabilmente integrandosi, a formare un *sistema composito* (di modelli, paradigmi, istituti, etc.), sufficientemente *strutturato* (anche grazie ai richiami ai concetti di teoria generale, ove ciò sia ancora possibile) da costituire un *quadro di riferimento* solido ma, al contempo, *flessibile*, per “fare fronte” alla *multiformità* delle numerosissime e diversissime attività economiche (e dei relativi mercati) che postulano *regulations*.

Ne consegue che non ha più alcun senso scientifico suddividere artificiosamente il diritto pubblico dell’economia dal diritto privato dell’economia.

4. Negli anni più recenti, sotto la spinta della crisi finanziaria mondiale, lo scenario delle regolazioni delle attività economiche sta, ancora una volta, rapidamente mutando (il che sollecita l'obbligata "ipersensibilità" dei giuristi dell'economia ai cambiamenti).

Il quadro attuale appare contraddittorio e non chiaro, nel senso che si incrociano, e talora scontrano, tendenze assai diverse, senza alcuna apparente logica di sistema:

– *da un lato* la moltiplicazione, ed ispessimento, delle *regulations*, alle quali – com'è noto – non corrisponde automaticamente una maggiore efficienza reale delle funzioni pubbliche di controllo;

– *dall'altro* il neointerventismo degli Stati, declinato essenzialmente in due tendenze:

- una "conservativa" del controllo pubblico di *asset* o settori di diretta rilevanza politica (ad esempio: i grandi conglomerati pubblici in Francia, il sistema delle *Sparkasse* in Germania e le imprese pubbliche locali in Italia);

- ed una "espansiva", non solo con le pubblicizzazioni in funzione di salvataggio (ad esempio: alcune banche in Gran Bretagna), ma anche con nuovi meccanismi o "bracci secolari" (si pensi alla multiforme articolazione di interventi societari o di creazione di fondi "dedicati" da parte della Cassa Depositi e Prestiti ed alla figura soggettiva in pubblico comando incaricata di gestire le concessioni per la realizzazione della "banda larga" per le telecomunicazioni);

– *dall'altro lato ancora* la prosecuzione dei processi di *esternalizzazione* di funzioni pubbliche di controllo sulle attività economiche, ma anche, in misura minore, di funzioni di regolamentazione.

Alle esternalizzazioni concorrono, com'è noto, due fattori: il sovraccarico di compiti che le amministrazioni (in senso lato) pubbliche non riescono a sostenere e la progressiva affermazione della sussidiarietà orizzontale, con la crescente presenza di imprese sociali.

È il contesto tumultuoso, ma affascinante, con il quale debbono cimentarsi gli

studiosi di diritto dell'economia, che si sono attrezzati facendo nascere "cento fiori di dottrina" in un campo vastissimo.

5. Nel contesto sommariamente richiamato spetta ai giuristi dell'economia – basandosi su costrutti giuridici interdisciplinari – costruire, in via prevalentemente induttiva, muovendo dallo studio delle tante *regulations* di settore, una sorta di *quadro sinottico* delle finalità, dei principi, delle nozioni chiave, della varietà di figure soggettive utilizzate, dei modelli organizzatori (composti, a loro volta, di strutture, funzioni, poteri, procedure, decisioni) che si rinvergono con *frequenza e regolarità* nelle svariatissime discipline giuridiche delle attività economiche.

Il metodo induttivo (*esperienziale* lo definiva Benvenuti) va applicato sia alla regolamentazione sia al concreto esercizio delle funzioni di "controllo", svolte da organismi pubblici o da organismi privati incaricati di funzioni pubbliche, sulla *regolarità* dei comportamenti dei "soggetti economici" e dei mercati.

Solo in questo modo è possibile trarre dalle *regulations* un quadro realistico d'insieme (sommatoria delle regole, delle strutture organizzative incaricate di applicarle e delle loro prassi operative)³.

Questo tipo di approccio – realistico e non astrattamente dogmatico – appare l'unico idoneo a cogliere i tratti salienti dei *contesti contemporanei* delle attività economiche, dei rispettivi mercati e delle correlate *regulations*.

La rapidità di evoluzione dei contesti stessi impone, infatti, pur a malincuore, di abbandonare – come punti di riferimento – gli *scenari* delineati, alcuni decenni fa, da capiscuola come M.S. Giannini⁴ e F. Galgano⁵.

A dimostrarlo sono sufficienti telegrafici riferimenti ad alcuni elementi fondamentali dell'attuale scenario che (ovviamente) non potevano essere presenti negli orizzonti concettuali dei due studiosi citati:

³Cfr. CASSESE – TORCHIA, *Diritto Amministrativo. Una conversazione*, Bologna 2015.

⁴Cfr. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1977, pag. 115.

⁵Cfr. GALGANO, voce *Diritto dell'economia*, Vol. XI, 1989, dell'*Enciclopedia Giuridica Treccani*.

- la globalizzazione di molti mercati, la crescente *pervasività* della sfera regolatoria europea e –in pur lenta progressione, “a macchie di leopardo” – delle regolazioni globali;
- l’avvenuta *mutazione* della visione politica egemone dei rapporti tra pubblici poteri ed attività economiche (tra “Stato e mercato”, per usare una formula classica, ch’è divenuta sempre più una *sineddoche*, data la moltiplicazione e multiformità sia dei “poteri” che dei “mercati”).

Sotto questo secondo profilo il punto di svolta è collocabile – com’è noto – per quanto riguarda l’Europa, alla fine degli anni ’80 del secolo scorso, allorché l’indirizzo politico liberalizzatore e privatizzatore – derivante da una specifica interpretazione dei principi della “costituzione economica” europea (la concorrenza, il mercato unico aperto, le libere circolazioni di persone, merci, capitoli e servizi; la progressiva stretta sugli aiuti di Stato) – ha imposto l’abbandono dei modelli, affermatasi nel secondo dopoguerra, definiti ad *economia mista*; modelli che di fatto erano (e, in parte, sono) caratterizzati da una diffusa, talora invasiva, presenza di enti pubblici economici e società in pubblico comando, che godevano di situazioni di privilegio, o di esclusiva, e dalla conseguente egemonia, in alcuni Paesi, delle attività economiche pubbliche su quelle private.

Si sono, invece, largamente affermati modelli neoliberali (ordoliberali, nella scienza giuridica) di economia sociale di mercato, nei quali la struttura, costituita dai vari mercati, è temperata da correttivi volti, da un lato, a tutelare gli interessi pubblici all’efficiente e regolare funzionamento dei mercati aperti e concorrenziali e, dall’altro, a ridurre gli squilibri economici, territoriali e sociali che ostacolano la *coesione*.

Il mercato “corretto” (rispetto alle sue inefficienze e distorsioni), per usare un’espressione di Predieri⁶, è divenuto il paradigma di riferimento, pur nell’ampia variabilità politica dell’intensità delle “correzioni”.

Si è – in sintesi – venuta formando una *costituzione economica europea*, la

⁶Cfr. PREDIERI, *Il mercato corretto*, 2001, inedito, rimasti incompiuto per la morte dell’A.

quale costituisce il “cielo superiore” che ispira le singole regolazioni europee, le quali riguardano, ormai, quasi tutti i settori di attività economicamente rilevanti.

È bene non dimenticare che della “costituzione materiale” europea i pilastri sono due: accanto al mercato aperto e concorrenziale, ma regolato vi è il principio di coesione economica sociale e territoriale che impone di ridurre le diseguaglianze di tutti i tipi facendo leva proprio su un uso forte della regolazione.

Sandro Amorosino

*Ordinario di Diritto dell'economia
nell'Università "La Sapienza" di Roma*

VARIETÀ

**INNOVAZIONE FINANZIARIA E RAFFORZAMENTO
DEL MERCATO UNICO PER I SERVIZI FINANZIARI *RETAIL*: SFIDE,
RISCHI, RISPOSTE DELLA REGOLAZIONE ***

(Digitalization as a driver for a broadened EU Single Market for financial services: challenges, risks, regulatory responses)

ABSTRACT: *The paper addresses the issue of financial innovation and its possible impact on the EU single market for retail financial services. Financial innovation is framed as an articulated trend which actually entails a number of new players, services and products with a potential to transform the interactions between clients and financial intermediaries, as well as to reshape the boundaries of regulated activities and the concept of “authorized firms”. Three examples of such trends are presented and discussed, including automated financial tools, comparison websites and peer-to-peer lending platforms. Innovative financial products and services raise concern both for policymakers and regulators, especially in the light of the ongoing recovery of the financial system and the successful but demanding efforts aimed at fostering banks’ resilience. Increased embedding of advanced technologies in an attempt to enhance user-friendliness, comparability and transparency of banking, financial and insurance services while reducing costs for users, challenge the ways in which regulation is framed; these phenomena raise questions on the ongoing suitability of the traditional paradigm of supervision and regulation. In this context, the consequences of a further integration of retail financial services markets in the EU are also discussed. This brings to question how the role of national supervisory authorities as well as European ones will potentially evolve over time, and whether a need for a partial reconsideration of the distribution of tasks, responsibilities and forms of interaction with other relevant public and private stakeholders is emerging.*

*Contributo approvato dai revisori.

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'innovazione finanziaria nel contesto della regolazione - 2. Tre esempi di *trend* attuali dell'innovazione finanziaria - 3. Innovazione finanziaria e mercato unico dell'Unione: le prospettive di integrazione - 4. L'impatto sulle architetture della vigilanza - 5. Conclusioni.

1. Mentre l'ondata di regolazione che ha fatto seguito alla crisi finanziaria globale non ha ancora esaurito l'attrattività per accademici e *policymakers*, i *trend* emergenti dell'innovazione finanziaria stanno del pari guadagnando una sempre maggiore attenzione a livello globale: sono infatti in gioco importanti sfide all'esistente quadro regolamentare, ancora invischiato in una fase di imponente stabilizzazione, e si profilano all'orizzonte occasioni uniche per procedere nel percorso di rafforzamento degli intermediari finanziari, nonché di incentivazione della concorrenza e tutela della stabilità sistemica complessiva¹.

L'espressione "innovazione finanziaria" non intercetta qualcosa di inedito. Al contrario, individua una caratteristica intrinseca di un'industria dinamica quale

(*)Sulla base di una riflessione comune e di un costruttivo confronto, il prof. Domenico Siclari ha curato il primo e il quarto paragrafo, e il dott. Giuseppe Sciascia i rimanenti paragrafi secondo e terzo. Le opinioni espresse nel presente scritto sono espressione del pensiero degli autori e non manifestano la posizione delle autorità di appartenenza.

¹In questa prospettiva, sembra utile richiamare le considerazioni espresse da Mr. Jonathan Hill (Commissioner for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union), durante la conferenza del 18 novembre 2014 dedicata al tema "*Emerging challenges in retail finance and consumer policy*": "*In recent years, the Commission has had to focus on the financial system; on ending taxpayer bail outs, on overhauling financial supervision to reduce risk. On the back of the financial crisis, the priority was to tackle the big picture, systemic issues – and rightly so. But now, with that big wave of crisis regulatory action behind us, and as the new Commission gets to work, I think it is a good time to turn the telescope round and look at financial services not from the top-down, but from the bottom-up. To ask, in other words, what can we do to enable more people to enjoy better quality services at lower prices? This is not just an economic question, but a political one. If we can lower prices by opening up a single market, we can help people with the cost of living by making their money go further. And by delivering practical benefits, we can remind people of how the EU can help them. The European Commission is not, of course, starting from a blank sheet of paper. It has tightened up consumer protection in many areas, ranging from improvements to the deposit guarantee system to greater investor protection under MiFID. It has introduced simple, comparable documentation that customers will be given when taking out a mortgage or buying an investment product. And it has given the millions of un-banked individuals in Europe a right to access the financial system through a basic payment account. These were significant changes. And many of them were completed only recently. Implementation of those recently agreed rules is the next step and I want to work closely with Member States and with supervisory authorities to encourage good application of new rules*".

quella finanziaria, e può determinare significative modifiche al contesto e alle forme della vigilanza e della regolazione, specie in una prospettiva di medio-lungo termine. Tale dinamicità si estrinseca nel continuo sforzo, da parte dell'industria e del sistema finanziario, verso l'evoluzione e trasformazione dei prodotti e servizi offerti, con l'obiettivo di attirare nuova clientela e mantenere, al contempo, il bacino di utenza già raggiunto; queste evoluzioni scorrono in parallelo ai *trend* di carattere sociale e agli sviluppi tecnologici, sebbene i concreti bisogni economici che l'industria è chiamata a soddisfare presentino, tutt'oggi, dei comuni denominatori costanti nel tempo.

Una definizione che può costituire un buon punto di partenza, individua nell'innovazione finanziaria un atto al contempo creativo e, per così dire, "diffusivo": "*the act of creating and then popularizing new financial instruments as well as new financial technologies, institutions and markets. It includes institutional, product and process innovation. (...)*"². Con il passare degli anni, infatti, l'evoluzione del sistema finanziario ha condotto a significativi sviluppi in tre aree, esattamente individuate e circoscritte all'interno della definizione sopra riportata: processi e prodotti; istituzioni; mercati. Quattro esempi consentono di identificare al meglio queste dinamiche. Con riferimento ai prodotti e ai processi, un interessante caso è rappresentato dalla *securitization* realizzata attraverso prodotti come MBS (*mortgage-backed securities*) e CDOs (*collateralized debt obligations*), vere e proprie micce della crisi finanziaria globale avviatasi nel 2008³. Con riguardo ai processi e alle innovazioni tecnologiche, si può citare l'uso estensivo della xerografia, che avrebbe contribuito – secondo un'autorevole opinione⁴ – alla diffusione della industria del *rating* nei primi anni '80, e, in particolare, all'aggressiva prassi degli *unsoli-*

²Cfr. FINANCIAL TIMES - LEXICON, *Financial innovation*, disponibile all'indirizzo <http://lexicon.ft.com/Term?term=financial-innovation>.

³Con particolare riferimento alla crisi globale e alle sue cause, si veda, tra i molti, il *report finale* della National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crises in the United States, *The Financial Crisis – Enquiry report*. Cfr. anche Claessens S., Dell'Ariccia G. *et alios*, *Lessons and Policy Implications from the Global Financial Crisis*, IMF Working Paper n. 44/2010.

⁴Cfr. HILL, *Regulating rating agencies*, in *Washington University Law Quarterly*, 82, 43-85.

cited ratings. Sviluppi nei sistemi di pagamento hanno dato luogo, ancora, all'emersione di prestatori specializzati di servizi di pagamento, con l'ingresso nel mercato di nuovi attori e le conseguenti necessità di inquadramento normativo⁵. Infine, rivolgendo l'attenzione allo sviluppo di nuovi mercati e piattaforme di scambio, si può citare il caso della regolazione delle *central counterparties* e dei derivati OTC nell'Unione europea, determinato da un sempre più intenso, e talvolta percepito come incontrollato, uso e scambio di tali prodotti.

Questo scritto intende analizzare alcuni dei *driver* dell'innovazione finanziaria corrente, ossia alcuni sviluppi che stanno interessando il settore finanziario e che potranno significativamente influenzare, alla luce delle loro caratteristiche, gli scenari futuri del mercato e della sua regolazione. Le definizioni e i concetti sopra richiamati saranno utilizzati – nei prossimi paragrafi – come spunti per un'analisi dei tre seguenti aspetti: in primo luogo, ci si chiederà in che termini l'innovazione finanziaria può trasformare l'interazione tradizionale tra intermediari finanziari, da un lato, e clientela (specie consumatrice) dall'altro, contribuendo alla determinazione di nuovi rischi che pongono in discussione gli approcci alla regolazione utilizzati nell'UE e nei suoi Stati Membri; in secondo luogo, si proverà a valutare come l'innovazione finanziaria può costituire uno stimolo per un ulteriore sviluppo e integrazione di un attualmente incompleto e debole mercato unico per i servizi finanziari, come tale genericamente intendendosi quello comprensivo di prodotti e servizi bancari, finanziari e assicurativi; in terzo luogo, si cercherà di valutare come questi fenomeni possono contribuire a influenzare e trasformare l'approccio alla supervisione e il ruolo delle (e le interazioni tra le) autorità in un mercato in continua trasformazione – specialmente laddove si consideri la crescente importanza della vigilanza di carattere macro-prudenziale e la rivoluzione nella vigilanza micro-

⁵È questo il caso degli istituti di pagamento, introdotti nel nostro ordinamento dal d.lgs. 141/2010; sulla disciplina degli stessi si veda CIRAOLO, *Electronic money institutions and payment institutions*, in D. Siclari (ed.), *Italian Banking and Financial Law: Intermediaries and Markets*, Palgrave Macmillan (UK), 2015.

prudenziale che ha interessato l'Unione europea, con la creazione di un *single supervisory mechanism* (SSM), parte integrante e pilastro fondamentale dell'Unione bancaria.

Il lavoro è strutturato come segue. Nel primo paragrafo vengono presentati tre rilevanti esempi di innovazione finanziaria attualmente emergenti sul mercato, analizzati secondo una prospettiva che combina la comprensione dei loro meccanismi di funzionamento e delle loro caratteristiche, dei profili di carattere regolatorio da essi posti e dei rischi emergenti. Nel terzo e quarto paragrafo, il tema della innovazione finanziaria è analizzato attraverso le lenti dell'ulteriore integrazione del mercato unico europeo dei servizi finanziari, e del possibile impatto di tali trasformazioni sull'attuale sistema europeo di vigilanza. Nelle conclusioni si presenteranno i risultati dell'analisi e si indicheranno alcuni spunti di riflessione, anche in vista di approfondimenti futuri.

2. Nell'attuale scenario, appare evidente come le tecnologie digitali stiano giocando un ruolo chiave nel guidare e stimolare nuovi *trend* di innovazione nel campo della finanza. L'uso sempre più diffuso di strumenti digitali e l'abbattimento generalizzato dei costi di accesso alla rete internet hanno incentivato una trasformazione nell'approccio alla diffusione, all'uso e al contatto con i fornitori di servizi finanziari e con i prodotti stessi; la creazione di una relazione diretta, personale e "fisica" tra fornitore e cliente viene sostituita da interazioni anonime e a carattere digitale, in cui le identità, le preferenze e le scelte degli *users* sono semplificate, processate ed elaborate attraverso lo scambio di codici, algoritmi e dati. Nondimeno, le potenzialità delle tecnologie più avanzate rimangono in parte ancora inesprese per una congerie di ragioni, tra cui – come si vedrà nel prosieguo – l'assenza di un sistema di regolazione adeguato per i servizi finanziari *retail*; i vuoti della regolazione danno luogo ad arbitraggi regolamentari, che attirano nuovi *player* capaci di insinuarsi nelle maglie della rete giuridica; le autorità di vigilanza e i

modelli di relazione stabiliti tra le stesse possono rivelarsi inadeguati ai mutamenti in corso all'interno di tale contesto.

Tre recenti esempi di innovazione finanziaria appaiono, in tal senso, paradigmatici: in primo luogo, perché si ritiene che gli stessi possano porsi quali *driver* per un ampliamento del mercato unico europeo dei servizi finanziari *retail*; in secondo luogo, perché, al contempo, presentano una serie di elementi in comune che evidenziano la necessità di un'attenzione peculiare da parte di *policymaker* e regolatori. In particolare, trattasi di fenomeni basati su una forma di interazione tra clienti e fornitori di servizi finanziari che passa attraverso uno strumento di carattere digitale di qualsivoglia specie – sia esso un *software* o un *device* capace di sfruttare le tecnologie esistenti –, che di per sé imporrebbe uno sforzo per una riconcettualizzazione delle idee di “intermediazione finanziaria” e “*financial advice*”; ancora, trattasi di fenomeni che non possono essere appropriatamente o agevolmente ricondotti alle definizioni giuridiche correnti in uso per indicare certe attività regolate o certi prodotti, né questi appaiono – a primo acchito – come servizi o prodotti che possano essere offerti al (o usati dal) pubblico in assenza di un *framework* di disciplina minimo, principalmente a causa delle potenziali e parzialmente inesplorate criticità e rischi; infine, gli stessi sollevano temi che attengono alla protezione dei consumatori, al corretto e proporzionato uso dei poteri di *enforcement* e di vigilanza da parte delle autorità pubbliche, e alle criticità dell'offerta *cross-border*. I tre esempi connotati da tali caratteristiche e che saranno presentati nel prosieguo sono *i*) gli *automated financial tools* (AFAT – conosciuti anche come *robo-advice tools*), *ii*) i siti *web* di confronto (o comparatori *online*, a loro volta collegati al fenomeno degli AFAT), e *iii*) le piattaforme *peer-to-peer* (note anche come *p2p*, *social lending*, o *lending-based crowdfunding platforms*).

2.1 La categoria degli AFAT raccoglie una pluralità di strumenti utilizzati per fornire consulenza (*advice*) a consumatori e utenti, ovvero sia un'opinione o rac-

comandazione circa la migliore azione o scelta da intraprendere e che in parte sostituisce il ruolo di *advisor* umani⁶. Il tema dell'automazione nella consulenza di tipo finanziario è al centro di un recente *discussion paper* pubblicato dalle tre *European Supervisory Authorities* (ESAs – ESMA, EBA ed EIOPA) nel dicembre 2015, volto a valutare in via preventiva i potenziali benefici di tali strumenti, nonché i rischi per i consumatori derivanti dalla prestazione di servizi sostanzialmente consulenziali in assenza di un supporto “umano”, e a considerare le opinioni dei vari *stakeholder* al fine di decidere se e quali azioni di carattere regolamentare o di vigilanza intraprendere.

Il documento delle tre ESAs prende le mosse dall'osservazione che un numero vieppiù crescente di consumatori europei si affida all'uso di strumenti automatici per la gestione delle proprie finanze, incluso il monitoraggio del risparmio, l'ottenimento di informazioni finanziarie, l'alfabetizzazione, la comparazione di costi, caratteristiche e vantaggi dei singoli prodotti e dei loro fornitori, e l'acquisto degli stessi. Con particolare riguardo al settore dei prodotti bancari, le autorità europee hanno fatto riferimento al diffondersi di siti web che forniscono informazioni su prodotti servizi e aiutano i consumatori a selezionare quelli più adatti attraverso l'uso di calcolatori e simulatori, così come a modelli di *business* basati sul fornire consulenza attraverso *software* automatizzati; fenomeni simili emergono dall'osservazione dei settori delle *securities* e delle assicurazioni e pensioni, in cui vi è un uso crescente di strumenti digitali per l'investimento, l'acquisizione di informazioni e la simulazione dell'andamento dei risparmi in chiave prospettiva; tra questi, hanno larga diffusione gli strumenti di consulenza finanziaria che fanno uso di algoritmi per determinare il rendimento degli investimenti pensionistici, con un'interfaccia dedicata agli utenti e di semplice accesso e interrogazione per questi ultimi.

⁶In una certa misura anche i comparatori *online* possono essere considerati come AFAT, posto che l'algoritmo che ne assicura il funzionamento produce una serie di risultati alla luce delle informazioni inserite dall'utente; sul punto, si veda *infra*.

Tra le osservazioni preliminari, è interessante notare come, nel *discussion paper*, venga riconosciuto che il fenomeno degli AFAT è emerso “*against a background of a lack of clarity in the existing legislative framework and inconsistent regulatory treatment across the three sectors*”, qui da intendersi come settore bancario, dell’intermediazione mobiliare e delle assicurazioni/pensioni; in tal senso, è importante osservare che il concetto di “*advice*” è definito in maniera diversa in ciascuno di tali settori, e nessuno di questi presenta, allo stato, una definizione unitaria e onnicomprensiva ⁷.

I *tool* qui in esame presentano essenzialmente tre caratteristiche, ovvero *i*) l’uso diretto da parte dei consumatori, con un intervento umano molto limitato o del tutto assente, *ii*) l’uso di un algoritmo che elabora e trasforma le informazioni fornite da un utente per produrre un determinato *output*, e *iii*) la percezione di tale *output* come un “*financial advice*”, alla luce della natura e del contesto in cui tale informazione viene presentata dallo strumento stesso. Essendo acclarato il fatto che tali strumenti fanno leva su strumenti di tipo digitale, secondo la metodologia che si è deciso di seguire in questa analisi occorre quindi valutare se gli stessi rientrano in una qualche definizione di attività o servizi regolati, e se pongono specifici rischi in una prospettiva che coinvolga la protezione dei consumatori, l’attivazione di poteri di supervisione ed *enforcement* da parte delle autorità pubbliche, e la commercializzazione *cross-border*.

L’analisi condotta all’interno del *discussion paper* sopra richiamata consente

⁷Il *discussion paper* richiama un certo numero di definizioni correlate al concetto di “*advice*”, tra cui *i*) la nozione di “*advisory services*” contenuta nella direttiva 2014/17/EU sul credito immobiliare (“*the provision of personal recommendations to a consumer in respect of one or more transactions relating to credit agreements and constitutes a separate activity from the granting of a credit and from the credit intermediation activities*”), che tuttavia si applica esclusivamente in relazione al perimetro di interesse della direttiva stessa; *ii*) la nozione di “*investment advice*”, contenuta nella MIFID e nella MIFID II (“*the provision of personal recommendations to a client, either upon its request or at the initiative of the investment firm, in respect of one or more transactions relating to financial instruments*”), e *iii*) la nozione di “*advice*” inclusa nella direttiva (UE) 2016/97 in materia di distribuzione di prodotti assicurativi (“*the provision of a personal recommendation to a customer, either upon their request or at the initiative of the insurance distributor in respect of one or more insurance contracts*”).

di individuare e esemplificare tre aspetti che attribuiscono una specifica rilevanza al fenomeno dell'innovazione finanziaria, e alle sue interazioni con il contesto regolamentare e di vigilanza.

In primo luogo, considerato che gli AFAT rappresentano un mezzo attraverso il quale si realizza un contatto tra utenti e servizi, prodotti e intermediari finanziari basato su un mezzo di tipo digitale, generalmente costituito da un sito *web* direttamente accessibile all'utente, essi pongono all'attenzione dei regolatori il concetto problematico di "*financial advice*"; pertanto, e come sopra anticipato, occorre valutare se l'assenza di una definizione unitaria per i tre settori sopra considerati possa essere mantenuta alla luce della previsioni di simili servizi.

In secondo luogo, e in conseguenza di quanto sopra, gli AFAT non rientrano in maniera agevole o appropriata in alcuna delle attuali definizioni di prodotti o attività soggetti a regolazione; nondimeno, gli stessi pongono una serie di rischi che non debbono essere tralasciati o ignorati, e che potrebbero essere gestiti attraverso l'adozione di previsioni dedicate, ovvero di un *fine-tuning* della disciplina esistente. Infatti, si osserva come le definizioni attuali sotto le quali sarebbe possibile inquadrare il funzionamento degli AFAT in taluni casi si applicano a un numero limitato di prodotti e servizi, mentre, in altre occasioni dipendono, quasi casualmente, dal modello di *business* adottato e dal concreto funzionamento della singola piattaforma: in altre parole, ogni piattaforma che fornisca servizi di consulenza finanziaria in forma automatizzata potrebbe essere assoggettata ad un insieme plurale o comunque incoerente di discipline, sì come richiesto dal suo concreto funzionamento, in accordo al *framework* di disciplina europeo e nazionale di relativa implementazione, ove presente e rilevante.

Infine, gli AFAT presentano un numero elevato di potenziali criticità, rischi e benefici che sono stati in parte evidenziati all'interno del *discussion paper* e che coinvolgono i tre aspetti della protezione dei consumatori, dell'uso dei poteri di vigilanza ed *enforcement* da parte delle autorità pubbliche, e della commercializza-

zione *cross-border*⁸.

Con riferimento ai consumatori, i benefici esistenti includono una maggiore accessibilità e fruibilità dei servizi di consulenza e una riduzione dei costi di ricerca, anche in considerazione del fatto che gli strumenti *online* sono disponibile a qualsiasi ora del giorno. I rischi individuati dal *discussion paper* attengono principalmente ad una interpretazione non corretta della consulenza fornita e alla susseguente adozione di decisioni non adatte: queste possono discendere da una pluralità di fattori, incluse le difficoltà nel capire e valutare le informazioni chiave che siano state fornite, interpretazioni errate dei dati da inserire nello strumento in uso, inconsapevolezza circa i *bias* incorporati nel *tool*, frammentazione del processo di *advice* con complessa identificazione del fornitore dell'*output* finale, e uso non corretto dei dati personali inseriti. Lo stesso *tool* potrebbe presentare anomalie di funzionamento o fornire consulenza in relazione a determinati prodotti che non coprono il mercato o i bisogni dell'utente nella misura da questi percepita, o – comunque – per quest'ultimo necessaria.

In una prospettiva di commercializzazione *cross-border*, la disponibilità di tali piattaforme stimola la possibilità di accedere a informazioni su prodotti e servizi diffusi e concepiti in altre giurisdizioni, facilitando quindi transazioni *cross-border* e contribuendo, pertanto, ad un'ulteriore integrazione del mercato unico⁹. Nondimeno, è evidente come l'accesso a tali informazioni potrebbe indurre a considerare appropriata, in maniera incauta, prodotti o servizi soggetti a norme e forme di tutela diverse da quelle note all'utente.

Infine, e sebbene al tema venga fornita una scarsa attenzione all'interno del *discussion paper*, il fenomeno degli AFAT pone interessanti sfide all'azione di vigilanza e agli approcci all'offerta di servizi di consulenza finanziaria attraverso strumenti automatizzati; queste includono, in particolare, l'adozione di iniziative volte

⁸Sui benefici e i rischi per le imprese finanziarie in genere cfr. ESAs, *Discussion Paper on automation in financial advice*, cit., p. 28.

