

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 11 - dicembre 2014

IANUS Diritto e finanza

N. 11
dicembre 2014

IANUS

Diritto e Finanza

N. 11 - 2014

Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 11 - dicembre 2014

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<http://www3.unisi.it/ianus/>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

INDICE

SAGGI

Presentazione	5
La <i>e-participation</i> e i processi di elaborazione e revisione costituzionale, di TANIA ABBIATE	9
La territorialità del tributo nell'era di internet, di GIANGIACOMO D'ANGELO	27
Il contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici, di DAVIDE MULA	45
Forme di investimento online e controllo delle asimmetrie informative, di DARIO SCARPA	79
Le declinazioni della componente reputazionale nella società dell'informazione, di ANNARITA RICCI	103

ALTRI SAGGI

La Corte suprema indiana fra tradizione e giustizia, di MARCO SEGHESSIO	127
Il reato di usura nei contratti <i>di maturity factoring</i> : un caso limite, di ANGELO SPENA	149

GIURISPRUDENZA

Importante <i>overruling</i> della Corte suprema canadese: le disposizioni del codice penale che vietano il suicidio assistito sono incostituzionali, di ESTER STEFANELLI	175
La Cassazione boccia il matrimonio omosessuale e fa appello al Legislatore: necessario un tempestivo intervento normativo, di GIOVANNI BRUNI	181

MATERIALI

Sentenza Corte suprema Carter v. Canada (Attorney General), 6 febbraio 2015, SCC 5	
Sentenza Suprema Corte di Cassazione, Sezione I, n. 2400 del 9-2-2015	

PRESENTAZIONE

Come da consuetudine, il secondo numero annuale di Ianus è destinato per la massima parte alla pubblicazione degli atti del workshop per giovani ricercatori dedicato nel 2014 – come si evince dal titolo “Il diritto e la rete” - all’approfondimento delle questioni giuridiche inerenti al mondo del *web*. A tali atti si aggiungono altri due saggi: l’uno incentrato sull’esame della giurisprudenza della Suprema Corte indiana sul matrimonio e l’altro focalizzato sull’analisi del reato di usura nelle operazioni di *maturity factoring*. Infine, completano il fascicolo due note a sentenza: una della Suprema Corte del Canada del 6 febbraio 2015 in tema di suicidio assistito ed una della Suprema Corte di Cassazione del 9 febbraio 2015 in materia di matrimonio omosessuale

SAGGI

LA E-PARTICIPATION E I PROCESSI DI ELABORAZIONE E REVISIONE COSTITUZIONALE

Tania Abbiate

*Dottoranda in Istituzioni e diritto dell'economia nell'Università degli
Studi di Siena*

I numerosi processi di revisione costituzionale e di elaborazione di nuovi testi costituzionali avviati recentemente mostrano un crescente ricorso alla partecipazione popolare. Tale tratto rappresenta un elemento decisivo del costituzionalismo contemporaneo, il quale trova espressione anche attraverso la Rete, tanto che è possibile parlare di e-participation.

Il presente contributo si propone di elaborare alcune riflessioni a riguardo. Dopo aver preso in considerazione le basi normative di tale strumento, il saggio si concentrerà sulle principali modalità di partecipazione; successivamente verranno avanzate alcune considerazioni in merito all'effetto della partecipazione popolare sul testo costituzionale e si procederà a considerare tanto le potenzialità della rete, quanto le sue problematiche.

The first years of the 21st century showed a renewed interest in mechanisms of constitution-making, both through the form of adoption of a new Constitution and through that of constitutional amendment.

Both are characterized by an emphasis on public participation, that appears to be facilitated by the web. Moving from the empirical level, this paper aims to reflect on the issue of e-participation in constitution-making processes. After a reflection about the legal sources of these forms of participation, an account will be given of the main instruments of e-participation and the impact it on the Constitutional text will be thereafter considered.

Finally, the paper will attempt a general evaluation of the phenomenon, considering that, although the web presents many advantages, it is still characterized by some problematical issues.

Sommario:

1. Introduzione
2. Le basi normative della *e-participation*
3. Le modalità partecipative: un'analisi empirica
4. L'impatto della *e-participation*
5. Riflessioni conclusive

1. Introduzione

Il ventunesimo secolo sembra aver aperto una nuova “stagione costituente”¹: in contesti assai diversi e per effetto di differenti motivazioni, assistiamo infatti a numerosi processi di revisione costituzionale e di elaborazione di nuove Costituzioni². Questi procedimenti sono accumulati dalla valorizzazione della dimensione partecipativa³, la quale appare particolarmente favorita dall’evoluzione tecnologica. L’osservazione empirica di alcune recenti esperienze costituzionali mostra in particolare un crescente ricorso alla Rete.

Il recente processo di revisione della Costituzione islandese del 1944 è esemplificativo di tale fenomeno: esso è stato avviato in seguito alla crisi economica che ha colpito il Paese nel 2008 e alla vasta mobilitazione popolare che ne scaturì ed ha destato l’interesse di molti studiosi⁴, sia per quanto riguarda l’alto grado di coinvolgimento popolare che per gli sviluppi

¹ Si prende ispirazione dall’analogia espressione “attivismo costituente” utilizzata da Eleonora Ceccherini in relazione agli sviluppi costituzionali della seconda metà del ’900. Cfr. CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti costituzioni*, Milano, 2002, 8.

² Considerazioni analoghe, del resto, si ritrovano anche in SUTEU, *A New Form of Direct Democracy: Constitutional Conventions in the Digital Era*, in *Research Paper Series*, No 2014/39, University of Edinburgh, School of Law, 2014, 1-18. Sul punto si veda anche: CLAES, *The Changing Rules of Constitutional Change*, in LAWTE (a cura di), *Liber Amicorum W Tom Eijsbouts*, Amsterdam, 2011, 91-105.

