

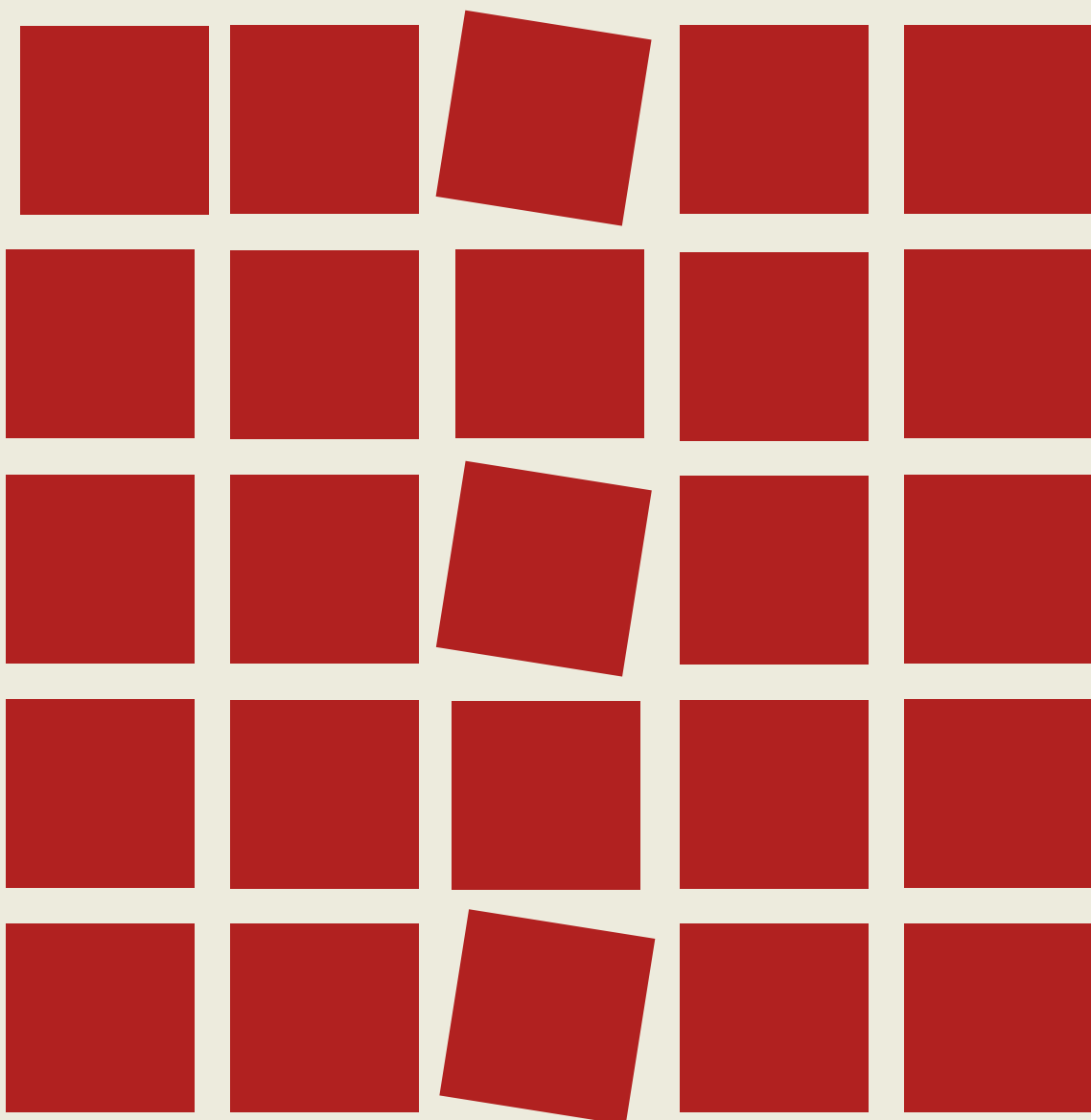
Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 6 – Num. 2
Dicembre 2017



Edizioni
Ca' Foscari



Ricerche giuridiche

[online] ISSN 2281-6100

Quaderni del Progetto Dottorale
di Alta Formazione in Scienze Giuridiche
e del Centro Studi Giuridici del Dipartimento
di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia

Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing

Università Ca' Foscari Venezia

Dorsoduro 3246 | 30123 Venezia

URL <http://edizionicafoscari.unive.it/it/edizioni/riviste/ricerche-giuridiche/>

Ricerche giuridiche

Rivista semestrale

Direzione scientifica Nicolò Abriani (Università di Firenze, Italia) Luigi Benvenuti Carmelita Camardi Francesco Caprigione (Università Guglielmo Marconi, Roma, Italia) Lorenzo De Angelis María Ángeles Egusquiza Balmaseda (Universidad Pública de Navarra, España) Antoine Lyon-Caen (Université Paris Ouest, France) Arturo Maresca («La Sapienza» Università di Roma, Italia) Fabrizio Marrella Roger McCormick (London School of Economics, UK) Christoph G. Paulus (Humboldt Universität zu Berlin, Deutschland) Adalberto Perulli Alessandro Somma (Università di Ferrara, Italia) Alberto Urbani

Direttore responsabile Alberto Urbani

Comitato Scientifico Christian Armbrüster (Freie Universität Berlin, Deutschland) Marcello Clarich (LUISS Università Guido Carli, Roma, Italia) Nina Dietz Legind (Syddansk Universitet, Denmark) Giuliana Martina Paolo Montalenti (Università di Torino, Italia) Johannes Michael Rainer (Universität Salzburg, Austria) Masaki Sakuramoto (Toyo University, Tokyo, Japan) Antonella Sciarone Alibrandi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Roberto Senigaglia Marco Sepe (Unitelma Sapienza, Roma, Italia) Gianluca Sicchiero Tiziano Treu (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Giuseppe Vettori (Università di Firenze, Italia) Manfred Weiss (Universität Frankfurt, Deutschland) Gaetano Zilio Grandi

Comitato di redazione Vania Brino Francesca Burigo Valentina Cagnin Cristina De Benetti Sara De Vido Mariella Lamicela Bianca Longo Marco Mancini Andrea Minto (Universiteit Utrecht, Nederland) Marco Olivi Giuseppe Paone Andrea Pin (Università di Padova, Italia) Illenia Rapisarda Marco Ticozzi Alessandra Zanardo Giuliano Zanchi Andrea Zorzi

Comitato scientifico per la valutazione Fabio Addis (Università di Brescia, Italia) Mads Andenas (Universitetet i Oslo, Norge) Antonella Antonucci (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Florence Benoit-Rohmer (EiUC, Venezia, Italia) Elisabetta Bergamini (Università di Udine, Italia) Massimo Bianca (Università di Trieste, Italia) Elena Bindi (Università di Siena, Italia) Antonio Blandini (Università di Napoli «Federico II», Italia) Enrico Camilleri (Università di Palermo, Italia) Maria Teresa Carinci (Università di Milano, Italia) Daniela Caterino (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Carlo Cester (Università di Padova, Italia) Nis Jul Clausen (Syddansk Universitet, Denmark) Paolofesio Corrias (Università di Cagliari, Italia) Ciro G. Corvese (Università di Siena, Italia) Alessandro D'Adda (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Raffaele De Luca Tamajo (Università di Napoli «Federico II», Italia) Francesco De Santis (Università di Salerno, Italia) Riccardo Del Punta (Università di Firenze, Italia) Leonardo Di Brina (Università «Guglielmo Marconi», Italia) Giovanni Di Rosa (Università di Catania, Italia) Leonardo Ferrara (Università di Firenze, Italia) Giuseppe Ferri jr. (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Gianvito Giannelli (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Delia La Rocca (Università di Catania, Italia) Valerio Lemma (Università «Guglielmo Marconi», Roma, Italia) Raffaele Lener (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Michele Lobocono (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Pierpaolo Marano (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Cinzia Motti (Università di Foggia, Italia) Marco Olivetti (Libera Università Maria SS. Assunta, Roma, Italia) Carlo Paterniti (Università di Catania, Italia) Ugo Patroni Griffi (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Paolo Patrono (Università di Verona, Italia) Mirella Pellegrini (LUISS Università Guido Carli, Roma, Italia) Henry Peter (Université de Genève, Suisse) Andrea Pisaneschi (Università di Siena, Italia) Dianora Poletti (Università di Pisa, Italia) Riccardo Salomone (Università di Trento, Italia) Franco Scarpelli (Università di Milano-Bicocca, Italia) Martin Schauer (Universität Wien, Austria) Francesco Seatzu (Università di Cagliari, Italia) Paolo Tosi (Università di Trento, Italia) Vincenzo Troiano (Università di Perugia, Italia) Fernando Valdés Dal-Ré (Universidad Complutense de Madrid, España) Francesco Vella (Università di Bologna, Italia) Michele Vellano (Università della Valle D'Aosta, Italia) Lorenzo Zoppoli (Università di Napoli «Federico II», Italia) Stefano Zunarelli (Università di Bologna, Italia)

Ove non specificato, i nominativi indicati si intendono facenti riferimento, a vario titolo, all'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Direzione e redazione dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia San Giobbe - Cannaregio 873, Fondamenta San Giobbe, 30121 Venezia ricerchegiuridiche@unive.it

Valutazione dei contributi I contributi inviati alla rivista *Ricerche giuridiche* sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole:

1. La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di workshop dottorali, commenti a sentenza, ecc).
2. Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, affinché i medesimi formulino il proprio giudizio compilando in via telematica l'apposito questionario. Trascorso il termine di trenta giorni dalla ricezione senza che il valutatore designato abbia formulato il giudizio, il contributo si intende da questi approvato.
3. La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.
4. In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei valutatori interpellati. Ove invece dalle valutazioni emerge un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni ricevute dai valutatori, assumendosi la responsabilità della verifica.
5. In ciascun fascicolo della rivista sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del Comitato scientifico per la valutazione che hanno effettuato dei contributi pubblicati.
6. La Direzione scientifica della Rivista si riserva la facoltà di valutare autonomamente i contributi di alti esponenti delle istituzioni e i supplementi che raccolgono gli atti di convegni.

Sommario

SAGGI

The ECtHR <i>Talpis v. Italy</i> Judgment Challenging the Osman Test through the Council of Europe Istanbul Convention?	
Sara De Vido	203

Libertà di circolazione delle merci e aspetti doganali Due punti centrali per esaminare il “punto franco”	
Alessandro Torello	213

L'arbitrato irrituale, «<i>dead man walking</i>»	
Maurizio Visconti	235

PAPERS

Qualificazione giuridica dei contratti di <i>cloud computing</i>	
Pietro Cavarzeran	259

En guise de points de départ : cinq horizons lointains	
Laura Miccoli, Fiorella Dal Monte, Roberto Pomiatto, Robin Médard Inghilterra, Balthazard Durand	287

Représentation politique et représentation syndicale	
Clement Bizet, Paolo Brambilla, Chiara Garbuio, Michael Koskas, Pier Marco Rosa Salva	297

Représentation nécessaire et représentation volontaire	
Chiara Angiolini, Giorgia Casiello, Raffaele Felicetti, Moise Jean, Lou Thomas	307

OSSERVATORIO

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 27 aprile 2017, n. 10447

GIANCOLA *Presidente* - **NAZZICONE** *Estensore*

Le conseguenze del difetto di sottoscrizione dell'intermediario nei contratti bancari

Stefania Santamaria

317

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 22 giugno 2017, n. 15470

Responsabilità degli amministratori di s.p.a.

***Business judgment rule* e limiti all'insindacabilità delle scelte di gestione**

Sofia Mansoldo

341

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:

E. Bergamini, L. Calafà, C. Corvese, L. Di Brina, G. Giannelli, M. Grondona, D. La Rocca, V. Lemma, U. Patroni Griffi, M. Perini, A. Pisaneschi, D. Poletti, I. Sabbatelli, L. Tebano, M. Vellano.

Saggi

The ECtHR *Talpis v. Italy* Judgment Challenging the Osman Test through the Council of Europe Istanbul Convention?

Sara De Vido
(Ricercatrice di Diritto internazionale
nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

Abstract This comment is meant as a first reaction to the *Talpis v. Italy* judgment, rendered by the European Court of Human Rights on 2 March 2017, and an attempt to reflect on legal obligations States have in countering violence against women, in light of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, adopted in 2011 in Istanbul and entered into force in 2014.

Summary 1. Introduction. – 2. The Facts of the *Talpis v. Italy* Case. – 3. The Decision of the European Court of Human Rights. – 3.1. Challenging the Osman Test. – 3.2. Domestic Violence as Torture. – 3.3. Domestic Violence as Discrimination on the Basis of Gender. – 4. Some Conclusions in Light of the Council of Europe Istanbul Convention.

Keywords Domestic violence. Human rights. Freedom from torture. Non-discrimination. Obligations.

1 Introduction

On 2 March 2017, the European Court of Human Rights (ECtHR) rendered a landmark judgment on States' positive obligations to counter domestic violence, in the case *Talpis v. Italy*¹.

This comment² is meant as a first reaction to the decision, and an attempt to reflect on the legal obligations stemming from the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, adopted in 2011 in Istanbul and entered into force

1 European Court of Human Rights, *Talpis v. Italy*, Appl. No. 41237/14, 2 March 2017.

2 Please find the complete analysis, with a reflection on interpretation "in light of the Istanbul Convention", in S. DE VIDO, "States' Positive Obligations to Eradicate Domestic Violence: The Politics of Relevance in the Interpretation of the European Convention on Human Rights, ESIL in Reflection, 6, 6, July 2017.

in 2014 (hereinafter “Istanbul Convention”)³. The Convention, which Italy ratified in 2013, was mentioned in significant paragraphs of the judgment under analysis, since it constitutes the most advanced legal instrument existing at the regional or international level to combat violence against women and domestic violence. It is based on four pillars, namely Prevention, Protection, Prosecution and Policies, and obliges State parties to adopt effective measures to counter gender-based violence against women, a widespread social phenomenon in Europe as well as in other areas of the world⁴. The *Talpis* case was examined under Article 2 (right to life), Article 3 (prohibition of torture, inhuman or degrading treatment), and Article 14 (prohibition of discrimination) in combination with Articles 2 and 3, of the European Convention on Human Rights (hereinafter the “European Convention”).

We argue that the Court has started to use the Istanbul Convention as a fundamental instrument to interpret positive legal obligations linked to the rights enshrined in the European Convention. In particular, the judgment contributes to the evolution of international human rights law in the protection of women’s rights, by gradually imposing a stricter due diligence standard with regard to obligations States must comply with in cases of domestic violence.

2 The Facts of the *Talpis v. Italy* case

Born in Moldova, the applicant, Elisaveta Talpis, had lived in Remanzacco (Udine, a city in the North-East of Italy) with her husband and two children since their arrival in Italy, in 2011. As a consequence of some episodes of violence perpetrated by her husband, she filed a complaint with the authorities on 5 September 2012, a few months after finding a place in a women’s shelter managed by an association for the protection of women from violence. The Public Prosecutor ordered the police to investigate as a matter of urgency. It took seven months before the applicant could be heard by the police. On that occasion, she declared that the abuse was not as severe as she previously declared. She later explained that her husband put pressure on her. The Public Prosecutor decided to continue investigation with regard to grievous bodily harm. On 25 November 2013, the applicant called the police. The agents arrived at her house, where they found the husband drunk. According to the declarations of the applicant

3 Istanbul, 11 May 2011, CETS No.210.

4 See, for example, the data of the WHO, published here <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/en/> and the data provided by the European Union Agency for Fundamental Rights in a report of 2014 (<http://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report>).

and her son, the husband did not use violence against them. The man was driven to the hospital, from which he was discharged soon after. He was then stopped by the police on the streets, still drunk. At 5 in the morning, he entered his house and tried to attack his wife with a knife. Their son tried to stop his father, but the latter stabbed the young man to death. In the meantime, the applicant reached the street; her husband caught up with her and stabbed her. She survived. On 8 January 2015, the man was sentenced to life imprisonment for the murder of his son and the attempted murder of his wife. Before the decision against her husband was delivered, Elisaveta Talpis had filed a complaint with the ECtHR against Italy, claiming the Italian authorities failed to protect her from her violent husband, who, after years of abuse, attempted to kill her and eventually killed their son.

3 The Decision of the European Court of Human Rights

The Court rejected the two arguments presented by the Italian government with regard to admissibility, affirming that the period of six months within which the woman was entitled to file a complaint started from the date of the murder of the son's applicant. The second argument concerning the non-exhaustion of domestic remedies was rejected by the Court while dealing with the alleged violation of Article 2 of the European Convention.

On the merits, the Court referred to two of its previous judgments on domestic violence – namely the pioneering *Opuz v. Turkey*⁵, and the more recent *Rumor v. Italy*⁶.

The Court found, by a majority of six votes against one, that Italy violated Article 2 of the European Convention, as a consequence of the death of the applicant's son and the attempted murder of the applicant, and, by unanimity, that the State infringed Article 3 of the European Convention due to the failure of the authorities to protect the applicant against violence. The Court refused to analyse the case under Articles 8 and 13 of the European Convention, and found a violation of the principle of non-discrimination (Article 14 of the European Convention) by a majority of five votes against two.

5 European Court of Human Rights, *Opuz v. Turkey*, Appl. No. 33401/02, 9 June 2009.

6 European Court of Human Rights, *Rumor v. Italy*, Appl. No. 72964/10, 27 May 2014.

3.1 Challenging the Osman Test

With regard to Article 2 of the European Convention, the Court applied the so-called “Osman test”⁷. It provides that, in order to avoid an excessive burden on the authorities, the positive obligation to protect the right to life requires that the authorities «knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk»⁸. According to the majority of the judges, the real and immediacy requirement was met in the *Talpis* case. Given the circumstances of the case, the Court considered indeed that the husband constituted a real threat for the applicant, and that the State had an obligation to adopt concrete measures in order to protect the individual whose life was threatened.

Two of the judges discussed the issue in their opinions, presenting divergent positions. Judge Eicke, who wrote a partly dissenting opinion, posited that the Italian police should have been aware of the fact that the husband was under investigation and that he was charged with violence against his wife. In particular, on the night of the murder, the police officials, who stopped the applicant’s husband for an identity check, failed to adopt the measures within the scope of their powers that «judged reasonably, might have been expected to avoid that risk»⁹. Therefore, the conclusions of the Court were correct. Judge Spano dissented, and started his partly dissenting opinion with this sentence: «the law has its limits, even human rights law». Concerning the immediacy of the risk, the lapses of time between the initial police intervention and the murder (more than one year) proved that the requirement of immediacy was not met. Secondly, as to the reality of the risk, the judge contended that «diluting the Osman standard [...] will simply impose an unrealistic burden on law enforcement authorities»¹⁰, and that the applicant’s husband lethal attack, a «volatile and unpredictable behaviour», could not «have been reasonably foreseen by the police»¹¹. Arresting the husband could have been an option; however, if, on the one hand, States have obligations to effectively combat domestic violence, on the other hand, this fight «must be fought within

7 European Court of Human Rights, *Osman v. United Kingdom*, no. 23452/94, 28 October 1998.

8 *Osman*, cit., para. 116.

9 Para. 8 of the opinion.

10 Para. 9 of the opinion.

11 Para. 11 of the opinion.

the boundaries of law, not outside»¹².

The arguments of both judges are very interesting. It is true that the Court has usually stuck to the Osman test, but a “revised Osman test”, as suggested by Judge De Albuquerque in the case *Valiuliene v. Lithuania*¹³, seems to have gradually entered the legal reasoning of the Court. Judge De Albuquerque acknowledged, in a case of domestic violence which caused to the victim minor bodily injuries, that the stage of “immediate risk” for a victim might be too late for the State to intervene, and that «a more rigorous standard of diligence is especially necessary» in societies where the problem of domestic violence is widespread. He reformulated the test as follows: «If a State knows or ought to know that a segment of its population, such as women, is subject to repeated violence and fails to prevent harm from befalling the members of that group of people when they face a present (but not yet imminent) risk, the State can be found responsible by omission for the resulting human rights violations. The constructive anticipated duty to prevent and protect is the reverse side of the context of widespread abuse and violence already known to the State authorities»¹⁴. The Court, in the *Talpis v. Italy* case, seems to follow the way paved by Judge De Albuquerque, where it stressed the “particular context” of domestic violence, and the aspect of repetition of violent acts¹⁵. Nonetheless, this conclusion cannot justify a disproportionate restriction of other rights. Hence, even though the arrest of Ms Talpis’ husband might have been a disproportionate measure, the officials could have driven the applicant’s husband to the hospital, or taken him home in order to assess whether the situation was safe.

3.2 Domestic Violence as Torture

The second consideration regards Article 3 of the European Convention. The judges unanimously concluded that there was a violation of the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment enshrined in the Convention. What about the intensity test which is commonly applied by the ECtHR in order to trigger Article 3? As said by Judge Jočienė, in her dissenting opinion to the *Valiuliene* judgment, the «minimum level of se-

¹² Para. 15 of Judge Spano’s opinion.

¹³ European Court of Human Rights, *Valiuliene v. Lithuania*, Appl. No. 33234/07, 26 March 2013.

¹⁴ P. 30 of the *Valiuliene* judgment.

¹⁵ *Talpis*, cit., para. 130.

verity» must be proved¹⁶. As a consequence, in the case of «very minor injuries», a case of domestic violence must be exclusively examined under Article 8 of the Convention¹⁷. In the *Talpis* case, we might argue that the level of severity had been reached, but the Court did not even mention the need to use a similar test. Accordingly, episodes of domestic violence are considered as sufficiently severe to trigger Article 3 of the Convention, without requiring an analysis of the level of intensity. Many scholars have discussed whether or not domestic violence can amount to torture, and, as early as the end of the nineteenth century, Frances Power Cobbe wrote a revolutionary article on the equation that domestic violence is torture, namely “Wife-torture in England”¹⁸. A very convincing argument is the one proposed by the then UN Special Rapporteur on torture and other inhuman, cruel or degrading treatment Manfred Nowak, who, in an illuminating report of 2008, outlined the element of powerlessness that characterises both domestic violence and torture: «the intention to keep the victim in a permanent state of fear based on unpredictable violence by seeking to reduce the person to submission and destroy his/her capacity for resistance and autonomy with the ultimate aim of achieving total control»¹⁹.

3.3 Domestic Violence as Discrimination on the Basis of Gender

The third consideration refers to the prohibition of discrimination on the basis of gender. The Court read Article 14 in conjunction with Articles 2 and 3 of the European Convention. Referring to the *Opuz v. Turkey* and the *Eremia v. Moldova*²⁰ case, the Court confirmed that discrimination occurs where it is possible to affirm that the acts of the authorities do not only amount to a failure to respond to episodes of violence, but also to a «repeated tolerance» that «reflect[s] a discriminatory attitude with regard to the applicant as woman»²¹. Mentioning worrying data on domestic violence in Italy, the Court acknowledged first that the phenomenon mainly affects women, and that, despite the reforms undertaken, a significant number

16 Para. 14 of the Judge Jočienė’s opinion.

17 Para. 15 of the Judge Jočienė’s opinion.

18 Contemporary Review, Strahan & Co.; First Edition (1878). See a reflection on the evolution, and related references, in S. De Vido, *Donne, violenza, diritto internazionale. La Convenzione di Istanbul del Consiglio d’Europa del 2011*, Milano, 2016.

19 A/HRC/7/3, para. 45.

20 European Court of Human Rights, *Eremia v. Moldova*, Appl. No. 3564/11, 28 May 2013.

21 *Talpis*, cit., para. 141.

of women is killed by their partners or former partners; secondly, that socio-cultural attitudes on domestic violence continue²². This affirmation differs from the judgment in the *Rumor* case, in which the Court posited that the Italian legal framework with regard to domestic violence was effective. According to the majority of the judges, «the circumstances were different»²³, since the application of Italian criminal law in the most recent judgment did not prevent physical assault against the woman. Given the elements of the case, the majority of the judges concluded that a violation of the prohibition of discrimination occurred.

In his partly dissenting opinion, Judge Eicke summarised the jurisprudence of the Court on the application of Article 14 combined with Article 2 and 3 of the European Convention, stressing that, absent any evidence of discriminatory treatment by the officials, a violation of the prohibition of discrimination can arise only in cases of a «clear and systemic failure» of the national authorities to appreciate and address the seriousness and extent of the problem of domestic violence²⁴. Therefore, according to the Judge, in the case at issue, the question was not only a matter of statistics, but whether or not the judgment in the *Rumor* case was premature or the situation in Italy had significantly changed in the lapses of time between the two judgments. However, as correctly pointed out by the Judge, the Court has not argued why it considered the Italian system effective in the *Rumor* case, and not effective in the *Talpis* one. Judge Spano reached a similar conclusion, arguing that «societal discrimination and high levels of domestic violence [...] are not, in and of themselves, enough to ground a finding of an Article 14 violation»²⁵, and that «there is insufficient evidence of institutional discrimination in Italy», being the relevant framework being one that is effective²⁶.

4 Some Conclusions in Light of the Istanbul Convention

Given the analysis above, we might argue that positive obligations of States in responding to cases of domestic violence must be reconceived in light of the Istanbul Convention. In the *Talpis* case, the Court was well aware of the impact of the Istanbul Convention, where it stated that States have “particular” (*particulière*) due diligence obligations, and that the

22 *Talpis*, cit., para. 145.

23 *Talpis*, cit., para. 146.

24 Para. 19 of Judge Eicke’s opinion.

25 Para. 21 of the Judge Eicke’s opinion.

26 Para. 23 of the Judge Eicke’s opinion.

peculiarity of acts of domestic violence, as acknowledged in the preamble of the Istanbul Convention, «must be taken into account» during internal proceedings²⁷. Article 49 of the Istanbul Convention provides that «Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that investigations and judicial proceedings in relation to all forms of violence covered by the scope of this Convention are carried out without undue delay while taking into consideration the rights of the victim during all stages of the criminal proceedings», and Article 50 is aimed at ensuring that the «responsible law enforcement agencies respond to all forms of violence covered by the scope of this Convention promptly and appropriately by offering adequate and immediate protection to victims».

We might therefore argue that the “Osman test” with regard to Article 2 of the Convention, and the due diligence requirement must be read in light of the Istanbul Convention, in the sense that national authorities must consider the specific conditions of vulnerability of the victim, and adopt preventive measures even in the absence of the strict requirement of immediacy. In other words, in a situation similar to the one brought before the Court, the immediacy requirement should be satisfied given a “present” risk of violence (the fact that the woman found refuge in a shelter for women, that she reported episodes of violence to the authorities, that she called the police the night of the murder, etc.). The ECtHR is challenging – although not explicitly – the Osman test through the Istanbul Convention, following the pioneering thought of Judge De Albuquerque in the *Valiuliene* case.

An interesting element that was not analysed either by the Court or by the dissenting judges is linked to the support States are obliged to give to shelters for victims of violence under the Istanbul Convention. The applicant found refuge from her husband thanks to a local association. However, the social services of the municipality of Udine notified the association that there were no funds available to guarantee to the applicant another refuge or to pay the refuge found by the association itself. The Government counter-argued that the social services in Udine, which had developed a programme for victims of violence, were not in charge of the situation and therefore could not pay for the applicant’s refuge managed by a private association; the victim should have contacted the social services to ask for help²⁸. In light of the Istanbul Convention, States are required to «recognise, encourage and support at all levels, the work of relevant non- governmental organisations and of civil society active in combating violence against women and establish effective co-operation with these organisations» (Article 9 Istanbul Convention). Even though

27 *Talpis*, cit., para. 129.

28 *Talpis*, cit., paras. 25 and 26.

the woman could have reported her situation to the social services of the municipality, nothing should have prevented her to receive a concrete aid by a private association, which, in turn, should have been financially supported by the competent authorities. Therefore, in the application of Article 14 of the Convention on Human Rights, the Court could have concluded that, despite remarkable and fundamental steps forward in the protection of women from domestic violence, the Italian legislative framework and its application by national authorities systematically discriminate against women. The Istanbul Convention obliges States to take concrete steps in countering violence against women and domestic violence, and can be used by the ECtHR judges to interpret the rights granted by the Convention in terms of positive obligations.

Libertà di circolazione delle merci e aspetti doganali

Due punti centrali per esaminare il “punto franco”

Alessandro Torello
(Cultore della materia in Diritto industriale
nell'Università di Macerata, Italia)

Abstract This article deals with two essential features pertaining to the development of free ports and free zones: the freedom of movement of goods and customs-related operations. Freedom of transit is one of the fundamental international trade principles which was incorporated in the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) immediately after World War II. Regarding the European Union context, the EU internal market is based on the freedom of movement of goods. In line with Article 26 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the internal market «shall comprise an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of the Treaties». For the importance of examining EU customs legislation, to better understand the role of free ports and free zones, especially in terms of fiscal and customs benefits (e.g. duties are partially reduced or temporary suspended), attention is focused on: Union Customs Code in force (Regulation 952/2013); the concept of customs valuation; some critical issues arising when non-EU goods are imported into the EU, considering both the phase of release for free circulation and that of release for consumption.

Sommario 1. Introduzione. – 2. Aree di libero scambio e unioni doganali. – 3. Mercato interno e libera circolazione delle merci. – 4. Territorio politico e territorio doganale dell'Unione Europea. – 5. L'unione doganale negli artt. 28 e 30 TFUE. – 6. La riforma della disciplina doganale dell'UE: il Reg. n. 952/2013. – 7. L'importazione definitiva di merci nell'UE: un meccanismo bifase. – 8. Alcuni aspetti critici dell'importazione definitiva. – 9. Il valore delle merci in dogana. – 10. Alcune considerazioni finali. – 11. Bibliografia.

Keywords Customs legislation. Imports. Entrepôt. Customs. Duties.

1 Introduzione

La libertà di circolazione delle merci ha sempre avuto un ruolo centrale all'interno della legislazione comunitaria (prima nella Comunità Economica Europea e poi nell'Unione Europea), in quanto ha rappresentato, e rappresenta oggi più che mai, una delle quattro libertà alla base del mer-

cato unico (attualmente indicato come mercato interno)¹. La realizzazione di un'unione doganale, conseguita alla fine degli anni sessanta², è stata possibile solo attraverso una graduale eliminazione di barriere di tipo tariffario ed extra-tariffario, nel quadro di un sistema legislativo di matrice sovranazionale e orientato a garantire la libertà dei flussi commerciali e del movimento delle merci.

A partire dal Trattato di Roma del 1957 è stato avviato un processo mediante il quale si è giunti oggi ad uno spazio economico privo di barriere interne e ad una disciplina doganale uniforme in 28 Stati (27 in seguito all'esito del referendum del 23 giugno 2016 relativo all'uscita dall'UE del Regno Unito), per quanto esistano ancora dei limiti e delle lacune soprattutto sul fronte dell'armonizzazione fiscale.

Premesso quanto sopra, in questo elaborato si cercherà di mettere in relazione il concetto di libertà di circolazione delle merci con i meccanismi che sono alla base del diritto doganale dell'Unione Europea per poter meglio comprendere gli elementi alla base del "punto franco", da intendersi come area in cui è possibile tenere in sospensione sia i dazi doganali che gli aspetti fiscali, quali l'IVA e/o le accise. Verranno pertanto analizzate alcune delle principali questioni e problematiche che possono emergere nel momento in cui venga effettuata nella Unione Europea un'importazione di beni da Paesi extra-UE.

1 Sul mercato interno e sulle quattro libertà di circolazione, si vedano: ADAM, TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2014, p. 453 ss.; BARNARD, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford, 2016; BARNARD, PEERS, *European Union Law*, Oxford, 2017, p. 310 ss.; DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, 2016, p. 13; DAVIES, *Understanding European Union Law*, Abingdon, 2016, p. 117 ss.; DUBOUT, MAITROT DE LA MOTTE, *L'Unité des libertés de circulation*, Bruxelles, 2013, p. 21 ss.; GORMLEY, *EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union*, Oxford, 2009; MOENS, Trone, *Commercial Law of the European Union*, New York, 2010, p. 39 ss.; SNELL, *European Union Law Goods and Services in EC Law: A Study of the Relationship between the Freedoms*, Oxford, 2002; WATSON, WOODS, *EU Law*, Oxford, 2014, p. 327 ss.; WOODS, *Free Movement of Goods and Services within the European Community*, Farnham, 2004.

2 L'unione doganale venne realizzata nel 1968 quando l'allora CEE era composta dai sei Paesi fondatori: Benelux, Francia, Germania Occidentale e Italia. Il primo allargamento della CEE risale al 1973, grazie al quale divennero Paesi membri la Danimarca, l'Irlanda e il Regno Unito. Cfr.: DANIELE, *op. cit.*, p. 20 ss.; LIMBACH, *Uniformity of Customs Administration in the European Union*, Portland, 2015, p. 13 ss. Sul processo di integrazione europea, si vedano: Bretherton, Vogler, *The European Union as a Global Actor*, Londra, 1999, p. 46 ss.; CACACE, MAMMARELLA, *Storia e politica dell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2005, p. 138 ss.; GILBERT, *Surpassing Realism: The Politics of European Integration since 1945*, Lanham, 2003, p. 85 ss.; LOTH, *Building Europe: A History of European Unification*, Berlino, 2015.

2 Aree di libero scambio e unioni doganali

Per poter meglio inquadrare ed esaminare la libera circolazione di merci, può risultare utile evidenziare le differenze tra due tipologie di accordo economico-commerciale, ossia fare un confronto tra il concetto di area di libero scambio e quello di unione doganale, sulla base delle indicazioni fornite dall'articolo XXIV del *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) del 1947 e successive modifiche³.

Per area di libero scambio si intende un accordo commerciale internazionale tra Stati con il fine di abbattere le barriere doganali e ridurre le tariffe daziarie tra gli Stati parte dell'accordo. Tuttavia, rimane la facoltà dei singoli Stati di scegliere quale politica commerciale e doganale adottare nei confronti dei Paesi terzi, ovvero verso gli Stati che non sono parte dell'accordo. Difatti, non esistendo un processo di armonizzazione nella definizione di una politica commerciale da parte degli Stati firmatari dell'accordo di libero scambio, ciascun Paese è libero sia di adottare strategie commerciali e doganali incentrate su misure restrittive o limitative verso i Paesi terzi (embarghi, contingentamenti o applicazione di dazi *antidumping*), sia di stipulare accordi di natura preferenziale con qualunque Paese terzo, senza dover negoziare tali accordi con i Paesi membri dell'area di libero scambio. In particolare, la questione degli accordi preferenziali è un tema particolarmente delicato, in quanto permette ad un singolo Stato di poter usufruire di misure daziarie agevolate all'atto dell'importazione di una merce proveniente da un Paese terzo con cui è stato definito l'accordo. In Europa e America del Nord due sono le aree di libero scambio: EFTA (*European Free Trade Association*) e NAFTA (*North American Free Trade Agreement*).

L'unione doganale⁴ si caratterizza, a differenza dell'area di libero scambio, per la definizione di una politica economico-commerciale e doganale

3 È utile precisare che il GATT 1947 è parte dell'Allegato 1.A dell'Accordo di Marrakech del 15 aprile 1994 con cui è stata istituita a partire dal primo gennaio 1995 l'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO: World Trade Organization), al termine dell'Uruguay Round. Sul tema si vedano: DE BURCA, *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Oxford, 2001; GALGANO, MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2011, p. 226 ss.; GERMANÒ, ROOK BASILE, *Il diritto dei mercati dei prodotti agricoli nell'ordinamento internazionale*, Torino, 2010, p. 37 ss.; Nugent, *The Government and the Politics of the European Union*, Durham, 2006, p. 483 ss.; REUVID, SHERLOCK, *International Trade*, Londra, 2011, p. 367 ss.; TREBLCOCK, *Advanced Introduction to International Trade Law*, Cheltenham, 2015, p. 61 ss.; VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge, 2013, p. 40 ss.

4 In merito all'origine delle unioni doganali (intese in senso moderno), l'Unione doganale dell'Africa del Sud (SACU, acronimo di *Southern African Customs Union*) può essere considerata l'unione doganale più antica del mondo. Le sue origini risalgono infatti al 1910, quando venne costituita la CUA (*Customs Union Agreement*). Oggi si compone di cinque Stati: Botswana, Lesotho, Namibia, Sud Africa e Swaziland. Cfr.: MATHIS, *The Southern African Custom*

unica da parte dei Paesi membri verso i Paesi terzi: *de facto* viene definita una tariffa doganale unica e integrata nei confronti dei Paesi terzi. Non viene concessa a nessuno Stato membro dell'unione doganale la possibilità di applicare misure daziarie diverse da quelle pattuite in sede di accordo e neppure di stipulare accordi preferenziali in maniera autonoma. Il commercio e il transito delle merci all'interno dell'unione doganale è libero ed esente da imposizioni daziarie, quindi i singoli mercati nazionali sono fusi in un mercato unico delle merci e in molti casi anche dei servizi (nel caso dell'Unione europea, la libertà di circolazione riguarda persone, capitali, merci e servizi).

3 Mercato interno e libera circolazione delle merci

La centralità rivestita dal mercato interno viene evidenziata sia nell'art. 3.3 del TUE (Trattato sull'Unione Europea), in base al quale «l'Unione instaura un mercato interno», sia nelle disposizioni TFUE (Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea). L'art. 3 TFUE puntualizza che l'Unione Europea ha competenza esclusiva per ciò che concerne l'unione doganale e la definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno⁵. L'articolo 4 TFUE precisa che l'UE ha competenza concorrente con gli Stati membri in merito al mercato interno.

All'interno TFUE l'espressione mercato interno si ritrova inoltre nella Parte Terza: Titolo I (artt. 26 e 27) e Titolo VII (artt. 101 e 102). In particolare, l'art. 26 TFUE mette in evidenza due aspetti centrali: 1) l'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno; 2) il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati⁶. La libertà di circolazione delle merci nell'Unione Europea pertanto costituisce una delle quattro libertà fondamentali. Gli articoli relativi alla libera circolazione delle merci sono presenti nel Titolo II della Parte Terza (artt.

Union (SACU): Regional Cooperation Framework on Competition Policy and Unfair Trade Practices, UNCTAD, New York e Ginevra, 2005.

⁵ Merita essere citato il Protocollo 27, allegato sia al TUE che al TFUE e relativo al mercato interno e alla concorrenza, nel quale si sottolinea che: «le Parti contraenti, considerando che il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del TUE comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata, hanno convenuto che a tal fine l'Unione adotta, se necessario, misure in base alle disposizioni dei trattati, ivi compreso l'articolo 352 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

⁶ L'art. 26.2 TFUE statuisce infatti che «il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati».

da 28 a 37) TFUE.

Per ciò che concerne la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella sentenza C-265/95 del 9 Dicembre 1997 (Commissione c. Francia) e C-115/02 del 23 ottobre 2003 (Rioglass e Transremar) è stato espressamente confermato che la libera circolazione delle merci costituisce uno dei principi fondamentali del Trattato⁷. In particolare al punto 18 della causa 115/02, la Corte precisa che «[...] l'unione doganale istituita dal Trattato CE implica necessariamente che venga garantita la libera circolazione delle merci fra gli Stati membri. Questa libertà non potrebbe, a sua volta, essere completa se gli Stati membri avessero la facoltà di ostacolare o di intralciare, in qualsiasi modo, la circolazione delle merci in transito».

4 Territorio politico e territorio doganale dell'Unione Europea

Il territorio doganale dell'Unione Europea diverge sia dal territorio politico sia da quello fiscale. Alcune aree della UE sono parte del territorio UE da un punto di vista politico e geografico, ma non lo sono dal lato doganale, oppure possono prevedere dei regimi fiscali privilegiati. Il perimetro doganale pertanto non necessariamente si sovrappone e coincide con i confini politici degli Stati membri⁸. L'art. 4 del Reg. n. 952/2013 (Codice doganale dell'Unione Europea) indica dettagliatamente quali siano i territori che compongono il territorio doganale della UE.

Per ciò che concerne il territorio italiano, alcune eccezioni sono individuabili nello *status* speciale attribuito al Comune di Campione d'Italia, alle aree in acque italiane del lago di Lugano (Ponte Tresa e Porto Ceresio) e al Comune di Livigno. Campione d'Italia è una piccola enclave italiana in territorio svizzero: dal punto di vista politico fa parte del territorio della Repubblica italiana, ma dal punto di vista doganale è un territorio extra-UE, poiché inserito nello spazio doganale svizzero⁹. Il Comune di Livigno gode dello *status* di zona extra-doganale dal 1910¹⁰. Per agevolare

⁷ Stessa posizione era già stata assunta dalla Corte nelle sentenze SIOT (causa 266/81) e nella sentenza Richardt (causa 367/89).

⁸ Per ciò che riguarda il territorio doganale della UE, si vedano: ARMELLA, *Diritto doganale*, Milano, 2015, p. 128; DESIDERIO, GIFFONI, *Legislazione doganale comunitaria e nuovo codice doganale*, Torino, 2009, p. 36 ss.; FABIO, *Customs Law of the European Union*, Alphen aan den Rijn, 2010; HORSPOOL, HUMPHREYS, *EU Law*, Oxford, 2012, p. 270; WALSH, *European Union Customs Code*, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 99 ss.

⁹ Campione d'Italia ha anche la particolarità di utilizzare il franco svizzero come valuta di riferimento, pertanto si può considerare escluso anche dalla euro-zona.

¹⁰ Lo *status* di zona extradoganale di Livigno venne istituito nel Regno d'Italia mediante la l. n. 516 del 17 luglio 1910; in particolare l'art. 3 prevedeva che venisse delimitato un territorio

il turismo esistono delle franchigie (in termini di valore e quantità) per gli acquisti effettuati in qualità di turista o frontaliere, mentre per le transazioni commerciali e per le operazioni di compravendita si fa riferimento ai principi doganali di importazione o esportazione da e verso Paesi extra-UE, poiché si deve considerare Livigno come un'area esterna al perimetro doganale dell'Unione Europea.

Riguardo ad altri Paesi Membri della UE, non fanno parte del territorio doganale UE le isole Færøer¹¹ e la Groenlandia (nonostante tali aree siano legate politicamente alla Danimarca), l'isola di Heligoland e il territorio di Büsingen¹² in Germania.

Dal punto di vista fiscale, i Dipartimenti e Regioni d'oltremare francesi (DROM) e le isole Canarie rappresentano due esempi di aree appartenenti alla UE ma che godono di regimi fiscali privilegiati¹³. I DROM (Guadalupa, Guyana francese, Martinica e Reunion) sono parte del territorio politico francese, come suddivisione amministrativa e territoriale d'oltremare¹⁴, e appartengono sia al territorio doganale UE che alla euro-zona, ma hanno un sistema fiscale autonomo, non regolato dalla disciplina fiscale della UE. Godono infatti di privilegi e alleggerimenti in materia di IVA, oltre che di agevolazioni di natura tributaria sulle importazioni¹⁵. Le Canarie sono una delle 17 comunità autonome della Spagna e dal punto di vista doganale sono incluse nel perimetro doganale della UE, ma hanno un regime fiscale autonomo, non inquadrabile nelle disposizioni comunitarie in materia di IVA¹⁶. Al contrario, possono essere parte del territorio doganale UE anche

extra-doganale nel comune di Livigno.

11 Le isole Færøer, benché siano parte del territorio di un Paese membro, cioè del Regno di Danimarca, non sono parte della UE in termini politici; godono infatti di uno speciale statuto di autonomia. Curiosamente, le Færøer non avendo aderito al Trattato di Schengen non dovrebbero permettere la libera circolazione dei cittadini UE, per cui dovrebbero esistere dei controlli alla frontiera, ma ciò *de facto* non accade. Tale problema è stato ovviato mediante la partecipazione delle Færøer all'“Unione nordica dei passaporti” (accordo collegato al Trattato di Schengen).

12 Cfr.: Trattato del 23 novembre 1964 tra Germania Ovest e Svizzera.

13 L'art. 6 della Direttiva 2006/112/CE (c.d. Direttiva IVA) precisa che la stessa direttiva non si applica ai seguenti territori, i quali tuttavia fanno parte del territorio doganale della UE: a) Monte Athos; b) isole Canarie; c) dipartimenti francesi d'oltremare; d) isole Åland; e) isole Anglo-Normanne.

14 Si vedano gli artt. 72, 73 e 74 della Costituzione francese, riformati nel 2003.

15 Sul punto, si veda: GROSCLAUDE, MARCHESOU, *Diritto tributario francese. Le imposte, le procedure*, Milano, 2006, p. 300. Generalmente il regime fiscale che viene applicato nei DROM è un'imposta indiretta dell'8,5%, a fronte di una aliquota IVA del 20% (TVA normale) applicata nella Francia continentale. Fonte: Dogana francese.

16 Nelle Canarie non si applica l'IVA in vigore nel territorio continentale spagnolo (21%), bensì l'IGIC (*Impuesto General Indirecto Canario*), cioè un'imposta indiretta del 7% (IGIC

Stati non membri dell'Unione Europea sulla base di specifici accordi¹⁷, come nel caso del Principato di Monaco¹⁸, del Principato di Andorra¹⁹ e di San Marino²⁰.

Inoltre, particolarmente importante sia da un punto di vista politico-diplomatico che commerciale è l'unione doganale istituita tra l'UE e la Turchia²¹ nel 1996 mediante Decisione 1/95 del Consiglio di associazione CE-Turchia²². L'articolo 4 della Decisione 1/95 statuisce che «i dazi doganali all'importazione o all'esportazione e gli oneri di effetto equivalente sono totalmente aboliti fra la Comunità e la Turchia alla data di entrata in vigore della presente decisione. La Comunità e la Turchia si astengono, a decorrere da tale data, dall'introdurre nuovi dazi doganali all'importazione e all'esportazione oppure oneri di effetto equivalente. Tali disposizioni si applicano anche ai dazi doganali di natura fiscale». Gli artt. 5 e 6 della Decisione 1/95 prevedono inoltre che vengano vietate le restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione, e tutte le misure di effetto equivalente.

general) o del 3% (IGIC reducido) introdotta con l. n. 20/1991. Fonte: Agencia Tributaria Canaria e Gobierno de Canarias.

17 In particolare si veda la COM/2012/680: Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni sulle relazioni dell'Unione Europea con il Principato di Andorra, il Principato di Monaco e la Repubblica di San Marino.

18 Cfr.: Convenzione doganale conclusa tra il Principato di Monaco e la Repubblica francese a Parigi il 18 maggio 1963.

19 Accordo in forma di scambio di lettere tra la CEE e il Principato di Andorra del 28 giugno 1990. L'accordo è entrato in vigore sei mesi più tardi, nel mese di gennaio del 1991.

20 Circa la creazione di un'unione doganale tra UE e San Marino sono stati firmati un accordo nel 1991 (c.d. Accordo di Cooperazione e Unione Doganale) e una serie di protocolli (1997, 2005, 2007, 2013) in relazione al processo di allargamento della UE. L'Accordo di Cooperazione e Unione Doganale del 1991 è entrato in vigore nella sua forma completa, cioè in termini di unione doganale e cooperazione, solo nel 2002. Inoltre, l'Accordo del 1991 è stato integrato a marzo 2010 dalla Decisione 1/2010 (*Omnibus*) del comitato di cooperazione UE-San Marino. A tutto ciò fa da corollario la Convenzione di amicizia e buon vicinato stipulata a Roma il 31 marzo 1939 fra l'Italia e la Repubblica di San Marino (l. n. 1320/1939).

21 Sull'unione doganale tra Turchia e UE, si vedano: AKÇAY, YILMAZ, *Turkey's Accession to the European Union: Political and Economic Challenges*, Lanham, 2013, p. 127 ss.; ARIKAN, *Turkey and the EU: An Awkward Candidate for EU Membership?*, Aldershot, 2006, p. 49 ss.; KRAMER, *The EU-Turkey Customs Union: Economic Integration Amidst Political Turmoil, in Mediterranean Politics*, 1(1), 1996, p. 60 ss.; PRIM, *The EU-Turkey Customs Union: From a Transitional to a Definitive Framework?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 42(1), 2015, p. 31 ss.; VOIGT, *The Customs Union between Turkey and the EU: How Did It Affect Turkey?*, Amburgo, 2008, p. 2 ss.

22 Decisione n. 1/95 del Consiglio di associazione CE-Turchia, del 22 dicembre 1995, relativa all'attuazione della fase finale dell'unione doganale.

5 L'unione doganale negli artt. 28 e 30 TFUE

L'art. 28 TFUE riprende i principi presenti negli artt. 12-17 del Trattato che istituisce la CEE del 1957, ossia statuisce l'esistenza di un'unione doganale tra i Paesi Membri dell'Unione Europea; in particolare l'art. 28 sancisce che l'UE comprende «un'unione doganale che si estende al complesso degli scambi di merci e comporta il divieto, fra gli Stati membri, dei dazi doganali all'importazione e all'esportazione e di qualsiasi tassa di effetto equivalente, come pure l'adozione di una tariffa doganale comune nei loro rapporti con i Paesi terzi»²³.

A tale proposito è necessario considerare la distinzione tra diritti doganali, diritti di confine e dazi. Nel caso dei diritti doganali si fa riferimento ai diritti che la dogana è tenuta a riscuotere in forza di una legge, in relazione alle operazioni doganali, così come indicato dall'art. 34 TULD²⁴, pertanto si tratta di un *genus* molto ampio.

È utile anche citare il concetto di diritti di confine, poiché si tratta di una sottocategoria (pur sempre ampia di diritti) del *genus* dei diritti doganali²⁵; col termine diritti di confine si fa riferimento tanto ai dazi in import/export quanto alle sovrimposte di confine o di consumo e ad altre possibili forme di imposizione in fase di importazione o esportazione²⁶.

Il concetto di dazio va circoscritto all'onere pecuniario che deve essere pagato da un importatore (o un esportatore in caso dazio all'export) per introdurre la merce all'interno di uno Stato sovrano o di una unione doganale.

23 Il principio di non imposizione dei diritti di confine tra i Paesi membri risale al luglio 1968 quando *de facto* prese corpo l'unione doganale. In merito alla progressiva riduzione dei dazi e al divieto di innalzare dazi o tasse equivalenti per poter giungere ad una effettiva unione doganale sono state fondamentali almeno due pronunce della Corte di Giustizia: la sentenza Van Gend En Loos del 5 Febbraio 1963 (causa 26/62) e la sentenza SACE del 17 dicembre 1970 (causa 33/70). La giurisprudenza della Corte di Giustizia mediante le sentenze *Diamantarbeiders* ha ribadito in maniera categorica il divieto di imposizione dei dazi doganali. Si vedano sul punto: ADAM, TIZZANO, *op. cit.*, p. 459 ss.; ARENA, BESTAGNO, ROSSOLILLO, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione Europea*, Torino, 2016, p. 11; HORSPOOL, HUMPHREYS, *op. cit.*, p. 272 ss.; KAUPA, WEISS, *European Union Internal market Law*, Cambridge, 2014, p. 47 ss.; MARTINES, *Il mercato interno dell'Unione Europea: le quattro libertà. Raccolta commentata di giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 10 ss.; WATSON, WOODS, *op. cit.*, p. 367 ss.

24 D.P.R. n. 43/1973: Testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale.

25 I diritti di confine sono quindi inquadrabili all'interno della sfera dei diritti doganali. Su questo punto si veda in particolare: UCKMAR, *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2012, p. 132.

26 Sempre l'art. 34 TULD precisa infatti che «fra i diritti doganali costituiscono diritti di confine: i dazi di importazione e quelli di esportazione, i prelievi e le altre imposizioni all'importazione o all'esportazione previsti dai regolamenti comunitari e dalle relative norme di applicazione ed inoltre, per quanto concerne le merci in importazione, i diritti di monopolio, le sovrimposte di confine ed ogni altra imposta o sovrimposta di consumo a favore dello Stato».

nale (caso dell'UE); conseguentemente si tratta di un'entrata fiscale per l'autorità che lo riscuote.

Il dazio può essere applicato sul valore della merce e in tal caso si parla di dazio *ad valorem* oppure su una unità di prodotto; può anche essere legato ad una unità di misura (ad esempio il peso o i metri lineari). Infine esistono dei dazi misti, cioè calcolati in parte *ad valorem* ed in parte in base alle unità di prodotto o al peso. I dazi possono anche essere ulteriormente distinti in dazi protettivi e dazi fiscali. I primi vengono applicati per tutelare e salvaguardare un determinato mercato, mentre i dazi fiscali gravano su "beni voluttuari e non di prima necessità", in genere merci non prodotte all'interno della UE (ad esempio tè, caffè, cacao)²⁷. I dazi quindi possono essere interpretati sia come un'imposta indiretta sugli scambi internazionali, sia come una barriera artificiale al flusso commerciale di beni. Il presupposto del dazio è che il bene attraversi una frontiera nazionale, pertanto è necessario che avvenga uno scambio *cross-border*²⁸.

In merito al divieto di imporre diritti di confine tra i Paesi Membri, l'art. 30 TFUE ribadisce che «i dazi doganali all'importazione o all'esportazione o le tasse di effetto equivalente sono vietati tra gli Stati membri. Tale divieto si applica anche ai dazi doganali di carattere fiscale»²⁹. In base all'art. 31 TFUE sono la Commissione e il Consiglio gli organi responsabili della definizione dei dazi doganali: «i dazi della tariffa doganale comune sono stabiliti dal Consiglio su proposta della Commissione». Commissione e Consiglio attraverso i regimi daziari sono in grado di modificare e dare un determinato indirizzo alla politica commerciale dell'UE.

Merita soffermarsi sul concetto di "qualsiasi tassa di effetto equivalente" presente nell'art. 28 TFUE; difatti il legislatore comunitario non ha mai fornito una definizione esatta di tassa di effetto equivalente ai dazi doganali. Solo grazie all'intervento e all'azione della Corte di Giustizia dell'UE è stato possibile definire un quadro analitico e giurisprudenziale chiaro³⁰.

27 Sul punto si veda in particolare: VARESE, *Dazi e regimi doganali nell'Unione Europea*, Torino, 2012, p. 6 ss.

28 Cfr.: ARENA, BESTAGNO, ROSSOLILLO, *op. cit.*, p. 32. Si vedano anche: BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2015, p. 372 ss.; CABELLO PÉREZ, CABELLO GONZÁLES, *Las aduanas y el comercio internacional*, Madrid, 2014, p. 137 ss.