⁹Vedi *infra*, paragrafo 3.

a stimolare la consapevolezza dei consumatori, uno stretto monitoraggio dei termini e delle condizioni applicate dai siti web e la trasparenza delle stesse nei confronti degli utenti, controlli sull'uso e sullo scambio dei dati immessi dagli utenti, l'adozione di misure finalizzate a prevenire pratiche commerciali scorrette o la diffusione di piattaforme abusive che non forniscono una consulenza effettiva ma si presentano come tali. Trattasi di compiti e responsabilità non sempre affini a quelle conferite alle autorità europee, e rispetto all'espletamento delle quali potrebbero porsi importanti *gap*.

2.2 Come anticipato, i siti *web* di confronto possono essere intesi come una peculiare nicchia del più ampio fenomeno della fornitura di servizi finanziari in maniera automatizzata, sebbene possa risultare non condivisibile il ritenere che i "comparatori" offrano effettivamente una forma di "*advice*" intesa come opinione o raccomandazione in merito ad una specifica azione che debba essere intrapresa da un consumatore. Come noto, queste piattaforme hanno avuto un particolare successo in mercati con caratteristiche particolari, tra cui un elevato numero di soggetti concorrenti, elevati costi di ricerca per un'ampia e dispersa pletora di consumatori, e sostanziale comparabilità dei servizi e prodotti considerati ¹⁰. In una certa misura, i siti *web* di confronto operano al contempo come intermediari all'interno del mercato e come fornitori di informazioni: attraverso queste piattaforme, infatti, gli utenti possono acquisire dati sulle caratteristiche e i prezzi di determinati prodotti e servizi, e, al contempo, hanno spesso la possibilità di accedere al mercato stesso, acquistando i prodotti e servizi ivi offerti (o, al minimo, richiedere ulteriori informazioni e contattare il *seller*) attraverso canali di commercializzazione a distanza.

Alla luce di tali caratteristiche, la diffusione dei siti *web* di confronto non ha

¹⁰Il principale esempio può essere rappresentato dai siti *web* che offrono un servizio di confronto delle tariffe aeree applicate su una data tratta selezionata dall'utente: tali siti consentono ai consumatori di ridurre in maniera significativa il tempo impiegato nella ricerca di voli, di monitorare l'evoluzione dei prezzi e di pianificare con sufficiente anticipo le scelte di acquisto selezionando l'offerta migliore alla luce dei propri bisogni individuali.

tardato a interessare anche i mercati dei prodotti e servizi finanziari *retail*. Limitando l'osservazione allo scenario italiano, è agevole rilevare la crescente diffusione di comparatori dedicati a fornire informazioni su un numero ampiamente diffuso di prodotti bancari, finanziari e assicurativi, inclusi depositi, mutui, prestiti, conti di pagamento e assicurazioni per auto. Per tale ragione, gli stessi siti sono stati sottoposti allo scrutinio tanto dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) quanto dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private (IVASS), che hanno rispettivamente aperto un procedimento per pratiche commerciali scorrette e pubblicato un *report* su caratteristiche e rischi dei siti *web* di confronto nel settore delle assicurazioni.

I siti *web* di confronto si basano su un'interazione che necessariamente include l'uso di tecnologie digitali: trattasi infatti di piattaforme *web* accessibili da qualsiasi *device* che sia connesso alla rete. Occorre quindi ancora una volta verificare se queste piattaforme rientrano all'interno di alcuna delle definizioni giuridiche di attività o servizi soggetti a regolazione, e – in caso di esito negativo – se l'assenza di un *framework* di disciplina risulti accettabile; infine, occorre valutare se gli stessi possano incidere sui livelli di protezione assicurati ai consumatori, il loro rapporto con i poteri di vigilanza ed *enforcement* attribuiti alle autorità pubbliche, e i profili di interazione con la commercializzazione *cross-border* di servizi finanziari.

In assenza di riferimenti normativi precisi, sembra allo stato necessaria una preliminare analisi e definizione del concreto funzionamento dei siti *web* di confronto. In altre parole, per comprendere se tali strumenti rientrano o meno entro il perimetro di categorie giuridiche definite, ovvero debbano essere auspicabilmente ricondotti sotto l'imperio di una nuova disciplina, devono essere analizzati gli obiettivi perseguiti da tali strumenti di confronto e il loro concreto funzionamento: come operano gli stessi in concreto? Chi li gestisce? Che tipo di contatto viene a stabilirsi tra il sito *web* e l'utilizzatore digitale? Nondimeno, può essere utile inter-

rogarsi sino in fondo sul *concetto* che guida le piattaforme *web* di confronto: sono concepite, da un lato, e percepite, dall'altro, come strumenti volti semplicemente a fornire informazioni su un ventaglio quanto più ampio possibile di prodotti comparabili, o come un primo punto di contatto per la conclusione di molteplici transazioni? In tal senso, qual è il loro obiettivo finale, e come può essere sfruttato, quest'ultimo, dai regolatori? È possibile fare leva sui comparatori *online* per rafforzare la concorrenza sul mercato, assicurando una comparabilità effettiva, ovvero incrementare i volumi di commercializzazione dei prodotti offerti da un limitato gruppo di *provider* raggiungendo il più ampio numero possibile di consumatori? ¹¹

Assumendo quale punto di prospettiva la regolazione Italiana, tali quesiti preliminari richiederebbero di verificare, in primo luogo, se i comparatori rientrano nel perimetro delle attività regolate che il Testo Unico Bancario (T.U.B.) riserva a mediatori e agenti in attività finanziaria ¹², e se il coinvolgimento delle imprese

¹¹In una prospettiva simile si veda DOLMETTA - MALVAGNA, *Sui comparatori on-line di prodotti finanziari*, in Rivista di Diritto Bancario, n. 11, 2015. Sembra in particolare utile richiamare per esteso il seguente passaggio dello scritto dei due autori: “*Si pone come nucleo problematico iniziale – e per una certa misura di ingresso alle altre questioni – quello che ruota intorno ai profili qualificatori del contatto tra piattaforma e utente, ovviamente considerato, quest'ultimo, in via autonoma e distinta dai suoi eventuali rapporti con una o più imprese finanziarie «produttrici». Il tema si appunta sull'interrogativo su quale sia l'attività o il servizio svolto dal primo in favore del secondo: da una funzione meramente informativa, a quella percorsa da profili consulenziali, fino al diretto coinvolgimento nello stesso collocamento del prodotto. Il punto in parola apre, come facilmente si intuisce, al problema disciplinare della corretta selezione dello statuto contrattuale (regole del rapporto) - e pure d'impresa (eventuali autorizzazioni) - applicabile alle fattispecie qui in discussione. In sé distinto da quello appena evocato, quindi, è il tema dell'eventuale coinvolgimento dell'impresa finanziaria «produttrice» nelle dinamiche di costruzione e gestione della piattaforma. Naturalmente, il punto andrebbe analiticamente svolto a seconda della falsariga delle diverse modalità operative in cui il sistema di coinvolgimento potrebbe delinearsi*”.

¹²Secondo la definizione di cui all'articolo 128-*quater* del T.U.B., è agente in attività finanziaria il soggetto che promuove e conclude contratti relativi alla concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma o alla prestazione di servizi di pagamento, su mandato diretto di intermediari finanziari previsti dal titolo V, istituti di pagamento, istituti di moneta elettronica, banche o Poste Italiane; l'esercizio professionale nei confronti del pubblico delle predette attività è riservato ai soggetti iscritti in un apposito elenco tenuto dall'OAM; inoltre, secondo il 4° comma della medesima disposizione, tale attività è svolta su mandato di un solo intermediario o di più intermediari appartenenti al medesimo gruppo, ma, nel caso in cui l'intermediario conferisca un mandato solo per specifici prodotti o servizi, è tuttavia consentito all'agente, al fine di offrire l'intera gamma di prodotti o servizi, di assumere due ulteriori mandati. Il mediatore creditizio è invece il soggetto che, ai sensi dell'articolo 128-*sexies*, mette in relazione, anche attraverso attività

“produttrici” nella diffusione di informazioni attraverso tali piattaforme rappresentano una forma di pubblicità soggetta alla disciplina dell’articolo 116 del medesimo T.U.B.¹³. Posto che il legislatore italiano non fornisce alcuna definizione di “comparatore *online*”, appare evidente come si tratti di un *test* difficoltoso, che impone la preliminare definizione tanto dei confini delle attività “riservate” quanto del concetto di *indipendenza*, essenziale per un corretto inquadramento del fenomeno in esame: occorre quindi considerare se e in che misura i siti *web* di confronto rappresentano dei fornitori *indipendenti* di informazioni; invero, gli accordi commerciali con gli intermediari finanziari che commercializzano quei prodotti inclusi nel paniere dei “prodotti comparati” risultante dalla ricerca condotta dal singolo utente attraverso la piattaforma potrebbe considerevolmente ridurre la percezione (e l’effettività) dell’indipendenza, nonché, per converso, i benefici per i consumatori; occorre pertanto considerare se tale attività risulti riservata ad alcuna delle figure tipizzate e, come tali, soggette a regolazione, e se la stessa debba essere condotta nel rispetto di certi limiti e requisiti.

Perché il tema dell’indipendenza, sopra cennato, è cruciale? Per comprenderlo occorre assumere una prospettiva che tenga conto della protezione sostanziale degli interessi degli utenti, per i quali gli elementi sopra considerati risultano invero estremamente rilevanti. L’uso di termini come “comparatore” e simili può infatti richiamare naturalmente un’idea di indipendenza nella maggior parte degli utenti: in altre parole, questi possono percepire che il servizio gratuito offerto dai siti *web* di confronto copre l’intero spettro (o almeno una sufficientemente vasta)

di consulenza, banche o intermediari finanziari previsti dal titolo V con la potenziale clientela per la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma; l’esercizio di tale attività è riservato ai soggetti iscritti in un apposito elenco tenuto dall’OAM; lo svolgimento di tale attività deve essere svolto senza che sussistano legami con alcuna delle parti tali da compromettere l’indipendenza del mediatore stesso.

¹³In tal senso, si veda DOLMETTA - MALVAGNA, *Sui comparatori on-line di prodotti finanziari*, cit.; gli autori ipotizzano che “*potrebbe infatti ritenersi che il coinvolgimento dell’intermediario nella raccolta dei contenuti della piattaforma venga a iscrivere la relativa dinamica in quella di una «pubblicità» ex art. 116 t.u.b., con tutte le conseguenze che, in punto di disciplina, derivano da una simile qualificazione: prima fra tutte, quella della vincolatività ex lege per l’intermediario delle condizioni portate sul sito (arg. ex art. 117, comma 7, t.u.b.)*”.

porzione del mercato di riferimento, consente di ottenere risultati accurati, aggiornati e adatti ai bisogni individuali, ritenendo altresì che le informazioni personali inserite non saranno trasferite a soggetti terzi per scopi commerciali. Poiché questi elementi interferiscono con la trasparenza e la correttezza nell'offerta di prodotti e servizi finanziari, occorrerebbe considerare, a questo punto, se sussistono le condizioni per assoggettare tali siti *web* a forme dedicate di disciplina, ovvero se l'uso di etichette come "comparatore" debba essere riservato, al limite, a piattaforme registrate e soggette a criteri fissati dalla regolazione. In ultima analisi, occorrerebbe altresì valutare l'opportunità di attribuire a talune autorità pubbliche il compito di gestire direttamente i siti *web* di confronto, in considerazione del fatto che tale strategia comporterebbe l'eliminazione di qualsivoglia rischio per la clientela più vulnerabile.

In un'altra interessante prospettiva, la relazione tra comparatori e "produttori" dei beni e servizi posti a confronto può assumere rilevanza in un ambito giuridico del tutto diverso, quale quello inerente la tutela della proprietà intellettuale. In tal senso, è possibile fare riferimento al caso deciso dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa C-30/14 *Ryanair Ltd. Vs. PR Aviation BV*, relativa alla protezione legale dei dati nell'ipotesi di *screen scraping*, ovvero di estrazione sistematica di dati raccolti all'interno di un sito internet attraverso l'uso di *software* automatizzati: nella sua decisione, la CGUE ha affermato che la Direttiva 96/9/EC sulla protezione dei *database* deve essere interpretato nel senso che essa *"is not applicable to a database which is not protected either by copyright or by the sui generis right under that directive, so that Articles 6(1), 8 and 15 of that directive do not preclude the author of such a database from laying down contractual limitations on its use by third parties, without prejudice to the applicable national law"*.

Nel quadro giuridico dell'Unione europea, è importante osservare che i comparatori sono stati oggetto di specifica attenzione nella recente direttiva 2014/92/EU sulla comparabilità delle spese relative ai conti di pagamento, sul tra-

sferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base (PAD). La direttiva riconosce che siti web di confronto *indipendenti* possono essere un mezzo efficace per consentire ai consumatori di valutare le caratteristiche dei diversi conti di pagamento offerti in un dato mercato, poiché garantiscono un adeguato equilibrio tra il bisogno di un'informazione chiara e concisa e le esigenze di completezza e onnicomprensività. In tal senso, i comparatori dovrebbero veicolare informazioni sul più vasto insieme possibile di prodotti offerti, al fine di fornire una visione rappresentativa, coprendo una parte significativa del mercato. Pertanto, la PAD riconosce che l'informazione fornita attraverso questi siti *web* dovrebbe essere affidabile, imparziale e trasparente, e che i consumatori dovrebbero essere informati della disponibilità di tali siti web da parte degli Stati Membri ¹⁴.

Infine, si noti che il ruolo dei comparatori all'interno della PAD si correla in maniera significativa al tema della commercializzazione di prodotti *cross-border*. In questa prospettiva, i comparatori sono posti al centro dell'analisi proposta nel

¹⁴Si vedano i considerando 22 e 23, nonché l'articolo 7 della PAD. Quest'ultimo stabilisce quanto segue:

“1. Gli Stati membri assicurano che i consumatori abbiano accesso gratuitamente ad almeno un sito Internet per il confronto delle spese addebitate dai prestatori di servizi di pagamento almeno per i servizi compresi nell'elenco definitivo di cui all'articolo 3, paragrafo 5, a livello nazionale. I siti Internet di confronto possono essere gestiti da un operatore privato o da una autorità pubblica.

2. Gli Stati membri possono prescrivere che i siti Internet di confronto di cui al paragrafo 1 includano ulteriori determinanti comparative sul livello di servizi offerto dal prestatore di servizi di pagamento.

3. I siti Internet di confronto istituiti ai sensi del paragrafo 1:

a) sono funzionalmente indipendenti assicurando che i prestatori di servizi di pagamento ricevano pari trattamento nei risultati di ricerca;

b) indicano chiaramente i relativi proprietari;

c) definiscono criteri chiari e oggettivi su cui si basa il raffronto;

d) usano un linguaggio chiaro e privo di ambiguità e, se applicabili, i termini standardizzati stabiliti nell'elenco definitivo di cui all'articolo 3, paragrafo 5;

e) forniscono informazioni corrette e aggiornate, e indicano la data dell'ultimo aggiornamento;

f) comprendono un'ampia gamma di offerte di conti di pagamento che copra una parte significativa del mercato e, se le informazioni presentate non forniscono un quadro completo del mercato, una chiara indicazione in tal senso prima di mostrare i risultati; e

g) forniscono una procedura efficace per segnalare le informazioni errate sulle spese pubblicate.

4. Gli Stati membri garantiscono che siano rese disponibili online informazioni sulla disponibilità di siti Internet conformi al presente articolo.”:

recente *Green Paper on retail financial services* pubblicato dalla Commissione europea nel dicembre 2015: l'accesso a siti web di confronto indipendenti per tutti i consumatori dell'Unione è inteso come uno degli strumenti capaci di favorire lo sviluppo del mercato interno unico per i servizi finanziari al dettaglio, che – allo stato – non sembra essere adeguatamente sviluppato (v. *infra*). Nondimeno, i criteri indicati nelle previsioni della PAD non sembrano utili a identificare la tipologia di strumenti che la Commissione intende utilizzare. Inoltre, il problema principale riguarda la possibilità di consentire a comparatori *web* pan-europei di comparare prodotti che siano, a loro volta, pan-europei: in altre parole, sarebbe pressoché impossibile comparare prodotti che non presentino le medesime caratteristiche e strutture di costo; d'altro canto, una tale forma di comparazione risulterebbe del tutto fuorviante per i consumatori, che potrebbero percepire i prodotti presentati come simili. Trattasi, allo stato, di un problema di non agevole soluzione, anche alla luce della naturale tendenza verso la personalizzazione dei prodotti e dei servizi. In tal senso, occorre ancora domandarsi se sia veramente realizzabile, o comunque utile, una comparazione di un singolo prodotto offerto da migliaia di diversi intermediari: sembra infatti evidente il rischio di un sovraccarico informativo per gli utenti, che risulterebbero naturalmente spinti a continuare a scegliere esclusivamente sulla base del più semplice degli indicatori – il prezzo – ovvero a un criterio di vicinanza/prossimità (il prodotto più noto).

2.3 Il *peer-to-peer-lending* costituisce il terzo esempio dei più recenti *trend* dell'innovazione finanziaria gradualmente emergenti a livello globale, e che probabilmente richiederanno particolare attenzione da parte dei regolatori nazionali ed europei nel prossimo futuro. Il concetto di *peer-to-peer lending* generalmente racchiude un'idea abbastanza semplice, sviluppata, tuttavia, secondo approcci e modalità tra loro molto diverse: in estrema sintesi, esso consiste nella raccolta di piccole somme di denaro da parte di un ampio insieme di individui (ovvero i c.d. *social lenders*) e il trasferimento delle stesse a un prenditore, generalmente un individuo

in cerca di fondi per la realizzazione di piccole esigenze personali o una piccola-media impresa in cerca di fonti alternative di liquidità. Il *peer-to-peer lending* costituisce dunque una forma alternativa alla tradizionale offerta di credito da parte di banche e altri intermediari: sulla base di tale semplice schema, le piattaforme di *social lending* consentono l'incontro tra l'offerta e la domanda di credito senza ricorrere ad altri intermediari. Secondo la definizione adottata dall'EBA nella sua *Opinion on lending based crowdfunding* emanata nel febbraio 2015, il *lending-based crowdfunding* consiste in “*open calls to the wider public by fund seekers through a third party, typically an on-line platform, to raise funds for a project or for personal purposes, in the form of a loan agreement, with a promise to repay with (or in certain cases without) interest. The fund raisers may include individuals, start-up companies or existing SMEs that are seeking an alternative means of funding, rather than the traditional credit market*”¹⁵.

Le iniziative di *peer-to-peer lending* sono emerse spontaneamente e hanno riscosso un certo successo in numerosi mercati, sebbene le stesse rimangano ancora marginali in quelli, tra questi ultimi, meno propensi a rapide innovazioni – specie dal lato della domanda. Sebbene non risultino disponibili elaborazioni statistiche ufficiali, si stima che il valore attuale complessivo dei finanziamenti erogati attraverso piattaforme p2p italiane ammonti a circa 225 milioni di euro; in Italia, la regolazione è allo stato limitata alle piattaforme di *crowdfunding*, ovvero quelle che consentono di investire in obbligazioni e azioni di imprese non quotate sempre attraverso la rete. Nel Regno Unito, in cui si stima che tale cifra raggiunga 1.3 miliardi di sterline con oltre 50 operatori attivi, le piattaforme di *social-lending* (nella versione *loan-based*, e dunque specializzate in una forma di credito al dettaglio per importi non elevati) sono – al contrario – soggette alla regolazione della Financial Conduct Authority (FCA), che applica regole volte alla protezione degli investitori e

¹⁵Cfr. EBA, *Opinion on lending based crowdfunding*, [https://www.eba.europa.eu/documents/10180/983359/EBA-Op-201503+\(EBA+Opinion+on+lending+based+Crowdfunding\).pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/983359/EBA-Op-201503+(EBA+Opinion+on+lending+based+Crowdfunding).pdf), febbraio 2015.

persegue una linea volta ad assicurare l'accesso a informazioni chiare e idonee a consentire una valutazione dei rischi e delle caratteristiche delle operazioni condotte; inoltre, le imprese che forniscano servizi di prestito *peer-to-peer* devono rispettare alcuni requisiti fondamentali in materia di protezione dei consumatori, e specifiche regole prudenziali volte a prevenire rischi sistemici, fra cui la predisposizione di piani di risoluzione, la necessità di ottenere una licenza e il rispetto di requisiti minimi di capitale.

Limitando la nostra attenzione alle forme di *peer-to-peer lending* fra privati, è possibile osservare come queste piattaforme pongano un insieme di importanti spunti di analisi e riflessione dal punto di vista della regolazione.

In primo luogo, non si riscontra un approccio unitario rispetto alla risoluzione dell'interrogativo sul se tali piattaforme forniscono un servizio unitario e innovativo ovvero un insieme di servizi compositi che rientrano ciascuno nel perimetro di un'attività già soggetta a riserva giuridica. In tal senso, è importante sottolineare il diverso approccio che è stato adottato in Italia, da un lato, e nel Regno Unito, dall'altro: mentre nel primo caso le piattaforme operano e sono autorizzate come istituti di pagamento, nel secondo caso sono soggette ad un'autorizzazione e a un regime di disciplina *ad hoc*. Inoltre, come osservato nella opinione dell'EBA sul *lending-based crowdfunding*, poiché tali piattaforme non raccolgono e trattengono depositi o altri fondi rimborsabili né simultaneamente offrono credito "*for their own account*", non rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina fissata dal pacchetto CRD, che parte da una definizione di ente creditizio quale "*impresa la cui attività consiste nel raccogliere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto*"¹⁶.

In secondo luogo, rischi derivanti dall'uso delle piattaforme di *lending-based crowdfunding* si pongono per tutte le parti coinvolte, ovvero tanto i prenditori e prestatori quanto l'ente gestore della piattaforma; tali rischi includono il rischio di

¹⁶Cfr. articolo 4(1), punto 1, del Regolamento (UE) n. 575/2013 (c.d. CRR).

credito e di controparte, il rischio di frode, il rischio di liquidità, il rischio operativo e le eventuali minacce di carattere legale-reputazionale connesse all'esposizione al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo¹⁷; tali rischi possono essere ridotti attraverso un insieme di misure tra cui requisiti di trasparenza generale in ordine al funzionamento e ai possibili rischi connessi ai prestiti *p2p*, una dettagliata informativa circa i progetti e i soggetti ammessi al finanziamento attraverso la piattaforma, clausole uniformi, chiare e trasparenti relative alle spese e ai diritti di recesso, e procedure obbligatorie e dedicate per la gestione dei reclami¹⁸. Nondimeno, data l'estrema varietà dei profili di rischio in gioco e la diversa tipologia di misure che dovrebbero essere implementate al fine di assicurarne la mitigazione pur senza imporre eccessivi vincoli allo sviluppo e diffusione di tali piattaforme, si ritiene che un approccio coerente richiederebbe l'adozione di una disciplina dedicata, volta a prevenire la semplice giustapposizione di frammenti diversi del sistema regolamentare già esistente.

Infine, e come si avrà modo di evidenziare nei prossimi paragrafi, va ricordato che le piattaforme di *p2p lending* si connotano per l'elevatissimo potenziale in termini di ulteriore integrazione del mercato unico europeo, dato che l'accesso ai servizi offerti attraverso le stesse richiede una semplice connessione web. Va al riguardo rammentato che gli Stati Membri non possono imporre restrizioni alle piattaforme *p2p* quali "*information society service providers*" nella fornitura di servizi in un paese *host*, in virtù delle previsioni stabilite dalla direttiva 2000/31/EC sull'e-commerce; nondimeno, nella pratica, le incertezze di carattere regolamentare sopra evidenziate fanno sì che nessuna piattaforma di *p2p lending* operi *cross-border*¹⁹.

¹⁷Si veda EBA, *Opinion on lending-based crowdfunding*, cit.

¹⁸*Ibidem*.

¹⁹Nel novembre 2015, la Banca d'Italia ha sottoposto a consultazione uno schema delle disposizioni in materia di raccolta del risparmio dei soggetti diversi dalle banche, destinate a sostituire il Capitolo 2 del Titolo IX della Circolare della Banca d'Italia n. 229 del 21 aprile 1999. Tali disposizioni costituiscono attuazione dell'articolo 11 T.U.B. e della delibera CICR del 19

3. I *trend* principali dell'innovazione Finanziaria descritti nel precedente paragrafo possono essere considerati, come in parte già tratteggiato, anche alla luce della più ampia e complessa tematica della maggiore integrazione del mercato unico per i servizi finanziari al dettaglio. Oltre alle caratteristiche e agli elementi comuni descritti, AFAT, comparatori e piattaforme di prestito p2p hanno una comune caratteristica: possono fungere da motore per un'integrazione ulteriore del *single market*, grazie alla loro accessibilità per tutti i consumatori europei, alla loro estrema facilità e rapidità di utilizzo, alla loro capacità di favorire la concorrenza al contempo riducendo i costi per intermediari e utenti. Cionondimeno, talune precondizioni devono verificarsi: invero, occorre chiedersi se sia possibile effettivamente creare, ovvero ampliare il perimetro e la capacità del mercato unico per i servizi finanziari, quali ostacoli attualmente si frappongono ad una sua significativa crescita, e come le opportunità offerte dagli esempi sopra riportati dell'innovazione finanziaria possono contribuire ad una riduzione di tali ostacoli.

Concentrando l'attenzione sul settore bancario, si nota come lo sviluppo del mercato unico sia stato essenzialmente incentrato sull'elaborazione di regole

luglio 2005; secondo il testo proposto in consultazione, obiettivo della revisione normativa è quello di “rafforzare i presidi normativi, patrimoniali e di trasparenza a tutela dei risparmiatori che prestano fondi a soggetti diversi dalle banche, specie con riferimento a forme di raccolta che coinvolgono un pubblico numeroso e prevalentemente composto da consumatori”, nonché, tra l'altro, di “chiarire il quadro normativo del c.d. social lending, in modo da facilitare la consapevolezza degli operatori del comparto circa i vincoli derivanti dalle esistenti riserve di attività e prevenire, in linea con gli orientamenti internazionali, lo sviluppo dello shadow banking system”. Al riguardo, lo schema prevede l'introduzione di una specifica sezione dedicata all'attività di *social lending*, volta a fornire chiarimento in merito alle condizioni e limiti il cui rispetto è necessario affinché risulti rispettata la disciplina in materia di raccolta del risparmio tra il pubblico; ribadito il divieto di raccolta del risparmio tra il pubblico, vengono fornite indicazioni i) ai gestori dei portali, circa i casi in cui “la raccolta di fondi non è vietata poiché inquadrabile come prestazione di servizi di pagamento o emissione di moneta elettronica da parte di soggetti abilitati”; e ii) ai prenditori di fondi, chiarendo che – tenendo conto delle modalità operative tipiche delle piattaforme di *social lending* – “la raccolta può considerarsi effettuata sulla base di una trattativa personalizzata quando, pur in presenza di un'attività del gestore di supporto allo svolgimento delle trattative precedenti alla formazione del contratto, i prenditori e i finanziatori che utilizzano il portale sono in grado di incidere sulla determinazione delle clausole contrattuali con la propria volontà negoziale”. Viene inoltre indicata l'opportunità di fissare un limite massimo, di importo contenuto, ai fondi che ciascun prenditore può acquisire tramite il portale di *social lending*.

complesse e a più livelli volte a consentire l'effettivo esercizio della libertà di stabilimento per gli operatori autorizzati a svolgere determinate attività in un qualsiasi Stato membro dell'Unione europea; è stato poi necessario, "correggere il tiro" di tali regole, affiancando, alle stesse, meccanismi e presidi volti a prevenire o mitigare le conseguenze sistemiche derivanti da crisi di più agevole propagazione all'interno di un mercato sempre più integrato. In tal senso, può essere qui utile richiamare il considerando 5 della direttiva 2013/36/EU, che stabilisce che le previsioni ivi contenute costituiscono *"lo strumento essenziale per la realizzazione del mercato interno, sotto il duplice aspetto della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi finanziari nel settore degli enti creditizi"*. Poco più avanti, il considerando 19 stabilisce che gli enti autorizzati nel proprio paese di origine sono autorizzati a svolgere nell'Unione *"tutte o parte delle attività che figurano nell'elenco delle attività soggette al mutuo riconoscimento, tramite lo stabilimento di succursali o mediante prestazione di servizi"*; tali attività sono elencate all'interno dell'Allegato I alla direttiva 2013/36/UE, e vanno dalla raccolta dei depositi e di altri fondi ripagabili a richiesta all'emissione di moneta elettronica. Nondimeno, mentre le attività sono soggette al mutuo riconoscimento, e pertanto sono diventate sempre più convergenti, i prodotti, i processi e le regole di condotta non hanno percorso il medesimo *iter* di ravvicinamento.

L'apertura (*rectius*: integrazione) del e nel mercato unico a imprese basate in una qualsiasi giurisdizione dell'Unione europea è stata accompagnata, in parallelo, dallo sviluppo di un *framework* normativo dedicato alla protezione dei consumatori con riferimento a certi specifici prodotti e servizi (ad esempio, il credito immobiliare, il credito al consumo) o a certe specifiche modalità nelle quali le attività ammesse al mutuo riconoscimento vengono o possono essere svolte (ad es., la disciplina dedicata alle forme di *distance marketing*). In conseguenza di ciò, mentre il sistema di disciplina volto a stabilire un *level playing field* per la prestazione di servizi bancari da parte di imprese modellate su un modello giuridico stabilito nel

diritto dell'Unione è stato completato e poi ulteriormente sviluppato e rafforzato successivamente alla crisi finanziaria, il *framework* dedicato ai prodotti e ai servizi, così come le regole in materia di condotta e rapporti con la clientela appaiono come gli elementi mancanti dell'intera impalcatura giuridica. Il mercato per i servizi finanziari al dettaglio appare invero come un tempio greco con quattro pilastri: mentre i tre pilastri che includono le autorità di vigilanza, le *legal entities* abilitate a svolgere attività riservate e le infrastrutture di mercato sono ormai sostanzialmente completi, il quarto pilastro dei prodotti, dei servizi e delle attività mutualmente riconosciute appare ancora in piena costruzione. Si procede per blocchi, interruzioni e riprese: manca il perseguimento di un disegno architettonico unitario. In tale contesto, l'innovazione finanziaria e gli scenari da questa disvelati appaiono come il proverbiale elefante nella stanza, o, secondo una prospettiva più ottimistica, un più benevolo *deus ex machina*.