³ Tale tratto del costituzionalismo più recente è stato messo in luce da numerosi autori. Mila Verseeg ha ad esempio affermato: «there has been a strong trend toward participatory procedures in constitution-making and there exists a growing consensus that such participation is the wave of the future». Cfr. VERSTEEG, *Unpopular Constitutionalism*, in *Indiana Law Journal*, vol. 89, 2014, 1143. Dello stesso tenore anche le parole di Cheryl Saunders, la quale afferma: «there is now, effectively, a universal acceptance that the authority for a Constitution must derive, in one way or another, from the people of the State concerned». Cfr. SAUNDERS, *Constitution-making in the 21st century*, in *International Review of Law*, vol. 4, 2012, 2. Analogamente Monica Claes afferma: «Yet, it may well be that the standard of popular involvement is now higher than before, and that in order to be considered legitimate, ‘significant’ constitutional amendments, require a more intense level of popular involvement». Cfr. CLAES, *The Changing Rules of Constitutional Change*, cit., 101. Michael Rosenfeld parla di «putting the People back in the Constitution». Cfr. ROSENFELD, *Putting the People back in the Constitution: On Arab popular revolt and her acts of defiance*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, 2010, 685–689.

⁴ Cfr. tra i molti almeno: SCIANELLA, *Il processo costituente islandese e la democrazia 2.0*, in DI MARCO - RICCI - SCIANELLA (a cura di), *La democrazia partecipativa nell’esperienza della Repubblica. Nuovi segnali dalla società civile*, Napoli, 2012, 53-79; BERGSSON - BLOKKER, *The Constitutional Experiment in Iceland*, in POCZA (a cura di), *Verfassungsgebung in konsolidierten Demokratien: Neubeginn oder Verfall eines Systems?*, Baden-Baden, 2013, 1-16.

inattesi che esso ha avuto, primo fra tutti il fatto che il procedimento si è arenato in Parlamento⁵. Nell'ottica di questo contributo, ciò che rileva maggiormente è il fatto che il processo islandese ha prestato molta attenzione al coinvolgimento dei cittadini: oltre a prevedere modalità di partecipazione fisica, come la convocazione di incontri pubblici⁶ e due referendum popolari sul progetto di revisione costituzionale⁷, esso è stato caratterizzato per un ampio ricorso alla Rete, tanto che la bozza è stata discussa ed elaborata sui *social network* di massa come *facebook* e *twitter*, e per questo è stata definita “*the first crowdsourced constitution*”⁸.

Oltre al caso islandese anche altre esperienze costituzionali contemporanee hanno fatto ricorso alla Rete. Un esempio è rappresentato dal processo di revisione della Costituzione irlandese del 1937⁹. Nel 2012 è stata convocata una *Constitutional Convention* composta da: 100 membri, di cui 66 cittadini selezionati dal registro elettorale in maniera casuale, prestando attenzione ad assicurare la massima rappresentatività del corpo elettorale per età, genere, regione di residenza, ecc.; 33 rappresentanti politici, nominati dai gruppi parlamentari; e un Presidente di nomina governativa *super partes*.

⁵ Nell'aprile 2013, il Parlamento ha modificato la procedura di revisione costituzionale inizialmente prevista e conseguentemente il processo ha subito una battuta di arresto: il novellato art. 79 della Costituzione del 1944 prevede infatti lo scioglimento del Parlamento in seguito all'approvazione della proposta di revisione costituzionale cui deve seguire un'approvazione da parte della maggioranza dei 2/3 dei membri del neo-eletto Parlamento; successivamente, è prevista l'indizione di un referendum popolare in cui, oltre all'approvazione del 50% più uno dei votanti, si aggiunge il requisito che i votanti favorevoli siano almeno il 40% di tutti gli aventi diritto al voto. Cfr. BERGSSON - BLOKKER, *The Constitutional Experiment in Iceland*, cit., 12.

⁶ Cfr. MEUWESE, *Popular constitution-making*, in GALLIGAN - VERSTEEG (a cura di), *Social and Political Foundation of the Constitutions*, New York, 2013, 469 ss.

⁷ La procedura di revisione derogava dell'art. 79 della Costituzione del 1944 il quale non prevedeva l'elezione di un organo incaricato di proporre le modifiche costituzionali, ma disponeva che una legge di revisione costituzionale fosse approvata una prima volta dal Parlamento in carica e, in seguito al suo scioglimento, dal nuovo Parlamento. Il procedimento di revisione derogatorio prevedeva un referendum consultivo sul progetto di revisione costituzionale e un referendum costituzionale per l'approvazione definitiva del testo della Costituzione in seguito alla deliberazione positiva del Parlamento.

⁸ Cfr. *Icelanders back first 'crowdsourced constitution'*, 22-10-2012, consultabile all'indirizzo: <http://www.euractiv.com/enlargement/icelanders-opens-way-crowdsource-news-515543>. Il termine *crowdsourcing* è stato recentemente coniato (2006) e deriva dall'unione dei termini “crowd” (folla) e “outsourcing” (esternalizzazione di una parte delle proprie attività). L'accento è posto non tanto al significato che il secondo lemma assume in campo economico ed aziendale quanto alla possibilità di utilizzare i contributi della folla per uno scopo specifico.

⁹ Cfr. SUTEU, *A New Form of Direct Democracy: Constitutional Conventions in the Digital Era*, cit., 9 ss.

L'organo è stato incaricato di elaborare raccomandazioni in merito a: la riduzione del mandato presidenziale, l'abbassamento dell'età per l'elettorato attivo, la revisione del sistema elettorale, il diritto di voto per i cittadini residenti all'estero, il matrimonio omosessuale, il ruolo costituzionale della donna e la questione della partecipazione femminile nella sfera pubblica, la rimozione del reato di blasfemia dalla Costituzione. A tal fine la *Constitutional Convention* ha organizzato degli incontri pubblici per promuovere la partecipazione dei cittadini e le sedute plenarie dell'organo sono state riprese in *streaming* e trasmesse in tempo reale sul sito web, tramite il quale era inoltre possibile inviare pareri¹⁰. L'esperienza è a tal punto innovativa che secondo alcuni autori essa è esemplificativa di una modalità di revisione costituzionale partecipativa¹¹.