29 All'interno TFUE, un importante corollario all'art. 30 è rintracciabile nel primo comma dell'art. 110, in base al quale «nessuno Stato membro applica direttamente o indirettamente ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne, di qualsivoglia natura, superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali similari». Cfr.: MOENS, Trone, *op. cit.*, p. 230 ss.

30 Sul tema si vedano: ALFANO, *Tasse di effetto equivalente e libera circolazione delle merci all'interno del territorio dello Stato membro*, in *Riv. dir. tribut.*, III, 2005, p. 57 ss.; ATTARDI, *Il ruolo della Corte Europea nel processo tributario*, Milano, 2008; MARESCA, *Le tasse di effetto equivalente*, Padova, 1983.

La Corte in più occasioni ha sottolineato la necessità di inibire l'istituzione di tasse di effetto equivalente, e laddove queste fossero presenti, ne ha richiesto la soppressione³¹. In particolare, nella sentenza C-78/76 del 22 marzo 1977 (sentenza Steinike) la Corte ha avuto modo di precisare che il divieto di tasse di effetto equivalente fa riferimento «a qualsiasi tributo riscosso in occasione o in ragione dell'importazione, il quale, colpendo specificamente la merce importata, ad esclusione della merce nazionale simile, ne alteri il costo ed abbia quindi sulla libera circolazione delle merci la stessa influenza restrittiva di un dazio doganale» (punto 28).

A ciò va aggiunto che la disciplina degli artt. 34 e 35 TFUE, in linea con l'art. 28 TFUE, prevede che non devono essere applicate restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione, nonché qualsiasi misura di effetto equivalente, in quanto le restrizioni quantitative sono strumenti che limitano l'accesso di merci di Paesi Terzi all'interno di un mercato nazionale o di una unione doganale, come nel caso della UE³². Può inoltre risultare utile valutare come la Corte di Giustizia UE si sia espressa in merito alle restrizioni quantitative. Nelle sentenze C-8/74 dell'11 luglio 1974 (c.d. causa Dassonville), e più recentemente nelle cause C-265/95 del 9 dicembre 1997, C-112/00 del 12 giugno 2003 e C-320/03 del 15 novembre 2005, la Corte di Giustizia ha precisato che devono essere considerate misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative le normative commerciali che sono in grado di «ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari».

6 La riforma della disciplina doganale dell'UE: il Reg. n. 952/2013

Il primo maggio 2016 può essere identificato come uno spartiacque oltre che una data chiave per ciò che riguarda le riforme del codice doganale dell'Unione Europea. A partire da tale data è stata infatti abrogata tutta la disciplina doganale comunitaria antecedente (indicata come Codice doganale comunitario - CDC) ed è stata sostituita da una nuova normativa attraverso il Reg. n. n. 952/2013, definito Codice dell'Unione (CDU)³³. La

31 Cfr.: MICELI, *Indebito comunitario e sistema tributario interno*, Milano, 2009, p. 104.

32 L'art. XI del GATT richiede la progressiva eliminazione delle restrizioni quantitative.

33 In realtà, il legislatore comunitario aveva già tentato di riformare e aggiornare la disciplina doganale nel corso del 2008 mediante il Reg. n. 450/2008, indicato come Codice doganale aggiornato (CDA). Tuttavia, molte disposizioni del Reg. n. 450/2008 sono rimaste inapplicate, soprattutto a causa dell'assenza di un regolamento attuativo e applicativo delle disposizioni dello stesso Reg. n. 450/2008. Sul tema, si veda: HARDEN, WOLFFGANG, *The New European Customs Law*, in *World Customs Journal*, 10(1), 2016, p. 1 ss.

disciplina doganale del Reg. n. 952/2013 è affiancata e supportata sia da un Regolamento di attuazione (Reg. n. 2446/2015) che da un Regolamento di esecuzione (Reg. n. 2447/2015)³⁴. Il CDC, in vigore fino a maggio 2016, corrispondeva al Reg. n. 2913/1992 a cui era affiancato il Reg. n. 2454/1993 in merito alle disposizioni applicative del CDC³⁵. Come si può intuire dall'anno dell'entrata in vigore del CDC (1992), l'impatto del Trattato di Maastricht è stato senza dubbio essenziale nel definire e influenzare i contenuti del CDC. Nel 2016, per poter meglio gestire la transizione tra vecchia e nuova disciplina, è stato emanato un regolamento delegato relativo alle norme transitorie per l'applicazione del CDU: il Reg. n. 341/2016.

Le ragioni che hanno spinto la Commissione ad attuare una revisione del codice doganale già dal 2008 sono principalmente da ricercare nei principi della Convenzione di Kyoto del 18 maggio 1973, successivamente emendata nel 1999³⁶. Il legislatore comunitario ha provveduto ad accettare gli allegati della Convenzione di Kyoto mediante una serie di Decisioni, quali ad esempio: 78/528/CEE (zone franche e custodia temporanea delle merci), 86/103/CEE (trasformazione di merci destinate ad essere immesse in consumo)³⁷, 87/593/CEE (ammissione temporanea). Dai *considerando* di queste decisioni emerge che la *ratio* dell'accettazione degli allegati della Convenzione di Kyoto in merito ai procedimenti di armonizzazione e semplificazione dei regimi doganali è riconducibile alla facilitazione degli scambi commerciali e dei flussi internazionali di merci³⁸.

L'Unione Europea ha aderito al Protocollo di emendamento della Convenzione di Kyoto del 1999 attraverso la Decisione 2003/231/CE del 17 marzo 2003. Nel *considerando* 3° della Decisione 2003/231/CE si legge che «l'attuazione dei principi della convenzione riveduta di Kyoto darà risultati significativi e quantificabili consentendo di migliorare l'efficienza

34 Il Reg. n. 989/2017 ha provveduto a modificare il Reg. n. 2447/2015 dopo che erano state rilevate alcune incongruenze ed errori.

35 Il Reg. n. 2454/1993 era anche indicato con l'acronimo DAC: Disposizioni di applicazione del Reg. n. 2913/1992.

36 La Convenzione internazionale sulla semplificazione e armonizzazione dei regimi doganali (c.d. Convenzione di Kyoto) del 1973 è stata emendata il 26 giugno 1999. La versione emendata della Convenzione di Kyoto è entrata in vigore nel 2006.

37 Particolarmente interessante è la Decisione n. 86/103/CEE del 24 Marzo 1986 grazie alla quale è stato accettato l'allegato F2 della Convenzione di Kyoto, relativo alla trasformazione di merci destinate ad essere immesse in consumo.

38 Come indicato nell'art. 2 della Convenzione di Kyoto relativo al campo di applicazione della stessa Convenzione, le Parti contraenti si obbligano ad armonizzare e semplificare le regolamentazioni e i sistemi doganali: «*each Contracting Party undertakes to promote the simplification and harmonization of Customs procedures and, to that end, to conform, in accordance with the provisions of this Convention, to the Standards, Transitional Standards and Recommended Practices in the Annexes to this Convention*».

e l'efficacia delle amministrazioni doganali e, di conseguenza, la competitività economica dei paesi. Promuoverà inoltre gli investimenti e lo sviluppo industriale e potrà incrementare la partecipazione delle piccole e medie imprese al commercio internazionale». Il 5° *considerando* aggiunge ed evidenzia che «*le parti contraenti della convenzione riveduta di Kyoto si impegnano ad applicare procedure doganali chiare, trasparenti e aggiornate, tali da consentire un più rapido sdoganamento delle merci grazie al ricorso a nuove tecnologie dell'informazione e a tecniche nuove di controllo doganale quali la valutazione dei rischi e le revisioni contabili*».

7 L'importazione definitiva di merci nell'UE: un meccanismo bifase

La fase dell'importazione definitiva di merci all'interno del territorio doganale dell'Unione Europea è sempre un momento estremamente delicato da gestire, visto che l'importazione definitiva³⁹, per questioni di semplificazione, implica la necessità di tenere presenti due momenti: 1) l'immissione in libera pratica; 2) l'immissione in consumo.

Il primo momento, ossia l'immissione in libera pratica, è di natura sovranazionale ed è strettamente collegato alla disciplina comunitaria in merito al calcolo dei diritti di confine in termini di dazi doganali. Risulta necessario sottolineare che i dazi vanno principalmente considerati come risorse proprie e fonti di finanziamento dell'Unione Europea, in quanto solo una quota minore del dazio viene trattenuta dallo Stato Membro in cui si è proceduto all'immissione in libera pratica della merce. Vincolando le merci al regime doganale dell'immissione in libera pratica, le merci acquisiscono lo *status* di merce comunitaria (o "merce unionale" in base alla terminologia usata dal legislatore dell'UE)⁴⁰, in quanto vengono assolte le formalità doganali relative al pagamento dei dazi in base al valore, alla classificazione e all'origine della merce. L'immissione in libera pratica viene disciplinata dagli artt. 201 e ss. del Reg. n. 952/2013.

L'art. 201, co. 1, specifica che «*le merci non unionali destinate al mercato dell'Unione o destinate all'uso o al consumo privato nell'ambito del territorio doganale dell'Unione sono vincolate al regime di immissione in libera pratica*». I successivi commi dell'art. 201 forniscono dettagli in merito al concetto di immissione in libera pratica ed ai suoi effetti contabili e giuridici. L'immissione in libera pratica comporta: a) la riscossione dei

³⁹ Sulle operazioni di importazione di beni, si vedano: ARMELLA, *op. cit.*, p. 156 ss.; CABELLO PÉREZ, Cabello González, *op. cit.*, p. 201 ss.; LASOK, *The Trade and Customs Law of the European Law*, Londra, 1998, p. 302 ss.

⁴⁰ Il termine "beni unionali" è stato introdotto a seguito dell'entrata in vigore del Reg. n. 952/2013.

dazi dovuti all'importazione; b) la riscossione, ove opportuno, di altri oneri, come previsto dalle pertinenti disposizioni vigenti in materia di riscossione di tali oneri; c) l'applicazione delle misure, dei divieti e delle restrizioni di politica commerciale, a meno che non debbano essere applicati in una fase precedente; d) l'espletamento delle altre formalità stabilite per l'importazione delle merci. Rilevante è soprattutto la disposizione del terzo comma: «*l'immissione in libera pratica attribuisce alle merci non unionali la posizione doganale di merci unionali*».

La seconda fase, definita immissione in consumo, ha più propriamente carattere nazionale poiché si tratta di stabilire, dopo aver assolto il pagamento dei dazi, quale sia il regime di imposizione fiscale (IVA ed eventuali accise) da applicare, dato che, in virtù di un'assenza di una armonizzazione fiscale sul territorio dell'Unione Europea, i diritti fiscali interni, intesi come IVA e accise, in ciascun Paese membro possono assumere valori divergenti. Pertanto, nel momento in cui le merci vengono destinate all'immissione in consumo (in maniera relativamente corretta si può parlare anche di "nazionalizzazione" delle merci), si dovrà procedere ad assolvere tutti i principali vincoli di fiscalità interna definiti dal Paese membro. Un aspetto che merita attenzione è pertanto l'assenza di un'armonizzazione della disciplina fiscale nel territorio UE, proprio in ragione del fatto che ogni Paese membro è libero di adottare una propria politica fiscale⁴¹.

Un'ultima precisazione risulta necessaria. Una volta che si decida di importare e introdurre una merce non comunitaria e proveniente da un Paese terzo nel territorio doganale dell'Unione Europea, è obbligatorio attribuire una destinazione doganale a tale merce. Le destinazioni doganali di una merce indicate nell'art. 4 del Reg. n. 2913/1992, come già detto, ormai abrogato, erano le seguenti: a) il vincolo della merce ad un regime doganale; b) la sua introduzione in zona franca o in deposito franco; c) la sua riesportazione fuori del territorio doganale della Comunità; d) la sua distruzione; e) il suo abbandono all'Erario. L'art. 48 del Reg. n. 2913/1992 precisava che «le merci non comunitarie presentate in dogana devono ricevere una delle destinazioni doganali ammesse per tali merci». Facendo riferimento invece al codice doganale attualmente vigente, è necessario attenersi a quanto previsto dall'art. 210 del Reg. n. 952/2013 nel quale è stato introdotto il concetto di regime "speciale". Le merci possono essere vincolate ad una delle seguenti categorie di regimi speciali: a) transito,

⁴¹ Circa i processi di armonizzazione fiscale si prendano in esame la Direttiva IVA (Direttiva 2006/112/CE) e la Direttiva 2009/69/CE. Le prime direttive in materia di imposta sul valore aggiunto risalgono al 1967: Direttive 67/227 e 67/228. Il riferimento fu il modello francese, cioè la TVA francese (*Taxe sur la valeur ajoutée*), che come è stato opportunamente precisato da Uckmar, era «caratterizzata dalla neutralità dei vari passaggi intermedi del ciclo produttivo o distributivo, in modo da essere riversata esclusivamente sul consumatore finale, indipendentemente dal numero di operazioni effettuate a monte». Cfr.: UCKMAR, *op. cit.*, p. 156.

che comprende il transito esterno e interno; b) deposito, che comprende il deposito doganale e le zone franche; c) uso particolare, che comprende l'ammissione temporanea e l'uso finale; d) perfezionamento, che comprende il perfezionamento attivo e passivo.

8 Alcuni aspetti critici dell'importazione definitiva

Il valore imponibile delle merci da dichiarare davanti alle autorità doganali dell'Unione è sempre un momento complesso da gestire. La determinazione del valore a fini doganali è infatti un aspetto di difficile interpretazione poiché sia i diritti doganali (risorse proprie dell'Unione Europea), sia i diritti fiscali (definiti su base nazionale) sono strettamente collegati e vengono applicati sulla base del valore dichiarato. Pertanto coesistono sempre due livelli: quello nazionale e quello sovranazionale.

Un tema basilare per analizzare sia l'immissione in libera pratica, cioè il momento doganale di natura sovranazionale, che l'immissione in consumo, cioè il momento fiscale di natura nazionale, è il calcolo della base imponibile; infatti, gli elementi che compongono la base imponibile sono la chiave di volta per il calcolo sia dei dazi doganali che dei diritti fiscali (accise e IVA).

L'art. 71 del Reg. n. 952/2013 delinea il metodo per calcolare il valore dell'imponibile ai fini dei dazi doganali. Al valore della merce franco fabbrica (*Incoterm* EXW - Ex Works)⁴² devono essere aggiunti i seguenti elementi⁴³: I) le commissioni e le spese di mediazione, escluse le commissioni di acquisto; II) il costo dei contenitori considerati, ai fini doganali, come formanti un tutto unico con la merce; III) il costo dell'imbballaggio, comprendente sia la manodopera che i materiali; IV) gli utensili, le matrici, gli stampi ed altri oggetti similari utilizzati per la produzione delle merci importate; V) le materie consumate durante la produzione delle merci importate; VI) i lavori d'ingegneria, di studio, d'arte e di design, piani e schizzi, eseguiti in un paese non membro della Comunità e necessari per produrre le merci importate; VII) i corrispettivi e i diritti di licenza; VIII) le spese di trasporto e di assicurazione delle merci importate e le spese di carico e movimentazione connesse col trasporto delle merci importate, fino

⁴² Si fa ricorso allo schermo degli *Incoterms* (versione 2010) elaborati dalla Camera di Commercio Internazionale (CCI) di Parigi per valutare la base imponibile. Un discorso analogo riguarda gli *Incoterms* CIF (Cost, Insurance and Freight) e DDP (Delivered Duty Paid).

⁴³ Viceversa, l'art. 33 del Reg. n. 2913/1992, rifiuto nell'art. 72 del Reg. n. 952/2013, precisa quali siano gli elementi che non devono essere considerati ai fini della determinazione della base imponibile dei diritti doganali.

al primo luogo d'introduzione delle merci nel territorio doganale dell'UE⁴⁴.

Si può pertanto definire l'imponibile per il calcolo dei diritti doganali come il valore dei beni EXW, a cui si devono aggiungere gli elementi sopra indicati, tendendo ben presente che i costi di spedizione, di scarico delle merci, o di assicurazione che intervengono in una fase successiva all'entrata delle merci nel territorio doganale dell'UE non saranno oggetto della base imponibile per il calcolo dei diritti doganali. Al contrario, nel caso del calcolo della base imponibile per l'applicazione dei diritti fiscali (accise e IVA) si dovrà tenere conto dei costi complessivi sia di trasporto (comprensivi dei costi di scarico ed *handling* dentro l'UE) che di assicurazione, dal punto di carico nella merce nel Paese extra-UE fino alla destinazione finale dentro l'UE. Da tenere presente che in fase di immissione in consumo, i dazi doganali divengono una voce della base imponibile per il calcolo delle accise e dell'IVA.

Il tema dell'importazione definitiva implica anche la necessità di valutare due ulteriori aspetti spinosi e non certo marginali.

Il primo riguarda l'applicazione delle norme comunitarie e la loro interpretazione nei singoli Paesi membri. Nonostante il punto di partenza sul lato normativo sia sostanzialmente identico, come nel caso dei regolamenti comunitari inerenti gli aspetti doganali, emergono con frequenza delle asimmetrie e delle difformità sul fronte delle conclusioni cui giungono sia le amministrazioni doganali sia i giudici dei vari Paesi membri, soprattutto in fase di contenzioso con le autorità tributarie e in merito alle divergenze degli impianti sanzionatori dei vari Paesi membri. Inoltre, i diritti fiscali, essendo definiti su base nazionale da ciascun Paese membro, non presentano nessuna forma di armonizzazione su scala comunitaria⁴⁵.

L'art. 97 della Direttiva 112 del 2006 (Direttiva IVA) prevede che l'aliquota normale non possa mai essere inferiore al 15%⁴⁶ e i due articoli successivi (98 e 99) stabiliscono che gli Stati membri sono liberi di applicare una o due aliquote ridotte, purché fissate ad una percentuale della base imponibile che non sia inferiore al 5%. In linea generale il livello medio delle aliquote IVA si attesta poco sopra il 20% (21-22%), tuttavia alcuni Paesi membri applicano un'aliquota IVA particolarmente favorevole come

44 Inteso come CIF (Cost, Insurance and Freight) primo punto di entrata delle merci nel territorio dell'UE.

45 Sul tema si vedano ad esempio: CENTORE, *IVA europea e nazionale*, Milano, 2015, p. 335 ss.; COMELLI, *IVA comunitaria e IVA nazionale. Contributo alla teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*, Padova, 2000.

46 In merito al regime di aliquota normale minima dell'IVA si vedano le valutazioni presenti nella COM(2015) 646 del 14 dicembre 2015.

nel caso di Malta (18%) e del Lussemburgo (17%)⁴⁷.

A tale proposito, interessante è il 28° *considerando* della Direttiva 112/2006 in cui si precisa che «al fine di evitare distorsioni della concorrenza, la soppressione dei controlli fiscali alle frontiere implica, oltre ad una base imponibile uniforme dell'IVA, un certo numero di aliquote e livelli di aliquote sufficientemente ravvicinati tra gli Stati membri». In realtà, vista l'attuale discrasia tra le aliquote IVA, è ipotizzabile che il legislatore comunitario cercherà di riallineare i livelli fiscali in tema di imposte indirette, visto che una situazione simile alle divergenze dei livelli IVA esiste anche per le accise, soprattutto su carburanti, alcolici e tabacchi. Il legislatore comunitario ha fissato le regole generali in materia di accise mediante la Direttiva 118 del 2008 e la Direttiva 12 del 2010 (sui tabacchi lavorati), tuttavia, gli Stati membri si sono sempre dimostrati reticenti a cedere quote di sovranità in tema di accise, in quanto, come sottolinea Boria, le accise permettono di «*produrre un gettito cospicuo con un basso livello di resistenza dei contribuenti*»⁴⁸.

Inoltre resta ancora aperto un quesito: quando un'operazione è ritenuta effettivamente rilevante ai fini IVA? In base alla Direttiva IVA, una operazione diviene rilevante ai fini IVA sulla base di tre presupposti⁴⁹: 1) oggettivo, quindi si considerano le cessioni di beni, gli acquisti intracomunitari di beni, le prestazioni di servizi e le importazioni di beni; 2) soggettivo, ovvero si fa riferimento ai concetti di soggetto passivo e di esercizio di attività economica⁵⁰; 3) territoriale, cioè deve essere determinato il luogo di effettuazione dell'operazione.

La seconda criticità è relativa alla controversa questione dell'IVA all'importazione. Si tratta di un tema che è stato spesso oggetto di dibattito e non sempre di chiara soluzione. La domanda è quindi la seguente: come deve essere categorizzata l'IVA all'importazione in fase di immissione in consumo? È un tributo interno o è un diritto doganale?

In Italia, la disciplina fiscale ai sensi dell'art. 70, co. 1, DPR. 633/1972 prevede che «*l'imposta relativa alle importazioni è accertata, liquidata e riscossa per ciascuna operazione. Si applicano per quanto concerne le controversie e le sanzioni, le disposizioni delle leggi doganali relative ai*

47 Fino al 2015 in Lussemburgo veniva applicata un'aliquota normale del 15%, cioè l'aliquota minima prevista dalla Direttiva IVA del 2006.

48 Cfr.: BORIA, *op. cit.*, p. 103.

49 Circa i presupposti di una operazione rilevante ai fini IVA, si vedano ad esempio: CUZZOLA., NESE, *L'IVA nel commercio estero*, Matelica, 2007, p. 20 ss.; FORTE, *Manuale IVA 2016*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 48; ORSI, *Manuale di diritto tributario*, Santarcangelo di Romagna, 2010, p. 333 ss.; UCKMAR, *op. cit.*, p. 157 ss.

50 Ai sensi dell'art. 9 della Direttiva IVA, soggetto passivo risulta essere «chiunque esercita, in modo indipendente e in qualsiasi luogo, un'attività economica, indipendentemente dallo scopo o dai risultati di detta attività».

diritti di confine». In materia doganale, ai sensi dell'art. 34 TULD, i diritti doganali includono «*tutti quei diritti che la dogana è tenuta a riscuotere in forza di una legge, in relazione alle operazioni doganali*».

La Corte di Giustizia UE nelle sentenze Drexl (C-299/86), Van der Kooy (C-181/97) ed Equoland (C-272/13) ha riconosciuto all'IVA all'importazione la natura di tributo interno e non quella di dazio doganale⁵¹. Anche la Corte di Cassazione in Italia ha attribuito all'IVA all'importazione la natura di tributo interno in una serie di pronunce (Cass. sez. 3 pen., 7 settembre 2012, n. 34256; Cass. sez. 3 pen., 9 gennaio 2013, n. 1172; Cass. sez. trib. civ., 19 settembre 2014, n. 19749; Cass. sez. trib. civ., 7 ottobre 2016, n. 20135; Cass. sez. 3 pen., 13 aprile 2017, n. 18501)⁵².

9 Il valore delle merci in dogana

I primi passi verso una definizione del valore in dogana furono mossi nel corso degli anni cinquanta attraverso il *Brussels Definition of Value* (BDV)⁵³. Con il metodo BDV, il valore della merce era stato definito come «*the price that a good would fetch in an open market between a buyer and seller independent of each other*». Su scala mondiale, fin dalla metà degli anni cinquanta era infatti percepito come necessario un processo di armonizzazione dei criteri di valutazione dei beni, in modo da concepire il valore non come una barriera tariffaria in mano ai singoli Stati, bensì come uno strumento di dialogo comune per creare una correlazione tra le economie mondiali⁵⁴. A tale scopo, negli anni settanta, assunse (e tuttora assume) un notevole rilievo l'art. 1.1 dell'Accordo relativo all'applicazione dell'art. VII del GATT (*Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade*), grazie al quale il valore delle merci in dogana venne identificato nel "valore di transazione" (*transaction value*), vale a dire il prezzo effettivamente pagato o da pagare per le merci quando siano vendute per l'esportazione: «*The customs value of imported*

51 Cfr.: UCKMAR, *op. cit.*, p. 174.

52 La Corte di Cassazione ha precisato che «la natura interna del tributo non ne consente l'assimilazione ai dazi, anche se l'IVA all'importazione condivide con essi la caratteristica di trarre origine dal fatto dell'importazione nell'Unione e della susseguente introduzione nel circuito economico degli Stati membri» (Cass. sez. trib. civ., 7 ottobre 2016, n. 20135). Sempre la Suprema Corte in un'altra sentenza ha chiarito che «il fatto che l'IVA sull'importazione costituisca una componente del tributo dovuto allo Stato per effetto dell'importazione delle merci che vi fanno ingresso [...] non autorizza a desumere [...] l'assimilabilità ai dazi, trattandosi di un tributo interno e non già un diritto di confine» (Cass. sez. 3 pen., 13 aprile 2017, n. 18501).

53 Circa il *Brussels Definition of Value* (BDV), si vedano: ROSENOW, O'SHEA, *A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement*, Cambridge, 2010, p. 6; WALSH, *op. cit.*, p. 347.

54 Cfr.: SANTACROCE, *Dogane 2014*, Milano, 2014, p. 65.

goods shall be the transaction value, that is the price actually paid or payable for the goods».

All'interno del Reg. n. 952/2013 (CDU), il tema del valore in dogana è disciplinato dagli artt. 70 e ss.; specificamente, l'art. 70, co. 1, dispone che «*la base primaria per il valore in dogana delle merci è il valore di transazione, cioè il prezzo effettivamente pagato o da pagare per le merci quando sono vendute per l'esportazione verso il territorio doganale dell'Unione, eventualmente adeguato*»⁵⁵.

In tema di valore in dogana, è necessario considerare anche la disciplina *antidumping*, poiché si tratta di uno strumento di difesa (generalmente a carattere sanzionatorio) utilizzato da un Paese importatore nel momento in cui un bene viene immesso nel proprio mercato ad un prezzo inferiore rispetto a quello "normale", cioè ad un prezzo inferiore a quello praticato correntemente nel commercio ordinario⁵⁶. In linea di principio, il legislatore comunitario ha più volte precisato che i dazi *antidumping* vengono applicati in caso di grave pregiudizio materiale o di danno ad un determinato settore industriale dell'UE, pertanto l'istituzione di dazi *antidumping* si basa su una duplice condizione: 1) l'esistenza di effettive pratiche *antidumping*; 2) l'identificazione di un possibile pregiudizio che arrechi un danno ad un settore industriale all'interno dell'UE⁵⁷.

Il Reg. n. 1036/2016 ha abrogato e rifiuto il Reg. n. 1225/2009 relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di dumping da parte di Paesi non membri della UE. All'art.1 del Reg. n. 1036/2016 si statuisce che «*un dazio antidumping può essere imposto su qualsiasi prodotto oggetto di dumping la cui immissione in libera pratica nell'Unione causi un pregiudizio. Un prodotto è considerato oggetto di dumping quando il suo prezzo all'esportazione nell'Unione è inferiore ad un prezzo comparabile del prodotto simile*»⁵⁸, *applicato nel paese esportatore nell'ambito di normali operazioni commerciali*».

A titolo esemplificativo vale la pena citare alcune misure *antidumping*

55 Il concetto di valore di transazione, come valore pagato o da pagare per le merci, venne ripreso ed elaborato dalla Comunità Europea nel 1980 attraverso il Reg. n. 1224/1980, in sostituzione del Reg. n. 803/1968 e del Reg. n. 338/1975.

56 L'art. VI del GATT relativo alle misure *antidumping* dispone che «*the contracting parties recognize that dumping, by which products of one country are introduced into the commerce of another country at less than the normal value of the products, is to be condemned if it causes or threatens material injury to an established industry in the territory of a contracting party or materially retards the establishment of a domestic industry*».

57 Cfr.: GALGANO, MARRELLA, *op. cit.*, p. 265.

58 Lo stesso art. 1 precisa che «*ai fini del presente regolamento, per "prodotto simile" si intende un prodotto identico, vale a dire simile sotto tutti gli aspetti al prodotto considerato oppure, in mancanza di un tale prodotto, un altro prodotto che, pur non essendo simile sotto tutti gli aspetti, abbia caratteristiche molto somiglianti a quelle del prodotto considerato*».

applicate nei confronti della Repubblica Popolare Cinese. A partire dai primi anni novanta la Cina è stata più volte accusata dall'UE e dai tre Paesi NAFTA (USA, Canada e Messico) di fare uso di *predatory-price measures*, e soprattutto di invadere e saturare i loro mercati attraverso prodotti commercializzati ad un prezzo molto più basso rispetto a quello comunemente applicato nei mercati mondiali⁵⁹. L'UE ha in più occasioni avviato una serie di procedimenti per bloccare una potenziale invasione di determinate merci dalla Cina, principalmente nel momento in cui sono state constatate violazioni di norme sulla concorrenza ed elevati rischi per specifici settori produttivi e industriali dell'Unione⁶⁰.

10 Alcune considerazioni finali

In questo articolo sono stati sinteticamente riassunti alcuni dei principali aspetti da tenere in considerazione qualora venga effettuata un'operazione doganale di importazione di beni, in modo da comprendere meglio quelli che sono i vantaggi di natura doganale e fiscale di un "punto franco"⁶¹. Infatti, mediante la creazione di un punto franco viene data l'opportunità di costituire e definire fisicamente delle aree di stoccaggio delle merci (oppure aree di trasformazione e lavorazione di beni), all'interno delle quali sono previsti una serie di privilegi sia sul fronte doganale che su quello fiscale, quindi in termini di sospensione sia daziaria che di assolvimento dell'IVA. Risulta quindi intuibile quanto sia importante per un'impresa poter posticipare il momento del pagamento dei diritti di confine oppure evitare di corrispondere un dazio per determinate tipologie di merci, soprattutto se si tratta di merci sottoposte al solo transito e che quindi non verranno immesse in consumo in un Paese extra-UE.

Nel caso dei porti di Trieste⁶² e Venezia, potrebbe concretizzarsi la pos-

59 Sul tema si vedano: HU, WATKINS, *The Evolution of Trade Relationships Between China and the Eu Since the 1980s*, in *European Business Review*, 99(3), 1999, p. 154 ss.; LUO, *Anti-dumping in the WTO, the EU, and China*, Alphen aan den Rijn, 2010.

60 Misure *antidumping* sono state applicate ad esempio sui prodotti siderurgici, sui pannelli fotovoltaici di silicio, sulle piastrelle di ceramica e sui telai delle biciclette importati dalla Cina.

61 In merito alle zone franche e ai punti franchi, si vedano ad esempio: ARMELLA, *op. cit.*, p. 153 ss.; BRUNDU, *Zone Franche: sviluppi e orientamenti geo-economici*, Milano, 2017, p. 26 ss.; FINARDI, MORONI, *Stati d'eccezione. Zone e Porti Franchi nell'economia-mondo*, Milano, 2001; WALSH, *op. cit.*, p. 737 ss.

62 Per ciò che concerne il porto di Trieste, è interessante esaminare la questione del Territorio Libero di Trieste (1947-1954) e il contenuto dell'Allegato VIII del Trattato di Parigi del 1947 in merito ai privilegi garantiti al Territorio Libero di Trieste e al porto di Trieste. In particolare, l'art. 5 dell'Allegato VIII, prevedeva che alle «navi mercantili e merci di tutti i paesi sarà permesso l'accesso senza restrizioni al Porto Libero»; inoltre, con «riferimento all'importazione o esportazione dal o in transito attraverso il Porto Libero, le autorità del Territorio Libero non

sibilità di riconvertire aree portuali e industriali (es. area di Marghera a Venezia) in un punto franco, determinando *de facto* la creazione di aree industriali (di produzione o trasformazione di materie prime o semilavorati) che potrebbero godere di speciali regimi fiscali e doganali e conseguentemente di forme di esenzione/sospensione di dazi e IVA⁶³.

Bibliografia

- Adam, Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2014.
- Akçay, Yilmaz, *Turkey's Accession to the European Union: Political and Economic Challenges*, Lanham, 2013.
- Alfano, *Tasse di effetto equivalente e libera circolazione delle merci all'interno del territorio dello Stato membro*, in *Riv. dir. tribut.*, III, 2005, p. 57 ss.
- Arena, Bestagno, Rossolillo, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione Europea*, Torino, 2016.
- Arikan, *Turkey and the EU: An Awkward Candidate for EU Membership?*, Aldershot, 2006.
- Armella, *Diritto doganale*, Milano, 2015.
- Attardi, *Il ruolo della Corte Europea nel processo tributario*, Milano, 2008.
- Baggio, Tosi, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Milano, 2016.
- Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford, 2016.
- Barnard, Peers, *European Union Law*, Oxford, 2017.
- Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2015.
- Bretherton, Vogler, *The European Union as a Global Actor*, Londra, 1999.
- Brundu, *Zone Franche: sviluppi e orientamenti geoeconomici*, Milano, 2017.
- Cabello Pérez, Cabello Gonzáles, *Las aduanas y el comercio internacional*, Madrid, 2014.
- Cacace, Mammarella, *Storia e politica dell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2005.
- Centore, *IVA europea e nazionale*, Milano, 2015.
- Comelli, *IVA comunitaria e IVA nazionale. Contributo alla teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*, Padova, 2000.
- Cuzzola., Nese, *L'IVA nel commercio estero*, Matelica, 2007.

possono imporre su tali merci dazi doganali [...]». Sul Porto franco di Trieste, si veda: BAGGIO, Tosi, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Milano, 2016, p. 154.

63 La questione del porto franco per l'area triestina è attualmente disciplinata attraverso il DM. 13 luglio 2017: "Organizzazione amministrativa per la gestione dei punti franchi compresi nella zona del porto franco di Trieste". L'art. 1 precisa che «il presente decreto disciplina l'organizzazione amministrativa per la gestione del porto franco di Trieste, per adeguarlo agli obiettivi di sviluppo del traffico marittimo e delle attività connesse».

- Daniele, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, 2016.
- Davies, *Understanding European Union Law*, Abingdon, 2016.
- De Burca, *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Oxford, 2001.
- Desiderio, Giffoni, *Legislazione doganale comunitaria e nuovo codice doganale*, Torino, 2009.
- Dubout, Maitrot de la Motte, *L'Unité des libertés de circulation*, Bruxelles, 2013.
- Fabio, *Customs Law of the European Union*, Alphen aan den Rijn, 2010.
- Finardi, Moroni, *Stati d'eccezione. Zone e Porti Franchi nell'economia-mondo*, Milano, 2001.
- Forte, *Manuale IVA 2016*, Santarcangelo di Romagna, 2016.
- Galgano, Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2011.
- Germanò, Rook Basile, *Il diritto dei mercati dei prodotti agricoli nell'ordinamento internazionale*, Torino, 2010.
- Gilbert, *Surpassing Realism: The Politics of European Integration since 1945*, Lanham, 2003.
- Gormley, *EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union*, Oxford, 2009.
- Grosclaude, Marchessou, *Diritto tributario francese. Le imposte, le procedure*, Milano, 2006.
- Harden, Wolfgang, *The New European Customs Law*, in *World Customs Journal*, 10(1), 2016, p. 1 ss.
- Horspool, Humphreys, *EU Law*, Oxford, 2012.
- Hu, Watkins, *The evolution of Trade Relationships between China and the EU since the 1980s*, in *European Business Review*, 99(3), 1999, p. 154 ss.
- Kaupa, Weiss, *European Union Internal market Law*, Cambridge, 2014.
- Kramer, *The EU-Turkey Customs Union: Economic Integration Amidst Political Turmoil*, in *Mediterranean Politics*, 1(1), 1996, p. 60 ss.
- Lasok, *The Trade and Customs Law of the European Law*, Londra, 1998.
- Limbach, *Uniformity of Customs Administration in the European Union*, Portland, 2015.
- Loth, *Building Europe: A History of European Unification*, Berlino, 2015.
- Luo, *Anti-dumping in the WTO, the EU, and China*, Alphen aan den Rijn, 2010.
- Maresca, *Le tasse di effetto equivalente*, Padova, 1983.
- Martines, *Il mercato interno dell'Unione Europea: le quattro libertà. Raccolta commentata di giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, Santarcangelo di Romagna, 2014.
- Mathis, *The Southern African Custom Union (SACU): Regional Cooperation Framework on Competition Policy and Unfair Trade Practices*, UNCTAD, New York e Ginevra, 2005.
- Miceli, *Indebito comunitario e sistema tributario interno*, Milano, 2009.

- Moens, Trone, *Commercial Law of the European Union*, New York, 2010.
- Nugent, *The Government and the Politics of the European Union*, Durham, 2006.
- Orsi, *Manuale di diritto tributario*, Santarcangelo di Romagna, 2010.
- Pirim, *The EU-Turkey Customs Union: From a Transitional to a Definitive Framework?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 42(1), 2015, p. 31 ss.
- Reuvid, Sherlock, *International Trade*, Londra, 2011.
- Rosenow, O'Shea, *A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement*, Cambridge, 2010.
- Santacroce, *Dogane 2014*, Milano, 2014.
- Snell, *European Union Law Goods and Services in EC Law: A Study of the Relationship between the Freedoms*, Oxford, 2002.
- Trebilcock, *Advanced Introduction to International Trade Law*, Cheltenham, 2015.
- Uckmar, *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2012.
- Van den Bossche, Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge, 2013.
- Varese, *Dazi e regimi doganali nell'Unione Europea*, Torino, 2012.
- Voigt, *The Customs Union between Turkey and the EU: How Did It Affect Turkey?*, Amburgo, 2008.
- Walsh, *European Union Customs Code*, Alphen aan den Rijn, 2015.
- Watson, Woods, *EU Law*, Oxford, 2014.
- Woods, *Free Movement of Goods and Services within the European Community*, Farnham, 2004.

L'arbitrato irrituale, «*dead man walking*»

Maurizio Visconti
(Avvocato in Venezia)

Abstract In the Italian system there is a kind of arbitration, called «arbitrato irrituale», that has no correspondence in common law system. It is an arbitral trial that ends with an award unenforceable and meant only as contractual will of the parts. It is defined in such a way by Italian Supreme Court. On the contrary, the author's opinion is that such kind of arbitration is totally similar to the one that ends with an enforceable award, as it normally develops following proceedings quite similar to judicial ones. It is hoped for Italian law decides to eliminate such a way of disputes resolution, also in order to make uniform Italian system with foreign ones.

Sommario 1. Lo stato della giurisprudenza. – 2. Breve, necessario *flash back*. – 3. *Au fond de l'affaire*. – 4. La prassi. – 5. Nuovamente *au fond de l'affaire*. – 6. Una contrapposizione tradizionale che non convince. – 7. Le forzature fattuali della giurisprudenza. – 8. Un *tackle* normativo. – 9. In conclusione.

1 Lo stato della giurisprudenza

Sarà certamente vero che, come ebbe a dire Claudio Consolo in occasione di un convegno sulla giustizia privata, l'arbitrato irrituale è un morto che cammina: ma, quale fosse il significato che lo studioso attribuiva all'espressione (non è chiaro se riferita al grido «*Dead man walking*» che accompagna gli ultimi passi del condannato a morte in un sistema transoceanico tradizionalmente considerato faro di civiltà, o più banalmente agli *zombies* che popolano il mondo dell'*horror*), i riscontri giurisprudenziali più recenti sembrerebbero garantire che il morto goda di eccellente salute.

I comuni strumenti di aggiornamento giurisprudenziale testimoniano di almeno trentacinque massime, fra legittimità e merito, accessibili al pubblico negli ultimi cinque anni¹: il che, per un istituto sospetto di obso-

1 Trib. Roma, 26 gennaio 2018, n. 1885; Cass., 9 ottobre 2017, n. 23571; Cass., 31 luglio 2017, n. 19060; Cass., 17 ottobre 2016, n. 20968; Cass., SS.UU., 30 settembre 2016, n. 19473; C. Cost., 20 luglio 2016, n. 196; Cass., 19 maggio 2016, n. 10332; Cass., 2 aprile 2016, n. 8182; Cass., 13 aprile 2016, n. 7299; Cass., 8 marzo 2016, n. 4526; Cass., 21 gennaio 2016, n. 1097; Cass., 2 dicembre 2015, n. 24558; Cass., 18 novembre 2015, n. 23629; Cass., 28 luglio 2015, n. 15841; Cass., 10 luglio 2015, n. 14431; Cass., 9 luglio 2015, n. 14352; Cass., 22 giugno 2015, n. 12873; Cass., 22 maggio 2015, n. 10679; Cass., 8 maggio 2015, n. 9315; Cass., 23 aprile 2015, n. 8317; Cass., 7 aprile 2015, n. 6909; Cass., 30 ottobre 2014, n. 23074; Cass.,

lescenza, non parrebbe segnale di scarsa vitalità.

Chi impegni un poco del suo tempo a verificarne le linee portanti non potrà non rilevare, e con facilità estrema, una affermazione tralatizia: nucleo della scelta per arbitrato rituale è la scelta di sostituire un giudice privato a quello statale; nucleo di quella per arbitrato irrituale è l'opzione di risolvere il contenzioso a mezzo di una determinazione negoziale affidata a terzi con l'espresso impegno delle parti di considerarla, una volta venuta alla luce, come manifestazione della loro stessa volontà.

Chi scrive ha letto, nella propria lunga esperienza professionale, un alto numero di clausole compromissorie, sia per arbitrato rituale che per arbitrato irrituale: e può testimoniare senza tema di smentite che il passo della clausola compromissoria per cui la volontà manifestata dagli arbitri sarà considerata dalle parti come da esse stesse proveniente non è affatto coesistente al fenomeno dell'arbitrato irrituale. In altri termini, un gran numero di clausole per arbitrato espressamente definito irrituale - forse la maggioranza - non ha traccia di tale passaggio.

Le vie per spiegare tale discrasia fra le formule tralatizie della giurisprudenza e i frequenti riscontri della pratica sono, ad avviso di chi scrive, due: o finiscono sulle scrivanie dei giudici solamente le clausole compromissorie che contengono la formula ora rammentata, o tale formula è ad esse aggiunta nelle sentenze come una necessaria presenza virtuale, come un invitato di pietra senza il quale il banchetto non può avere luogo.

Appare assai più probabile, e documentata, la seconda soluzione: quella cioè - fuor di metafora - per cui è il giudice che in casi assai frequenti qualifica la volontà delle parti di ricorrere ad arbitrato irrituale come necessariamente concomitante con la (supposta) intenzione di prevedere che il lodo così emanando vada considerato come frutto della loro comune volontà negoziale.

Ci si è quindi posti l'obiettivo di indagare il buon fondamento della secca bipartizione ontologica fra arbitrato rituale quale ricorso alla giustizia, privata ma pur sempre giustizia, e arbitrato irrituale come soluzione negoziale della lite, affidata a terzi ma fatta propria, ora per allora, dalle parti della controversia, alla luce dell'argomento fattuale spesso fittizio adottato dalla giurisprudenza per suffragare tale bipartizione.

15 luglio 2014, n. 16164; Cass. 18 giugno 2014, n. 13899; Cass. 11 giugno 2014, n. 13214; Cass., 11 giugno 2014, n. 13211; Cass., 13 maggio 2014, n. 10300; Cass., 24 marzo 2014, n. 6830; Cass., 17 marzo 2014, n. 6125; Cass., 17 febbraio 2014, n. 3665; Cass., 31 gennaio 2014, n. 2127; Cass., 21 novembre 2013, n. 26135; Cass., 8 novembre 2013, n. 25258; Cass., 31 ottobre 2013, n. 24552; Cass., 18 settembre 2013, n. 21349; Cass., 19 agosto 2013, n. 19182; Cass., 17 gennaio 2013, n. 1158.

2 Breve, necessario *flash back*

È ben noto a chi si interessi del tema come il fenomeno dell'arbitrato irrituale, o libero, nasca in seno alla cultura giuridica italiana e costituisca un *unicum*, nel senso che esso è ignoto alla maggior parte dei sistemi diversi dal nostro.

Gli studiosi ne individuano la presentazione al tempio nel 1904, anno in cui la Suprema Corte torinese ha parlato, pare per la prima volta, di arbitrato libero^{2, 3}.

Da allora l'istituto si sviluppò per circa cent'anni in due soli dei tre tradizionali formanti giuridici, la giurisprudenza e la dottrina, pressoché ignorato invece dal legislatore⁴ sino alla novella del 2006, con la quale l'ultimo riformatore del diritto dell'arbitrato introdusse la locuzione "*arbitrato irrituale*" nella rubrica dell'art. 808 *ter* c.p.c., destinato a fornire disciplina normativa all'istituto; il recepimento dell'espressione nel linguaggio del legislatore trova, peraltro, un antecedente nell'inciso dell'art. 35, quinto comma, del d.lgs. n. 5/2003 in tema di arbitrato societario, nel quale si legge che «*la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una*

2 Cfr. Cass. Torino, 27 dicembre 1904, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 45.

3 Per una bibliografia essenziale - e certo non esaustiva - sul tema v. ALPA, *L'arbitrato irrituale. Una lettura civilistica dell'art. 808 ter del codice di procedura civile*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 320 ss.; AMAR, *Giudizi arbitrali*, Torino, 1876, p. 36; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, p. 746 ss.; BIAMONTI, *Arbitrato* (voce), in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 900 ss.; BIAVATI, *Arbitrato irrituale*, in *Arbitrato. Commentario diretto da F. CARPI*, Bologna, 2007; BONFANTE, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti, ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 45 ss.; BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in <http://www.judicium.it>; CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 389 ss.; CAVALLINI, *Arbitrato irrituale*, in <http://www.treccani.it/magazine/diritto/index.html>; Cecchella, *L'arbitrato*, Torino, 1991, p. 39 ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, I, Napoli, 1933, p. 70; FAZZALARI, *Fondamenti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 5 ss.; GALGANO, *Giudizio e contratto nella giurisprudenza sull'arbitrato irrituale*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 885 ss.; MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, Torino, 2002; MIRABELLI, *Nota a Cass. Sez. un.*, 3 luglio 1989, n. 3189, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 220 ss.; MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la legge del 1983*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 441 ss.; PUNZI, *Arbitrato* (voce), in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2012, p. 217 ss.; RICCI, *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Rass. arbitrato*, 1987, p. 13 ss.; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arbitrato*, 2007, p. 25 ss.; SATTA, *Nota sull'arbitrato libero*, in *Rass. arbitrato*, 1974, p. 1 ss.; TOMMASEO, *Arbitrato libero e forme processuali*, in *Riv. arbitrato*, 1991, p. 743 ss.; VARANO, *Equità* (voce), in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989; VASETTI, *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 846 ss.; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, p. 2 ss.; VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arbitrato*, 2005, p. 65 ss.; VIGORITI, *L'autonomia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, in *Riv. arbitrato*, 1996, p. 62 ss.

4 Salvo che per taluni cenni nella normativa di settore: art. 7, co. 7, l. n. 604/1966 sui licenziamenti individuali; art. 7, co. 6, l. n. 300/1970; art. 35, co. 5, d.lgs. n. 5/2003 sul contenzioso societario.

controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669 quinquies del codice di procedura civile...».

Successiva menzione legislativa dell'arbitrato irrituale compare nella l. 4 novembre 2010, n. 183, all'art. 31 con il quale è stato modificato l'art. 412 *quater* del codice di rito civile: ma su esso, e sulla sua portata rispetto al sistema sino a quel momento disegnato, si tornerà in appresso.

Sia come sia, le migliori intenzioni finiscono per lastricare le vie dell'inferno, se è vero che il legislatore del 2006, nel pur commendevole intento di dettare una sorta di statuto normativo per un fenomeno da lungo tempo entrato nella prassi, ha scelto forse acriticamente la definizione tradizionale di «determinazione contrattuale» della quale cercherò qui di dimostrare l'assoluta assenza di fondamento sistematico⁵.

Sfuggendo alla tentazione di muovere dai primordi, sarà sufficiente prendere le mosse dalla cardinale decisione delle Sezioni unite n. 24153 del 25 ottobre 2013 con la quale la Corte di cassazione ha accostato la barra di 180 gradi⁶ e ha sancito la somma distinzione fra arbitrato rituale, costituente forma alternativa di esercizio della giurisdizione⁷, ed arbitrato irrituale, definito in guisa concettualmente ardimentosa «arbitrato contrattuale» ed esso sì confinato, seppure da un passaggio parentetico, nel perimetro della rinuncia alla giurisdizione.

Tale decisione, con la quale il supremo giudice dichiara di volere aderire alla migliore dottrina⁸ e all'insegnamento della Corte costituzionale⁹, ripristina una antica distinzione in virtù della quale il patto per arbitrato rituale si configura come accordo sul soggetto - diverso dal giudice ordinario, e privato - che dovrà esercitare la funzione giurisdizionale, mentre quello per arbitrato irrituale costituisce una convenzionale rinuncia anticipata al ricorso alla giurisdizione, da chicchessia esercitata.

Le conseguenze processuali che ne vengono tratte sono tali che l'esistenza di un patto compromissorio per arbitrato rituale innesca una questione di competenza, mentre l'accordo per arbitrato irrituale dà origine

5 In tal senso, e assai più autorevolmente, MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, II, Padova, 2009, p. 10.

6 Rispetto alla decisione, di segno opposto, adottata con la sentenza 527 del 3 agosto 2000.

7 E, come tale, collocato rispetto alle attribuzioni del giudice ordinario in una posizione di riparto di competenza.

8 Cfr., *ex multis*, RICCI, *La funzione giudicante degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un grand arrêt della Corte costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 367; PICARDI, *Manuale del processo civile 2*, Milano, 2010, p. 676 ss.

9 Il giudice delle leggi, con sentenza 19 luglio 2013, n. 223, ha spezzato una lancia nettissima in favore della natura sostanzialmente giurisdizionale dell'arbitrato rituale, in un panorama giurisprudenziale ancora tributario del *dictum* di legittimità delle Sezioni unite del 2000, rammentato in nota 4.

a questione di merito – appunto, la preventiva rinuncia convenzionale alla giurisdizione – da far valere, nei termini di rito, in via di eccezione¹⁰.

Ovviamente, siffatte conseguenze processuali sono solo *pallida imago* dell'articolatissimo compendio di difformità operative che conseguono alla cennata diversità ontologica: si va dal diversissimo regime dell'invalidità sancito direttamente dalla norma dell'art. 808 *ter*, comma 2, c.p.c. (nel confronto con le previsioni dei successivi artt. 827 ss.) alla talora ritenuta inapplicabilità agli arbitri irrituali degli artt. 814¹¹, 815¹², 820¹³, e così proseguendo.

3 *Au fond de l'affaire*

Il nocciolo della questione, ad avviso di chi scrive, risiede nel buon fondamento che sia possibile riconoscere alla distinzione fra arbitrato rituale, forma di risoluzione giurisdizionale delle controversie (in cui l'unica singolarità è che il soggetto di ciò officiato non è organo del potere giudiziario ma professionista scelto, direttamente o indirettamente, dalle parti) e arbitrato irrituale, in cui non si assiste(rebbe) ad alcun esercizio di attività intrinsecamente giurisdizionale ma piuttosto al superamento della controversia a mezzo di una determinazione di tipo negoziale (come tale, dunque, non giurisdizionale) adottata dall'organo arbitrale.

Tale distinzione concettuale, ancorché benedetta dal legislatore del 2006 (con il concorso della ricordata ordinanza n. 24153/2013 delle Sezioni unite), non pare del tutto convincente.

Ciò che, all'apparenza, porta fuori strada la giurisprudenza e quella parte della dottrina che attribuisce al lodo irrituale natura di negozio giuridico, e non già di pronuncia giurisdizionale, è l'alone concettuale confuso che si diparte dall'affermazione (corretta) della natura contrattuale dell'incarico agli arbitri e conduce all'affermazione (che non condivido) per cui la natura dell'*opus* posto in essere da costoro sarebbe un negozio inteso ad accertare chi abbia ragione e chi torto.

Qui va però fatta una digressione che prenda in considerazione il molto che la pratica in tema di arbitrato sottopone all'interprete.

10 Cfr. da ultimo Cass., 31 luglio 2017, n. 19060, cit.

11 Cass., 11 giugno 2014, n. 13211; Cass., 28 aprile 2010, n. 10221.

12 Cass., 25 giugno 2005, n. 13701; Cass., 13 giugno 2002, n. 8472.

13 Cass., 21 gennaio 1999, n. 525.

4 La prassi

Come ben noto a tutti coloro che tengono in qualche considerazione la psicologia dell'attività negoziale, l'atteggiamento dei suoi protagonisti muta in modo radicale secondo che ci si trovi nella fase genetica o, saltando quella della fisiologica esecuzione degli accordi, in quella della gestione della patologia¹⁴.

Nella prima, con una *Gesinnung* in qualche misura apotropaica, l'arredo pattizio relativo alla soluzione delle liti viene visto quasi con fastidio: e tale fastidio si tende ad esorcizzare prevedendo un arbitrato poco invasivo, ispirato ai buoni sentimenti, alla degiurisdizionalizzazione e al contenimento della conflittualità.

Ne residua una clausola compromissoria-tipo che sottolinea l'assenza di formalità, l'inappellabilità del lodo¹⁵, l'*amiable composition*, la natura negoziale della determinazione degli arbitri, addirittura la sua destinazione ad essere considerata come soluzione riferibile alla congiunta volontà delle stesse parti.

Lo scenario muta radicalmente nel momento in cui si innesca il contenzioso.

A quel punto tutti vogliono, nella migliore delle ipotesi, giustizia; nella peggiore, la parte eventualmente non in buona fede aspira a far perdere tempo e ad intorbidare le acque, tentando di sfinare le energie del contraddittore.

Nella esperienza professionale di chi scrive, nessun arbitrato retto da clausola per arbitrato irrituale è mai risultato ispirato, per ciò che concerne la condotta procedimentale delle parti, dei difensori e, *last but not least*, degli arbitri ad uno spirito diverso da quello della definizione giurisdizionale di una controversia.

Si formulano domande, se del caso di condanna; si chiedono memorie, precisazione delle conclusioni, comparse conclusionali; si dispongono e tengono udienze; si assumono prove.

Nulla di diverso da ciò che avviene sul tavolo dell'arbitro rituale e, prima ancor d'esso, del giudice; e di ciò è traccia palese anche nel dettato normativo, sul quale si tornerà tra breve.

¹⁴ Si fa qui riferimento alla esperienza contrattualistica di dimensioni ordinarie: è ben vero che salendo di livello le considerazioni di cui nel testo perdono di rilievo, ma i grandi numeri sono dalla parte delle transazioni di dimensioni medio-piccole.