Nel recente *Green Paper on retail financial services*, pubblicato nel dicembre 2016 e aperto alla consultazione sino allo scorso marzo, la Commissione europea osserva come "*Europe-wide markets in retail financial services do not really exist at present. Only a small minority of retail financial service purchases take place across borders. There are many good products which exist in domestic markets, but it is difficult for consumers in one EU Member State to buy products provided in another*"; in tale contesto, la digitalizzazione è percepita come un mezzo volto a ridurre l'importanza della "collocazione fisica" delle parti di un rapporto contrattuale, attribuendo a qualsiasi impresa la possibilità di rendere i propri prodotti disponibili ovunque nell'Unione europea e consentendo di raggiungere l'obiettivo di un mercato unico europeo maggiormente integrato.

In questa interessante pubblicazione, che servirà certamente da stimolo per indirizzare nuove iniziative regolamentari e delineare una più definita *policy* in materia, la Commissione identifica una serie di ostacoli che attualmente si frappongono alla creazione e allo sviluppo effettivo di un mercato unico per i servizi

finanziari al dettaglio; vengono quindi presi in considerazione i rapporti tra tali ostacoli e gli sviluppi della digitalizzazione nel settore finanziario *retail*. Nella prospettiva offerta, l'uso di tecnologie digitali innovative può risultare utile a risolvere tali problematiche, tra cui anche quelle che si ricollegano a una scarsa informazione e a un limitato accesso alle offerte provenienti da altri Stati membri, e quelle concernenti la frammentazione dei mercati e l'effetto scoraggiante di tale componente sui comportamenti e le scelte degli intermediari.

In primo luogo, vengono presi in considerazione gli ostacoli che si collegano alla struttura del mercato. Questi includono *i)* una debole domanda extra-domestica di prodotti da parte dei consumatori, *ii)* una frammentazione dei mercati, evidenziata dal differenziale tra i prezzi praticati sui vari mercati domestici per prodotti identici o simili – anche in conseguenza della tendenza ad aggiustare le politiche di *pricing* alle condizioni domestiche – e limiti nella scelta di prodotti, e *iii)* concorrenza insufficiente, livelli minimi di *consumer switching* e frequenti prassi di abbinamento tra prodotti. In secondo luogo, alcuni dei maggiori aspetti della digitalizzazione e dell'innovazione vengono presi in considerazione, al fine di valutare in che misure questi possano dare l'opportunità di “*smooth the process of making some cross-border transactions expand access to more effective information and advice for consumers, improve comparability of products and increase switching behavior*”²⁰. Da un lato, viene fortemente evidenziata l'emersione di nuovi modelli di *business*, attori e servizi che includono il trasferimento di denaro attraverso strumenti elettronici, l'intermediazione *online* dei pagamenti, l'aggregazione dei dati finanziari, l'offerta di credito *peer-to-peer* e i comparatori di prezzo; inoltre, vengono indicate tanto la pressione dei *social media*, quanto le interazioni tra i nuovi *player* emergenti e le imprese *incumbent*; queste ultime, da un lato si propongono di interagire con i *newcomers* al fine di fronteggiare al meglio i *trend* emergenti e, dall'altro, sono costrette a valutare la sostenibilità dei costi associati

²⁰Cfr. Commissione europea, *Green paper on retail financial services*, p. 10.

con il mantenimento di costosi “*physical shops*” (ad es., gli sportelli bancari). Ancora, la Commissione europea evidenzia la crescente offerta di prodotti nuovi, sottolineando le opportunità emergenti dallo sviluppo di servizi di pagamento innovativi: questi, tuttavia, poiché vengono sviluppati all’interno dei mercati nazionali, e a questi vengono rivolti, rimangono lontani dal consentire una piena interoperabilità cui conseguirebbe una maggiore integrazione e apertura del mercato transnazionale.

Sembra importante sottolineare che gli ostacoli messi in luce dalla Commissione europea all’interno del *Green paper* spiegano solo in parte lo scarso sviluppo di un mercato europeo integrato per i servizi finanziari al dettaglio. Invero, sebbene siano un prerequisito chiave per assicurare il corretto funzionamento di quest’ultimo, gli aspetti giuridici essenziali che attengono all’offerta e commercializzazione *cross-border* di prodotti finanziari al dettaglio e i temi relativi all’*enforcement* della disciplina dell’Unione e l’allocazione delle responsabilità di vigilanza tra le autorità nazionali non risultano analizzati o discussi in dettaglio. Solo nella terza sezione del *Green Paper* si rintracciano cenni ad alcuni di questi temi: a giudizio di chi scrive, l’analisi degli stessi sembrerebbe invece porsi come preliminare ad un’integrazione ulteriore del mercato finanziario. Nel libro verde, la Commissione cita, tra l’altro, i problemi relativi alla portabilità *cross-border* dei prodotti, le difficoltà connesse all’accesso a sistemi rimediali, la comparabilità di spese e commissioni, e le difficoltà, incumbenti sugli operatori attivi oltre i confini domestici, connesse alla necessità di adeguarsi alla disciplina posta da una pluralità di ordinamenti diversi in relazione all’offerta di prodotti e servizi finanziari *retail*. Con riguardo a quest’ultimo aspetto, e in linea con le osservazioni sopra svolte, si osserva che mentre il regime europeo di *passporting* è utilizzabile da parte di certe categorie di operatori e per alcune specifiche tipologie di attività ²¹, tale sistema non consente una riduzione effettiva dei costi di *compliance*, né si estende a tutti i

²¹Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Green paper on retail financial services*, p. 26.

prodotti: nell'ottica fornita all'interno del *Green Paper*, un possibile miglioramento del supporto fornito dalle autorità nazionali verso le imprese che intendano offrire prodotti oltre i confini del proprio paese *home*, nonché l'autonoma creazione di regimi europei di disciplina maggiormente armonizzati vengono citati²², in parallelo con il riconoscimento dell'assenza di convergenza in diverse importanti aree della regolazione specificamente correlate con l'offerta di prodotti bancari, come il diritto fallimentare, le procedure di stima dei beni e i meccanismi di soddisfazione dei crediti sugli stessi.

3.1 Come emerge dall'analisi delle problematiche connesse ai tre esempi di innovazione finanziaria sopra descritti, mentre le dinamiche che connotano quest'ultima e lo sviluppo e diffusione di prodotti alternativi possono contribuire allo sviluppo di un mercato per i servizi finanziari *retail* maggiormente integrato, altresì favorendo la concorrenza, emergono forti dubbi sulla capacità di tali fattori di consentire un simile sviluppo per prodotti e servizi *tradizionali*. In tal senso, il tentativo di sfruttare i vantaggi dell'innovazione finanziaria e di regolare i nuovi *trend* devono essere considerati alla luce della creazione di prodotti e servizi che

²²In tal senso, appare illuminante l'ultima parte del Libro verde, sebbene risulti poco chiaro individuare il messaggio che la Commissione ha inteso trasmettere: *"In some instances, a separate legal framework might be the best way to increase choice of product while decreasing costs for business and ensuring that consumers are adequately protected. An opt-in regime could be a framework for identical product characteristics, to be used on a voluntary basis. Its advantage would lie in providing standardization between Member States and in overcoming many national regulatory differences in some areas. Moreover, it could be a useful means for offering comparable and easy-to-understand financial products, thus increasing consumer trust and confidence for shopping cross border. The CMU Action Plan announces the Commission's intention to assess the case for a policy framework to establish a European market for simple, efficient and competitive personal pensions. In 2015 EIOPA consulted on the creation of a standardized Pan-European Personal Pension product (PEPP). In view of their similar features, the work carried out by EIOPA could serve as a basis for developing an opt-in regime for a Pan-European life insurance product. This could also prove valuable for other products. Similar ends could also be achieved by bringing national regimes and rights closer into line to encourage convergence through guidance, improved comparability or standardized practices, potentially through further development of current or new passporting regimes, convergence in supervisory standards (led by the ESAs) to limit issues with host state regulators. The concept of 'general good' rules⁸¹ in insurance, which are an exception to the fundamental principles of the Treaty with regard to free movement, would benefit from additional clarity. Inspiration could be drawn from UCITS as a current successful example of an EU-wide regime"*.

possano essere più agevolmente comparati dai consumatori e dalla clientela in generale all'interno dei confini dell'intera Unione, e l'armonizzazione dei poteri di vigilanza ed *enforcement* a tal fine attribuiti alle autorità di vigilanza nazionali.

Come già evidenziato, lo sviluppo di una disciplina di livello 1 per la regolazione dei prodotti e servizi finanziari non ha seguito un percorso lineare e, per così dire, onnicomprensivo: le direttive europee di rilievo all'interno di questo settore sono dedicate a specifici prodotti, con regole che spesso si sovrappongono e creano un intricato rompicapo di esenzioni, eccezioni e *gap* e *underlap* regolatori; in aggiunta, questo sistema di regole si pone in continuo dialogo tanto con altri campi del diritto fortemente radicati nelle tradizioni giuridiche nazionali (ad es., le regole in materia di insolvenza, o la disciplina sulla trasferibilità dei beni, le ipoteche etc.) quanto con altre previsioni adottate nel tempo dall'Unione per finalità talvolta estranee alla regolazione finanziaria intesa *stricto sensu*.

Lo stesso vale per le fonti di c.d. "level 2" e "level 3". Un esempio recente è rappresentato dalle 12 linee guida adottate dall'EBA in materia di "*product oversight and governance arrangements for retail banking products*", che devono essere rispettate dai "produttori" e "distributori" di prodotti offerti a consumatori in relazione a specifiche direttive dell'Unione, quali la Direttiva 2007/64/EC sui servizi di pagamento, la Direttiva 2009/110/EC sulla moneta elettronica, e la Direttiva 2014/17/EU sui contratti di credito ai consumatori relativi a immobili residenziali²³.

²³L'applicazione delle linee guida è di competenza delle Autorità nazionali, le quali possono decidere di applicare le disposizioni in questione ad altre entità che, pur non riconducibili nell'ambito della direttiva, sono vigilate dall'autorità stessa; inoltre, medesime tutele possono essere estese a persone diverse dai consumatori (come le micro imprese e le PMI). Vedi art. 7-8 delle EBA *Guidelines on product oversight and governance arrangements for retail financial products*, disponibili (ultimo aggiornamento ad aprile 2016) al seguente indirizzo: <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1141044/EBA-GL201518+Guidelines+on+product+oversight+and+governance.pdf>.

The extension of the scope of application of the guidelines is under the remit of competent national authorities, which may consider to apply the former to other entities in their jurisdictions that do not fall within the scope of the legislative acts mentioned in the text but for which the competent authorities have supervisory responsibilities; furthermore, the same protections can be extended to persons other than consumers – such as micro-enterprises and SMEs. See points 7 and 8 of the EBA *Guidelines on product oversight and governance arrangements for retail financial products*,

Queste linee guida prendono in considerazione gli accorgimenti diretti ad assicurare un adeguato controllo sui prodotti commercializzati; tali presidi devono essere integrati nel sistema dei generali requisiti organizzativi imposti agli intermediari e connessi ai sistemi di controllo interno, laddove gli stessi offrano prodotti rientranti nel relativo ambito di applicazione: in tal senso, le linee guida individuano le procedure volte ad assicurare che gli interessi, gli obiettivi e le caratteristiche connessi ad un mercato *target* siano rispettati, attraverso il ciclo dello sviluppo e successiva commercializzazione (*designing, marketing, reviewing*). Nondimeno, come evidente, l'ambito di applicazione di tali linee guida è limitato, e copre solo una porzione delle attività che possono essere svolte dalle *credit institutions* al di là dei confini nazionali, escludendo, al contempo, altri intermediari.

La complessità dello scenario regolatorio e le caratteristiche sopra descritte suggerirebbero l'opportunità di approfondire sforzi volti a un consolidamento del regime di disciplina già esistente, proprio in un'ottica di maggiore integrazione del mercato unico; con particolare riguardo al settore bancario, ciò potrebbe essere realizzato attraverso la creazione di un *single rulebook* per prodotti, servizi e regole di condotta per tutti gli intermediari, secondo un modello che rispecchi quello già in parte in essere nel settore dell'intermediazione finanziaria. Tale regime potrebbe consentire di prevenire la duplicazione delle informazioni da veicolare ai consumatori, di riempire i vuoti regolatori esistenti e i disallineamenti tra le norme di *compliance* applicabili nei vari ordinamenti; al contempo, potrebbe stimolare una tendenza virtuosa verso lo sviluppo di un sistema di prodotti "pan-europei" e un regime di passaporto effettivo per prodotti e servizi armonizzati nell'intera Unione, strumento utile al fine di incoraggiare la competizione e favorire una riduzione dei costi a vantaggio di tutti i consumatori; potrebbe, infine, favorire la comparabilità di prodotti, assicurando un livello minimo di qualità dei servizi ovunque

available (last retrieved on April 3 2016) at the following address: <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1141044/EBA-GL-2015-18+Guidelines+on+product+oversight+and+governance.pdf>.

gli stessi siano offerti in Europa. Nel lungo termine, tali trasformazioni potrebbero consentire anche una razionalizzazione del mercato, una specializzazione dei modelli di *business* degli intermediari e, in ultima analisi, una maggiore stabilità dell'intero settore bancario.

Tale imponente sforzo di consolidamento dovrebbe essere necessariamente accompagnato dall'identificazione di alcuni pilastri comuni per assicurare un'effettiva protezione per tutti i consumatori senza l'imposizione di ulteriori e dispendiosi oneri in capo agli operatori di mercato: in tal senso, il *framework* di disciplina dell'Unione dovrebbe garantire un'ulteriore convergenza verso un *common minimum understanding* dei principi di trasparenza – tanto formale che sostanziale – e correttezza nelle relazioni con la clientela²⁴; ciò consentirebbe ai consumatori di “votare con il proprio denaro”, ovvero di spostarsi all'interno del mercato europeo scegliendo tra prodotti e servizi con caratteristiche di protezione minime comuni; tali prodotti e servizi inoltre, sarebbero offerti da imprese soggette alle medesime “regole del gioco”, fissate in maniera uniforme e applicate da autorità di vigilanza equipaggiate di risorse e poteri adeguati.

Si aggiunge anche che il consolidamento e la semplificazione dell'attuale sistema europeo di disciplina potrebbero tenere in considerazione ed elaborare gli spunti offerti dai più recenti studi in tema di *behavioral economics*. La disciplina europea tiene già in parte in considerazione gli aspetti psicologici dei processi decisionali dei consumatori, e si è spesso evidenziato come la semplicità dell'informazione trasmessa, in un'ottica di trasparenza sostanziale, può effettivamente contribuire a migliorare le scelte finanziarie dei consumatori; ciò specie

²⁴(si veda sopra, nota 1): “Consumers must be able to understand what they are buying, and why they are being sold a particular service: is it because it is the right service for them? Or because it is a product that earns the biggest commission? The availability of information to consumers is crucial: transparency is the foundation of consumer protection. If consumers don't have information, and information presented in a comprehensible way that can be compared to other products, they can neither properly choose what works best for them nor hold service providers to account. As knowledge is power, transparency is vital for an equitable balance of power between producer and consumer”.

laddove siano rafforzate e sistematizzate le iniziative in tema di educazione finanziaria. Come è stato altresì recentemente osservato nel dibattito sugli obiettivi di *policy* da realizzare a livello europeo, *“policy-makers would need to improve their knowledge about the very factors determining consumers’ decisions. This seems a sine-qua-non condition for identifying the causes of market dysfunction and for conceiving the best policy solutions. While (...) some first attempts have already been made at EU level (e.g. PRIPs, CCD, MCD), several EU Member States are more advanced in exploring behavioural insights and in applying them in policymaking. Some national authorities (e.g., the UK Financial Conduct Authority) have even developed principles and guidelines which the regulator should follow to better incorporate behavioural insights into its initiatives. New policies in financial services – both at national and EU level – should take into account behavioural insights since they shed light on the determinants of consumer behavior. At the same time, consumers should be free to decide and even free to make mistakes, if these do not result from misleading or unfair practices of providers. Therefore, regulators could have to face a dilemma regarding the scope of their intervention. In this context, it is appropriate to reflect on the trade-off between consumers’ freedom to decide, and the regulator’s need to prevent the sum of individual misbehaviors negatively affecting the economy, as in the case of the recent financial crisis”*²⁵.

4. Nella misura in cui prevale la “componente nazionale” delle regole in materia di prodotti, servizi e tutela dei consumatori, le azioni di vigilanza e di *enforcement* assumono anch’esse un rilievo di tipo principalmente nazionale. In una prospettiva di vigilanza, le sfide poste dall’emersione di un’ulteriore integrazione del settore finanziario *retail* nell’ambito dell’Unione - con la relativa apertura dei mercati domestici -, e di un più elevato affidamento sulle tecnologie digitali, sono

²⁵Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Emerging challenges in retail finance and consumer policy - Behavioral economics and financial services* (Steering note), report finale della conferenza del 18 novembre 2014.

molteplici. Possono qui essere tratteggiati tre problemi essenziali.

Il primo problema riguarda l'adozione di uno specifico modello di vigilanza rispettivamente per il livello nazionale e per il livello europeo, nonché l'interazione tra tali livelli e tra le funzioni qui in esame e quelle che più strettamente pertengono ad assicurare la stabilità finanziaria. Il tema della protezione dei consumatori ha assunto in maniera progressiva un ruolo sempre più autonomo, quale funzione indipendente da affidare a un'autorità di vigilanza, al contempo interrelata ad ulteriori obiettivi fissati dall'ordinamento. Nel panorama attuale degli organi e delle istituzioni, i modelli presenti nei diversi paesi europei sono particolarmente eterogenei e non emerge una preferenza chiara: invero, i compiti che attengono alla protezione dei consumatori rispondono a un'evoluzione strettamente nazionale degli obiettivi e degli strumenti fissati nella legislazione interna, e appaiono spesso meramente giustapposti ad altre responsabilità e funzioni che includono la stabilità degli intermediari e dei mercati finanziari in una prospettiva, al contempo, micro e macro. Prendendo ad esempio il caso italiano, la protezione dei fruitori di servizi bancari, finanziari e assicurativi si presenta come un compito ad elevata complessità; le responsabilità in ordine all'espletamento dello stesso sono suddivise tra molte autorità, tra cui la Banca d'Italia, la CONSOB, l'IVASS e l'AGCM, senza contare, poi, il ruolo essenziale attribuito all'ABF come organo alternativo di risoluzione delle controversie, e i compiti attribuiti al CICR e al Ministero dell'economia e delle finanze; a ciascuna di queste autorità e organi sono attribuite responsabilità differenti, che talvolta possono porsi in conflitto. Al contempo, il perimetro di applicazione delle regole italiane in materia di protezione dei consumatori è in certa misura più ampio rispetto a quello sinora intercettato dalla disciplina europea, rivolgendosi – salve le dovute diversificazioni – all'intera platea della clientela in generale. Ne risultano disarmonie, come di cerchi i cui centri sono disallineati e tuttavia dai bordi frequentemente sovrapposti.

In un recente documento dedicato a commentare il libro verde della

Commissione qui più volte citato, Bouyon e Lannoo sottolineano come *“institutional differentiation raises costs for providers when they enter a new domestic market (...) even though rules are better harmonized across the EU-28, differentiation in the domestic institutional framework still makes it more difficult for both providers and consumers to enter a foreign market”*²⁶. Secondo gli stessi autori, uno strumento utile a incentivare la propensione dei consumatori a fruire di prodotti e servizi *cross-border* dovrebbe riguardare la creazione di un organo - un'agenzia europea - forgiata sul modello della *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB) creata nel 2011 negli Stati Uniti; nonostante i limiti di *budget* che attualmente la affliggono, gli autori propongono, in via alternativa, *“at least the creation of a more integrated structure of cooperation amongst existing supervisors. As a start, the three European Supervisory Authorities (ESAs) – the European Banking Authority (EBA), the European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) and the European Securities and Markets Authority (ESMA) – could undertake more initiatives “related to consumer protection and financial activities” (Art. 9) individually, or through joint Committees of the ESAs”*.

Quale che sia l'opinione circa l'approccio così proposto, è interessante notare l'emersione di una tendenza verso un'ulteriore specializzazione dei poteri, delle finalità e del perimetro di responsabilità della vigilanza nell'ambito del mercato europeo, in parallelo ai tentativi rivolti ad un'integrazione dello stesso. In considerazione dell'avvio del meccanismo unico di vigilanza, quale parte dell'unione bancaria, e del crescente lavoro volto alla creazione di un *single rulebook* conseguente all'implementazione dell'ultimo pacchetto CRD, un'ulteriore attribuzione di responsabilità nel quadro dell'offerta dei servizi finanziari *retail* alle autorità europee potrebbe ancora una volta alterare il complesso e difficoltoso equilibrio istituzionale raggiunto, aggiungendo un ulteriore e forse indesiderabile grado di

²⁶Cfr. BOUYON - LANNOO, *Relaunching the European Retail Finance Market Comments on the Commission's Green Paper*, ECRI Commentary No. 20, 15 dicembre 2015.

complessità all'immenso *puzzle* tridimensionale della vigilanza nell'Unione e nei suoi Stati membri.

Il secondo elemento essenziale attiene alla chiarificazione della ripartizione di ruoli e responsabilità tra autorità *home* e *host* con riguardo all'applicazione delle regole relative alla tutela dei consumatori, anche alla luce delle nuove sfide poste dalle tendenze all'innovazione finanziaria. Nell'attuale schema di ripartizione delle competenze, l'autorità del paese *host*, ovvero nel quale un ente stabilito in altro Stato membro svolge le proprie attività stabilendo succursali o mediante prestazione di servizi, può imporre *"l'osservanza delle disposizioni specifiche della propria normativa o regolamentazione nazionale da parte delle entità che non sono autorizzate come enti creditizi nei propri Stati membri d'origine o con riguardo alle attività che non figurano nell'elenco delle attività soggette a mutuo riconoscimento, purché, da un lato, tali disposizioni non siano già disposte dal regolamento (UE) n. 575/2013, siano compatibili con il diritto dell'Unione e motivate da ragioni di interesse generale e, dall'altro lato, che tali entità o tali attività non siano sottoposti a regole equivalenti nella normativa o regolamentazione dello Stato membro d'origine"* ²⁷.

In terzo luogo, emerge la tematica della convergenza dei poteri e meccanismi sanzionatori e di vigilanza, con particolare riguardo all'area delle regole di condotta e all'applicazione delle norme in materia di protezione dei consumatori e clienti in generale. In tal senso, i poteri attribuiti alle autorità nazionali competenti dovrebbero essere maggiormente armonizzati, al fine di prevenire forme di arbitraggio regolamentare e assicurare appropriati meccanismi di deterrenza. In parallelo, occorrerebbe procedere ad una più completa integrazione delle forme di

²⁷Si veda il considerando 21 della direttiva (UE) 2013/36. Assumono inoltre rilievo i considerando 26 e 27, alla luce dei quali alle autorità degli Stati *host* è riconosciuto *"il potere di effettuare caso per caso controlli in loco e ispezioni sulle attività delle succursali di enti nel loro territorio e chiedere informazioni ad una succursale sulle sue attività e a fini statistici, informativi o di vigilanza"*, ove ciò sia ritenuto *"rilevante per ragioni di stabilità del sistema finanziario"*, e il potere di *"ottenere informazioni sulle attività svolte nel loro territorio"*.

enforcement pubblico e privato, attraverso un più agevole accesso a strumenti di tutela extra-giudiziale nel quadro dell'Unione europea. Un ulteriore miglioramento di meccanismi di *redress* poco costosi, rapidi, di semplice e ampio accesso per i consumatori su base continentale, contribuirebbe a stimolare la tendenza dei consumatori a rivolgersi ad un mercato "*cross-border*"; in una certa misura, tale risultato potrebbe essere realizzato attraverso un'ulteriore evoluzione della rete FIN-NET, la cui esistenza è spesso ignota ai consumatori dell'Unione ²⁸.

5. All'interno di questo scritto sono stati esaminati tre recenti *trend* dell'innovazione finanziaria, nonché talune criticità connesse ai tentativi di ulteriore integrazione del mercato europeo dei servizi finanziari *retail*. Secondo quanto argomentato, la digitalizzazione può costituire un'opportunità per incoraggiare la competizione nel mercato; questa, tuttavia, pone nuove sfide nell'ottica delle responsabilità e dei compiti attribuiti agli organi di vigilanza, e interazioni ancora inesplorate con delicati profili giuridici inerenti la definizione delle attività riservate, per come attualmente strutturate nel sistema regolatorio esistente. Al fine di analizzare le sfide poste da tali fattori, si propongono alcuni suggerimenti: con riferimento alla gestione e commercializzazione di prodotti e servizi, e ai poteri di vigilanza dedicati al monitoraggio dei modi e delle forme di interazione tra intermediari e clienti, si suggerisce un consolidamento del sistema regolamentare esistente, da realizzarsi attraverso la creazione di un *single rulebook* finalizzato a rafforzare l'accessibilità a prodotti semplici e sicuri a carattere pan-europeo all'interno dell'intero mercato unico; in una prospettiva più strettamente istituzionale, sono stati evidenziati tre principali temi, che includono le interazioni fra le diverse finalità della vigilanza nel nuovo scenario della stessa in ambito europeo, la combinazione di meccanismi di *enforcement* pubblici e privati attraverso l'accesso a meccanismi di ADR rafforzati a livello europeo, e la convergenza dei poteri di

²⁸Su questi aspetti si veda il *Green Paper* della Commissione, più volte citato, p. 19.

vigilanza e sanzione attribuiti alle autorità.

Diversi dei temi qui presentati, e delle problematiche ad essi riconnessi, sono appena tratteggiati, e le conclusioni non possono che essere provvisorie; ciò richiederebbe uno sforzo di analisi più attento sul ruolo dell'innovazione finanziaria e sulle sfide poste dai tentativi di un'ulteriore integrazione del mercato, finalizzati ad una migliore e più consapevole comprensione delle conseguenze istituzionali e delle implicazioni giuridiche tanto per l'ordinamento europeo quanto per quello degli Stati membri. Con particolare riguardo ai profili istituzionali, risulterebbe necessaria una profonda riflessione sulle modalità attraverso le quali possa essere realizzata una convergenza dei poteri di vigilanza e sanzionatori, sul ruolo che potrà essere giocato – in tal senso – dalle tre ESAs, e su come gli strumenti di vigilanza e i poteri attribuiti a tali autorità dovranno evolversi per far fronte alle sfide poste da sistemi di commercializzazione dei prodotti interamente digitalizzati.

DOMENICO SICLARI

*Associato di Diritto dell'economia
nell'Università "La Sapienza" di Roma*

GIUSEPPE SCIASCIA

*Dottorando in Diritto pubblico dell'economia
nell'Università "La Sapienza" di Roma*

RECENSIONI

RIFLESSIONI A MARGINE DEL VOLUME

'THE NEW ANTI-MONEY LAUNDERING LAW', PALGRAVE, 2016

(Review of the book
'The new anti-money laundering Law', Palgrave, 2016)

"The New Anti-Money Laundering Law" curato da Domenico Siclari ha un doppio profilo di merito. Da una parte ci restituisce un'immagine completa ed affidabile del quadro normativo delineato dalla IV direttiva in tema di antiriciclaggio, dall'altra avanza riflessioni critiche per la comunità scientifica. L'assunto che sta alla base del volume è tanto semplice quanto denso di conseguenze: gli effetti del riciclaggio sono amplificati dalla crescente globalizzazione economica e finanziaria. Le piattaforme telematiche hanno trasformato i canali di distribuzione e del commercio di beni e servizi (anche relativi ad attività criminose), modificando l'atteggiarsi del (la percezione del) rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

La dimensione transnazionale del fenomeno spiega la necessità di politiche normative che operino almeno a livello di Unione in presenza, fra l'altro, di "coordinamento e cooperazione internazionali" (considerando 4). A tal fine, si giustifica la necessità di proseguire nella valorizzazione delle raccomandazioni del GAFI e degli strumenti di altri organismi internazionali attivi nella lotta del fenomeno che la normativa europea intende contrastare. Che ogni intervento legislativo "municipale" è destinato al fallimento. Questa direzione di intervento affiora nitida nel lavoro là dove si parla di *"Europeanisation of the fight against crime within the EU area of freedom, security and justice"*. Da quest'angolo visuale, si coglie la portata della IV direttiva che ci consegna regole, metodi e pratiche comuni di contrasto al riciclaggio secondo una diversa visuale della cattedrale. Se la nuova disciplina costituisce per molti Paesi una vera e propria rivoluzione copernicana, per il nostro ordinamento essa si colloca come naturale evoluzione e sviluppo dell'attuale quadro giuridico (e culturale) di riferimento. La familiarità dell'Italia e la partico-

lare sensibilità e determinazione nel contrasto al fenomeno in esame si coglie viepiù dall'agenda del legislatore. La nuova disciplina, che prenota termine di attuazione al 26 giugno 2017, è stata tosto recepita in un disegno di legge approvato alla Camera il 27 aprile e quindi trasferita al Senato.