Anche la proposta di riforma costituzionale italiana del 2013 è stata accompagnata da una consultazione *online* promossa dal Ministro per le Riforme Costituzionali e i risultati sono confluiti in un rapporto pubblicato il 29 novembre 2013 e consegnato al Presidente della Repubblica, al Presidente del Consiglio, ai Presidenti di Camera e Senato e ai Presidenti delle Commissioni Affari Istituzionali¹².

L'utilizzo della Rete per promuovere la partecipazione popolare nei procedimenti di elaborazione delle Carte costituzionali o di revisione di quelle vigenti è senz'altro più frequente e rilevante negli ordinamenti democratici, che tendono per natura a favorire – o quanto meno a non impedire – la partecipazione. È chiaro dunque che il ricorso al *web* assume significato ben diverso a seconda della democraticità del contesto in cui opera, sebbene essa non sia priva di valore intrinseco. In effetti, laddove il livello di democrazia è particolarmente basso, non è raro che sia ridotto

¹⁰ La *Constitutional Convention* ha concluso i suoi lavori nel marzo 2014 ed ha elaborato un rapporto finale che è stato reso pubblico. Esso è consultabile all'indirizzo: <https://www.constitution.ie/AttachmentDownload.ashx?mid=55f2ba29-aab8-e311-a7ce-005056a32ee4>.

¹¹ Le *Constitutional Convention* sarebbero caratterizzate dal fatto di essere organi assembleari composti da cittadini selezionati in maniera casuale convocati per discutere questioni costituzionali, che integrano il tradizionale sistema di democrazia rappresentativa e attribuiscono un ruolo centrale ai cittadini e all'attività deliberativa. Cfr. FARRELL - O'MALLEY - SUITER, *Deliberative Democracy in Action Irish-Style: The 2011 We The Citizen Pilot Citizen's Assembly*, in *Irish Political Studies*, vol. 28, n.1, 2013, 101-102. La fortuna di tale modello è testimoniata dalla proposta avanzata dal Governo scozzese nel *White Paper on Scottish Independence* di novembre 2013 di convocare una *Constitutional Convention*.

¹² La consultazione si articolava in tre fasi: in una prima fase i cittadini erano chiamati a rispondere ad un questionario breve, in una seconda fase essi erano inviati a rispondere ad un questionario di approfondimento, ed infine essi erano sollecitati a presentare dei commenti. Il rapporto è consultabile all'indirizzo: <http://governo.it/backoffice/allegati/73904-9083.pdf>.

anche l'accesso alla Rete, uno strumento che per sua natura risulta poco gradito ai regimi autocratici o totalitari; di conseguenza in tali contesti un utilizzo di strumenti partecipativi attraverso internet risulta meno probabile. In aggiunta a ciò, come si diceva, la partecipazione in sé è assai diversa a seconda della democraticità del sistema in cui opera: laddove la democrazia non c'è, o comunque non è sostanziale, quella che viene promossa come partecipazione finisce spesso per essere poco più di una deriva plebiscitaria.

Sebbene quindi il carattere democratico del contesto sia senza dubbio rilevante, la definizione di tale aspetto presenta numerose problematiche e dipende in larga parte dalle variabili di riferimento¹³. Senza voler sviscerare eccessivamente un argomento tanto complesso e delicato, può essere utile notare che esistono alcuni indicatori chiave identificati da organizzazioni sovranazionali o internazionali¹⁴, che tuttavia non verranno presi in considerazione nel presente lavoro, il cui obiettivo è quello di analizzare un particolare fenomeno, quello della *e-participation* nei processi di elaborazione e revisione costituzionale.

Tenendo a mente queste considerazioni, occorre notare che la *e-participation*¹⁵ non è un tratto caratteristico esclusivamente delle democrazie consolidate. Particolarmente emblematica a riguardo è l'esperienza sudanese: in seguito alla secessione del Sud Sudan del 2011, il Sudan ha infatti intrapreso un processo di revisione costituzionale della Costituzione *ad interim* istituita con gli accordi di pace del 2005. Nell'ambito di questo procedimento, un gruppo di organizzazioni non governative (ONG) e cittadini ha promosso la *Sudanese Initiative for Constitution Making*,

¹³ Tale argomento è invero oggetto privilegiato di studio della scienza politica. Per una riflessione giuscomparatista della problematica si veda PEGORARO, *Costituzioni e democrazia: riflessioni critiche su definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2, 2014, 249-304.

¹⁴ Basti in questa sede sottolineare che le Nazioni unite, in una risoluzione della Assemblea generale del 2004, hanno stabilito sette aspetti che risultano fondamentali per considerare democratico un ordinamento. Essi consistono nella separazione e nell'equilibrio dei poteri, nell'indipendenza del potere giudiziario, nel carattere pluralistico del sistema partitico, nel rispetto del *rule of law*, nella trasparenza dell'Amministrazione, nel carattere pluralistico e indipendente dei media e nella garanzia dei diritti fondamentali. Un ulteriore strumento per valutare il tasso di democraticità è offerto dai rapporti annuali pubblicati da *think-tank* riconosciuti internazionalmente che hanno messo a punto degli indicatori per misurare il tasso di democraticità, come Freedom House o Polity IV.