¹⁵ *Sic*: assai poco si considera dai redattori di clausole compromissorie che il lodo arbitrale non è ad alcun titolo appellabile, ma impugnabile per nullità (davanti alla Corte d'appello) se rituale, annullabile (davanti al competente giudice di primo grado) se irrituale: i tentativi di delineare un procedimento arbitrale di secondo grado (cfr., fra i suoi sostenitori, RUBINO SAMMARTANO, *Diritto dell'arbitrato*, Padova, 2010, p. 1315 ss.) non pare abbiano avuto, ad oggi, grande successo.

Ex facto jus oritur: non credo che tale pacifica constatazione statistica sia irrilevante ai fini della ricostruzione dogmatica degli istituti.

Le dinamiche pratiche sin qui descritte inducono chi non si voglia nascondere dietro il vuoto significato di formule tradizionali e stereotipe a domandarsi quale sia la distinzione ontologica fra la *iurisdictio* posta in essere dall'arbitro rituale e l'attività negoziale posta in essere dall'arbitro irrituale.

5 Nuovamente *au fond de l'affaire*

Il tema si diparte, a mio avviso, da una pur breve disamina dei profili dell'attività negoziale letta in relazione con l'attività arbitrale.

La prima constatazione, banale, attiene alla genesi del rapporto fra le parti e gli arbitri: credo, francamente, sia difficilmente contestabile che la risoluzione di una controversia, giurisdizionale o negoziale (*if any*, giusta quanto si dirà in prosieguo), sia inquadrabile in perimetro diverso da quello del contratto di mandato.

Esso è rappresentato dal conferimento (e dall'accettazione) dell'incarico di porre in essere atti giuridici nell'interesse del mandante.

Non v'è dubbio che il lodo, comunque lo si voglia definire, costituisce atto giuridico.

Lo è la decisione dell'arbitrato rituale, la si voglia ritenere strumento alternativo alla risoluzione giurisdizionale (come ora afferma la giurisprudenza di legittimità) ovvero fenomeno puramente privato, frutto della rinuncia alla giurisdizione (come lo definì il Supremo Collegio, da ultimo, fra il 2000 e il 2013)¹⁶.

Tale decisione, comunque definita, costituisce manifestazione di giudizio suscettibile, per espressa determinazione normativa, di essere munita di decreto di esecutività: come tale, non sapremmo come diversamente qualificarla se non come atto giuridico, ovverossia un atto destinato a produrre effetti giuridici ed a ciò idoneo.

Tale atto, poi, appare pacificamente posto in essere nell'interesse e su incarico delle parti.

Pacifica la seconda caratteristica, anche la prima è incontrovertibile essendo l'arbitrato finalizzato alla definizione della controversia in virtù

16 Sulla scorta di Cass., SS.UU. 3 agosto 2000, n. 527, cit.

di una previa sua destinazione a tale fine operata dai contendenti^{17, 18}.

Se dunque la genesi del fenomeno arbitrale è di incontestabile natura negoziale o, più specificamente, contrattuale, dubbi severi sorgono sulla riconducibilità a tale categoria sistematica dell'atto che conchiude il procedimento che ne consegue.

La scelta della legge, almeno dal 2006 in poi, è di chiara lettura: il lodo irrituale ha natura di determinazione negoziale per espressa previsione dell'art. 808 *ter* c.p.c.; il lodo rituale no, perché altrimenti la implicita distinzione contenuta nella norma ora richiamata non avrebbe ragion d'essere.

Quella della giurisprudenza già s'è rammentata soggetta a rivoluzioni copernicane, passandosi dalla rinuncia alla giurisdizione, sancita nel 2000 in ordine ad ogni fenomeno arbitrale, al recupero al perimetro della *jurisdiction* dell'attività degli arbitri rituali operata nel 2013, ferma rimanendo, per la maggioranza degli arresti di legittimità, l'affermazione per cui l'arbitrato irrituale rimane confinato nell'ambito della attività negoziale.

Appare dunque il momento di interrogarsi se l'attività di risoluzione delle controversie, pacificamente riconducibile all'insieme qualificato come atto giuridico di cui all'art. 1703 c.c., sia poi ascrivibile al sottoinsieme rappresentato dall'attività di natura negoziale. In altri termini, se la constatazione - credo pacifica - per cui gli arbitri ricevono dalle parti l'incarico di porre in essere attività giuridicamente rilevante autorizzi al passaggio ulteriore - poiché questo, in fondo, predicano i sostenitori della natura negoziale del fenomeno arbitrale - per cui tale delegata attività si iscrive nel perimetro di quella negoziale.

Si tratterà dunque, nella sintesi resa necessaria dai limiti della presente riflessione, di interrogarsi sui due elementi - attività negoziale ed attività di risoluzione delle controversie altrui - la cui compatibilità è predicata dai sostenitori della natura negoziale dell'arbitrato (almeno irrituale) e che qui si intende sottoporre ad analisi.

17 Se, invece della più consueta clausola compromissoria, si fa riferimento al compromesso stipulato dopo l'insorgenza della lite, la provenienza dell'incarico dalle parti appare, se possibile, ancor più plastica.

18 La Corte costituzionale, con sentenza 14 luglio 1977, n. 127, ha operato scelte di campo molto nette sulla natura del fenomeno arbitrale, riconducendolo senza perplessità, quale che sia il tipo d'arbitrato, alla autonomia delle parti.

6 Una contrapposizione tradizionale che non convince

Dunque, secondo le migliori indicazioni dottrinali¹⁹, il negozio giuridico si definisce come atto di volontà diretto ad uno scopo rilevante per l'ordinamento giuridico.

Come è noto, il legislatore italiano, pure epigono del principio *omnis definitio in jure periculosa*, deroga nel caso del contratto alla consegna di evitare definizioni e di lasciare ch'esse vengano ritratte dalla disciplina dettata, e nell'art. 1321 c.c. indica le caratteristiche essenziali del negozio giuridico bilaterale o plurilaterale, subito dopo sancendo che le parti sono libere di determinarne i contenuti.

Il giunto cardanico del negozio viene dunque individuato nella scelta, operata dai sistemi giuridici moderni, di dare sanzione alla libertà di determinazione dei soggetti di diritto, padroni di conferire ai loro interessi l'assetto più gradito.

Uno dei corollari di tale asse portante del vigente sistema privatistico è che, di norma, l'attività in cui si estrinseca l'autonomia privata deve ricadere sulla sfera giuridica di chi essa esercita²⁰, e subcorollario di ciò è rappresentato dall'individuazione nella convenienza individuale delle ragioni che motivano il suo esercizio.

Se tale è la normalità degli eventi, la diversa ipotesi di ricaduta dell'esercizio della propria autonomia sulla sfera giuridica altrui costituisce eccezione e, come tale, va circoscritta nelle ipotesi e disciplinata nella sua estrinsecazione.

Così, si può svolgere attività negoziale in nome e per conto di terzi (rappresentanza volontaria e mandato); si può integrare la altrui volontà negoziale, come si verifica quando le parti delegano al terzo la determinazione dei contenuti delle loro volizioni; si può integrare o sostituire la volontà di chi non sia in grado, per età o infermità, di correttamente articolarla.

Ma anche in tali casi l'obiettivo è sempre il medesimo: si tratta di dare un assetto ad interessi privati proveniente dalla libertà di determinare tali interessi che chi ne è portatore possiede, anche se in ipotesi a mezzo della supplenza della volontà di soggetti terzi.

Il riferimento di base, in ogni caso, è sempre costituito dall'autonomia,

19 BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Torino, 1960; BIANCA, *Diritto civile. Il Contratto*, Milano, 2000; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1947; FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987; FERRI, *Negozio giuridico* (voce), in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1995, p. 61 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1988; MIRABELLI, *Negozio giuridico (teoria del)* (voce), in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 1 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966; Scognamiglio, voce *Negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

20 BIANCA, *op. cit.*, p. 11.

ossia dalla gestione degli interessi privati da parte di chi ne è titolare.

Tra le determinazioni autonome delle parti ben ve ne possono essere di destinate alla definizione di controversie: facile rammentare il contratto di transazione o il diverso negozio, non transattivo (privo dunque dell'*aliquid dare, aliquid retinere*), con il quale comunque si previene o si definisce una controversia.

Anche in tali casi, peraltro, la causa dell'agire negoziale non può essere individuata che nel perseguimento di scopi di convenienza delle parti, le quali pervengono alla transazione o comunque alla conciliazione mirando ad un obiettivo di massimizzazione del profitto o di riduzione della perdita.

Se, al contrario, le parti non intendono o non riescono a dare soluzione diretta alla crisi dei loro rapporti, ricorrono a terzi: e la via considerata primaria, anche a livello di normazione costituzionale, è il ricorso all'autorità giudiziaria²¹.

Il giudice, a cui ciascuno può ricorrere a meno di previa pattizia rinuncia al servizio ch'egli rende, non dà peraltro risposta di autonomia alle istanze delle parti, ma piuttosto di eteronomia.

Credo che il concetto di fondo, per comprendere il fenomeno in commento, sia appunto l'eteronomia: i contenuti della risposta giurisdizionale non sono riconducibili alla volontà delle parti, anzi il sistema pone estrema cura, con gli istituti della astensione e della ricsuzione, alla garanzia che il soggetto che darà soluzione alla controversia si rapporti in termini di terzietà con le parti in lite.

E la giustificazione dell'eteronomia è che essa sola garantisce la autorevole sanatoria del conflitto fra le opposte convenienze delle parti.

Tanto se il criterio ispiratore della decisione sia l'applicazione del diritto, quanto se esso risieda nell'equità, la soluzione decisoria della lite - il contenuto della decisione, s'intende - non ha come punto di riferimento, né diretto né mediato, l'interesse di qualsivoglia delle parti, ma piuttosto la determinazione di quale fra le opposte prospettazioni (giacché in ciò si riduce la lite) sia meritevole di giuridica (o equitativa, nei casi in cui l'equità costituisca il parametro del decidere) condivisione.

E solo tale obiettivo - garantire l'ordine civile fornendo alle liti una soluzione eteronoma e giusta (secondo diritto o secondo equità) - costituisce l'essenza della attività del terzo chiamato a definire il contenzioso, sia egli un giudice dello Stato o un professionista scelto, direttamente o indiret-

21 La quale svolge un ruolo di rilievo costituzionale (cfr. art. 102). Secondo PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2012, p. 96 s., tale norma «attiene all'organizzazione interna della giurisdizione statale, ma non si espande all'esterno, per postularne il monopolio». Difficile non riscontrare in tale affermazione i germi del superamento dell'opinione, pur manifestata dallo stesso Autore, a favore della lettura negoziale di ogni fenomeno arbitrale propugnata dalla sentenza n. 527/2000 delle Sezioni unite, più sopra ricordata.

tamente²², dalle parti.

Si provi a sviluppare il concetto.

L'essenza funzionale dell'attività giurisdizionale è stata individuata nell'assolvimento dell'esigenza di ordinata e pacifica risoluzione delle controversie²³: ma essa si colloca sul piano pubblicistico, nel quale è primario l'obiettivo *ne cives ad arma veniant*, e certo non si riproduce al diverso livello delle aspettative delle parti della singola controversia.

Loro intento - non solo a livello psicologico individuale, ma pure sul diverso piano della oggettivazione dei loro interessi: si rammenti il tema classico della distinzione fra causa e motivo del contratto - non è quello di trovare qualcuno che le esoneri dall'imbracciare il fucile, ma qualcuno che dia risposta favorevole alle istanze contrapposte che costituiscono l'essenza della lite.

Dunque, come si diceva testé, le parti di una controversia, in atto o potenziale, aspirano a vederla risolta e sanno che ciò, in mancanza di loro accordo, non può essere ottenuto che a mezzo dell'intervento di un terzo il quale ripeta, dal sistema pubblicistico o dalla volontà delle parti stesse (riconosciuta dall'ordinamento come meritevole di tutela), il potere di definire la controversia che le oppone.

Ma sugli strumenti che verranno a ciò utilizzati le parti non hanno più alcuna signoria, nel senso che le loro valutazioni di convenienza - che senz'altro indirizzerebbero la loro congiunta attività negoziale - cedono il passo alla determinazione giuridica o equitativa su quale delle loro posizioni sia meritevole di condivisione.

Dunque, nessun passaggio dell'attività di eteronoma definizione della lite coinvolge la valutazione della maggiore o minore convenienza che l'una o l'altra parte abbia in una soluzione piuttosto che in un'altra, salva ovviamente la preliminare ricognizione circa l'interesse ad agire che costituisce condizione anche dell'attività privata di risoluzione delle dispute.

A ben vedere, un'interfaccia di ciò si rinviene nella ricognizione nel contraddittorio del principio fondamentale di qualsivoglia fenomeno giurisdizionale.

Se l'esigenza primaria condivisa fra parti e giudice fosse quella di una soluzione autoritativa della lite, prescindendo dal suo contenuto, esso po-

22 Arbitrato *ad hoc* o arbitrato amministrato.

23 CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2015, p. 13 ss., parte dal tradizionale passaggio teso ad illustrare l'impraticabilità di una tutela *fa i te* per giungere ad affermare che il processo civile costituisce interfaccia inevitabile della regolamentazione sostanziale dei rapporti fra privati, rilevando che non a caso la norma che costituisce il giunto fra i due fenomeni si rinviene nella legge sostanziale (art. 2907 c.c.) e non già in quella processuale.

trebbe passare in secondo piano²⁴: il precetto *audiatur et altera pars* acquista invece il proprio ruolo di primazia ove lo si legga nella prospettiva della centralità nel conflitto giudiziale degli interessi privati delle parti e nella esigenza che ad esso venga data risposta terza.

La decisione è dunque del tutto insensibile alle contrapposte aspirazioni delle parti: tali aspirazioni costituiscono il perimetro all'interno del quale l'attività del giudicante è chiamata ad esercitarsi, ma dentro il quale la scelta di chi risulterà vincitore o soccombente sarà frutto esclusivamente dell'esercizio dell'attività eteronoma del giudice, chiamato a rispondere solo al sistema in cui è inserito («*alla legge*», dice metaforicamente la Carta costituzionale), o se si preferisca alla sua scienza e coscienza, della sua decisione.

Il contenuto di essa dunque non è in alcun modo riconducibile agli interessi ed alle aspirazioni dei soggetti sulla cui sfera giuridica la decisione è destinata ad incidere, e pare meritare a tutto tondo la qualificazione in termini di eteronomia che discende *de plano* dalla circostanza per cui le parti della lite decisa con sentenza passata in cosa giudicata trovano nella attività decisionale posta in essere dal giudice la regolamentazione esclusiva dei loro rapporti dedotti in contenzioso²⁵.

Ovviamente – già lo si è detto – la decisione ad opera di un terzo non è l'unica via di disimpegno del contenzioso.

Non v'è dubbio che i litiganti, così come possono transigere la lite, abbiano anche la facoltà di darsi reciprocamente atto di chi aveva ragione e chi torto nella controversia che con un atto di loro autonomia privata si va a dirimere: ma anche in tal caso appare innegabile che, malgrado il contenuto di tale negozio di accertamento abbia la struttura di un documento che divide la ragione dal torto, sia pure in rigorosa attuazione dei precetti giuridici applicabili al caso così risolto, la sua causa non sarà riconducibile ad una definizione eteronoma della lite – e, quindi, ad una valutazione di giustizia, giuridica o equitativa, circa le avverse posizioni – ma piuttosto alla volontà condivisa di ambo le parti della controversia – e quindi al risultato coincidente di una valutazione di convenienza che ciascuna avrà fatto *in interiore homine* – che con tale accordo si va a definire.

In sostanza, preme sottolineare che le forme prescelte non incidono sulla sostanza dell'attività attraverso la quale si perviene alla definizione della lite: se essa sia posta in essere dalle parti (in qualunque guisa: transazione ovvero accertamento della corretta applicazione del diritto, o dell'equità,

24 Si dice che nell'esperienza giudiziaria dell'antico impero cinese le parti, anche di un processo civile, venissero sottoposte a previa leggera tortura, allo scopo di riaffermare la priorità dell'autorità del giudice a prescindere dall'esito concreto della lite.

25 Quanto meno *de praeterito*, e salve le ulteriori determinazioni negoziali, sempre possibili anche dopo *Romam locutam*.

alla controversia) avrà senso compiuto parlare di determinazione contrattuale: se un terzo sarà chiamato a decidere, di nuovo secondo diritto o secondo equità, chi abbia ragione e chi abbia torto, la genesi eteronoma e sostanzialmente giurisdizionale della determinazione la farà sfuggire dall'ambito negoziale.

A tale proposito, non sarà frustraneo rammentare come la *vexata quaestio* relativa alla compatibilità fra arbitrato irrituale e ricusazione dell'arbitro, pur risolta da dottrina e giurisprudenza in guise variegata²⁶, non sia comunque approdata ad affermare che il difetto di terzietà dell'arbitro non rileva in ambito irrituale.

In conclusione, si intende qui affermare che fra attività giurisdizionale esercitata dagli organi statali a ciò deputati ed attività arbitrale, rituale o irrituale che sia, l'unico elemento distintivo è rappresentato dai criteri di individuazione del soggetto a cui è attribuita la *potestas* di sancire, in via comunque eteronoma, la vittoria o la soccombenza nella controversia.

Nella prima ipotesi il depositario di tale potere è il sistema giudiziario statale; nel secondo caso, l'arbitro.

Venendo quindi alla titolazione del presente paragrafo, non pare condivisibile la distinzione tradizionale (ma non troppo: essa ha senso solo ora che, dal non lontano 2013, la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto natura ontologicamente giurisdizionale all'attività dell'arbitro rituale), sancita da tutta la giurisprudenza che ha fatto seguito alla già ricordata ordinanza n. 24153/2013, fra giurisdizione privata (arbitrato rituale) e determinazione contrattuale (arbitrato irrituale).

7 Le forzature fattuali della giurisprudenza

In tal senso appare rilevante osservare che la giurisprudenza che ha fatto seguito al mutamento di rotta del 2013 ha assai spesso accondisceso ad usare una (certamente involontaria) violenza di Procuste alle clausole compromissorie di cui ha conosciuto.

Si tedierà il lettore con un raffronto testuale, ove possibile, fra le espressioni con cui le massime²⁷ delle sentenze successive al 2013 elencate in nota 1, riferiscono il contenuto del patto arbitrale da cui sono scaturite le

26 Anche Cass., 29 maggio 2000, n. 7045, decisione cardine per la tesi di chi sostiene la incompatibilità fra arbitrato irrituale e ricusazione degli arbitri, ben si guarda dall'affermare che la loro terzietà non è requisito essenziale per una legittima celebrazione dell'arbitrato irrituale, ma si limita ad acrobatismi motivi quale quello di adattare l'art. 1726 a strumento negoziale della garanzia della terzietà dell'arbitro irrituale. In senso ad essa conforme Cass. 25 giugno 2005, n. 13701; ma *contra* Trib. Lucca, 4 novembre 2008, n. 1235, in *Riv. arb.*, 2011, p. 481; Trib. Venezia, 16 marzo 2005, in *Redazione Giuffrè*, 2005.

27 Ufficiali quando si tratta di sentenze della Corte di cassazione.

controversie con ciascuna di esse decise, e il letterale tenore di tali patti arbitrali, quali riportati in motivazione.

Trib. Roma 26 gennaio 2018, n. 18855. *Massima*: «i quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà»; *clausola*: «Resta sin d'ora stabilito irrevocabilmente che le risoluzioni e determinazioni dell'arbitro vincoleranno le parti».

Cass., 2 dicembre 2015, n. 24558. *Massima*: «negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà»; *clausola*: «qualunque controversia dovesse insorgere..., sarà rimessa, in quanto compatibile, al giudizio di tre arbitri amichevoli compositori... Gli arbitri giudicheranno quali amichevoli compositori, secondo equità, senza formalità di procedura con giudizio inappellabile».

Cass., 18 novembre 2015, n. 23629. *Massima*: «attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla loro stessa volontà»; *clausola*: «Le parti convengono di deferire ad un Arbitro Unico che dovrà essere nominato dal Presidente della Camera di Pescara su richiesta della parte che vi abbia interesse, qualsiasi controversia dovesse sorgere tra loro per l'interpretazione e l'esecuzione del presente contratto. Le forme saranno quelle dell'arbitrato libero o irrituale ed il Lodo Arbitrale dovrà essere pronunciato nel termine di 90 giorni dalla nomina».

Cass., 30 ottobre 2014, n. 23074. *Massima*: «mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà»; *clausola* (è l'art. 44 dello Statuto della FIP - Federazione Italiana Pallacanestro): «Le Società affiliate e i tesserati si impegnano a rimettere ad un giudizio arbitrale irrituale la risoluzione di controversie tra essi insorte, che siano originate dalla loro attività sportiva od associativa e che non rientrino nella competenza normale degli Organi di Giustizia federale ovvero nella competenza del Giudice Amministrativo, ai sensi dell'art. 806 e segg. del Codice di Procedura Civile, sempre che trattasi di controversie per le quali la Legge non escluda la compromettibilità in arbitri».

Cass., 18 giugno 2014, n. 13899. *Massima*: «Il fondamento dell'arbitrato irrituale risiede nell'impegno delle parti a considerare come propria la volontà espressa dagli arbitri»; *clausola*: «qualunque controversia verrà deferita al giudizio inappellabile da pronunciarsi in via di equità e senza formalità di procedura di un arbitro amichevole compositore».

Cass., 13 maggio 2014, n. 10300. *Massima*: «ha qualificato come irrituale l'arbitrato previsto da una clausola compromissoria contenuta nello statuto di un consorzio che deferiva alla competenza di un arbitro la soluzione delle controversie fra consorziati attraverso uno strumento inappellabile e destinato a realizzare la volontà delle parti di comporre la controversia»;

clausola (riassunta dalla Corte in motivazione e non trascritta): «*deferire alla competenza di un arbitro amichevole compositore la risoluzione delle vertenze fra consorziati e fra consorziati e Consorzio attraverso uno strumento inappellabile e destinato a realizzare la volontà delle parti di comporre la controversia*».

Cass., 24 marzo 2014, n. 6830. *Massima*: «*strumento di risoluzione delle controversie imperniato sull'affidamento a terzi del compito di ricercare una composizione amichevole riconducibile alla volontà delle parti*»; *clausola*: non evincibile dalla motivazione.

Cass., 17 marzo 2014, n. 6125. *Massima*: «*strumento negoziale, riconducibile all'istituto del mandato collettivo o congiunto, mediante una composizione amichevole ovvero un negozio di accertamento riferibile alla volontà delle stesse parti, le quali si impegnano a considerare la decisione arbitrale quale espressione della loro stessa volontà*»; *clausola*: non evincibile dalla motivazione.

Cass., 31 ottobre 2013, n. 24552: *Massima*: «*affidare all'arbitro la soluzione di una controversia attraverso uno strumento strettamente negoziale - mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alla loro volontà - impegnandosi considerare la decisione degli arbitri come espressione di tale personale volontà*»; *clausola* sunteggiata in motivazione: «*decidere in via amichevole, con i più ampi poteri e senza formalità di rito*».

L'esame sin qui condotto rende evidente un sillogismo assai discutibile (alla cui confezione non pare estranea, in molti casi, l'opera dei massimatori) che potrebbe suonare come segue:

premessa maggiore: arbitrato irrituale è quello in cui le parti dichiarano che all'arbitro è affidato il compito di composizione negoziale della lite, per garantire la buona tenuta della quale le parti dichiarano, ora per allora, che la determinazione dell'arbitro sarà riconducibile direttamente alla volontà delle parti stesse che, con clausola compromissoria o compromesso, lo hanno incaricato;

premessa minore: le parti hanno scritto «arbitrato irrituale»;

conseguenza: è come se le parti avessero deciso di attribuire alla assumenda decisione, o come meglio la si voglia chiamare, la natura di loro diretta volizione compositiva della controversia.

Appare evidente che premessa maggiore e premessa minore si incrociano così in un chiasmo destinato a deprivere di qualsiasi fondamento la conclusione; in altri termini, appare evidente dall'esame delle fattispecie sin qui esaminate che in nessun caso (ad esclusione delle sentenze che non danno alcuna indicazione circa la clausola compromissoria in ordine alla quale la decisione della Corte regolatrice è stata resa) le parti avevano scritto nel patto arbitrale che la determinazione dell'arbitro sarebbe stata riconducibile alla loro stessa volontà.

L'argomento pare simile ad un mostruoso *Kronos* che, invece dei propri

figli, divorzi se stesso.

Che rimane (di serio) per qualificare un arbitrato come irrituale?

Talvolta la inappellabilità (che è un errore, dato che né il lodo rituale né quello irrituale sono suscettibili di appello), che però viene spesso predicata come qualità pertinente anche ai lodi rituali?

La qualifica dell'arbitro come *amiable compositeur*, che nulla significa in concreto dato che assai spesso i lodi irrituali distinguono il grano dal loglio ESATTAMENTE come le decisioni giudiziarie?

La previsione che non vi saranno formalità di procedura, assai spesso ascritta anche alle clausole per arbitrato rituale, specie se provenienti da soggetti che nulla sanno dell'arte complessa del decidere ed attribuiscono all'incaricato termini ridicoli di trenta o sessanta giorni per pronunciare il lodo?

Ad avviso di chi scrive, l'unica cerniera logico-giuridica che parrebbe idonea a distinguere le due forme di arbitrato potrebbe essere rappresentata non già dal disposto dell'art. 808 *ter* del codice di rito, ma dalla previsione, immediatamente precedente, che le parti possano escludere, per l'atto che terminerà il procedimento, l'efficacia di sentenza sancita dal successivo art. 824 *bis*.

La conclusione discende, oltre che dalle già illustrate forzature giurisprudenziali, dalla difficoltà estrema della migliore dottrina di conferire stabilità sistematica all'istituto.

Consolo, in una trattazione pur istituzionale²⁸, dà conto dei diversissimi (e non poco fantasiosi) tentativi della dottrina di giustificare una via di risoluzione delle controversie non giurisdizionale, ma processualizzata. Si passa da un negozio di secondo grado già esistente, *in nuce*, nel contratto a cui inerisce la clausola compromissoria, che presupporrebbe la previsione sin da allora della controversia (di quella concreta, non meramente potenziale, s'intende) e la sua risoluzione ad opera delle parti, previa delega all'arbitro di fornire il *quomodo* di tale risoluzione; ad un negozio avente causa *ad hoc*, appunto quella di risolvere in modo non giurisdizionale i contenziosi; ad una composizione negoziale demandata, ora per allora, agli arbitri, ma riferibile (in virtù di non si comprende bene quale *transfer neurologico*) alle parti del contratto *a quo*.

La via della differenza ontologica, cara alla Corte di cassazione specie dopo il *révirement* del 2013, non pare dunque condurre a risultati sistematici di soddisfazione.

Chi scrive è convinto che l'autonomia privata si esaurisca, tanto nell'arbitrato rituale che in quello libero, nella scelta di escludere il ricorso all'autorità giudiziaria e nella contrattualizzazione della scelta dell'arbitro o quanto meno delle sue modalità: dopo di ciò, altro non vi sarà se non un

28 CONSOLO, *op. cit.*, p. 513 ss..

giudice privato che, nel rispetto del contraddittorio, deciderà la ragione o il torto.

Chiunque abbia esperienza dell'essere arbitro sa benissimo che in ambo i casi l'attività che gli viene richiesta è assolutamente uguale, e che al più egli dovrà avere l'avvertenza di sostituire, nel dispositivo, l'espressione «condanna» con la diversa «accerta la debenza» (o altra consimile).

Le previe determinazioni delle parti di considerare la decisione dell'arbitro come loro propria esistono, salvi pochi casi, nelle sentenze di legittimità e di merito (ma assai di rado nelle vicende negoziali che alle stesse hanno dato origine).

A tal punto del ragionamento potrebbe sorgere il dubbio che, quando il legislatore, nell'art. 808 *ter* c.p.c., parla di «determinazione contrattuale», faccia in realtà riferimento a quelle sole ipotesi in cui al terzo è rimessa una vera e propria opera di supplenza della volontà delle parti, quindi di individuazione di contenuti negoziali atti a definire la lite nel perseguimento dell'obbiettivo non già di determinare chi abbia, secondo diritto o equità, ragione e chi torto, ma di individuare una soluzione la più equidistante possibile dagli opposti interessi delle parti.

Se tale fosse la lettura corretta, dovremmo concludere che, ad onta della *rubrica legis* (che, come insegnato dagli scolastici, solo minimamente condiziona l'interprete in quanto *non est lex*), la norma in commento non disciplina il fenomeno tradizionalmente definito come «arbitrato irrituale», ma solo quelle determinazioni autenticamente contrattuali che le parti affidano a terzi non riuscendo a porle in essere esse stesse e che, ciò nonostante, obbediscono alla logica della comune convenienza e non già a quella della *jurisdictio*.

Ma sarebbe soluzione fallace, in quanto contraddetta dal secondo comma della disposizione.

Esso, elencando le ipotesi di invalidità del lodo, illumina sulla effettiva natura del fenomeno che la norma è destinata a disciplinare.

Non v'è dubbio, ad avviso di chi scrive, che almeno i vizi elencati *sub* 1, 4 e 5 rendono indiscutibile che la norma è destinata a regolare un fenomeno ontologicamente giurisdizionale e non già negoziale.

Li si esamini, pur nella sintesi imposta dai limiti del presente ragionamento.

Al n. 1 il Codice disegna uno scenario tipicamente giurisdizionale: il lodo è annullabile se la convenzione d'arbitrato è invalida o se gli arbitri pronunciano su «conclusioni» che esorbitano dai limiti di essa, e la relativa «eccezione» non è stata sollevata nel «procedimento» arbitrale.

Tutte le espressioni enfaticizzate sono tipiche dell'esperienza giurisdizionale, e non sono affatto, per converso, coesenziali a quella negoziale.

Non perderò tempo a dimostrare l'ovvio, e mi limiterò ad osservare come nel procedimento di formazione di un documento contrattuale - dunque, secondo la ricostruzione proposta, ispirato alla convenienza delle

parti - conclusioni ed eccezioni, al pari di procedimento, appaiono tutti concetti totalmente fuor di luogo.

I punti 4 e 5 possono essere esaminati congiuntamente, osservandosi che le regole (nel caso, dettate dalle parti) ed il contraddittorio appaiono nuovamente fenomeni interfacciati con il giudizio e non già con la ricerca della soluzione più conveniente.

Parrà sin banale rilevare come le determinazioni indiscutibilmente contrattuali che la legge prevede possano essere commesse al terzo (si pensi, *exempli gratia*, all'oggetto del contratto rimesso alla determinazione del terzo *ex art. 1349 c.c.*, ovvero al valore della partecipazione del socio recedente, *ex art. 2437 ter*, co. 6, che non a caso richiama l'art. 1349) vanno valutate in relazione a ciò che concerne il risultato delle determinazioni del detto terzo, e che pertanto non debbono essere manifestamente inique o erronee; per converso, la invalidità del lodo irrituale non trae luce dal risultato raggiunto dall'arbitro, ma dalla modalità con cui tale risultato è raggiunto.

Il *vitium in procedendo* è tipico, invero, dell'attività giurisdizionale; in campo negoziale si ha riguardo, piuttosto, al vizio che affligge il contenuto della volizione, delle parti o del terzo da queste o dalla legge incaricato.

Quali le conclusioni?

Il dato normativo è inequivocabile: il lodo irrituale è definito dalla legge come frutto di determinazione negoziale.

Ma esso è disciplinato dalla stessa legge come frutto di attività intrinsecamente giurisdizionale, come sopra definita.

Quid juris? si domanderebbe Alberto Trabucchi: meglio, come comporre il dissidio?

Ritengo sommessamente che il dato normativo paghi un tributo troppo elevato ad una tradizione che nasce dalla pratica, e che forse tale pratica ha saputo poco limpidamente ricondurre al necessario nitore dei concetti sistematici.

In realtà, ciò ch'è sotto gli occhi di tutti coloro che si interessano professionalmente d'arbitrato è che la scelta dello schema irrituale, se consai pevole²⁹, assolve unicamente ad esigenze di riservatezza, che può essere fiscale piuttosto che d'altro tipo.

Le parti, nel predisporre l'arredo pattizio che gioverà alla risoluzione delle loro controversie, non ha senso che rinuncino senza motivo ad un lodo eseguibile a favore di un pronunciamento privo di immediata efficacia esecutiva³⁰: volendo indulgere ad esempi sportivi, sarebbe facile parago-

²⁹ Dunque, non conseguente unicamente a scenari emotivi beneauguranti per la buona esecuzione del contratto di cui si parlava in esordio.

³⁰ Il che costituisce, secondo il molto condivisibile orientamento di MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2004, p. 822 ss., l'essenza unica della distinzione fra i due tipi

nare la situazione ad una competizione in cui all'arbitro fosse assentito sol di ammonire, ma non già di espellere.

Dunque, l'unica ragione per cui è plausibile che le parti destinino alla risoluzione delle loro future controversie un lodo insuscettibile di efficacia di sentenza può essere ragionevolmente (quindi, al di fuori delle ipotesi di inefficienza dei loro consulenti contrattuali) individuata nel bilanciamento di vantaggi e svantaggi conseguenti alla rinuncia ad una decisione eseguibile, e nella preferenza garantita alla riservatezza appetto della possibilità di chiedere l'*exequatur* della emananda decisione.

Di conseguenza, se la diversità d'efficacia esecutiva è – come credo – l'unico reale criterio discrezionale fra lodo rituale e lodo irrituale, appare evidente che ogni altra distinzione, di carattere ontologico e riflettentesi sul procedimento, è priva di qualsivoglia giustificazione sistematica, pur godendo del non trascurabile favore del legislatore.

E qui si potrebbe ritenere concluso il ragionamento, condivisibile o non che esso sia.

8 Un tackle normativo

Ma il legislatore, con un *coup de théâtre* risalente ormai al 2010, ha introdotto coll'art. 412 *quater* c.p.c. un ircocervo perfettamente idoneo a vanificare, con una sola cornata, tutto quanto sin qui si è detto.

Faccio riferimento all'arbitrato facoltativo per le controversie di lavoro.

Esso fu introdotto dall'art. 31 del d.lgs. n. 80/1998: e in quella sede il legislatore pudicamente (*omnis definitio in jure periculosa*, si rammentava più sopra) aveva taciuto sulla sua natura – rituale o libera – pur lasciando sul terreno della sua concreta disciplina più elementi che consentivano di orientarsi per la soluzione rituale³¹.

Poi, nel 2010, l'arbitrato dell'art. 412 *quater* diventa irrituale, *tout court*, per *rescriptum principis*.

Ma chi legga la norma non potrà che essere colto dallo sconcerto confrontando tale definizione normativa con la concreta disciplina di quell'istituto.

In sintesi:

- a. nessuna particolarità nei contenuti dell'accordo arbitrale: l'istituto è graziosamente offerto dal sistema, quindi basta servirsene senza

di arbitrato.

³¹ Si fa riferimento, in particolare, alla competenza per l'impugnazione (così espressamente definita dall'art. 412 *quater* vigente dal 1998 al 2010), attribuita alla Corte d'appello in conformità alle previsioni dell'art. 828 c.p.c.; per l'arbitrato irrituale di diritto comune l'art. 808 *ter* del codice di rito prevede l'annullabilità (e non l'impugnazione) ad opera del giudice competente, quindi del tribunale o del giudice di pace.

- necessità di dichiarare che l'emanando lodo sarà riferibile alla volontà delle parti o usare altre formule a cui la giurisprudenza ancori la qualificabilità dell'arbitrato come libero, salvo poi disinteressarsi se nelle cause così decise effettivamente le parti avessero fatto uso di esse;
- b. la legge processualizza in modo estremo lo scambio degli atti introduttivi, addirittura prevedendo per la parte convenuta l'onere di patrocinio tecnico (che non è necessario neppure nell'arbitrato rituale, tanto meno in quello libero);
 - c. all'esito dell'impugnazione (per essa almeno è richiamato l'art. 808 *ter* c.p.c.³²), o in caso in cui essa non abbia luogo, il lodo deve essere depositato presso la cancelleria ed ivi, su istanza della parte interessata, sarà dichiarato esecutivo. Tale ultima previsione merita la chiosa per cui, se è vero che già nel rito del lavoro, e ora nel procedimento di mediazione, l'accordo conciliativo assume la funzione di titolo esecutivo, è però vero che dopo la riforma del 1994 neppure il lodo rituale è più oggetto di deposito obbligatorio presso la cancelleria.

In estrema sintesi, dunque, il riformatore dell'art. 412 *quater* qualifica come irrituale un lodo altamente processualizzato, in cui una parte necessita di difensore tecnico e che termina con un provvedimento suscettibile di *exequatur* e a deposito obbligato, come s'usava al tempo dei nostri padri.

9 In conclusione

Il legislatore, titolare costituzionale del potere da cui scaturisce il primo formante del diritto, gioca con i termini e con la disciplina dell'istituto rendendone impossibile, ad avviso di chi scrive, una soddisfacente ricostruzione sistematica.

Ciò conferma, in ultima analisi, la bontà dell'intuizione di Consolo quando definisce l'arbitrato irrituale «un morto che cammina»: non però nel significato di istituto obsoleto, del quale sempre meno si faccia uso nella pratica, ma piuttosto di organismo mostruoso, caratterizzato da una tale contraddittorietà di disciplina e di logiche ricostruttive da renderlo non meritevole di vita specchiata.

Chi scrive, da giovanissimo studente universitario, interrogò un professore tedesco sulle peculiarità dell'istituto della separazione coniugale nel suo Paese. La risposta fu: «amico mio, da noi o si è coniugati o si è

³² Ma il legislatore dell'art. 412 *quater* parla di «*impugnazione ai sensi dell'art. 808 ter*», quando invece tale ultima norma - assai più coerentemente - non disciplina affatto l'impugnazione del lodo irrituale, bensì il suo annullamento.

divorziati».

Forse l'accattivante nitore concettuale teutonico potrebbe essere riutilizzato, affermando che o l'arbitrato dà origine a una decisione eseguibile (e allora, con buona pace dell'autore dell'art. 412 *quater* c.p.c., esso va qualificato rituale), o arbitrato non è: e ciò, oltre a risolvere i problemi sistematici con cui ci si è sin qui intrattenuti, agevolerebbe assai i rapporti fra arbitrato italiano e arbitrato internazionale, nel cui ambito l'istituto irrituale è ignoto.

Ora però l'auspicato colpo di spugna non potrebbe che competere al legislatore, data la sua (tardiva) opzione in ordine all'esistenza e alla disciplina del c.d. arbitrato libero.

Papers

Qualificazione giuridica dei contratti di *cloud computing*

Pietro Cavarzeran

(Dottorando di ricerca in Diritto, mercato e persona
nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

Abstract Since its burst in the last twenty years approximately, cloud computing technology has quickly changed the way enterprises structure their business model, giving economic actors an unique tool to cut down IT costs and to obtain (virtual) unlimited computing capability to run their activities. Critical aspects of cloud computing emerge when dealing with the structure and the contents of contracts that define the supply of computing capability from cloud providers to final users. In particular what worries cloud users is the absence of a legal frame defining cloud contracts since these are systematically prearranged by cloud providers without further chance of negotiation with specific reference to disclaimer clauses. Given this initial hint and waiting for a general and complete regulation of the matter, the purpose of this contribution is twofold: to pinpoint the characteristics of cloud computing contracts in term of contract structure and contents and to try to identify, within the legal tools provided by Italian civil law, one or more so-called “typical contracts” to whom connecting cloud computing contracts in order to provide an enhanced “legal certainty” for cloud users.

Sommario 1. Introduzione. – 2. Elementi di atipicità del contratto di cloud computing. – 3. Possibili qualificazioni giuridiche. – 3.1. Fattispecie contrattuali di riferimento per il *SaaS*. – 3.2. Fattispecie contrattuali di riferimento per i *PaaS/IaaS*. – 4. Conclusioni.


Keywords Cloud contracts. IT contracts. Cloud computing technology.

1 Introduzione

Il *cloud computing* si è rivelata una soluzione tecnologica per l'erogazione di servizi informatici in grado di stravolgere le modalità di business e di struttura aziendale di numerosissime realtà economiche tramite l'abbattimento dei costi produttivi ed organizzativi, tramite la riduzione dei rischi legati alla gestione dei dati e della sicurezza informatica, arrivando anche a modificare l'idea stessa di attività economico-produttiva basata sulla proprietà ed il controllo fisico dei mezzi di produzione, rimodulandola in un sistema in cui l'elemento essenziale è la possibilità di fruire del servizio di erogazione delle risorse informatiche, possibilità essenzialmente basata sull'implementazione di un sistema economico imperniato sull'idea di accesso rapido, costante ed affidabile ad Internet.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2017/02/004

Submitted: 2018-01-16 | Accepted: 2018-03-22

© 2017 |  Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Venendo quindi ad individuare le caratteristiche della tecnologia *cloud* la definizione di riferimento adottata dalla stragrande maggioranza della dottrina è articolata come segue:

«*Cloud computing is a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction [...].*»¹

Si intuisce chiaramente la potenzialità della modalità di erogazione di servizi tramite la tecnologia *cloud*: l'utente finale, sia esso una multinazionale o (soprattutto) una PMI, ha la possibilità di delocalizzare le proprie risorse informatiche "snellendo" la struttura d'impresa ed esternalizzando la componente IT affidandosi a *provider* esterni in grado di fornire, in ogni momento, in ogni luogo, con costanza ed affidabilità, la fruizione del servizio richiesto. Il tutto grazie ad una tecnologia *web-based*.

A fare da contraltare alle possibilità offerte dal servizio *cloud* emergono numerosi aspetti di problematicità dello stesso che tendono ad ostacolarne la diffusione².

1 NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY, *The NIST Definition of Cloud Computing. Recommendations of the National Institute of Standards and Technology, September 2011*, p. 2 ss., reperibile all'indirizzo: <http://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>. Si individuano, in questa prima parte della definizione, gli elementi essenziali del potenziale economico del *cloud* sintetizzabili in cinque caratteristiche principali: innanzitutto l'*on-demand self-service*: l'utente ha la possibilità di iniziare ad usufruire del servizio in base alle proprie reali necessità senza dover interagire fisicamente con il *provider*, agendo in modo autonomo tramite l'accesso alla rete. La necessità, in secondo luogo, di un *broad network access* dal momento che le disponibilità di servizio sono rese accessibili tramite la connessione con la rete tramite modalità di utilizzo standardizzate che permettono l'accesso tramite dispositivi eterogenei (es.: tablet, smartphone, laptop...) rendendo possibile usufruire del servizio ovunque sia possibile una connessione ad internet. Ancora la tecnologia *cloud* permette di sfruttare il *resource pooling* in quanto il servizio è basato su un modello di erogazione "uno a molti" (*multi-tenant model*) ed il *provider* ha quindi la possibilità di assegnare in modo dinamico le risorse, fisiche e virtuali, ai singoli utenti in base alla loro reale domanda e necessità del servizio, dando vita a consistenti economie di scala nella gestione dei propri mezzi. A sua volta il *resource pooling* permette di ottenere una *rapid elasticity*, infatti la *capability* del servizio può essere gestita riassegnando in modo pressoché istantaneo le risorse ai singoli utenti i quali le percepiscono come "illimitate". Infine il *cloud* si qualifica come un *measured service* dal momento che il servizio così offerto può essere monitorato e misurato permettendo al *provider* di gestire le risorse a sua disposizione in modo dinamico e, come si è detto, sfruttandone al massimo il potenziale.

2 Con specifico riferimento al contesto italiano e alla diffidenza delle imprese rispetto al ricorrere al *cloud* nello svolgimento della propria attività d'impresa si veda DE VIVO, *Cloud computing. Il contesto giuridico e le aziende di fronte ad un fenomeno controverso*, in <https://www.jlis.it>, 6(2), 2015, reperibile online. Di particolare interesse anche le considerazioni relative all'impatto ambientale che un sistematico ricorso alla tecnologia *cloud* potrebbe ge-

Tra questi, la qualificazione giuridica contrattuale, in assenza di un quadro normativo comune, risulta essere uno degli elementi di maggiore criticità ed interesse dei contratti di servizi di cloud computing con particolare riferimento a due aspetti: da un punto di vista squisitamente giuridico, una puntuale qualifica del contratto di *cloud* ed una sua riconduzione a fattispecie note all'ordinamento italiano consentirebbe l'individuazione di una disciplina applicabile e, conseguentemente, delle opportune clausole da inserire all'interno del contratto stesso con il fine di delineare chiaramente i profili di responsabilità dei contraenti e le attribuzioni di diritti e doveri relativi al corretto svolgersi della prestazione³. Invece, da un punto di vista economico-commerciale, una disciplina certa ed una conseguente prevedibilità della tutela e delle eventuali decisioni giudiziarie, creerebbe un maggior affidamento da parte degli utenti, in particolar modo da parte delle imprese spesso diffidenti rispetto al ricorso alle tecnologie *cloud*, ed un più fluido svolgersi delle relazioni contrattuali e della attività economico-produttive, favorendo inoltre un maggiore ricorso ad una tecnologia dalle potenzialità elevatissime, ma talvolta poco sfruttate⁴ e, allo stesso tempo, una più fluida gestione dei rapporti economici imperniati sulla fornitura e sull'utilizzo delle tecnologie *cloud*.

La precisa definizione del contratto e del rapporto ad esso sottostante assume ancora più rilevanza se si tiene in considerazione il menzionato mutamento delle logiche proprietarie messo in atto dal processo di dematerializzazione delle risorse IT operato dalla tecnologia *cloud*. Si assiste infatti al passaggio da una concezione proprietaria delle risorse caratterizzata dalla detenzione fisica e sul passaggio di titolarità dei beni informatici dal fornitore al cliente, alla c.d. "cultura dell'accesso", contesto nel quale la proprietà delle risorse IT perde rilevanza ed assume centralità la

nerare. Si veda anche POLLICINO, BASSINI, *La diffusione dei servizi di cloud, tra digital divide e normativa sulla protezione dei dati personali: criticità e prospettive*, in <https://www.filodiritto.com>, 5 luglio 2017.

³ Particolarmente critica, a tal proposito, è la problematica relativa alla gestione e sicurezza dei dati personali "circolanti" nel *cloud* e all'individuazione e attribuzione dei profili di responsabilità soprattutto alla luce della più recente normativa UE (Reg. 679/2016 UE) e sul rapporto complicato (per non dire conflittuale) con la disciplina USA, "patria" della maggioranza dei grandi *provider cloud*, in merito alle modalità di trattamento e alle tutele offerte ai consumatori europei i cui dati vengono storiati nei server con sede USA. In merito si veda sempre DE VIVO, *op. cit.*, p. 84 ss. e POLLICINO, BASSINI, *op. cit.*, p. 4 ss. Con specifico riferimento alla responsabilità del *provider* si veda anche RIZZO, *La responsabilità contrattuale nella gestione dei dati nel cloud computing*, in <http://www.dimt.it>, 8 aprile 2013.

⁴ A rimarcare l'attenzione e la consapevolezza per il potenziale del cloud computing è stata anche l'azione UE tramite la Comunicazione della Commissione europea "Sfruttare il potenziale del cloud computing in Europa" (COM 2012/0529 final). Altra documentazione UE in merito al cloud computing può essere reperita all'indirizzo: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1408_it.htm.

fruizione del servizio (di *cloud* nella fattispecie)⁵.

Si può dunque facilmente capire come, in un contesto come quello descritto ed in assenza di un quadro normativo unitario, il contratto assuma fondamentale importanza in quanto strumento di regolamentazione del rapporto, soprattutto in ottica di una corretta e sicura erogazione del servizio spesso indispensabile per la continuazione dell'attività aziendale e per la vera e propria sopravvivenza dell'impresa stessa. In altre parole, non essendovi un modello contrattuale tipicizzato di riferimento ed una disciplina unitaria di tutela, il contratto, di volta in volta stipulato dalle parti, diviene l'unico strumento di regolazione del rapporto tra i soggetti contraenti.

Occorre inoltre sin da subito, al fine di determinare con più precisione l'oggetto del presente contributo, chiarire due questioni relative rispettivamente al modello di fruizione del contratto *cloud* a cui si farà riferimento e all'identità delle parti del contratto stesso.

In merito al primo aspetto, i contratti di *cloud* possono essere erogati in base a diverse modalità (*deployment models*⁶) distinguibili, operando una semplificazione rispetto alle soluzioni disponibili sul mercato, tra:

- *public cloud computing*: l'infrastruttura *cloud* di proprietà del *provider* è messa a disposizione di una pluralità indistinta di utenti che ne fruiscono la condivisione (il rapporto *multi-tenant* sopra menzionato);
- *private cloud computing*: l'infrastruttura *cloud* è di esclusiva titolarità dell'organizzazione che ne fruisce e che ne conserva, pertanto, il pieno controllo.

L'attenzione della dottrina (e del presente contributo) è rivolta principalmente alla disciplina del *public cloud* dal momento che questo si configura come il modello più incline a presentare forme di asimmetria contrattuale e più caratterizzato dagli elementi di atipicità del contratto *cloud*, laddove, invece, le tipologie di *private cloud*, dato il più stretto rapporto contrattuale esistente tra *provider* ed utilizzatore finale, presentano meno profili di problematicità e sembrerebbero molto più assimilabili a tipologie

5 MANTELERO, *Il contratto per l'erogazione alle imprese di servizi di cloud computing*, in *Contr. e Impr.*, 4-5, 2012, p. 1217 ss.; FAGGIOLI, ITALIANO, *I contratti di cloud computing*, Milano, 2017, p. 17. Entrambi riprendono il fondamentale contributo di RIFKIN ne "*L'era dell'accesso*", opera risalente al 2000.

6 NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY, *The NIST Definition of Cloud...*, *op. cit.*, p. 4. Sia il NIST che il Gruppo di Lavoro *ex art. 29 dir. 95/46/CE*, nonché la dottrina, menzionano oltre ai due modelli proposti, anche le fattispecie di *hybrid* e *community cloud* le quali, ognuna con le sue peculiarità, si costituiscono come una soluzione mista di *public* e di *private cloud*. In questa sede si è optato per una distinzione più sintetica dei *deployment models* volendo infatti porre al centro dell'attenzione non tanto tutte le loro possibili configurazioni quanto l'intrinseca diversità nella modalità di erogazione del servizio e le conseguenze che la diversità di rapporto ha sulla natura contrattuale.

contrattuali atipiche (quali l'*outsourcing* di cui si dirà in seguito) note alla prassi e alla dottrina.

Per quanto concerne le parti del contratto di cloud computing, il presente contributo mira a porre in evidenza le questioni di problematicità legate al ricorso, ormai sistematico, alle tecnologie di cloud computing nello svolgimento delle attività di impresa. Il focus sarà quindi necessariamente rivolto all'impatto che una regolazione contrattuale del fenomeno *cloud* può avere nel complesso delle attività economiche sottostanti tali fattispecie contrattuali (i rapporti c.d. "B2B") e, di conseguenza, come questo possa riverberarsi nel sistema di scambi e relazioni produttive. Ciononostante la tecnologia *cloud* è sfruttata da una moltitudine di diversi utenti non per forza appartenenti alla sfera degli "attori di mercato" strettamente intesi (le imprese). I servizi di *cloud* sono infatti quotidianamente fruiti da numerosissimi consumatori che vi ricorrono dunque per necessità non legate alla propria attività produttiva (i rapporti c.d. "B2c"). Ancora, particolare attenzione viene dedicata al ruolo che la tecnologia *cloud* può giocare nella attività delle PA⁷.

2 Elementi di atipicità del contratto di cloud computing

Prima di affrontare le varie soluzioni proposte, risulta necessario individuare le cause delle difficoltà incontrate dalla dottrina nel qualificare in modo univoco i contratti di *cloud*, difficoltà tutt'ora non superate e, a detta di alcuni⁸, non superabili con la *forma mentis* della contrattualizzazione tradizionale, ma solo con un radicale mutamento di prospettiva dinnanzi ad un fenomeno economico e giuridico (ancora) nuovo e con peculiarità proprie ed insostituibili che non ne consentono, almeno per il momento, una chiara classificazione.

Innanzitutto, vale la pena ricordare come la stragrande maggioranza dei *providers* di servizi di *cloud* siano aziende statunitensi e quindi come la contrattualistica da questi predisposta sia (ovviamente) in lingua inglese e ricca di riferimenti a terminologie e categorie giuridiche estranee al nostro ordinamento⁹. Ciò assume rilevanza considerevole in merito all'individuazione della legislazione applicabile e del foro competente che spesso

⁷ Si veda in merito FLICK, AMBRIOLA, *Dati nelle nuvole: aspetti giuridici del cloud computing e applicazione alle pubbliche amministrazioni*, in <https://federalismi.it/>, n. 6, 2013.

⁸ FAGGIOLI, ITALIANO, *op. cit.*, p. 25.

⁹ Tale considerazione assume fondamentale rilevanza poi in tema di legislazione applicabile e tutela dell'utente finale, essendo la disciplina USA sostanzialmente diversa da quella UE e presentando profili di problematicità non indifferenti tra l'altro al centro di grandi dibattiti, istituzionali e non.

sono quelli dello Stato in cui il fornitore ha sede. Tale aspetto, insieme ai profili legati a durata, corrispettivo e modalità di erogazione, vengono solitamente esplicitati nel “*Terms of Service (ToS)*”, uno dei documenti di cui di compone il contratto di cloud computing.

Profili di estremo interesse emergono quindi da considerazioni relative agli aspetti più strettamente tecnici del prodotto-*cloud*, su tutti¹⁰, in primo luogo, la difficile classificazione dell’elemento *software* come prodotto o come servizio: qualora si propendesse per la prima opzione si tenderebbe a far rientrare le fattispecie contrattuali con oggetto il trasferimento/sfruttamento di *software* nella sfera della compravendita, mentre con la qualifica di servizio si avrebbe una maggiore propensione verso la disciplina dell’appalto, che come si avrà modo di vedere in seguito è una delle tesi maggiormente condivise dalla dottrina, o della licenza d’uso, soluzione contrattuale tipica (non in senso civilistico) nel modo dei *software*. Emerge poi l’aspetto relativo all’inscindibilità esistente, nel cloud computing, del rapporto tra *hardware* e *software*: il funzionamento di tale soluzione tecnologica non può infatti prescindere dal connubio indissolubile della parte fisica dell’*hardware*, consistente nelle “macchine” sotto il controllo del *provider*, e del *software* che configura, con diversi gradi di complessità e possibilità di manipolazione da parte dell’utente finale, il prodotto-*cloud*.