A nuove regole e a nuove categorie concettuali – penso, ad esempio, alla nozione di “persona politicamente esposta” o alla disciplina del “registro centrale” – corrisponde un diverso approccio al rischio. Quello che il legislatore di Bruxelles definisce “un approccio olistico”, che si sviluppa intorno a processi decisionali basati sul *factual approach*, “al fine di individuare in maniera più efficace i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo che operano sull'Unione”. L'obiettivo è di creare un sistema robusto, ma flessibile, tramite un metodo selettivo basato sui rischi, che preveda la possibilità per gli Stati membri di ricorrere a misure rafforzate per settori di attività ad alto rischio e a misure semplificate per quelli a basso rischio. Sulle tracce del modello già conosciuto nel nostro ordinamento, la IV direttiva rafforza allora il così detto *risk-based approach*. Questo “*new design*”, ci ricorda Pierpaolo Fratangelo, è intimamente connesso alla evoluzione tecnologia che impedisce di contrastare efficacemente il fenomeno dell'antiriciclaggio e del finanziamento al terrorismo tramite “un'unica tassonomia regolamentare” che si sviluppa intorno al modello “*one size fit all solution*”. Da qui, la necessità di portare a maturazione un sistema antiriciclaggio fondato sulla capacità dei soggetti obbligati di saper discriminare le diverse fattispecie di rischio e di adottare conseguenti reazioni selettive. “L'idea è di affermare un modello dove i destinatari della normativa siano in grado di comprendere l'essenza del fenomeno dell'antiriciclaggio e del finanziamento al terrorismo anche adottando modelli organizzativi efficaci e proporzionati per gestire e minimizzarne i rischi, definendo contromisure adeguate. Che una corretta comprensione del fenomeno e un'efficace costruzione di modelli organizzativi saranno la chiave del successo dell'*enforcement* della direttiva europea. Questo passaggio, tributario

della politica del diritto ben rappresentata nel volume in commento, ci consente di delineare l'intimo rapporto tra *risk-based approach*, cultura del rischio e *governance* (bancaria).

La nuova cultura del rischio informa il *risk-based approach*. Il processo di valutazione del rischio (: *risk assessment*) opera attraverso un sistema di ascensori mobili. La Commissione identifica, analizza e valuta i rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo che incombono sul mercato interno e relativi alle attività transfrontaliere. Elabora quindi una relazione che viene aggiornata almeno su base biennale. L'individuazione e la valutazione dei rischi, sulla scia della relazione della Commissione, sono effettuate anche dagli Stati membri che a loro volta identificano i settori maggiormente a rischio. Infine, e più importante, grava sui soggetti obbligati adottare misure adeguate "volte a individuare e valutare i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, tenendo conto di fattori di rischio compresi quelli relativi ai loro clienti, paesi o aree geografiche, prodotti, servizi, operazioni o canali di distribuzione. Tali misure sono proporzionate alla natura e alle dimensioni dei soggetti obbligati" (art. 8 IV direttiva). È proprio quest'ultimo livello che merita attenzione, mercè un esteso coinvolgimento degli operatori nel conoscere la clientela e valutare e scegliere la condotta più adeguata rispetto alla fattispecie concreta. Il paradigma è quello del "*know your customer*", che nell'"adeguata verifica" trova la propria cifra disciplinare. I destinatari della normativa devono cioè identificare e valutare il rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, documentare e aggiornare le valutazioni e tenerle a disposizione delle autorità competenti. La nuova direttiva completa, per tale via, il processo di privatizzazione del monitoraggio in un quadro variabile di misure semplificate o rafforzate connesse alle variabili di rischio che devono essere prese in considerazione. Da questa prospettiva, il *risk-based approach* diventa, da una parte, strumento autovalutativo dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo e delle conseguenti decisioni sulle politiche di adeguata verifica della

clientela; dall'altra, modello regolatore che segna il passaggio dalla dimensione della fattispecie a quella del mercato (delle regole).

Il tema della *governance* è intimamente connesso a quello dei processi di valutazione del rischio. Lo è, senza dubbio, nella prospettiva delle banche e delle Autorità di vigilanza. D'altronde, il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo sono fenomeni che entrano a pieno titolo nella mappa dei rischi che le banche devono gestire. La gestione del rischio – di credito, finanziario, legale, reputazionale, ecc. – fa parte del normale agire delle banche e delle istituzioni finanziarie. Da quest'angolo visuale, allora, gli intermediari dovranno seguire le orme già tracciate dal legislatore per conferire ai sistemi di controllo del rischio un ruolo centrale nei modelli di governo antiriciclaggio. Il bancario, è arcinoto, conosce numerose previsioni di fonte primaria e regolamentare dirette alla prevenzione del coinvolgimento in fenomeni di riciclaggio. Il quadro normativo si sviluppa intorno al modello della "adeguatezza organizzativa", affidando all'organo con funzioni di supervisione strategica il compito di determinare le politiche di governo dei rischi antiriciclaggio coerenti all'entità e alla tipologia dei profili di rischio cui è concretamente esposta l'attività dell'intermediario. Nella stessa direzione di flessibilità si muove la normativa europea che all'art. 8 ribadisce come le politiche, i controlli e le procedure per mitigare e gestire in maniera efficace i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo "sono commisurati alla natura e alle dimensioni dei soggetti obbligati". La nuova Direttiva rafforza il regime vigente e conferma come l'attività di antiriciclaggio sia destinata ad assumere un ruolo strategico nel sistema di *risk management* delle imprese bancarie e finanziarie. Il percorso, colto con lucidità nel volume in commento, è però più ambizioso. Intende infatti abbandonare quell'idea, radicata negli operatori bancari, che identifica i presidi organizzativi come lacci e laccioli che ingessano l'attività e aggiungono inutili costi alla struttura. L'obiettivo è allora quello di segnare il passaggio dalla "cultura delle regole" alla "cultura del rischio".

L'autonomia decisionale che informa il *risk-based approach* si accompagna a un regime sanzionatorio robusto che ci consegna un'equilibrata miscela tra *private-public enforcement*. La dialettica tra operatori e Vigilanza è la sintesi tra flessibilità e severità di un modello che individua nella sana e prudente gestione dell'intermediario, nonché nella tutela dell'integrità del sistema i fattori chiave di sviluppo virtuoso dell'antiriciclaggio. Il corretto bilanciamento tra esigenze di efficienza della condotta degli operatori ed efficacia in punto di deterrenza nel perseguimento di obiettivi di pubblica utilità potrà costituire, se correttamente interpretata, la chiave di successo della riforma. Tale approccio dialettico costituisce secondo l'analisi condotta, sempre attenta alla realtà della prassi, la cifra della direttiva che in tal modo svolge appieno il proprio compito di produrre incentivi volti all'equilibrata cooperazione tra operatori e vigilanza. Gli autori conducono il ragionamento con rigore, forti di una metodologia gius-economica matura e priva di incrostazioni ideologiche.

Filippo Sartori

*Ordinario di Diritto dell'economia
nell'Università degli Studi di Trento*

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

CORTE DI CASSAZIONE,

SEZIONI UNITE, n. 914, DEL 6 MAGGIO 2016,

Assicurazione (contratto) – clausole claims made – validità – meritevolezza degli interessi – insussistenza - nullità - consumatore – squilibrio di diritti e di obblighi – nullità

(Codice civile artt. 1341,1917, 1932, 1372, 1419; d.lgs. 6.9.2005, n. 206, artt. 3, 33, 36)

Nel contratto di assicurazione della responsabilità civile, la cd. clausola claims made mista o impura – che subordina la copertura assicurativa al verificarsi dell'illecito e/o della richiesta risarcitoria in determinati e preventivati periodi di tempo – non è vessatoria ma può essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero, nell'applicabilità del d.lgs. n. 206 del 2005, se determini un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi contrattuali ai danni del consumatore.

(Massima ufficiale)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 18 dicembre 2008 il Tribunale di Roma accolse la domanda proposta da *omissis* nei confronti della Provincia Religiosa di S. Pietro dell'Ordine Ospedaliero di S. Giovanni di Dio Fatebenefratelli (di seguito anche solo Provincia Religiosa), domanda volta ad ottenere il risarcimento dei danni da lui subiti per effetto della condotta dei medici della struttura che lo avevano curato. E nel condannare l'ente al pagamento della somma liquidata al paziente a titolo di ristoro dei pregiudizi patiti, dichiarò tutte le compagnie assicurative chiamate in causa dalla convenuta tenute a manlevare la responsabile-assicurata nei limiti previsti dalle rispettive polizze.

Propose appello la Società Cattolica di Assicurazioni s.p.a., anche quale delegataria delle coassicuratrici Zurich Insurance PLC (per la quota del 30%) e di Reale Mutua (per la quota del 20%), censurando la ritenuta inoperatività della clausola c.d. claims

made – letteralmente “a richiesta fatta” – inserita nella polizza n. 11891, da essa stipulata con la Provincia Religiosa, in quanto derogativa, secondo il giudice di prime cure, del primo comma dell’art. 1917 c.c., e quindi del principio in base al quale la copertura assicurativa si estende a tutti i fatti accaduti durante la vigenza del contratto. Sostenne segnatamente l’esponente che, nell’adottare tale errata soluzione, il decidente non aveva considerato che la pattuizione intitolata “Condizione speciale – Inizio e Termine della Garanzia”, in base alla quale la manleva valeva per le istanze risarcitorie presentate per la prima volta nel periodo di efficacia dell’assicurazione, purché il fatto che aveva originato la richiesta fosse stato commesso nello stesso periodo o nel triennio precedente alla stipula, era pienamente valida ed efficace, anche in assenza di una specifica sottoscrizione, in quanto volta a delimitare l’oggetto del contratto e non a stabilire una limitazione di responsabilità.

Con la sentenza ora impugnata, depositata il 16 dicembre 2011, la Corte di appello di Roma ha rigettato la domanda di manleva della Provincia nei confronti della Cattolica e delle coassicuratrici.

In motivazione la Curia capitolina, affermata la piena validità della clausola, ne ha altresì escluso il carattere vessatorio rilevando che la stessa, lungi dal rappresentare una limitazione della responsabilità della società assicuratrice, estende la copertura ai fatti dannosi verificatisi prima della stipula del contratto.

Il ricorso della Provincia Religiosa avverso detta decisione è articolato su tre motivi.

Si sono difese con controricorso la Società Cattolica Assicurazioni Coop. a r.l. e Zurich Insurance PLC. A seguito di istanza dell’impugnante, il Primo Presidente, ritenuto che la controversia presentava una questione di massima di particolare importanza, ne ha disposto l’assegnazione alle sezioni unite.

Fissata l’udienza di discussione, entrambe le parti hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Va anzitutto sgombrato il campo dall'eccezione, sollevata in limine dalla Società Cattolica di Assicurazione Coop. a r.l. e dalla Zurich Insurance PLC, di inammissibilità del ricorso per violazione del principio di autosufficienza. Sostengono invero le resistenti che l'impugnazione violerebbe il disposto dell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6, posto che non sarebbe riportato il testo del contratto Né ne sarebbe indicata l'esatta allocazione nel fascicolo processuale.

Il rilievo non ha pregio.

La preliminare verifica evocata dalle società assicuratrici è destinata ad avere esito positivo a condizione che il ricorso contenga tutti gli elementi necessari a porre il giudice di legittimità in grado di avere la completa cognizione della controversia e del suo oggetto nonché di cogliere il significato e la portata delle censure rivolte alle argomentazioni con le quali il decidente ha giustificato la scelta decisoria adottata.

Nello specifico, il nodo problematico sul quale è stato sollecitato l'intervento nomofilattico delle sezioni unite, attiene alla validità di una clausola il cui contenuto è assolutamente pacifico tra le parti ed è comunque stato trascritto in ricorso, di talché non avrebbe senso sanzionare con l'inammissibilità l'omissione delle indicazioni necessarie alla facile reperibilità del testo dell'intero contratto, considerato che nessun ausilio esso apporterebbe alla soluzione delle questioni poste dalla proposta impugnazione. È sufficiente all'uopo considerare che le deduzioni hinc et inde svolte a sostegno delle rispettive tesi difensive, omettono qualsivoglia riferimento a pattuizioni diverse da quella racchiusa nella clausola in contestazione, volta a circoscrivere, nei sensi che di qui a poco si andranno a precisare, l'obbligo della garante di manlevare la garantita.

2.1. Per le stesse ragioni, e specularmente, l'eccezione di giudicato esterno sollevata da entrambe le parti, nelle memorie ex art. 378 c.p.c., e nel corso della discussione orale, in relazione a sentenze definitive che, con riferimento alla polizza n. (OMISSIS) oggetto del presente giudizio, avrebbero pronunciato sulla validità della contestata condizione, non può sortire l'effetto di precludere la decisione di questa Corte sul merito della proposta impugnazione.

Mette conto in proposito ricordare che, nel giudizio di legittimità, il principio della rilevabilità del giudicato esterno va coordinato con i criteri redazionali desumibili dal disposto dell'art. 366 c.p.c., n. 6. E tanto per la dirimente considerazione che l'interpretazione del giudicato esterno, pur essendo assimilabile a quella degli elementi normativi astratti, in ragione della sua natura di norma regolatrice del caso concreto, va comunque effettuata sulla base di quanto stabilito nel dispositivo della sentenza e nella motivazione che la sorregge, di talché la relativa deduzione soggiace all'onere della compiuta indicazione di tutti gli elementi necessari al compimento del sollecitato scrutinio (cfr. Cass. civ. 10 dicembre 2015, n. 24952).

2.2. Venendo al caso di specie, le contrapposte deduzioni delle parti in ordine all'esistenza di sentenze passate in giudicato che, con esiti niente affatto coincidenti, si sarebbero pronunciate sulle questioni oggetto del presente giudizio, non sono accompagnate dalla indicazione degli elementi indispensabili alla verifica della fondatezza dell'eccezione, nei sensi testé esplicitati. Ne deriva che l'eccezione di giudicato esterno va disattesa.

3.1. Passando quindi all'esame della proposta impugnazione, con il primo motivo, la Provincia Religiosa, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 1341, secondo comma, cod. civ., omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia, ex art. 360 c.p.c., nn. 3, 4 e 5, contesta la negativa valutazione della natura vessatoria della clausola.

Rileva segnatamente l'esponente che la stessa, non integrando l'oggetto del contratto, ma piuttosto limitando la responsabilità della compagnia assicuratrice, ovvero prevedendo decadenze, limitazioni alla facoltà di proporre eccezioni e restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi, facoltà di sospendere l'esecuzione, richiedeva una specifica sottoscrizione, nella specie mancante. Aggiunge che, mentre la previsione pattizia non infirma la tipicità dello schema negoziale, l'estensione della garanzia a sinistri occorsi in periodi precedenti alla vigenza della polizza è ben possibile anche in contratti conformati sul modello boss occurrence. In ogni caso – evidenza – l'art. 1341 c.c., è norma che riguarda tutti i contratti, tipici o atipici che siano.

3.2. Con il secondo mezzo l'impugnante lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 1341, 2964 e 2965 c.c., omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia, ex art. 360 c.p.c., nn. 3, 4 e 5. Sostiene che la condizione apposta al contratto sarebbe nulla, ex art. 2965 c.c., per l'eccessiva difficoltà che ne deriverebbe all'esercizio del diritto alla manleva dell'assicurato, questione sulla quale la Corte di merito non si era affatto pronunciata, benchè la stessa fosse stata tempestivamente sollevata sin dal primo grado del giudizio.

3.3. Con il terzo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1175, 1337, 1358, 1366, 1374 e 1375 c.c., nonché omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia, ex art. 360 c.p.c., nn. 3, 4 e 5. Sostiene l'esponente che la clausola in contestazione sarebbe nulla per contrarietà ai principi di correttezza e buona fede, poiché essa, intitolata inizio e termine della garanzia, non contiene alcun richiamo espresso alla circostanza che viene assicurato non già il fatto foriero di danno, ma la richiesta di danno che, insieme al fatto, deve intervenire nel corso di vigenza temporale della polizza.

4. Le critiche, che si prestano a essere esaminate congiuntamente per la loro evidente connessione, sono infondate.

Va premesso, per una più agevole comprensione delle ragioni della scelta operata in dispositivo, che il contratto di assicurazione per responsabilità civile con clausola claims made (a richiesta fatta) si caratterizza per il fatto che la copertura è condizionata alla circostanza che il sinistro venga denunciato nel periodo di vigenza della polizza (o anche in un delimitato arco temporale successivo, ove sia pattuita la c.d. sunset dose), laddove, secondo lo schema denominato "loss occurrence", o "insorgenza del danno", sul quale è conformato il modello delineato nell'art. 1917 c.c., la copertura opera in relazione a tutte le condotte, generatrici di domande risarcitorie, insorte nel periodo di durata del contratto.

Senza addentrarsi nella "storia" della formula e del contesto giurisprudenziale ed economico in cui essa ebbe a germogliare, in quanto esorbitante rispetto ai fini della presente esposizione, mette conto nondimeno rilevare, per una migliore comprensione degli interessi in gioco, che la sua introduzione, circoscrivendo l'operatività della assicu-

razione a soli sinistri per i quali nella vigenza del contratto il danneggiato richieda all'assicurato il risarcimento del danno subito, e il danneggiato assicurato ne dia comunicazione alla propria compagnia perché provveda a tenerlo indenne, consente alla società di conoscere con precisione sino a quando sarà tenuta a manlevare il garantito e ad appostare in bilancio le somme necessarie per far fronte alle relative obbligazioni, con quel che ne consegue, tra l'altro, in punto di facilitazione nel calcolo del premio da esigere.

5. Malgrado la variegata tipologia di clausole claims made offerte dalla prassi commerciale, esse, schematizzando al massimo, appaiono sussumibili in due grandi categorie: a) clausole c.d. miste o impure, che prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto, con retrodatazione della garanzia, in taluni casi, come quello dedotto in giudizio, alle condotte poste in essere anteriormente (in genere due o tre anni dalla stipula del contratto); b) clausole c.d. pure, destinate alla manleva di tutte le richieste risarcitorie inoltrate dal danneggiato all'assicurato e da questi all'assicurazione nel periodo di efficacia della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito.

6.1. Tanto premesso e precisato, ragioni di ordine logico consigliano di partire dall'esame delle censure con le quali l'impugnante contesta in radice la validità della clausola claims made, segnatamente esposte nel secondo e del terzo motivo di ricorso. Orbene, in relazione ai particolari profili di nullità ivi evocati, le critiche sono destituite di fondamento, ancorchè la problematica della liceità dei patti in essa racchiusi non possa esaurirsi nella loro confutazione e necessiti di alcune, significative precisazioni. Anzitutto non è condivisibile l'assunto secondo cui il decidente non avrebbe risposto alla deduzione di nullità della clausola per contrarietà al disposto dell'art. 2965 c.c.. La Corte territoriale ha invero scrutinato la validità del patto, espressamente negando, ancorchè con motivazione estremamente sintetica, che lo stesso integrasse violazione di alcuna norma imperativa. Il che significa che la prospettazione dell'appellata non è sfuggita al vaglio critico del giudicante.

6.2. Deve in ogni caso escludersi che la limitazione della copertura assicurativa alle “richieste di risarcimento presentate all’Assicurato, per la prima volta, durante il periodo di efficacia dell’assicurazione”, in relazione a fatti commessi nel medesimo lasso temporale o anche in epoca antecedente, ma comunque non prima di tre anni dalla data del suo perfezionamento, integri una decadenza convenzionale, soggetta ai limiti inderogabilmente fissati nella norma codicistica di cui si assume la violazione.

E invero l’istituto richiamato, implicando la perdita di un diritto per mancato esercizio dello stesso entro il periodo di tempo stabilito, va inequivocabilmente riferito a già esistenti situazioni soggettive attive nonché a condotte imposte, in vista del conseguimento di determinati risultati, a uno dei soggetti del rapporto nell’ambito del quale la decadenza è stata prevista. Invece la condizione racchiusa nella clausola in contestazione consente o preclude l’operatività della garanzia in dipendenza dell’iniziativa di un terzo estraneo al contratto, iniziativa che peraltro incide non sulla sorte di un già insorto diritto all’indennizzo, quanto piuttosto sulla nascita del diritto stesso.

Ne deriva che non v’è spazio per una verifica di compatibilità della clausola con il disposto dell’art. 2965 c.c..

7.1. Pure infondata è la deduzione di nullità per asserito contrasto della previsione pattizia con le regole di comportamento da osservarsi nel corso della formazione del contratto e nello svolgimento del rapporto obbligatorio. Non è qui in discussione che i reiterati richiami del codice alla correttezza come regola alla quale il debitore e il creditore devono improntare il proprio comportamento (art. 1175 c.c.), alla buona fede come criterio informatore della interpretazione e della esecuzione del contratto (artt. 1366 e 1375 c.c.), e all’equità, quale parametro delle soluzioni da adottare in relazione a vicende non contemplate dalle parti (art. 1374 c.c.), facciano della correttezza (o buona fede in senso oggettivo) un metro di comportamento per i soggetti del rapporto, e un binario guida per la sintesi valutativa del giudice, il cui contenuto non è a priori determinato; Né che il generale principio etico-giuridico di buona fede nell’esercizio dei propri diritti e nell’adempimento dei propri doveri, insieme alla nozione di abuso del diritto, che ne è l’interfaccia, giochino un ruolo fondamentale e in funzione integrativa della

obbligazione assunta dal debitore, e quale limite all'esercizio delle corrispondenti pretese;

Né, ancora, che, attraverso le richiamate norme, possa venire più esattamente individuato, e per così dire arricchito, il contenuto del singolo rapporto obbligatorio, con l'estrapolazione di obblighi collaterali (di protezione, di cooperazione, di informazione), che, in relazione al concreto evolversi della vicenda negoziale, vadano, in definitiva a individuare la regola iuris effettivamente applicabile e a salvaguardare la funzione obbiettiva e lo spirito del regolamento di interessi che le parti abbiano inteso raggiungere.

7.2. Ciò che tuttavia rileva, ai fini del rigetto delle proposte censure, è che, in disparte quanto appresso si dirà (al n. 17.), in ordine al giudizio di meritevolezza di regolamenti negoziali oggettivamente non equi e gravemente sbilanciati, la violazione di regole di comportamento ispirate a quel dovere di solidarietà che, sin dalla fase delle trattative, richiama "nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore", secondo l'icastica enunciazione della Relazione ministeriale al codice civile, in nessun caso potrebbe avere forza ablativa di un vincolo convenzionalmente assunto, essendo al più destinato a trovare ristoro sul piano risarcitorio (confr. Cass. civ. 10 novembre 2010, n. 22819; Cass. civ. 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass. civ. sez. un. 25 novembre 2008, n. 28056).

7.3. Ora, con specifico riguardo alle censure svolte nel terzo motivo, ciò di cui l'impugnante Provincia Religiosa si duole è che l'inserimento della clausola sia avvenuta in maniera asseritamente subdola, posto che la sua denominazione "inizio e termine della garanzia" avrebbe fuorviato il consenso dell'aderente, affatto inconsapevole di un contenuto che stravolge lo schema codicistico del contratto assicurativo, ispirato alla formula loss occurrence: da tanto inferendo non già l'esistenza di ipotesi di annullabilità per errore o dolo o di variamente modulati diritti risarcitori dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore, ma la nullità radicale e assoluta della clausola sub specie di illiceità che vitiatur sed non vitiatur, con conseguente attivazione del meccanismo sostitutivo di cui all'art. 1419 c.c., comma 2, implicitamente, ma inequivocabilmente evocato.

E tuttavia, si ripete, è principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, al quale si intende dare continuità, che, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicam-

ente la violazione di precetti inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, non già l'inosservanza di norme, quand'anche imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, inosservanza che può costituire solo fonte di responsabilità per danni (cfr. Cass. civ. 10 aprile 2014, n. 8462; Cass. civ. 19 dicembre 2007, n. 26724). Ne deriva che le censure poste nel primo e nel secondo motivo di ricorso non colgono nel segno.

8.1. L'ampiezza dello scrutinio nomofilattico sollecitato e le peculiarità proprie della fattispecie dedotta in giudizio, inducono queste sezioni unite a esaminare un ulteriore, possibile profilo di invalidità della clausola in contestazione, per vero assai dibattuto, soprattutto in dottrina e nella giurisprudenza di merito.

Merita evidenziare, sul piano fattuale: a) che il sinistro, e cioè l'omessa diagnosi dei cui effetti pregiudizievoli P.A. ha chiesto di essere ristorato, si è verificato nell'agosto 1993; b) che l'arco temporale di vigenza della polizza dedotta in giudizio andava dal 21 febbraio 1996 al 31 dicembre 1997, con effetto retroattivo al triennio precedente; c) che la copertura assicurativa era in ogni caso limitata alle richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato durante il periodo di operatività dell'assicurazione, e quindi entro il 31 dicembre 1997; d) che nella fattispecie la domanda del paziente venne avanzata nel giugno 2001.

E allora, considerato che il sinistro di cui la chiamante ha chiesto di essere indennizzata si è verificato in epoca antecedente alla stipula del contratto, risulta ineludibile il confronto con la vexata quaestio della validità dell'assicurazione del rischio pregresso. Si ricorda all'uopo che l'assicurabilità di fatti generatori di danno verificatisi prima della conclusione del contratto, ma ignorati dall'assicurato, è stata ed è fortemente osteggiata da coloro che ravvisano nella clausola claims made così strutturata una sostanziale mancanza dell'alea richiesta, a pena di nullità, dall'art. 1895 c.c.. E invero – si sostiene – posto che il rischio dedotto in contratto deve essere futuro e incerto, giammai il c.d. rischio putativo potrebbe trovare copertura.

9. Da tale opinione le Sezioni unite ritengono tuttavia di dovere dissentire, così confermando l'orientamento già espresso da questa Corte negli arresti n. 7273 del 22 marzo 2013, e n. 3622 del 17 febbraio 2014.

Affatto convincente appare in proposito il rilievo che l'estensione della copertura alle responsabilità dell'assicurato scaturenti da fatti commessi prima della stipula del contratto non fa venir meno l'alea e, con essa, la validità del contratto, se al momento del raggiungimento del consenso le parti (e, in specie, l'assicurato) ne ignoravano l'esistenza, potendosi, in caso contrario, opporre la responsabilità del contraente ex artt. 1892 e 1893 c.c., per le dichiarazioni inesatte o reticenti. A ciò aggiungasi che, come innanzi evidenziato, il rischio dell'aggressione del patrimonio dell'assicurato in dipendenza di un sinistro verificatosi nel periodo contemplato dalla polizza, si concretizza progressivamente, perché esso non si esaurisce nella sola condotta materiale, cui pur è riconducibile causalmente il danno, occorrendo anche la manifestazione del danneggiato di esercitare il diritto al risarcimento: ne deriva che la clausola claims made con garanzia pregressa è lecita perché afferisce a un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impovertimento patrimoniale del danneggiante-assicurato. Non a caso, del resto, il rischio putativo è espressamente riconosciuto nel nostro ordinamento dall'art. 514 c.n., con disposizione che non v'è motivo di ritenere eccezionale.

10. L'affermato carattere grandangolare del giudizio di nullità (cfr. Cass. civ. sez. un. 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243), impone a questo punto di farsi carico degli ulteriori rilievi disseminati qua e là, nel corpo delle complesse e articolate argomentazioni formulate dalla ricorrente a illustrazione della sua linea difensiva – volti a evidenziare la consustanziale e invincibile contrarietà della clausola con la struttura propria del contratto di assicurazione, posto che essa, legando la copertura dei sinistri alla condizione che ne venga chiesto il ristoro entro un certo periodo di tempo, decorso il quale cessa ogni obbligo di manleva per la compagnia, stravolgerebbe, a danno dello assicurato, la struttura tipica del contratto, quale delineato nell'art. 1917 c.c., che, conformata, come si è detto, sul modello c.d. loss occurrence, assicura la copertura di tutti i sinistri occorsi nel periodo di tempo di vigenza della polizza. Secondo tale prospettiva, che ha trovato riscontro in talune pronunce della giurisprudenza di merito e adesioni in dottrina, la clausola sarebbe nulla perché vanificherebbe la causa del contratto di assi-

curazione, individuata, con specifico riferimento all'assicurazione sulla responsabilità professionale, nel trasferimento, dall'agente all'assicuratore, del rischio derivante dall'esercizio dell'attività, questa e non la richiesta risarcitoria essendo oggetto dell'obbligo di manleva.

11. Sul piano strettamente dogmatico la tesi dell'intangibilità del modello codicistico si scontra contro il chiaro dato testuale costituito dall'art. 1932 c.c., che tra le norme inderogabili non menziona l'art. 1917 c.c., comma 1. Il che, in via di principio, consente alle parti di modulare, nella maniera ritenuta più acconcia, l'obbligo del garante di tenere indenne il garantito "di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione", deve pagare a un terzo.

Si tratta piuttosto di stabilire fino a che punto i paciscenti possano spingersi nella riconosciuta loro facoltà di variare il contenuto del contratto e quale sia il limite oltre il quale la manipolazione dello schema tipico sia in concreto idonea ad avvelenarne la causa. Non a caso, al riguardo, la tesi della nullità viene declinata nella ben più scivolosa chiave della immeritevolezza di tutela dell'assicurazione con clausola claims made, segnatamente di quella mista, in ragione della significativa delimitazione dei rischi risarcibili, del pericolo di mancanza di copertura in caso di mutamento dell'assicuratore e delle conseguenti, possibili ripercussioni negative sulla concorrenza tra le imprese e sulla libertà contrattuale.

12. In realtà, al fondo della manifesta insofferenza per una condizione contrattuale che appare pensata a tutto vantaggio del contraente forte, c'è la percezione che essa snaturi l'essenza stessa del contratto di assicurazione per responsabilità civile, legando l'obbligo di manleva a una barriera temporale che potrebbe scattare assai prima della cessazione del rischio che ha indotto l'assicurato a stipularlo, considerato che l'eventualità di un'aggressione del suo patrimonio persiste almeno fino alla maturazione dei termini di prescrizione.

Peraltro una risposta soddisfacente e conclusiva a siffatto genere di dubbi non può prescindere da una più approfondita esegesi della natura della contestata clausola, operazione che, in quanto indispensabile alla identificazione del relativo regime giuri-

dico, deve necessariamente confrontarsi anche con le critiche svolte nel primo motivo di ricorso.