¹⁵ Per *e-participation* intendiamo la predisposizione di canali telematici che consentono alla cittadinanza e alle organizzazioni non governative di esprimersi sulle decisioni pubbliche che li riguardano. Cfr. EUROPEAN UNION, *E-participation Best Practice Manual*, 2012, consultabile all'indirizzo: http://eparticipation.eu/wp-content/uploads/2012/10/eCitizeni_manuaal_A4_ENGLISH-1.pdf.

un'iniziativa volta a promuovere la partecipazione popolare nel procedimento di revisione costituzionale che si è avvalsa di internet¹⁶. Analogamente, anche le recenti esperienze costituzionali dei Paesi della sponda sud del Mediterraneo hanno mostrato forme di *e-participation*. L'esperienza tunisina è esemplificativa di tale fenomeno: il processo di elaborazione della nuova Costituzione approvata a larga maggioranza nella notte tra il 26 e il 27 gennaio 2014 (200 voti favorevoli su 216) ha suscitato un'ampia mobilitazione sui *social media* e la Rete ha costituito un importante strumento di partecipazione.

Da questa panoramica emerge quindi che la Rete rappresenta uno strumento di partecipazione ampiamente utilizzato, tanto nei processi di elaborazione e revisione costituzionale quanto nei processi decisionali in generale¹⁷. Nel presente lavoro, però, ci si soffermerà sui processi di elaborazione e revisione costituzionale, sulla base dell'osservazione che in questi ultimi la partecipazione assume un significato diverso rispetto a quanto accade per la partecipazione al processo legislativo ordinario, in ragione della sostanziale diversità dell'atto stesso che è interessato dal coinvolgimento popolare. Mentre infatti nel caso del procedimento legislativo ordinario, l'eventuale partecipazione popolare riguarda l'elaborazione della legge o di una fonte di rango inferiore, nel caso del processo di elaborazione/revisione costituzionale, l'atto interessato dalla partecipazione è la Costituzione stessa, che rappresenta la fonte suprema dell'ordinamento, alla quale tutti gli altri atti devono conformarsi. Si tratta dunque di un caso nel quale il coinvolgimento popolare, favorito dalla *e-participation*, assume particolare rilevanza. A questo proposito, si può giustamente osservare che i processi di elaborazione e revisione della Costituzione sono formalmente – e secondo molti anche sostanzialmente –

¹⁶ Cfr. ABDELGABAR, *International Law and Constitution Making Process: The Right to Public Participation in the Constitution Making Process in Post Referendum Sudan*, in *Verfassung und Recht in Übersee*, vol. 46, 2013, 149-150.

¹⁷ Tale tratto è evidente ad esempio dalla sezione monografica “Democrazia diretta e partecipazione popolare nell'età di *Internet*” curata da Elisabetta Palici di Suni sulla rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo*, vol. IV, 2014, 1543-1812. Il crescente ricorso alla Rete ha portato all'elaborazione di una ricca letteratura a riguardo. Cfr. *ex plurimis*: COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in www.giurcost.it, 2012; RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso*, Napoli, 2011, 23-44; PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso*, cit., 59 ss.; NISTICÒ - PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione. Atti del convegno svoltosi a Pisa il 21 e 22 novembre 2013*, Torino, 2014; AZZARITI, *Internet e costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2011.

differenti fra loro, eppure qui sono accomunati in un'unica indagine. Ciò avviene proprio in funzione dell'osservazione appena enunciata: entrambi i processi, infatti, vanno a toccare la Legge fondamentale dell'ordinamento e possono essere dunque accomunati dalla necessità di godere di un ampio coinvolgimento popolare.

Occorre tuttavia notare che la reale capacità del web di garantire un ampio coinvolgimento popolare nelle decisioni di carattere costituzionale dipende da vari fattori, tra cui spiccano in particolare il contesto di riferimento, le modalità di partecipazione predisposte e la fase in cui essa interviene: proprio su questi fattori si soffermerà il presente contributo, che si propone di analizzare il fenomeno in chiave critica, individuando le potenzialità e i limiti della *e-participation* nei processi di elaborazione e revisione costituzionale; a tal fine, partendo dal dato empirico, sarà adottato il metodo dei "casi paradigmatici"¹⁸.

Prima di affrontare il tema, occorre tuttavia chiarire cosa si intende per partecipazione nei processi di elaborazione e revisione costituzionale. L'espressione *partecipazione popolare* è utilizzata in senso lato per descrivere varie modalità di interazione dei singoli, in forma individuale e associata, con gli organi incaricati di revisionare o elaborare il testo costituzionale. Un processo *partecipativo*, invece, è descrivibile come un processo inclusivo che permette alle varie componenti della società di esprimersi, anche attraverso organismi intermedi, durante la fase di elaborazione e revisione della Costituzione: è in presenza di queste condizioni che si può parlare di partecipazione anche in senso stretto. Ne consegue che la presenza di strumenti che consentano la partecipazione in senso lato non comporta necessariamente un processo caratterizzabile come *partecipativo*, poiché tali strumenti possono essere assai diversi fra loro e la capacità di esprimersi che essi garantiscono ai cittadini varia (anche di molto) a seconda delle differenti modalità di partecipazione, che occorre quindi osservare in maniera più approfondita¹⁹. Il diverso grado di coinvolgimento popolare offerto dai vari strumenti partecipativi è particolarmente evidente qualora ci si concentri in particolar modo sulle forme di *e-participation*. Il semplice allestimento di un sito internet informativo non consente ad esempio una reale possibilità di partecipazione, ma rappresenta piuttosto un prerequisito per consentire ai cittadini di

¹⁸ Il metodo di selezione dei "casi paradigmatici" consiste nel fare riferimento a casi considerati rappresentativi di una classe più ampia. Cfr. HIRSHL, *The question of case selection in comparative constitutional law*, in *American Journal of Constitutional law*, vol.53, 2005, 125-155.

¹⁹ *Infra*.

esprimere il proprio parere informato in merito al procedimento²⁰; le consultazioni *online* e la possibilità di inviare commenti e proposte *on-line* agli organi incaricati della stesura o della revisione del testo costituzionale costituiscono invece forme di *e-participation* attiva.