Vengono quindi in considerazione alcune delle caratteristiche tipiche del fenomeno contrattuale *cloud* sopra menzionate che contribuiscono a rendere “rigido” l’accordo realizzato. Tale rigidità deriva in particolar modo da due elementi tipici del contratto in questione¹¹: innanzitutto la vendita del servizio tramite la formula “*as is*” che implica una predisposizione unilaterale del prodotto da parte del *provider* ed una accettazione “obbligata” da parte dell’utente finale, senza la possibilità di contrattare modalità di erogazione o caratteristiche del servizio fornito. A ciò si aggiunga la più che frequente contrattazione online degli accordi di *cloud* e l’impossibilità anche fisica di interagire con il *provider* tramite il ricorso di contratti stipulati tramite la modalità c.d. “*point and click*”. In secondo luogo la disparità di forza contrattuale tra *provider* e utente finale, dal momento che il primo, per il motivo appena menzionato, non ha necessità e interesse a “customizzare” il proprio prodotto per il singolo utilizzatore, mentre il secondo spesso non ha né la forza economica, né le competenze tecniche per imporsi a livello di contrattazione. Condizione in cui peraltro versa la categoria delle PMI per le quali il ricorso alle tecnologie di cloud computing rappresenta un mezzo impareggiabile per poter competere

10 In merito si veda FOGGETTI, *Privacy Protection, Applicable Law and Jurisdiction Issues in Cloud Computing: an International and Eu Prospective*, in *Cyberspazio e Diritto*, vol. 15, n. 51, 2014, p. 207 ss.

11 FAGGIOLI, ITALIANO, *op. cit.*, p. 28.

soprattutto con *competitors* già affermati nel mercato e molto più potenti a livello economico.

Proprio il riferimento alle PMI assume importanza se si tiene conto di come il *public cloud* sia un contratto inizialmente ideato per la categoria dei consumatori e successivamente esteso ai rapporti *B2B*, senza che ciò comportasse un adeguamento della struttura contrattuale e di conseguenza un bilanciamento delle asimmetrie tipiche dei contratti *B2c*, categoria in cui gli squilibri contrattuali sono però contrastati da una normativa specifica¹² a tutela del consumatore come parte debole del rapporto contrattuale, tutela che in ambito *B2B* non è prevista¹³.

Massima manifestazione di tale asimmetria e disparità in sede di contrattazione è poi la predisposizione, da parte del *provider*, di clausole che limitano o addirittura escludono totalmente la sua responsabilità per malfunzionamento del servizio o perdita o danneggiamento dei dati dell'utente¹⁴. Ancora, spesso e volentieri non vengono fornite garanzie all'utente in termini di qualità e/o continuità del servizio, nonché di portabilità dei dati e quindi di garanzia rispetto al rischio di c.d. "*vendor lock-in*"¹⁵, aumentando la disparità di trattamento e di fatto la sfiducia verso il servizio *cloud*¹⁶. Il documento che contiene solitamente gli aspetti relativi ai livelli quantitativi e qualitativi del servizio erogato è il "*Service Level Agreement (SLA)*" che si configura come l'elemento di maggiore importanza tra quelli che concretamente compongono il contratto di *cloud*¹⁷.

Viene fatto notare¹⁸ come risulti pressoché impossibile ricondurre il

12 Il *Codice del Consumo* italiano istituito con il d.lgs 6 settembre 2005, n. 206, in ricezione di una serie di direttive europee.

13 FAGGIOLI, ITALIANO, *ibidem*.

14 BELISARIO, *Diritto sulle nuvole-Profilo giuridici del cloud computing*, Altalex eBook, 2011, reperibile online, p. 10 ss.

15 Con l'espressione si intende l'impossibilità per l'utente di cambiare *provider* trasferendo i propri dati dal precedente al nuovo a causa della non interoperabilità (che si traduce essenzialmente in una impossibilità di lettura dei dati) del servizio fornito dal primo *provider* rispetto a quello del *provider* di destinazione.

16 BELISARIO, *Ibidem*. Per alcuni cenni in tema di portabilità dei dati e sulla problematica del c.d. "*vendor lock-in*" si veda FACE, *Standard e Cloud computing*, in *Dir. ind.*, 2015, p. 155 ss.

17 L'attenzione rivolta a questo specifico elemento della documentazione *cloud* è testimoniata dalle *SLA Guidelines* realizzate dalla Commissione europea e rivolte tanto agli utenti, quanto ai *provider* con lo scopo, tra i vari, dell'individuazione di una terminologia chiara e semplice e di una disciplina puntuale dei vari aspetti del contratto *cloud*. Il documento è reperibile all'indirizzo: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/cloud-service-level-agreement-standardisation-guidelines>.

18 FABIANO, *I nuovi paradigmi della rete. Distributed computing, cloud computing e "computing paradigms" abstract sugli aspetti e profili giuridici*, del 2 luglio 2009, su: <https://www.diritto.it>.

contratto di *cloud* all'interno di una singola fattispecie giuridica ciò in virtù tanto della menzionata complessità del fenomeno sotto il profilo tecnico e giuridico, ma anche (e soprattutto) a causa della diversità intrinseca che caratterizza le varie modalità (i *service models SaaS, PaaS e IaaS*) in base alle quali i servizi di *cloud* vengono erogati¹⁹.

Naturalmente tanto più il servizio *cloud* è articolato da un punto di vista della "struttura architettonica" e delle modalità di erogazione, tanto minore sarà la possibilità per l'utente finale di incidere sul suo funzionamento. Non solo, tanto minore sarà "l'estensione verticale" del servizio, altrettanto ridotta sarà la responsabilità del *provider* nella gestione delle misure di sicurezza e in relazione agli standard qualitativi del servizio, con conseguenti e rilevanti cambiamenti sulla struttura contrattuale²⁰. Per quanto riguarda le fattispecie proposte la modalità *SaaS* è sicuramente la modalità di servizio più elaborata, mentre la *IaaS/PaaS* si qualifica come la più basilica e maggiormente suscettibile di modifica e personalizzazione da parte dell'utente.

Dagli elementi qui presi in considerazione emerge quindi chiaramente l'atipicità standardizzata del contratto di *cloud computing*, elemento cat

19 Queste vengono generalmente ricondotte a tre grandi categorie: i) *Software as a Service (SaaS)*: il servizio consiste in un'applicazione *software* installata sui server del fornitore e fruita dagli utenti da remoto tramite un'interfaccia web fornita anch'essa dal *provider*. Classico esempio sono i servizi di posta elettronica accessibili tramite interfaccia web come, ad esempio, Gmail o Yahoo! Mail; ii) *Platform as a Service (PaaS)*: rivolto generalmente ad operatori di mercato per esigenze interne o per elaborare servizi da fornire a terzi, il servizio offerto consiste nella messa a disposizione di un'interfaccia di programmazione in virtù della quale gli utenti possono sviluppare applicativi che interagiscono con il servizio. Una tipologia di *PaaS* sono le piattaforme di *hosting*, vale a dire spazi virtuali implementati dal *provider* ed utilizzati dall'utente per sviluppare a sua volta applicazioni e servizi applicativi avanzati; iii) *Infrastructure as a Service (IaaS)*: il servizio offerto consiste nella messa a disposizione dell'utente di un'infrastruttura *hardware*, laddove la piattaforma e le applicazioni da installarvi ed eseguirvi sono definite e gestite direttamente dagli utenti. In altri termini si tratta della messa a disposizione di un intero *datacenter* virtuale tramite una vera e propria digitalizzazione della componente *hardware* del server tradizionale. Un esempio concreto di *IaaS* è la piattaforma *Amazon EC2* tramite la quale Amazon permette all'utente di creare *cloud server* scalabili per i quali viene pagato solo il tempo effettivo di computazione. La ricostruzione secondo le tre macro categorie proposte è pressoché unanime in dottrina (la quale si rifà alla definizione proposta dal NIST - *The NIST Definition of Cloud Computing...*, p. 3) ma si è fatto riferimento, dal punto di vista contenutistico, a quella rinvenibile in FAGGIOLI, ITALIANO, *op. cit.*, p. 13. Per una rapida (e parzialmente alternativa) ricostruzione delle macro categorie si veda anche Zanotti, *Cloud, anzi SaaS, PaaS, DaaS e IaaS. Significato e guida ai vantaggi dell'on-demand*, da *Digital24*, del 12 settembre 2016, reperibile all'indirizzo: <https://www.zerounoweb.it/cloud-computing/cloud-anzi-saas-paas-daa-e-iaas-significato-e-guida-ai-vantaggi-dell-on-demand/>; Sun Microsystems, *Introduction to Cloud Computing Architecture, White Paper*, 1st Edition, 2009, reperibile online. Per una guida al *cloud computing* e agli aspetti più tecnici del funzionamento delle macro categorie sopra esposte, si consulti anche il seguente indirizzo: <http://www.cloudtalk.it/la-guida-al-cloud-computing-di-hostingtalk-it/>.

20 FAGGIOLI, ITALIANO, *op. cit.*, p. 112.

ratterizzante in generale tutti i contratti informatici²¹. È infatti pacifico come il contratto in considerazione non sia riconducibile a nessuna fattispecie tipica dell'ordinamento italiano e di come il ruolo della dottrina, in assenza della tanto agognata normazione unica ed omogenea, sia quello di offrire soluzioni afferenti ad istituti giuridici noti per poter individuare una disciplina (molto verosimilmente provvisoria) con il doppio scopo di regolare i rapporti economici sottostanti alle relazioni contrattuali di *cloud* ed offrire una forma di tutela ai contraenti deboli²².

In particolar modo la distinzione operata in termini di modalità di erogazione del servizio e di "modificabilità" dello stesso da parte dell'utente finale è di fondamentale importanza per quanto riguarda la sussunzione del contratto di erogazione di servizi *cloud* ad una fattispecie contrattuale riconosciuta dall'ordinamento giuridico italiano. Non vi si può infatti prescindere al momento della qualifica contrattuale e non sembra ipotizzabile amalgamare tutte le fattispecie di erogazione del *cloud* in un'unica soluzione giuridica. Non si ritiene di fatto possibile porre all'interno della stessa categoria i modelli *SaaS* e *IaaS/PaaS* dal momento che la diversa attribuzione di responsabilità e la natura stessa del servizio fornito portano a ricondurre i due insieme a fattispecie contrattuali differenti.

3 Possibili qualificazioni giuridiche

Data la constatata atipicità del contratto di *cloud* e la sua (generica) natura di contratto con oggetto l'erogazione di servizi informatici, ciò che gran parte della dottrina ha da subito ipotizzato è stata una sua riconduzione nell'alveo dei c.d. "contratti di *outsourcing*" (per la precisione contratti di *outsourcing* informatico), fattispecie contrattuali anch'esse atipiche note a dottrina e prassi.

Caratteristica fondamentale dei contratti di *outsourcing* consiste nell'esternalizzazione di determinate attività di impresa con l'affidamento a terzi della gestione delle stesse, soluzione che offre una semplificazione a livello gestionale per il cliente (*outsourcee*), nonché consistenti risparmi in termini economici dal momento che il pagamento dei servizi in tal modo offerti dal fornitore (*outsourcer*) viene a costare meno della gestione *in house* degli stessi²³. Oltre che per tale analogia di scopo, le due fattispecie

21 In merito all'atipicità standardizzata dei contratti informatici si veda SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e prassi*, Padova, 2006, p. 213 ss.

22 FOGGETTI, *op. cit.*, p. 208. Allo stesso modo si veda Noto La Diega, *Il cloud computing. Alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2014, p. 645.

23 In merito all'*outsourcing* e all'*outsourcing* informatico, tra i molti, si veda CARLEO, *Il contratto di outsourcing*, in BOCCHINI (a cura di), *I contratti di somministrazione di servizi*,

contrattuali si possono considerare assimilabili per via della centralità del servizio nella redazione del contratto, cosa che porta, in entrambi i casi, a porre molta attenzione nell'individuazione degli standard qualitativi concernenti le prestazioni contrattuali in capo al *provider*, standard sui quali si modula inoltre il calcolo dei costi della prestazione stessa²⁴.

È stato però fatto notare come più per gli elementi di comunanza, il rapporto tra contratti di *cloud* e di *outsourcing* si connota per le consistenti divergenze che, inevitabilmente, si riverberano sulla struttura e sulle caratteristiche contrattuali²⁵. Tali divergenze possono dunque essere individuate innanzitutto nella natura di rapporto "uno a molti" del *cloud*, laddove nel caso di *outsourcing* si configura invece un rapporto contrattuale più diretto tra fornitore e utilizzatore finale con una conseguente maggior durata della fase contrattuale ed una contrattazione ben più articolata delle singole clausole. Secondo elemento che emerge è poi la conseguente maggiore standardizzazione del contratto di *cloud* e rigidità delle relazioni tra utente e *provider*. Ancora si pone in evidenza come nel contratto *cloud* si operi l'esternalizzazione delle sole risorse IT, laddove tramite l'*outsourcing* si configura l'esternalizzazione anche delle risorse umane responsabili della gestione degli apparati informatici aziendali. Un ultimo elemento di divergenza si individua poi nella maggiore (e caratteristica) asimmetria contrattuale, a favore del fornitore, esistente nel contratto di *cloud* congiuntamente alle diverse modalità di controllo del *provider* rispetto all'*outsourcing*, in cui l'utente ha strumenti più validi a verificare la corretta esecuzione del rapporto.

Appare dunque evidente come la completa sovrapposizione del contratto di *cloud* con quello di *outsourcing* non sia possibile, in virtù del fatto che gli elementi di divergenza menzionati attengono alle caratteristiche intrinseche del *cloud* e ad elementi che contribuiscono a differenziare tale fattispecie contrattuale da quelle tipiche o già note alla dottrina.

Esclusa l'opzione *outsourcing* la dottrina ha dunque tentato di individuare delle fattispecie e delle relative discipline contrattuali tipiche dell'ordinamento italiano al fine di poter regolare i rapporti intercorrenti tra *cloud provider* e utente finale.

A tal proposito, riprendendo le considerazioni relative alle modalità di erogazione del servizio di cloud computing, risulta opportuno operare delle distinzioni in merito alle possibili qualifiche contrattuali dei contratti di

Torino, 2006, p. 549 ss.; FARINA, *I contratti del software*, Torino, 2011, p. 172 ss.; PITTALIS, *Outsourcing*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 1006 ss.

24 MANTELERO, *op. ult. cit.*, p. 1218 ss.

25 FAGGIOLI, ITALIANO, *op. cit.*, p. 23. LIMONE, *op. cit.*, p. 6 ss. Sul rapporto tra *outsourcing* informatico e cloud computing si veda MANTELERO, *Processi di outsourcing informatico e cloud computing: la gestione dei dati personali e aziendali*, in *Dir. Inform.*, 2010, p. 673 ss.

cloud tenendo a mente delle specifiche peculiarità che il servizio offerto può assumere, con particolare riferimento al grado di manipolazione di cui gode l'utilizzatore finale. Si tenterà di mostrare come, a seconda della modalità di erogazione considerata (*SaaS*, *IaaS/PaaS*), si potranno configurare diverse fattispecie contrattuali tipiche dell'ordinamento italiano.

3.1 Fattispecie contrattuali di riferimento per il *SaaS*

Per quanto riguarda le fattispecie a cui sussumere il contratto di *cloud - SaaS*, la dottrina si divide in tre orientamenti prevalenti, riconducendolo rispettivamente: al contratto di appalto di servizi (artt. 1655 e ss. c.c.), al contratto di somministrazione di servizi²⁶ (artt. 1559 e ss. c.c.) e infine, facendo leva sulla chiara atipicità del contratto lo riconduce all'interno della categoria dei contratti misti, riconoscendovi, elementi riferibili a più fattispecie contrattuali differenti fra loro.

Nella riconduzione del contratto di *cloud* alla fattispecie dell'appalto di servizi, tornano in considerazione le osservazioni in merito al rapporto tra contratto di *cloud* e contratto di *outsourcing* che buona parte della dottrina riconduce, appunto, all'appalto di servizi²⁷. L'analogia di scopo esistente tra *cloud* e *outsourcing* non permette quindi una assimilazione della prima fattispecie contrattuale alla seconda, ma consente invece di ricondurre il contratto di *cloud* ad una fattispecie tipica (l'appalto di servizi) essendovi già stato ricondotto il contratto di *outsourcing* rispetto al quale il contratto di *cloud* si configura, se si vuole, come una diversa declinazione o, come alcuni²⁸ sostengono, come una sua evoluzione.

La sussunzione all'appalto di servizi fa leva su tre principali elementi²⁹: innanzitutto l'oggetto del contratto di *cloud*, ovvero lo sfruttamento di una struttura IT esterna all'azienda per l'uso di *software* forniti a loro volta da

²⁶ Il riferimento alle sole *cose* nel dettato della norma non è stato considerato come elemento di limitazione della fattispecie contrattuale della somministrazione alle sole cose, ma estendibile anche ai servizi. In tal senso si veda SAMMARCO, *op. cit.*, p. 440 ss.

²⁷ FARINA, *op. cit.*, p. 175; CAGNASSO, COTTINO, *Contratti commerciali*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di Diritto Commerciale*, Padova, 2000, p. 353; PITTALIS, *op. cit.*, p. 1015; MUSELLA, *Il contratto di outsourcing del sistema informativo*, in *Dir. inform.*, 1998, p. 857 ss.; CARDARELLI, *La cooperazione fra imprese nella gestione delle risorse informatiche: aspetti giuridici del c.d. outsourcing*, in *Dir. inform.*, 1993, p. 85 ss. Necessario menzionare come la dottrina metta in luce la natura atipica dei contratti di *outsourcing* riconducendoli (in modo quasi unanime) alla fattispecie di contratto misto, essendo in essi rinvenibili prestazioni eterogenee tipiche di diverse figure contrattuali, all'interno delle quali spicca quella dell'appalto di servizi.

²⁸ BENDANDI, *Software as a Service (SaaS): aspetti giuridici e negoziali*, 2008, p. 2 ss., su: <http://www.altalex.com>.

²⁹ BENDANDI, *op. cit.*, p. 2; BELISARIO, *op. cit.*, p. 11 ss.; FAGGIOLI, ITALIANO, *op. cit.*, p. 21 ss.; NOTO LA DIEGA, *op. cit.*, p. 647 ss.

una *provider* esterno. In secondo luogo il fatto che «la natura dell'attività svolta dal medesimo *provider* presuppone l'esistenza di una vera e propria organizzazione di impresa³⁰» dal momento che questo deve avere a disposizione risorse adatte a gestire una attività come quella di fornitura di servizi di *cloud* che richiede uno sforzo economico e gestionale non indifferente sia per la fase di avvio che, in particolar modo, per la consistenza nel lungo periodo³¹. Infine, per quanto attiene al profilo di individuazione delle responsabilità, l'assunzione del rischio da parte del *provider* e il suo obbligo a rispondere al cliente in caso di disservizio. Proprio in merito a quest'ultimo aspetto menzionato, tramite la soluzione dell'appalto, si configurerebbe, in capo al *provider*, una prestazione di fare e un'obbligazione di risultato.

La soluzione proposta sembrerebbe infatti porre in capo al *provider* obblighi ben precisi relativi soprattutto al funzionamento e alla continuità del servizio offerto: l'obbligazione di risultato, essendo quello di *cloud* un contratto basato sulla continuità della prestazione, potrebbe dunque tradursi nell'obbligo da parte del *provider* di garantire al cliente, in modo sicuro ed ininterrotto, la fruizione del servizio in base alle modalità concordate da contratto. A corroborare tale interpretazione sembrerebbero predisporre gli artt. 1659, co. 1 e 2 (laddove si prevede un'autorizzazione esplicita del committente per eventuali variazioni dell'opera) e 1667 (co. 1 e 2) e 1668 c.c. (che disciplinano la garanzia, a favore del committente, per difformità e vizi dell'opera) i quali sembrano offrire all'utilizzatore *cloud* validi strumenti di contrasto alle eventualità di discontinuità del servizio. In tal modo non sarebbe possibile per il *provider* apportare modifiche al servizio erogato senza un esplicito consenso dell'utente e ancora sarebbe preciso obbligo del *provider* offrire garanzia all'utente circa eventuali «difformità e vizi dell'opera». A sostegno di tale tutela sta il fatto che il combinato disposto degli artt. 1667 e 1668 c.c. individua una responsabilità oggettiva in capo all'appaltatore il quale sembra essere sempre e comunque tenuto ad eliminare i vizi del servizio o a ridurne il prezzo, risarcendo l'utente

30 Così BELISARIO, *op. cit.*, p. 12.

31 Interessanti a tal proposito sono le considerazioni relative a *chi* potrebbe diventare un *cloud provider* e ai mezzi di cui dovrebbe disporre per avviare con successo tale tipologia di attività. Elemento fondamentale è l'investimento in grandi *datacenters* che permettano non solo il controllo della c.d. "materia prima" per lo *storage* dei dati dei *customers*, ma soprattutto lo sfruttamento delle economie di scala, vero elemento chiave del successo delle tecnologie *cloud*. Risulta evidente, dato l'ingentissimo costo legato alla realizzazione di *datacenters* di tale portata, come a poter ambire ad addivenire *cloud providers* siano imprese che possono già vantare tale disponibilità di *storage*, che possano usufruire di *software* adatti alla loro gestione e che, soprattutto, abbiano il personale addestrato alla gestione di tali risorse *hardware* e *software*. A tale proposito si veda AMBRUST et al., *Above the Clouds: a Berkeley View of Cloud Computing*, 2009, p. 5, reperibile all'indirizzo: <http://cacs.usc.edu/education/cs653/Arnbrust-CloudComp-Berkeley09.pdf>.

qualora tali vizi siano stati causati da sua colpa³².

Tale ricostruzione viene però contestata in virtù di diversi elementi di discordanza riconducibili tanto alla natura del contratto di *cloud*, quanto a quella dell'appalto di servizi³³.

Sotto il primo profilo si richiamano gli elementi di criticità della fattispecie *cloud* già menzionati in precedenza, quali la natura di contratto "uno a molti", l'erogazione di un servizio tramite la formula "*as is*" e la caratteristica asimmetria contrattuale a favore del fornitore, elementi che non permettono di abbracciare in pieno la tesi dell'appalto di servizi, contratto invece caratterizzato dal compimento di un'opera che viene solitamente commissionata dall'appaltante, implicando un ruolo attivo di quest'ultimo nella definizione del servizio richiesto e, di conseguenza, una fase contrattuale più consistente e prolungata ed in ogni caso caratterizzata da un rapporto diretto tra appaltatore ed appaltante. Il *provider*-appaltatore avrebbe infatti l'obbligo di realizzare un "bene" che, anche se effettivamente concretizzato nella fornitura continuativa di servizi IT diversamente qualificati, dovrebbe essere fornito su esplicita indicazione dell'appaltante e, soprattutto, dovrebbe qualificarsi come *res nova*. Difficilmente però il servizio reso tramite il *public cloud computing* potrà qualificarsi come costituzione di *res nova* (corrispondente alla menzionata prestazione di fare in capo all'appaltatore), dal momento che il prodotto-*cloud* viene proposto sul mercato già realizzato e all'utente finale spetta un più o meno elevato grado di personalizzazione dello stesso, ma su di un prodotto di partenza (l'interfaccia virtuale) che non è creata *ex novo* ed *ad hoc* e il cui assetto è soggetto a contrattazione estremamente limitata³⁴.

Perplessità sorgono poi con riferimento all'applicazione effettiva dei menzionati artt. 1667 e 1668 c.c. e con particolare riferimento agli standard qualitativi di riferimento per l'erogazione del servizio di *cloud* e all'eventuale presenza di difformità o vizi (e considerazioni analoghe sono possibili per l'art. 1662 disciplinante la «verifica nel corso di esecuzione dell'opera»). Ci si chiede che mezzi abbia effettivamente l'utente finale per

32 In tal senso si veda MULA, *Il contratto di archiviazione gestione da remoto dei documenti informatici. Qualificazione del contratto di cloud services*, in *Ianus*, 2014, n. 2, p. 24 ss. Per considerazioni approfondite circa la natura della responsabilità dell'appaltatore individuabili nel combinato disposto dei due citati articoli si veda anche POLIDORI, *Appalto*, in *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, a cura di Perlinger, Napoli, 2015, p. 263 ss.

33 In tal senso si veda MULA, *op. cit.*, p. 12 ss.

34 Altri (FAGGIOLI, ITALIANO, *op. cit.*, p. 23) sostengono invece che a preesistere all'accordo sia il «profilo organizzativo e di gestione richiesto dalla nozione civilistica» e non tanto il servizio che viene concretamente erogato all'utente solo dopo la stipula del contratto. Ancora altri (FOGGETTI, *op. cit.*, p. 210) mettono in evidenza come, qualora considerassimo il contratto di *cloud* come un appalto «dovremmo immaginare che l'informatica esca dall'azienda per poi essere ad essa restituita mediante un meccanismo basato sulla possibilità di accesso ad essa».

verificare la corretta erogazione del servizio e la presenza di falle nel sistema non necessariamente evidenti o individuabili e azionare conseguentemente i rimendi menzionati. Ancora e probabilmente più significativo del punto precedente, sta il fatto di come l'obbligazione di risultato in capo al *provider* poggi sul rispetto dei menzionati standard qualitativi di erogazione che il servizio di *cloud* dovrebbe rispettare. Non si può non notare però come l'individuazione e la definizione di tali standard sia operata dal *provider* stesso e che quindi il risultato a cui egli stesso dovrebbe essere obbligato sia (pre)definito unilateralmente senza possibilità di rispondere alle reali necessità del cliente.

Significativo e trasversale (seppur con riferimento ad aspetti diversi delle tutele offerte) a tutte le fattispecie contrattuali qui considerate, appare poi il rapporto quantomeno conflittuale tra la tutela offerta al contraente (debole) dalla disciplina codicistica applicabile alla fattispecie contrattuale dell'appalto di servizi sopra menzionata e la pressoché sistematica predisposizione delle menzionate clausole di esclusione di responsabilità e garanzia e/o di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali di erogazione del servizio *cloud*³⁵. Sotto tale profilo la presenza delle menzionate clausole confliggerebbe apertamente con il dettato dell'art. 1659 c.c. e con la previsione di esplicita approvazione da parte dell'utente per l'approvazione delle modifiche al servizio, portando a ipotizzare una loro nullità per contrasto con una norma imperativa. Essendo poi tali clausole sistematicamente presenti all'interno dei contratti di *cloud*, una sussunzione di tali relazioni contrattuali alla fattispecie dell'appalto di servizi porterebbe ad una automatica nullità di tutte queste clausole e una loro conseguente esclusione dal testo degli accordi, condizione che molto verosimilmente i *provider* non sarebbero pronti ad accettare³⁶.

35 Si aggiunga inoltre che, come accennato in precedenza, le relazioni contrattuali B2B in questa sede di riferimento godono di una tutela nettamente inferiore ai casi in cui l'utente *cloud* sia un consumatore dal momento che le clausole di esclusione di responsabilità possono essere pienamente valide qualora rispettino il dettato normativo dell'art. 1341 c.c.

36 Si fa notare (FAGGIOLI, ITALIANO, *op. cit.*, p. 76 ss.) come la predisposizione di clausole di esonero di responsabilità, sotto un profilo meramente tecnico, sia una tutela legittima a cui i *provider* di *cloud services* ricorrono per tutelare la propria posizione. La natura di servizio "uno a molti" potrebbe implicare ad esempio, per il fornitore del servizio, la gestione di più richieste di risarcimento di utenti danneggiati per cause anche diverse da loro e non necessariamente imputabili alla condotta del *provider* stesso. Ancora, l'eventuale danno subito da parte di un utente potrebbe tradursi in responsabilità di quest'ultimo verso soggetti terzi il che porterebbe a conseguenze disastrose per l'attività di erogazione di servizio *cloud*, che potrebbe anche veder minacciata la sua stessa solidità. Tanto precisato, appare ragionevole da parte del *provider* tutelarsi quanto più possibili in fase contrattuale in vista di ipotetiche situazioni di rischio, tramite i menzionati "disclaimer" che mirano ad arginare la responsabilità del fornitore o tramite tentativi di forfettizzare un ipotetico danno subito dall'utente finale al fine di anticiparne l'entità e non trovarsi nell'impossibilità di risarcire il cliente per le mancanze del proprio servizio. Certo è che gli "eccessi" nella stesura di tali clausole vanno arginati,

In definitiva, la struttura del contratto di appalto di servizi non sembra adattarsi alle necessità del rapporto sottostante il contratto di *cloud* che, come menzionato in precedenza, per sua stessa natura implica e si fonda sulla continuità della prestazione e richiede la predisposizione di un contratto di durata, caratteristica non associabile all'appalto anche qualora l'oggetto del contratto di appalto non si esaurisca in una prestazione istantanea³⁷.

Oltre alle considerazioni sopra esposte, si sottolinea come parte della dottrina ritenga che il contratto di *outsourcing* sia riconducibile, con maggiore efficacia per quanto attiene alla disciplina dei rapporti ad esso sottostanti, al contratto di somministrazione di servizi³⁸. Pertanto, tramite lo stesso procedimento analogico operato per l'appalto, anche il contratto di *cloud* può esservi sussunto.

Si osserva come ciò che differenzia nettamente le due fattispecie sia proprio la natura dell'obbligazione a cui appaltante e somministrante si obbligano: se, come si è visto, nell'appalto emerge una prestazione di fare ed un'obbligazione di risultato, nella somministrazione emerge un'obbligazione di dare che possiede una propria causa tipica consistente nel soddisfacimento di un bisogno reiterato o continuativo³⁹. Più precisamente l'obbligazione in capo al *provider* sottostante il contratto di somministrazione di servizi, sembrerebbe qualificarsi come una prestazione di far godere a sua volta scomponibile in prestazioni di dare e di fare. La prestazione di dare sarebbe individuabile nella messa a disposizione dell'utente dei servizi IT richiesti, mentre la prestazione di fare potrebbe tradursi nell'obbligo per il *provider* di mantenere tali risorse IT in uno stato idoneo all'uso (garantendo ad esempio accesso stabile e continuativo ai *server*) e nell'obbligo di difendere il pacifico godimento delle risorse stesse da parte dell'utente (ad esempio assicurando la protezione dei dati o l'assenza di interferenze da parte di terzi nella gestione delle risorse a disposizione dell'utente finale).

Venendo quindi alla disciplina applicabile al contratto di somministrazione di servizi si rinviengono innanzitutto le disposizioni degli artt. 1560⁴⁰

impedendo una totale eliminazione dei profili di responsabilità del *provider* o l'imposizione di condizioni apertamente vessatorie nei confronti degli utenti del servizio di *cloud*.

37 MULA, *op. cit.*, p. 12 ss.

38 CARLEO, *op. cit.*, p. 571; SAMMARCO, *op. cit.*, p. 372.

39 MULA, *op. cit.*, p. 14 ss.

40 Si veda in particolare il comma 1: «Qualora non sia determinata l'entità della somministrazione, si intende pattuita quella corrispondente al normale fabbisogno della parte che vi ha diritto, avuto riguardo al tempo della conclusione del contratto».

e 1565⁴¹ c.c., che prevedono, rispettivamente, l'individuazione del normale fabbisogno del somministrante durante l'erogazione della prestazione e l'impossibilità, per il somministratore, di sospendere, senza dovuto preavviso, la somministrazione in caso di inadempimento (minimo) del somministrante. Viene fatto notare⁴² come le due disposizioni menzionate, non rinvenibili all'interno della disciplina dell'appalto⁴³, siano a tutela della continuità dell'erogazione della somministrazione e corrispondano perfettamente alla necessità principale dell'utente finale dei servizi di cloud computing. Appare evidente come la continuità nell'erogazione del servizio emerga come garanzia principale a tutela della stabilità dell'attività dei *customers* i quali, come precedentemente anticipato, spesso fanno totale affidamento sul *cloud* per lo svolgimento della loro attività di impresa e per i quali un blocco dell'accesso alla "nuvola", ma anche una casualità meno drastica come una connessione rallentata, potrebbe tradursi in notevoli perdite economiche se non addirittura in un'uscita dal mercato stesso.

Tramite la soluzione del contratto di somministrazione di servizi si profilerebbe quindi una chiara responsabilità in capo al *provider* circa l'erogazione continuativa del servizio di *cloud* anche qualora il "quantitativo" erogato (nel caso di specie in termini di capacità di calcolo, *storage* dei dati, rapidità di accesso al profilo personale etc.) non fosse predeterminato in modo univoco dalle parti. L'elemento discriminante sembrerebbe essere proprio l'aspetto della continuità della prestazione sottostante il contratto di *cloud*, continuità che sarebbe maggiormente tutelata con una sua sussunzione al contratto di somministrazione di servizi, piuttosto che all'appalto, dal momento che, mentre il primo si caratterizza per avere la durata come elemento causale del contratto, nel secondo, tale aspetto sembra configurarsi come mero elemento accessorio e legato esclusivamente al raggiungimento del risultato stipulato⁴⁴.

A supporto di tale impostazione vi sono anche le considerazioni relative

41 «Se la parte che ha diritto alla somministrazione è inadempiente e l'inadempimento è di lieve entità, il somministrante non può sospendere l'esecuzione del contratto senza dare congruo preavviso».

42 MULA, *op. cit.*, p. 15 ss.

43 Per quanto attiene alla disciplina dell'appalto si era fatto riferimento agli artt. 1659 e 1667 c.c. i quali però devono essere chiaramente letti non in riferimento ad una fornitura di un bene materiale realizzato dopo la stesura di un progetto, ma in luce della natura immateriale del contratto di *cloud*. La forzatura è palese e sicuramente la disciplina della somministrazione non presenta le stesse difficoltà interpretative.

44 Si vedano le considerazioni di MAJELLO, *Il contratto di abbonamento alla pay-tv*, in BOCCHINI (a cura di), *I contratti di somministrazione di servizi*, Torino 2006, p. 18 ss. e i rimandi alla consistente bibliografia in tema di contratti di durata e sul reciproco rinvio delle norme del c.c. su appalto e somministrazione che sembrano predisporre una disciplina adatta all'evolversi della realtà economica e offrire un sistema di regolazione elastico ed adattabile alle esigenze contingenti.

a due norme di rinvio presenti in entrambe le discipline, rispettivamente l'art. 1570 e l'art. 1677 c.c. La prima prevede il rinvio «alle regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni» a cui si obbliga il somministratore in base al menzionato art. 1559 c.c., mentre la seconda (che a sua volta richiama l'art. 1570 c.c.) rimanda alle norme sulla somministrazione qualora il contratto di appalto abbia oggetto prestazioni continuative o periodiche. Ebbene la dottrina prevalente ha chiarito come «in questo gioco di rinvii» a stabilire un ordine gerarchico sia l'art. 1570 c.c. (che a differenza del 1677 non è norma neutra, ma introduce un criterio di prevalenza) prevedendo dunque, in presenza di prestazioni continuative, *in primis* l'applicazione delle norme sulla somministrazione ed *in secundis*, qualora compatibili, quelle sull'appalto⁴⁵. In tal senso l'art. 1570 c.c. permetterebbe di ricorrere alla disciplina dell'appalto e di “far rientrare dalla finestra” le disposizioni sopra menzionate ed in particolar modo quelle degli artt. 1667 e 1668 c.c. su difformità e vizi dell'opera e garanzia della prestazione, gli artt. 1659, 1660 e 1661 disciplinanti le variazioni d'opera e il 1662 sul monitoraggio dello svolgimento dei lavori (essendo infatti verosimile che in un rapporto duraturo e caratterizzato da continuità come quello di *cloud* possa emergere l'esigenza o l'opportunità di apportare variazioni alle pattuizioni originariamente concordate), integrando così le norme sulla somministrazione.

In conclusione, risulterebbero inoltre applicabili le norme sull'estinzione contratto rinvenibili agli artt. 1569, 1660, 1671 e 1674, disciplinanti il recesso, e l'art. 1564 relativo alla risoluzione, spettante ad entrambe le parti, per inadempimento di notevole importanza e «tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti».

Volendo operare un confronto tra le due fattispecie considerate, gli elementi discriminanti il ricorso ad una piuttosto che all'altra fattispecie, a parità di disparità di forza economica e di asimmetria contrattuale, sembrerebbero essere riconducibili fundamentalmente agli aspetti relativi alle garanzie circa la continuità del servizio reso e alla tipologia di obbligazione a cui sarebbe sottoposto il *provider*.

In merito al primo aspetto, la sussunzione del contratto di *cloud computing* alla fattispecie della somministrazione di servizi sembrerebbe offrire maggiori garanzie e rafforzare uno degli aspetti centrali circa le aspettative dei soggetti economici che fanno ricorso a tale modalità di erogazione di servizi IT. Come si è più volte sottolineato la continuità nel tempo dell'erogazione del servizio si qualifica come aspetto di assoluta criticità e di centrale interesse per l'utente finale e le disposizioni sulla somministrazione di servizi menzionate (artt. 1560 e 1565) sembrerebbero

45 BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, Padova, 1999, p. 11 ss.; MAJELLO, *op. cit.*, p. 20 ss.

costituire il nucleo di riferimento per costituire una tutela specifica per garantire tale aspetto dell'esecuzione contrattuale.

Per quanto attiene al secondo aspetto, l'obbligazione in capo al *provider* che viene a costituirsi con la sussunzione all'appalto di servizi sembra invece offrire maggiori garanzie all'utente finale, essendo il *provider* vincolato ad una obbligazione di risultato e soggetto ad una responsabilità oggettiva circa gli standard qualitativi di erogazione del servizio. Emerge però a questo punto però la quasi totale dissonanza tra la caratteristica assenza di contrattazione presente nella stipula dei contratti di cloud computing e invece il più stretto rapporto esistente tra appaltante e appaltatore e il ruolo attivo del primo nel definire le caratteristiche del bene-servizio richiesto e nel monitorare lo "svolgimento dei lavori" e l'eventuale presenza di vizi e difformità presenti in esso. Quest'ultimo aspetto risulta quasi completamente obliterato nel rapporto di *public cloud computing* per le ragioni sopra ampiamente esposte. La sussunzione all'appalto di servizi sembrerebbe invece più adatta qualora si considerassero tipologie contrattuali associabili al *private cloud computing* e caratterizzate quindi da una messa a disposizione della nuvola a seguito di un procedimento contrattuale "standard", dove sia presente una molto più stretta relazione tra *provider* ed utente finale e dove il servizio IT offerto restasse nel totale controllo del soggetto somministrato.

Venendo infine alla terza "soluzione" proposta, buona parte della dottrina pone in evidenza la (ormai chiara) atipicità dei contratti di *cloud* rispetto alle fattispecie disciplinate dall'ordinamento italiano, ritenendo che tali accordi avrebbero natura di contratti misti⁴⁶, presentando essi elementi riconducibili tanto all'appalto di servizi, quanto al contratto di licenza o, secondo altri, a quello di deposito^{47,48}.

46 La qualifica dei contratti misti come contratti atipici o innominati non è unanime in dottrina. Alcuni (si veda ad es. SAMMARCO, *op. cit.*, p. 78) considera i contratti misti come categoria intermedia tra i contratti tipici e quelli atipici, ritenendoli una fattispecie contrattuale che ha assunto una sua precisa struttura nella prassi, ma a cui il legislatore non ha ancora attribuito una disciplina legislativa specifica. Viene però posto in evidenza come «se le cause, secondo la nozione di contratto misto accolta dalla giurisprudenza, si fondono in un'unica causa, il contratto è allora senz'altro un contratto innominato poiché tale unica causa non trova riscontro in un tipo legale» (si veda BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 478 ss.).

47 In tal senso si veda LIMONE, *I contratti di cloud*, in *Comp. dir. civ.*, 2013, p. 4, reperibile all'indirizzo: http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/LIMONE_cloud.pdf; MANTELERO, *op. ult. cit.*, p. 1217. POPOLI, *Il contratto di cloud computing: natura giuridica e clausole limitative di responsabilità*, in <http://giustiziacivile.com>, 2015, p. 7; FABIANO, *op. cit.*, p. 5; PROSPERETTI, *Il contratto di cloud computing*, in *L'opera digitale tra regole e mercato*, Torino, p. 271 ss.

48 Altro aspetto da menzionare è quello dell'ipotesi di collegamento negoziale avanzato per quanto riguarda il contratto di fornitura di un sistema informatico (si veda FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 608 ss.) ma concettualmente estendibile al caso del contratto di *cloud computing* (si veda POPOLI, *op. cit.*, p. 9). Viene fatto notare infatti come il contratto di appalto di servizi e di licenza più che contratto misto appaiono come un insieme funzionalmente collegato, in quanto

È bene ricordare come si identifichi come misto un contratto quando, in esso, elementi tipici di più fattispecie contrattuali, concorrono a formare un'unica causa, andando a realizzare un unitario interesse economico, oppure quando più cause contrattuali si fondono in un unico rapporto. Naturalmente la propensione per una visione rispetto all'altra avrà significative conseguenze in termini di disciplina applicabile laddove nel primo caso si applicherà quella del contratto prevalente, mentre nel secondo si applicheranno alle singole clausole la disciplina propria di ciascun contratto⁴⁹.

Rinviano a quanto già esposto per quanto riguarda l'appalto ed a quanto seguirà relativamente al contratto di deposito, ci si limita al momento ad alcune considerazioni circa il contratto di licenza. Questo si configura come uno strumento legale che, associato ad un prodotto, specifica all'utente le modalità d'uso e la possibilità (o meno) di distribuzione, imponendo obblighi e garantendo diritti⁵⁰. Con particolare riferimento ai *software*, il termine licenza indica il contratto con cui vengono trasferiti e disciplinati i diritti di uso del programma, elemento che compare sistematicamente nella struttura del contratto di *cloud*⁵¹. La licenza stessa si configura come fattispecie contrattuale atipica la cui disciplina sarebbe da individuarsi per certi aspetti all'interno delle norme della locazione (di cui si dirà in seguito), per quanto compatibili, per altri nella legge sul diritto d'autore⁵². Aspetto analogo presente nei contratti di *cloud* sembrerebbe essere la predisposizione, pressoché sistematica, della "Acceptable Use Policy (AUP)", documento tramite il quale il *provider* comunica all'utente gli usi consentiti tanto dell'infrastruttura *hardware* che di quella *software* messi a sua disposizione e di tutti i casi in cui un mancato rispetto di tali condizioni comporti una immediata sospensione del servizio.

La prospettiva del contratto misto sembra però configurarsi come una "via di mezzo", poco soddisfacente, tra la sussunzione del contratto di *cloud* a fattispecie tipiche o la sua identificazione di contratto atipico, lasciando quindi la sua definizione alla volontà delle parti e ad una valutazione caso per caso, alternativa comunque lecita in base al principio di

singularmente idonei a realizzare l'operazione economica in questione, ma nell'insieme volti a realizzare un'unica causa negoziale. Nello specifico i contratti di *cloud* risulterebbero corrispondere alla fattispecie di collegamento negoziale funzionale, dal momento che i contratti di appalto di servizi e licenza solo "collegati" dalla realizzazione di un fine pratico unitario e non dalla volontà delle parti. A differenza del contratto misto, nel caso di collegamento negoziale ad ogni contratto si applicherà la disciplina ad esso relativa. In merito ai contratti misti e al collegamento negoziale si veda BIANCA, *op. cit.*, p. 478 ss.

49 BIANCA, *Ibidem*.

50 LIMONE, *op. cit.*, p. 5.

51 FINOCCHIARO, *I contratti aventi ad oggetto il software*, in FINOCCHIARO, DELFINI (a cura di), *Il diritto dell'Informatica*, Milano, 2014, p. 625 ss.

52 Così SAMMARCO, *op. cit.*, p. 258.

autonomia contrattuale ed essendo l'interesse perseguito con il contratto di *cloud* meritevole di tutela secondo l'ordinamento (*ex art.* 1322 c.c.).

Se però l'intento è quello di offrire una disciplina definita, seppur provvisoria e non esaustiva, la soluzione del contratto misto non sembra spostare più di tanto gli equilibri, fondamentalmente per via di due aspetti. Da un lato tale soluzione sembrerebbe un tentativo di ricondurre all'interno di un'unica fattispecie contrattuale tutte le tipologie di erogazione del contratto di *cloud* (*SaaS*, *PaaS* e *IaaS*), operazione che, come accennato in precedenza, non sembra possibile proprio per l'intrinseca differenza che caratterizza le diverse modalità contrattuali del *cloud*⁵³. In secondo luogo, come già menzionato, i contratti di (*public*) *cloud* si qualificano, nella maggioranza dei casi, come contratti di adesione secondo la formula "*as is*", escludendo quindi la possibilità di contrattazione per l'utente finale il quale, anche volendo, non sembra essere nella posizione di proporre o far prevalere una forma contrattuale piuttosto che un'altra. A maggior ragione quindi l'individuazione di una forma contrattuale tipica fornirebbe garanzie ben più solide all'utente e permetterebbe una maggiore sicurezza in termini di tutela dei suoi interessi e della relazione contrattuale in sé.

3.2 Fattispecie contrattuali di riferimento per i *PaaS/IaaS*

Come precedentemente posto in evidenza, *IaaS* e *PaaS* rappresentano le due modalità di erogazione dei servizi di *cloud computing* più "semplici", quelle sulle quali l'utente finale ha maggiore possibilità di manipolazione e configurazione in un'ottica di personalizzazione del servizio e per i quali i profili di responsabilità del *provider* in termini di implementazione e gestione dei sistemi di sicurezza dei dati si attenuano notevolmente venendo traslati sull'utente finale.

Per quanto concerne le soluzioni contrattuali proposte per queste tipologie *cloud*, una delle ipotesi è proprio una loro riconduzione alla disciplina della locazione (artt. 1571 e ss. c.c.).

La riconduzione alla locazione (e, per la precisione, alla locazione di beni mobili, così intendendo l'unicum inscindibile *server + software* di cui si costituisce il prodotto-*cloud*⁵⁴ menzionato anche in fase di apertura del contributo) è operata con riferimento innanzitutto all'oggetto del contratto, consistente nella cessione del diritto di godimento su di un prodotto (il

53 Questa visione pare trovare una forma di conferma proprio nelle qualifiche offerte dalla dottrina per i contratti *cloud IaaS/PaaS* che riconducono il contratto, erogato con le modalità menzionate, ai contratti di deposito e locazione escludendo invece le opzioni di appalto e somministrazione adatte alla sola fattispecie *SaaS*.

54 MAGGIORE, *Cloud computing tra diritto e tecnologia: dubbi e opportunità per le PMI*, del 29 maggio 2012 su: <http://www.diritto24.ilsole24ore.com>.

servizio *cloud IaaS/PaaS*), godimento che il *provider* provvede a realizzare avendo conto di tutte quelle operazioni relative «alla posa in opera delle apparecchiature, alla manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti elettrici e di condizionamento d'aria dei locali in cui operano le macchine, l'uso dei programmi di base, il servizio di assistenza e la consegna della documentazione tecnica necessaria costituita prevalentemente dai manuali di istruzione e la modulazione del prezzo a seconda del "pacchetto offerto"»⁵⁵. Si delinea dunque una responsabilità del *provider* per quanto concerne il buon funzionamento non solo della componente *hardware*, ma anche di una sua collocazione in locali predisposti ad ospitarla, nonché obblighi relativi all'implementazione della programmazione di base del servizio *cloud* e al servizio di assistenza all'utente.

Come menzionato in precedenza, la disciplina della locazione viene individuata in quanto regolazione di riferimento per il contratto di licenza d'uso, fattispecie atipica diffusissima in ambito informatico soprattutto associata alla vendita/circolazione dei *software*. Il procedimento analogico operato, come si è visto, anche nella riconduzione del *cloud-SaaS* all'appalto o alla somministrazione di servizi, permette di fare dunque riferimento alla disciplina della locazione per il *cloud-IaaS/PaaS*.

Elemento caratterizzante l'erogazione del servizio *IaaS/PaaS* (e qui si inserisce l'analogia con la licenza d'uso) è dunque legato al mantenimento, da parte del *provider*, della titolarità dei mezzi (materiali - l'*hardware*, la componente fisica del *cloud* - e immateriali - la componente *software*, i programmi di base e l'interfaccia virtuale predisposta dal *provider*) messi a disposizione, mezzi di cui l'utente fa un uso libero e sui quali può esercitare un più o meno ampio grado di personalizzazione, ma dei quali non acquisisce la proprietà⁵⁶. E proprio per quanto attiene a queste tipologie di contratti di licenza, la dottrina introduce la possibilità di fare riferimento alla locazione come insieme di regole adatte a disciplinare il rapporto economico in questione⁵⁷.

Gli obblighi in capo al *provider* così descritti sembrano potersi individua-

55 FOGGETTI, *op. cit.*, p. 212. L'autrice, a sostegno della qualificazione proposta, fa riferimento ad una pronuncia giurisprudenziale tedesca (si riporta la fonte indicata dall'autrice in nota: Judgement of 2004, Federal Court of Justice in ASP contract case, case ref. XII ZR 120/04-ASP) che ha sancito la possibilità di qualificare come locazione, secondo il diritto tedesco, l'uso online di *software* per un periodo determinato di tempo tramite la formula *pay per use*. Linea interpretativa validata anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea (Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 3 luglio 2012, C-128/11, Caso *Used Soft GmbH c. Oracle International Corp.*) che, richiamando la citata giurisprudenza tedesca, ha stabilito come per i servizi online che non prevedono la memorizzazione su supporto rigido della proprietà intellettuale sia applicabile la disciplina della locazione.

56 In merito si veda MICHINELLI, *Cloud computing e condizioni contrattuali: un regalo ai giganti del web?*, del 27 luglio 2016 su: <http://www.altalex.com>.

57 FARINA, *op. cit.*, p. 121; SAMMARCO, *op. cit.*, p. 257.

re nel contenuto normativo della disciplina menzionata laddove vengono delineati gli obblighi in capo al locatore (art. 1575 c.c.) di: «1) consegnare la cosa locata in buono stato di manutenzione; 2) mantenere la cosa in stato da servire all'uso convenuto; 3) garantire al conduttore, durante la locazione, il pacifico godimento della cosa». Si profila in tal modo il diritto, per il conduttore, di godimento della cosa locata ed il corrispondente obbligo, in capo al locatore, di far godere la cosa locata, obbligo assimilabile a quello caratterizzante il contratto di somministrazione e a sua volta quindi scindibile nelle prestazioni di dare (art. 1575, co. 1) e di fare (art. 1575, co. 2 e 3).

Alle disposizioni menzionate sembrano poi potersi aggiungere quelle degli artt. 1576 (in particolare il comma 2) e 1577 c.c. sul mantenimento della cosa locata e sulla necessità di riparazioni in cui si delinea la ripartizione tra locatore e conduttore delle diverse spese di mantenimento laddove al primo sono attribuite quelle di straordinaria amministrazione, mentre al secondo sono demandate, probabilmente non nella loro totalità, quelle di ordinaria amministrazione (è pacifico che le spese di ordinaria amministrazione per la funzionalità dei *software* installati dall'utente possano essere attribuite a quest'ultimo, mentre le spese di ordinaria amministrazione per quanto riguarda il mantenimento della componente *hardware* - per ovvietà di cose - sembrano ricadere sul *provider*).

Considerazioni analoghe possono essere fatte per gli artt. 1578, 1579 e 1581 c.c.⁵⁸ relativi ai vizi della cosa locata (esistenti alla consegna e sopravvenuti, per i quali il locatore è responsabile e tenuto a risarcirli qualora non provi di averli ignorati senza colpa al momento della consegna) e alle limitazioni convenzionali di responsabilità da parte del locatore. Questo "pacchetto" di articoli riporta all'attenzione le analoghe considerazioni da un lato circa l'effettiva conoscibilità, da parte dell'utente finale, dei vizi del servizio di *cloud*, dall'altro circa l'aperto conflitto tra le clausole di esclusione di responsabilità e (l'ancor più esplicito) dettato degli artt. 1579 e 1581 sui vizi presenti o sopravvenuti. Di fatto una sussunzione del *cloud IaaS/PaaS* alla locazione renderebbe le "classiche" clausole di esclusione della responsabilità nulle, con la conseguente sconvenienza per il *provider* a mantenere in piedi la relazione contrattuale (e verosimilmente l'erogazione stessa del servizio).

Ancora rientrerebbero nella disciplina applicabile anche gli artt. 1582, 1583 e 1584 c.c. sul divieto di innovazione e sulla disciplina delle riparazioni della cosa locata che delineano la possibilità per il conduttore di ricevere una riduzione del costo della locazione in caso di intervento sul bene locato, da parte del locatore, che ne impedisca per un tempo prolungato il godimento. Traducendo il tutto in contesto *cloud* sembrerebbe possibile

58 Sembra potersi pacificamente escludere l'art. 1581 sulle «cose pericolose per la salute».

per l'utente richiedere la diminuzione del canone per il servizio-*cloud*, in caso di intervento da parte del *provider* che comprometta la continuità del servizio (ad esempio per aggiornamento del *software* di base o per l'implementazione di componente *hardware* più avanzata).

Allo stesso modo gli obblighi del conduttore (art. 1587 c.c.) potrebbero essere assimilabili a quelli rinvenibili nella *AUP*: «1) prendere in consegna il bene e osservare la diligenza del buon padre di famiglia nel servirsene per l'uso determinato nel contratto o per l'uso che altrimenti può desumersi dalle circostanze; 2) dare il corrispettivo nei termini convenuti».

Oltre alla soluzione della locazione, parte della dottrina⁵⁹ ritiene di poter ricondurre alcune di queste fattispecie contrattuali a quella del deposito (artt. 1766 e ss. c.c.). In particolare il riferimento è ai servizi *IaaS* erogati come *cloud storage* e quindi come strumenti virtuali per il salvataggio online di dati (classico esempio di *cloud storage* possono essere quelli offerti da Dropbox, Google Drive, iCloud).

Si ritiene innanzitutto che i beni dell'informazione digitale possano essere assimilabili ai beni materiali citati nella norma essendo questi suscettibili di valutazione economica e patrimoniale e dal momento che la loro perdita arrecherebbe un danno misurabile in termini quantitativi⁶⁰. Altri elementi che farebbero propendere per tale soluzione di riferimento sono⁶¹ l'assimilabilità degli obblighi del *provider* a quelli del depositario e la constatazione che l'atto iniziale compiuto dall'utente consiste nell'affidamento al *provider* dei propri dati, depositandoli presso i *server* di quest'ultimo.