13. Si tratta invero di stabilire se essa vada qualificata come limitativa della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341 c.c., ovvero dell'oggetto del contratto, tenendo conto che, in linea generale, per clausole limitative della responsabilità si intendono quelle che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito, mentre attengono all'oggetto del contratto le clausole che riguardano il contenuto e i limiti della garanzia assicurativa e, pertanto, specificano il rischio garantito (Cass. civ. 7 agosto 2014, n. 17783; Cass. civ. 7 aprile 2010, n. 8235; Cass. civ. 10 novembre 2009, n. 23741). In siffatta prospettiva si predica che si ha delimitazione dell'oggetto quando la clausola negoziale ha lo scopo di stabilire gli obblighi concretamente assunti dalle parti, laddove è delimitativa della responsabilità quella che ha l'effetto di escludere una responsabilità che, rientrando, in tesi, nell'oggetto, sarebbe altrimenti insorta.

14. Orbene, funzionale al divisato obbiettivo esegetico è anzitutto la considerazione che il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione di cui parla l'art. 1917 c.c., non può essere identificato con la richiesta di risarcimento: non par dubbio infatti che il lemma – inserito all'interno di un contesto normativo in cui sono espressamente esclusi dall'area della risarcibilità i danni derivati dai fatti dolosi (art. 1917, comma 1, ultimo periodo); in cui sono imposti all'assicurato, con decorrenza dalla data del sinistro, significativi oneri informativi (art. 1913 cod. civ.); e in cui, infine, è espressamente sancito e disciplinato l'obbligo di salvataggio (art. 1914 c.c.) – si riferisce inequivocabilmente alla vicenda storica di cui l'assicurato deve rispondere (cfr. Cass. civ. 15 marzo 2005, n. 5624).

Il che, se vale a far trascinare i contratti assicurativi con clausola claims made pura fuori della fattispecie ipotetica delineata nell'art. 1917 cod. civ., non è invece sufficiente a suffragare l'assunto secondo cui anche la clausola claims made mista inciderebbe sulla tipologia stessa del rischio garantito nel senso che questo non sarebbe più la responsabilità tout court, ma la responsabilità reclamata. L'affermazione che, si ripete, è certamente sostenibile con riferimento ai contratti assicurativi con clausola claims

made pura, non resiste, con riguardo alle altre, al dirimente rilievo che, nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile, il sinistro delle cui conseguenze patrimoniali l'assicurato intende traslare il rischio sul garante, è collegato non solo alla condotta dell'assicurato danneggiante, ma altresì alla richiesta risarcitoria avanzata dal danneggiato, essendo fin troppo ovvio che ove al comportamento lesivo non faccia seguito alcuna domanda di ristoro, nessun diritto all'indennizzo – e specularmente nessun obbligo di manleva insorgeranno a favore e a carico dei soggetti del rapporto assicurativo.

15. Se tutto questo è vero, il discostamento dal modello codicistico introdotto dalla clausola *clamis made impura*, che è quella che qui interessa, mirando a circoscrivere la copertura assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo, rispetto al dato costituito dall'epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva, si iscrive a pieno titolo nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto, entro i quali, a norma dell'art. 1905 c.c., l'assicuratore è tenuto a risarcire il danno sofferto dall'assicurato. E poiché non è seriamente predicabile che l'assicurazione della responsabilità civile sia ontologicamente incompatibile con tale disposizione, il patto *claims made* è volto in definitiva a stabilire quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 c.c., i sinistri indennizzabili, così venendo a delimitare l'oggetto, piuttosto che la responsabilità.

16. Infine, e conclusivamente, nessuna consistenza hanno gli altri profili di vessatorietà evocati dalla Provincia Religiosa, a sol considerare che la pretesa, pattizia imposizione di decadenze è resistita dai medesimi rilievi svolti a proposito dell'eccepita nullità della clausola per contrarietà al disposto dell'art. 2965 c.c.; che la deduzione di un'incisione della libertà contrattuale del contraente non predisponente costituisce al più un inconveniente pratico che, in quanto effetto riflesso delle condizioni della stipula, è semmai passibile di valutazione in sede di scrutinio sulla meritevolezza della tutela, di cui appresso si dirà; che inesistente, infine, è la prospettata limitazione alla facoltà dell'assicurato di opporre eccezioni.

Ne deriva che correttamente il giudice di merito ha escluso sia le ragioni di nullità fatte valere dall'esponente che il carattere vessatorio della clausola.

17. Ritenuta inoperante la tutela, del resto meramente formale, assicurata dall'art. 1341 c.c., e conseguentemente infondate le critiche svolte nel primo mezzo, si

tratta ora di considerare i possibili esiti di uno scrutinio di validità condotto sotto il profilo della meritevolezza di tutela della deroga al regime legale contrattualmente stabilita, riprendendo il discorso dal punto in cui lo si è lasciato (al n. 12.). Peraltro, se è approdo pacifico della teoria generale del contratto la possibilità di estendere il sindacato al singolo patto atipico, inserito in un contratto tipico, è di intuitiva evidenza che qualsivoglia indagine sulla meritevolezza deve necessariamente essere condotta in concreto, con riferimento, cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete. E invero i dubbi avanzati da questa Corte allorchè, interrogandosi in un obiter dictum sulla validità dell'esclusione dalla copertura assicurativa di un sinistro realizzato nel pieno vigore del contratto, in quanto la domanda risarcitoria era stata per la prima volta proposta dopo la scadenza della polizza, ebbe a ipotizzare problemi di validità della clausola, considerato che, in casi siffatti, verrebbe a mancare, "in danno dell'assicurato, il rapporto di corrispettività fra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo" (cfr. Cass. civ. 17 febbraio 2014, n. 3622), non appaiono passibili di risposte univoche, in disparte il loro indiscutibile impatto emotivo. È sufficiente al riguardo considerare che la prospettazione dell'immeritevolezza è, in via di principio, infondata con riferimento alle clausole c.d. pure, che, non prevedendo limitazioni temporali alla loro retroattività, svalutano del tutto la rilevanza dell'epoca di commissione del fatto illecito, mentre l'esito dello scrutinio sembra assai più problematico con riferimento alle clausole c.d. impure, a partire da quella, particolarmente penalizzante, che limita la copertura alla sola ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento. Quanto poi alle clausole che estendono la garanzia al rischio pregresso, l'apprezzamento non potrà non farsi carico del rilievo che, in casi siffatti, il sinallagma contrattuale, che nell'ultimo periodo di vita del rapporto è destinato a funzionare in maniera assai ridotta, quanto alla copertura delle condotte realizzate nel relativo arco temporale, continuerà nondimeno a operare con riferimento alle richieste risarcitorie avanzate a fronte di comportamenti dell'assicurato antecedenti alla stipula, di talchè l'eventualità, paventata nell'arresto n. 3622 del 2014, di una mancanza di corrispettività tra pagamento del premio e diritto all'indennizzo, non è poi così scontata. Peraltro è evidente che della copertura del rischio pregresso nulla potrà

farsene l'esordiente, il quale non ha alcun interesse ad assicurare inesistenti sue condotte precedenti alla stipula, di talchè anche tale circostanza entrerà, se del caso, nella griglia valutativa della meritevolezza.

18. Non è poi superfluo aggiungere che, laddove risulti applicabile la disciplina di cui al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, l'indagine dovrà necessariamente confrontarsi con la possibilità di intercettare, a carico del consumatore, quel "significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" presidiato dalla nullità di protezione, di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 36. E ancorchè la pacifica limitazione della tutela offerta dalla menzionata fonte alle sole persone fisiche che concludano un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata – dovendosi per contro considerare professionista il soggetto che stipuli il contratto nell'esercizio di una siffatta attività o per uno scopo a questa connesso (cfr. Cass. civ. 12 marzo 2014, n. 5705; Cass. civ. 23 settembre 2013, n. 21763) – escluda la possibilità che essa risulti applicabile ai contratti di assicurazione della responsabilità professionale e marchi comunque di assoluta residualità l'ipotesi di una sua rilevanza in parte qua, va nondimeno sottolineata la maggiore incisività del relativo scrutinio. Questo, in quanto volto ad assicurare protezione al contraente debole, non potrà invero che attestarsi su una soglia di incisione dell'elemento causale più bassa rispetto a quella necessaria per il positivo riscontro dell'immeritevolezza, affidato ai principi generali dell'ordinamento.

19. Va poi da sé che l'esegesi, ove non approdi a risultati appaganti sulla base di dati propri della clausola, che risultino in sé di fulminante evidenza in un senso o nell'altro, non può prescindere dalla considerazione, da un lato, dell'esistenza di un contesto caratterizzato dalla spiccata asimmetria delle parti e nel quale il contraente non predisponente, ancorché in tesi qualificabile come "professionista", è, in realtà, il più delle volte sguarnito di esaustive informazioni in ordine ai complessi meccanismi giuridici che governano il sistema della responsabilità civile; dall'altro, di tutte le circostanze del caso concreto, ivi compresi altri profili della disciplina pattizia, quali, ad esempio, l'entità del premio pagato dall'assicurato, così in definitiva risolvendosi in un

giudizio di stretto merito che, se adeguatamente motivato, è insindacabile in sede di legittimità.

20. Quanto poi agli effetti della valutazione di immeritevolezza, essi, in via di principio – esorbitando dall'area della mera scorrettezza comportamentale presidiata, per quanto innanzi detto (al n. 7.2), dalla sola tutela risarcitoria – non possono non avere carattere reale, con l'applicazione dello schema legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile, e cioè della formula *loss occurrence*. E tanto sull'abbrivio degli spunti esegetici offerti dall'art. 1419 c.c., comma 2, nonché del principio, ormai assunto a diritto vivente, secondo cui il precetto dettato dall'art. 2 Cost., “che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa” (Corte cost. n. 77 del 2014 e n. 248 del 2013), consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli inter-essi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto (cfr. Cass. civ. 18 settembre 2009, n. 20106; Cass. sez. un. 13 settembre 2005, n. 18128).

21. Prima di chiudere, verificando la ricaduta degli esposti criteri sulla fattispecie dedotta in giudizio, non possono queste sezioni unite ignorare la delicata questione della compatibilità della clausola *claims made* con l'introduzione, in taluni settori, dell'obbligo di assicurare la responsabilità civile connessa all'esercizio della propria attività. Mette conto in proposito ricordare: a) che il D.L. n. 138 del 2011, art. 3, comma 5, convertito con legge n. 148 dello stesso anno, nell'elencare i principi ai quali devono ispirarsi le riforme degli ordinamenti professionali da approvarsi nel termine di un anno dall'entrata in vigore del decreto, ha previsto alla lett. e), l'obbligo per tutti di stipulare “idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale”, nonché di rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza stipulata e il relativo massimale; b) che il successivo D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137, nel ribadire siffatto obbligo – la cui violazione costituisce peraltro illecito disciplinare – e nel precisare che la stipula dei contratti possa avvenire “anche per il tramite di convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti”, ha prorogato di un anno dall'entrata in vigore della norma, e

dunque fino al 15 agosto 2013, l'obbligo di assicurazione; c) che con specifico riferimento agli esercenti le professioni sanitarie il D.L. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con la L. 8 novembre 2012, n. 189, ha poi demandato a un decreto del Presidente della Repubblica la disciplina delle procedure e dei requisiti minimi e uniformi per l'idoneità dei relativi contratti, mentre il D.L. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. decreto fare), convertito dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, ha allungato al 13 agosto 2014 l'obbligo degli stessi di munirsi di assicurazione di responsabilità civile.

22. Ciò posto, e rilevato che è stata da più parti segnalata l'incongruenza della previsione di un obbligo per il professionista di assicurarsi, non accompagnata da un corrispondente obbligo a contrarre in capo alle società assicuratrici, quel che in questa sede rileva è che il giudizio di idoneità della polizza difficilmente potrà avere esito positivo in presenza di una clausola claims made, la quale, comunque articolata, espone il garantito a buchi di copertura. È peraltro di palmare evidenza che qui non sono più in gioco soltanto i rapporti tra società e assicurato, ma anche e soprattutto quelli tra professionista e terzo, essendo stato quel dovere previsto nel preminente interesse del danneggiato, esposto al pericolo che gli effetti della colpevole e dannosa attività della controparte restino, per incapacità del patrimonio della stessa, definitivamente a suo carico. E di tanto dovrà necessariamente tenersi conto al momento della stipula delle "convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti", nonché in sede di redazione del decreto presidenziale chiamato a stabilire, per gli esercenti le professioni sanitarie, le procedure e i requisiti minimi e uniformi per l'idoneità dei relativi contratti.

23. Tornando al caso dedotto in giudizio, si tratta a questo punto di verificare, alla stregua degli stimoli critici contenuti in ricorso e alla luce dei criteri innanzi esposti in ordine al controllo, immanente nella funzione giudiziaria, della compatibilità del regolamento di interessi in concreto realizzato dalle parti con i principi generali dell'ordinamento (cfr. Cass. civ. sez. un. nn. 26242 e 26243 del 2014; Cass. civ. 19 giugno 2009, n. 14343), la meritevolezza della clausola claims made inserita nella polizza n. 118921 stipulata dalla Provincia Religiosa con Cattolica Assicurazioni s.p.a.. A giudizio della Corte dirimente appare sul punto il rilievo che la Curia capitolina ha segnatamente

valorizzato, ancorchè al fine di escludere la vessatorietà della clausola, la condizione di favore per l'assicurato rappresentata dall'allargamento della garanzia ai fatti dannosi verificatisi prima della conclusione del contratto. Il che dimostra, in maniera inequivocabile, che il giudice di merito ha condotto lo scrutinio anche e soprattutto in chiave di meritevolezza della disciplina pattizia che era chiamato ad applicare. Il positivo apprezzamento della sua sussistenza, nella assoluta assenza di deduzioni volte ad evidenziarne l'irragionevolezza e l'arbitrarietà, è, per quanto innanzi detto, incensurabile in sede di legittimità.

Tirando le fila del discorso vanno enunciati i seguenti principi di diritto: nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati (c.d. clausola *clams made mista* o *impura*) non è vessatoria; essa, in presenza di determinate condizioni, può tuttavia essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero, laddove sia applicabile la disciplina di cui al decreto legislativo n. 206 del 2005, per il fatto di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; la relativa valutazione, da effettuarsi dal giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità, ove congruamente motivata. Il ricorso deve in definitiva essere rigettato. La difficoltà delle questioni consiglia di compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

LE SEZIONI UNITE E

LE CLAUSOLE *CLAIMS MADE* *

(*Italian Supreme Court, Plenary Meeting,
and Claims made clauses*)

SOMMARIO: 1. Il caso. - 2. La rilevanza sociale ed economica del tipo contrattuale. – 3. Assicurazione di responsabilità civile e tempo. – 4. La validità delle clausole – 5. Le ragioni delle Sezioni Unite. - 6. Vessatorietà e giudizio di meritevolezza.

1. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione intervengono con la decisione in commento¹ per la prima volta nell’annoso e complesso dibattito avente ad oggetto le clausole *claims made* (a richiesta fatta). La sentenza è di grande interesse perché, a prescindere dalla condivisibilità o meno del principio di diritto espresso e dalle possibili ricadute che questo inevitabilmente avrà sul piano delle concretezze, offre un quadro completo delle principali questioni giuridiche e di tecnica legislativa poste dalla tematica affrontata. L’*iter* argomentativo è inoltre ricco di riferimenti ai numerosi - e fra loro spesso in contrasto - precedenti giurisprudenziali.

Il caso origina da una polizza di responsabilità civile stipulata – in regime di coassicurazione - da una struttura ospedaliera per la manleva dagli eventuali danni procurati ai pazienti dai medici operanti nella stessa. Nel testo negoziale era inserita la clausola *claims made* in una delle sue possibili formulazioni, ossia quella cd. mista o impura che prevedeva che la garanzia potesse essere fatta valere nel periodo di efficacia dell’assicurazione “purché il fatto che aveva originato la richiesta fosse stato commesso nello stesso periodo o nel triennio precedente alla stipula”.

Il Tribunale adito in primo grado aveva accolto la richiesta di garanzia formulata da parte attrice ritenendo vessatoria la riferita clausola perché limitativa della responsabilità dell’assicuratore.

*Contributo approvato dai revisori.

¹Sulla sentenza in commento cfr. MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni a margine*, in *Rivista di diritto bancario*, 2016, n. 5, al sito www.dirittobancario.it; MARTINI, *Claims made: gli scenari dopo la sentenza*, in www.insurancetrade.it.

La Corte di appello investita della questione aveva di contro rigettato la domanda di manleva, reputando la clausola valida ed efficace anche se non sottoscritta specificamente, in quanto delimitativa dell'oggetto del contratto, e non della responsabilità dell'assicuratore.

La vicenda giunge all'attenzione della Suprema Corte, dove il Primo Presidente ritenendola "di massima particolare importanza" ne dispone l'assegnazione alle Sezioni Unite che affermano la non vessatorietà, e quindi la validità, della clausola *claims made* impura, precisando tuttavia che ne può essere dichiarata la nullità per difetto di meritevolezza o se, ai sensi del codice del consumo, determina un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi contrattuali ai danni del consumatore.

2. Le questioni poste dalla sentenza in commento si inseriscono nel complesso quadro disciplinare dell'assicurazione della responsabilità civile di cui all'art. 1917 c.c. con importanti ricadute sia sul piano di teoria del diritto, vertendo la discussione sull'inquadramento giuridico della clausola, sia sul piano delle concretezze, data la rilevanza sociale ed economica del riferito tipo contrattuale nell'attuale mercato assicurativo.

Questo ultimo profilo, definito "delicato" nelle motivazioni della sentenza, attiene all'obbligo sancito dall'art. 3 del d.l. 13.8.2011, n. 138 convertito in l. 14.9.2011, n. 148 di dotarsi di una polizza di responsabilità civile da parte dei professionisti², la cui violazione costituisce illecito disciplinare. In tale assai variegato ambito, il settore più problematico è sicuramente quello medico - di cui il caso alla base della pronuncia in commento è esempio - per il quale IVASS e ANIA³ segnalano da tempo la forte sinistro-

²La normativa in materia è dettata dal d.l. 13.8.2011, n. 138, la cd. "Manovra bis", recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo" e dalla legge di conversione del 14.9.2011, n. 148. In particolare, l'art. 3, comma 5, lett. e) del decreto così prevede: "A tutela del cliente, il professionista è tenuto a stipulare idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale. Il professionista deve rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza stipulata per la responsabilità professionale e il relativo massimale. Le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al presente comma possono essere negoziate, in convenzione con i propri iscritti, dai Consigli Nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti.

³Cfr. ANIA, *Malpractice, il grande caos*, luglio 2014, entrambi al sito www.ania.it. Sul punto cfr. il contributo di ANTONUCCI, in ANTONUCCI - MOLITERNI, *Rischio ed assicurazione nell'attività sanitaria*, in *Le responsabilità in medicina* a cura di Belvedere e Riondino, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2011, p. 677 ss.; FOCARELLI, *Responsabilità sanitaria e assicurazioni: criticità e proposte*, 20.3.2015.

sità⁴ e la conseguente difficoltà nella stipulazione delle relative polizze.

La riduzione dell'offerta assicurativa ha, pertanto, portato il legislatore a riconoscere con l'art. 27, comma 1, lett. 1 *bis*, del d.l. 24.6.2014, n. 90 (riforma Madia), convertito in l. 11.8.2014, n. 114⁵, la possibilità per le strutture sanitarie di ricorrere all'istituto dell'autoassicurazione, ossia all'autoritenzione del rischio⁶, qualificato – in modo assai improprio⁷ - quale “misura analoga” all'assicurazione.

La prova della rilevanza nel mercato assicurativo dell'assicurazione della *medical malpractice* è data dagli specifici approfondimenti che vengono dedicati all'argomento nell'ultima relazione annuale dell'IVASS del 15.6.2016 che, premettendo la “notevole rilevanza sociale” del tipo contrattuale in quanto indiretto strumento dell'esplicazione del diritto alla salute tutelato dalla Costituzione all'art. 24⁸, ne sottolinea le criticità emerse⁹. L'Organo di controllo, poi, se da un lato, come conseguenza dell'autoassicurazione, registra una costante diminuzione della raccolta dei premi relativi ai rischi delle

⁴E quindi il notevole contenzioso giudiziario.

⁵Così recita l'art. 27, comma 1, lett. 1 *bis*, del d.l. 24.6.2014: "A ciascuna azienda del Servizio sanitario nazionale (SSN), a ciascuna struttura o ente privato operante in regime autonomo o accreditato con il SSN e a ciascuna struttura o ente che, a qualunque titolo, renda prestazioni sanitarie a favore di terzi è fatto obbligo di dotarsi di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi (RCT) e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera (RCO), a tutela dei pazienti e del personale".

⁶Nel 2014 tutte le regioni italiane risultavano aver effettuato accantonamenti a fondi di autoassicurazione, ad eccezione della Provincia Autonoma di Bolzano e della Valle d'Aosta, che avevano adottato un modello puramente assicurativo. Detto strumento reca il vantaggio di una flessibilità di impiego delle risorse di bilancio, con la costituzione di appositi fondi nello stato patrimoniale delle strutture sanitarie ed ospedaliere, alimentati da accantonamenti annuali del conto economico, che stanziavano le risorse per l'autoassicurazione. Alcune regioni come, ad esempio, il Veneto, il Friuli Venezia Giulia, il Piemonte, l'Emilia Romagna hanno sperimentato un modello di autoassicurazione ibrida che prevede l'autogestione interna alle aziende dei sinistri con importi al di sotto di una certa soglia e l'accensione di polizze con compagnie assicurative per i sinistri con importi superiori. Va detto che i modelli di autoassicurazione sono molteplici. Cfr. IVASS, *Relazione sull'attività svolta dall'Istituto nell'anno 2015*, 15.6.2016, p. 150, al sito www.ivass.it.

⁷Il contratto di assicurazione consiste infatti nel trasferimento del rischio da un soggetto ad un'impresa di assicurazione. Detto trasferimento di contro non si realizza nell'autoassicurazione.

⁸“L'assicurazione della *medical malpractice* riveste una notevole rilevanza sociale, in quanto indirettamente contribuisce alla sicurezza delle cure e dei trattamenti sanitari, che sono un aspetto del diritto alla tutela della salute, riconosciuto come fondamentale dall'articolo 32 della Costituzione”, *Relazione sull'attività svolta dall'Istituto nell'anno 2015*, cit., p. 147.

⁹L'IVASS, riportando i dati di un'indagine specifica condotta sulla r.c. medica nel periodo temporale 2010/2015, evidenzia nella suddetta Relazione annuale: 1) la forte concentrazione del mercato presso pochi operatori; 2) la contrazione della raccolta premi nel settore delle assicurazioni delle strutture sanitarie pubbliche; 2) l'orientamento del Sistema Sanitario Nazionale verso l'autoassicurazione; 3) il mancato rinnovo a partire dal 2014 delle polizze di r.c. medica delle strutture sanitarie pubbliche, e la conferma di quelle stipulate con le strutture private e con il personale sanitario; 4) la scarsa presenza delle imprese assicurative italiane. IVASS, *Relazione sull'attività svolta dall'Istituto nell'anno 2015*, cit., p. 147.

strutture sanitarie pubbliche, dall'altro evidenzia l'aumento di quelli relativi ai rischi del personale sanitario¹⁰. Questo significa che dal punto di vista economico, il settore riveste notevole importanza per il mercato assicurativo e a ciò la sentenza - come si è già detto - fa espresso riferimento.

Ciò premesso, si evidenzia che l'Istituto ospedaliero attore azionava contratti di assicurazione per la responsabilità civile in regime di coassicurazione ex art. 1911 c.c.¹¹, con una ripartizione quindi *pro quota* del rischio garantito fra le diverse imprese, forma negoziale assai utilizzata nella r.c. medica. Ciò non esclude ovviamente, per le ragioni prima accennate, che lo stesso ente utilizzasse anche lo strumento dell'autoassicurazione per sinistri di minore gravità.

3. Compiuta questa breve analisi dell'aspetto socio-economico toccato dalla decisione in commento, la questione va affrontata sotto il profilo squisitamente giuridico. Gli aspetti esaminati dalla sentenza sono molteplici e in questa sede non si analizzeranno tutti, rinviando alla via via citata bibliografia, volendosi invece dare risalto solo ad alcuni di essi ritenuti fondanti.

Innanzitutto, la norma dalla quale origina il complesso dibattito sulle clausole *claims made* è l'art. 1917¹², comma 1, c.c. che, in materia di assicurazione di responsabilità civile, limita la copertura unicamente alle richieste di risarcimento di "fatti accaduti durante il tempo dell'assicurazione". La garanzia assicurativa opera, in sostanza, solo per i sinistri occorsi durante la vigenza della polizza: è questo lo schema *loss occurrence* (insorgenza del danno). Il codice civile fissa quindi il seguente schema indennitario: la compagnia di assicurazioni risarcisce i sinistri avvenuti durante il periodo di validità della polizza. Le clausole *claims made*, di contro, fanno retroagire la copertura assicurativa

¹⁰Cfr. IVASS, *Relazione sull'attività svolta dall'Istituto nell'anno 2015*, cit., p. 148.

¹¹La circostanza che a proporre appello sia stata una sola compagnia, delegataria delle altre, conferma la formulazione standard del contratto di coassicurazione che prevede generalmente la cd. clausola di delega o guida, con cui si affida ad uno dei coassicuratori l'incarico di gestire la polizza, con previsione anche del conferimento della rappresentanza processuale ex art. 77 c.p.c. Cfr. sul punto ANTONUCCI, *L'assicurazione fra impresa e contratto*, Cacucci, 2000, p. 104 ss.; GATTA, *Commento sub art. 1911 c.c.*, in *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, a cura di Volpe Putzolu, Padova, 2013, p. 89 ss.

¹²Cfr. MOLITERNI, *Commento sub art. 1917 c.c.*, in *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, cit., p. 117 ss.

anche a quei fatti che, purchè denunciati entro il periodo di validità del contratto, sono avvenuti prima dell'inizio dell'efficacia dello stesso¹³. Si attua per tal via un'estensione nel tempo dell'efficacia della copertura che consente di manlevare anche ritardate pretese risarcitorie da parte di terzi¹⁴. Come è stato detto a tal proposito, si tratta di una peculiare "proiezione della rilevanza del tempo nel contratto di assicurazione"¹⁵. E mai come nelle polizze di assicurazione di responsabilità civile, l'elemento temporale rileva in modo così sostanziale, incidendo – e prova ne sono proprio le clausole in esame – sullo stesso contenuto negoziale. Ne consegue che i contratti di assicurazione della responsabilità civile possono essere ricompresi fra quei negozi in cui – per varie ragioni – "il tempo diviene elemento di struttura"¹⁶.

La ragione alla base di questo "spostamento" temporale della garanzia si rintraccia nel tipo di sinistro che interessa tale forma contrattuale definibile "a formazione progressiva", nel senso che un evento si può concretizzare come sinistro, quindi generatore di danno, anche dopo un certo lasso di tempo, ed esattamente con la richiesta di risarcimento da parte del terzo. In sostanza i sinistri "non si consumano istantaneamente, ma vedono emergere il danno da una sequenza temporale non predefinibile"¹⁷, realizzandosi il verificarsi del fatto e l'eventuale richiesta risarcitoria in due momenti anche temporalmente distanti fra loro. E' questo un profilo, sul quale le Sezioni Unite intervengono, di grande interesse perché "il momento della produzione del sinistro coin-

¹³Cfr. VOLPE PUTZOLU, *La clausola claims made. Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Assicurazioni*, 2010, p. 14 ss. Sul punto v. anche BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni*, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 2010, p. 272 ss.

¹⁴Cfr. DEGREGORIO-FANELLI – LA TORRE, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 2009, p. 160.

¹⁵Cfr. MOLITERNI, *Commento sub art. 1917*, cit., p. 118. Cfr. DE STROBEL, *La vicenda del claims made*, in *Dir. ed econ. ass.*, 2006, p. 541 ss.

¹⁶Così GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 28. Sul tempo giuridico come "categoria relativamente autonoma", cfr. BRETONNE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, 2004, p. 35. In generale, MENGONI, *Diritto e tempo*, in *JUS*, 1998, p. 636; RAMPONI, *La determinazione del tempo nei contratti*, in *Arch. giur.*, 1980, p. 293; SARACENI, *Il tempo nel diritto*, in *Iustitia*, 2003, p. 459. Sul fattore tempo nei contratti cfr. GALGANO, *Degli effetti del contratto, Commento sub art. 1372 c.c.*, in GALGANO – VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Commentario Scialoja Branca* a cura di Francesco Galgano, Bologna – Roma, 1993.

¹⁷Così ANTONUCCI, *Prassi e norma nel contratto di assicurazione: la clausola claims made*, in *NGCC*, 2006, p. 154. E ancora sul punto cfr. ANTONUCCI – MOLITERNI, *Rischio ed assicurazione nell'attività sanitaria*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., p. 677 ss.

volge il diverso problema della efficacia della garanzia”¹⁸.

Come prima evidenziato, solo con la richiesta risarcitoria si delinea una possibile compromissione del patrimonio dell'assicurato, e quindi si concretizza il sinistro, situazione che produce il conseguente obbligo di avviso ex art. 1913 c.c. da quando l'assicurato ne ha avuto conoscenza¹⁹. Prima di quel momento non vi è attivazione della garanzia assicurativa, poichè non vi è interesse in tal senso da parte dell'assicurato²⁰. Questa tesi²¹ trova conferma nel dettato dell'art. 2952, comma 3, c.c., in materia di prescrizione, laddove è previsto che “nell'assicurazione della responsabilità civile, il termine decorre da giorno in cui il terzo ha richiesto il risarcimento all'assicurato o ha promosso contro di questo l'azione”.