2. Le basi normative della partecipazione elettronica

L'indagine giuscomparatista della *e-participation* nei processi di elaborazione e revisione costituzionale non può che occuparsi delle basi giuridiche del fenomeno. In quest'ottica, ciò che emerge dal dato empirico è che in alcuni casi il ricorso alla Rete è normato, mentre in altri casi non lo è.

Questa macro-distinzione può essere espressa anche nei termini di partecipazione formale o dall'alto (*top-down*), quando la partecipazione è prevista da atti normativi dello Stato o è comunque promossa dall'autorità pubblica, e partecipazione informale o dal basso (*bottom-up*) nei casi in cui essa è promossa da entità non istituzionali, come le organizzazioni internazionali e le organizzazioni non governative. Tuttavia, anche in quest'ultimo caso non è possibile né considerare la partecipazione come avulsa dal contesto giuridico, né ignorare il suo impatto sul processo.

Per mettere in luce la diversa base normativa della partecipazione nelle singole esperienze costituzionali, è utile prendere in esame i casi più esemplificativi fra quelli sopra richiamati.

Un esempio di esperienza costituzionale in cui la partecipazione è disciplinata da un atto normativo è rappresentato dal processo di revisione costituzionale islandese: l'art. 20 del *Act on a Constituent Assembly* 90/2010²¹ disponeva infatti la creazione di un sito web e l'attivazione di altri

²⁰ Nel definire le iniziative informative forme di partecipazione passiva occorre precisare che l'orientamento maggioritario in dottrina esclude il profilo informativo dalla dimensione partecipativa, ritenendolo piuttosto una fase propedeutica alla partecipazione vera e propria. Cfr. PICCHI, *Il diritto di partecipazione*, Milano, 2012, 73. Pur riconoscendo la validità di tale lettura, l'interpretazione della dimensione informativa come forma di partecipazione passiva si spiega col fatto che, benché il principio della trasparenza e dell'accessibilità ai lavori degli organi pubblici dovrebbero essere propri di ogni ordinamento democratico, molte esperienze costituzionali del passato (il caso più celebre è quello della Convenzione di Filadelfia), nonché più recenti (si pensi al processo di elaborazione della Costituzione ungherese del 1997 o alla revisione costituzionale marocchina del 2011), sono state caratterizzate dal principio della segretezza e non hanno prestato attenzione al coinvolgimento popolare, il quale passa necessariamente attraverso la condivisione delle informazioni. Sul tema della segretezza e pubblicità dei lavori costituenti si veda ELSTER, *Argomentare e negoziare*, Milano, 2005.

²¹ L'*Act on a Constituent Assembly* 90/2010 del 16 giugno 2010 rappresenta l'atto con cui ha preso formalmente avvio il processo di revisione costituzionale.

strumenti informatici che rendessero pubblici i lavori della Assemblea costituente e favorissero la partecipazione popolare. Questa disposizione è stata rispettata anche dal Consiglio costituzionale, l'organo istituito dalla risoluzione parlamentare del 6 aprile 2011 in seguito all'annullamento dei risultati delle elezioni per l'Assemblea costituente da parte della Corte suprema per alcune problematiche nelle operazioni di voto²².

Analogamente, nel caso del processo di revisione della Costituzione irlandese, la diretta *streaming* delle sedute plenarie sul sito web della *Constitutional convention* era prevista dal regolamento interno dell'organo (art. 1) e lo stesso atto istitutivo dell'organo prevedeva che esso potesse invitare e accettare proposte da tutti i soggetti interessati²³.

Il caso sudanese è invece paradigmatico della natura *bottom-up* della partecipazione nel processo di revisione costituzionale. La *Sudanese Initiative for Constitution Making* è stata promossa infatti da alcune associazioni della società civile col supporto del programma delle Nazioni unite per lo sviluppo (UNDP).

L'esperienza tunisina si presenta invece come caso intermedio, in cui la *e-participation* è stata promossa sia dall'alto che dal basso. Da un lato, l'Assemblea nazionale costituente (ANC), eletta a suffragio universale il 23 ottobre 2011, ha creato un sito web ufficiale dedicato ai lavori dell'organo, che prevedeva anche la possibilità di inviare proposte e commenti; dall'altro alcune associazioni della società civile hanno istituito dei siti web informativi e dei canali per la discussione *online*²⁴.

Passando dall'analisi delle esperienze empiriche alla riflessione teorica, ciò che emerge è che quando la partecipazione è normata, essa può essere prevista da una grande varietà di norme, quali ad esempio disposizioni del regolamento interno dell'organo costituente e risoluzioni dell'assemblea costituente nel caso dei processi costituenti. Allo stesso tempo, un tratto che accomuna gran parte dei processi è la combinazione di modalità partecipative *top-down* e modalità *bottom-up*, come nel caso tunisino.

²² La Corte suprema ha annullato i risultati elettorali il 25 gennaio 2011 a causa dell'identificabilità delle schede elettorali e della violazione del principio di segretezza del voto. In seguito alla decisione della Corte, il 6 aprile 2011, il Parlamento ha formato il Consiglio costituzionale, un organo composto dai 25 membri eletti nelle elezioni per l'Assemblea costituente annullate.

²³ *Resolution of the Houses of the Oireachtas of July, 2012*, consultabile all'indirizzo: https://www.constitution.ie/Documents/Terms_of_Reference.pdf.

²⁴ L'esempio principale è rappresentato dal osservatorio dei lavori dell'Assemblea nazionale costituente *Marsad* creato dall'associazione *Al Bawsala*, consultabile all'indirizzo: www.marsad.tn.