Il deposito-*cloud* si configurerebbe poi come atipico dal momento che unirebbe elementi del deposito regolare (la cui disciplina comunque prevale e viene ritenuta valida a regolare la fattispecie) a quelli del deposito irregolare: regolare perché il depositario, ex co. 1, art. 1770 c.c., non può servirsi del bene dal momento che il depositante ne mantiene la proprietà (pur depositandoli su strutture appartenenti al depositario), irregolare perché il "bene restituito" (vale a dire i *files* a cui il depositante accede in seguito all'upload o che ottiene tramite l'operazione di download dalla piattaforma) non è, tecnicamente parlando, lo stesso originariamente depositato essendo ritrasmesso tramite diverse vie telematiche e da un'altra

59 PROSPERETTI, *op. cit.*, p. 262 ss. L'autore, per la precisione, ricondurrebbe il contratto di *cloud* in questione alla fattispecie di del c.d. deposito "alla rinfusa" ex art. 939 c.c. Allo stesso modo si veda TROIANO, *Profili civili e penali del cloud computing nell'ordinamento giuridico nazionale: alla ricerca di un equilibrio tra diritti dell'utente e doveri del fornitore*, *Ciber. Dir.*, 12(3), p. 240.

60 Il riferimento normativo nel c.c. per la definizione di bene mobile è l'art. 812 che al co. 3 offre una definizione residuale di beni mobili

61 PROSPERETTI, *op. cit.*, p. 269 ss.

posizione⁶².

Tale qualificazione permette inoltre, a tutela dell'utente, la fissazione di standard relativi alla prestazione del *provider* il quale è tenuto ad usare la diligenza del buon padre di famiglia nella custodia dei beni del depositante (art. 1768 c.c., co. 1, diligenza tanto più rigorosa quanto più alto sarà il corrispettivo pagato - co. 2)⁶³, non potendo in ogni caso usare la cosa affidatagli o darla in subdeposito a terzi senza il consenso del depositante (art. 1770 c.c. sopra menzionato). Sotto tale profilo la disciplina del deposito offrirebbe dei parametri ben più chiari e precisi circa l'individuazione degli standard di erogazione da perseguire e un riferimento più chiaro, a favore dell'utente finale, essendo possibile creare una correlazione tra entità del canone versato e diligenza del *provider*.

In relazione alla responsabilità del depositario-*provider*, questa emerge sostanzialmente in caso di danneggiamento o perdita del bene digitale depositato sul *cloud*. Inoltre, qualora egli si ritrovi nell'impossibilità di restituire il bene per cause a lui non imputabili è liberato dalla restituzione, ma l'onere di provare il fatto (anche ignoto) e l'impossibilità grava su di lui (art. 1780 c.c.). Tale previsione di responsabilità (che nel caso di depositario professionale tende a qualificarsi come oggettiva), sembrerebbe porre chiaramente in capo al *provider* precisi obblighi circa la tutela e la protezione dei beni digitali che l'utente deposita nel *cloud*, tanto dal malfunzionamento del sistema, quanto da eventuale intromissione di terzi.

In generale però si osserva nel deposito la presenza di una disciplina molto più stringata circa i profili di responsabilità del depositario-*provider* e più chiaramente individuabile per quanto riguarda la sicurezza dei dati caricati dall'utente sul *cloud*, ma meno precisa per quanto concerne le garanzie di funzionamento del servizio stesso. In altri termini: la disciplina del deposito permette di individuare come il *provider* debba gestire e restituire i beni-dati depositati dall'utente, ma nulla sembra dire a proposito dell'accessibilità, da parte di quest'ultimo, ai dati stessi. Sotto questo secondo profilo un riferimento potrebbe essere rintracciato nelle norme relative alla restituzione del bene depositato (artt. 1771 ss. c.c.), anche se queste, più che con riferimento al periodico accesso dell'utente ai file depositati sul *cloud* (si pensi ad esempio all'utente che deposita dei file su un account Dropbox e vi accede regolarmente per modificarli) sembrerebbero venire in considerazione con riferimento alla volontà dell'utente di "ritirare" i propri file depositati e trasferirli presso un altro fornitore di servizi analoghi. In tal caso si dovrebbe analizzare un eventuale rispetto

62 *Ibidem*.

63 *Ibidem*. Secondo l'autore è dunque possibile operare delle valutazioni sul *cloud storage* in base alla qualità e alla sicurezza del deposito. Per un breve accenno sull'enorme tematica degli obblighi del *cloud provider* nella tutela dei dati si veda Corona, *Cloud computing: il trattamento dei dati e le misure di sicurezza*, del 9 giugno 2015, su: <http://www.altalex.com>.

da parte del *provider* delle condizioni di interoperabilità dei dati in modo tale che non si creino le condizioni citate di c.d. “*vendor lock-in*” e l’utente possa trasferire liberamente i propri dati da un server all’altro (facilitando peraltro l’attività economica incentrata su attività *cloud-based*).

Per concludere, il ricorso alla locazione piuttosto che al deposito sembra essere dettato dalla natura del servizio a cui si vuole ricorrere: qualora la necessità dell’utente sia semplicemente quella di *storage* e quindi di usufruire, in modo dematerializzato, di risorse di semplice memorizzazione dei dati, sembrerebbe più conveniente ricorrere alla disciplina del deposito che, in modo più lineare, propone una regolazione adatta al caso. Viceversa, qualora le necessità dell’utente siano più articolate ed egli necessiti di un servizio che oltre al salvataggio permetta una maggiore manipolazione e versatilità il ricorso alla locazione potrebbe essere più adatto. A ciò si aggiunga inoltre la diversa intensità di tutela circa il funzionamento del servizio offerto che le due soluzioni sembrano offrire: mentre con la locazione sembra possibile individuare precisi profili di responsabilità in capo al *provider* tanto per quanto riguarda la protezione dei file caricati sul *cloud*, quanto in merito alla continuità di accesso al servizio, la fattispecie del deposito appare essere efficace solo in merito al primo aspetto e dimostrandosi più vaga per quanto concerne il secondo.

Ancora, mentre tramite il ricorso alla disciplina sulla locazione l’attenzione è maggiormente posta sul *cloud* come servizio e sulle modalità con cui questo viene reso all’utente finale, la disciplina del deposito è invece focalizzata sul bene digitale depositato dal cliente nella nuvola e non tanto sul corretto funzionamento del sistema virtualizzato reso disponibile dal *provider*.

4 Conclusione

Come si è cercato di porre in evidenza una precisa qualificazione contrattuale per il cloud computing non sembra possibile a causa delle caratteristiche atipiche del fenomeno le quali non trovano inquadramento in nessuna disciplina contrattuale tipica dell’ordinamento italiano.

Le alternative proposte si basano sui tentativi della dottrina di associare alcune delle caratteristiche comuni che il contratto di *cloud* presenta a quelle di altre soluzioni contrattuali note alla prassi della contrattualistica informatica, come *outsourcing* e licenze di *software*. Tale tentativo di assimilazione appare però forzato in quanto lascia non disciplinati molti lati della problematica, in particolar modo quelli relativi agli elementi di asimmetria e squilibrio nelle relazioni contrattuali.

Senza nessuna pretesa di esaustività e completezza, le conclusioni che si possono trarre dal presente contributo possono essere così sintetizzate. Innanzitutto l’individuazione di una disciplina tipica di riferimento potrebbe

essere considerato un tentativo di inquadramento di un nucleo normativo attorno al quale costruire una più completa ed efficace disciplina contrattuale per il (*public*) *cloud computing*. In particolar modo assumerebbe centrale importanza la chiara individuazione della tipologia di obbligo in capo al *provider* sia in relazione alle garanzie legate all'erogazione del servizio (in termini di qualità e continuità), sia in merito alla più scottante questione delle modalità di esonero di responsabilità e all'assenza di garanzie fondamentali a tutela dell'utente. Alla luce di quanto precedentemente esposto questi potrebbero essere considerati, in estrema sintesi, gli aspetti critici comuni a tutte le "manifestazioni" del (*public*) *cloud computing*, indipendentemente dal modello di erogazione o dalla finalità per le quali gli utenti finali vi ricorrono.

Da un punto di vista pratico l'ipotetico esito di una tipizzazione del contratto di *cloud computing* potrebbe essere duplice ed in entrambi i casi presentare (notevoli) profili di criticità: ragionando per assurdo, un primo esito potrebbe essere l'individuazione di un "*cloud contract*" come forma contrattuale tipica che però renderebbe di fatto lecite le clausole di esclusione di responsabilità (quantomeno quelle meno estreme), in quanto elemento caratterizzante il contratto stesso. Tale conclusione appare poco probabile, se non altro per l'aperto contrasto esistente tra tali clausole e le forme di tutela a favore del imprenditore debole⁶⁴ rinvenibili nel codice civile (art. 1341 c.c.), nei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico (il riferimento è al limite inderogabile dell'ordine pubblico nel contesto di rapporti privatistici) e nella normativa nazionale (art. 9 l. 192/1998, sul divieto di abuso di dipendenza economica) e comunitaria a tutela di concorrenza e mercato (soprattutto in relazione al divieto di abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE).

Una seconda possibile soluzione potrebbe essere la qualifica (verosimilmente operata dalla giurisprudenza) dei contratti di *cloud* secondo una delle fattispecie tipiche offerte e sopra menzionate. Sotto tale profilo il problema si porrebbe in merito al conflitto che verrebbe a crearsi tra le clausole di esonero della responsabilità e le norme codicistiche menzionate, disciplinanti la verifica di adeguatezza agli standard prestabiliti, al rifiuto di modifiche in corso d'opera (con riferimento ad appalto di servizi e somministrazione) o relativi ai vizi della cosa locata o alla diligenza del depositario (nel caso di locazione e deposito). Se si verificasse tale circostanza le conseguenze sulle attività economiche il cui *core business* è strettamente legato all'erogazione di servizi di *cloud* potrebbero essere quantomeno drastiche, dal momento che i *provider* si vedrebbero sottratte una serie di (auto)tutele - talvolta palesemente eccessive e sproporzionate - e si ritroverebbero esposti a rischi e responsabilità che molto verosi-

64 In merito si veda FAGGIOLI, ITALIANO, *op. cit.*, p. 94 ss.

milmente non sarebbero disposti a correre e ad assumersi.

In conclusione, se si vuole prendere in considerazione il profilo delle modalità di erogazione, delle concrete finalità di utilizzo del *cloud* da parte dell'utente e di una traduzione in termini contrattuali di tale rapporto, non sembra si possa parlare di disciplina del cloud computing, quanto piuttosto di discipline dei cloud computing. Di fatto, pur essendo servizi erogati secondo lo stesso principio di base (in estrema sintesi, la fornitura di risorse IT virtualizzate), le manifestazioni del *cloud* (*SaaS* e *IaaS/PaaS*) non possono essere ricondotte alla stessa fattispecie contrattuale. Onde evitare la soluzione più immediata del ricorso al contratto misto e quindi alla determinazione contrattuale caso per caso, una soluzione potrebbe essere quella di ragionare in termini di contratti di *cloud*, isolando delle (macro)categorie in base ad uno specifico oggetto e ad una specifica causa contrattuale (ad. es.: *cloud - IaaS* di "solo" deposito dati) e modellare intorno a queste (macro)categorie delle fattispecie contrattuali standardizzate.

En guise de points de départ : cinq horizons lointains

Laura Miccoli, Fiorella Dal Monte, Roberto Pomiatto,
Robin Médard Inghilterra, Balthazard Durand

Sommaire 1. De la confrontation des cas d'étude à la conciliation des idées : tentative d'une modélisation – expérimentale et relative – de la représentation. – 2. Analyse du 1er temps de la représentation : le rapport représenté-représentant et la question du consentement. – 2.1. Première question : de quelles manières se manifeste le consentement du représenté ?. – 2.2. Deuxième question : dans quelle mesure les modalités de la représentation sont-elles négociées au moment de l'établissement du consentement ?. – 3. Analyse du deuxième temps de la représentation : la relation représentant-tiers et l'autonomie du représentant dans le cadre de la représentation. – 3.1. Première question : comment l'autonomie du représentant se manifeste-t-elle dans le cadre de la représentation ?. – 3.2. Deuxième question : jusqu'où se manifeste l'autonomie du représentant dans le cadre de la représentation ?. – 3.3. Troisième question : quelle est la finalité ou la justification de l'autonomie dont jouit le représentant dans le cadre de la représentation ?. – 4. Analyse du troisième temps de la représentation : la relation tiers-représenté et l'imputation du discours du représentant au représenté.

L'analyse menée par Miccoli porte sur une action spécifique en droit administratif italien, qui permet de substituer l'administration en cas de carence dans la gestion d'un service public. Si dans un premier temps, les bénéficiaires sollicitent la mise en conformité de l'administration dans l'exécution du service, en l'absence de réaction, le juge dispose du pouvoir de nommer un commissaire et de celui d'imposer un cadre à son action.

Le commissaire peut être perçu alternativement comme un auxiliaire du juge ou comme un *représentant* de l'administration. À la suite de sa désignation, la discussion concerne, d'une part, la portée du pouvoir d'injonction du juge, et, d'autre part, le contrôle de l'administration et l'autonomie laissée au commissaire.

Balthazar a quant à lui insisté sur le fait que les avocats procèdent par l'élaboration de discours de représentation afin de faciliter le succès

Il presente contributo racchiude la trascrizione delle riflessioni svolte durante le giornate di studio che si svolgono annualmente tra i dottorandi dell'Università Ca' Foscari di Venezia e di quella di Paris-Nanterre. Il tema prescelto per gli incontri tenutesi nei giorni 4-5-6 ottobre 2017 era: "la rappresentanza", tema la cui trasversalità traspare dalla diversità delle considerazioni di partenza elaborate dai singoli partecipanti all'atelier. Gli incontri di studio hanno consentito una prima decostruzione della materia, evidenziando punti in comune e divergenze delle esperienze giuridiche dei due Paesi, riguardate in ottica comparativa.

des prétentions des requérants. Ces discours sont l'une des étapes de la transformation de récits ordinaires dans un langage juridique. À l'issue de cette traduction, ils ne correspondent que partiellement au récit initial. Toutefois, la liberté de l'avocat est à nuancer par les conditions de collaboration déterminées avec le client ainsi que par des contraintes systémiques, issues de représentations partagées du droit et du rôle des juges.

En complément, le travail de Pomiatto porte sur la détermination, en Italie, du responsable de l'obligation de soins au sein d'un établissement de santé privé, lorsque le patient ne s'adresse pas à la clinique mais directement à un médecin libéral employé par cette structure. Selon la jurisprudence française, coexistent deux contrats : un contrat médical entre le médecin et le patient, ainsi qu'un contrat d'hospitalisation et de soins entre le patient et l'établissement. En revanche, la jurisprudence italienne a toujours soutenu que l'établissement de santé demeure tout de même responsable de la totalité des prestations de soins, y compris celle incombant au médecin. Cependant, les motivations fournies par la jurisprudence italienne en soutien de cette thèse ne paraissent pas toujours convaincantes. À ce propos, en effet, Pomiatto remarque que le médecin – du moment où le médecin négocie sa prestation avec le patient, il sait bien qu'il peut compter sur la disponibilité « hôtelière » de la clinique, car c'est bien cela que l'établissement souhaite – pourrait à juste titre être considéré comme le représentant de l'établissement de santé.

Dans un cadre différent, Dal Monte a examiné le cas de la représentation dans le traitement des données personnelles recueillies sur le web à travers les mécanismes d'*opt-in* et d'*opt-out*. Selon la modalité envisagée, le choix de l'utilisateur de concéder l'exploitation de ses données se révèle conscient ou inconscient, impactant son aptitude à prendre connaissance du contenu du contrat d'exploitation des données, des finalités poursuivies et des tiers potentiellement impliqués. Dans les deux cas, il serait possible de percevoir dans ces mécanismes une illustration de la représentation où le représenté (i.e. l'utilisateur) cède ses informations au profit du responsable du traitement, qui en devient le représentant. En dépit des abus récurrents, ce dernier devrait alors exercer ses prérogatives dans les limites de la délégation reçue.

Enfin, Médard Inghilterra a quant à lui étudié les mécanismes d'action en substitution en matière de discrimination en droit français. Dans le cadre de ces mécanismes, applicables de manière variable en droit pénal, civil et administratif, une association ou un syndicat se substitue à la victime de discrimination pour défendre sa cause devant les juridictions. Ils agissent ainsi comme représentants de la victime. De manière peu éloignée, la récente action de groupe instaurée par la loi du 18 novembre 2016 permet aux victimes, cette fois nombreuses, de voir leurs intérêts portés devant les cours par les acteurs collectifs.

1 De la confrontation des cas d'étude à la conciliation des idées : tentative d'une modélisation – expérimentale et relative – de la représentation

À l'issue de la confrontation de nos diverses interventions, plusieurs constat ont émergé. Le premier concernait la disparité de nos propos ainsi que les représentations particulières de "la représentation" qu'ils mettaient en scène. À cet égard, les mécanismes juridiques ou techniques de représentation étudiés étaient divergents. De même, les objets de la représentation différaient également en fonction des cas d'étude. Quant aux finalités du processus, elles ne faisaient pas exception à cette dissonance généralisée (e.g. action en justice, action commerciales, modalités de mise en jeu de la responsabilité).

En conséquence, la première étape de notre démarche commune fut de s'interroger sur le point commun de nos interventions respectives et ce, afin de saisir l'essence – ou une simple émanation de celle-ci *a minima* – de la représentation. Le premier point de conciliation reposait sur l'analyse des relations dynamiques qui existaient entre trois parties : un représenté, un représentant et un tiers. Le second fut l'importance que nous accordions à l'efficacité du processus de représentation en optant systématiquement pour une appréciation fondée sur le point de vue interne du représenté : le procédé a-t-il rempli la fonction envisagée selon lui ?

La deuxième étape de notre démarche fut d'envisager, à partir de nos différents cas d'étude, les caractéristiques de la représentation et, plus particulièrement, de tenter, certes de manière imparfaite, une décomposition des dynamiques actives au sein de ce processus. Cette tentative déboucha sur une décomposition en trois phases :

- une première phase relative à la relation liant le représenté et le représentant. Cette phase, constituant le premier temps du processus, nous a semblé particulièrement digne d'intérêt en raison de l'enjeu qui se noue, à savoir la question délicate du consentement du représenté ;
- une deuxième phase, relative cette fois à la relation entre le représentant et le tiers, quel qu'il soit (e.g. magistrat, sociétés commerciales, client). L'intérêt manifeste de ce second temps du processus de représentation nous a paru relever essentiellement de l'identification de la marge d'autonomie dont dispose le représentant à l'égard du représenté afin de faire valoir sa cause face au tiers ;
- une troisième et dernière phase fut finalement identifiée, propre aux rapports existant entre le tiers, récepteur du discours du représentant, et le représenté. Ce troisième temps permet la finalisation du processus de représentation par le biais de l'imputation du discours et du comportement du représentant au tiers.

Une fois ces considérations posées, la troisième étape de notre démarche

commune fut immédiatement de souligner les limites de notre approche. D'un point de vue théorique, il s'agissait de proposer une modélisation expérimentale, nécessairement relative. Cette relativité est engendrée par la faiblesse de la modélisation en ce qu'elle ne respecte pas les standards théoriques du modèle. Tout d'abord, chaque critère du modèle est supposé être exclusif et ne pas se retrouver dans les autres modèles concevables de la représentation. Or, cette exigence n'est guère respectée puisque plusieurs critères pourraient fort bien se retrouver comme éléments structurants de "modélisation" alternatives élaborées par certains de nos collègues. De plus, les critères identifiés ne sont pas nécessairement exhaustifs et il aurait été possible de poursuivre ce travail de modélisation en identifiant d'autres caractéristiques.

Par conséquent, notre propos se veut nécessairement relatif et illustre davantage une démarche collective établie sur une journée et demie, qui correspond certes au fond de nos contributions, mais qui ne saurait prétendre constituer une modélisation véritablement aboutie. En somme, en l'absence de définition claire de la représentation, l'objectif de la démarche était simplement de comprendre, à partir d'un faisceau d'indices fournis par l'analyse de nos différents cas d'espèce, la nature des relations qui s'activent pour lier les trois acteurs de la représentation (i.e. représenté, représentant, tiers). Une fois ce premier travail établi, il s'agit à terme d'envisager l'efficacité du processus de représentation, apprécié du point de vue interne du représenté, par l'analyse de la continuité ou de la discontinuité des niveaux de discours entre les trois acteurs, et observable par la superposition de l'intention initiale du représenté et de l'objet d'imputation du tiers à celui-ci.

2 Analyse du 1er temps de la représentation : le rapport représenté-représentant et la question du consentement

En préalable, il nous faut encore une fois relativiser cette étape ou plus exactement l'identification de l'objet central de celle-ci tant il semble possible de concevoir des cas de représentation pour lesquels le consentement du représenté ne disposerait pas d'une place centrale voire ne serait pas indispensable. Tel est notamment le cas lorsque le représenté n'est pas en capacité de consentir (e.g. mineur, majeur incapable).

Une fois cette précision établie, il nous est possible de préciser les deux questions qui nous ont particulièrement intéressées :

- de quelles manières se manifeste le consentement du représenté ?
- dans quelle mesure les modalités de la représentation sont-elles négociées au moment de l'établissement du consentement ?

2.1 Première question : de quelles manières se manifeste le consentement du représenté ?

Partant de nos diverses contributions, nous avons identifié quatre modalités de recueil du consentement.

La première hypothèse, idéale, concerne celle du recueil du consentement de manière explicite, après information détaillée sur la finalité de la représentation. Nous parlons alors de « consentement explicite, conscient et éclairé ». En guise d'illustration, la contribution de Médard Inghilterra évoque le cas des actions en substitution des associations qui agissent au nom de la victime de discrimination. Pour ce faire, il est nécessaire, en droit civil, de recueillir un consentement explicite, écrit, après avoir informé la victime de trois choses : « *la nature et l'objet de l'action envisagée* », « *le fait que l'action sera conduite par l'association qui pourra exercée elle-même les voies de recours* » et « *le fait que l'intéressé pourra, à tout moment, intervenir dans l'instance engagée par l'association ou y mettre fin* ».

La deuxième hypothèse concerne celle du recueil explicite du consentement, sans information nécessairement détaillée. Nous parlons ici de « consentement explicite non motivé ». Une telle manifestation du consentement se retrouve, entre autres, dans la contribution de Durand axée sur la contractualisation de la relation client-avocat, qui implique nécessairement l'existence d'un mandat, écrit ou oral, donné par le client à l'avocat, qui devient alors son représentant. Il en va de même pour la contribution de Dal Monte, évoquant le recueil des données lorsque celui-ci procède par le biais d'un mécanisme d'*opt-in*, permettant à l'utilisateur du web de matérialiser son consentement en cochant les cases prévues à cet effet.

La troisième hypothèse est celle d'un « consentement implicite mais matérialisé ». À l'inverse des mécanismes d'*opt-in*, les mécanismes d'*opt-out* par exemple rendent empiriquement vérifiable la matérialisation de l'acte de consentement en dépit du fait que le contenu ce celui-ci ne soit pas nécessairement connu et désiré par l'utilisateur du web.

Enfin, la quatrième hypothèse est celle d'un « consentement implicite non matérialisé ». Comme le souligne Pomiatto, l'habilitation du médecin à représenter la clinique à l'égard du patient est implicite et non matérialisée, exigeant en conséquence de faire reposer l'engagement de responsabilité de la clinique sur une présomption de consentement. De même, en droit français, lorsqu'un syndicat agit en substitution d'une victime de discrimination, celle-ci n'a pas à fournir de consentement expresse. Seul suffit qu'elle s'abstienne de contester cette action dans un délai de quinze jours après que le syndicat lui ait notifié son intention.

Reste à envisager l'objet de ce consentement, à savoir les modalités concrètes de la représentation.

2.2 Deuxième question : dans quelle mesure les modalités de la représentation sont-elles négociées au moment de l'établissement du consentement ?

Sans véritable innovation, il est ici possible de distinguer deux hypothèses alternatives.

Dans la première hypothèse, une négociation s'opère entre le représenté et le représentant. Tel est notamment le cas lors de la contractualisation des relations entre un avocat et son client, portant sur la finalité poursuivie (e.g. quantification minimale de la demande au titre de la réparation du préjudice subi), du montant des honoraires ou encore des parties à appeler dans la cause. Cette perspective se retrouve également dans le cadre du recours en substitution portée par une association lorsque la victime de discrimination choisit de collaborer au recours.

Dans la seconde hypothèse, celle par exemple de l'*opt out*, les modalités et les conditions de la représentation ne sont absolument pas négociées mais imposées unilatéralement. Pour le cas particulier de la commercialisation des données recueillies dans le cadre de la navigation sur internet, doit être noté que le consentement, dont le contenu n'est pas négociable, est fréquemment érigé en un préalable indispensable à la poursuite de la consultation dudit site internet. Dans la contribution de Miccoli l'administration n'est pas en mesure de refuser la nomination du commissaire désigné par le juge, et doit consentir à collaborer avec celui-ci, sans être en mesure d'impacter, en fonction de ses attentes, les modalités de représentation.

En guise de conclusions intermédiaires, il nous est possible de souligner la diversité des modalités de recueil de consentement, élément indispensable et structurant de la représentation, y compris dans l'hypothèse où celui-ci serait implicite. Ce consentement est de surcroît objectivable car, même en cas de silence ou de consentement implicite, les règles de droit prévoient une présomption de consentement.

3 Analyse du deuxième temps de la représentation : la relation représentant-tiers et l'autonomie du représentant dans le cadre de la représentation

À ce stade, nous nous sommes posés trois questions dont les réponses respectives nous ont semblées susceptibles d'éclaircir la nature des relations opérant entre le représentant et le tiers :

- comment se manifeste l'autonomie du représentant par rapport au représenté dans le cadre de la représentation à l'égard du tiers ?

- jusqu'où cette éventuelle autonomie du représentant est-elle susceptible de se manifester ?
- quelle est la finalité et quelle est la justification de l'autonomie du représentant ?

3.1 Première question : comment l'autonomie du représentant se manifeste-t-elle dans le cadre de la représentation ?

Une fois de plus, au regard des diverses contributions, il nous est possible d'identifier une pluralité des manifestations de l'autonomie en fonction des cas envisagés.

En ce qui concerne les cas d'études de Durand, Miccoli et Médard Inghilterra, davantage fondés sur une représentation dans le cadre judiciaire, cette autonomie s'exerce notamment par le choix des arguments juridiques, des mécanismes procéduraux à mettre en œuvre, par la sélection des faits pertinents, le choix des qualifications juridiques retenues, le choix des acteurs impliqués (e.g. témoins, parties appelées dans la cause) ou, plus largement, par tous moyens techniques propres à l'argumentation et à la préparation de l'action judiciaire.

Les objets d'étude de Dal Monte et Pomiatto illustrent en revanche une autonomie plus faible du représentant, dans la mesure où celle-ci se manifeste essentiellement dans le choix du tiers à impliquer dans le cadre du processus de représentation ; qu'il s'agisse du choix des sociétés auxquelles seront communiquées les données personnelles de l'utilisateur du web par la société dépositaire de celles-ci ou du choix du client par le médecin vis-à-vis duquel il est susceptible d'engager la responsabilité de la clinique.

3.2 Deuxième question : jusqu'où se manifeste l'autonomie du représentant dans le cadre de la représentation ?

Sans grande surprise, l'autonomie du représentant est encline à se manifester jusqu'à ce qu'elle rencontre des limites. Ce simple constat permet de reformuler l'interrogation initiale autour de la nature de ces limites. Il est alors possible d'envisager une catégorisation binaire.

En premier lieu, il existe des limites à l'autonomie du représentant qui sont liées à la relation représenté-représentant, notamment des limites dérivées du consentement initial. Ces limites sont qualifiées de « limites internes ». Elles peuvent être prédéterminées, établies dès le départ, ou évolutives, c'est-à-dire établies au fur et à mesure de la relation de représentation.

Les limites initiales ou prédéterminées se retrouvent à titre illustratif

dans les contributions de Durand, Miccoli et Médard Inghilterra lorsqu'est considérée la prédétermination de la finalité de la représentation, à savoir la demande de réparation du dommage devant telle ou telle juridiction. Le représentant n'est pas en mesure d'agir à d'autres fins en raison de la limitation de son mandat. De même, l'analyse de Dal Monte souligne qu'il demeure possible pour l'utilisateur du web de s'abstenir de cocher (*opt-in*) ou de décocher (*opt-out*) les cases correspondant aux finalités potentielles, à l'usage futur des données personnelles concédées. La société qui collecte ces données ne peut alors pas utiliser les données collectées pour d'autres finalités.

Les limites évolutives quant à elles, issues de la relation de collaboration continue entre le représenté et le représentant, sont souvent fixées en raison d'un droit de regard du représenté sur l'action du représentant. Tel est le cas dans le cadre du contrôle de l'activité du médecin par la clinique (Pomiato), du contrôle de l'activité de l'avocat par le client (Durand, Miccoli) ou encore dans le cadre du contrôle de l'activité de l'association ou du syndicat par la victime de discrimination (Médard Inghilterra).

En second lieu, il est possible de relever l'existence de limites à l'autonomie du représentant qui ne sont pas inhérentes à la relation représenté-représentant mais qui sont davantage d'ordre contextuel, fournies par le cadre d'action de la représentation. Ces limites, qualifiées de « limites externes », s'expliquent par les règles de fonctionnement du système juridique au sein duquel s'exerce la représentation (e.g. traditions juridiques, styles rédactionnels qui contraignent les écritures, représentations que se font les juristes du droit). Elles peuvent notamment être liées aux diverses formalités procédurales exigées par la juridiction saisie du litige (e.g. délais à respecter, étapes de la procédure, les notifications éventuelles).

3.3 Troisième question : quelle est la finalité ou la justification de l'autonomie dont jouit le représentant dans le cadre de la représentation ?

L'autonomie peut tout d'abord se justifier par la défense de l'intérêt du représenté. Tel est le cas lorsque le représentant reformule le récit de la victime en vue de l'efficacité de l'action contentieuse (Durand, Miccoli, Médard Inghilterra). Cette justification est alors téléologique, en fonction du résultat à atteindre. Plus prosaïquement, la contribution de Pomiato illustre le cas d'une autonomie lucrative du représentant (i.e. le médecin) au bénéfice du représenté (i.e. la clinique).

Cette autonomie peut ensuite se justifier par la poursuite d'intérêts propres du représentant, en vue de profits personnels. Ces intérêts peuvent être d'ordre financier lorsque l'on considère le cas de l'avocat qui est

rémunéré par son activité de représentation via le paiement d'honoraires (Durand) ou du détenteur des données personnelles qui va chercher à les commercialiser. Mais ses intérêts peuvent être de nature diverse, comme lorsqu'une association défend par la représentation un intérêt collectif de lutte contre les discriminations qu'elle incarne (Médard Inghilterra) ou lorsqu'un médecin va rechercher sa protection en cas de faute via un système de responsabilité *in solidum* (Pomiato).

En conséquence, l'action du représentant implique une forme d'autonomie, de liberté et, donc, potentiellement, de distanciation à l'égard de la volonté initiale du représenté. Néanmoins, cette distanciation se trouve limitée par : des contraintes internes à la relation de représentation, notamment les contraintes déterminées par le représenté ; et des contraintes externes, dérivées du contexte dans lequel la représentation s'inscrit. Cette autonomie relative du représentant est alors justifiée par la défense, la poursuite d'un intérêt, qu'il soit celui du représenté ou du représentant. Et alors qu'il existe toujours une combinaison, une articulation des intérêts du représenté et du représentant, il n'existe pas nécessairement une convergence de ces intérêts.

4 Analyse du troisième temps de la représentation : la relation tiers-représenté et l'imputation du discours du représentant au représenté

Le développement contenu dans cette dernière partie consiste à proposer, à ce stade, quelques pistes de réflexion pour le futur.

Le processus de représentation se trouve finalisé lors de la troisième phase, par le biais de l'imputation, considérée comme le mécanisme par lequel le tiers considère que le représentant disparaît. Il impute alors l'acte du représentant au représenté. En guise de conclusion, il est possible d'envisager la question de la représentation sous l'angle de la continuité ou de la discontinuité entre trois situations ou trois niveaux de discours.

Lorsque la continuité entre les trois phases que nous avons identifiées est préservée, le représentant n'est considéré que comme « un moyen », un intermédiaire pour réaliser les intentions du représenté. Pour ainsi dire, la représentation comme processus ou technique juridique s'efface. Seuls persistent ses effets.

L'appréciation de l'efficacité de la représentation nous semble pouvoir être effectuée à l'aune d'un critère tenant à la correspondance entre l'intention initiale du représenté et le résultat du processus. En l'absence d'une correspondance suffisante, l'imputation n'est pas envisageable si bien que la représentation est contestable. Subsistent *in fine* deux points de vue qui peuvent alors entrer en tension :

- le point de vue du représenté qui peut considérer que la représentation n'a pas rempli son office ;
- le point de vue du tiers qui impute tout de même l'acte du représentant et qui conditionne les effets juridiques.

Représentation politique et représentation syndicale

Clement Bizet, Paolo Brambilla, Chiara Garbuio,
Michael Koskas, Pier Marco Rosa Salva

Sommaire 1. La conception de la représentation imposée dans les sphères politique et syndicale. – 2. Les causes de la crise des représentations politiques et syndicales. – 3. Conclusion.

1 La conception de la représentation imposée dans les sphères politique et syndicale

1.1 La diversité technique du mécanisme de la représentation

En droit, la représentation opère de diverses manières que la doctrine a proposé de décrire par différentes catégorisations. Dans cette volonté de catégorisation, le Professeur François Rigaux, dans son ouvrage « Droit international privé comparé », propose de distinguer la *représentation nécessaire* de la *représentation facultative*. La représentation est qualifiée de *nécessaire* lorsque l'incapacité d'une personne juridique impose le recours à un tiers pour l'exercice de ses droits et actions. Cette incapacité peut être juridique - c'est le cas de l'enfant mineur - ou factuelle - c'est le cas de la personne morale. La représentation est qualifiée de *facultative* lorsqu'elle repose sur une manifestation de volonté du représenté : celui-ci habilitant volontairement un tiers à exercer ses droits en son nom et pour son compte.


1.2 L'imposition d'une vision volontariste de la représentation fondée sur le mandat

Depuis l'Antiquité, la technique de la représentation est mobilisée dans le champ politique. Ainsi, l'historien allemand Theodor Mommsen a-t-il déjà

Le présent rapport résume des réflexions collectives qui ont été développées, relativement aux mécanismes au travers desquels la représentation oeuvre dans les sphères politique et syndicale, pendant les Rencontres des écoles doctorales des Universités de Paris Nanterre et Venise (Venise, 4-6 octobre 2017) au sujet de « La représentation ».

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2017/02/006

Submitted: 2018-01-29 | Accepted: 2018-03-26

© 2017 |  Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

297

recours à la notion dans son oeuvre du XIXe siècle, notamment dans son étude de la Respublica Romaine (v. entre autres : « Histoire Romaine » et « Corpus Inscriptionum Latinarum »).

Le concept se retrouve encore sous l'Ancien Régime où son acception est encore fortement inspirée de la technique civiliste de la représentation mise en oeuvre par le contrat de mandat. La France admit ainsi que diverses communautés du Royaume puissent être représentées auprès du Roi. Les représentants avaient alors pour mandat de défendre les intérêts des communautés locales dont ils étaient les porte-paroles.

Dans la monarchie absolue, le mécanisme de la représentation est mobilisé par le Roi lui-même pour affirmer sa supériorité sur le Parlement : « L'Etat c'est moi » affirmera Louis XIV en 1655, dans un contexte de défiance avec le Parlement.

Cependant, une profonde mutation de la représentation politique est intervenue avec la Révolution Française, sous l'influence de la philosophie des Lumières. La figure de la représentation a été importée du droit privé au droit public où elle prit une figure différente : la représentation nationale est venue remplacée la « représentation-mandat ». La représentation politique devint alors l'outil de mise en oeuvre de la démocratie représentative : le mandat politique ne devant plus servir à représenter les seuls intérêts d'un corps particulier mandant, mais permettre de représenter les intérêts collectifs de la Nation toute entière. En témoigne l'article 7 de la Constitution de 1791 qui dispose « Les représentants nommés dans les départements ne seront pas les représentants d'un département particulier *mais de la Nation entière* ».

L'apparition des partis politiques - à la fin du XIXe et début du XXe siècles - a encore entraîné des évolutions dans le mécanisme de la représentation politique. D'une période marquée par un profond individualisme en politique pendant laquelle les représentants élus étaient, dans chaque circonscription, des personnalités influentes ; l'organisation partisane est devenue l'intermédiaire indispensable à l'organisation de l'élection des représentants. La représentation nationale, le suffrage universel direct et l'organisation des élections par l'intermédiaire des partis politiques ont ainsi imposé une vision volontariste de la représentation politique. Les électeurs - représentés - expriment un acte de volonté à l'égard de leurs représentants par le mandat qu'ils leur confèrent.

Concernant la représentation syndicale, son émergence est contemporaine de la révolution industrielle du XIXe siècle : la généralisation du travail industriel en entreprise et l'émergence du machinisme ont emporté une nouvelle conception de l'organisation du travail : le *fordisme*. Celui-ci s'est accompagné de l'émergence d'une très nombreuse main d'oeuvre à bas coût. La première action syndicale avait pour objet de réguler ce phénomène : les travailleurs prenant conscience de la nécessité d'unir leurs voix afin pour n'en former qu'une seule, plus forte, portée par

l'association syndicale.

En droit syndical, le concept de représentation est étroitement lié au concept de représentativité.

La représentation désigne l'institution, de matrice privée, qui permet aux organisations syndicales déléguées par les travailleurs associés de conclure des contrats collectifs au nom et dans l'intérêt des travailleurs eux-mêmes.

Selon le schéma de la représentation volontaire, il est possible de justifier ce lien d'association qui lie le sujet représentant au sujet représenté puisque le premier est autorisé à exprimer une volonté de négociation produisant des effets dans les droits et le patrimoine du second. Ce même lien d'association repose sur un mandat sur fondement duquel l'organisation syndicale peut stipuler des conventions collectives qui exercent leurs effets directement sur les travailleurs représentés

Le concept de représentation était nécessaire pour comprendre la relation entre syndicats et affiliés, mais ne permettait pas d'en comprendre la nature réelle. C'est pourquoi le concept issu du droit privé a dû être adapté à la spécificité du droit syndical à travers le *concept d'intérêt collectif*. Le syndicat est ainsi porteur, non de la somme des intérêts individuels de ses membres, mais d'un *intérêt collectif particulier* qui transcendent ceux-ci.

À la lumière de cet intérêt collectif, le législateur habilite les syndicats à interagir avec les pouvoirs publics pour la poursuite d'intérêts et objectifs collectifs et généraux ; notamment par la faculté qui leur est reconnue de stipuler des contrats et accords collectifs. La reconnaissance de ce pouvoir nécessite l'organisation d'une forme de filtre étatique, l'Etat se réservant alors le pouvoir d'identifier et de sélectionner des associations syndicales capables d'être *représentatives* dans un contexte assimilant la représentation syndicale à la représentation politique.

C'est ainsi que le concept privatiste de *représentation* devait s'accompagner d'une composante supplémentaire exprimée par le concept de *représentativité*. C'est précisément la représentativité, concept d'origine sociologique, qui permet de mesurer la capacité effective d'un syndicat à incorporer le consentement de la catégorie professionnelle qu'il tend à représenter et à exprimer les intérêts de ce groupe social pris comme point de référence (Mazzotta).

Mais, dans les deux dernières décennies du siècle dernier, des changements importants ont affecté le modèle de production fordiste de l'entreprise et ont entraîné dans cette crise les confédérations syndicales. Il a été reproché à ces dernières leur incapacité à être effectivement représentatives de tous les travailleurs. En effet, la crise du modèle type du salariat sur lequel s'était fondée et créée la représentation syndicale - le modèle du contrat de travail subordonné à temps plein et à durée indéterminée - et la prolifération croissante de formes de travail

atypiques, souples et souvent précaires ont conduit à la désagrégation d'une première base homogène de représentés. Des formes nouvelles de subordination, voire la disparition de celle-ci, les externalisations d'activités et les délocalisations de masse ont accentué ce phénomène.

- La crise de la représentativité des partis politiques et organisations syndicales
- Les principales manifestations de la crise de la représentation politique et syndicale

La crise en cours des syndicats et des partis se traduit par une crise d'identification dans le mécanisme de la représentation traditionnelle : les représentés éprouvant de plus en plus de difficultés à s'identifier à leurs semblables au sein des formations traditionnelles

Le contexte actuel apparaît profondément marqué par la crise de la représentation politique traditionnelle, liée à la croissance de la fragmentation de la société, à la séparation entre le peuple et la sphère politique et la perte de confiance du corps électoral dans la classe politique ; le premier doutant des capacités de la seconde à répondre aux préoccupations et exigences des citoyens. Cette crise s'est notamment traduite par une crise des partis politiques, qui ont longtemps été le trait d'union entre citoyens et autorités politiques mais qui souffrent aujourd'hui d'une importante carence de légitimité et de capacité à représenter les intérêts sociaux.

Si les partis politiques ont historiquement assuré la connexion entre citoyens et démocratie, les mutations sociales étudiées ont emporté leur chute dramatique, non seulement en ce qui concerne l'adhésion des citoyens, mais aussi l'appareil des partis. Dans ce contexte, de nouveaux appareils politiques ont été créés.

Plusieurs exemples significatifs permettent d'illustrer ce mouvement :

On retrouve le premier exemple en Italie, dans l'émergence du « Movimento Cinque Stelle » (« Mouvement cinq étoiles »).

Le *Mouvement cinq étoiles* est un mouvement politique fondé le 4 octobre 2009 par le comédien génois Beppe Grillo et par le théoricien de la démocratie directe en ligne Gianroberto Casaleggio. Le Movimento Cinque Stelle se présente comme une organisation non partisane, ni de droite ni de gauche et ne se définit pas comme parti politique. Il vise à l'introduction d'une forme de démocratie directe – abolissant les formes actuelles de démocratie représentative – au moyen du « Réseau ». Ce n'est pas par hasard si le système d'exploitation du Movimento s'appelle « plateforme Rousseau ». A travers le réseau, le Movimento déplace le débat politique : celui-ci ne prend plus place au sein des chambres du Parlement mais il migre vers d'autres lieux, en l'occurrence des sites internet dont l'absence de légitimité a été soulevée par de nombreux commentateurs et dont l'accès est limité à ceux qui se sont enrégistrés, selon les

procédures nécessaires. Le débat politique ne prend donc plus place au sein de la société en son entier ou dans les chambres qui réunissent ses représentants ; mais au sein d'une plateforme internet mise en place par le Mouvement et à laquelle seuls les membres enregistrés ont accès. Ce mouvement a été donc créé pour faire face à la crise d'identification : c'est à dire, pour catalyser l'attention des personnes qui ne se retrouvent plus dans les partis politiques classiques.

Cependant, cette situation pose plusieurs problèmes, parmi lesquels : a) la transparence du débat politique ; b) l'éventuelle violation du principe du mandat indépendant, prévu par l'article 67 de la Constitution italienne ; c) l'éventuelle déformation du principe de la représentation parlementaire.

Très significatif à cet égard est le jugement de la Cour constitutionnelle italienne n. 106/2002, par lequel la Cour juge que « seul le Parlement est le siège de la représentation politique nationale (art. 67 Const.), ce qui donne à ses fonctions une caractérisation typique et unique ». En ce sens, même le *nomen juris* « Parlement » a une valeur précise de qualification, connotant la « position exclusive » qu'il occupe dans l'organisation constitutionnelle.

En outre, l'article 67 de la Constitution assure la liberté des membres du Parlement : si le député est libre de voter selon les instructions de son parti, il est également libre de ne pas en tenir compte. Aucune règle ne peut prévoir des conséquences contre le parlementaire qui a voté contre la ligne du parti (CC n. 14/1964) : c'est l'interdiction du mandat impératif que l'on retrouve dans le texte constitutionnel de nombreuses démocraties européennes.

La Cour constitutionnelle a toujours jugé qu'il découle de la Constitution un « principe fondamental » de représentation. Ce principe est réputé inhérent aux assemblées élues en vertu de leur mandat populaire et de leur responsabilité envers la communauté politique tout entière, qui en a choisi les membres (CC n. 468/1991).

La connexion entre le principe de représentation nationale et le principe de mandat indépendant est, au contraire du droit privé, une caractéristique fondamentale du droit public.

La Cour a une lecture stricte de ce principe et considère que même « les députés élus dans le district régional ne sont pas des représentants de la région, soit en tant que corps ou en tant que communauté, mais ils représentent la Nation tout entière (art. 67 Const.) » (CC n. 41/2014).

En France ont également émergé, à l'occasion de la dernière campagne présidentielle des « mouvements » tels que ceux mis en place par Messieurs Macron et Mélenchon. La démarche se voulait électoraliste : face à la crise des partis politiques, l'objectif était d'offrir une nouvelle forme d'appareil politique permettant de sortir des « vieux partis » (expression entendue à de nombreuses reprises au cours de cette campagne). Est donc à l'oeuvre en France également - en apparence au moins - une forme de mutation de l'appareil politique proposé par les représentants à leurs électeurs.

Ce mouvement s'observe également au sein des syndicats et ce problème d'un intérêt collectif brouillé se répercute principalement sur la représentation elle-même et, en conséquence, sur la représentativité. Face à ces évolutions et mutations, les syndicats doivent trouver une voie leur permettant de regagner la confiance et l'adhésion des travailleurs représentés. Le challenge est de taille : il faut trouver le moyen de fédérer en une seule voix ces formes de travailleur en apparence très différents et pour lesquels l'identification d'intérêts commun peut, de prime abord, sembler très délicate. S'ajoute à ces mutations objectives une méfiance profonde de très nombreux travailleurs à l'égard des syndicats « traditionnels ».

L'augmentation des « contrats non standards » a, en effet, conduit à rendre plus difficile l'accès aux droits syndicaux, mais a également augmenté la distance entre les confédérations syndicales et les nouveaux travailleurs. Ces derniers se sentent très loin des revendications qui sont fortement imprégnées du modèle originel du travailleur salarié standard disposant d'un emploi stable tout au long de la vie professionnelle. Les formes de travail traversent une profonde mutation à laquelle les syndicats peinent à s'adapter.

En conséquence, le syndicat, du fait de l'homogénéité de sa base actuelle, ne peut devenir un point de référence parmi les différents groupes sociaux et professionnels. La perte d'intérêt et de confiance des nouveaux travailleurs à l'égard du syndicat d'une part et l'incapacité du second à regagner la force d'agrégation du premier exigent une reconsidération profonde de l'union elle-même : de sa forme, de ses valeurs, de l'objet de ses revendications, etc.

Par conséquent, une réévaluation de la fonction du syndicat doit commencer par l'examen de deux des principaux chefs de la critique contemporaine afin d'en comprendre les causes profondes puis de réfléchir aux éventuels remèdes.

Premièrement, la distance croissante entre le syndicat et les travailleurs qui ne s'estiment pas représentés par la forme traditionnelle de l'action syndicale et la considèrent comme anachronique et inefficace sur le marché du travail actuel.

Deuxièmement, une tendance individualiste dictée par la prolifération du professionnalisme et du travail lié aux nouvelles technologies qui isolent les travailleurs que les formes historiques de travail tendaient au contraire à réunir. Le législateur italien a déjà entamé son adaptation à ce mouvement : un exemple est la récente loi italienne n. 81 du 22 mai 2017 qui régit la modalité de télétravail et qui permet aux subordonnés de contracter, individuellement et directement avec l'employeur, ses conditions de travail, sans passer par l'intermédiaire d'une quelconque organisation syndicale.

2 Les causes de la crise des représentations politiques et syndicales

Réglementés par des mécanismes démodés, les partis ont des difficultés à promouvoir la rénovation de la participation démocratique et à se présenter comme moteur effectif du changement politique. Difficultés qui donnent lieu à des demandes croissantes de formes plus approfondies de démocratie directe.

Les nouveaux médias et réseaux sociaux offrent un espace permettant au citoyen de s'exprimer et de s'informer de manière individuelle et favorise ainsi sa prise de conscience :

1. chacun dispose des moyens de s'informer via les nouvelles technologies digitales,
2. il n'y plus le pouvoir attractif des partis politiques et des syndicats qui ne sont pas capables de répondre aux attentes citoyennes et sociales,
3. il y a une crise de la représentation dans les choix politiques (droite/gauche), perte de sens de la séparation droite/gauche chez les acteurs eux-mêmes, division au sein-même des partis politiques qui peinent à faire cohabiter les attentes et revendications de leurs propres membres et adhérents.

Concernant les syndicats : les catégories socio-professionnelles sur la base desquelles les syndicats (mais également les partis politiques) ont originellement puisé leur légitimité sont aujourd'hui éclatées.

Une autre explication de la crise de la représentation syndicale ou politique pourrait être fondée sur les questions du comportement et de l'identification du représenté : l'accroissement du caractère individualiste de notre société qui marquerait notre époque pourrait avoir pour conséquence un accroissement consécutif de la volonté de protéger son intérêt propre et ainsi un recul de l'importance accordée à l'intérêt collectif de la classe à laquelle on est réputé appartenir.

Par ailleurs, un éclatement des catégories socio-professionnelles en considération desquelles les représentants politiques et syndicaux auraient mis en place leurs outils et modalités de représentation pourraient expliquer l'inadaptation actuelle de ces derniers et leur crise de représentativité. Les nouvelles formes de travail, les évolutions sociales qui en résultent et qui sont accélérées par l'accès généralisé aux nouvelles technologies permettant une communication et une information accrues auraient conduit à l'éclatement de ces catégories ou de ces « classes » prétendument homogènes.

D'autres explications peuvent en être données.

L'une consisterait à interroger l'existence même et la réalité de cette cohésion objective et factuelle au sein de ces groupes dès leur origine.

En effet, leur existence en tant que catégorie de représentés ne pourrait résulter que de leur qualification comme telle par les représentants : syndicats et partis politiques. La qualification aurait alors ainsi eu pour effet de créer son objet et d'en imposer l'existence à ses membres sans qu'aucune réalité objective solide n'en soit la cause réelle.

Une vision plus nuancée consisterait à considérer que, bien que des intérêts collectifs réels aient pu exister au sein des différentes catégories de représentés, des différences et divergences existaient déjà. Elles pourraient, depuis, avoir pris le dessus notamment du fait du développement très rapide des moyens de communication entre les individus (et parfois presque de surveillance : réseaux sociaux, etc.) puis, plus récemment, par les possibilités qu'ont les citoyens et travailleurs de participer directement aux débats et négociations au sein des institutions de représentation (négociation collective intégrant des salariés, plateforme Rousseau du mouvement). Ces deux évolutions ont en effet pu permettre à nombre d'entre eux de constater de réelles différences, voire divergences, entre ce qu'ils considéraient être leurs intérêts partagés et ce qu'ils identifient comme étant les intérêts prioritaires de certains de leurs semblables.

3 Conclusion

Face à cette crise de la représentation politique et syndicale quelques pistes sont explorées en pratique et d'autres pourraient être envisagées ; nous les évoquerons brièvement en guise de conclusion.

Parmi les pistes explorées en matière de représentation politique, nous avons évoqué la tentative d'une partie des acteurs politiques français de modifier l'outil de la représentation : le passage du parti au mouvement ; mais les résultats sont jusqu'aujourd'hui très limités : l'effet produit relèverait davantage de l'illusion éphémère et témoigneraient d'une évolution relevant surtout de la communication.

Le Mouvement cinq étoiles italien a également été évoqué, avec la crainte que nous avons exposée que l'évolution la plus importante pourrait consister en la mise en place d'un mandat impératif : solution interdite par la Constitution de la France, de l'Italie mais aussi de très nombreux autres Etats.

Concernant la représentation syndicale, une reconsidération des critères d'identification de groupes marqués par une homogénéité des intérêts de leurs membres a pu conduire à la prise en compte des nouveaux statuts des travailleurs. Mais cette solution a pour principale limite son domaine : elle concerne un statut nouveau mais ne règle pas la crise qui concerne la représentation des travailleurs relevant de statuts et entités plus traditionnels. Par ailleurs, d'autres voies parallèles sont mises en place par le législateur italien (voire même, peut-être, français : v. la récente

réforme instituant le référendum d'entreprise ; mais les syndicats gardent le rôle de les organiser) parmi lesquelles la suppression des intermédiaires et donc de la représentation dans les processus de négociations relatifs au statut des salariés. Mais cela relève davantage de l'illustration flagrante de la crise de la représentation syndicale que d'une solution apportée à celle-ci.

Parmi les pistes envisageables il nous a semblé que la technique de l'action de groupe présentait des particularités de fonctionnement qui mériteraient d'être étudiées plus en profondeur dans les réflexions sur les remèdes possibles à la crise de la représentation politique et syndicale.

Cette piste, que nous n'avons qu'eu le temps d'amorcer, n'est pas dépourvue de limites. Nous en avons envisagé et discuté certaines. Le temps et le format de ces rencontres doctorales, limitées à deux jours de travail, ne permettaient pas de les exposer plus en détails ; mais elles pourraient faire l'objet de futures rencontres, discussions et réflexions collectives.

Bibliographie

- AUZERO, BAUGARD, DOCKÈS, *Droit du travail*, 31e ed., Dalloz, 2018.
- AZZARITI, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari : esiste ancora il divieto di mandato imperativo ?*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, Atti del XXIII Convegno annuale* (Alessandria, 17-18 ottobre 2008), Napoli, Jovene, 2009.
- BLENDIAK, PETIT, *Délégué du personnel, délégué syndical 2017/2018*, 15e ed., Dalloz, 2016.
- BORENFREUND, SOURIAK (éds.), *Syndicats et droit du travail*, Dalloz, 2008.
- BRUNELLI, VERONESI, *Ai limiti della funzione rappresentativa : divieto di mandato imperativo e voto sulle questioni di coscienza*, in *Costituzionalismo.it*, 2012.
- GARILLI, *Crisi e prospettive della rappresentatività sindacale : il dialogo tra Corte costituzionale e accordi sindacali*, in *ADL*, 1, 2015;
- FAVOREU, GHEVONTIAN, MESTRE, PFERSMANN, SCOFFONI, ROUX, *Droit Constitutionnel*, Dalloz, 2018.
- FORLIVESI, *La sfida della rappresentanza sindacale dei lavoratori 2.0*, in *DRI*, 3, 2016;
- JAUME, *Représentation*, in Rials, Alland, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2003.
- MAZZOTTA, *Manuale di Diritto del Lavoro*, V ed., Cedam, Padova, 2017.
- MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Domat, 2017.