Tale orientamento della dottrina che in definitiva ritiene che le clausole *claims made* effettuano una definizione convenzionale del sinistro, fissando pattiziamente il “tempo dell'assicurazione”²², sembra però non essere condivisa dalla pronuncia in commento che afferma, di contro, che la nozione di sinistro non può coincidere con quella di richiesta di risarcimento del danno. In sostanza “il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione non può essere identificato con la richiesta di risarcimento... riferendosi inequivocabilmente con la vicenda storica di cui l'assicurato deve rispondere” (CASS. Sez. Unite, 6.5.2016, n. 9140). La sentenza per tal via conferma, rinviandovi espressamente, la pronuncia della Suprema Corte del 15.3.2005, n. 5624 che precisa: “nel primo comma dell'art. 1917 c.c. il legislatore usa l'espressione “...fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione...” palesando così l'intento di far riferimento al fatto di cui l'assicurato deve rispondere civilmente”. In sostanza, il fatto accaduto è il fatto di cui l'assicurato deve rispondere, attenendo il riferimento all'art.

¹⁸Così VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 65.

¹⁹Ricordiamo che l'art. 1913 c.c. prevede appunto che: “L'assicurato deve dare avviso del sinistro all'assicuratore o all'agente autorizzato a concludere il contratto, entro tre giorni da quello in cui il sinistro si è verificato l'assicurato ne ha avuto conoscenza”.

²⁰Chiaro sul punto è DE LUCA, *L'attuazione del rapporto assicurativo*, in *Responsabilità e assicurazione*, a cura di Cavallo Borgia, Milano, 2007, p. 110, il quale precisa che finchè non vi è richiesta risarcitoria non vi è un sinistro con una “diretta incidenza negativa sul patrimonio dell'assicurato, per cui sorge l'interesse di questi al conseguimento della garanzia assicurativa”.

²¹Cfr. FANELLI, voce *Assicurazione contro i danni*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988, p. 24; VOLPE PUTZOLU, *La clausola claims made. Rischio e sinistro nell'assicurazione di r.c.*, cit., p. 6.

²²Cfr. MOLITERNI, *Commento sub art. 1917 c.c.*, cit., p. 120, il quale effettua la disamina delle varie teorie.

2952 c.c. unicamente al profilo della prescrizione e non a quello della struttura del contratto²³.

A tale riguardo, va evidenziata quella che sembra una contraddizione delle Sezioni Unite che giungono alle prima riferite conclusioni²⁴ pur avendo, ad un punto precedente della sentenza e che si analizzerà in seguito²⁵, aderito nella sostanza alle tesi dottrinarie prima riferite osservando: “Il rischio dell’aggressione del patrimonio dell’assicurato, in dipendenza di un sinistro verificatosi nel periodo contemplato dalla polizza, si concretizza progressivamente, perché esso non si esaurisce nella sola condotta materiale, cui pur è riconducibile causalmente il danno, occorrendo anche la manifestazione del danneggiato di esercitare il diritto al risarcimento” (CASS., Sez. Un. 6.5.2016, n. 9140).

Ciò detto, e a prescindere dalla condivisibilità o meno di tale impostazione, l’assicurazione per r.c. medica è un chiaro esempio del sinistro articolato in più fasi, perché alla struttura sanitaria o al professionista la richiesta di risarcimento del danno può giungere anche dopo anni dal momento in cui, ad esempio, sono state prestate le cure²⁶. Ed è proprio questo “sfasamento” temporale che ha condotto la tecnica assicurativa all’utilizzo sempre più frequente delle clausole *claims made*²⁷, nate come è noto nell’ordinamento anglosassone nel settore del rischio inquinamento o da prodotti difettosi²⁸. Con dette clausole le parti stabiliscono un’estensione temporale della efficacia²⁹ del contratto oltre il periodo di vigenza dello stesso, quindi “in deroga” (CASS., Sez. Un., 6.5.2016, n. 4140) al disposto dell’art. 1917 c.c., garantendo i sinistri a prescindere da quando si sono verificati purché sia giunta, durante la vigenza contrattiva-

²³Cfr. TASSONE, *Esclusione della vessatorietà di clausole claims made e act committed fra loro coordinate*, in *Resp. civ.*, 2012, n. 10, p. 690.

²⁴Punto 9 della sentenza.

²⁵Al par. 4, punto 14 della sentenza.

²⁶Nelle assicurazioni della responsabilità civile dei professionisti può infatti trascorrere un periodo più o meno lungo dal momento in cui si verifica il fatto idoneo a produrre il danno al momento in cui il danno si produce o si manifesta; e non è quindi sempre agevole individuare il momento in cui si è verificato il fatto che è all'origine del danno.

²⁷Cfr. PARTENZA, *Assicurazione di rc delle aziende ospedaliere e clausole claims made: un equivoco senza fine*, in *Assicurazioni*, 2010, p. 674 ss.

²⁸Cfr. FERMEGLIA, *Quando la clausola claims made è vessatoria? Finalmente una risposta della Cassazione*, in *NGGC*, 2016, n. 3, p. 366. Sull’esperienza in Francia, cfr. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, n. 3, p. 830, nota n. 6.

²⁹Cfr. GALAGANO, *op. cit.*, p 5.

ale, all'assicurato la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato e all'assicuratore l'avviso di sinistro ex art. 1913 c.c.³⁰.

E' quindi la richiesta, "claim", il momento rilevante ai fini dell'operatività della polizza. La fissazione di tale regime temporale potrebbe essere interpretata a vantaggio dell'assicurato il quale, pur nella consapevolezza di essere stato privo di copertura assicurativa nel periodo antecedente, sa di poter comunque attivare la polizza anche per sinistri avvenuti in precedenza. Ma a ben vedere sembra più corretto pensare - tesi confermata dalla sentenza in commento - che con dette clausole l'assicuratore fissi solo a proprio vantaggio in maniera precisa il periodo temporale entro il quale può essere chiamato a fornire la garanzia, sapendo che la stessa non sarà valida per tutti quei fatti che, anche se verificatisi durante la vigenza contrattuale, in tale arco temporale non siano stati oggetto di richiesta³¹. Correttamente le Sezioni Unite precisano che detta tecnica consente alla compagnie di assicurazione di conoscere "con precisione sino a quando sarà tenuta a manlevare e ad apporre in bilancio le somme necessarie per far fronte alle relative obbligazioni, con quel che ne consegue fra l'altro, in punto di facilitazione nel calcolo del premio da esigere"³².

4. Le clausole in oggetto, quindi, - riportando un'affermazione usata dalla Suprema Corte nella sentenza n. 5624 del 15.3.2005 - "comportano una copertura per rischi normalmente fuori da un contratto di assicurazione"³³, provocando quella che è stata definita - con immagine assai riuscita - la "dilatazione (temporale) della responsa-

³⁰Su clausola *claims made* e obbligo di avviso cfr. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, cit., p. 71

³¹In tal senso LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, n. 3, p. 829. Si veda anche TASSONE, *Le clausole claims made secondo la Cassazione: atto terzo, ma non ultimo*, cit., p. 2175, il quale ritiene che per tal via l'assicuratore meglio gestisce i "sinistri latenti", ossia relativi a fatti avvenuti durante il periodo assicurativo, per i quali l'assicurato ha avanzato richiesta a distanza di anni e al limite della prescrizione.

³²Tale impostazione è confermata anche dall'elevato numero dei sinistri posti a riserva in tale settore così come evidenziato dall'Organo di controllo nella sua relazione per l'anno 2015: IVASS, *Relazione sull'attività svolta dall'Istituto nell'anno 2015*, cit., p. 150. Vi è poi chi ritiene che il vantaggio sostanziale per le compagnie assicurative risiederebbe nel fatto che la clausola *claims made* «nel legare la copertura alla vigenza della polizza al momento della denuncia del sinistro, contribuisce in misura decisiva alla fidelizzazione del cliente, il quale sarà portato a rinnovare il contratto di anno in anno per evitare di incorrere in pericolosi 'buchi di copertura' nel passaggio da una polizza all'altra», così MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, *Danno e Resp.*, 2013, p. 703.

³³In *Dir. ed econ. ass.*, 2005, p. 712.

bilità civile”³⁴.

La forma negoziale fin qui analizzata è definita “pura”³⁵, per distinguerla da quella – oggetto di esame nella sentenza in commento – impura o mista che garantisce invece il patrimonio dell’assicurato solo se sia il fatto illecito sia la richiesta di risarcimento avvengano durante il periodo oggetto di contratto, con possibilità di estendere la garanzia a fatti verificatisi entro un determinato periodo temporale anteriore, in genere di due, tre, cinque anni, alla stipula del contratto.

La distinzione rileva ai fini del diverso orientamento dottrinario e giurisprudenziale che si è formato sulle stesse³⁶.

Brevemente, e per quello che qui più interessa, la giurisprudenza di merito e di legittimità si è espressa sulla validità di tali clausole con indirizzi assai oscillanti.

Dette pattuizioni sono state ritenute da alcuni giudici di merito radicalmente nulle o perché in contrasto con l’art. 1917 c.c., sul presupposto dell’imperatività di suddetta norma³⁷, o perché in contrasto con l’art. 1895 c.c., per inesistenza del rischio³⁸; oppure vessatorie, concretizzandosi in una limitazione della responsabilità dell’ assicura-

³⁴Così SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 1079 ss.

³⁵La garanzia del periodo passato in questo caso dovrebbe essere illimitata. Spesso però garantito è il periodo decennale precedente alla stipulazione della polizza valido ai fini prescizionali. Come nelle polizze *loss occurrence* lo è il periodo decennale successivo alla scadenza per fatti verificatisi durante la vigenza della polizza. La prassi ultimamente utilizza assai di frequente la *sunset clause* che prevede un’estensione della copertura a fatti che per cui le richieste di risarcimento avvengano in epoca successiva alla scadenza del contratto, convenzionalmente fissata. Dette clausole vengono in genere utilizzate dai soggetti “a fine carriera”, da qui il nome (clausola del tramonto); cfr. LOCATELLI, *op. cit.*, p. 829, nota n. 2. Si tratta di garanzia postuma.

³⁶Per un approfondimento, cfr. FERMEGLIA, *op. cit.*, p. 366 ss.; MENICHINO, *La clausola claims made nel contratto di assicurazione*, in *La nullità del contratto*, a cura di De Nova, Milano, 2009, p. 5 ss.; NARDO-TASSONE, *Clausole claims made e loss occurrence di nuovo al vaglio della giurisprudenza*, in *Corr. merito*, 2012, n. 2, p. 148 ss.; TASSONE, *Clausole “claims made”, professionali e terzo contratto*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 718 ss.; ID, *Le clausole claims made secondo la Cassazione: atto terzo, ma non ultimo*, in *Foro it.*, 2016, fasc. 7-8, pt.1, p. 2172 ss.

³⁷Cfr. Trib. Bologna, 2.10.2002, n. 3318, in *Dir. ed econ. ass.*, 2005, p. 711; Trib. Genova, 8.4.2008, in *Danno e resp.*, 2009, p. 103; Trib. Roma, 10.4.2013, in *Corr. merito*, 2013, n. 12, p. 1162. In dottrina: CARASSALE, *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 103; MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, *Danno e Resp.*, 2013, p. 701 ss.

³⁸Cfr. Trib. Roma, 12.1.2006, in *De jure*; Trib. Roma, 1.8.2006, in *Dir. ed econ. ass.*, 2007, I, p. 171; Trib. Roma, 5.1.2007, in *Contratti*, 2007, n. 4, p. 352.

tore³⁹. Di contro, sono state considerate del tutto valide ed efficaci interpretando l'art. 1917 c.c. come disposizione derogabile⁴⁰. Ancora, vi sono state pronunce che hanno qualificato le clausole valide nella loro variante pura; vessatorie, assoggettandole così alla specifica sottoscrizione ex art. 1341, comma 2, c.c.⁴¹, o addirittura nulle⁴² nella loro formulazione impura, non mancando pronunce che hanno legittimato anche la tipologia impura⁴³.

La Suprema Corte con la citata sentenza del 15.3.2005, n. 5624⁴⁴, che costituisce il primo intervento dei giudici di legittimità sul punto, seguita poi da altre pronunce⁴⁵, ponendosi in via mediana tra i prima riferiti orientamenti, ha qualificato il contratto contenente clausole *claims made* come atipico⁴⁶, non rientrando nello schema normativo di cui all'art. 1917 c.c., e in linea generale lecito ai sensi dell'art. 1322 c.c. Per i giudici di legittimità le suddette clausole non hanno natura vessatoria per il solo fatto di costituire deroga alla disposizione di cui all'art. 1917, comma 1 c.c., dovendosi per converso accertare se le stesse possano "in concreto configurarsi alla stregua di una limitazione della responsabilità dell'assicuratore".

In sostanza la Suprema Corte ritiene che al fine della valutazione sulla vessatorietà o meno di una clausola *claims made* il giudice non può decidere aprioristicamente

³⁹Cfr. App. Napoli, 28.2.2001, n. 503, in *Dir. ed econ. ass.*, 2005, p. 711; App. Roma, 30.9.2014, in *Corr., giur.* 2015, p. 1057; Trib. Bari, 12.7.2012, in *Giur. It.*, 2012, p. 2558.

⁴⁰Cfr. Trib. Crotone, 8.11.2004, n. 478, in *Dir. ed econ. ass.*, 2005, p. 712. In dottrina, BOGLIONE, *Le clausole loss occurrence e claims made nell'assicurazione di responsabilità civile*, in *Assicurazioni*, 2009, I, p. 469 ss.; BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni*, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 2010, p. 271 ss.; LUBERTI, *Clausola claims made: un minoritario e condivisibile indirizzo giurisprudenziale*, in *Corr. merito*, 2010, p. 11 ss.; VOLPE PUTZOLU, *La clausola claims made. Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, cit., p. 14 ss.

⁴¹Trib. Milano, 18.3.2010, in *NGCC*, 2010, I, p. 857; Trib. Milano, 10.11.2012, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 922; Trib. Palermo, 26.11.2014, in *Corr. giur.*, 2015, nn. 8-9, p. 1064; Trib. Roma, 7.1.2015, n. 299, in *De Jure*. In dottrina AMENDOLAGINE, *Clausola claims made e responsabilità dell'assicuratore: quando ricorre il carattere della vessatorietà* (nota a Trib. Bari, 12.7.2012), in *Giur. it.*, 2012, p. 2559.

⁴²Cfr. Trib. Napoli, 20.10.2014, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1061.

⁴³Cfr. Trib. Catania, 12.10.2009, in *Assicurazioni*, 2011, p. 309; App. Roma, 30.9.2014, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1057.

⁴⁴In *NGCC*, 2006, I, p. 140 ss.

⁴⁵Cfr. Cass., 22.3.2013, n. 7273, in *Resp. Civ. e prev.*, 2013, p. 1668. Per altri profili, Cass., 17.2.2014, n. 3622, in *Foro it.*, n. 7-8, p. 2172 ss.; Cass., 13.3.2014, n. 5791, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2015, p. 712 ss.; Cass., 13.2.2015, n. 2872, in *Corr. Giur.*, 2015, p. 1057; Cass., 10.11.2015, 2289, in *Juris data*.

⁴⁶Vi è anche giurisprudenza che considera il contratto con clausole *claims made* una deroga consentita dell'art. 1917 c.c., pur non considerandolo come contratto atipico, non implicando una diversa natura del rischio stesso: Trib. Milano, 10.1.2012, in *Resp. Civ.*, 2012, p. 916.

per la vessatorietà in virtù della contrarietà della clausola alla fattispecie legale prevista dall'art. 1917 c.c., ma deve sempre valutare, caso per caso, le varie clausole onde verificare se si configuri una reale limitazione della responsabilità.

Appare subito evidente l'eterogeneità delle soluzioni offerte dalla giurisprudenza e dalla dottrina, e opportuno è stato l'intervento delle Sezioni Unite che ci si augura porti ad un orientamento finalmente chiaro e univoco sul punto.

5. La sentenza prende atto di tali difformità di indirizzi giurisprudenziali e, dopo una breve analisi della tipologia delle clausole esaminate, enuclea le proprie motivazioni, principiando dal profilo della presunta inesistenza del rischio *ex art. 1895 c.c.* Una delle principali censure mosse alle pattuizioni in esame, sia nella formulazione pura sia in quella impura, – e non condivisa dalle Sezioni Unite – è data infatti dall'inesistenza dell'alea, richiesta invece a pena di nullità dall'art. 1895 c.c., sul presupposto che esse garantirebbero fatti verificatesi prima della conclusione del contratto, ma ignorati dall'assicurato. Si tratta della "*vexata questio*" (così definita nella sentenza in commento) del rischio putativo⁴⁷, confinato da sempre alle sole assicurazioni marittime (art. 514 cod. nav.). L'art. 1895 c.c. prevede, infatti, che il rischio debba esistere al momento della conclusione del contratto e che sia "futuro e incerto" (così anche CASS., 13.3.2014, n. 5791)⁴⁸, consistendo nella *possibilità oggettiva* del verificarsi di un evento dannoso. Nei contratti con clausole *claims made*, invece, al momento della stipulazione della polizza, il fatto dannoso, a prescindere dalla successiva richiesta di risarcimento, si può essere già verificato e quindi non costituirebbe un rischio anche se le parti ne ignorano l'esistenza⁴⁹. La mancanza del rischio, che con il contratto l'assicurato trasferisce all'assicuratore, incide sulla causa e quindi sulla validità del contratto.

Le Sezioni Unite, in contrasto con gli orientamenti della giurisprudenza⁵⁰ e della

⁴⁷Cfr. ANTONUCCI, *Commento sub art. 1895 c.c.*, in *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, a cura di Volpe Putzolu, Padova, 2013, p. 35 ss.; VERNIZZI, *Il rischio putativo*, Milano, 2010, p. 228 ss.

⁴⁸Cfr. CASS., 13.3.2014, n. 5791, in *Banca borsa e tit. credito*, 2015, p. 712.

⁴⁹Cfr. NARDO - TASSONE, *op. cit.*, p. 150.

⁵⁰Cfr. Cass., 13.3.2014, n. 5791, in *Banca borsa e tit. credito*, 2015, p. 712. Per la giurisprudenza di merito si rinvia a quella citata alla nota 39.

dottrina⁵¹ sul punto, ritengono invece che l'art. 514 cod. non sia una norma di carattere eccezionale, giudicando di conseguenza ammissibile, e oggetto di possibile e legittima garanzia, il rischio putativo.

Nonostante le conclusioni in ordine alla validità *ex art.* 1895 c.c. delle clausole siano pienamente condivisibili, non si comprende⁵² per quali ragioni i giudici di legittimità al fine di giungere a tale risultato abbiano "scomodato" il rischio putativo, addirittura negando che quest'ultimo sia istituto particolare del diritto della navigazione. Sarebbe infatti bastato il riferimento effettuato all'assicurazione retroattiva, figura ammessa⁵³ invece in modo condiviso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, correttamente sorretto dall'argomentazione per cui "la clausola *claims made* con garanzia pregressa è lecita perché afferisce a un solo elemento del rischio⁵⁴ garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'area dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impoverimento patrimoniale del danneggiante - assicurato" (CASS., Sez. Un., 6.5.2016, n. 4140)⁵⁵. Impostazione, che a giudizio della Suprema Corte, non si pone nemmeno in contrasto con la disciplina recata dagli artt. 1892 e 1893 c.c., in materia di dichiarazioni inesatte e reticenti⁵⁶.

6. Dopo avere espresso i prima riferiti principi di diritto, le Sezioni Unite dichiarano la non vessatorietà delle clausole *claims made* confermando in primo luogo che l'art. 1917 c.c. è norma derogabile sul presupposto meramente testuale per cui l'art.

⁵¹Cfr. nota 47.

⁵²Della stessa opinione di chi scrive è MAZZOLA, *Le clausole claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni a margine*, cit., p. 7.

⁵³Cfr. ANTONUCCI, *Commento sub art. 1895 c.c.*, cit., p. 36 VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, cit., p. 65 ss.

⁵⁴Cfr. sulle nozioni di sinistro e di rischio, CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 59 ss.

⁵⁵Sull'esistenza dell'alea è interessante quanto afferma CASS., 17.2.2014, n. 3622, cit.: "Quanto all'alea, essa concerne non la possibilità che l'assicurato tenga comportamenti colposi, ma che li abbia commessi in passato, pur non essendo ancora a conoscenza della loro illiceità o idoneità a produrre danno. È incongrua quindi la motivazione della Corte di appello, là dove ha ritenuto di dover escludere la sussistenza dell'alea con riferimento ad eventi già verificatisi. L'alea non concerne i comportamenti passati nella loro materialità, ma la consapevolezza da parte dell'assicurato del loro carattere colposo e della loro idoneità ad arrecare danno a terzi".

⁵⁶Così anche Cass., 22.3.2013, n. 7273, in *Resp. Civ. e prev.*, 2013, n. 5, p. 1668.

1932 c.c. non menziona il relativo primo comma tra le norme inderogabili⁵⁷. In secondo luogo, le Sezioni Unite individuano l'interrogativo risolutivo della questione: dette clausole nella loro formulazione impura (non ponendosi alcun problema per quelle pure che non comportano alcuna riduzione di copertura) sono limitative della responsabilità dell'assicuratore, e quindi vessatorie ex art. 1341, comma 2, c.c., oppure delimitative solo dell'oggetto del contratto?

Le argomentazioni si fondano sul principio – ormai pacifico - per cui la limitazione di responsabilità ex art. 1341 c.c. si configura allorché vi è limitazione delle conseguenze della colpa o dell'inadempimento oppure esclusione del rischio, mentre vi è delimitazione dell'oggetto quando vi è specificazione del rischio garantito, relativamente al contenuto e ai limiti della garanzia assicurativa⁵⁸. Si tratta in sostanza di una differente conformazione della garanzia, limitata unicamente all'ambito temporale, in base alla quale la durata entro la quale i rischi sono assicurati viene fissata pattizionalmente⁵⁹.

Dopo aver sgomberato il campo dagli equivoci in merito al confine tra limitazione della responsabilità e delimitazione dell'oggetto⁶⁰, le Sezioni Unite fanno un ulteriore passo in avanti e chiariscono in modo – ci si auspica - definitivo che le clausole *claims made* nella loro formulazione impura non limitano la responsabilità dell'assicuratore, bensì delimitano l'oggetto del contratto, “mirando a circoscrivere la copertura assicurativa in base ad un elemento temporale aggiuntivo” (CASS., Sez. Un., 6.5.2016, n. 4140). In sostanza, l'allontanamento dal modello legale dell'art. 1917 c.c. nel quale si concretizzano tali condizioni è solo uno dei possibili modi in cui si esplica il principio indennita-

⁵⁷Ne consegue l'atipicità del contratto assicurativo che prevede simili pattuizioni, come già affermato dai giudici di legittimità in altre pronunce, prima fra tutte Cass., 15.3.2005, n. 5624 di cui si è dato conto in precedenza, in particolare al par. 4.

⁵⁸Così anche Cass., 7.4.2010, n. 8235, in *Giust. civ.* 2011, n. 1, p. 199 ss., citata dalla sentenza in commento, e anche CASS., 16.6.1997, n. 5390, in *Giust. civ.*, 1997, n. 10, p. 2431 ss.; CASS., 11.1.2007, n. 395, in *Danno e resp.*, 2007, p. 905; CASS., 26.1.2012, n. 10619, in *La resp. civ.*, 2012, p. 627.

⁵⁹Cfr. DE STROBEL sul punto precisa che la clausola incide solo sulla “determinazione temporale del rischio, e non sul rischio”, in *La vicenda del claims made*, cit., p. 531 ss.

⁶⁰Cfr. sul punto: FUSCO, *Clausole limitative della responsabilità e clausole delimitative del rischio assicurato: qualificazione ed interpretazione*, in *Dir. ed econ. ass.*, 2004, p. 806 ss.; NEGRI, *Sulla qualificazione giuridica delle clausole delimitative della responsabilità*, in *Dir. ed econ. ass.*, 1995, p. 922 ss.; ROSSETTI, *Delimitazione del rischio e causa del contratto*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 2012 ss.; SANTORO, *Clausola limitativa dell'oggetto del contratto di assicurazione*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 588 ss.

rio fissato dall'art. 1905 c.c.⁶¹ che prevede al primo comma: "L'assicuratore è tenuto a risarcire nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto, il danno sofferto dall'assicurato in conseguenza del sinistro". Le clausole in esame danno appunto forma ai suddetti "modi e ai limiti" ex art. 1905 c.c., per tal via delimitando l'oggetto, senza però in alcun modo incidere sulla responsabilità⁶².

Il passaggio successivo dell'*iter* argomentativo enuclea il nuovo principio di diritto recato dalla sentenza: non è l'eventuale cambiamento dello schema tipico negoziale ex art. 1917 c.c. che "avvelena la causa" del contratto (CASS., Sez. Un., 6.5.2016, 4140), quanto la sua immeritevolezza in concreto⁶³.

In sostanza, le Sezioni Unite non si allontanano da quell'orientamento basato sull'esame del caso concreto utilizzato dalle Sezioni Semplici⁶⁴ per dichiarare la vessatorietà, ma, dopo aver escluso in radice che tali pattuizioni lo siano, richiedono un diverso tipo di valutazione della loro validità basata sulla meritevolezza ex art. 1322 c.c., premettendo in via di principio infondata tale prospettazione di immeritevolezza con riferimento alle clausole pure.

Dopo tali considerazioni preliminari, la sentenza afferma che tale analisi va condotta sulla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta al vaglio del giudice. Ma nulla di più è precisato in ordine a quella che viene definita la "griglia valutativa della meritevolezza" (CASS., Sez. Un. 6.5.2016, n. 4140), dovendosi così necessariamente ricorrere ai criteri utilizzati in generale per la valutazione della rilevanza giuridica del contratto ex art. 1322, comma 2, c.c.⁶⁵, verificando se il singolo patto tutela in concreto gli interessi dell'assicurato, e quindi in sostanza il suo patrimonio. In caso di accertamento negativo – che non attinge in alcun modo ai parametri della correttezza, della buona

⁶¹Cfr. PALMENTOLA, *Commento sub art. 1905 c.c.*, in *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, cit., p. 68 ss.

⁶²Va ricordato poi che l'art. 34, comma 2, cod. cons. prevede che la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attinge alla determinazione dell'oggetto del contratto.

⁶³Le Sezioni Unite individuano solo alcuni profili che comunque non approfondisce, quali la delimitazione dei rischi risarcibili e il pericolo di mancanza di copertura in caso di mutamento dell'assicuratore.

⁶⁴Cfr. Cass., 10.11.2015, n. 22891, cit., "ai fini della valutazione sulla vessatorietà di una clausola *claims made*, il giudice non può decidere (aprioristicamente) per la vessatorietà in virtù della contrarietà della clausola alla fattispecie legale prevista dall'art. 1917 c.c., ma deve sempre valutare, caso per caso, le varie clausole contrattuali onde verificare se si configuri una reale limitazione di responsabilità".

⁶⁵Sul punto cfr. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2015, p. 431 ss. e 445 ss., cui si rinvia.

fede e dell'equità - come precisato in altro punto della sentenza⁶⁶ - la clausola sarebbe dichiarata nulla ex art. 1419, comma 2, c.c., con la conseguenza che espunta dal contratto, allo stesso si applicherebbe la disciplina legale ex art. 1917 c.c. con lo schema temporale ivi previsto, ossia quello *loss occurrence* di estensione temporale della garanzia.

Tale soluzione rimediale è stata definita "inappagante" perché "ingiustificatamente lesiva degli interessi dell'assicuratore e, in ultima analisi, lo stato di salute dello stesso mercato assicurativo"⁶⁷, sul condivisibile presupposto che il premio - già fissato - della polizza non sarebbe più proporzionato ad una garanzia con estensione temporale illimitata. Senza entrare nel merito di un possibile effetto di lievitazione dei premi che la sentenza in commento per tali ragioni potrà recare, e sulle conseguenti ricadute in punto di tecnica assicurativa, quello che a nostro avviso non convince è l'eccessiva discrezionalità lasciata al giudice nella valutazione della meritevolezza. Da sempre il settore delle assicurazioni individua nell'eccessiva sinistrosità la causa dell'elevato costo dei premi - e la responsabilità civile auto ne è prova - ma, a prescindere dalla bontà di tale affermazione, si tratta di aspetto legato agli effetti, non potendo certo essere qualificato come interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico ex art. 1322 c.c. Non è quello dell'aumento dei premi il punto. Il nervo scoperto è un altro: atteso che la meritevolezza è una clausola *generale* - qualificata dalla stessa Corte come "scivolosa" - se applicata (ai modi e) ai limiti temporali della prestazione dell'assicuratore potrebbe surrettiziamente introdurre una sorta di "generale" sindacato di merito sull'oggetto del contratto, il cui risultato potrebbe essere una super-dilatazione degli obblighi dell'assicuratore oltre i limiti fissati dalla polizza⁶⁸, con una conseguente mortifica-

⁶⁶Dove si afferma che non sono in discussione le regole di cui agli artt. 1175 cc., 1374 c.c. e 1375 cc.

⁶⁷Cfr. MAZZOLA, *op. cit.*, p. 19 ss., in particolare la nota n. 70. E nello stesso senso MARTINI, *op. cit.* il quale ritiene che la sentenza avrà ricadute sul contezioso giudiziale in corso e sulla tecnica assicurativa che con molta probabilità non utilizzerà più la clausola *claims made* impura, oggi assai frequente nei contratti di r.c. professionale.

⁶⁸Cfr. l'insegnamento di VIVANTE, *Il contratto di assicurazione. I, Le assicurazioni terrestri*, Hoepli editore-libraio, 1885, p. V ss. e spec. p. VI s., dove l'autorevole studioso nell'"avvertimento" preliminare al suo "Contratto di assicurazione" fra l'altro considera: "l'interesse profondo, che io sento per le sentenze dei Tribunali, non attuti l'indipendenza della mia critica. Non si può negare che la giurisprudenza abbia spesso abusato de' suoi diritti di apprezzamento", tanto che "le sue sentenze ... furono spesso veri atti di grazia e di carità fatti a spese delle Compagnie".

zione della “forza” e della vincolatività del contratto medesimo *ex art.* 1372 c.c.⁶⁹

Dopo avere previsto la necessità di una precisa valutazione *ex art.* 1322 c.c., le Sezioni Unite aggiungono che laddove applicabile la disciplina del codice del consumo, il giudice deve altresì verificare se le stesse attuino un “significativo squilibrio di diritti e di obblighi”, con la conseguente nullità della clausola *ex art.* 36 cod. cons.⁷⁰, il d.lgs. 6.9.2005, n. 206⁷¹. C’è però in questo passaggio qualcosa che stride sotto due profili. Il primo è dato dall’applicabilità improntata a presupposti di tipo soggettivo della disciplina recata dal codice del consumo⁷², limitata al consumatore⁷³ così come definito dall’art. 3, comma 1, lett. a, cod. cons.: “La persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”. Il secondo è dato dal tipo di contratti che ci occupa, ossia quelli per la responsabilità civile professionale che escludono quindi a priori che la contrattazione possa riguardare un consumatore.