Sempre rimanendo nell'ambito della riflessione sulla base normativa della partecipazione, occorre notare l'influenza del diritto internazionale sul diritto costituzionale²⁵. Numerosi trattati e altre fonti di *soft law* sanciscono infatti il diritto «a prendere parte alla condotta degli affari pubblici»²⁶ e il Comitato dei diritti umani dell'ONU ha affermato che questo diritto comprende anche il procedimento di elaborazione e modifica della Costituzione²⁷. Questa interpretazione estensiva ha quindi portato parte della dottrina a ritenere che il diritto internazionale imponga agli Stati di rispettare il diritto dei cittadini a partecipare ai processi costituzionali²⁸. Appare tuttavia più corretto considerare la partecipazione popolare in tale ambito una *best practice* internazionale, una nozione che indica «areas that are not governed by a binding international treaty or norm, and that do not relate to fund rights, but on which scholars, officials and practitioners alike universally accept that specific practices are preferable to others»²⁹. In questo senso la partecipazione nei processi costituzionali rappresenterebbe una sorta di standard internazionale emergente, che andrebbe ad aggiungersi ad alcune condizionalità internazionali già consolidate, come la previsione e

²⁵ Cfr. tra i tanti: MEZZETTI - PIZZOLO (a cura di), *Diritto costituzionale transnazionale*, Bologna, 2013; DOBNER - LOUGHLIN (a cura di), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010.

²⁶ Il riferimento principale è rappresentato dall'art. 25 lett. a) del Patto delle Nazioni unite sui diritti civili e politici del 1966, il quale è stato interpretato dal Comitato dei diritti umani dell'ONU come comprendente anche i processi di elaborazione di una nuova Costituzione. Cfr. UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *CCPR General Comment No. 25: Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote), The Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service*, 12 July 1996, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, par. 6. Lo stesso Comitato dei diritti umani, nel caso Marshall c. Canada del 1991, ha stabilito che l'art. 25 lett. a) del Patto sui diritti civili e politici impone agli Stati di adottare misure volte a garantire la partecipazione delle comunità interessate, ma lascia loro la facoltà di definire le modalità del coinvolgimento, le quali tuttavia non devono porre restrizioni irragionevoli ed essere discriminatorie. Cfr. UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *CCPR/C/43/D/205/1986*, par. 5.5.

²⁷ Cfr. UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *CCPR General Comment No. 25: Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote), The Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service*, 12 July 1996, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, par. 6.

²⁸ HART, *Constitution Making and the Right to Take Part in a Public Affair*, in MILLER - AUCCOIN (a cura di), *Framing the State in Times of Transition*, Washington DC, 2010, 26-27

²⁹ AL-ALI, *Constitutional drafting and external influence*, in GINSBURG - DIXON (a cura di), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, 2011, 87.

l'organizzazione di elezioni democratiche (art. 21 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo)³⁰.

3. Le modalità partecipative: un'analisi empirica

Se da un lato è evidente che quasi ogni esperienza costituzionale contemporanea fa ormai ricorso alla Rete, anche soltanto per evitare di apparire anacronistica, è possibile individuare diversi gradi di *e-participation* sia a seconda del tipo di mezzo tecnologico utilizzato (ad esempio, sito informativo o consultazione *online*, come si è accennato sopra) che della fase del processo in cui esso è attivato. A tal fine richiamiamo ancora una volta alcune esperienze sopra menzionate.

La consultazione *online* promossa in Italia dal Ministero per le Riforme costituzionali appare un caso paradigmatico di strumento in grado di fornire una *e-participation* limitata, poiché i cittadini sono stati invitati a partecipare ad un sondaggio che aveva come funzione principale quella di informare i rappresentanti politici circa il punto di vista dei cittadini sulle materie costituzionali che si desiderava revisionare. La consultazione è stata promossa nella fase prodromica al processo di revisione e non è stata preceduta da una campagna di educazione pubblica sui temi oggetto di discussione. Solo l'ultima fase della consultazione consentiva inoltre l'espressione libera dei cittadini, svincolata cioè dal fatto di rispondere a domande già formulate.

Al contrario, le modalità elettroniche promosse nell'ambito del processo di riscrittura della Costituzione islandese hanno consentito ai cittadini di esprimersi liberamente non solo nella fase dell'iniziativa, ma anche in quella deliberativa. Il Consiglio costituzionale ha inoltre predisposto numerosi canali telematici, come il sito ufficiale e i *social network*, i quali hanno rappresentato sia una fonte di informazione che uno strumento di partecipazione attiva. L'innovativo processo di revisione irlandese è invece paradigmatico dell'utilizzo della diretta *streaming* per consentire la trasparenza dei lavori.

Un altro strumento elettronico che permette ai cittadini di esprimersi sul testo costituzionale è il forum di discussione, una modalità promossa ad

³⁰ DECHAUX, *La légitimation des transitions constitutionnelles*, in DANELCIUC-COLODROVSKI - PHILIPPE (a cura di), *Transitions constitutionnelles et Constitutions transitionnelles : quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit?*, Bayonne, 2014, 170.

esempio da alcune associazioni tunisine che hanno consentito l'emergere di un dibattito online³¹.

Occorre tuttavia notare che anche nei processi partecipativi sopra richiamati il coinvolgimento dei cittadini è stato generalmente realizzato anche attraverso forme più tradizionali, come gli incontri tra membri dell'organo incaricato della (ri)scrittura della Costituzione e gli elettori. Inoltre, i canali di partecipazione elettronica hanno mostrato alcuni limiti: il Consiglio costituzionale islandese è stato ad esempio accusato di aver risposto alle sollecitazioni provenienti dai cittadini in maniera sporadica e informale³², e se si considera il dato quantitativo, la partecipazione è stata limitata, dal momento che sulle varie piattaforme informatiche sono state presentate 360 proposte e 3.600 commenti³³. Nel caso della *Constitutional Convention* irlandese sono state invece notate carenze in materia di trasparenza dei lavori³⁴ e la società civile ha lamentato di non aver potuto partecipare direttamente al processo³⁵.