- PÉCAUT-RIVOLIER, STRUILLOU, MORIN, *Le gui des élections professionnelles 2016/2017*, 3e ed., Dalloz, 2015.
- PODLECH, *Repräsentation*, in BRUNNER, CONZE, KOSELLECK (Hrsgg.) (1972 sq.) *Geschichtliche Grundbegriffe : Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart : Klett-Cotta, vol. 5.
- RUFFINI, *Il principio maggioritario*, 3 ed., Adelphi, Milano, 1976.
- RUSCIANO, *Brevi note su rappresentanza e rappresentatività sindacale, oggi in crisi*, in *Liber amicorum. Spunti di diritto del lavoro in dialogo con Bruno Veneziani*, Cacucci, Bari, 2012.
- SCARCIGLIA, *Il divieto di mandato imperativo. Contributo a uno studio di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2005.
- VAN DER HULST, *Le mandat parlementaire. Étude comparative mondiale*, Genève, 2000.
- Democrazia Diretta Vs Democrazia Rappresentativa*, (collectif) in www.federalismi.it, n. 1 - 02/10/2017.

Représentation nécessaire et représentation volontaire

Chiara Angiolini, Giorgia Casiello, Raffaele Felicetti,
Moise Jean, Lou Thomas

Introduction sur la distinction

Le thème de ces journées, la représentation, est particulièrement stimulant : c'est qu'au-delà de son intérêt scientifique, il est une invitation à une démarche réflexive.


Au vu de la diversité des contributions et des thèmes de recherche de chacun, le résultat de ce travail de groupe aurait pu être tout autre. Toutefois, après plusieurs heures de discussion, le parti a été pris d'interroger la représentation au prisme de la distinction, proposée par les organisateurs de ces rencontres doctorales, et reprise par au moins deux d'entre nous dans leur présentation, entre représentation nécessaire et représentation volontaire. Cette distinction, qui a pu laisser certains d'entre nous dubitatifs, s'est d'abord imposée comme un rappel de la très riche polysémie du terme « représentation ». Dans un second temps, il nous est apparu qu'elle pouvait sans doute être utilisée comme une grille de classification sommaire des divers mécanismes qualifiés par le droit de « représentation ». Il faut ici signaler que la distinction, proposée par François Rigaux, dont il s'agit, a fait l'objet d'une interprétation libre par les membres du groupe, interprétation qui, certainement, ne rendra pas entièrement grâce aux subtilités de la théorie originale.

Une fois définie la clef d'entrée dans le sujet, nous avons cherché à l'utiliser en s'appuyant sur les connaissances disciplinaires de chacun. Il nous est ainsi apparu que si la distinction semblait permettre de rendre compte de nombreux mécanismes de droit civil et commercial, elle devenait plus problématique lorsque l'on s'en éloignait. Le droit de la représentation diplomatique des Etats, puis la représentation syndicale en droit du travail et enfin la représentation en justice d'intérêts diffus, nous ont paru mal s'intégrer dans les cadres ainsi prédéfinis et mériter, à

Le texte est le résultat d'un groupe de travail composé de doctorants de l'Université Ca' Foscari de Venise (Chiara Angiolini, Giorgia Casiello), de l'Université Luiss Guido Carli de Rome (Raffaele Felicetti) et de l'Université Paris-Nanterre (Moise Jean, Lou Thomas).

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2017/02/007

Submitted: 2018-01-23 | Accepted: 2018-03-18

© 2017 |  Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Représentation nécessaire et représentation volontaire

La distinction entre représentation volontaire et représentation nécessaire trouve, en droit privé, diverses expressions. C'est ainsi que la loi (entendue dans une acception large) institue divers mécanismes de représentation dite « nécessaire » : représentation des personnes morales, mais encore représentation des mineurs par leurs parents, ou des majeurs incapables par un tuteur.

L'idée de représentation nécessaire trouve un écho particulier en droit public. La prépondérance des personnes morales implique en effet la prégnance des questionnements relatifs à la représentation. Particulièrement significatif est, à cet égard, l'exemple de la représentation diplomatique. Les États n'ont pas d'obligation d'entretenir des relations diplomatiques. Toutefois, s'ils décident d'entrer en relation se pose inévitablement la question de la représentation de l'État. Si la Convention de Vienne de 1961 en fixe les règles générales, il revient aux États eux-mêmes de définir, par consentement mutuel, les modalités de cette représentation. Un État ne peut pas imposer à un autre État un représentant diplomatique. Ce dernier doit être accepté par l'État d'accueil qui doit donner son consentement qui se traduit par un « agrément » qu'il peut retirer à tout moment sans avoir à motiver sa décision. Or, un État ne peut prétendre pouvoir se défendre efficacement auprès d'un État partenaire ou au sein d'une organisation internationale sans la présence d'une représentation diplomatique. La représentation, nécessaire, de l'État, se trouve ainsi mêlée à des procédures impliquant le consentement du tiers à l'établissement du lien de représentation.

D'un autre côté, la loi encadre l'attribution volontaire par un représenté à un représentant de la capacité d'accomplir, en son nom et pour son compte, un ou plusieurs actes juridiques. Elle impose généralement, dans de tels cas, la production d'un acte juridique.

Par exemple, le droit des affaires organise précisément la représentation en assemblée, qui permet aux associés de participer aux assemblées générales d'une société, même s'ils ne sont pas physiquement présents. Il s'agit d'une forme de participation indirecte aux assemblées qui facilite notamment l'obtention des *quorum* et qui permet à tous les actionnaires de participer indirectement et d'avoir de l'influence dans l'assemblée, dans laquelle la participation de chaque membre ayant droit serait difficilement envisageable.

Au-delà de ces exemples topiques, il est toutefois apparu que la distinction entre représentation nécessaire et représentation volontaire pouvait être interrogée à travers l'étude de certaines formes particulières de représentation.

Représentation volontaire et droit syndical

Dans le domaine du droit du travail italien, la représentation volontaire a constitué, depuis des décennies, le fondement sur lequel la théorie des effets juridiques des conventions collectives s'est construite.

En l'absence d'une intervention du législateur en la matière, ce concept a permis d'expliquer comment la convention collective pouvait produire des effets juridiques à l'égard de sujets autres que les parties signataires, en l'occurrence les travailleurs.

En reconstruisant, sur la base de la représentation volontaire, le rapport juridique entre l'organisation syndicale et les destinataires de son activité de négociation, le syndicat qui adhère à une convention collective agit au nom et pour le compte des travailleurs qui l'ont autorisé à les représenter, à travers un acte de volonté particulier : l'adhésion. L'adhésion à un syndicat est donc considérée comme l'acte constitutif de son pouvoir de représentation de l'intérêt collectif de ses adhérents au cours des négociations et de leur appliquer les actes juridiques qui en résultent.

Le fait de circonscrire les effets juridiques d'une convention collective aux seuls travailleurs qui sont membres des syndicats signataires conduit toutefois inévitablement à limiter le nombre de ses bénéficiaires. Dans le but d'étendre le champ d'application des conventions collectives, la jurisprudence, sans désavouer la théorie de la représentation volontaire, lui applique un ensemble de mécanismes correctifs qui ont peu à voir avec le droit privé duquel cette théorie est issue. Il en ressort donc la nécessité de s'éloigner des reconstructions formalistes et d'une conception civiliste de la représentation qui font obstacle à l'objectif du droit du travail qui est de protéger la communauté des travailleurs. La représentation volontaire, conçue pour le droit civil, n'atteint pas l'objectif de prendre en charge un intérêt collectif, qui ne peut être confondu avec le seul intérêt des adhérents.

C'est pour aller au-delà de la représentation volontaire que la question de la représentativité a dès lors été posée. Il s'agit, en droit italien, d'un concept métajuridique : il indique la capacité de représenter une collectivité de sujet porteurs d'un intérêt collectif unique et homogène. La collectivité ici est indéterminée, et donc est indéterminé le sujet duquel le syndicat est représentatif. Le concept de représentativité est utilisé en droit italien comme condition nécessaire parce que le syndicat peut accomplir certaines actions en défendant les intérêts collectifs des travailleurs. Parmi celles-ci la négociation collective, la constitution de représentation syndicale dans l'entreprise, ou encore le droit de réunion pendant les heures de travail.

En France, le problème posé par la négociation collective est d'autant plus perturbant au regard de notre problématique que le lien d'adhésion a disparu de l'équation. Le principe, en effet, est qu'une convention

collective est applicable à tous les salariés d'une entreprise lorsque le patron est partie à cet accord. Peu importe que le salarié soit membre de l'organisation syndicale signataire de la convention collective. Aucune manifestation, fût-elle indirecte, de volonté n'est nécessaire de la part du salarié. Un salarié est donc soumis à l'application d'une convention collective à la conclusion de laquelle il est resté, dans une large part, totalement étranger.

A cet égard, les craintes formulées concernant le droit italien se trouvent justifiées par l'évolution du droit français. Par l'avènement de la négociation dérogatoire à la loi, en particulier au niveau de l'entreprise. Également par la possibilité, par une convention d'entreprise, de détériorer les conditions de travail prévues par le contrat de travail. Notons que si l'acceptation du travailleur reste, dans ce dernier cas, indispensable (réintroduisant au passage une application inattendue de la théorie de la représentation volontaire), le refus du travailleur a des conséquences si graves qu'il en devient largement illusoire.

Les syndicats représentatifs ont ainsi acquis un pouvoir renforcé quant aux effets sur les salariés des accords collectifs qu'ils concluent avec l'employeur ou avec son représentant. Il a fallu, pour rendre ce pouvoir légitime, que la loi intervienne de l'extérieur en fixant des critères dits de « représentativité » de nature à renforcer le lien entre le syndicat et les salariés.

En prenant pour modèle la représentation politique, la loi a fait du score obtenu par une organisation syndicale dans l'entreprise la pierre de touche de la représentativité syndicale. Les élections professionnelles sont devenues l'événement qui, une fois tous les quatre ans, permet de jauger la capacité d'un syndicat à engager les travailleurs par l'accord collectif. Il y aurait beaucoup à dire sur le critère en lui-même et sur la comparaison entre « démocratie dans l'entreprise » et « démocratie politique ». Mais ce que l'on peut souligner, c'est le passage qu'opère la loi de l'expression de la volonté d'une majorité des travailleurs qui ont voté à la capacité pour un acteur, le syndicat professionnel, d'engager la totalité des travailleurs d'une entreprise par l'accord qu'il aura conclu avec leur employeur.

La représentation syndicale, pour ce qui est de la négociation et de la conclusion d'accords collectifs, constitue donc un modèle de représentation mixte. Le représenté n'est plus à l'origine de la représentation : il n'intervient plus que pour lui conférer, indirectement, une certaine légitimité.

Le principe même de représentativité disqualifie l'usage de la notion de représentation volontaire. Le mandat tel qu'il peut être entendu en droit civil ou même, dans sa conception extensive, en droit syndical italien, ne trouve plus à s'appliquer. La représentation syndicale et la manière dont elle est organisée en matière de négociation collective, met ainsi en lumière la faiblesse des analyses traditionnelles de la représentation lorsque les

contours du représenté sont insaisissables. L'intérêt de la profession, de la collectivité des travailleurs ou encore de la classe ouvrière, celles-ci étant dépourvues de personnalité juridique ou même de périmètre identifiable, pose des questions anciennes mais toujours d'actualité aux théories de la représentation. Il en est de même, sinon davantage, de la représentation des intérêts diffus.

La question posée par les intérêts « diffus »

La question des « intérêts diffus » est intimement liée à celle de la représentation de travailleurs dans le droit syndical, du fait de la difficulté d'attribuer une existence juridique à une collectivité. En effet les « intérêts diffus » peuvent être définis, de manière approximative, comme des intérêts dépourvus d'un titulaire unique, que l'on peut attribuer à une généralité de sujets, à un groupe qu'il est rarement possible de définir a priori. Le Conseil d'État italien a posé les termes du problème : il s'agit de rechercher « un critère de rattachement entre les intérêts [...] qui appartiennent [...] à toutes les composantes de la collectivité et les mécanismes procéduraux, qui exigent que l'action soit exécutée par un sujet du système bien identifié » (Conseil d'État n. 8683, 9 décembre 2010). Émerge alors la question de la représentation des intérêts homogènes dont on peut identifier plusieurs titulaires.

On peut identifier deux modèles pour construire, au-delà du rôle des sujets publics, la relevance juridique des intérêts diffus par rapport à la représentation. Une première option consiste à créer un sujet qui représente la collectivité, et avec elle les sujets porteurs de l'intérêt diffus. Dans un tel modèle, la défense des intérêts diffus et collectifs est prise en charge, d'un point de vue objectif, par des représentants reconnus légitimes pour cette tâche. Certaines associations devraient ainsi être considérés comme « *enti esponenziali* », et donc comme représentants de la collectivité porteuse de ces intérêts.

On trouve une application de ce modèle aux articles 13 et 18 de la loi italienne n. 349/1986 (d'impulsion européenne, adoptée en application des directives 337/1985 et 2003/35). L'article 13 prévoit en effet une procédure d'agrément par le Ministère de l'Environnement des associations de protection de l'environnement. L'article 18 autorise ces associations à intervenir dans les procès pour dommages causés à l'environnement et à former des recours devant la juridiction administrative pour annuler les actes illégitimes, dans le cas où certaines conditions sont réunies. Pour la protection des intérêts diffus, le législateur a donc mis en place ici la reconnaissance d'un sujet qui agit comme représentant des porteurs d'intérêts diffus et qui est identifié par le législateur dans une approche « top-down » : le lien entre représentant - les associations - et représenté

est très faible, notamment du fait de la médiation de l'État. Sur ce point, il est intéressant de relever que la jurisprudence majoritaire a interprété extensivement les règles qui prévoient la possibilité d'agir en justice des associations en vertu de l'article 13 de la loi 349/1986, en ne la limitant pas aux associations expressément identifiées par le législateur (voir notamment, Conseil d'État n. 182, 7/02/1996 ; Conseil d'État n. 1830, 23/04/2007 ; Conseil d'État n. 7907, 8/11/2010). A cette fin, les juges ont élaboré un certain nombre de conditions de recevabilité de l'action en justice des associations, parmi lesquelles la condition d'un niveau adéquat de représentativité par rapport à la collectivité.

Ce modèle a pu faire l'objet de critiques, en ce qu'il aurait pour effet de cacher la possibilité d'une déclinaison subjective de l'intérêt. A cet égard, la construction d'instruments juridiques permettant une expression des individus, avec également une fonction de contrôle du représentant, pourrait être envisagée.

Finalement, l'analyse du thème de la représentation par rapport à la protection d'un intérêt pouvant être rattaché à une collectivité non définie a priori permet, d'un côté, de souligner le risque de l'abandon d'un pouvoir discrétionnaire au représentant. Émerge donc l'opportunité de réfléchir autour de la possibilité de construire des mécanismes qui permettent le contrôle des sujets représentés - les membres de la collectivité - sur l'action du représentant, en prenant en compte les dangers résultant de la faiblesse des liens qui les unissent. En ce sens également, une réflexion sur la possibilité d'attribuer un rôle qui ne serait pas seulement passif aux membres de la collectivité considérée pourrait être menée, alliant ainsi opportunément représentation nécessaire et représentation volontaire.

Bibliographie

- AA. VV, *Actes du colloque Les équivoques d'une refondation. Critique de la loi Travail*, in *Revue de droit du travail*, 12, 2016.
- ALPA, "Interessi diffusi", in *Digesto delle discipline civilistiche*, 2014
- BERTI, *Interessi senza struttura (i cd. interessi diffusi)*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, 1982.
- BIGLIAZZI GERI, *Traccia per un discorso sull'ambiente*, in EAD., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998.
- CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Il Nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 2, 2006.
- PESKINE, *La célébration de l'accord collectif d'entreprise*, in *Droit social*, 5, 2014.
- BORENFREUND, *La représentation des salariés et l'idée de représentation*, in *Droit social*, 9-10, 1991.

BORENFREUND, *Propos sur la représentativité syndicale*, in *Droit social*, 6, 1988.

GIGLIONI, « La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale », in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2015.

GRUNDMANN, *European Company Law*, Antwerpen, Oxford, 2007.

MARAZZA, "Dall'autoregolazione alla legge sindacale? La questione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale", in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 209/2014.

PERSIANA, "Le vicende della rappresentanza e rappresentatività sindacali tra legge e contratto collettivo", in *Arg. dir. lav.*, n. 3, 2017.

PESSI, "Rappresentanza e contrattazione collettiva : prospettive ricostruttive e possibili interventi del legislatore", in *Dir. merc. lav.*, n. 2, 2017.

RODOTÀ, "Le azioni a tutela di interessi collettivi", in *Atti del Convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974), Padova, 1976.

SCIUTO, "Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministratori di s.r.l.", *Riv. Soc.*, 2014.

Osservatorio

**CASSAZIONE CIVILE, sez. I,
27 aprile 2017, n. 10447**

GIANCOLA Presidente - NAZZICONE Estensore

Contratto quadro di negoziazione di strumenti finanziari - Mancanza di sottoscrizione da parte dell'intermediario - Sussistenza della forma prescritta dalla legge - Differenza tra forma di protezione e forma *ad substantiam* - Questione di massima di particolare importanza.

(Art. 23, D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58).

Costituisce questione di massima di particolare importanza ex art. 374, co. 3, c.p.c., se, a norma dell'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, il requisito della forma scritta del contratto di investimento esiga, accanto a quella dell'investitore, anche la sottoscrizione ad substantiam dell'intermediario

(*Omissis*). – MOTIVI DELLA DECISIONE. -1. – I motivi del ricorso censurano la sentenza impugnata per: 1) violazione e falsa applicazione degli artt. 1321, 1325, 1350, 1418 c.c., d.lgs. n. 58 del 1998, art. 23 e art. 30 reg. Consob n. 11522 del 1998, avendo la corte del merito ritenuto irrilevante la mancata sottoscrizione del contratto-quadro di gestione da parte della banca, mentre non può ritenersi applicabile il principio di equipollenza della produzione del documento in giudizio, questione peraltro non riproposta in appello;

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 1362, 1363 e 1366 c.c., d.lgs. n. 58 del 1998, artt. 23 e 24, e artt. 30, 32-37 ss., 47 reg. Consob n. 11522 del 1998, per avere la corte del merito ritenuto il contratto del 20 aprile 1998 come il contratto-quadro, mentre un simile contratto non fu mai concluso tra le parti;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c., d.lgs. n. 58 del 1998, artt. 21 e 23, artt. 29-29 reg. Consob n. 11522 del 1998, per avere la corte del merito ritenuto infondatamente provato l'adempimento, da parte della banca, dei propri obblighi informativi, fondandosi su documenti del 1997 e del 1998, che tuttavia erano all'uopo inidonei;

4) violazione e falsa applicazione degli artt. 1222 e 2697 c.c., d.lgs. n. 58 del 1998, art. 23 per non avere la corte del merito ritenuto che la prova del nesso eziologico tra gli inadempimenti della banca e il danno agli investitori fosse *in re ipsa*, avendo per forza di cose quegli inadempimenti agli obblighi informativi inciso sulla volontà dei clienti.

2. - Il primo motivo del ricorso pone la questione se, a norma del d.lgs. n. 58 del 1998, art. 23 la sottoscrizione della banca sia necessaria *ad substantiam* anch'essa - accanto a quella dell'investitore - al fine della valida conclusione del contratto di gestione su base individualizzata di portafogli di investimento, che trova la sua fonte normativa nel d.lgs. n. 58 del 1998, art. 24 (ma identico dubbio interpretativo sorge in casi analoghi, ovvero in tutti i contratti di prestazione di servizi di investimento, ai sensi dell'art. 23 cit., e nei contratti bancari, ai sensi del d.lgs. 24 settembre 1993, n. 385, art. 117).

La questione sopra riassunta si pone in quanto, secondo la prassi del settore bancario, la conclusione del contratto-quadro si attua, al fine di rispettare i requisiti della forma e della consegna dello stesso al cliente, con la sottoscrizione di quest'ultimo del contratto, che resta in possesso della banca, seguita dalla consegna al cliente di un altro documento identico al primo, stavolta a firma dell'istituto di credito: in tal modo, allo scambio documentale segue la disponibilità, in capo a ciascuna parte, dell'originale sottoscritto dall'altra.

3. - In ordine al quadro normativo di riferimento, il d.lgs. n. 58 del 1998, art. 23 prevede che "i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento [...] sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti [...] Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo"; aggiunge il terzo comma che "la nullità può essere fatta valere solo dal cliente".

La l. 2 gennaio 1991, n. 1, art. 6, lett. c), prevedeva già il medesimo requisito di forma per la stipulazione del contratto-quadro di investimento (al riguardo, cfr. Cass. 19 maggio 2005, n. 10598; 9 gennaio 2004, n. 111; 7 settembre 2001, n. 11495).

Dal suo canto, l'art. 30, comma 1 reg. Consob n. 11522 del 1998 prevedeva che gli intermediari non potessero "fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto" e che "una copia di tale contratto è consegnata all'investitore".

Ora, l'art. 37 del reg. Consob n. 16190 del 2007, sostitutivo del precedente - che resta, peraltro, applicabile *ratione temporis* al caso in esame - a sua volta prevede che gli intermediari "forniscono a clienti al dettaglio i propri servizi di investimento, diversi dalla consulenza in materia di investimenti, sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata al cliente", nonché specifici requisiti di contenuto.

4. - Per quanto riguarda la sottoscrizione del cliente, questa Corte ha già condivisibilmente affermato che la mancanza del "contratto d'investimento (c.d. contratto-quadro) sottoscritto (dai coniugi)" determina "la nullità delle operazioni d'investimento successivamente compiute dalla banca, stante la previsione dell'art. 23 t.u.f. (d.lgs. n. 58 del 1998); e se tali operazioni sono da considerarsi nulle, per difetto di un indispensabile requisito di forma richiesto dalla legge a protezione dell'investitore, è

evidentemente da escludere che se ne possa predicare la ratifica tacita. Quando il legislatore richiede la forma scritta per meglio tutelare una delle parti del contratto, sarebbe manifestamente contraddittorio ammettere che quel difetto di forma sia rimediabile mediante atti privi anch'essi di forma scritta" (così Cass. 22 marzo 2013, n. 7283, in motivazione, vicenda in cui i clienti avevano efficacemente disconosciuto le sottoscrizioni apposte in calce al contratto-quadro; nello stesso senso, Cass. 22 dicembre 2011, n. 28432).

In relazione alla previsione in discorso, specificamente dettata per i contratti finanziari - laddove il comune regime codicistico dei contratti avrebbe lasciato libertà di forma - la menzionata decisione, come altre analoghe, ha dunque sottolineato che è indispensabile la sottoscrizione ad opera del cliente al contratto-quadro, essendo il requisito di forma posto a protezione esclusiva del medesimo, e che la mancanza della sua sottoscrizione non può essere superata con l'omessa contestazione dei rendiconti periodici.

Ancora, si è ribadito come il contratto-quadro, che disciplina lo svolgimento del rapporto volto alla prestazione del servizio di negoziazione di strumenti finanziari, va redatto per iscritto a pena di nullità, deducibile solo dal cliente, secondo la prescrizione del d.lgs. n. 58 del 1998, art. 28 (Cass. 31 dicembre 2013, n. 28810); che, parimenti, il contratto di gestione di portafoglio di investimento stipulato con un intermediario finanziario deve essere redatto per iscritto a pena di nullità, forma scritta prevista dalla legge a protezione dell'investitore, la quale non ammette equipollenti o ratifiche (Cass. 24 febbraio 2016, n. 3623), cosicché non è idonea ad integrare il requisito formale la sottoscrizione del documento sui rischi generali, di cui all'art. 28 reg. Consob n. 11522 del 1998, il quale assolve unicamente ad una funzione strumentale e propedeutica alla stipulazione del contratto di gestione e serve a rendere l'investitore più consapevole rispetto ai rischi dell'investimento e del mandato gestorio conferito all'intermediario (Cass. 19 febbraio 2014, n. 3889, fattispecie in cui la banca aveva consegnato al cliente un modulo contrattuale di gestione del patrimonio mobiliare affinché fosse sottoscritto e restituito, ma ciò non era avvenuto).

5. - Quanto al profilo riguardante la sottoscrizione anche della banca, ovvero la questione specifica in esame, recenti decisioni di questa Sezione, hanno affermato i seguenti principi di diritto: a) l'art. 23 cit. impone una forma bilaterale *ad substantiam*; b) la produzione in giudizio, da parte della banca, del contratto-quadro da essa non sottoscritto non è idoneo equipollente della sua sottoscrizione.

Tanto si legge nelle più recenti decisioni della Corte (v. Cass. 24 marzo 2016, n. 5919 e 11 aprile 2016, n. 7068, assunte alle udienze del 9 e 10 febbraio 2016; nello stesso senso, anche Cass. 27 aprile 2016, n. 8395, 27 aprile 2016, n. 8396, 19 maggio 2016, n. 10331 e 3 gennaio 2017, n. 36).

Orbene, si può senz'altro convenire, con le citate decisioni, su quest'ultima affermazione: ed invero, ove la norma richiedesse la forma scritta bilaterale *ad substantiam*, non sarebbe possibile ritenere soddisfatto il requisito per equipollente mediante la produzione del documento non firmato in giudizio, o mediante altri comportamenti concludenti posti in essere dalla banca e documentati per iscritto.

Invero, questa tesi (afferzata dalla meno recente Cass. 22 marzo 2012, n. 4564) non regge, perché il costante principio, secondo cui la mancata sottoscrizione di una scrittura privata è supplita dalla produzione in giudizio del documento stesso da parte del contraente non firmatario che ne intende avvalersene (fra le tante, Cass. 5 giugno 2014, n. 12711; 17 ottobre 2006, n. 22223; 5 giugno 2003, n. 8983) comporterebbe comunque - nelle vicende come quella in esame - il perfezionamento *ex nunc* del contratto-quadro: che, dunque, non varrebbe a rendere validi ordini di acquisto di strumenti finanziari precedentemente impartiti; né si dà convalida del contratto nullo, per l'art. 1423 c.c.).

Sotto questo profilo, dunque, le decisioni sopra ricordate vanno senz'altro condivise.

6. - L'affermazione *sub a)*, relativa alla necessità della sottoscrizione dell'intermediario, a fini di validità del contratto di investimento, richiede, invece, qualche ulteriore riflessione.

La giurisprudenza di merito e la dottrina non risolvono, infatti, univocamente il punto controverso se, per la validità del contratto concluso con la banca, sia necessaria anche la sottoscrizione della medesima, pur quando comunque sussista la firma del cliente.

Invero, accanto ad orientamenti conformi a quello di recente accolto dalla S.C., diverse sono le conclusioni di quella parte degli interpreti che movendo dalla ratio della norma, finalizzata alla protezione del contraente debole e alla valorizzazione delle esigenze di chiarezza e di trasparenza informativa - escludono, invece, per la validità del contratto la necessità della sottoscrizione della banca, laddove risulti la predisposizione da parte della stessa e la firma del cliente.

7. - Da tempo, la dottrina ha convincentemente chiarito, nell'ambito della più generale teorica della forma, che non tutte le prescrizioni di forma sono uguali. Se la forma *ad substantiam*, nella sua solennità propria degli scambi immobiliari tipici dell'economia fondiaria, funge, nell'ambito dei rapporti paritari, da criterio d'imputazione della dichiarazione, oltre che servire a favorire - a tutela di entrambi contraenti - i "beni" della chiarezza nei contenuti, della ponderazione per l'impegno assunto e della serietà dell'accordo, nonché a distinguere le mere trattative dall'atto definitivo, occorre poi pur riflettere sul fatto che, invece, laddove le parti non si trovino su di un piano di parità perché si ravvisa una "parte debole" del rapporto, a scongiurare il rischio della insufficiente riflessione o dell'approfitto ad opera dell'altro contraente interviene, allora, la

forma, o formalità “di protezione”: il cui fine precipuo è proprio quello di proteggere lo specifico interesse del contraente “debole” a comprendere ed essere puntualmente e compiutamente informato su tutti gli aspetti della vicenda contrattuale.

Onde si discorre di “forma informativa”, ponendosi l’accento sui caratteri che valgono piuttosto a differenziarla dalle regole tradizionali delle patologie civilistiche del negozio.

Proprio con riferimento ai nuovi fenomeni contrattuali, derivanti dallo sviluppo dei mercati – nel trascorrere da un’economia rurale alle dinamiche del mercato finanziario e digitale – si parla, invero, di un ritorno al “formalismo negoziale”, o “neoformalismo”, cui sempre più il legislatore sembra far ricorso (e non solo per l’atto, ma più genericamente per l’attività): stavolta a tutela, tuttavia, non di entrambi i contraenti posti su di un piano di parità, ma specificamente di uno di essi, all’evidenza reputato “debole” (sebbene, poi, in una visione macroeconomica, non si possa trascurare che detta tutela, eliminando o riducendo le inefficienze derivate dagli abusi delle imprese, giovi ancora alla sicurezza dei traffici dei capitali e degli investimenti, la quale trae com’è noto benefici dal buon funzionamento del mercato finanziario e dalla prevedibilità delle condotte dei suoi operatori).

Peraltro, il “ritorno al formalismo”, con i relativi costi transattivi, si giustifica solo ove il contratto sia davvero “asimmetrico” e sussista l’esigenza di protezione in ragione della rischiosità del negozio stesso: onde, ad esempio, la forma scritta non è prevista per il contratto di mera consulenza finanziaria.

La nullità che ne deriva, a sua volta, persegue prettamente finalità di protezione del contraente debole, nel cui interesse essa viene conformata come invalidità relativa (cfr. pure d.lgs. n. 385 del 1993, art. 117; d.lgs. n. 206 del 2005, art. 36).

La nullità di protezione è, nel contempo, strumento di governo degli scambi e mezzo di tutela degli interessi di una delle parti del contratto rispetto a situazioni di “irrazionalità” – la quale, nei contratti di investimento o in generale del mercato finanziario, viene identificata con la disinformazione – che ne compromettono la libertà di scelta.

Al fine di comprendere la realtà economica e giuridica descritta, la visuale del formalismo negoziale rigidamente “di struttura” è stata ritenuta inadeguata, lasciando il campo a quella “di funzione”.

Se tale nullità, dunque, è funzionale in primis alla tutela della più ampia informazione dell’investitore (sebbene permanga il ricordato interesse generale all’efficienza del mercato del credito), tanto da presentare rilevanti differenze di disciplina rispetto alla nullità del codice civile, tutte le prescrizioni da essa presidiate vanno intese in tale logica: la quale deve guidare, dunque, anche la valutazione sul punto se il cliente sarebbe pregiudicato, nella sua completa e consapevole autodeterminazione, dalla

manca di firma della banca sul contratto-quadro.

Si noti che il contratto ben potrebbe contenere anche condizioni individuali, concordate con il singolo cliente: così come sarà consentito che, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, sia richiesta dall'investitore all'intermediario una specifica approvazione scritta del contratto.

8. - In particolare, la previsione formale del d.lgs. n. 58 del 1998, art. 23 è dettata a fini esclusivi di tutela dell'investitore: e ciò, invero, riconoscono anche tutte le recenti sentenze di questa Corte, sopra menzionate (p. 5).

Può parlarsi, in definitiva, di cd. forma di protezione: la quale, al pari della cd. nullità di protezione, cui la violazione della stessa conduce, è volta specificamente a portare all'attenzione dell'investitore - la parte "debole" del rapporto (non per ragioni socio-economiche, ma) in quanto sprovvisto delle informazioni professionali sul titolo e, più in generale, sugli andamenti del mercato finanziario - l'importanza del negozio che si accinge a compiere e tutte le clausole del medesimo.

La prescrizione formale trova la sua ratio nel fine di assicurare la piena e corretta trasmissione delle informazioni al cliente, nell'obiettivo della raccolta di un consenso consapevole alla stipula del contratto (il consenso informato). Per tale ragione, la nullità di protezione può essere fatta valere solo dal cliente, oltre che rilevata d'ufficio dal giudice, sempre nell'esclusivo interesse e vantaggio del primo.

Come la nullità di protezione palesa caratteri affatto speciali - sopra tutte, appunto, la facoltà di farla valere solo da parte del contraente a cui favore è dettata, con l'eventualità, quindi, di una sanatoria "di fatto" del negozio (come non ha mancato di rilevare già la Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 4 giugno 2009, C-243/08, Pannon, punti 31 e 32, secondo cui il giudice deve non applicare una clausola abusiva, salvo che il consumatore vi si opponga; nonché Corte di giustizia dell'Unione europea, 14 giugno 2012, C-618/10, Banco Español de Crédito SA, punti 42 e 43; onde non convincono del tutto alcuni tentativi degli interpreti di ricondurre la categoria della nullità speciale ad unità con il regime generale) - allo stesso modo la forma ivi prevista non è la stessa prescritta dall'art. 1350 c.c. per i contratti immobiliari ad equilibrio simmetrico.

Al riguardo, si è constatato come l'ordinamento europeo non mostri di ritenere rilevante una forma scritta per i contratti bancari e finanziari, sottintendendo che gli obiettivi della normativa di trasparenza - funzione preminente del vincolo formale in tale ambito - possano essere raggiunti anche con altri strumenti, quali i supporti cartacei o le bozze del documento.

Si vedano, in tal senso, la direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento nel mercato interno, attuata con il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, che ha introdotto nel t.u.b. il Capo 2-bis sui "Servizi di pagamento" (art. 126-bis-126-octies) e la direttiva 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori, recepita dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, che ha modifica-

to il capo 1 sulle disposizioni generali in tema di operazioni bancarie ed il capo 2 del t.u.b. sul "Credito ai consumatori", dalle quali si traggono indicazioni piuttosto nel senso di una riduzione del peso assegnato al formalismo negoziale.

9. - Secondo una prima tesi, dunque, potrebbe reputarsi adempiere al requisito della forma scritta, prevista a pena di nullità dall'art. 23 cit., la sottoscrizione, da parte del cliente, del modulo contrattuale contenente il contratto-quadro. La cd. forma informativa sarebbe quindi rispettata, perché soddisfatto è l'interesse alla conoscenza ed alla trasparenza, o scopo informativo, cui essa è preordinata.

L'altra parte del rapporto, ovvero l'intermediario finanziario, è il soggetto predisponente le condizioni generali di contratto, cui l'investitore aderisce: intermediario per il quale nessuna di dette esigenze si rinviene.

Di qui, il rilievo che la sottoscrizione della banca, a differenza di quella dell'investitore, non occorra, affinché il contratto sia perfetto: l'una volontà deve essere manifestata per iscritto *ad substantiam*, l'altra in ogni forma consentita dall'ordinamento.

La predisposizione del modulo ad opera della banca potrebbe dirsi rendere non più necessaria, cioè, l'ulteriore formale approvazione del predisponente: considerato che l'adeguata ponderazione e la rispondenza dell'accordo ai propri interessi è stata già valutata con la redazione del documento medesimo, nonché la sua approvazione ad opera delle autorità indipendenti cui è demandata la vigilanza del settore; e, soprattutto, non è la banca il soggetto a cui tutela il requisito formale è posto.

La sottoscrizione da parte del delegato dell'istituto di credito non sembra perseguire, infatti, i fini sottesi alla disposizione; anzi, esigere tale firma pare porsi in senso contrario al dinamismo nella conclusione dei contratti finanziari (tenuto conto che, di regola, il funzionario bancario che lo cura non ha poteri di rappresentanza), e, dunque, all'efficienza dei mercati, cui in definitiva anche le nullità di protezione mirano. Né la carenza della sottoscrizione da parte dell'intermediario potrebbe reputarsi legittimare lo stesso a sottrarsi alle regole sancite dal negozio: perché la nullità di protezione può farsi valere solo dal cliente.

Onde pure la forma di protezione solo la firma del medesimo esige.

Il consenso della banca, pur necessario trattandosi di un contratto, potrebbe dunque rivestire anche altre forme di manifestazione della volontà: di cui talune - quali la predisposizione del testo contrattuale, la raccolta della sottoscrizione del cliente, la consegna del documento negoziale o l'esecuzione del contratto medesimo *ex art. 1327 c.c.* - a valere quali comportamenti concludenti, idonei a rivelare, anche in via presuntiva, l'esistenza dell'originario consenso.

La firma (del funzionario) della banca non sarebbe dunque certo preclusa, ma resterebbe irrilevante per il perfezionamento e per l'efficacia del negozio; sarebbe parimenti irrilevante che il contratto fosse stato richiesto

dal cliente, o provenisse direttamente dall'intermediario.

10. - Occorre ancora considerare come la medesima esigenza di protezione sia sottesa alla distinta previsione, contenuta nel d.lgs. n. 58 del 1998, art. 23, comma 1, dell'obbligo di consegnare una copia del contratto al cliente, o, come si esprime la disposizione, "un esemplare": anche tale previsione va interpretata, dunque, in una prospettiva di tutela dell'investitore, il quale, ove non fosse in possesso di un modello del contratto da lui sottoscritto, potrebbe non riuscire a conoscere in pieno la sua posizione soggettiva verso la banca.

Fattispecie simili sono contemplate in altre disposizioni: oltre al d.lgs. n. 385 del 1993, art. 117 si ricorda il d.lgs. n. 206 del 2005, art. 35 secondo cui, quando alcune clausole del contratto siano proposte al consumatore per iscritto, esse "devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile"; per il d.lgs. n. 206 del 2005, art. 50 al consumatore vanno fornite le dovute informazioni "su supporto cartaceo o, se il consumatore è d'accordo, su un altro mezzo durevole. Dette informazioni devono essere leggibili e presentate in un linguaggio semplice e comprensibile"; sempre per il d.lgs. n. 206 del 2005, art. 50, comma 2, il professionista "fornisce al consumatore una copia del contratto firmato o la conferma del contratto su supporto cartaceo o, se il consumatore è d'accordo, su un altro mezzo durevole"; per il d.lgs. n. 206 del 2005, art. 67-*undecies* nei contratti finanziari a distanza il fornitore comunica al consumatore tutte le condizioni contrattuali e le necessarie informazioni "su supporto cartaceo o su un altro supporto durevole, disponibile e accessibile per il consumatore in tempo utile", prima della stipula; analoga disposizione, in tema di multiproprietà, reca il d.lgs. n. 206 cit., art. 71; parimenti, il d.lgs. n. 385 del 1993, art. 124 come modificato nel 2010, prevede tra gli obblighi precontrattuali che siano fornite informazioni sul contratto di credito "su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso il modulo contenente le "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori" e, su richiesta, "è fornita gratuitamente copia della bozza del contratto di credito".

Insomma, requisiti "formali" come strumento non solo di manifestazione della volontà, ma di trasmissione di informazioni, dati e notizie sull'operazione.

Peraltro, qui si esclude che si tratti di obbligo di forma in senso tecnico, trattandosi di mero supporto per l'immagazzinamento dei dati" e di comportamenti imposti relativi alla documentazione (che, nell'ultima ipotesi indicata, sono richiesti espressamente prima del formarsi del vincolo, secondo una ratio che potrebbe essere estesa anche al d.lgs. n. 58 del 1998, art. 23: ed, infatti, in entrambe le fattispecie si tratta di offrire informazioni e trasparenza al cliente, perché sia rispettata la sua libertà di autodeterminazione nelle scelte negoziali).

Dalla previsione dell'obbligo di consegna di un esemplare del docu-

mento negoziale, di cui al d.lgs. n. 58 del 1998, art. 23, comma 1, e art. 30 Reg. Consob n. 11522 del 1998 (ora, art. 37 del Reg. Consob n. 16190 del 2007), non è dato poi trarre elementi in contrario, con riguardo al tema in discorso, nel senso della necessaria sottoscrizione della banca: si apprezza, invero, al riguardo la differenza con le diverse indicazioni degli artt. 1742 e 1888 cod. civ. sulla forma scritta *ad probationem* nei contratti di agenzia e di assicurazione, ove ciascuna parte “ha diritto di ottenere dall’altra un documento dalla stessa sottoscritto” e l’assicuratore “è obbligato a rilasciare al contraente la polizza di assicurazione o altro documento da lui sottoscritto”.

Si è parlato così di “pluralismo di formalismi”, in dipendenza delle diverse funzioni ad essi assegnate dall’ordinamento e delle conseguenze che ne derivano (solo in taluni limitati casi afferenti l’idoneità dell’atto di autonomia privata a produrre effetti), sovente di legislazione speciale o di provenienza comunitaria.

11. - Secondo la tesi che si va esponendo, la conclusione della irrilevanza della firma della banca deriva pure dalla necessità, nel rispetto della ratio della norma, di evitare una lettura dell’art. 23 cit. affatto disfunzionale ed inefficiente per il mercato finanziario, anche a fini di prevenzione di un facile uso opportunistico dello strumento formale.

Come potrebbe avvenire, alla stregua di quanto nella pratica non di rado è dato riscontrare, qualora il contratto sia, dapprima, a lungo e fruttuosamente eseguito con vantaggio per il cliente, il quale, a fronte di una perdita marginale successiva, si risolva ad impugnarlo per nullità, in ragione della mancata sottoscrizione della banca, senza che a quel punto ove si segua la tesi della natura *ad substantiam* della sottoscrizione dell’intermediario medesimo - possa rilevare l’avvenuta proficua esecuzione del contratto, ove pure protratta per molti anni con reciproca soddisfazione delle parti.

Si offrirebbe, così, tutela a quel contraente che, maliziosamente abusando di una posizione di vantaggio conferita dalla legge ad altri fini, deducesse la nullità del contratto pur eseguito senza contestazioni da entrambe le parti.

Si aggiunga altresì che, qualora la banca avesse sottoscritto la sua copia e consegnato la stessa al cliente, conservando la copia firmata da quest’ultimo, sarebbe non difficile, per il cliente scorretto, non produrre comunque in giudizio detto esemplare in suo possesso e negare sia mai stato firmato: si apprezza qui la differenza “sociologica” con la nullità della tradizione codicistica, tipica dei contratti aventi ad oggetto beni immobili, di cui all’art. 1350 c.c., dove la prassi appena descritta viene posta in essere nella realtà degli affari proprio sul presupposto - secondo l’*id quod plerumque accidit* - di un interesse dell’altro contraente a dedurre non la nullità, ma, al contrario, l’esistenza e la validità del contratto, chiedendone l’esecuzione.

Per tali ragioni, non lascia soddisfatti l’esplicita affermazione dell’at-

tribuzione all'investitore della facoltà di far valere la nullità del contratto-quadro solo rispetto ad alcuni ordini, in quanto l'investitore potrebbe selezionare il rilievo della nullità e rivolgerlo ai soli acquisti che desidera caducare, ma non ad altri, pur attuativi del medesimo contratto quadro (v. Cass. 27 aprile 2016, n. 8395): ossia, il cd. uso selettivo della nullità del contratto-quadro, in quanto rivolta esclusivamente a produrre effetti nei confronti di alcuni acquisti di prodotti finanziari, soluzione che potrebbe avallare senz'altro l'uso abusivo del diritto, da altre decisioni di questa S.C. tuttavia ampiamente stigmatizzato (e *multis*: Cass. 13 settembre 2016, n. 17968, sulle assenze dal lavoro; 5 aprile 2016, n. 6533, sull'iscrizione di ipoteca; 21 ottobre 2015, n. 21318, sull'azione risarcitoria extracontrattuale; 12 giugno 2015, n. 12263, sul contratto di fideiussione e mancato tempestivo adempimento imputabile; 15 ottobre 2012, n. 17642, ancora in tema di fideiussione; accanto a tutta la giurisprudenza tributaria in tema), o, se si vuole, la condotta contraria a buona fede, secolare portato di civiltà giuridica *ex art.* 1375 c.c.

12. - Per l'opposta ricostruzione, secondo cui anche la sottoscrizione della banca è requisito di forma *ad substantiam*, deve porsi la questione se, avendo la nullità effetti *ex tunc*, a sua volta la banca sia legittimata o no a ripetere quanto versato a favore del cliente; o se, a fronte di un uso "selettivo" della nullità, l'intermediario possa eccepire la violazione della buona fede contrattuale, e con quali conseguenze.

Ancora, occorrerà domandarsi se sia ipotizzabile la convalida del contratto nullo, proprio per essere la nullità di tipo relativo, onde in ciò debba ravvisarsi uno di quei casi in cui la legge "dispone diversamente", ai sensi dell'art. 1423 c.c.. Secondo la tesi che reputa la forma scritta prevista *ad substantiam* anche quanto alla sottoscrizione del funzionario bancario, infatti, dovrebbe vagliarsi la possibilità giuridica se, così come l'investitore può opporsi alla declaratoria di nullità (come ribadito dalle citate Cass., sez. un., n. 26242 e n. 26243), specularmente egli possa già provvedere, consapevole di quella nullità, a convalidare il contratto mediante i comportamenti concretamente tenuti.

13. - In conclusione, il Collegio reputa opportuno rimettere la causa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 3, costituendo questione di massima di particolare importanza se, a norma del d.lgs. n. 58 del 1998, art. 23 il requisito della forma scritta del contratto di investimento esiga, accanto a quella dell'investitore, anche la sottoscrizione *ad substantiam* dell'intermediario.

P.Q.M.

La Corte rimette la causa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, in ordine alla questione or ora precisata in motivazione.

Le conseguenze del difetto di sottoscrizione dell'intermediario nei contratti bancari

Stefania Santamaria

(Dottore di ricerca e cultore in Diritto dell'economia nell'Università degli Studi di Napoli «Parthenope», Italia)

Abstract The aim of this article is to analyse the importance of the written form in the Framework Contract according to article 23 t.u.f. In particular, the main question is whether the above mentioned form is required for the conclusion of the contract and what kind of consequences could have the lack of bank's signature. The judges of the Court of Cassation have not been coherent. Currently, they establish that only the written form and the signature of all the contractors can conclude the Contract. They think this is the best way to strengthen investors' protection and improve the functioning of financial markets making them more efficient, resilient and transparent. However, in the past, the same judges decreed that the Contract could be formed by different instruments such as draft. They thought that the protection of the costumers and markets could be achieved only with the signature of the former. The author's opinion is that the written form is only required to protect the investors and hinders financial stability and dynamism in contracts.

Sommario 1. Il fatto. – 2. La forma scritta nei contratti di intermediazione finanziaria. – 3. La rilevanza delle dichiarazioni tacite nei contratti di intermediazione finanziaria. – 4. Il formalismo negoziale tra la tutela dell'investitore e dinamismo contrattuale. – 5. Conclusioni.

Keywords Banking Contract. Bank's signature. Investors' protection.

1 Il fatto

L'ordinanza della Corte di Cassazione in commento alimenta il dibattito sulla necessità o meno che i contratti quadro di gestione, consulenza ed amministrazione di portafogli debbano essere sottoscritti anche dall'intermediario¹.

Com'è noto, la questione è stata ampiamente dibattuta in giurisprudenza

¹ L'argomento in questione è stato oggetto di discussione nel corso degli anni, da parte della dottrina e della giurisprudenza sia di legittimità che di merito. Per un approfondimento sul tema, cfr. i contributi di L. PONTIROLI, P. DUVIA, *Il formalismo nei contratti dell'intermediazione finanziaria ed il recepimento della MIFID*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 169 ss.; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente debole "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 91 ss. Si analizzino, inoltre, le seguenti sentenze: Cass., 22 marzo 2012, n. 4564, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 3, p. 380 ss.; Cass., 24 marzo 2016, n. 5919; Trib. Ancona, 18 febbraio 2009, n. 208, in *Giur.it.*, 2009, 7, p. 1682 ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *L'art. 23 T.U.F. e la sottoscrizione del contratto-quadro*; Trib. Rimini, 12 ottobre 2010, n. 1523, in *Corr. mer.*, 2011, 2, p. 140 ss. con nota di V. SANGIOVANNI, *Mancata sottoscrizione e forma del contratto di intermediazione finanziaria*.

za; infatti, in un primo momento gli Ermellini hanno ritenuto valido il contratto sprovvisto della firma dell'intermediario² per poi, successivamente, sostenere che quest'ultima fosse un requisito richiesto a pena di nullità dell'accordo negoziale³.

Pertanto, con l'ordinanza in commento, la Corte ha rinviato la questione alle SS.UU., al fine di dirimere il contrasto.

Preliminarmente è d'uopo ripercorrere, seppur in maniera sintetica, i fatti che hanno dato origine alla controversia.

I ricorrenti avevano stipulato, nel 1998, un contratto quadro sottoscritto da questi ultimi ma non dall'intermediario; da qui la decisione degli investitori di adire la Corte d'Appello di Torino, per l'accertamento della nullità o, in via subordinata, al fine di ottenere l'annullamento o la risoluzione per inadempimento con condanna alle restituzioni del capitale versato nonché del saldo negativo del rapporto di gestione patrimoniale.

Veniva in rilievo la circostanza secondo la quale il contratto quadro sprovvisto della firma dell'istituto bancario fosse privo dei requisiti formali e sostanziali richiesti dall'art. 23 t.u.f.. Si riteneva che, ai sensi della summenzionata norma, la firma di entrambe le parti fosse altresì necessaria per colmare il deficit informativo del cliente nei confronti dell'intermediario.

I giudici torinesi rigettarono dette istanze e confermarono la sentenza di primo grado. Essi, infatti, reputarono sufficiente che il contratto contenesse la dichiarazione degli investitori di aver ricevuto un esemplare sottoscritto «*per accettazione...*» dalla banca. Tale evenienza, ad avviso della Corte, avrebbe consentito di portare in equilibrio posizioni di per sé asimmetriche a tal uopo contribuendo le comunicazioni periodiche trasmesse agli investitori dalla banca.

Giunta, pertanto, la questione all'attenzione degli Ermellini, essi ne disposero l'assegnazione alle Sezioni Unite ritenendo di particolare importanza «*se, a norma dell'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, il requisito della forma scritta del contratto di investimento esiga, accanto a quella dell'investitore, anche la sottoscrizione ad substantiam dell'intermediario*» (v. pt. 13).

2 La forma scritta nei contratti di intermediazione finanziaria

Prima di affrontare la questione posta al vaglio della Corte di Cassazione, è opportuno definire il quadro normativo in materia.

Com'è noto, il codice civile (e specificatamente gli artt. 1325 e 1418

2 Cass., 22 marzo 2012, n. 4564.

3 Cfr. *ex multis* Cass., 24 marzo 2016, n. 5919; Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, in *Guida dir.*, 2016, n. 31, p. 70 ss.

c.c.) dispone la nullità dei contratti allorquando essi siano contrari a norme imperative e non siano rispettati i requisiti di forma stabiliti *ex lege*⁴.

Coerentemente, la disciplina di settore – art. 23 t.u.f. – impone che il contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento⁵ debba essere redatto per iscritto e consegnato ai clienti, a pena di nullità⁶.

Dello stesso tenore è l'art. 37 del Regolamento Consob n. 16190/2007 secondo cui gli intermediari «forniscono ai clienti al dettaglio i propri servizi di investimento, diversi dalla consulenza in materia di investimenti⁷, sulla base di un apposito contratto scritto...»⁸.

Completa l'impianto disciplinare in parola l'art. 117 t.u.b. che conferma la nullità dei contratti quadro privi della forma scritta⁹.

Alla luce di quanto detto, è evidente che l'impianto normativo vigente in

4 Cfr. V. SANGIOVANNI, *L'art. 23 T.U.F. e la sottoscrizione del contratto-quadro*, cit., p. 1682 ss.

5 Per V. SANGIOVANNI, *Mancata sottoscrizione e forma del contratto di intermediazione finanziaria*, cit., p. 144, «Il contratto-quadro non è un'operazione finanziaria in sé ma è una mera determinazione preventiva delle regole che disciplineranno il rapporto fra le parti in relazione al futuro compimento d'investimenti. In ipotesi un investitore e un intermediario potrebbero sottoscrivere un contratto-quadro cui non fa seguito alcun investimento».

6 Per un approfondimento sulla forma dei contratti si veda: I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di Borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 161 ss.; M. CIAN, *L'informazione nella prestazione dei servizi di investimento: gli obblighi degli intermediari*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. GABRIELLI, R. LENER, Torino, 2010, I, p. 213 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari, investitori, mercati. Il recepimento della Mifid. Profili sistematici*, Padova, 2008, p. 151 ss.; A. BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediale*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2336 ss.; Trib. Milano, 18 luglio 2006, n. 8878, in *Contratti*, 2006, p. 968 ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *La nullità del contratto di gestione di portafogli di investimento per difetto di forma*; Trib. Milano, 25 marzo 2006, in *Corr. mer.*, 2006, p. 737 ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *La nullità del contratto per inosservanza della forma nel caso delle obbligazioni argentine*.

7 Gli artt. 23, co. 1, 37, co. 1, 1, co. 5, reg. Consob n. 16190/2007 prevedono l'eccezione dalla forma scritta per il servizio di consulenza in materia di investimenti, per tale intendendosi, ai sensi dell'art. 1 co. 5 septies t.u.f., «la prestazione di raccomandazioni personalizzate a un cliente, dietro sua richiesta o per iniziativa del prestatore del servizio, riguardo a una o più prestazioni relative a un determinato strumento finanziario».

8 Si consideri che già l'art. 30 reg. Consob n. 11522/1998 statuiva il divieto per gli intermediari di fornire i propri servizi in assenza di un contratto scritto da consegnare all'investitore. Sul punto, F. DURANTE, *Con il nuovo regolamento intermediari, regole di condotta "flessibili" per la prestazione di servizi di investimento*, in *Giur. mer.*, 2008, p. 628 ss.; A.A. RINALDI, *Il decreto Mifid e i regolamenti attuativi: principali cambiamenti*, in *Società*, 2008, 1, p. 12 ss.