Tale contraddittorietà è peraltro implicitamente ammessa dalla stessa Corte laddove introducendo questo passaggio del suo *iter* motivazionale, afferma: “Non è poi *superfluo* aggiungere”, evidenziando subito dopo “l’assoluta residualità” della possibilità di applicare la disciplina recata dal codice del consumo ai contratti di responsabilità civile professionale.

Un po’ forzata infine appare la qualificazione del contesto in parola come caratterizzato da una “spiccata asimmetria delle parti” (CASS., Sez. Un., 6.5.2016, n. 4140),

⁶⁹Cfr. GALGANO, *op. cit.*, p. 3 ss.

⁷⁰Si tratta della cd. nullità di protezione. Sul punto cfr. VALLE- FACCIOLI- RAGNO, *Commento sub art. 36*, in *Commentario breve al codice dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2013, p. 396 ss.

⁷¹Cfr. AA.VV., *Codice del consumo*, a cura di Alpa e Rossi Carleo, Napoli, 2005.

⁷²La bibliografia è assai ricca. Per tutti cfr. ALPA, *Il diritto dei Consumatori*, Bari, 1996, p. 97 ss.; CARRIERO G., *Il credito al consumo*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia*, n. 48, Roma, 1998; DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996; IANNARELLI, *La disciplina dell’atto e dell’attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato Lipari, III, L’attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 3 ss.; VANDONE, *Il credito al consumo in Europa: mercati intermediari e consumatori*, Torino, 2008.

⁷³Sulla nozione di consumatore, *ex multis*, cfr. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 3 cod. cons.*, in *Commentario breve al codice dei consumatori*, cit., p. 65 ss.

nel quale il professionista sembrerebbe rivestire la parte di contraente debole⁷⁴.

Per concludere, e rinviando ad altre sedi l'approfondimento del rapporto e del coordinamento fra disciplina del codice civile e disciplina recata dal codice del consumo⁷⁵, e della possibilità evidenziata dalla pronuncia che il professionista possa essere "il più delle volte sfornito di esaustive informazioni in ordine ai complessi meccanismi che governano la responsabilità civile" (Cass. Sez. Un. 6.5.2016, n. 4140), l'ulteriore vaglio richiesto dalla Corte in base alle regole recate dal codice del consumo appare perlomeno ultroneo.

Illa Sabbatelli

Associato di Diritto dell'economia

nell'Università Telematica Internazionale UNINETTUNO

⁷⁴Sullo spinoso problema di stabilire quando in concreto un imprenditore o un professionista agisca per scopi inerenti oppure estranei alla propria attività, cfr. ALPA, *La «trasparenza» del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, IV, c. 409 ss.

⁷⁵Su tale profilo cfr. TASSONE, *Esclusione della vessatorietà di clausole claims made e act committed fra loro coordinate*, cit., p. 693-694.

TRIBUNALE DI AREZZO, N. 12, 8 -11 FEBBRAIO 2016

Sezione Fallimentare

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio (...)

... omissis...

Sentenza

nel procedimento rubricato al numero 335 dell'anno 2015

promosso da

Santoni Giuseppe, quale Commissario Liquidatore della Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio società cooperativa in liquidazione coatta amministrativa, con sede in Arezzo, via Calamandrei n. 225, codice fiscale 00367210515

ricorrente

contro

Rosi Lorenzo, in proprio ed in qualità dell'ultimo rappresentate legale *pro tempore* della Banca Popolare dell'Etruria (...)

...omissis...

Oggetto: dichiarazione dello stato di insolvenza ex art. 82, comma 2, d.lgs. 385/1993

...omissis...

Nella specie, le norme (art. 29,48,51,52,53 e 57 del decreto legislativo n. 180/2015) che, secondo il resistente, sarebbero affette da vizi di incostituzionalità (concernenti essenzialmente la riduzione e la conversione di azioni, di altre partecipazioni e di strumenti di capitale nonché l'applicazione del c.d. *bail in*) sono prive di qualsiasi rilevanza ai fini decisionali.

Difatti, concernendo il presente giudizio l'accertamento dei presupposti per la declaratoria dello stato di insolvenza, la norma di riferimento non può che essere rappresentata dall'art. 36, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 180/2015 (...)

...omissis...

Ne deriva che gli effetti patrimoniali conseguenti all'adozione, da parte della Banca

d'Italia, del provvedimento di risoluzione non assumono alcuna rilevanza nel caso in esame, dovendosi la valutazione del Tribunale arrestare precedentemente.

...omissis...

Le norme censurate dal resistente si pongono, da un lato, in completa sintonia con la citata disciplina europea (della quale recepiscono integralmente il contenuto) che, dall'altro, non appare integrare alcuna violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

...omissis...

Nella specie, è evidente la diversità di posizione di tale categoria di creditori (azionisti ed obbligazionisti subordinati) rispetto alle altre, sicché alcun profilo di irragionevolezza è dato cogliere nella determinazione legislativa.

Di contro, appare sostanzialmente omogenea la posizione dei titolari delle azioni e delle obbligazioni subordinate (computabili nei fondi propri della banca) partecipando entrambi, sia pure in modo diverso, al rischio di impresa, sicché la violazione del principio di uguaglianza non potrebbe discendere, come sostiene il resistente, dall'aver la norma riservato il medesimo trattamento a differenti categorie di creditori.

...omissis...

Pertanto, proprio partendo dalla situazione patrimoniale della Banca, mette in conto di evidenziare come, dal resoconto intermedio di gestione redatto al 30.9.2015 dai Commissari Straordinari, emerga una sensibile riduzione del patrimonio netto che passa, nell'arco di nove mesi, da E 65.976.000 (risultante dal bilancio relativo all'esercizio 2014) ad E 22.538.000, con conseguente perdita del 65,8%.

In proposito, la Banca d'Italia, nel parere reso ai sensi dell'art. 82, comma 2, t.u.b. evidenzia come detto patrimonio fosse "*del tutto insufficiente ad assicurare il rispetto dei requisiti prudenziali obbligatori per la prosecuzione della attività di impresa*" (cfr. parere cit., pag. 3).

Ora, giova considerare come l'accertamento dell'insolvenza implichi necessariamente un giudizio prognostico circa l'irreversibilità dello stato di crisi (...).

Nella specie, la valutazione dei dati relativi ad un significativo arco temporale non può condurre ad un giudizio negativo circa la capacità dell'ente bancario di superare lo stato di dissesto.

Ciò tanto più se si considera che, alla data di avvio della risoluzione, il patrimonio netto risultava integralmente eroso da ulteriori perdite (registrando un valore negativo pari ad E 1,1 milioni, cfr. parere Banca d'Italia pag. 4) e come, all'esito della valutazione provvisoria compiuta da Palazzo Koch nell'ambito del procedimento di risoluzione, il deficit patrimoniale ammontasse ad E 557 milioni (...).

Va evidenziato come il resistente abbia contestato sia l'attendibilità dei dati elaborati da Banca d'Italia, in quanto sviluppati all'esito di una valutazione meramente provvisoria, sia la legittimità dei provvedimenti da questa adottati.

Senonché si deve considerare, sulla scia del consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa, come alla Banca d'Italia l'ordinamento attribuisca - al pari di tutte le altre Autorità di Vigilanza in settori dell'economia e dei servizi pubblici - un'ampia discrezionalità tecnica, che non può essere, dunque, oggetto di sindacato giurisdizionale se non nei limiti della irrazionalità, irragionevolezza e travisamento dei presupposti di fatto.

...omissis...

P.Q.M.

Il Tribunale di Arezzo, definitivamente pronunciando sul ricorso presentato, in data 28.12.2015, dal Commissario Liquidatore della Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio società cooperativa in liquidazione coatta amministrativa, così provvede:

- 1) accoglie il ricorso e, per l'effetto, dichiara lo stato di insolvenza di Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio (...);
- 2) dispone la trasmissione del fascicolo processuale alla Procura della Repubblica in sede.

CORTE DI APPELLO DI FIRENZE, N. 911, 6 MAGGIO 2016

Sezione I Civile

Sentenza

sul reclamo ex artt. 82 TUB, 18 e 195 l.f. proposto

da

- Rosi Lorenzo, in proprio e quale ultimo rappresentate legale della Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio soc. coop. *in bonis* (...)

reclamante

contro

- liquidazione coatta amministrativa della Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio soc. coop., (...)

reclamata

avverso la sentenza n. 12 emessa in data 8 - 11 febbraio 2016 dal Tribunale di Arezzo avente ad oggetto: opposizione alla dichiarazione d'insolvenza

...omissis...

MOTIVI DELLA DECISIONE

...omissis...

Naturalmente, può anche accadere che lo stato di crisi assuma fin dall'inizio i connotati dell'insolvenza, nel qual caso saranno gli stessi commissari speciali investiti della risoluzione (o la Banca d'Italia in attesa della loro nomina) a chiederne subito l'accertamento giudiziale ex art. 36 DLGS n. 180/2015, ma non è questa l'ipotesi verificatasi nel caso della BPEL, laddove l'istanza proposta dopo che la risoluzione era ormai sfociata nella liquidazione coatta amministrativa ai sensi dell'art. 38 comma 3 DLGS n. 180/2015, residuando "*attività o passività in capo all'ente*". Invero, sebbene

nel ricorso davanti al Tribunale si alluda diffusamente ai prodromi del dissesto, la narrativa tende *"a dimostrare che la BPEL versa, al momento dell'avvio della procedura di l.c.a., in stato d'insolvenza"* (pag. 15 ricorso), per arrivare a concludere che *"non può esservi dubbio che la situazione economica patrimoniale della BPEL, alla data di apertura della l.c.a., versi in un equivocabile ed irreversibile stato di insolvenza, ai sensi dell'art. 5 l.f. e dell'art. 82 t.u.b."* (pag. 16 ib.).

Ne segue che, discostandosi dall'interpretazione fatta dal Tribunale, gli estremi dello stato di insolvenza della BPEL non vanno visti con riferimento alla situazione esistente al momento di apertura della risoluzione, come predica l'art. 36 comma 2 DLGS n. 180/2015 in ideale collegamento con l'art. 195 LF, bensì vanno visti con riferimento alla situazione prodottasi all'esito di tale procedura, dopo la messa in atto di tutti gli strumenti negoziali che la caratterizzano ed essendo ormai sopravvenuto il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa a sancire l'insuccesso del salvataggio interno dell'impresa.

...omissis...

Tanto premesso, la decozione della BPEL appare tanto pacifica da rendere pressoché irrilevanti tutti i motivi di doglianza esposti dal Rosi nel reclamo. All'esito dell'intervento di risoluzione, la banca era infatti ridotta ad una scatola societaria vuota di attivo e piena soltanto di passività, come rimarca la stessa difesa appellante quando stigmatizza l'inutile fretta del commissario liquidatore nell'accertare l'insolvenza (...).

Dal punto di vista precisato, la fotografia contabile del momento era assolutamente eloquente: attivo zero, passivo E22 milioni (debiti subordinati non assimilabili a fondi propri + E283 milioni (debito verso Il Fondo Nazionale di Risoluzione) = 305 milioni (deficit complessivo). (...)

Tale sconsolante epilogo non lascia dubbi sull'insolvenza dell'impresa, intesa ex art. 5 l.f. come incapacità di soddisfare regolarmente le obbligazioni, resa manifesta dall'inesistenza di cespiti con cui estinguere le passività ed apertamente confessata

dal rappresentate legale *pro tempore* (ovvero lo stesso commissario liquidatore) nel rivolgersi al Tribunale. Viceversa, tutte le doglianze del Rosi non colgono il bersaglio, in quanto, forse sviate dall'errata interpretazione del giudice di primo grado, prendono di mira la situazione esistente all'avvio della risoluzione, supponendola meno compromessa e non assimilabile ad una vera e propria insolvenza.

...omissis...

(...) l'accertamento dell'insolvenza non è oscurato da alchimie contabili, sta in due cifre molto chiare: attivo zero, passivo E 305 milioni. Per sincerarsene non serve un atto di fede, basta un atto di scienza, anzi un'inferenza logico-matematica.

Dove le opinioni vengono in considerazione è semmai nel quarto motivo di gravame, laddove si censura la percentuale di svalutazione crediti applicata nella fase di risoluzione. Ogni stima è per sua natura opinabile, ma diventa superflua dopo che i beni che ne formavano oggetto sono stati alienati. Al momento della liquidazione coatta amministrativa BPEL non aveva più crediti, li aveva già interamente realizzati o ceduti all'ente-ponte. Può anche darsi, dunque, che la decurtazione contabile, progressivamente applicata dalle Autorità tecniche fosse eccessiva rispetto alle realistiche opportunità di realizzo, ma nessuna valutazione consolatoria retrospettiva può ripristinare un valore storicamente perduto nel contesto della cessione. (...)

Discorso del tutto analogo vale per il quinto motivo di reclamo, concernente l'obliterazione del valore di avviamento, suscettibile semmai d'incidere nella determinazione del prezzo di cessione delle attività all'ente-ponte, ma incapace di sopperire ad un incasso mancato nell'economia del trasferimento. (...)

...omissis...

In definitiva, per quanto sulla base di motivazioni parzialmente diverse da quelle esposte dal Tribunale, l'impugnazione va senz'altro respinta, confermandosi la sussistenza inequivocabile dello stato di insolvenza. Ogni altra questione resta assorbita o superata. (...)

**IL SALVATAGGIO DELLA BPEL E L'ACCERTAMENTO DELLO STATO
DI INSOLVENZA ALLA LUCE DELLA NUOVA NORMATIVA
IN MATERIA DI CRISI BANCARIE ***

*(Saving BPEL and ruling of insolvency
in light of new legislation on failing credit institutions)*

SOMMARIO: 1. Il fatto. - 2. La declaratoria dello stato di insolvenza di un ente sottoposto a risoluzione. - 3. Il principio della condivisione degli oneri... - 4. ... (*segue*) e la legittimità costituzionale del *bail-in*.

1. Il recente salvataggio delle «*quattro banche*» (CariFerrara, Banca Marche, Popolare dell'Etruria e CariChieti) è salito alla ribalta dei media nazionali a causa delle impopolari e rigorose misure adottate dalla Banca d'Italia al fine di far fronte allo stato di dissesto nel quale detti enti vertevano. Si fa riferimento all'attuazione di un programma di risoluzione che ha previsto, tra gli altri interventi, la riduzione integrale delle riserve, del capitale sociale e delle obbligazioni subordinate computabili nei fondi propri degli istituti interessati. Pertanto, l'evidente lesione dei diritti soggettivi degli azionisti e di taluni obbligazionisti ha giustificato la recente adozione, in sede parlamentare, di un provvedimento, avente finalità compensatorie, che dispone l'avvio di procedure di rimborso fondate, tuttavia, su criteri discutibili¹. Più in generale, inoltre, la normativa di recepimento (d.lgs. 180 e 181 del 2015) della direttiva euro-

*Contributo approvato dai revisori.

¹In particolare, l'art. 9 della legge n. 119 del 30 giugno 2016 di conversione del decreto n. 59 del 2016, riconosce agli investitori che hanno acquistato gli strumenti finanziari di cui all'articolo 8, comma 1, lettera a) entro la data del 12 giugno 2014 e detentori degli stessi alla data della risoluzione delle Banche in liquidazione, il potere di chiedere, al Fondo di solidarietà, «l'erogazione di un indennizzo forfettario dell'ammontare determinato ai sensi del comma 3, al ricorrere di una delle seguenti condizioni: a) patrimonio mobiliare di proprietà dell'investitore di valore inferiore a 100.000 euro; b) ammontare del reddito lordo dell'investitore ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche nell'anno 2015 inferiore a 35.000 euro». Si è, dunque, in presenza di una divisione tra due gruppi di soggetti titolari di obbligazioni: uno nel quale rientrano gli investitori che, avendone i requisiti, possono ottenere, in automatico, un rimborso pari all'80% del corrispettivo pagato per l'acquisto degli strumenti in discussione e l'altro che comprende coloro i quali, invece, per ottenere quanto eventualmente spettante, dovranno fare ricorso all'arbitrato.

pea in materia di crisi bancarie (direttiva 2014/59/UE) è stata oggetto di viva discussione con riguardo alla sua coerenza con i principi costituzionali.

Le sentenze del Tribunale di Arezzo e della Corte di Appello di Firenze in commento dimostrano come la nuova disciplina sia permeata da un eccessivo tecnicismo che non rende agevole l'attività ermeneutica da parte degli operatori del settore; tecnicismo che, di contro, alimenta le perplessità in ordine all'idoneità del nuovo impianto normativo a perseguire, sul piano delle concretezze, gli obiettivi prefissi. Prima, tuttavia, di soffermarsi sui profili problematici *in causa* e, più nello specifico, sulle possibili responsabilità ascrivibili agli organi deputati ad affrontare la situazione di crisi nella quale verteva la Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio (Banca interessata, per l'appunto, dai provvedimenti *de quibus*), è d'uopo ripercorrere, brevemente, i fatti che hanno dato origine alla controversia.

La BPEL, nel febbraio del 2015, è stata sottoposta ad amministrazione straordinaria a causa delle «gravi perdite» (determinate in 526 milioni di euro) derivanti, in buona parte, dall'incremento dei crediti deteriorati, cui è seguita l'ulteriore riduzione del patrimonio netto della banca per aggiuntivi 60,6 milioni di euro (come risulta dal rendiconto risalente al settembre 2015 redatto dai commissari straordinari). In tale critica condizione, come è noto, il legislatore nazionale (in ritardo rispetto ai tempi imposti dall'UE) ha recepito la cd. BRRD (direttiva 2014/59/UE), sicché la Banca d'Italia, ritenendo la BPEL in «stato di dissesto», il 21 novembre 2015 ha avviato la procedura di risoluzione. Il programma, così predisposto dall'Autorità competente, prevedeva la riduzione integrale delle riserve, delle azioni e delle obbligazioni subordinate, nonché la cessione delle attività e delle passività della banca ad un ente ponte (*ad hoc* costituito con il d.lgs. n. 183 del 2015) con lo scopo di trasferire, successivamente, i crediti in sofferenza ad una società veicolo.

La predetta complessa operazione ha favorito la riduzione dell'esposizione debitoria della BPEL in risoluzione; debiti che, a seguito dei provvedimenti adottati, ammontavano a 305 milioni di euro: di cui 283 verso l'ente ponte cessionario e 22 nei

confronti dei titolari di obbligazioni subordinate non cedute. Da qui, l'avvio della procedura di liquidazione coatta amministrativa, attivata ai sensi dell'art. 80 TUB. In seguito, ritenendone sussistenti i presupposti, il commissario liquidatore ha richiesto al Tribunale di Arezzo la declaratoria dello stato di insolvenza dell'istituto in parola ex art. 82, comma 2, TUB. Costitutosi il giudizio, l'ultimo rappresentate *pro tempore* della BPEL ha sollecitato, tuttavia, l'Autorità giudiziaria a sollevare questione di legittimità costituzionale di taluni articoli del d.lgs n. 180 del 2015 relativi al *bail-in*, per violazione degli artt. 3 e 47 della Costituzione. Sotto altro profilo il resistente evidenziò la necessità di disporre un'apposita consulenza tecnica di ufficio per determinare correttamente la situazione contabile della BPEL al momento dell'apertura della l.c.a., ciò sul presupposto che le valutazioni della Banca d'Italia e del commissario liquidatore fossero state effettuate in violazione dei principi internazionali. Del pari illegittimo, ad avviso del resistente, sarebbe stato il diniego opposto dalla Banca d'Italia all'operazione di ricapitalizzazione «intentata dagli ultimi amministratori»; iniziativa questa che avrebbe consentito, invece, di riequilibrare l'assetto patrimoniale e finanziario della banca.

Il Tribunale di Arezzo, con sentenza dell'11 febbraio 2016, ha accolto il ricorso e ha dichiarato, pertanto, la BPEL insolvente. Ad opinione dei giudici, i parametri patrimoniali da tenere in debita considerazione per dichiarare lo stato di insolvenza dell'istituto bancario in risoluzione, sarebbero dovuti essere quelli esistenti al momento dell'avvio della procedura; ciò in forza della disposizione di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 180 del 2015 per la quale «se l'ente sottoposto a risoluzione si trova in stato di insolvenza alla data di adozione del provvedimento di avvio della risoluzione (...) il tribunale accerta lo stato di insolvenza dell'ente sottoposto a risoluzione avendo riguardo alla situazione esistente al momento dell'avvio della risoluzione».

In applicazione della suddetta norma, risultano irrilevanti, ai fini della verifica della sussistenza delle condizioni per la declaratoria di insolvenza dell'istituto creditizio interessato, gli effetti patrimoniali prodotti dall'attuazione del programma di ri-

soluzione. Pertanto, la disposizione sopracitata ha il merito di cristallizzare la situazione debitoria della banca ad un momento antecedente alla liquidazione coatta amministrativa. Ne consegue che, nel giudizio *de quo*, il programma di risoluzione non possa essere messo in discussione perché irrilevante rispetto al motivo del contendere; per la medesima ragione, inoltre, non assumono importanza gli eventuali profili di incostituzionalità presenti nella recente normativa in materia di crisi bancarie. Ciò nonostante, come si vedrà in seguito, il Tribunale di Arezzo prenderà posizione su tale questione concludendo circa la sua infondatezza.

A completamento del ragionamento svolto, i giudici, inoltre, evidenziano come, dal parere reso dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 82, comma 2, TUB, emerge chiaramente come il patrimonio della BPEL fosse «insufficiente ad assicurare il rispetto dei requisiti prudenziali obbligatori per la prosecuzione della attività di impresa»; sicché, l'ampia discrezionalità tecnica assegnata dalla legge all'Autorità di vigilanza in materia, nonché l'assenza di elementi idonei a contestare l'attendibilità delle valutazioni da essa effettuate, non hanno permesso l'accoglimento delle istanze proposte.

Avverso il provvedimento del Tribunale di Arezzo, l'ultimo rappresentante legale della BPEL, ha promosso, dunque, appello. La Corte di Firenze, con sentenza del 6 maggio 2016, pubblicata il 10 giugno 2016, è giunta alle medesime conclusioni del giudice di primo grado pur non condividendone i percorsi logici. In particolare, contrariamente all'orientamento espresso dal Tribunale di Arezzo, i parametri patrimoniali da tenere presente al fine di accertare lo stato di insolvenza della BPEL in risoluzione, sarebbero dovuti essere quelli esistenti all'esito della procedura. Tale asserzione deriva dall'applicazione, nel caso di specie, del disposto di cui all'art. 38, comma 3, del d.lgs. n. 180 del 2015 secondo il quale «quando a seguito dell'adozione delle sole misure di cui al Capo IV, Sezione II, Sottosezione I e II, residuano attività o passività in capo all'ente sottoposto a risoluzione, quest'ultimo è sottoposto a liquidazione coatta amministrativa». Ne deriva che, nel caso in esame, lo stato di insolvenza debba

essere verificato alla situazione di fatto esistente all'apertura della procedura di l.c.a. e, dunque, in un momento successivo all'avvio del programma di risoluzione. Viene evidenziato che la BPEL, a quell'epoca, era «ridotta ad una scatola societaria vuota di attivo e piena soltanto di passività»²; sicché le doglianze del ricorrente «non colgono il bersaglio, in quanto, forse sviate dall'errata interpretazione del giudice di primo grado», prendendo «di mira la situazione esistente all'avvio della risoluzione supponendola meno compromessa e non assimilabile ad una vera e propria insolvenza».

Secondo la delineata ricostruzione, ad avviso della Corte, le questioni di costituzionalità evidenziate dal resistente sono ritenute, addirittura, controproducenti. Infatti, nel caso di specie, l'azzeramento dei crediti degli obbligazionisti ha permesso la cancellazione di talune passività della banca; da qui la considerazione che «gli strumenti normativi tacciati di incostituzionalità, lungi dal determinare l'insolvenza, l'hanno persino alleviata», cui consegue l'ulteriore monito secondo il quale dovrebbero piuttosto essere «gli obbligazionisti a lamentarsi dell'incostituzionalità dell'azzeramento dei titoli subordinati (e) non coloro che ne traggono vantaggio predicando la solvibilità della banca».

Si è in presenza, dunque, di provvedimenti che offrono l'opportunità di compiere qualche riflessione sulla corretta gestione della crisi della BPEL da parte della Banca d'Italia e degli organi indipendenti. Più in generale, le sentenze in commento consentono di effettuare qualche considerazione con riguardo alla legittimità costituzionale della nuova disciplina in materia di crisi bancarie.

2. L'aspetto problematico centrale della vicenda sottoposta al vaglio del Tribunale di Arezzo e della Corte di Appello di Firenze, concerne il momento al quale fare

²Cfr., di recente, LEMMA, *La nuova procedura di risoluzione: indicazioni per un'insolvenza obbligatoria?*, nota a Trib. Ancona n. 22 del 15 marzo 2016, in *Riv. trim. dir. econ.*, 1, 2016, p. 24 che, con riferimento alla nota vicenda di Banche delle Marche s.p.a., considera «l'integrale trasferimento degli attivi di Banca Marche (e delle altre tre banche prese in considerazione) disposto dal d. l. 22 novembre 2015, n. 183 (verso una banca di nuova costituzione e poi, da quest'ultima, ad una bad bank limitatamente alle posizioni non performing)» una circostanza che «determina ipso iure l'incapacità dell'ente cedente di adempiere con regolarità alle proprie obbligazioni».

riferimento per valutare la sussistenza delle condizioni che giustificano la declaratoria di insolvenza nell'eventualità nella quale un istituto creditizio sia sottoposto a procedura di risoluzione.

Come è stato evidenziato nella sentenza della Corte di Appello in commento, la normativa sembra distinguere «l'insolvenza nella risoluzione» rispetto all' «insolvenza nella liquidazione coatta amministrativa». Si fa riferimento, più precisamente, alle disposizioni di cui agli artt. 36, comma 2, e 38, comma 3, del d.lgs. n. 180 del 2015. La prima norma disciplina l'ipotesi nella quale l'ente sottoposto a risoluzione si trovi in stato di insolvenza al momento dell'avvio della procedura. In tal caso, in applicazione dell'art. 82, co. 2, TUB, il tribunale, su ricorso dei commissari speciali, accerta tale condizione, tenuto conto della situazione patrimoniale esistente a quella data. Diversa, invece, è l'ipotesi di cui all'art. 38, comma 3, del d.lgs. n. 180 del 2015; disposizione che contempla l'eventualità per la quale, a seguito delle misure di «cessione ad un soggetto terzo» (art. 40 e seguente) e di «cessione a un ente ponte» (art. 42 e seguenti), residuino attività o passività in capo all'ente sottoposto a risoluzione. In tale ultima circostanza, l'attivazione della l.c.a. deve avvenire «appena possibile», fermo restando che la declaratoria dello stato di insolvenza dovrà basarsi sulla situazione patrimoniale prodottasi all'esito della procedura di risoluzione³. Declaratoria che, come è noto, costituisce, più in generale, presupposto per l'attivazione delle indagini penali.

Nel caso di specie lo stato di insolvenza sembra fosse derivato dall'attuazione del programma di risoluzione; piano che, infatti, ha ridotto la banca ad una mera «scatola societaria vuota». Pertanto, la Corte di Appello di Firenze ha ritenuto di applicare, *sic et simpliciter*, nelle prescritte condizioni, la disposizione di cui all'art. 38, comma 3, TUB, senza effettuare alcuna verifica sulla situazione patrimoniale precedente. Tale *modus operandi*, tuttavia, non sembra tenere in debita considerazione il

³Più in generale, con riferimento al momento cui riferire lo stato di insolvenza ai sensi dell'art. 82, comma 2, TUB, cfr. BOCCUZZI, *Commento all'art. 82 TUB*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di CAPRIGLIONE, Padova, 2012, p. 1021 ss.

ruolo che l'Autorità giudiziaria assume nelle valutazioni di cui trattasi. Si è dell'avviso, infatti, che il Tribunale avrebbe dovuto innanzitutto verificare, ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 180 del 2015, le condizioni patrimoniali dell'ente esistenti al momento dell'avvio della procedura di risoluzione. Laddove, sulla base di queste ultime, non avessero ravvisato i presupposti per la declaratoria di insolvenza, i giudici, ai sensi dell'art. 38, comma 3, del sopracitato provvedimento, avrebbero dovuto verificare la loro sussistenza con riferimento al momento dell'emanazione del provvedimento di liquidazione⁴. Trattasi, pertanto, di stime che andrebbero effettuate alla luce di condizioni patrimoniali esistenti in momenti diversi delle varie fasi della crisi dell'istituto bancario interessato. In altri termini, la disposizione di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 180 del 2016 sancisce un principio generale applicabile agli enti sottoposti a risoluzione; principio in forza del quale l'accertamento dello stato di insolvenza deve avvenire «avendo riguardo alla situazione esistente al momento dell'avvio della risoluzione». Se l'ente non fosse insolvente a quella data, ciò non esclude che esso possa esserlo nei termini indicati dall'art. 38 del d.lgs. n. 180 del 2015.