Tuttavia, a differenza del caso italiano, l'esperienza islandese e l'esperienza irlandese si distinguono per aver avuto sia un carattere informativo che un carattere di partecipazione attiva, testimoniato dalla possibilità di presentare proposte e commenti tramite la Rete senza la mediazione degli organi incaricati della revisione in tutte le fasi del processo. Ciò è avvenuto anche nel processo costituente tunisino, dove l'Assemblea costituente ha predisposto la possibilità di inviare commenti all'organo costituente sulla pagina ufficiale, quindi attraverso strumenti simili a quelli adottati dai processi irlandese e islandese. In Tunisia tuttavia l'utilizzo di questo canale è stato ridotto a causa della scarsa trasparenza dei lavori dell'organo e della mancata promozione di una campagna di sensibilizzazione in materia.

³¹ Si veda ad esempio <http://www.tunisie-constitution.org>.

³² Cfr. LANDEMORE, *Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment*, in *The Journal of Political Philosophy*, 2014, 22.

³³ *Opinion on the Draft New Constitution of Iceland Adopted by the Venice Commission at its 94th Plenary Session (Venice, 8-9 March 2013)*, CDL-AD(2013)010-e, 11 March 2013, consultabile all'indirizzo: <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD%282013%29010-e>, par. 116-130.

³⁴ La pubblicazione sul sito web dei verbali delle sedute non è stata infatti immediata. Cfr. LANDEMORE, *Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment*, cit., 23 ss.

³⁵ Cfr. Irish Council for Civil Liberties, *Developing a Model for Best Practice for Public Participation in Constitutional Reform*, 2012, disponibile all'indirizzo: <http://www.iccl.ie/news/2012/07/10/dozens-of-civil-society-groups-protest-exclusion-from-constitutional-convention-.html>.

I casi di maggior successo, ad esempio la *Constitutional Convention* irlandese, pur presentando alcune criticità, mostrano che la partecipazione popolare deve essere promossa non solo nella fase dell'iniziativa, ma anche in quella deliberativa, dove i cittadini hanno maggior possibilità di influire sul processo in corso. Inoltre, la promozione della partecipazione popolare nei processi di elaborazione e revisione costituzionale non implica affatto l'adozione del modello di democrazia diretta in sostituzione a quello della democrazia partecipativa, poiché in ogni caso la decisione finale spetta agli organi pubblici incaricati di ciò, con cui i cittadini interagiscono³⁶.

4. L'impatto della *e-participation*

La *e-participation* rappresenta una forma particolare di partecipazione popolare nei processi di elaborazione e revisione costituzionale e conseguentemente gli interrogativi sollevati dall'emergere del fenomeno riguardano anche questo strumento. Essi concernono principalmente due dimensioni: la legittimazione del testo costituzionale³⁷ e il contenuto della Costituzione stessa.

Per quanto riguarda la prima dimensione, che riguarda propriamente la percezione positiva del testo costituzionale da parte dei cittadini, occorre notare che tale effetto può derivare sia dall'approvazione del contenuto della Carta che dal giudizio favorevole circa il procedimento che ha portato alla sua adozione³⁸. È possibile a questo proposito concordare con la tesi secondo cui la dimensione procedurale ha assunto un'importanza decisiva per la legittimazione finale del processo di elaborazione/revisione costituzionale³⁹.

Se da un lato si può ritenere che i processi partecipativi facilitino l'aderenza del testo costituzionale ai valori culturali e civici dei destinatari e avvalorino, sotto il profilo procedimentale, l'affermazione del principio di sovranità popolare su cui si fonda lo Stato costituzionale di diritto, dall'altro

³⁶ Vedi *infra*.

³⁷ Si preferisce utilizzare l'espressione di legittimazione al posto di legittimità perché quest'ultima può riguardare anche solo il profilo della legalità formale.

³⁸ Cfr. DANN - AL-ALI, *The Internazionalized Pouvoir Constituant: Constitution-Making Under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor*, in VON BOGDANDY - WOLFRUM, (cur), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 10, 2006, 454 ss.

³⁹ Cfr. GINSBURG - ELKINS - BLOUNT, *Does the Process of Constitution-Making Matter?*, in *Annual Review of Law and Social Sciences*, Vol. 5, n. 5, 2009, 201 ss.; ARATO, *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*, Lanham, 2000, 231; WHEATLEY - MENDEZ (a cura di), *Patterns of Constitutional Design. The Role of Citizens and Elites in Constitution-Making*, Farnham, 2013.

occorre notare che il coinvolgimento popolare, da solo, non assicura che la Carta costituzionale si ponga come *pactum societatis*, poiché la partecipazione stessa può essere viziata⁴⁰ e la legittimazione del testo finale risulta dipendere da molteplici fattori e non solo dal coinvolgimento di più soggetti possibile.

Mettendo al centro dell'attenzione gli effetti della partecipazione sul contenuto delle singole Carte, occorre sottolineare che è fondamentale l'analisi della dimensione fattuale del processo costituente stesso e la lettura dei lavori preparatori. L'influenza della partecipazione risulta essere infatti spesso indiretta, poiché come è stato sottolineato «the content of constitutions depends on who sits at the table to hammer out their provisions»⁴¹, il quale può essere più o meno intenzionato ad accogliere il punto di vista dei cittadini.

Bisogna inoltre constatare che la partecipazione popolare non porta necessariamente a testi costituzionali che introducono istituti partecipativi nei processi decisionali in misura maggiore rispetto a quelli elaborati «da un corpo rappresentativo distinto e talvolta notevolmente separato dalla società di riferimento»⁴², come si sarebbe portati a pensare.

Un conciso quadro dei testi elaborati nel corso del processo tunisino e di quello islandese permette di mettere in luce tali ambiguità.