9 V. LEMMA, *Commento sub art. 117-bis*, in *Commentario al Testo Unico Bancario*³, a cura di Capriglione, Padova, 2012, p. 1685 ss.; G. FAUCEGLIA, *La forma dei contratti relativi a operazioni e servizi bancari e finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, p. 417 ss. Per i giudici del Trib. Napoli, 11 luglio 2015, n. 8647, «la ratio della previsione della forma scritta a pena di nullità contenuta nell'art. 117 TUB è chiaramente quella di consentire al cliente, parte potenzialmente debole del contratto, di conoscere in anticipo, rispetto al concreto svolgersi del rapporto, i costi dell'operazione conclusa (sia essa un contratto di finanziamento, un conto corrente o altro tipo di rapporto bancario)».

materia è incentrato sulla ricerca di efficaci modalità attraverso le quali perfezionare il consenso tra i contraenti. Sicché, al principio generale della forma libera, si riscontra, in talune circostanze, la necessità di assicurare il rispetto della forma scritta, al fine di proteggere il contraente debole da potenziali abusi perpetuati a suo danno dalla controparte, soprattutto nei contratti predisposti unilateralmente¹⁰.

Ciò posto, nella materia di cui trattasi, è oggetto di ampia discussione in dottrina e in giurisprudenza se il requisito della forma scritta *ad substantiam* debba sussistere per i contratti quadro e, altresì, per i singoli ordini d'investimento¹¹. La questione richiederebbe un ulteriore approfondimento non consentito in questa sede, e ciò in quanto, nel caso in esame, appare rilevante piuttosto stabilire se la prescrizione della forma scritta implichi necessariamente la sottoscrizione di entrambi i contraenti.

3 La rilevanza delle dichiarazioni tacite nei contratti di intermediazione finanziaria

Com'è noto, il momento perfezionativo del contratto si realizza con l'incontro delle volontà delle parti¹² che può avvenire attraverso molteplici forme.

In particolare, la volontà può essere manifestata in maniera espressa o tacita, a seconda del diverso modo con cui il fatto psichico interiore viene

10 Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*², Milano, 2000, p. 273 ss.

11 Una parte della dottrina ritiene sussistente un differente regime formale richiesto per i contratti di intermediazione rispetto ai singoli ordini di acquisto. Solo per i primi, infatti, sarebbe imposta la forma scritta *ad substantiam*. Sul punto, cfr. V. SANGIOVANNI, *L'art. 23 T.U.F. e la sottoscrizione del contratto-quadro*, cit., p. 1682 ss. Si ritiene, altresì, che le parti possano liberamente stabilire la forma scritta per gli ordini ed il mancato rispetto di quanto pattuito possa comportare la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1352 c.c. Cfr. Trib. Milano, 31 gennaio 2007, n. 1223, in *Contratti*, 2007, p. 779 ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Contratto di negoziazione, forma convenzionale e nullità per inosservanza di forma*. Si conforma a tale indirizzo la Cass., 2 agosto 2016, n. 16053. Secondo, Trib. Roma, 2 marzo 2017, n. 4233, nel caso in cui le parti abbiano stabilito la forma scritta anche per gli ordini, l'intermediario può legittimamente rifiutare l'esecuzione di un ordine non impartito diversamente. La Cass., con sentenze del 17 marzo 2004, n. 5024 e del 28 giugno 2017, n. 16181, ha ritenuto, invece, di poter superare la pattuizione *de qua* sulla base di criteri ermeneutici, ai sensi degli artt. 1362 ss. cc.

12 *V. ex multis* quanto disposto dagli artt. 1321 n. 1, 1325 n. 1, 1326, co. 1 c.c. Contrariamente a quanto esposto, parte della dottrina contesta il principio consensualistico ritenendo ammissibile la formazione unilaterale del contratto. Esempi si ravvisano nelle fattispecie del contratto con se stesso, del contratto con obbligazione del solo proponente ed infine nel contratto nella quale una parte è tenuta legalmente a contrarre. Per un approfondimento sul tema si vedano i contributi di C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Camerino, 1982, p. 57 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 11 ss.

esteriorizzato¹³. Nel primo caso, esso si palesa in maniera diretta mediante i convenzionali mezzi di linguaggio, laddove nella seconda ipotesi si desume, in forza di un *procedimento inferenziale*¹⁴, attraverso comportamenti concludenti¹⁵. La distinzione in esame, quindi, si fonda sul fine perseguito dall'agente (c.d. criterio soggettivo) e non sulla natura del mezzo espressivo adoperato (c.d. criterio oggettivo). Più precisamente, viene in rilievo la differenza tra una rappresentazione per simboli ed una per segnali; la prima «*evoca l'immagine ideale del fatto significato, e fa appello anzitutto alla fantasia dell'osservatore*», mentre «*il segnale ne fornisce un indizio, e agisce per via del raziocinio*»¹⁶. Il simbolo, inoltre, potendo essere rivolto anche ad una sola persona, può non essere di comune dominio e, altresì, consistere in atteggiamenti silenziosi se ai medesimi le parti abbiano accordato una determinata rilevanza¹⁷. Parimenti, com'è stato autorevolmente sostenuto¹⁸, anche la forma discorsiva può essere ricompresa nella rappresentazione per simboli e, dunque, può essere annoverata tra i comportamenti concludenti tutte le volte in cui assume importanza ciò che esso lascia indirettamente inferire.

Ne deriva «*che anche un contegno non dichiarativo può ben svolgersi*

13 Per A. FALZEA, *Apparenza (voce)*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, p. 638, il «*fatto psichico è un fenomeno che si manifesta nell'orizzonte della coscienza umana...*». Cfr., altresì, G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 778 ss.; D. ROSSANO, *Rinuncia all'opposizione alla donazione e suoi effetti*, in *Notariato*, 2006, p. 577.

14 Per "inferenza" si intende «*ogni forma di ragionamento deduttivo, che dimostra come una proposizione derivi logicamente da un'altra*». Cfr. la sezione *Enciclopedia* del sito web www.treccani.it.

15 Cfr. G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, cit., p. 782, secondo cui «*per comportamento concludente si intende... un contegno oggettivamente orientato ad un diverso programma pratico, dal quale è dato tuttavia inferire, per logica coerenza, un certo stato d'animo o d'intelletto dell'agente*». Per un approfondimento sul tema, cfr. P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Camerino, 1975, p. 47 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 210; G. D'ALLURA, *Brevi note in tema di comportamento concludente*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 3 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2016, p. 22.

16 V. G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, cit., p. 781.

17 Si consideri, altresì, la figura del silenzio circostanziato che ricorre allorché la legge, gli usi o il comune modo di agire delle parti contrattuali valutano il mancato dissenso di una parte come adesione all'altrui volontà. Per C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 211, un esempio è dato dal secondo comma dell'art. 1333 c.c. nel quale si legge che nei contratti con obbligazione del solo proponente il mancato rifiuto del destinatario della proposta, nel termine richiesto, equivale all'accettazione (silenzio significativo).

18 Cfr. G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, cit., p. 782.

nella direzione del controinteressato»¹⁹ sicché l'esecuzione del contratto possa implicare indirettamente l'accettazione della proposta²⁰. Non a caso, con specifico riferimento alla fattispecie in esame, i giudici hanno reputato che «*la predisposizione del testo contrattuale, la raccolta della sottoscrizione del cliente, la consegna del documento negoziale o l'esecuzione del contratto medesimo ex art. 1327 cod. civ.*» sarebbero idonee «*a rivelare, anche in via presuntiva, l'esistenza dell'originario consenso*» (v. pt. 9).

Si aggiunga, inoltre, che dall'analisi delle fattispecie contemplate negli artt. 1444, 476 e 1724 c.c. si evince che l'ordinamento, in determinate ipotesi, ammette modalità di manifestazione del consenso alternative a quelle espresse²¹. Trattasi di casi nei quali il legislatore ha contemplato in primo luogo modalità di perfezionamento del consenso in via diretta salvo poi ammettere anche la forma indiretta.

Se ne deduce che la modalità tacita debba essere *espressamente* prevista dal legislatore e non potrebbe, in ogni caso, essere contemplata senza ammettere anche quella espressa sebbene – è il caso di precisarlo – non si riscontrano, tra le disposizioni legislative, divieti di carattere generale i quali precludano forme di manifestazione del consenso soltanto indirette. Deve essere, tuttavia, tenuto presente che in giurisprudenza sono state espresse riserve sul ricorso, nei contratti bancari, a forme di manifestazione tacita del consenso; tali perplessità trovano giustificazione nello specifico contesto operativo di riferimento il quale si caratterizza per la particolare complessità, sicché, come riportato nel provvedimento *de quo*, «... *il cliente sarebbe pregiudicato, nella sua completa e consapevole autodeterminazione, dalla mancanza di firma della banca sul contratto-quadro*» (v. pt. 7).

Appare, dunque, necessario comprendere quali siano le esigenze che il legislatore ha inteso tutelare in detto ambito al fine di verificare se esse vengano pregiudicate dal ricorso a forme di manifestazione del consenso alternative a quelle scritte.

19 Cfr. G. GIAMPICCOLO, *op. ult. cit.*, 797; M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, p. 239.

20 V. Cass., 01 giugno 2016, n. 11392.

21 Trattasi, rispettivamente della convalida tacita del negozio annullabile, dell'accettazione tacita dell'eredità e della revoca tacita del mandatario. Cfr. D. ROSSANO, *Rinunzia all'opposizione alla donazione e suoi effetti*, cit., p. 579.

4 Il formalismo negoziale tra la tutela dell'investitore e dinamismo contrattuale

Nei contratti di adesione – nello specifico, bancari, di credito, al consumo, di servizi di pagamento per i contratti relativi ai servizi di investimento – , come quello sottoposto al vaglio dei giudici *de quibus*, emerge la necessità di coniugare gli interessi di mercato con quelli connessi alla salvaguardia dell'investitore²². Infatti, all'esigenza di garantire il corretto funzionamento delle dinamiche commerciali (e la concorrenza tra gli operatori economici)²³, corrisponde l'urgenza di consentire al cliente l'adozione di scelte consapevoli.

Al raggiungimento di tale obiettivo, il legislatore ha ritenuto di predisporre una serie di obblighi²⁴ informativi²⁵ posti a carico dell'intermediario

22 Secondo la Cass., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2009, II, p. 143, con nota di A. BOVE, *Le violazioni delle regole di condotta degli intermediari finanziari al vaglio delle Sezioni Unite*, accanto alla tutela individuale, si ravvisano anche esigenze di carattere generale quali la protezione dell'integrità dei mercati, il loro corretto funzionamento, la tutela del risparmio e l'uguaglianza tra le parti. Cfr. sul punto, F. CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari, investitori, mercati. Il recepimento della Mifid. Profili sistematici*, cit., p. 52 s.

23 Sul punto, D. ROSSANO, *Le «tecniche cognitive» nei contratti di intermediazione finanziaria*, Napoli, 2007, p. 111.

24 Di particolare rilevanza è la disciplina del *product governance*, introdotta con la direttiva 2014/65/UE - *MiFID II*, a protezione degli investitori, con la quale si richiede alle imprese di investimento la realizzazione di prodotti finanziari sulla base delle caratteristiche nonché delle esigenze delle varie tipologie di clienti. Le regole di *governance* del prodotto impongono, pertanto, *standard* sempre più elevati di correttezza agli intermediari i quali, ai sensi dell'art. 24, par. 2, dir. n. 2014/65/UE, devono «fare in modo che gli strumenti finanziari siano offerti o raccomandati solo quando ciò sia nell'interesse del cliente». V. altresì, artt. 9, par. 9 e 10, par. 2 dir. delegata n. 2017/593. Secondo V. TROIANO, *La product governance*, in *La MiFID II. Rapporti con la clientela - regole di governance - mercati*, a cura di V. TROIANO e R. MOTRONI, Padova, 2016, p. 221, «Dall'approccio tipico della *MiFID*, che considera le caratteristiche e i bisogni del cliente nella vicenda individuale del rapporto di mandato sotteso all'erogazione del servizio, si passa ora [...] ad una logica che trascende ed anticipa la vicenda bilaterale della erogazione del servizio, collocando la valutazione delle caratteristiche e dei bisogni dei clienti, della clientela, nelle dinamiche d'impresa, relative al momento della configurazione del servizio (e non in quello, successivo, della sua erogazione)». In particolare, secondo F. Di Ciommo, *La consulenza finanziaria alla luce della Mifid 2: profili giuridici*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, p. 54, «la *MiFID II* richiede di porre un'attenzione specifica agli elementi legati alla tolleranza al rischio e alla capacità dell'investitore di sostenere eventuali perdite...». Cfr. altresì, artt. 25, par. 2, dir. n. 2014/65/UE e 54, par. 2. reg. delegato della Commissione Europea n. 2017/565.

25 Cfr. D. ROSSANO, *Le «tecniche cognitive» nei contratti di intermediazione finanziaria*, cit., p. 91. L'A. ritiene che «la direttiva *Mifid* ed il Regolamento intermediari della Consob - imponendo obblighi informativi (a carico delle parti) che innalzano il "livello" di trasparenza delle relazioni finanziarie predispongono un complesso di regole il cui scopo è quello di favorire la correttezza dei procedimenti valutativi dell'intermediario...».

nella prospettiva di riequilibrare posizioni negoziali asimmetriche. A tal uopo, è noto che, come si è avuto modo di chiarire in precedenza²⁶, il legislatore ha imposto, tendenzialmente, la forma scritta a pena di nullità. Da qui il ricorso al c.d. “formalismo negoziale”²⁷ che consente di «*preservare la relazione sinallagmatica in un contesto nel quale è ipotizzabile un divario di conoscenze tra le parti, e, dunque, la possibile debolezza di una nei confronti dell'altra*»²⁸.

È indubbio che la forma scritta²⁹, infatti, cristallizzando i dati contrattuali all'interno di un supporto materiale, permette, per tale via, all'investitore di ponderare il contenuto dell'accordo e al contempo di comprendere il significato del medesimo. Infatti, in letteratura si riscontra l'opinione³⁰ secondo cui «*la predisposizione di regole di trasparenza*³¹, cui è sottesa un'informativa estremamente minuziosa», costituisce un espediente per realizzare «*un rapporto stabile, solido e fedele tra intermediario ed investitore*». La fiducia in tal modo instauratasi giova, altresì, alla “qualità

26 V. *supra*, par. 2.

27 Per un approfondimento sul tema, oltre ai contributi già proposti nelle precedenti note, si analizzano S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, p. 770 ss.; E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011, p. 11 ss.; R. FAVALE, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2012, p. 582 ss.; R. CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2005, p. 267 ss.

28 Cfr. D. ROSSANO, *Le «tecniche cognitive» nei contratti di intermediazione finanziaria*, cit., p. 102.

29 Nei c.d. “contratti ad alta concentrazione di forma” o “formalissimi” è prevista la forma scritta anche per le informazioni precontrattuali. Secondo R. FAVALE, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, cit., p. 583, trattasi di «*un “formalismo potenziato” che concerne il contenuto, la chiarezza, la comprensibilità, la lingua, i caratteri tipografici, persino la definizione delle parole. Regole di forma spalmate su tutto il procedimento di formazione del contratto: da atti precontrattuali a comunicazioni in corso di rapporto*». Cfr., altresì, F. GRECO, *Informazione precontrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, p. 33 ss.; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, p. 393 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013, p. 67 ss.

30 Si analizzi in merito, D. ROSSANO, *Le «tecniche cognitive» nei contratti di intermediazione finanziaria*, cit., p. 90.

31 Cfr. BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di Vigilanza per le banche*, Circolare 21 aprile 1999 n. 299, modificata il 10 aprile 2007, consultabile sul sito ufficiale dell'Istituto; D. ROSSANO, *Le «tecniche cognitive» nei contratti di intermediazione finanziaria*, cit., p. 115 ss. L'A. sottolinea le diverse accezioni assunte nel tempo dal termine in questione: da criterio ordinatore della regolazione dei rapporti tra l'istituto bancario ed il cliente a canone di riferimento nei rapporti con il consumatore. Per un approfondimento sulla trasparenza dei contratti bancari ed assicurativi, cfr. G. ALPA, *Quando il segno diventa comando: la «trasparenza» dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 465 ss.

dell'attivo degli intermediari"³² e migliora la loro capacità di raccolta fondi sul mercato, conferisce consistenza al sistema finanziario, garantendone la stabilità³³.

Di contro, in dottrina³⁴ è stato osservato che i detti obiettivi possano essere ampiamente soddisfatti «*anche con altri strumenti*», diversi da quelli sopra menzionati (v. pt. 8). In particolare, si è evidenziato come le forme dirette di comunicazione – più precisamente, quelle orali – assicurano l'effettiva comprensione dell'informazione³⁵. Inoltre, in talune ipotesi, lo stesso legislatore ha reputato più efficaci di altre, le modalità di manifestazione del consenso alternative a quella scritta³⁶. A mero titolo

32 Cfr. A.M. TARANTOLA, *La trasparenza sostanziale nei rapporti tra banche e clienti: la visione della Banca d'Italia*, 7 convegno Compliance AICOM-DEXIA Crediop S.p.A., *La trasparenza: tutela formale o reale del cliente?*, tenutasi a Roma il 06 giugno 2011, consultabile sul sito internet www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2011/Tarantola_060611.pdf, 4, secondo la quale «È inoltre risultato evidente che correttezza, fiducia e reputazione influenzano non solo la qualità dell'attivo degli intermediari ma anche la loro capacità di raccogliere fondi sui mercati, e quindi il rischio di liquidità. Non è un caso che gli intermediari che hanno saputo costruire nel tempo una solida base di raccolta al dettaglio hanno retto alla crisi meglio di altri, proprio grazie alla fiducia che hanno saputo conquistarsi attraverso relazioni corrette e trasparenti con la clientela.»

33 Secondo le SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26243, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 970, con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione, contraente "debole" e tutela del mercato*, la violazione della forma prescritta viene sanzionata con la nullità di protezione la quale viene definita di funzione «*e variabile, [...] in quanto calibrata sull'assetto di interessi concreti, con finalità essenzialmente conformativa del regolamento contrattuale, ma non per questo meno tesa alla tutela di interessi e di valori fondamentali, che trascendono quelli del singolo. [...] Il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli [...] poiché lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese*». Cfr., altresì, A. BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediabile*, cit., p. 2336 ss. Si evidenzino altresì, i noti casi Panon (Corte Giust., 4 giugno 2009, in causa 243/08) e Banco Español de Crédito (Corte Giust., 14 giugno 2012, in causa 618/2010) nei quali si è affermato che la nullità di protezione, può essere fatta valere anche dal giudice al fine della disapplicazione di una clausola abusiva, salvo diversa volontà del cliente.

34 Cfr. F. ANTICO, *Il contratto e gli obblighi di comunicazione al cliente*, in *La nuova disciplina dei mercati, servizi e strumenti*, a cura di L. Zitiello, Torino, 2007, p. 230 ss.; L. PONTIROLI, P. DUVIA, *Il formalismo nei contratti dell'intermediazione finanziaria ed il recepimento della MIFID*, cit., p. 169 ss.

35 Sul punto, R.J. SHILLER, *Euforia irrazionale. Alti e bassi di Borsa*, Bologna, 2009, p. 214; B. Alemanni, *Modelli cognitivi, educazione finanziaria e previdenza comportamentale*, Relazione al convegno tenutosi a Milano il 30 novembre 2010 dal titolo: *Scelte di investimento e regole di tutela. Il ruolo della finanza comportamentale tra economia, psicologia e diritto*, consultabile sul sito ufficiale della Consob.

36 Cfr. D. ROSSANO, *Le «tecniche cognitive» nei contratti di intermediazione finanziaria*, cit., p. 118, il quale evidenzia l'intento del legislatore, attraverso la normativa OICVM ed il d.lgs

esemplificativo è appena il caso di ricordare che, ai sensi dell'art. 37 del Regolamento Consob n. 16190 del 2007, gli intermediari «forniscono ai clienti al dettaglio i propri servizi di investimento, diversi dalla consulenza in materia di investimenti, sulla base di un apposito contratto scritto...»³⁷. Tale eccezione, come segnalato in letteratura³⁸, deriva dalla necessità di assicurare la «riservatezza che deve [...] coprire gli incontri preparatori della negoziazione vera e propria che si compendia nella stipula del contratto-quadro». Infine, la giurisprudenza³⁹ ha considerato «l'apposizione del tratto autografo da parte del delegato dell'intermediario» sul contratto quadro «un formalismo vacuo ed inutile», essendo «le finalità di responsabilizzazione del consenso e protezione del cliente [...] pienamente realizzate quando l'investitore ha sottoscritto copia del contratto quadro e ha dichiarato di aver ricevuto copia dello stesso».

Appare condivisibile la tesi di chi ravvisa in tale mutamento di orientamento un ritorno al pensiero di illustri giuristi i quali sostenevano l'irrelevanza della manifestazione espressa del consenso una volta ricondotta la paternità dell'atto al suo autore (a prescindere dall'esistenza della sotto-

141/2010, di semplificare i processi informativi con il fine ultimo di non gravare la clientela da carichi di dati e notizie afferenti ad elementi contrattuali non essenziali. Cfr. altresì, la circolare della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 consultabile sul sito www.personaedanno.it; V. FARINA, *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Contr. e impr.*, 2004, 2, p. 842 ss.

37 Cfr. dir. n. 2004/39/CE - MiFID -; L. PONTIROLI, P. DUVIA, *Il formalismo nei contratti dell'intermediazione finanziaria ed il recepimento della MIFID*, cit., p. 158. Gli AA., dopo aver esaminato l'art. 19, par. 7, dir. n. 2004/39/CE («le imprese di investimento predispongono una registrazione che comprende il documento o i documenti concordati tra l'impresa di investimento ed il cliente in cui sono precisati i diritti e gli obblighi delle parti nonché le altre condizioni alle quali l'impresa fornirà servizi al cliente») e ravvisata la circostanza che la MiFID non ha richiesto particolari requisiti formali, auspicano un'armonizzazione del diritto interno a detto orientamento comunitario. Secondo D. ROSSANO, *Le «tecniche cognitive» nei contratti di intermediazione finanziaria*, cit., p. 111, «la disciplina comunitaria [...] ha tenuto presente la stretta connessione rinvenibile tra la tutela normativa offerta agli investitori ed i precari equilibri del mercato finanziari».

38 Per M. PELLEGRINI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, in *L'ordinamento finanziario italiano*², a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2010, p. 855, «volendo ricercare le ragioni che possono aver determinato il legislatore comunitario ad escludere l'obbligo della redazione del contratto in forma scritta [...] sembrano prospettabili motivazioni diverse che se, per un verso, riconducono la ratio della prescrizione normativa di cui agli artt. 23 t.u.f. e 37 Regol. 16190/2007 all'intento di tener distinti dalla stipulazione del contratto-quadro il rapporto di consulenza (che attiene alla fase precontrattuale/preliminare), per altro sembrano trovare congrua giustificazione nella necessaria riservatezza che deve, per solito, coprire gli incontri preparatori della negoziazione vera e propria che si compendia nella stipula del contratto-quadro».

39 Cfr. ex multis Trib. Milano, 16 novembre 2011 e Trib. Alessandria, 27 febbraio 2017; Cass., 22 marzo 2012, n. 4564; Cass., 24 agosto 2016, n. 17290; Cass., 16 novembre 1992, n. 12280, ha ribadito che un atto espresso non è l'unica modalità compatibile con le stesse formalità dell'atto pubblico.

scrizione di quest'ultimo)⁴⁰.

In letteratura è stato sottolineato che tra i motivi in ragione dei quali si riscontra un ridimensionamento del formalismo negoziale⁴¹ vada annoverata la circostanza per cui le direttive comunitarie, i regolamenti di recepimento delle stesse nonché le forme di tutela del consumatore bancario predisposte dal legislatore nazionale del 1942 non sono state in grado di fronteggiare i recenti eventi di crisi⁴². In particolare, si è assistito ad un'allocazione di titoli *tossici* sul mercato e ad una violazione dei presidi previsti dalla normativa al fine di assicurare adeguate profilature del rischio dei clienti con l'evidente pericolo che gli oneri informativi posti a carico degli intermediari si concretizzassero in «*semplici formalità*»⁴³.

5 Conclusioni

L'ordinanza in commento conferma la difficoltà di conciliare la finalità di salvaguardare le ragioni del contraente debole con l'eventualità che il contratto stipulato tra il cliente e l'intermediario possa perfezionarsi anche

40 Sulla distinzione tra forma e sottoscrizione, consultare i contributi di F. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. di V. Scialoja, Torino, 1981, III, p. 240; B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1925, I, p. 214 ss.

41 Cfr. G. LA ROCCA, *Sottoscrizione e "forma informativa" nei contratti del mercato finanziario*, in *Riv. dir. bancario*, 2017, p. 3, si esprime in termini di «*insofferenza verso il momento formale*». Cfr., altresì, i contributi di L. MODICA, *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle corti di merito*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 16 ss.; A. BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediabile*, cit., p. 2336 ss.; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente debole "non qualificato" nel mercato finanziario*, cit., p. 91 ss.; A.M. CARRIERO, *Commento sub art. 117*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 1994, p. 592 ss.

42 Altre ragioni possono individuarsi nel soddisfacimento di esigenze di economicità e dinamismo nei rapporti contrattuali. Sul punto cfr. F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004, p. 235 ss.; V. SANGIOVANNI, *Mancata sottoscrizione e forma del contratto di intermediazione finanziaria*, cit., p. 139. Secondo G. LA ROCCA, *Sottoscrizione e "forma informativa" nei contratti del mercato finanziario*, cit., p. 4, già a partire dalla rivoluzione industriale si è ravvisato un «*complessivo ripensamento del contratto all'interno del quale la forma contrattuale fu oggetto di un intenso processo di svalutazione*». Cfr., altresì, P. RESCIGNO, «*Trasparenza*» bancaria e diritto «*comune*» dei contratti, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1990, I, p. 297 ss., il quale ha sottolineato che le «*esigenze di celerità ed operatività dei traffici commerciali*» sarebbero «*imbrigliate dall'eccessivo rigore contrattuale*». Per C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. 4, Torino, 1905, p. 74, «*in materia commerciale la parola basta di regole a crea un'obbligazione: il commerciante come uomo d'affari, la cui professione sta nel contrattare, ha tale energia di pronte ed accorte deliberazione, che è superflua per lui la cautela delle forme solenni*».

43 Cfr. D. ROSSANO, *Le «tecniche cognitive» nei contratti di intermediazione finanziaria*, cit., p. 111 ss.

senza la sottoscrizione di quest'ultimo⁴⁴. Pertanto, nel caso di specie, c'è da chiedersi se, in mancanza della firma della banca possa assumersi da altri elementi esterni al contenuto contrattuale, un valido consenso delle parti.

Sotto un profilo generale, è stato evidenziato, nel corso della presente trattazione, che l'accordo negoziale si perfeziona mediante l'incontro delle volontà dei contraenti, *indipendentemente dal modo in cui esse vengano esteriorizzate*⁴⁵. Invero, in giurisprudenza, è stato ribadito che «*per la sussistenza di una scrittura privata contrattuale è necessario che dal documento emerga il reciproco consenso delle parti [...], ma non che si adottino particolari formule per esprimere tale consenso...*»⁴⁶.

Coerentemente, nel caso in esame, i giudici hanno evidenziato che il consumatore bancario debba essere «*puntualmente e compiutamente informato su tutti gli aspetti della vicenda contrattuale*» (v. pt. 7)⁴⁷ anche mediante la mera predisposizione, ad opera dell'intermediario, di «*supporti cartacei*» o di «*bozze del documento*». Sotto quest'angolo visuale, sembra corretta l'impostazione secondo la quale, la sottoscrizione dell'intermediario sarebbe «*irrilevante per il perfezionamento e per l'efficacia del negozio*» posto che l'onere formale di cui all'art. 23 t.u.f. sembrerebbe voler proteggere esclusivamente l'investitore (v. pt. 9)⁴⁸.

44 Sul punto, G. LA ROCCA, *Sottoscrizione e "forma informativa" nei contratti del mercato finanziario*, cit., p. 15.

45 Sul punto, M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, cit., p. 239.

46 In tali termini si è espressa la Cass., 23 dicembre 2004, n. 23966, secondo la quale elemento imprescindibile del contratto rimane il reciproco consenso delle parti ex art. 1321 c.c. e non è richiesto «*...che si adottino particolari formule per esprimere tale consenso, che può essere manifestato da uno dei contraenti con la semplice sottoscrizione "per accettazione" delle dichiarazioni fatte in prima persona dall'altro; né occorre che l'incontro delle volontà sia contestuale, potendo esso risultare da documenti diversi, anche cronologicamente distinti, ed essendo al pari possibile che uno stesso documento, originariamente sottoscritto da una sola parte, venga sottoscritto in un secondo tempo dall'altra, oppure che questa, senza sottoscriverlo, lo produca in giudizio con il dichiarato intento di avvalersi del contenuto negoziale di esso nei confronti del suo autore*». Si conforma a tale indirizzo la Cass., 22 marzo 2012, n. 4564. Si evidenzia che con una netta inversione di tendenza, gli Ermellini, hanno ritenuto essere requisito *ad substantiam* anche la firma dell'intermediario e che essa non possa essere sostituita dalla produzione in giudizio, dal parte dell'istituto bancario, del contratto non sottoscritto. Si esclude, altresì, che la dicitura, presente sull'atto, «*prendiamo atto che una copia del presente contratto ci viene rilasciata debitamente sottoscritta da soggetti abilitati a rappresentarvi*» possa vincolare le parti, in assenza di entrambe le firme. Cfr. Cass., 24 marzo 2016, n. 5919. Si conforma a tale indirizzo la Cass., 27 aprile 2016, n. 8396.

47 In tal senso, in dottrina, si rinvia a M. PELLEGRINI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 855; F. ANTICO, *Il contratto e gli obblighi di comunicazione al cliente*, cit., p. 230 ss.; L. PONTIROLI, P. DUVIA, *Il formalismo nei contratti dell'intermediazione finanziaria ed il recepimento della MIFID*, cit., p. 169 ss.

48 Cfr. Cass., 22 marzo 2013, n. 7283, in *D & G*, 2013, p. 345 ss., con nota di A.M. BASSO, *La banca deve risarcire il danno per le intermediazioni finanziarie non autorizzate e nulle*; Cass.,

Appare, quindi, condivisibile la tesi secondo la quale nella summenzionata ipotesi, si assiste ad una «*degradazione del documento sottoscritto dal risparmiatore, da proposta o accettazione ex art. 1326 c.c. di un contratto formale, ad una sorta di modulo d'ordine rilevante alla stregua dell'art. 1327 c.c.*»⁴⁹. Se ne deduce che la forma scritta è strumentale a far in modo che il cliente sia in grado di conoscere i contenuti contrattuali sicché la sua sottoscrizione autorizzerebbe la banca ad eseguire i servizi di investimento⁵⁰.

È appena il caso di precisare, inoltre, che l'art. 23 t.u.f. prevede la possibilità di manifestare accordi contrattuali facendo ricordo a modalità alternative a quella scritta. Si ha riguardo, sul punto, alla possibilità che in «*determinate ragioni tecniche*» o per «*la natura professionale dei contraenti*» (a mero titolo esemplificativo si considerino i contratti stipulati per via telematica o con clienti diversi dai *retail*⁵¹), «*la CONSOB, sentita la Banca d'Italia*» preveda «*con regolamento*⁵² *che particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma*».

Occorre far presente che la giurisprudenza⁵³ ha, di recente, mutato orientamento ritenendo necessaria la sottoscrizione *ad substantiam* del cliente e dell'intermediario; da qui il rischio che gli investitori chiedano la nullità del contratto o del singolo ordine eseguito, in un primo momento senza contestazioni, eccependo la carenza della firma dell'intermediario al solo fine di vedere rimborsato quanto perso⁵⁴. Potrebbe addirittura prospettarsi l'ipotesi che il cliente, sebbene in possesso di una copia sottoscritta dalla banca, ne nasconda l'esistenza; tali *escamotage* consenti-

27 aprile 2017, n. 10447, pt. 4, «...è indispensabile la sottoscrizione ad opera del cliente al contratto-quadro, essendo il requisito di forma posto a protezione esclusiva del medesimo...».

49 Sul punto, G. LA ROCCA, *Sottoscrizione e "forma informativa" nei contratti del mercato finanziario*, cit., p. 5.

50 Cfr. Trib. Novara, 2 novembre 2009, in *Giur.it.*, 2010, p. 601 ss., con nota di G. Cottino, *La responsabilità finanziari. Un quadro ben delineato: con qualche novità e corollario*.

51 Per la distinzione tra clientela *retail* e professionale, si rinvia, *ex multis*, a M. PELLEGRINI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2015, p. 553 ss.

52 Cfr. gli artt. 7 e 8 reg. (CE) n. 1287/2006; artt. 57 e 76 reg. Intermediari (CE) n. 16190/2007.

53 Cfr. Cass., 24 marzo 2016, n. 5919.

54 Secondo la Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, cit., p. 70 ss., «*L'uso selettivo della nullità è coerente con il peculiare regime giuridico delle nullità di protezione. L'investitore che non può interferire nella formazione del contratto a causa dell'asimmetria negoziale che ne costituisce una delle principali caratteristiche, è libero di decidere di avvalersi dell'eccezione di nullità e di limitarne gli effetti restitutori senza travolgere per intero gli investimenti eseguiti*». Per un approfondimento sul tema, cfr. V. SANGIOVANNI, *Mancata sottoscrizione e forma del contratto di intermediazione finanziaria*, cit., 147.

rebbero agli investitori di paralizzare solo le operazioni in perdita⁵⁵, con conseguenti esborsi da parte degli istituti creditizi.

Alla luce di quanto esposto, e, condividendo il principio di diritto sancito dalle SS.UU. nel 2007⁵⁶ secondo cui le norme in materia di intermediazione finanziaria devono tutelare gli interessi dell'investitore e assicurare la stabilità dei mercati, pare opportuno propendere per l'orientamento per il quale la sottoscrizione dell'investitore è richiesta *ad substantiam*, laddove l'intermediario può liberamente scegliere la modalità attraverso cui manifestare il proprio consenso.

55 Avverso l'uso selettivo della nullità, parte della giurisprudenza ha fatto ricorso all'istituto della convalida tacita del contratto quadro derivante dalla condotta del cliente il quale, non avendo eccepito l'invalidità delle operazioni collegate al contratto quadro viziato, ha dimostrato di volersene avvalere. Cfr. Trib. Verona, 1 ottobre 2009, n. 2226. Il Trib. Torino, 11 febbraio 2011, ha, invece, fatto leva sul principio di buona fede e sul divieto di abuso di diritto per respingere le pretese del contraente debole in quanto un tale uso di una situazione giuridica soggettiva non è tutelata dal sistema.

56 Cass., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Banca, borsa, tit. credito*, cit., p. 133; M. GUERNELLI, *L'intermediazione finanziaria fra tutela del mercato, legislazione consumeristica e orientamenti giurisprudenziali*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 360 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *Regolamentazione del mercato finanziario e principio di trasparenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 992 ss.

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 22 giugno 2017, n. 15470

Società di capitali – Responsabilità degli amministratori – Business judgment rule – Insindacabilità delle scelte di gestione – Dovere di agire con diligenza – Adeguatezza degli assetti – Dovere di agire in modo informato

In tema di responsabilità dell'amministratore di una società di capitali per i danni cagionati alla società amministrata, l'insindacabilità del merito delle sue scelte di gestione (c.d. business judgment rule) trova un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse, da compiersi sia ex ante, secondo i parametri della diligenza del mandatario, alla luce dell'art. 2392 c.c., sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo, e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere.

(Omissis)

MOTIVI DELLA DECISIONE - 1. Con il primo motivo di ricorso (nullità del procedimento e della sentenza ex art. 360, co. 1, n. 4, c.p.c., per violazione dell'art. 116, co. 1, c.p.c., art. 652, co. 1, c.p.c., e art. 2909 c.c.) il ricorrente censura la decisione impugnata nella parte in cui, affermando l'avvenuta alterazione, falsificazione e non inerenza delle note spese presentate, per ottenere i rimborsi delle somme anticipate, alla società di appartenenza, non avrebbe considerato il giudicato penale sugli stessi fatti, così come accertati nella sentenza (acquisita nel giudizio di appello) di assoluzione dell'imputato con la formula de "il fatto non sussiste" (essa, infatti, era stata prodotta ed ammessa con ordinanza istruttoria dalla Corte di Appello, al pari della perizia contabile del perito nominato in sede penale).

1.1. In applicazione degli artt. 652 e 654 c.p.p., il giudicato penale di assoluzione avrebbe un effetto preclusivo della condanna nel giudizio civile, contenendo un effettivo e specifico accertamento circa l'insussistenza del fatto o della partecipazione dell'imputato.

2. Con il secondo e terzo motivo di ricorso (nullità del procedimento e della sentenza ex art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c., per violazione dell'art. 116, co. 1, c.p.c.; nullità della sentenza ex art. 360, co. 1, n. 4, c.p.c., per violazione dell'art. 132, co. 1, n. 4, c.p.c., (contraddittoria motivazione) e nullità per omesso esame circa un fatto decisivo del giudizio, oggetto di discussione

tra le parti, *ex art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c.*,) il ricorrente censura la decisione impugnata, con riferimento al menzionato giudicato, sia per non aver preso in esame tutta la documentazione proposta dal (*omissis*) sia per non aver giustificato detta esclusione.

2.1. Il Giudice di Appello civile non avrebbe dovuto ritenere responsabile il (*omissis*) delle falsificazioni ed alterazioni di documenti, una volta considerata la sentenza penale di assoluzione e la sottesa relazione peritale (redatta dal Prof. (*omissis*)) che, laddove irrilevanti, avrebbero imposto un obbligo motivazionale, invece non assolto.

2.2. Né sarebbero stati esaminati, ingiustificatamente, i documenti riguardanti l'acquisto dei biglietti aerei e di alcuni beni non ritrovati nella sede del (*omissis*), perché distribuiti o utilizzati per le precise finalità cui erano stati destinati (denuncia di furto/smarrimento di un cellulare; biglietti aerei per la presenza (documentata nei verbali) alle sedute del C.d.A. del 29 marzo, del 18 aprile e del 16 maggio 2002; lettera della (*omissis*) del 27 dicembre 2001).

3. Con il quarto motivo di ricorso (violazione e falsa applicazione, *ex art. 360, co. 1, n. 3, c.p.c.*, dell'art. 2392 c.c.) il ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte d'Appello ha qualificato i contratti stipulati dal ricorrente, nella qualità, con la (*omissis*) e con la (*omissis*) come atti arbitrari e, quindi, contrari ai doveri dell'amministratore avveduto, senza accorgersi che, in tal modo, il giudice si sarebbe ingerito nelle scelte di gestione dell'amministratore, tramite un giudizio formulato *ex post* e basato su presunzioni.

3.1. Non sarebbe possibile imputare all'amministratore di una società, a titolo di responsabilità, le scelte economiche, considerate inopportune, tutte le volte che queste attengono ad una valutazione discrezionale.

3.2. Infatti, non potrebbe essere causa di responsabilità il semplice infelice risultato di una scelta compiuta, tanto più che la mancata esecuzione integrale dei contratti non sarebbe imputabile al Sig. (*omissis*) sol che si consideri che nessuno avrebbe potuto sapere se le società sarebbero state in grado di mantenere gli impegni assunti oppure no.

4. Con il quinto, sesto, settimo e ottavo motivo di ricorso il ricorrente censura la decisione impugnata innanzitutto per nullità del procedimento e della sentenza (*ex art. 360, co. 1, n. 4, per violazione dell'art. 2697, co. 1, c.c.*, e art. 115 co. 1, c.p.c.) nella parte in cui essa non rappresenta alcun elemento probatorio che possa fondare il giudizio sulla responsabilità dell'amministratore; in secondo luogo, per omesso esame circa un fatto decisivo del giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti (*ex art. 360, co. 1, n. 5*), nella parte in cui la Corte d'Appello non ha tenuto conto, senza darne alcuna motivazione, del fatto che i predetti contratti non vennero in parte eseguiti perché i nuovi amministratori del consorzio diffidarono le due società contraenti a non darvi esecuzione; in terzo luogo, per nullità della sentenza (*ex art. 360, co. 1, n. 4, c.p.c.*, per violazione dell'art.

132, co. 1, n. 4, c.p.c., (contraddittoria motivazione)) e per omesso esame di un fatto decisivo del giudizio, stato oggetto di discussione tra le parti (ex art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c.) nella parte in cui la Corte d'Appello, anche nel capo di essa dedicato ai predetti contratti, avrebbe completamente omesso l'esame della sentenza penale di assoluzione relativa ai medesimi fatti imputatigli nel giudizio civile, senza darne motivazione alcuna.

4.1. In particolare, la Corte distrettuale avrebbe del tutto ignorato, quanto il (*omissis*) aveva rappresentato e documentato relativamente al contratto con la (*omissis*), circa l'affidabilità e professionalità dell'operatore-contraente e circa la convenienza dell'offerta.

4.2. Ancora, quanto al primo contratto stipulato con la (*omissis*), la Corte non avrebbe tenuto conto di quanto dedotto e allegato dal (*omissis*) tra cui un articolo di un autorevole giornale inglese in cui veniva elogiata l'attività della (*omissis*) nella promozione dell'artigianato e che voleva avere la funzione di rappresentare le sue credenziali. Inoltre, la stessa sarebbe incorsa in un errore di fatto quante volte ha ritenuto essere oggetto del contratto la mera partecipazione all'evento e non l'organizzazione dello stesso con successiva partecipazione.

4.3. Infine, relativamente al secondo contratto stipulato con la (*omissis*), il Giudice d'appello non avrebbe tenuto conto di quanto allegato dal (*omissis*) e avrebbe fondato la sua decisione su una presunzione fondata su una mera analogia con il primo contratto giungendo, così, alla conclusione che il secondo non avrebbe potuto non avere gli stessi vizi del primo.

5. Con il nono motivo di ricorso (nullità del procedimento e della sentenza ex art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c., per violazione dell'art. 116, co. 1, c.p.c.; nullità della sentenza ex art. 360, co. 1, n. 4, c.p.c., per violazione dell'art. 132, co. 1, n. 4, c.p.c., e omesso esame di un fatto decisivo del giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti ex art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c.) il ricorrente censura la decisione impugnata nella parte in cui, relativamente al primo contratto stipulato con la (*omissis*), viene equivocato il contenuto dello stesso essendo indicato erroneamente nella motivazione della sentenza che per il contratto di servizi di organizzazione e gestione della partecipazione alla manifestazione (*omissis*) pagò ad (*omissis*) Euro 65.073,56.

5.1. La somma riportata si riferirebbe alla cifra pattuita ma non a quella versata. Infatti, (*omissis*) avrebbe pagato, al momento della stipula, solo l'importo corrispondente all'IVA e, successivamente, solo la metà dell'imponibile, restando l'altra metà mai corrisposta.

6. Con il decimo motivo di ricorso (nullità del procedimento e della sentenza ex art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c., per violazione dell'art. 116, co. 1, c.p.c.; nullità della sentenza ex art. 360, co. 1, n. 4, c.p.c., per violazione dell'art. 132, co. 1, n. 4, c.p.c., (contraddittoria motivazione) e omesso esame di un fatto decisivo del giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti ex art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c.) il ricorrente censura la decisione

impugnata nella parte in cui, relativamente al secondo contratto stipulato con la (*omissis*), viene equivocato il contenuto dello stesso essendo indicato erroneamente nella motivazione della sentenza che per il contratto di realizzazione del *database* informatizzato delle imprese artigiane e del relativo supporto cartaceo (*omissis*) avrebbe pagato ad (*omissis*) L. 160.000.000.

6.1. Anche in tal caso la cifra si riferirebbe alla somma pattuita e non versata. (*omissis*) pagò oltre l'IVA (20%) solo il 50% dell'imponibile e, pertanto, la condanna in appello dell'intero ammontare dovrebbe ritenersi infondata.

7. Con l'undicesimo motivo di ricorso (nullità per omesso esame di un fatto decisivo del giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti ex art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c., e dalla consequenziale violazione e falsa applicazione art. 1460 c.c.), il ricorrente censura la decisione impugnata nella parte in cui, una volta riconosciuto l'inadempimento del contratto di amministrazione da parte del (*omissis*), ha rigettato la domanda di pagamento dei compensi professionali dallo stesso avanzata.

7.1. L'accoglimento dei motivi sopra proposti escluderebbe qualsiasi responsabilità del (*omissis*) e, consequenzialmente, non giustificerebbe l'accoglimento dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c.

8. Con il dodicesimo motivo di ricorso (nullità per omesso esame di un fatto decisivo del giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti ex art. 360 co. 1, n. 5, c.p.c.) il ricorrente censura la decisione impugnata nella parte in cui viene disattesa la pretesa del (*omissis*) di compenso per l'attività giornalistica resa in favore di (*omissis*) non avendo la Corte d'Appello considerato, ai fini della sua statuizione, il numero della rivista "*omissis*", già depositato in atti.

8.1. Inoltre, senza motivare, la Corte avrebbe escluso dal suo ragionamento altri due numeri della suddetta rivista, allegati dal (*omissis*) a sostegno delle sue argomentazioni come prova dell'attività svolta.

9. Infine, con il tredicesimo motivo di ricorso (nullità per omesso esame di un fatto decisivo del giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti ex art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c., e consequenziale nullità del procedimento per violazione e falsa applicazione dell'art. 91 c.p.c.) il ricorrente censura la decisione impugnata nella parte in cui le spese vengono interamente poste a carico del (*omissis*), atteso che l'accoglimento degli innanzi detti motivi ne escluderebbe la responsabilità e, pertanto, anche le spese.

10. I primi tre motivi, per la loro stretta interconnessione, vanno trattati congiuntamente, ma respinti perché infondati.

10.1. In ordine alla questione dei presupposti dell'efficacia diretta del giudicato penale di assoluzione del convenuto, nel giudizio civile, risulta fondata l'eccezione sollevata dalla società resistente, che ha richiamato il (a sé favorevole) principio di diritto affermato da questa Corte (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 3820 del 2010), che qui si riconferma, a termine del

quale, «in materia di rapporti tra giudizio civile e penale, l'art. 652 c.p.p., innovando rispetto alla disciplina di cui al previgente sistema, fondato sulla prevalenza del processo penale su quello civile, si ispira al principio della separatezza dei due giudizi, prevedendo che il giudizio civile di danno debba essere sospeso soltanto allorché l'azione civile, ex art. 75 c.p.p., sia stata proposta dopo la costituzione di parte civile in sede penale o dopo la sentenza penale di primo grado, in quanto esclusivamente in tali casi si verifica una concreta interferenza del giudicato penale nel giudizio civile di danno, che pertanto non può pervenire anticipatamente ad un esito potenzialmente difforme da quello penale in ordine alla sussistenza di uno o più dei comuni presupposti di fatto».

10.2. Alla luce del menzionato principio di diritto non sussistono, pertanto, le lamentate violazioni di legge (espresse, soprattutto, con i primi due motivi di ricorso), non avendo il giudice di appello violato la regola della limitata interferenza del giudicato penale in sede civile, per la palese diversità delle parti dei due giudizi (uno civile e l'altro penale) posti tra di loro a raffronto.

10.3. Tuttavia, resta da valutare l'omessa considerazione della motivazione contenuta nel giudicato penale assolutorio, anche in ragione dell'avvenuta acquisizione istruttoria della sentenza resa nel giudizio penale e della perizia (espletata nel corso del relativo giudizio) che la sorreggeva.

10.3.1. Elementi, tuttavia, che non possono dirsi non considerati dal giudice (sicché il silenzio da lui serbato in ordine a tali fatti, avendo un ruolo rilevante e centrale, potrebbe configurare il vizio di motivazione omessa) in difetto di un'autosufficiente esposizione delle parti della sentenza penale richiamata che si assumono utili a smentire la ricostruzione degli addebiti da parte del giudice civile (di primo e di secondo grado).

10.3.2. In sostanza, non avendo il ricorrente posto a raffronto ed enumerato gli episodi di *mala gestio* (e le relative motivazioni svolte al riguardo dal giudice civile), con le presunte reciproche considerazioni critiche illustrate nel giudicato penale assolutorio dell'odierno ricorrente, la censura appare del tutto inammissibile, per la sua palese non autosufficienza e decisività delle censure (in tal senso solo generiche).

10.3.3. Del resto, il giudice del merito, salvo il solo limite dell'incongruità della motivazione (Cass. n. 27162 del 2009 e n. 6288 del 2011), può ben scegliere, tra le risultanze probatorie, quelle, tra esse, ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, integrando un tipico apprezzamento di fatto riservatogli in via esclusiva. Questi, nel porre a fondamento del proprio convincimento e della propria decisione una fonte di prova con esclusione di altre, privilegiando una ricostruzione circostanziale a scapito di altre (pur astrattamente possibili e logicamente non imprevedibili), non incontra altro limite che quello di indicare le ragioni del proprio convincimento, senza, peraltro, essere tenuto ad affrontare e discutere ogni singola risul-tanza processuale ovvero a confutare qualsiasi deduzione difensiva (Cass.

n. 6260 del 2012).

10.3.4. E le Sezioni Unite di questa Corte, con la sentenza n. 8053 del 2014, hanno affermato che «l'omesso esame di elementi istruttori non integra di per sé vizio di omesso esame di un fatto decisivo, se il fatto storico rilevante in causa sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, benché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie».

11. Il quarto motivo di cassazione censura la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte d'Appello ha qualificato come "atti arbitrari" e, quindi, contrari ai doveri dell'amministratore avveduto, i contratti stipulati dal ricorrente con le più volte menzionate due società rimaste inadempienti, non potendosi imputare all'amministratore, a titolo di responsabilità, le scelte economiche, considerate inopportune, tutte le volte che queste attengono ad una loro valutazione discrezionale, pena l'ingerenza del giudice nelle scelte di gestione dell'amministratore, con un giudizio formulato *ex post* e basato su presunzioni svolte sulla base del semplice infelice esito di una scelta amministrativa e gestionale compiuta.

11.1. Osserva, tuttavia, la Corte che se è vero che, secondo il proprio pacifico orientamento giurisprudenziale (Cass. Sez. 1, Sentenze n. 3652 del 1997 e 3409 del 2013), «all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità *ex art.* 2392 c.c. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico» (atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società), e che sulla base di quella stessa elaborazione si è precisato che se «il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione (o le modalità e circostanze di tali scelte)», «anche se presentino profili di rilevante alea economica», è pur vero tuttavia che, in tal tipo di giudizio, può ben sindacarsi «l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità», e perciò anche «la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere».

11.2. Così questa Corte (ancora Sez. 1, Sentenza n. 28669 del 2013), facendo applicazione dei richiamati principi, ha affermato la sussistenza della responsabilità degli amministratori che, in un caso di apporto economico da parte della detta società in favore di un'altra, non avevano predisposto le cautele necessarie, corredando le proprie scelte con le verifiche, le indagini e le informazioni preventive normalmente richieste in riferimento alla concreta scelta operata («dal momento che, ove l'apporto si traduca in un finanziamento concesso alla società terza (capitale di debito), l'obbligo della sua restituzione *ex art.* 1813 c.c. implica il rischio della difficoltà di adempiere della mutuataria ovvero della sua insolvenza; se, invece, l'investimento si risolve in un conferimento ai sensi dell'art. 2343

c.c. (capitale di rischio), il relativo rimborso non potrebbe nemmeno essere disposto durante la vita della società, ma solo in sede di sua liquidazione»).

11.3. Lo stesso giudizio, nel caso che si esamina, ha dato la Corte a quo, la quale ha qualificato come “arbitraria” la stipulazione dei tre contratti - oggetto della denuncia di responsabilità e perciò anche dell'accertamento giudiziale-, sia con riferimento all'oggetto del negozio (in taluni casi mai realizzatosi) sia con riguardo alla scelta dei contraenti, per la totale assenza dei requisiti di professionalità delle ditte prescelte dall'amministratore, e perché conclusi con l'anomala condotta della società committente di eseguire immediatamente il pagamento del corrispettivo, e ciò anche per importi reputati economicamente considerevoli.

11.4. Come si vede, il giudizio dato dalla Corte di merito non è affatto fuoriuscito dal quadro dei principi già tracciati da questa Corte, sulla base delle valutazioni compiute (alle pp. 8-10 della sentenza) in ordine alla conclusione e all'esecuzione degli accordi negoziali (tutti posti in essere nel corso dell'anno 2001), sebbene soggette alla regola della diligenza del mandatario (in base al previgente testo dell'art. 2392 c.c.: cfr. la Sentenza di questa Corte, 1 sez., n. 17441 del 2016), e non ancora a quella, ora necessaria, della diligenza professionale esigibile *ex art.* 1176 c.c., comma 2.

11.5. Il giudizio del giudice distrettuale, infatti, è stato rettamente reso non solo perché esso ha tenuto conto, con formulazione *ex ante*, della non ragionevolezza delle scelte esercitate dall'amministratore ma anche in considerazione della evidenza mancata adozione delle cautele necessarie e consuetudinarie, con la scelta - invero poco prudente - evidenziatasi con la corresponsione di una parte notevole del corrispettivo al momento della sola sottoscrizione dell'accordo negoziale.

11.6. La sentenza è pertanto corretta ed immune dai vizi ipotizzati, in base al principio di diritto, di cui ha fatto applicazione il giudice di merito, e che si formula come di seguito:

in tema di responsabilità dell'amministratore di una società di capitali (nella specie, per azioni) per i danni cagionati alla società amministrata, l'insindacabilità del merito delle sue scelte di gestione (cd. *business judgment rule*) trova un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse, da compiersi sia *ex ante*, secondo i parametri della diligenza del mandatario, alla luce dell'art. 2392 c.c. (nel testo applicabile *ratione temporis*), sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere.

12. I motivi del ricorso, dal quinto all'ottavo, ponendo l'accento su fatti non valutati o mal considerati e su risultanze emergenti dalla sentenza penale assolutoria o da ulteriori elementi, si risolvono in una richiesta di

riesame del merito delle valutazioni già compiute dal giudice di appello, correttamente, alla luce dei principi richiamati, in base ai quali deve escludersi – con riferimento ai tre contratti contestati e abusivamente conclusi – che la valutazione giudiziale si sia intromessa in ordine al merito discrezionale del potere gestorio dell'amministratore, avendo invece analizzato il suo comportamento imprudente, arbitrario e poco cauto, perciò fonte di responsabilità dei danni cagionati alla società amministrata.