Ciò posto, dalla pronuncia del Tribunale di primo grado, emerge che, nel caso di specie, lo stato di insolvenza della BPEL fosse già evidente al momento dell'avvio della risoluzione. Se, dunque, dovesse ritenersi condivisibile la ricostruzione su esposta, nel caso di specie, avremmo dovuto applicare la disposizione di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 180 del 2015. Tuttavia, la Corte di Appello di Firenze è dell'avviso che la situazione patrimoniale dell'ente sia stata *ulteriormente* compromessa dall'adozione delle misure di risoluzione; donde la singolarità che «la liquidazione sostanziale dell'impresa bancaria» sia stata gestita da un intervento amministrativo in grado di consegnare «al giudice l'insolvenza». Da quest'angolo visuale, pertanto, diviene aspetto di particolare interesse indagare sull'operato degli organi indipendenti che hanno gestito la crisi e sull'opportunità di porre in essere un programma di risoluzione di tale

⁴In tal senso, si esprime di recente il Tribunale di Chieti del 6 maggio 2016 (sentenza pubblicata il 19 luglio 2016) che, non a caso, disquisisce, sul punto, di «doppia valutazione» che le Autorità giudiziarie sarebbero chiamate ad effettuare.

portata.

In detta ultima prospettiva, sorge il dubbio che «gli organi della risoluzione avrebbero dovuto affrontare meglio la crisi» essendo stati, probabilmente, «così maldestri da provocare essi stessi l'insolvenza». Ciò deve comportare, a nostro avviso, la verifica del compimento di possibili errori di giudizio da parte del commissario liquidatore che, come evidenzia il resistente, ha svalutato eccessivamente i crediti in portafoglio dell'ente applicando valori percentuali ben al di sopra rispetto a quelli individuati secondo la media nazionale⁵. Dubbi legittimi, inoltre, sono stati avanzati circa l'utilizzo di criteri idonei per effettuare la valutazione di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 180 del 2015⁶. Ad avviso del ricorrente, infatti, l'attendibilità di detta valutazione impone «una sorte di atto fideistico», con ciò volendo evidenziare l'assenza, nella stima di cui trattasi, di adeguati supporti contabili idonei al perseguimento degli obiettivi avuti di mira dalla nuova disciplina in materia⁷.

E' evidente, tuttavia, che tali aspetti problematici sarebbero dovuti essere contestati non tanto in un ricorso diretto alla declaratoria dello stato di insolvenza, quanto in sede di eventuale impugnazione delle misure di amministrazione straordinaria ovvero della decisione di risoluzione. In quest'ultima eventualità, tuttavia, è appena il caso di precisare che, ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. n. 180 del 2015, pur non es-

⁵Sul punto, proprio il commissario liquidatore, ha sottolineato (SANTONI, *Tre interrogativi sull'operazione di salvataggio delle quattro banche. Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 11, 2016) come le svalutazioni effettuate «sembrano giustificare le numerose polemiche che hanno sollevato», salvo poi specificare che come «il fallimento è costretto a vendere (...) a prezzi fallimentari», lo stesso deve fare «la banca in risoluzione».

⁶Sul punto, cfr. CAPRIGLIONE, *Luci ed ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi. Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 2, 2016, p. 5, che, per l'appunto, con riferimento alla vicenda delle «quattro banche», ipotizza le «responsabilità dei commissari i quali, nel corso della gestione commissariale, non hanno impedito (nel corso dei circoscritti termini di quest'ultima) il progressivo deterioramento patrimoniale di tali banche, donde le conseguenze dirompenti della valutazione effettuata ai sensi dell'art. 23 del decreto lgs. n. 180 del 2015, alla quale si ricollega il 'programma di risoluzione' formulato nei provvedimenti emanati dalla Banca d'Italia il 21 novembre 2015».

⁷Significative le considerazioni espresse dal Tribunale di Chieti, cit., con riferimento al ruolo assunto dalla Banca d'Italia nel caso delle *quattro banche*; Autorità che proprio per l'indiscutibile «preminenza di capacità tecnica» dovrebbe effettuare «una attività di chiarificazione del procedimento logico utilizzato per le proprie valutazioni tecniche (...)».

sendo ammessa tutela autonoma contro la valutazione effettuata dall'esperto indipendente di cui all'art. 23 del sopracitato decreto legislativo, nondimeno è consentito contestare, innanzi al giudice amministrativo, il provvedimento di risoluzione (e solo con essa anche la valutazione sopracitata), ferma restando, tuttavia, l'inapplicabilità degli artt. 19 e 63, co. 4, del Codice del processo amministrativo (ai sensi dell'art. 95, co. 2, del d.lgs. n. 180 del 2015) relativi al possibile ricorso a consulenti tecnici.

Sullo sfondo, permangono le ulteriore perplessità in ordine all'operato dell'Autorità di vigilanza che, nei mesi precedenti all'adozione del programma di risoluzione, ha esercitato sulle «*quattro banche*» penetranti azioni ispettive denunciando, altresì, svariate anomalie di gestione⁸. Tuttavia, all'incisiva attività di accertamento di situazioni di irregolarità, non è seguita un'altrettanta solerte adozione di adeguati provvedimenti che forse avrebbe potuto evitare l'assunzione delle recenti impopolari misure⁹.

3. I provvedimenti in commento offrono, altresì, spunti di riflessione sull'attuale assetto disciplinare in materia di crisi bancarie e, soprattutto, con riguardo al dibattito sulla legittimità costituzionale del nuovo strumento di risoluzione denominato *bail-in*. In particolare, come si è detto, il Tribunale di Arezzo si è espresso in ordine alla coerenza del nuovo istituto con i principi costituzionali. Prima di soffermarsi sul giudizio espresso, in argomento, dall'Autorità giudiziaria, appare opportuno fornire qualche indicazione sul quadro normativo di riferimento.

La disciplina sul *bail-in* si propone, come è ormai noto, di far ricadere il peso delle perdite accumulate dalle banche in difficoltà non già sui contribuenti ma in capo

⁸Evidenzia ANTONUCCI, *Fra opacità e regole tossiche: il ruolo degli scenari probabilistici. Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 2, 2016, p. 1, per la quale «l'opacità è tratto strutturale delle metodiche di gestione delle crisi bancarie, riscontrabile sia nelle diversificate vicende realizzatesi all'indomani dell'avvio dell'Unione Bancaria Europea, sia nei forti spazi discrezionali nel ricorso a differenziati strumenti di intervento, anche precoce, secondo il percorso ora concluso dalla BRRD».

⁹Cfr., sul punto, DOLMETTA, *Le tutele mancanti. Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 3, 2016.

a coloro che, a vario titolo, hanno confidato sulla solidità dell'ente¹⁰. Tale significativa svolta, rispetto al passato, è la conseguenza dei recenti interventi resisi necessari per far fronte alla crisi del settore bancario; provvedimenti che hanno inciso negativamente sui bilanci degli Stati, donde la necessità di individuare congegni in grado di coinvolgere, soltanto in minima parte, le finanze pubbliche nelle operazioni di salvataggio degli istituti in dissesto¹¹. A tal fine, la disciplina comunitaria ha predisposto specifici strumenti di «risoluzione» (tra i quali, per l'appunto, rientra il *bail-in*) aventi il compito di garantire, ove sia possibile, la continuità delle funzioni essenziali dell'ente interessato e di evitare effetti negativi sulla stabilità finanziaria, per tale via, salvaguardando i fondi pubblici e tutelando i depositi e le attività dei clienti (art. 14 del Regolamento n. 806 del 2014).

Aspetto di specifico rilievo è, infatti, il potere (assegnato all'Autorità di risoluzione) di ricapitalizzare l'ente in crisi oppure di svalutare le azioni e i crediti o di convertire in azioni (secondo un preciso ordine gerarchico) le passività della banca, purché vengano soddisfatte talune condizioni (art. 43 della direttiva 2014/59/UE). Infatti, le autorità competenti possono avviare un'azione di risoluzione qualora ravvisino un interesse pubblico nonché nell'eventualità nella quale l'adozione di misure alternative non permetta, in tempi ragionevoli, di evitare il dissesto della banca (art. 18 del Regolamento SRM e art. 32 della BRRD).

Sotto altro profilo, vengono invece in considerazione le tecniche di riduzione o conversione degli strumenti del capitale poste in essere *al di fuori* della procedura di risoluzione, sì da ricapitalizzare un istituto di credito in difficoltà; ci si riferisce, più precisamente, a quanto previsto dall'art. 27 del d.lgs. n. 180 del 2015 in base al quale «indipendentemente dall'avvio della risoluzione o della liquidazione coatta amministrativa». Tali rimedi possono essere adottati anche in combinazione con l'intervento

¹⁰Cfr, per tutti, CAPRIGLIONE - TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi. La difficile conquista di una dimensione europea*, Torino, 2014, 104 ss.

¹¹Cfr. i *considerando* nn. 1,2,3 della direttiva BRRD (2014/59/UE).

di uno o più soggetti terzi (incluso un sistema di garanzia dei depositanti)¹². Deve farsi presente come, nelle operazioni di cui trattasi, possono essere *coinvolti* soltanto gli strumenti di capitale e non anche tutte le altre passività assoggettabili, invece, a *bail-in*. Analogamente la nota Comunicazione della Commissione europea del 1° agosto 2013 in materia di aiuti di Stato¹³ specifica come «un'adeguata condivisione degli oneri» (sì da considerare conformi al mercato comune il sostegno economico elargito dai Paesi membri al settore bancario) imponga che «le perdite ... (siano) ... in primo luogo assorbite dal capitale»; da qui l'ulteriore specificazione secondo la quale i «detentori di capitale ibrido e di debito subordinato devono contribuire a ridurre la carenza di capitale nella massima misura possibile (...)» (pt. 41).

Ben altra portata ha, invece, lo strumento di risoluzione denominato *bail-in*; dispositivo fondato sulla logica della nuova regolazione in base alla quale chi ha investito in strumenti finanziari rischiosi debba, prima degli altri, subire le conseguenze del dissesto dell'istituto di credito. Ne deriva, dunque, che, in prima battuta, - come è stato sottolineato in sede tecnica¹⁴ - soggiacciono alla procedura in discorso gli «strumenti del patrimonio di vigilanza» della banca. Nell'eventualità, tuttavia, della loro insufficienza, l'Autorità di risoluzione potrebbe coinvolgere anche gli altri debiti subordinati non ricompresi nel capitale nonché le passività *non garantite*. Va evidenziato che i depositi delle persone fisiche e delle PMI superiori ad euro 100.000, come anche il fondo di garanzia dei depositi, verranno aggrediti soltanto in ultima istanza.

Si è in presenza, pertanto, di uno strumento avente caratteri peculiari che non consentono di inquadrarlo pienamente in schemi già conosciuti; congegno che presenta, a nostro avviso, connotati *paraespropriativi* in quanto idoneo a limitare (fino, altresì, a svuotarne di contenuto) il diritto di proprietà degli azionisti e dei creditori

¹²Cfr. PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca Impresa Società*, 3, 2015, p. 344 che li definisce (nt. 10) un *bail-in* «minore».

¹³Consultabile su sito internet <http://eur-lex.europa.eu/>.

¹⁴Cfr. SABATINI, *Schemi di d.lgs. relativi all'attuazione della direttiva 2014/59/UE, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi (Atto 208 e Atto 209)*, audizione del 27 ottobre 2015, presso il SENATO DELLA REPUBBLICA VI Commissione (Finanze e Tesoro), consultabile sul sito internet dell'ABI, p. 5 s.

degli istituti creditizi (attraverso modalità operative da determinare di volta in volta)¹⁵. I soggetti sottoposti a *bail-in*, come risulta dall'art. 52, co. 5, del d.lgs. n. 180 del 2015 (provvedimento di recepimento della BRRD), «perdono ogni diritto», fermi restando «quelli già maturati» e «l'eventuale diritto al risarcimento del danno in caso di esercizio illegittimo dei poteri di risoluzione». Pertanto, ad esempio, i soci potrebbero essere estromessi dall'ente e non vantare alcuna pretesa sulla possibile ricostituzione del capitale. Simili effetti pregiudizievoli di istanze dei privati sono consentiti in presenza di interessi pubblici attuali benché il dissesto della banca possa essere soltanto eventuale¹⁶.

Date le premesse, va evidenziato come, nel caso delle «*quattro banche*», contrariamente a quanto messo in risalto da taluni organi di stampa all'indomani dell'adozione delle impopolari misure, non sia stato applicato il *bail-in*. E' sufficiente constatare, al riguardo, che il predetto strumento di risoluzione sarebbe entrato in vigore soltanto il 1 gennaio 2016 e, dunque, in epoca successiva all'adozione dei provvedimenti da parte dell'Autorità competente. Di contro, la condivisione degli oneri da parte degli azionisti e degli obbligazioni convertibili è stato uno sforzo reso necessario per poter ripianare una parte delle perdite degli istituti e ricorrere al Fondo di Risoluzione. Per tale via, infatti, si è potuto evitare il sacrificio delle ragioni di ulteriori categorie di creditori (anche non subordinati) che, invece, con l'inizio del nuovo anno, sarebbe stato difficilmente evitabile. Da quest'angolo visuale appare, dunque, mal posta la richiesta del resistente di sollevare, dinanzi alla Consulta, questione di costituzionalità relativa al *bail-in* per l'ovvia constatazione che, nel caso di specie, lo stru-

¹⁵Contra GUIZZI, *Il Bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. quale lezione da Vienna?*, in *Corr. Trib.*, 12, 2015, p. 1492. Considera inconfidente il riferimento alla tecnica espropriativa, ciò in quanto lo strumento di risoluzione in parola si caratterizza per l'illimitata «potestà di disposizione sovrana dei diritti, che mal si attaglia» al suddetto modello, «per assurgere ad una ben più ampia e inconsueta ingerenza nella sfera privata» DI BRINA, *"Risoluzione" della banche e "Bail-in" alla luce dei principi della Carta fondamentale dell'UE e della Costituzione nazionale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 4, 2015, p. 223.

¹⁶Contra DI BRINA, *"Risoluzione" della banche e "Bail-in" alla luce dei principi della Carta fondamentale dell'UE e della Costituzione nazionale*, cit., p. 224.

mento di risoluzione in parola non è stato applicato né poteva essere adottato (non essendo in vigore all'epoca).

E' appena il caso di segnalare, inoltre, la recente sentenza del 19 luglio 2016 della Corte di giustizia sul caso Kotnik, avente ad oggetto la domanda presentata dalla Consulta Slovena in ordine alla legittimità delle misure di *condivisione degli oneri* di cui ai punti da 40 a 46 dell'ultima comunicazione della Commissione sul settore bancario in materia di aiuti di Stato¹⁷. In tale occasione è stato, infatti, ribadito il principio per il quale, in presenza di interessi reputati meritevoli (quali quelli diretti ad evitare contagi sistemici o ad assicurare la stabilità finanziaria) sia consentito il sacrificio di esigenze privatistiche; ciò purché vengano rispettati taluni capisaldi ritenuti inviolabili¹⁸. Baluardi che, con riferimento alla nuova disciplina sulle crisi bancarie, sono individuati, principalmente, nella necessaria presenza di un interesse pubblico che giustifichi l'azione di risoluzione e nel rispetto del principio del NCWO (*no creditor worse off*)¹⁹.

4. Come si è testé evidenziato, uno dei principi fondanti il nuovo strumento di risoluzione denominato *bail-in* è il cd. *no creditor worse-off* (NCWO) in base al quale nessun azionista e creditore può subire perdite maggiori di quelle che avrebbe subito se l'ente sottoposto a risoluzione fosse stato liquidato secondo l.c.a. (art. 22, co. 1, lett. c) del d.lgs. n. 180 del 2015)²⁰. Tuttavia, è stato evidenziato dalla dottrina che il

¹⁷Cfr., Causa C-526/14 Kotnik e altri. La sentenza e le conclusioni dell'Avvocato generale sono consultabili sul sito <http://curia.europa.eu/>. In argomento, si permetta il rinvio, da ultimo, a ROSSANO, *Gli aiuti di Stato alle banche e le ritrattazioni della Commissione: tra distorsioni della concorrenza e (in)stabilità finanziaria*, nota a sentenza del Tribunale UE del 12 novembre 2015, Causa T. 499/12, in *Riv. trim. dir. econ.*, 1, 2016, p. 1 ss.

¹⁸Cfr., in particolare, i punti 76, 77 e 78 del provvedimento.

¹⁹L'avvocato generale afferma, con riferimento alle misure di aiuto agli Stato quanto segue: «quanto alla tematica se le misure in questione costituiscano un intervento inaccettabile, che colpisce l'essenza stessa dei diritti di proprietà degli investitori, devo fare ancora una volta riferimento ai principi stabiliti dai punti 20 e 46 della comunicazione sul settore bancario: ravvicinamento del mercato e "nessun creditore può essere svantaggiato"» (pt. 89).

²⁰Con riguardo alle problematiche tecniche della conversione del debito in azioni, si rinvia a CAPIZZI - CAPPIELLO, *Prime considerazioni sullo strumento del bail-in: la conversione forzata di debito in capitale*, consultabile sul sito www.orizzontideldirittocommerciale.it/ del 22 febbraio 2014.

bail-in, cancellando, in taluni casi, il rapporto di credito, non consente al destinatario del provvedimento di insinuarsi nel passivo della banca, ciò, dunque, in spregio al principio del NCWO e della *par condicio creditorum*²¹.

Va, tuttavia, più in generale evidenziato come, a seguito dei recenti interventi disciplinari, il principio della *par condicio creditorum* sembra destinato ad un deciso ridimensionamento²². Rileva, sul punto, la facoltà di deroga riconosciuta, in materia fallimentare, all'autonomia privata nonché il potere di autorizzazione ascrivito all'autorità giudiziaria (art. 182-*bis* e 182-*quinquies* della legge fallimentare). Tali «eccezioni» sono emblematiche di una precipua scelta legislativa di favorire soluzioni delle crisi fondate su accordi negoziali, sì da permettere la ripresa dell'attività dell'azienda evitando, per tale via, la fase finale della liquidazione²³. In detta prospettiva, altresì, la suddivisione del ceto creditorio in classi, costituisce, come evidenziato in dottrina²⁴, un dato inimmaginabile soltanto un cinquantennio addietro.

Si assiste, pertanto, alla lenta ma progressiva erosione del principio della *par*

²¹Cfr. LENER, *Profili problematici del Bail-in*, intervento al Convegno del FITD del 22 gennaio 2016; CAPRIGLIONE, *Luci ed ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi*, in *apertacontrada* del 17 febbraio 2016. Cfr., altresì, ID, *Regolazione europea post-crisi e prospettive di ricerca del 'diritto dell'economia': il difficile equilibrio tra politica e finanza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 1, 2016, p. 23, il quale ravvisa una palese violazione della *par condicio creditorum*; LENER, *Bail-in: una questione di regole di condotta? Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc.*, 2, 2016, p. 1 ss.; CARRIÈRE, *Crisi bancaria e bail-in: prime noterelle sui decreti di recepimento della Direttiva BRRD*, in *Riv. dir. banc.*, febbraio 2016, p. 10; RULLI, *Prevenire l'insolvenza. Dal salvataggio pubblico alla risoluzione bancaria: rapporti con i principi della concorsualità e prime esperienze applicative*, cit., p. 306. Cfr., altresì, DI BRINA, *"Risoluzione" della banche e "Bail-in" alla luce dei principi della Carta fondamentale dell'UE e della Costituzione nazionale*, cit., p. 220, secondo cui «la paralisi dei diritti, conseguente alla preclusione assoluta del loro soddisfacimento nei confronti del debitore (anche qualora questi dovesse proseguire *in bonis* la sua attività), sottrae infatti alla procedura ogni carattere liquidativo-satisfattivo, in tendenziale regime di *par condicio*, modificando le relazioni intercorrenti tra creditori e titolari di partecipazioni, specie sotto il profilo dell'assetto del rischio e della responsabilità d'impresa.

²²Da ultimo, in argomento, cfr. MACARIO, *Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 1, 2015, p. 77 ss.

²³Cfr. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 1995, p. 330, il quale considera il principio soltanto «uno strumento comodo per la soluzione di un problema distributivo altrimenti difficile o addirittura irresolubile senza alcuna pretesa di giustizia sostanziale»; da qui la conclusione per la quale il legislatore, a ragion veduta, debba applicarlo «con grande elasticità e senza superflue enfaticizzazioni». Si rinvia, inoltre, a FABIANI, *Il definitivo tramonto della concorsualità sistematizzata*, in *Fall.*, 1999, p. 585 ss.

²⁴Cfr. MACARIO, *Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 80.

condicio creditorum; sgretolamento che è ben posto in evidenza anche dalla giurisprudenza più recente ove, per un verso, viene riconosciuto il particolare *favor* verso forme concordate di soluzione delle crisi²⁵, e per altro, si delineano i criteri in ragione dei quali reputare rispettato il disposto dell'art. 3 della Costituzione. In particolare, come evidenzia il Tribunale di Arezzo nel provvedimento in commento, si riscontra una violazione del principio di uguaglianza in presenza di «situazioni sostanzialmente identiche» che, tuttavia, vengano «disciplinate in modo ingiustificatamente diverso», e non già, invece, «quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non sostanzialmente identiche, essendo insindacabile in tali casi la discrezionalità del legislatore»²⁶. Da qui le considerazioni secondo cui lo stato degli azionisti e degli obbligazioni subordinati rispetto alle altre categorie di creditori dell'ente «appare sostanzialmente identico»; sicché i titolari di detti strumenti finanziari, partecipano «entrambi, sia pure in modo diverso, al rischio di impresa». Ne deriva, l'assenza di alcuna «violazione del principio di uguaglianza» in quanto non è stato «riservato il medesimo trattamento a differenti categorie di creditori».

Per quanto concerne l'ulteriore profilo problematico connesso all'impossibilità dei creditori destinatari del provvedimento di insinuarsi nel passivo della banca, è decisivo fare riferimento a quanto previsto in sede disciplinare (art. 23 del d.lgs. n. 180 del 2015) in ordine alla valutazione preliminare (da attuarsi ad opera di un esperto indipendente) sulle attività e sulle passività della banca; alla quale segue una verifica successiva del rispetto del NCWO ai sensi dell'art. 88 del d.lgs. n. 180 del 2015. In altri termini, la normativa prevede un accertamento da effettuare, *ex ante* ed *ex post*, al fine di appurare che gli azionisti e i creditori non ricevano un trattamento peggiore rispetto a quello ad essi riservato qualora, al momento della constatazione della sussistenza dei presupposti per l'avvio della risoluzione, l'ente fosse stato sottoposto a liquidazione coatta amministrativa o ad altra analoga procedura concorsuale applicabile. In caso contrario, il "riequilibrio" di posizioni soggettive alterate è rimesso al pa-

²⁵Cfr. Cass. civ., n. 23461 del 4 novembre 2014 e Trib. Monza n. 243 del 23 ottobre 2014.

²⁶Così Corte cost. n. 340 del 2014. Cfr., altresì, Corte cost. n. 35 e n. 136 del 2014, n. 208 del 2002.

gamento di un indennizzo (*counterfactual insolvency value*) ai sensi degli artt. 88 e 89 del d.lgs. n. 180 del 2015²⁷. Il legislatore, pertanto, prevede idonei meccanismi di tutela delle ragioni dei creditori sottoposti a *bail-in*, sì da evitare possibili sperequazioni rispetto a coloro che sfuggono alla scure dello strumento di risoluzione in parola; meccanismi bilanciatori che - è bene chiarirlo - si fondano, in ogni caso, su valutazioni di tipo previsionale e, come tali, incerte.

5. Nel caso di specie, inoltre, il resistente evidenzia come la nuova disciplina sulle crisi bancarie violi la disposizione di cui all'art. 47 della Costituzione. Va evidenziato come il medesimo orientamento è stato espresso, di recente, dal Presidente dell'ABI in un'intervista rilasciata ad un noto quotidiano nazionale²⁸. Appare, tuttavia, condivisibile la posizione del Tribunale di Arezzo nel provvedimento in commento ove viene preliminarmente sottolineato che l'art. 47 della Costituzione fornisce soltanto criteri programmatici, sicché esso contiene un principio di indirizzo politico al quale il legislatore è tenuto ad ispirarsi²⁹. Ne deriva, dunque, che gli *obiettivi della risoluzione*, enunciati dall'art. 21 del d.lgs. n. 180 del 2015, sembrano essere coerenti con i parametri costituzionali in quanto la normativa tende a favorire la stabilità finanziaria e a contenere gli oneri a carico dei bilanci pubblici; per tale via, tutelando «gli interessi dei depositanti e degli investitori protetti da sistemi di garanzia o di indennizzo, non-

²⁷Sul punto, cfr. GARDELLA, *Il "bail-in" e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, cit., p. 610. In argomento, cfr. CAPIZZI - CAPPIELLO, *Prime considerazioni sullo strumento del bail-in: la conversione forzata di debito in capitale*, cit., p. 12 ss.

²⁸Ci si riferisce alle dichiarazioni del 1° luglio 2016 consultabili sul sito di *repubblica.it* espresse da Patuelli secondo cui il *bail-in* «è incostituzionale e contrasta con l'art.47 della Costituzione della Repubblica che è rigida e pertanto si può modificare solo con la procedura indicata dall'articolo 138».

²⁹Cfr., altresì, Corte Costituzionale n. 143 del 1995 che, esprimendosi sulla legittimità costituzionale dell'imposta straordinaria sui depositi bancari e postali, specifica come l'art. 47 della Costituzione «contiene soltanto un principio programmatico al quale deve ispirarsi il legislatore ordinario, ma non può certo impedire al medesimo di emanare, in materia finanziaria, quelle norme giuridiche che siano volte a disciplinare il gettito delle entrate, con l'unico limite della vera e propria contraddizione o compromissione dell'anzidetto principio». Sul punto, cfr., per tutti, in dottrina, CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, nota 5, p. 34; ID, *Le norme «programmatiche» della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952. *Contra*, più di recente, DE MINICO, *La Costituzione difende il risparmio. E il legislatore?*, in *www.associazionedei costituzionalisti.it*.

ché dei fondi e delle altre attività della clientela».

Discutibile, invece, a nostro avviso, è stata la scelta legislativa di assegnare all'Autorità di risoluzione il potere di escludere, in «circostanze eccezionali» e anche soltanto parzialmente, talune passività dall'applicazione del *bail-in*. In particolare, le condizioni che consentono gli esoneri in parola (indicate nell'art. 44, par. 3, della BRRD) si caratterizzano per l'estrema genericità³⁰. Non a caso, a conferma del timore di circoscrivere il potere decisionale delle Autorità in materia, l'EBA ha avvertito l'esigenza di predisporre specifici suggerimenti tecnici (*Technical advice on the delegated acts on the circumstances when exclusions from the bail-in tool are necessary*³¹). Ci sembra, tuttavia, che l'obiettivo perseguito non sia stato raggiunto; sintomatico in tal senso è quanto emerge dalle indicazioni fornite dall'EBA secondo cui le valutazioni circa l'opportunità o meno di procedere ad un'esclusione di una o più passività, vada effettuata di volta in volta³².

Si è in presenza, dunque, di poteri in grado di incidere, in maniera significativa, su posizioni soggettive, sì che l'Autorità di risoluzione possa alterare l'ordine gerar-

³⁰L'esclusione può avvenire allorquando:

- «a) non è possibile sottoporre a bail-in tale passività entro un tempo ragionevole nonostante gli sforzi in buona fede dell'autorità di risoluzione;
- b) l'esclusione è strettamente necessaria e proporzionata per conseguire la continuità delle funzioni essenziali e delle linee di business principali in modo tale da preservare la capacità dell'ente soggetto a risoluzione di proseguire le operazioni e i servizi chiave;
- c) l'esclusione è strettamente necessaria e proporzionata per evitare di provocare un ampio contagio, in particolare per quanto riguarda depositi ammissibili detenuti da persone fisiche e da micro, piccole e medie imprese, che perturberebbe gravemente il funzionamento dei mercati finanziari, incluse le infrastrutture di tali mercati, in un modo che potrebbe determinare una grave perturbazione dell'economia di uno Stato membro o dell'Unione; oppure
- d) l'applicazione dello strumento del bail-in a tali passività determinerebbe una distruzione di valore tale che le perdite sostenute da altri creditori sarebbero più elevate che nel caso in cui tali passività fossero escluse dal bail-in».

³¹Suggerimenti adottati il 6 marzo 2015 e consultabili sul sito internet <https://www.eba.europa.eu/>.

³²Più precisamente, le esclusioni «should be considered on a case-by-case basis by analysing relevant considerations under each of the potential reasons for exclusion under Article 44(3), rather than by considering the specific nature of the institutions concerned in isolation. This approach will ensure consistent consideration of exceptional circumstances and avoid unnecessary competitive distortions. Di recente (il 1° giugno 2016), è stato pubblicato in Gazzetta, il nuovo Regolamento delegato (UE) 2016/860 della Commissione del 4 febbraio 2016 che precisa ulteriormente le circostanze in cui è necessaria l'esclusione dall'applicazione dei poteri di svalutazione o conversione ai sensi dell'articolo 44, paragrafo 3, della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento.

chico predisposto dal legislatore senza che tale modifica possa essere conosciuta, *ex ante*, dagli investitori: sulla legittimità di un potere discrezionale così ampio, riconosciuto ad un'autorità amministrativa, è lecito dubitare. Decisiva, al riguardo, è l'impossibilità, da parte dei creditori, di confidare sulla circostanza di essere posposti rispetto ad altri, ciò in quanto il competente ente di risoluzione potrebbe mutare, in fase applicativa, l'ordine individuato, di *default*, dalla normativa. Attenua, solo in parte, detto pericolo la disposizione di cui all'art. 44, par. 3, lett. d), della BRRD, in forza della quale l'esclusione di talune passività è ammissibile allorché «l'applicazione dello strumento del bail-in a tali passività determinerebbe una distruzione di valore tale che le perdite sostenute da altri creditori sarebbero più elevate che nel caso in cui tali passività fossero escluse dal bail-in».

Diego Rossano

Associato di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"