12.1. Infatti, con i detti mezzi, il ricorrente indugia piuttosto nella evocazione di una lettura delle risultanze processuali difforme da quella operata dalla Corte territoriale, muovendo censure non accoglibili perché, come si è sopra detto, la valutazione delle risultanze probatorie, al pari della scelta di quelle – fra esse – ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, postula un apprezzamento di fatto riservato in via esclusiva al giudice di merito.

13. Anche il nono e il decimo mezzo, tra di loro analoghi, in quanto contestano che il giudice di appello abbia proceduto alla quantificazione del danno non avvedendosi che l'esborso anticipato, per ciascuno dei due contratti, sarebbe stato del solo 50% del corrispettivo pattuito e non dell'intero, introducono un tema d'indagine del tutto nuovo che, mancando dei necessari autosufficienti supporti, relativi alle domande (ed eccezioni) del gravame, non sono ammissibili in sede di legittimità.

14. L'undicesimo mezzo, inoltre, introduce la questione della non spettanza dei compensi professionali all'amministratore resosi responsabile dell'arbitraria gestione della società oltre che di richieste di rimborsi e di spese del tutto ingiustificate. Tali compensi, che sono stati negati dal giudice di appello sulla base dell'eccezione formulata dalla società, ex art. 1460 c.c., in ragione della *mala gestio* e del rilevante inadempimento del contratto di amministrazione, che avrebbe paralizzato il diritto alla controprestazione, vengono censurati in questa sede non già sul piano della compatibilità del rimedio, in astratto e sul piano normativo ma, in conseguenza dell'"accoglimento dei superiori motivi di ricorso", che – secondo la prospettazione del ricorrente – dovrebbero travolgere anche questa parte della sentenza.

14.1. Ma, come si è visto, le questioni poste con i motivi dal primo al decimo, dianzi esaminati, sono state invece o respinte o dichiarate inammissibili, sicché la censura in esame, proposta come innanzi detto in via consequenziale, non può che essere rigettata.

15. Il dodicesimo mezzo (riguardante la pretesa del (*omissis*) a un compenso per l'attività giornalistica resa in favore di (*omissis*) e con riferimento alla rivista), a sua volta, è inammissibile perché non autosufficiente e tendente ad un riesame del merito della doglianza.

16. Il tredicesimo (spese di lite) è infondato non ravvisandosi alcuna violazione di legge nella decisione di porre a carico del ricorrente (soccumbente) le spese della fase di merito.

17. In conclusione, il ricorso è complessivamente infondato e, pertanto, da respingere, con le conseguenze di legge: a) le spese dell'odierno giudizio, a carico del ricorrente soccombente, liquidate come da dispositivo; b) l'enunciazione dell'esistenza dei presupposti per il raddoppio del contributo unificato.

P.Q.M.

La Corte, rigetta il ricorso proposto e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali che liquida, in favore della controricorrente, in complessivi Euro 6.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre alle spese generali forfettarie ed agli accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, co. 1-*quater*, inserito dalla l. n. 228 del 2012, art. 1, co. 17, dichiara che sussistono i presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della 1a sezione civile della Corte di cassazione, il 27 marzo 2017.

Depositato in Cancelleria il 22 giugno 2017.

Responsabilità degli amministratori di s.p.a. *Business judgment rule* e limiti all'insindacabilità delle scelte di gestione

Sofia Mansoldo

(Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato e persona
all'Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

Abstract The author comments on the recent decision of the Supreme Court concerning the important issue of directors' duties and responsibilities. The judgment of June 22nd 2017, n. 15470, invokes the *business judgment rule* which is a legal principle that grants directors, managers and agents of a company immunity from lawsuits relating to corporate transactions when it is found that they have acted in good faith and in the best interest of the company. If it is correct to state that the bad management of the directors is likely to generate a responsibility for them in violation of the duties imposed by the law, it is equally true that the *business judgment rule* protects the content of management decisions in terms of convenience but also of opportunities, profitability and profit-ability, except on the assumption of evident irrationality. In the case in point the Court ruled that the *business judgment rule* cannot be applied because of the irrational decisions made by the director in the absence of an adequate decision-making process.

Sommario 1. Il caso. – 2. La responsabilità degli amministratori di s.p.a. e il *safe harbour* della *business judgment rule*. – 3. Il dovere di predisporre assetti adeguati in funzione alla definizione e al monitoraggio dei rischi aziendali quale espressione dei principi di corretta amministrazione. – 4. Il dovere di agire in modo informato. – 5. Osservazioni conclusive: la ragionevolezza quale limite all'insindacabilità delle scelte di gestione.

1 Il caso

Con la sentenza in epigrafe, la Suprema Corte torna a pronunciarsi sull'importante questione della responsabilità degli amministratori di società di capitali, facendo richiamo alla *business judgment rule*, noto principio originatosi dall'esperienza della giurisprudenza americana¹, in base al quale i detentori della funzione gestoria non possono essere chiamati a rispondere nel merito e nell'opportunità delle proprie scelte di gestione.

Nel caso di specie, una società consortile per azioni conviene in giudizio l'ex presidente del consiglio di amministrazione, affinché sia pronunciata dal giudice di primo grado una sentenza di condanna nei confronti del medesimo per atti e comportamenti posti in essere nel periodo dell'incarico di gestione. L'azione è proposta in quanto l'amministratore, sulla base di

¹ Per un'analisi dei doveri e delle responsabilità degli amministratori nel diritto americano v., *ex multis*, D. SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, p. 206 ss.

spese artefatte nonché fraudolentemente maggiorate e con causali non inerenti l'attività sociale, avrebbe ricevuto dalla società rimborsi non dovuti e, oltre a ciò, avrebbe stipulato contratti con altre imprese pur se privi di alcuna utilità per la società. Il giudice di prime cure se da un lato ravvisa la responsabilità dell'amministratore relativamente ai fatti contestati dalla società, dall'altro accoglie parzialmente la domanda riconvenzionale presentata dall'ex presidente per il riconoscimento di alcuni compensi richiesti per l'attività svolta nel periodo della carica. Avverso tale sentenza il medesimo propone appello.

In sede di secondo grado di giudizio, il giudice condanna l'ex presidente al risarcimento dei danni subiti dalla società, senza che sia ad esso riconosciuto alcun credito per i compensi richiesti in ragione dell'attività esercitata prima della conclusione del mandato gestorio. Più specificatamente, la Corte d'Appello qualifica come "arbitraria" la stipulazione da parte dell'amministratore dei contratti oggetto dell'azione di responsabilità, sia per quanto concerne l'oggetto del negozio, in taluni casi mai realizzatosi, sia per quanto riguarda la totale assenza dei requisiti di professionalità in capo alle imprese scelte. Il giudizio fonda anche in considerazione della scelta poco prudente operata dall'amministratore, che consiste nell'aver pagato una parte rilevante del corrispettivo al momento della sottoscrizione dell'accordo negoziale.

Nei confronti della decisione assunta dalla Corte d'Appello, l'ex presidente del consiglio di amministrazione propone ricorso per Cassazione, appellandosi, in particolare, all'insindacabilità nel merito dell'opportunità delle scelte gestorie. Il ricorrente censura, infatti, la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte territoriale dispone che il medesimo avrebbe agito in modo contrario ai doveri dell'amministratore avveduto, in quanto il giudice si sarebbe ingerito così nelle scelte di gestione con un giudizio formulato *ex post* e basato su mere presunzioni. Il ricorrente, richiamando il principio della *business judgment rule*, deduce, invero, che non possono essere imputate all'amministratore a titolo di responsabilità le scelte economiche, considerate inopportune, tutte le volte in cui queste attengono ad una loro valutazione discrezionale, così come non può essere causa di responsabilità il semplice infelice esito della scelta operata.

La Corte di Cassazione, seguendo un orientamento giurisprudenziale ormai largamente condiviso e consolidato, dispone che in tema di responsabilità degli amministratori di società di capitali, per i danni cagionati alla società, l'insindacabilità nel merito delle scelte di gestione trova un limite nella valutazione della ragionevolezza delle stesse. La Suprema Corte rigetta, pertanto, il ricorso presentato dall'ex presidente del consiglio di amministrazione, confermando così la condanna al risarcimento dei danni subiti dalla società in funzione delle negligenti scelte di gestione.

Da ultimo, vale precisare che la pronuncia qui commentata concerne fatti compiuti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 6/2003, per cui, seppur

si faccia riferimento alla formulazione delle disposizioni codicistiche in vigore prima della riforma del diritto societario, si ritiene che la tematica oggetto di analisi sia tuttora meritevole di interesse, in quanto offre utili spunti di riflessione anche alla luce delle significative novità introdotte dall'anzidetta riforma organica del 2003.

2 La responsabilità degli amministratori di s.p.a. e il *safe harbour* della *business judgment rule*

I recenti scandali finanziari hanno finito per porre ancora una volta al centro dell'attenzione del dibattito dottrinale la delicata questione dei doveri e delle conseguenti responsabilità degli amministratori di società di capitali, in particolare per quanto attiene i criteri valutativi da utilizzare al fine di determinare entro quali limiti ed in quali forme i gestori possono essere chiamati a rispondere del loro operato. A ben vedere lo *standard* di diligenza richiesta agli amministratori, accanto al principio della *business judgment rule*, rappresenta senz'altro un tema tra i più importanti e dibattuti del diritto societario, posto che in esso si riflette la *vexata quaestio* della sindacabilità degli atti di gestione e, perciò, del limite oltre il quale non può spingersi la valutazione operata in sede giudiziale nell'ambito di un'azione di responsabilità.

Per avviare la riflessione è opportuno prendere le mosse dalla considerazione per cui in tema di responsabilità degli amministratori di società di capitali si pone il problema di individuare un punto di equilibrio fra esigenze contrapposte². Da un lato vi è, infatti, la necessità di disegnare una disciplina che possa porsi quale «deterrente, sul piano risarcitorio, al compimento di atti forieri di nocimento per la società e per i terzi»³, mentre, dall'altro, vi è quella di evitare che un smisurato rigore nella definizione dei profili di responsabilità possa comportare una totale para-

2 Sul punto v. C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 675.

3 Così S. AMBROSINI, *La società per azioni. La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato di diritto commerciale*, IV, diretto da G. Cottino, Padova, 2010, p. 658. In argomento v. altresì R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 102, il quale osserva che la responsabilità degli amministratori costituisce la più salda garanzia per assicurare il corretto esercizio dei loro poteri. In particolare, «la minaccia del risarcimento del danno, se si vuole adoperare una metafora, è il peso che la legge colloca sull'altro piatto della bilancia, a fronte del potere, per assicurare un perfetto equilibrio nella conduzione efficiente della società». Analogo rilievo anche in A. TINA, *Lesonerò da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, p. 4 ss., il quale osserva che la responsabilità dell'organo amministrativo costituisce «un baluardo insuperabile posto a tutela del generale interesse della corretta gestione della società».

lisi dell'azione gestoria, in conseguenza di un'eccessiva contrazione della propensione al rischio degli amministratori⁴. Pertanto, la disciplina della responsabilità dei componenti dell'organo gestorio, nel fornire un'adeguata tutela a coloro che potrebbero essere pregiudicati dalla gestione dell'impresa, non dovrebbe in alcun caso rappresentare un ostacolo all'assunzione di iniziative imprenditoriali che proprio perché maggiormente capaci di incrementare la consistenza patrimoniale della società risultano essere, al contempo, anche le più rischiose⁵.

Ancora, ai fini della presente analisi, occorre tenere in considerazione che l'obiettivo principale degli amministratori è, come ben noto, il perseguimento dell'interesse sociale, al quale i componenti dell'organo gestorio devono pervenire operando nel rispetto del canone della diligente amministrazione (*ex art. 2392 c.c.*)⁶. Al riguardo, la riforma del diritto societario del 2003 è intervenuta per risolvere la controversa questione concernente lo *standard* di diligenza dovuta dall'amministratore, sostituendo il criterio della diligenza del mandatario (*ex art. 1710 c.c.*), con quello della diligenza «richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze». Più specificatamente, il legislatore, parametrando la diligenza in funzione della «natura dell'incarico», ha inteso richiamare il requisito della diligenza professionale, già delineatosi nella giurisprudenza ante riforma⁷, al fine di rendere possibile così una gradazione delle responsabilità a seconda del ruolo che ciascun amministratore concretamente svolge all'interno del

4 La questione è posta bene in evidenza da C. ANGELICI, *La società per azioni*, I, *Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, p. 402. In argomento v. altresì A. TINA, *op. cit.*, p. 53 ss., secondo cui "l'incertezza nella specificazione della condotta dovuta, che si riflette in una corrispondente opinabilità del giudizio di responsabilità, associata al rischio di un'eccessiva responsabilizzazione degli amministratori, da un lato, può indurre gli amministratori di società ad una gestione eccessivamente cauta e prudente (e, quindi, inefficiente) rispetto alle preferenze dei soci, con un conseguente aggravio (tendenziale) dei costi gestionali e precauzionali, a discapito sia degli interessi degli stessi soci, sia degli interessi del mercato e dell'economia in generale".

5 Al riguardo v. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 64, in particolare nt. 114; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, p. 179 ss.; F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, p. 33 ss.

6 In argomento v. R. WEIGMANN, *op. cit.*, p. 122, il quale sottolinea che «si può correttamente affermare che gli amministratori devono cercare, con la richiesta diligenza, di indirizzare l'attività economica nel modo più idoneo a realizzare l'interesse della società, e che sono responsabili se non eseguono esattamente siffatta prestazione». L'A. osserva che «sul piano normativo, non si può disconoscere che il fine cui devono tendere gli amministratori, conformemente allo scopo lucrativo che si propongono i soci, è la massimizzazione del profitto». Sul tema v. anche V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, p. 132 ss.

7 In questi termini Cass., 2 giugno 1989, n. 2867, in *Società*, 1989, p. 1034.

plenum consiliare. Nella nuova formulazione della previsione in esame, si è previsto, in aggiunta, che deve necessariamente tenersi conto delle «specifiche competenze», individuando, in questo modo, un criterio individuale e soggettivo, volto a rendere possibile una differenziazione dei profili di responsabilità anche in virtù del diverso livello di competenza, in termini di esperienze formative e professionali, di ogni singolo gestore⁸.

Ciò debitamente premesso, vale sottolineare che il sopramenzionato canone di diligenza assume un ruolo fondamentale al fine di determinare la sussistenza di un'eventuale responsabilità degli amministratori, dacché contribuisce a fissare il limite oltre il quale non può spingersi il sindacato in sede giudiziale. È in tal senso, infatti, che trova applicazione la regola della *business judgment rule*, in base alla quale il giudice, nei giudizi di responsabilità, non può sostituirsi all'amministratore nella valutazione delle scelte manageriali, dovendo limitarsi a valutare la diligenza mostrata dal medesimo nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio dell'operazione che ha posto in essere⁹.

Orbene, è opinione ormai largamente condivisa e consolidata, tanto nell'elaborazione giurisprudenziale quanto in sede dottrinale, quella secondo cui gli amministratori, se da un lato si espongono a responsabilità in violazione degli obblighi a loro imposti, dall'altro non possono essere chiamati a rispondere per il c.d. rischio d'impresa, ovvero per «tutti quegli atti (e relative conseguenze) che dipendono da fattori, elementi, o eventi, che non possono essere oggetto di controllo, o quanto meno di previsione, da parte di chi è preposto alla direzione dell'impresa»¹⁰. Ciò in quanto la responsabilità dei titolari della funzione gestoria, come rileva chiaramente ai sensi dell'art. 2392 c.c., sorge soltanto in conseguenza dell'inadempimento di una loro obbligazione e non dal semplice fatto che una scelta di gestione si sia rivelata *ex post* inopportuna o sconveniente per la società, posto che «i soci possono sperare che gli amministratori riescano nel loro compito, ma non possono imputare ad essi di non avere avuto fortuna»¹¹.

8 In argomento si rinvia alle riflessioni svolte da A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nelle società per azioni*, Padova, 2010, p. 161 ss.

9 Per un inquadramento della tematica si rinvia a AA.VV., *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della business judgment rule*, a cura di C. AMATUCCI, Milano, 2014.

10 Così A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, p. 242. Analogo rilievo anche in C. ANGELICI, *La società per azioni*, cit., p. 403.

11 Così G. FRÈ, G. SBISÀ, *Società per azioni*⁶, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1997, p. 838. La questione è sviluppata anche da F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, p. 100, il quale osserva che «non si può arrivare a sostenere che esiste un obbligo degli amministratori di amministrare con successo economico la società loro affidata».

L'estraneità al sindacato giudiziale di una valutazione concernente l'alea economica dei singoli atti compiuti nella gestione del patrimonio sociale trova giustificazione nelle caratteristiche proprie dell'attività imprenditoriale, giacché essa presuppone il sistematico compimento di decisioni in condizioni di incertezza più o meno rilevante¹². È piuttosto evidente, invero, che gli amministratori, nel dare attuazione alle operazioni necessarie per conseguire l'oggetto sociale (art. 2380 *bis* c.c.), si trovano regolarmente a dover scontare l'ineliminabile possibilità d'insuccesso dell'iniziativa economiche operate. È allora evidente che la condotta degli amministratori, ai fini della determinazione di una eventuale responsabilità, dovrà essere valutata in una prospettiva *ex ante*, prescindendo, in sostanza, dagli esiti positivi o negativi che in concreto derivano dalla scelta manageriale¹³. Così si muove, dunque, il principio della *business judgment rule*, in funzione del quale il merito delle decisioni imprenditoriali, vale a dire il contenuto delle scelte di gestione, risulta essere assistito, in termini di convenienza, ma anche di opportunità, profittabilità e remuneratività, dal *safe harbour* dell'insindacabilità, salvo il caso di manifesta irrazionalità.

Occorre rilevare che la *business judgment rule* non intende affatto esonerare l'amministratore dal dovere di comportarsi secondo i canoni della corretta e diligente gestione, sia per quanto attiene il modo del suo operare, sia per quanto concerne il suo giudizio circa i profili di rischio delle scelte attuate. È evidente, infatti, che non sarà possibile invocare siffatto principio nel caso in cui l'operazione dannosa risulti «manifestamente avventata, imprudente, o eccessivamente rischiosa, o in ogni caso compiuta nell'omissione di quelle cautele, verifiche ed informazioni normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con

12 L'assunzione di decisioni in condizione di sistematica incertezza costituisce in concreto una caratteristica imprescindibile dell'esercizio dell'attività d'impresa, posto che qualsivoglia scelta imprenditoriale è chiamata a scontare l'ineliminabile possibilità d'insuccesso. Sul punto v. per tutti M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Rivista ODC*, 2/2014, p. 1 ss.

13 Così C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, *cit.*, p. 686. Sul punto v. anche G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, p. 285, per cui la decisione imprenditoriale non è sindacabile non per una sorta di "diritto naturale", bensì semplicemente in quanto in taluni casi gli strumenti a disposizione del giudice non sono adeguati al fine di valutare la condotta degli amministratori. In argomento v. altresì R. WEIGMANN, *op. cit.*, p. 378, il quale parla di un "disagio" strutturale del giudice chiamato a sindacare le scelte gestionali degli amministratori, in quanto rileva una radicata difficoltà nel saper formulare un giudizio sufficientemente certo e con margini di errori adeguatamente contenuti. Sul tema v. anche A. TINA, *op. cit.*, p. 60, per cui il giudice chiamato a decidere sull'azione di responsabilità non può sindacare l'opportunità e la convenienza della scelta di gestione in quanto, così facendo, verrebbe a sostituire, *ex post*, la propria valutazione soggettiva a quella attuata dagli amministratori a ciò legittimati. In questi termini C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, *cit.*, p. 179 ss.; F. TALLIA, *Il dovere di diligenza e la business judgment rule*, in *NDS*, 2013, p. 17; C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, p. 585.

quelle modalità»¹⁴.

Ebbene, le pronunce giurisprudenziali susseguitesì già a partire dagli anni Settanta¹⁵ hanno affermato che, nell'ambito delle azioni di responsabilità, il giudizio sulla diligenza degli amministratori nell'adempimento del proprio mandato gestorio non può mai riguardare la scelta di gestione in sé, anche allorquando essa presenti profili di rilevante rischio economico, ma deve concernere, invece, il prodromico procedimento decisionale (*decision making process*)¹⁶ e, quindi, il rispetto dei paradigmi comportamentali tipici del buon amministratore nonché la razionalità dell'operazione¹⁷.

14 Al riguardo v. P. MONTALENTI, F. RIGANTI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2017, II, p. 780 ss. Sul tema si rinvia anche alle riflessioni svolte da M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 17, il quale osserva che sussiste una violazione del dovere di diligenza nel caso in cui dall'analisi dell'operazione, *ex ante*, rilevi che la sua attuazione è idonea a determinare il concretizzarsi di rischi tali da compromettere, in una prospettiva a medio-lungo termine, l'equilibrio finanziario e la conservazione dell'impresa. Diversamente, qualora non sia ravvisabile alcun nesso di causalità tra assunzione del rischio e probabilità di crisi o insolvenza non è possibile «contestare in sede giudiziaria la supposta "irrazionalità" o "irragionevolezza" della decisione assunta dagli amministratori». V. altresì F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma della società*, Milano, 2004, p. 179 ss., secondo cui gli amministratori sono inadempienti al loro dovere di diligenza laddove «effettuano le scelte di gestione con colpevole improvvisazione, senza informarsi e senza soppesare i vantaggi e svantaggi che l'operazione può presentare per la società». In argomento v. anche P. PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 1167 ss.

15 Per un'analisi in merito allo sviluppo dell'applicazione della *business judgment rule* nella giurisprudenza italiana si v. D. CESIANO, *L'applicazione della business judgment rule nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 949 ss.

16 In argomento v. R. RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza*, in *Società*, 2008, p. 1195 ss., il quale osserva che «ai fini dell'eventuale responsabilità dell'amministratore, non rileva tanto ciò che egli fa, quanto il modo in cui lo fa: non, quindi, il grado di rischio che assume prendendo una determinata iniziativa, ma l'eventuale mancata adozione delle verifiche preventive occorrenti per valutare quel rischio in modo professionalmente adeguato». Sul punto v. altresì L. NAZZICONE, *Commento sub art. 2392 c.c.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, p. 184, per cui «se è vero che il giudice non ha il controllo di merito sulle scelte gestorie, l'agire amministrativo è tuttora discrezionale e non libero: il giudice, dunque, non controlla l'opportunità della scelta, ma la modalità del percorso decisionale seguito dagli amministratori, la completezza degli accertamenti di fatto preventivi da essi espletati e delle cautele poste in essere, al fine di accertarne la correttezza nella situazione di fatto». A riguardo si v. anche P. MONTALENTI, F. RIGANTI, *op. cit.*, p. 781.

17 «All'amministratore di una società non può essere imputato, a titolo di responsabilità, di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di sua revoca, ma non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società. Ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione o le modalità e circostanze di tali scelte, anche se presentino profili di rilevante alea economica, ma solo la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, e quindi, l'eventuale omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni normalmente

Alla stregua delle considerazioni anzi delineate, si ritiene di poter concludere affermando che se gli amministratori affrontano rischi che sono naturalmente connessi con l'esercizio dell'attività imprenditoriale, ovvero commettono errori da considerarsi, secondo una valutazione *ex ante* e alla luce della diligenza richiesta, inevitabili nella gestione di qualunque impresa, non possono essere chiamati a rispondere per i danni che dipendono dalle loro scelte discrezionali¹⁸. *A contrariis*, essi possono incorrere in responsabilità per i danni che la società ha subito¹⁹, *ex art.* 2392 c.c., allorché gli stessi abbiano intrapreso operazioni in assenza di informazione, manifestamente imprudenti o assolutamente sproporzionate rispet-

richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità». Così Cass., 12 febbraio 2013, n. 3409, in *Società*, 2013, p. 461. In senso analogo *ex multis* v. Cass., 31 agosto 2016, n. 17441, in *D & G*, 1 settembre 2016; Cass., 2 febbraio 2015, n. 1783, in *Società*, p. 1317, con nota di L. LOPEZ, *Discrezionalità degli amministratori di S.p.a., diligenza e dovere di agire in modo informato*; Cass., 12 febbraio 2013, n. 3409, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass., 12 agosto 2009, n. 18231, in *Danno e resp.*, 2010, p. 465; Cass., 22 aprile 2009, n. 9619, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 94 ss., con nota di D. CEFARO, *La responsabilità degli amministratori e la perdita del capitale in costanza di valutazioni sulle operazioni societarie: dall'automatico scioglimento della società alla prescrizione dell'azione dei creditori sociali, passando per la determinazione del danno*; Cass., 17 gennaio 2007, n. 1045, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 431; Cass., 24 agosto 2004, n. 16707, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 246; Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, in *Riv. not.*, 2004, p. 1571, con nota di M. CHIRILLI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. tra obblighi a contenuto specifico e obblighi a contenuto generico*; Cass., 24 aprile 1997, n. 3652, in *Foro.it.*, 1998, I, p. 3247; Cass., 6 marzo 1970, n. 558, in *Foro it.*, 1970, I, p. 1728; Cass., 12 novembre 1965, n. 2359, in *Dir. fall.*, 1966, II, p. 39. Nella giurisprudenza di merito *ex multis* Trib. Prato, 8 novembre 2016, n. 1136, reperibile su *DeJure*; Trib. Milano, 11 ottobre 2016, n. 2825, reperibile su www.dirittobancario.it; Trib. Milano, 5 maggio 2016, n. 11897, reperibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it; Trib. Roma, 28 settembre 2015, n. 19198, reperibile su www.dirittobancario.it; Trib. Ascoli Piceno, 2 giugno 2015 reperibile su *DeJure*; Trib. Milano, 24 agosto 2011, n. 10697, in *Società*, 2012, p. 493, con nota di S. CASSIANI, *Responsabilità degli amministratori ex art. 2392 c.c. e onere della prova*; Trib. Napoli, 20 giugno 2008, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 1184, con nota di F. DI GIROLAMO, *Regola di giudizio imprenditoriale e conto corrente ordinario, con una premessa sull'oggetto sociale*; Trib. Palermo, 13 marzo 2008, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 121, con nota di M. CORDOPATRI, *La business judgment rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*; Trib. Milano, 29 maggio 2004, in *Giur. it.*, 2004, p. 2333; Trib. Milano, 3 settembre 2003, in *Società*, 2004, 890; Trib. Milano, 20 febbraio 2003, in *Società*, 2003, p. 1268.

18 Al riguardo v. F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 168 ss., il quale sottolinea che «la legge non impone agli amministratori un obbligo di gestire la società senza commettere errori [...]. La responsabilità per scelte erranee, o per cattiva gestione, sorge solo per quei danni che derivano da operazioni che gli amministratori abbiano compiuto violando i loro obblighi». In senso analogo anche A. BORGIOLI, *op. cit.*, p. 245 ss.

19 «La legge, cioè, “perdona” agli amministratori gli errori commessi nell'esercizio diligente dei loro poteri discrezionali [...]; “non perdona”, invece, ed impone il risarcimento di quei danni che gli amministratori abbiano causato per negligenza o per aver agito in conflitto d'interessi, o per violazione di altri loro obblighi». Così F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma della società*, *cit.*, p. 184. Per analoghi rilievi v. anche A. BORGIOLI, *op. cit.*, p. 245 ss.

to ai mezzi finanziari o tecnici della società²⁰, oppure abbiano commesso errori macroscopici e grossolani²¹, dando prova così di non avere operato con la diligenza dovuta in funzione della natura dell'incarico e delle loro specifiche competenze.

3 Il dovere di predisporre assetti adeguati alla definizione e al monitoraggio dei rischi aziendali quale espressione dei principi di corretta amministrazione

La disciplina codicistica pone in capo agli amministratori un obbligo di diligente (art. 2392 c.c.) e corretta amministrazione (artt. 2403 c.c., 2497, co. 1, c.c., 149 t.u.f.) dell'impresa ai fini del perseguimento dell'interesse sociale. A tal proposito, il legislatore, in occasione della riforma del diritto societario del 2003, è intervenuto, seppur indirettamente, elevando i principi di corretta amministrazione a clausola generale che descrive la diligente gestione e definisce l'area della sindacabilità dell'operato degli amministratori, al fine dell'applicazione del *safe harbour* della *business judgment rule*²².

Come risaputo, il dovere di diligente gestione dell'impresa trova concreta definizione, tra l'altro, nell'obbligo dell'organo gestorio di procedere alla configurazione di procedure, modelli ovvero funzioni aziendali preposte al controllo dell'attività d'impresa, strumentali alla definizione dei rischi connessi al compimento di una determinata operazione nonché al loro costante monitoraggio. Gli amministratori, nel rispetto dei principi di corretta amministrazione, sono chiamati ad approntare tutti i sistemi organizzativi necessari affinché sia resa possibile un'accurata quantificazione oltre che un'adeguata valutazione dei rischi a cui la società si espone per effetto del compimento di una determinata scelta di gestione, in modo che sia possibile determinare a priori il grado di dispersione dei rendimenti

20 Sul tema v. M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le Società*, diretto da F. Galgano, Torino, 2002, p. 309.

21 F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 63 ss.

22 Ai principi di corretta amministrazione già si faceva riferimento prima della riforma nell'ambito della disciplina dei doveri del collegio sindacale delle società quotate (ex art. 149, lett. b), t.u.f.), ove si è avuto modo di sperimentare una soluzione in seguito estesa anche alle società non quotate. Pertanto, la principale novità della riforma sembra risiedere nell'aver elevato a norma di diritto comune il rispetto di regole di buona gestione, per il tramite di una disposizione che impone all'organo di controllo di vigilare sul rispetto di regole tecniche, anche non giuridiche, di buona e oculata amministrazione, elaborate dalla prassi e dalla scienza aziendalistica. Sul punto v. in particolare G. CAVALLI, *sub art. 149*, in *Testo Unico della Finanza. Commentario*, II, diretto da G.F. Campobasso, Torino, 2002, p. 1238 ss.

potenziali, in termini di valore attuale netto dei flussi di cassa generati dalla concreta attuazione dell'investimento²³.

Appare chiaro che il dovere degli amministratori di operare un'accurata valutazione dei rischi connessi alle operazioni che intendono intraprendere si pone in stretta connessione con i doveri generali a contenuto indeterminato di cui agli artt. 2381 e 2403 c.c. È ben noto, infatti, che gli amministratori hanno l'obbligo di predisporre assetti organizzativi, amministrativi e contabili, adeguati in funzione alla natura e alle dimensioni dell'impresa (art. 2381, co. 5, c.c.), quale espressione dei principi di corretta amministrazione²⁴. Merita a riguardo di sottolineare il ruolo senz'altro preminente che la predisposizione dei presidi organizzativi implementati assume sotto il profilo della responsabilità dei detentori della funzione gestoria, atteso che la funzione degli assetti adeguati è proprio quella di «prevenire, in misura decisiva, il compimento di errori, illeciti, disfunzioni gestionali e

23 L'organo amministrativo è tenuto ad agire in un'ottica non meramente consuntiva (*backward-looking*), adottando, dunque, un approccio previsionale (*forward-looking*), funzionale a rilevare gli impatti delle decisioni assunte sulla generale condizione di equilibrio finanziario nell'ottica della salvaguardia della capacità dell'impresa di generare in futuro un adeguato flusso di cassa (*financial control*). In tale prospettiva appare evidente che la predisposizione di adeguati assetti interni costituisce un presidio necessario per impedire che l'organo gestorio possa, a causa di un'erronea percezione dei rischi, assumere in concreto decisioni sbagliate, quindi dannose per la prosecuzione dell'attività d'impresa.

24 In tal senso M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 11. Occorre osservare, a riguardo, che la riforma del diritto societario del 2003, recependo regole organizzative proprie della prassi e della scienza aziendalistica, ha introdotto nella disciplina codicistica un principio di adeguatezza degli assetti societari. Più specificatamente, con gli artt. 2381 e 2403 c.c. il legislatore ha trasformato in principio giuridico avente carattere generale l'adeguatezza degli assetti interni, incidendo sulla concreta modalità di predisposizione dell'organizzazione interna della società. In argomento si rinvia alle riflessioni di V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381 c.c., commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 10 ss. La predisposizione degli assetti volge a favorire la c.d. proceduralizzazione dell'organizzazione e dell'attività imprenditoriale, mediante la predeterminazione il più possibile puntuale dell'agire societario, resa possibile in concreto dalla configurazione di "organigrammi" o "funzionigrammi", funzionali a predeterminare i compiti assegnati ai preposti nonché le loro responsabilità. «Attraverso questa visione proceduralizzata dell'impresa si cerca di ridurre al massimo la possibilità di errori o di inadempimenti, predeterminando l'attività d'impresa secondo parametri di amministrazione che appaiono corretti alla luce delle regole aziendalistiche, ma, nel contempo, anche la discrezionalità decisionale degli organi sociali ne risulta notevolmente ridimensionata». Così M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, p. 3. In argomento v. altresì P. MONTALENTI, *Corporate governance e "sistema dei controlli"*, in *Corporate governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, a cura di U. Tombari, Torino, 2013, p. 3 ss., secondo cui il paradigma degli assetti adeguati "assurge a canone necessario di organizzazione interna dell'impresa, sul piano gestionale, amministrativo e contabile, e, conseguentemente, a direttrice fisiologica dell'attività, strumento di tracciabilità dei processi, criterio di valutazione della responsabilità degli amministratori, dirigenti e collaboratori".

assunzione di rischi eccessivi»²⁵ da parte degli amministratori, al fine di preservare l'integrità del patrimonio destinato all'esercizio dell'attività imprenditoriale.

Per quanto attiene alla questione in esame, è utile il riferimento alle Norme di comportamento del collegio sindacale, predisposte dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, in cui si chiarisce che "la vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione", a cui è preposto l'organo di controllo della società, "consiste nella verifica della conformità delle scelte di gestione ai generali criteri di razionalità economica" (Norma 3.3). Alla luce di quanto detto, fa riscontro il fatto che possono considerarsi insindacabili, in quanto rispondenti ai principi di corretta amministrazione, le opzioni di gestione assunte nel rispetto dei sopramenzionati criteri di razionalità economica, i quali possono essere desunti facendo riferimento alle prassi consolidate nell'ambito delle scienze aziendalistiche²⁶.

In definitiva, la predisposizione di adeguati assetti organizzativi costituisce una condizione essenziale per far sì che il prodromico procedimento decisionale possa conformarsi al dovere di agire in modo diligente e conforme alla corretta amministrazione, così che le scelte di gestione, in quanto congruenti e compatibili con le risorse e il patrimonio sociale, nonché assunte da amministratori pienamente consapevoli della rischiosità e degli effetti delle medesime, possano trovare protezione nel principio della *business judgment rule*²⁷.

25 Così C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 647. Sul punto v. altresì F. TALLIA, *op. cit.*, p. 16, il quale sottolinea che la presenza di adeguate strutture di monitoraggio costituisce "uno strumento essenziale per garantire la corretta gestione dell'impresa e limitare l'estrazione dei benefici privati da parte dei *manager*". In senso analogo anche M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e proceduralizzazione dell'attività imprenditoriale, in Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010, p. 736 ss.

26 In questi termini, V. BUONOCORE, *op. cit.*, p. 10 ss., il quale pone in rilievo l'importante ruolo della dottrina aziendalistica nel determinare in che cosa consiste l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, precisando che «dei risultati della dottrina aziendalistica, quella giuridica non può e non potrà non tener conto per capire come [...] dovranno comportarsi gli amministratori per evitare di incorrere in responsabilità». L'A. osserva che «l'assetto adeguato [...] è sempre il frutto di una scelta d'impresa», giacché «non esiste un "assetto adeguato" ideale e universalmente valido. Come ci insegna la scienza aziendalistica, esistono modelli di "assetto organizzativi adeguati fra i quali l'imprenditore deve scegliere tenendo presente innanzitutto i parametri indicati nello stesso art. 2381 c.c.».

27 È utile fare riferimento ai criteri applicativi della Norma 3.3 delle Norme di comportamento del collegio sindacale, a cura del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, ove rileva in modo chiaro il riferimento alla regola della *business judgment rule*, posto che «la vigilanza sul comportamento diligente degli amministratori non consiste in un controllo di merito sull'opportunità e la convenienza delle scelte di gestione degli amministratori, bensì riguarda esclusivamente gli aspetti di legittimità delle scelte stesse e la verifica della correttezza del procedimento decisionale degli amministratori». Il commento

4 Il dovere di agire in modo informato

In ultima istanza, si ritiene opportuno volgere, seppur brevemente, l'attenzione sulla fase informativa dell'assunzione della decisione, in quanto rappresenta senza alcun dubbio un punto estremamente rilevante nell'ambito di un'analisi avente ad oggetto la responsabilità degli amministratori di società di capitali. È opinione ormai largamente condivisa quella secondo cui, facendo riferimento alle novità più rilevanti introdotte con la riforma del 2003, un valore preminente debba essere riconosciuto al ruolo dell'informazione, avendo esso inciso profondamente proprio sui profili di responsabilità dei componenti del *plenum* consiliare. Al riguardo, occorre considerare che il legislatore della riforma, imponendo a qualsiasi amministratore il dovere di "agire in modo informato" (art. 2381, co. 6 c.c.)²⁸, ha elevato l'informativa non soltanto a presidio necessario della trasparenza dell'attività imprenditoriale, quale canone dell'agire corretto e diligente e valore imprescindibile della *corporate governance*, ma ancor più a strumento di tracciabilità delle condotte al fini della determinazione dei profili di responsabilità²⁹.

Pur non potendo in questa sede addentrarsi nello specifico in merito all'articolato funzionamento del sistema informativo endoconsiliare³⁰, è

alla Norma in esame chiarisce altresì che « al collegio sindacale non compete un controllo di merito sull'opportunità e la convenienza delle scelte di gestione degli amministratori, ma solo un controllo di legittimità e di rispetto delle procedure e/o prassi operative [...]. I sindaci devono dunque avere cognizione e vigilare sulla corretta e appropriata formazione del procedimento decisionale degli amministratori, ma non sono tenuti a valutare la convenienza delle scelte gestionali, compito primario dell'organo amministrativo».

28 Per una più ampia riflessione sul tema si rinvia a G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, p. 7, il quale distingue tre fondamentali doveri di informazione: un dovere di informare gli altri amministratori, proprio degli organi delegati ma anche di ogni amministratore portatore di un interesse laterale rispetto al procedimento decisionale dell'attività di gestione (dovere transitivo di informazione), un dovere generale di informarsi nonché di agire in modo informato facente capo a tutti gli amministratori, indipendentemente dalla loro posizione nell'organo consiliare (dovere riflessivo di informazione) e un dovere di coordinare i flussi informativi in capo al presidente del consiglio di amministrazione (dovere di interazione informativa). In buona sostanza, l'informare, l'informarsi e il far informare racchiudono nell'insieme la prospettiva che, a seconda dei ruoli concreti e delle situazioni specifiche, deve assumere il gestore di una società per azioni allorché intenda adempiere in modo diligente la prestazione a cui si è obbligato con l'accettazione della carica.

29 In argomento v., tra tanti, P. MONTALENTI, *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, p. 8, secondo cui « il canone dell'agire in modo informato (art. 2381, co. 6, c.c.) assurge a paradigma generale di comportamento del buon amministratore».

30 Sul tema v. G. MERUZZI, *I flussi informativi endoconsiliari nella società per azioni*, Padova, 2012, p. 85 ss.

doveroso almeno soffermarsi sul fatto che quello dell'agire in modo informato costituisce un dovere a contenuto generico che grava sui titolari della funzione amministrativa, che si concretizza, tra l'altro, nel necessario compimento di un'attività istruttoria diretta a rilevare le informazioni che volgono a condurre a una decisione imprenditoriale razionale. In altre parole, l'operazione manageriale, affinché possa dirsi compiuta nel pieno rispetto degli obblighi della diligente e corretta amministrazione, nonché del dovere dell'agire informato, deve essere necessariamente preceduta da un'adeguata conoscenza volta a supportare il procedimento decisionale, mediante una consapevole valutazione da parte degli amministratori delle opportunità, dei rischi e delle conseguenze della scelta di gestione³¹. A ben vedere, l'avveduto amministratore è colui che assume il rischio di una determinata decisione avendone preventivamente stimato, seppur entro i limiti ragionevoli della misurabilità, tanto gli effetti positivi quanto quelli negativi per il patrimonio sociale³², mediante una preventiva acquisizione di un bagaglio informativo che sia adeguato rispetto a quanto richiesto dalle circostanze del caso concreto.

Sulla scorta di quanto sin qui osservato, appare chiaro il ruolo significativo che il dovere di agire in modo informato assume nei giudizi di responsabilità degli amministratori, in quanto la selezione dei progetti a cui i gestori intendono dare attuazione, se preceduta da un'adeguata attività istruttoria, posta in essere in osservanza anche degli obblighi desumibili ex art. 2381, co. 6, c.c., sfugge al sindacato in sede giudiziale. Per meglio dire, se è vero che gli amministratori non possono essere chiamati a rispondere per l'insuccesso della scelta in sé ma per le violazioni riscontrate nell'*iter* procedimentale seguito nella fase prodromica all'assunzione della decisione, è altrettanto vero che il rispetto del dovere di agire in modo informato risulta fondamentale per valutare se la decisione imprenditoriale possa trovare protezione (o meno) nel *safe harbour* dell'insindacabilità.

Partendo dal presupposto che l'incertezza è un elemento ineliminabile insito in qualsivoglia scelta imprenditoriale, al momento dell'attuazione dell'operazione risulta essere limitata, tra l'altro, anche la conoscenza delle conseguenze che ne potrebbero derivare, in quanto una puntuale cognizione delle medesime si rende possibile solamente *ex post*, mediante

31 Si rinvia al riguardo alla Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 6/2003, § 6, III, 4, ove, in tema di responsabilità degli amministratori, è previsto che le «loro scelte devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione».

32 In argomento v. M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, p. 958, per cui gli amministratori devono compiere decisioni avendo piena consapevolezza dello scenario in cui sono chiamati ad operare, in modo tale che sia lasciato al caso soltanto quello che sfugge davvero al loro controllo.

una verifica degli esiti prodotti³³. Si pone, dunque, l'esigenza di individuare un criterio che consenta di determinare il livello di informazione ragionevolmente richiesto all'amministratore nella fase che precede l'assunzione di una determinata decisione, così che sia possibile stabilire a quali condizioni un'operazione possa dirsi assunta in modo ragionevolmente informato.

A tal proposito, ciò che rileva è la mancanza di una regola atta a definire in modo puntuale il livello ottimale di informazione, che, se ottemperato, dovrebbe impedire al giudice di operare valutazioni in termini di opportunità e convenienza delle decisioni imprenditoriali, in applicazione del principio della *business judgment rule*. Pertanto, ciò che emerge è, ancora una volta, l'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra responsabilità e discrezionalità degli amministratori, il quale dovrebbe essere ricercato facendo riferimento all'art. 2392 c.c., e, in particolare, ai parametri a cui si conforma la diligenza richiesta ai detentori della funzione gestoria. Per meglio dire, il livello di informazione dovuto nella fase decisionale, ai fini dell'insindacabilità della scelta di gestione, dovrebbe essere determinato in funzione della «natura dell'incarico» e delle «specifiche competenze» di ciascun amministratore, posto che «l'incrocio di un parametro oggettivo e di uno soggettivo consente di individuare puntuativamente il livello di informazione richiesto dalla legge nei singoli casi concreti, e rappresenta dunque, l'algoritmo, cioè lo schema uniforme o la matrice, idoneo a decifrare nelle singole fattispecie il contenuto del dovere riflessivo di informazione»³⁴.

33 In tema v. C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, *op. cit.*, p. 691.

34 Così G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, in *Società*, 2005, p. 1473. Sul punto v. altresì A. ZANARDO, *op. cit.*, p. 126, secondo cui «l'informazione «adeguata» non può essere stabilita a priori e in astratto, ma dipende dalle circostanze concrete, tra cui la natura dell'incarico e le specifiche competenze del singolo». In argomento v. anche G. RIOLFO, *Assetti e modelli organizzativi della società per azioni: i flussi informativi*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, p. 98 ss., per cui, con riferimento al dovere di agire informato quale clausola generale, «la valutazione delle singole posizioni è lasciata, nel caso concreto, al giudice il quale dovrà tener conto di un insieme di fattori quali, le dimensioni dell'impresa, il settore di attività, il ruolo dei soggetti coinvolti». Pertanto, gli amministratori, nell'esercizio di ogni attività, devono agire in modo informato: siffatto dovere dovrà essere declinato «in ogni concreta realtà societaria, tenendo conto del ruolo effettivamente svolto all'interno della compagine sociale, dell'organizzazione di questa, dell'attività e del settore in cui la società opera». Infine, v. G. MERUZZI, *op. cit.*, p. 29, il quale sottolinea l'«attribuzione di un pieno rilievo giuridico a istituti ed insegnamenti delle scienze economico-aziendali in sede di definizione dei criteri di corretta amministrazione e di adeguatezza degli assetti organizzativi e amministrativi legati ai flussi informativi endosocietari. Sarà pertanto ad essi che il giudice, nell'opera di concretizzazione delle clausole generali, dovrà in prima battuta fare riferimento».

5 Osservazioni conclusive: la ragionevolezza quale limite all'insindacabilità delle scelte di gestione

L'analisi della sentenza che qui si annota ha messo chiaramente in evidenza che gli amministratori sono certamente liberi di compiere le scelte di gestione che ritengono più opportune e, nel caso in cui le stesse dovessero rilevarsi errate, non potranno essere loro contestate in sede giudiziaria, posto che la responsabilità degli amministratori è una responsabilità per violazione degli obblighi connessi all'esecuzione del loro incarico e non per insuccesso economico delle scelte imprenditoriali scaturite da decisioni di gestione. Ciò non toglie, tuttavia, che i detentori della funzione amministrativa debbano in ogni caso conformare il proprio agire ai principi della corretta gestione, per cui l'amministratore non può compiere operazioni irrazionali ed avventate, di pura sorte, o azzardate, prevedibilmente rischiose ed imprudenti, così come non può superare i limiti fissati da quella ragionevolezza che deve connotare la discrezionalità dell'imprenditore.

In particolare, nel caso in esame si osserva che la Suprema Corte ha confermato la decisione assunta in secondo grado, avendo il giudice di merito correttamente tenuto conto, con una valutazione *ex ante*, della "non ragionevolezza" delle scelte dell'amministratore, in considerazione della mancata adozione delle cautele necessarie e consuetudinarie, che è emersa con la scelta, poco prudente, di corrispondere una parte notevole del corrispettivo al momento della mera sottoscrizione dell'accordo negoziale³⁵.

35 È doveroso sottolineare il fatto che nel linguaggio comune i termini "razionalità" e "ragionevolezza" sono di sovente utilizzati come sinonimi, ragion per cui nel tempo si è venuta consolidare l'anomala tendenza, tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza, ad impiegare in modo improprio i due concetti, come se fossero uno l'equivalente dell'altro. Occorre prestare, quindi, attenzione all'effettivo significato assunto dai due termini, giacché la ragionevolezza rende possibile, seppur entro certi limiti, giudizi di valore che la razionalità, al contrario, non ammette. A tal proposito, è necessario fare riferimento a quanto previsto dall'ordinamento statunitense, in cui il dovere di adempiere con diligenza i propri doveri - *duty of care* - trova una concreta definizione, tra l'altro, nell'obbligo degli amministratori di comportarsi in modo ragionevole nel processo di assunzione delle decisioni e in quello di compiere scelte a sua volta ragionevoli. In altri termini, gli amministratori, prima di compiere una determinata operazione, sono chiamati ad assumere una quantità di informazioni e di conoscenze che sia ragionevole in funzione delle circostanze concrete e, oltre a ciò, sono tenuti a compiere una scelta che sia *di per se stessa* "opportuna" e "ragionevole". Facendo quindi riferimento alla regola della *business judgment rule*, elaborata nella giurisprudenza americana, appare chiaro come sussista una distinzione tra il modello di condotta a cui gli amministratori devono attenersi nell'espletamento delle loro funzioni e quello impiegato per la valutazione della responsabilità da parte delle Corti. Perciò se la condotta di un amministratore deve conformarsi, in linea di principio, al criterio della "ragionevolezza", l'esame di legittimità della sue decisioni opera in funzione del criterio della "razionalità". In buona sostanza, «perché possa parlarsi di scelta irrazionale, non basta che la decisione assunta dall'amministratore appaia, nell'ambito dell'esercizio di un'attività imprenditoriale, non conveniente, non supportata da giuste ragioni o da buon senso;

Nel caso affrontato, si è, invero, rilevata un'insufficienza della diligenza mostrata dall'amministratore nell'adempimento del proprio incarico gestorio, posto che lo stesso non avrebbe adottato le cautele dovute per valutare preventivamente e in modo opportuno i margini di rischio connessi alle operazioni compiute.

I giudici della Suprema Corte ribadiscono il principio di diritto secondo cui, in tema di responsabilità dell'amministratore di una società di capitali, per i danni cagionati alla società amministrata, l'insindacabilità nel merito delle scelte di gestione (c.d. *business judgment rule*) trova un limite nella valutazione di "ragionevolezza" delle stesse, da compiersi sia *ex ante*, secondo i parametri della diligenza di cui all'art. 2392 c.c., sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere.

Sotto questo profilo, il principio tracciato dalla corte di legittimità suscita qualche perplessità in quanto sembrerebbe voler sostenere che l'insindacabilità delle scelte di gestione è chiamata a scontare una doppia limitazione, atteso che essa dipende, oltre che dal rispetto del dovere di agire in modo diligente, anche dall'adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni normalmente richieste per una decisione di quel tipo.

è altresì necessario che essa si presenti come del tutto incomprensibile e priva di giustificazioni». Sul punto v. A. ZANARDO, *op. cit.*, p. 238. Ne consegue che se il criterio di riferimento per la valutazione della condotta gestoria è la razionalità, l'amministratore si trova a poter disporre di un margine di discrezionalità maggiore rispetto a quanto gli sarebbe concesso se il parametro impiegato fosse quello più rigoroso della ragionevolezza. Occorre precisare al riguardo che l'applicabilità della *business judgment rule* risulta subordinata alla sussistenza di determinate condizioni, per cui la decisione deve essere stata assunta in buona fede, l'amministratore non deve avere un personale interesse di natura finanziaria nella decisione e non deve essere stata violata alcuna disposizione concernente l'iter di formazione della medesima. In particolare, i *Principles of Corporate Governance* elaborati dall'*American Law Institute* prevedono nel § 4.01 (c) che la regola della *business judgment rule* trova applicazione quando «a director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this Section if the director or officer: (1) is not interested [...] in the subject of the business judgment; (2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and (3) rationally believes that the business judgment is in the best interests of the corporation». Nel caso in cui sussistano tutte queste condizioni, la regola della *business judgment rule* dispone che gli amministratori (o i funzionari) non potranno incorrere in responsabilità per violazione del *duty of care*. In definitiva, nell'ordinamento statunitense il merito delle scelte di gestione non viene giudicato in funzione del criterio della ragionevolezza, essendo invece utilizzato un criterio di valutazione più limitato, perciò gli amministratori si espongono a responsabilità soltanto nei casi in cui la decisione assunta risulti irrazionale e non quando essa sia semplicemente irragionevole. Sul punto v. anche M.A. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*, in *Giur. comm.*, I, 1992, p. 216 ss.; F. GHEZZI, I «doveri fiduciari» degli amministratori nei «*Principles of Corporate Governance*», in *Riv. soc.*, 1996, p. 465 ss.

Alla stregua delle riflessioni innanzi svolte, si ritiene di poter affermare che il limite dell'insindacabilità delle decisioni imprenditoriali non è duplice e distinto, come potrebbe apparire invece alla luce del principio sancito nel caso in esame dalla Suprema Corte, dacché l'adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni necessarie altro non è che una mera esplicitazione dell'obbligo di agire in modo diligente imposto agli amministratori ai sensi dell'art. 2392 c.c.

Occorre da ultimo sottolineare che la ragionevolezza delle scelte imprenditoriali, quale limite all'insindacabilità delle medesime, non si traduce soltanto nel dovere di agire in osservanza delle verifiche, delle indagini e delle informazioni normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità, ma anche nell'assumere decisioni imprenditoriali razionalmente conseguenti alle informazioni ricevute e alle verifiche attuate. In buona sostanza, l'amministratore, acquisite le informazioni ed espletate le verifiche necessarie, a seconda di quanto richiesto dallo specifico caso concreto, è tenuto, nel rispetto dell'agire corretto e diligente, a compiere una scelta che sia razionale, quindi anzitutto logicamente coerente, con le informazioni assunte e le verifiche svolte. All'opposto, nel caso in cui la decisione manageriale risulti incoerente, egli si espone a responsabilità per i danni che la società ha subito, non potendo siffatta scelta trovare protezione nel *safe harbour* dell'insindacabilità³⁶.

36 Sul punto v. Trib. Roma, 28 settembre 2015, su www.ilsocietario.it, 2016, ove si legge che «[...] il principio della insindacabilità delle scelte di gestione non è assoluto. La giurisprudenza ha, infatti, elaborato due particolari limiti. Il primo è che la scelta di gestione è insindacabile solo se essa è stata legittimamente compiuta (sindacato sul modo in cui la scelta è stata assunta); il secondo è che la scelta è insindacabile solo se non è irrazionale (sindacato sulle ragioni per cui la scelta compiuta è stata preferita ad altre)». Perciò, «[...] non basta che l'amministratore abbia assunto le necessarie informazioni ed abbia eseguito (attraverso l'uso di risorse interne o di consulenze esterne) tutte le verifiche del caso, essendo pur sempre necessario che le informazioni e le verifiche così assunte abbiano indotto l'amministratore ad una decisione razionalmente inerente ad esse: [...] l'amministratore che abbia svolto tutte le verifiche necessarie e consultato tutti gli esperti disponibili e, nonostante ciò, effettui una scelta gestionale non razionalmente inerente alle informazioni ricevute e dannose per la società non sarà irresponsabile nei confronti della società, ma, al contrario, doppiamente responsabile, per gli inutili costi dell'informazione e per il danno arrecato».

Quaderni semestrali

del Progetto Dottorale di Alta
Formazione in Scienze Giuridiche
e del Centro Studi Giuridici
del Dipartimento di Economia
dell'Università Ca' Foscari Venezia



Università
Ca'Foscari
Venezia