Le disposizioni costituzionali della Costituzione tunisina del 27 gennaio 2014 che rivelano maggiormente il carattere partecipato del processo costituente riguardano i diritti fondamentali, a riprova del fatto che la partecipazione non porta necessariamente all'introduzione di istituti di democrazia diretta in Costituzione. In particolare, l'articolo che testimonia maggiormente l'influenza della partecipazione sul processo costituente tunisino è l'art. 21 che sancisce il diritto di uguaglianza uomo-donna: esso rappresenta il frutto di una vasta mobilitazione popolare contro la proposta avanzata da alcuni esponenti del partito di maggioranza di matrice islamica *Ennahda* di introdurre la complementarietà di uomo e donna al posto dell'uguaglianza. Anche la formulazione dell'art. 46 che impone allo Stato di garantire, promuovere e sviluppare i diritti delle donne e stabilisce che lo Stato deve facilitare la partecipazione delle donne negli organi elettivi risulta

⁴⁰ Il carattere viziato della partecipazione può dipendere da vari fattori, ad esempio il fatto di non prevedere forme di partecipazione attiva o il fatto di essere una mera operazione di facciata.

⁴¹ Cfr. CAREY, *Does It Matter How a Constitution Is Created?*, in Barany - Moser (cur), *Is Democracy Exportable?*, New York, 2009, 177.

⁴² Cfr. U. ALLEGRETTI, *Recenti costituzioni «partecipate»: Islanda, Ecuador, Bolivia*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 3, 2013, 691.

essere il risultato della partecipazione popolare ed in particolare dell'attivismo delle associazioni femministe.

Il contributo della società civile al procedimento di elaborazione della Carta costituzionale si riscontra però anche in molte altre disposizioni costituzionali, introdotte in seguito ad un'azione di *lobbying*, quali ad esempio: l'art. 2 che sancisce che «La Tunisia è uno Stato civile basato sulla cittadinanza, la volontà popolare e lo Stato di diritto»; l'art. 6 che afferma la libertà di coscienza, l'art. 49 che enuncia il principio di proporzionalità nel caso della limitazione dei diritti fondamentali, e l'art. 106 che sancisce il principio di indipendenza della magistratura.

Il progetto di Costituzione islandese si presenta invece come caso intermedio, poiché da un lato conferma l'idea che la partecipazione popolare porti all'introduzione di istituti che consentono una partecipazione diretta dei cittadini nel processo decisionale, quali l'iniziativa legislativa popolare (art. 66), il referendum abrogativo (art. 65) e il referendum consultivo per la partecipazione ad organizzazioni internazionali che comportino trasferimenti di sovranità (art. 111)⁴³; dall'altra le disposizioni che risultano essere maggiormente il frutto della partecipazione sono quelle che riguardano il diritto di accesso alla Rete e alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (art. 14), nonché la tutela dell'ambiente e delle risorse naturali (preambolo e art. 34).

Per quanto riguarda l'impatto della partecipazione sul contenuto delle Carte costituzionali occorre richiamare anche il rischio, denunciato da parte della dottrina, che tale metodologia di elaborazione costituzionale porti a «constitutions that look to an era long gone, with little connection to national or international social or economic realities, widening the gap between the constitution and society»⁴⁴. La partecipazione popolare al processo di elaborazione o revisione costituzionale è suscettibile infatti di comportare un sovraccarico di rivendicazioni e, qualora gli organi decisori non siano capaci di operare una attenta selezione delle istanze provenienti dai cittadini, la Costituzione rischia di configurarsi come un contenitore di aspirazioni irrealizzabili. Per evitare che la partecipazione popolare porti a testi privi di ogni effettività, è fondamentale quindi che le richieste provenienti dalle varie componenti della società siano oggetto di dibattito e rielaborazione da parte degli organi deputati all'elaborazione o alla revisione costituzionale.

⁴³ Cfr. BAGNI, *Procesos constituyentes participados y forma del estado*, in *Revista general de derecho público comparado*, n. 13, 2013, 6 ss.

⁴⁴ Cfr. GHAI - GALLI, *Constitution Building Processes and Democratization*, 2006, 15, consultabile all'indirizzo: www.idea.int/publications/cbp_democratization/index.cfm.

5. Riflessioni conclusive

L'osservazione empirica delle esperienze costituzionali più recenti mostra l'emergere della partecipazione popolare nei processi di elaborazione e revisione costituzionale, la quale si concretizza anche attraverso la Rete. La cosiddetta *e-participation* presenta grandi potenzialità: consente ad esempio di superare alcune difficoltà tipiche delle modalità di partecipazione fisica, come la sfida di raggiungere un numero rappresentativo di soggetti in situazioni di insicurezza sociale o di scarsa disponibilità finanziaria. Tuttavia questa potenzialità non può dispiegarsi appieno ovunque, poiché dipende fortemente dallo stato della tecnologia e delle conoscenze informatiche: se ad esempio l'Islanda gode di una buona copertura internet e l'utilizzo della Rete vi è ampiamente diffuso, lo stesso non si può dire del Sudan, dove, alla luce dello scarso sviluppo della tecnologia informatica, la *e-participation* si configura come uno strumento escludente ed elitario, che rischia di dare maggior spazio a coloro che già per motivi economici-politici-sociali hanno un peso maggiore all'interno della società.

Tale considerazione ridimensiona quindi la tesi secondo cui la Rete offrirebbe ai soggetti svantaggiati nell'ambito della tradizionale democrazia rappresentativa maggiori capacità di esprimersi, superando le barriere e i pregiudizi sociali che talvolta impediscono loro di esprimersi in merito a questioni politiche⁴⁵. Oltre alle problematiche derivanti dal contesto, la partecipazione elettronica presenta alcuni limiti intrinseci come: il rischio che alcuni gruppi, grazie a un utilizzo più scaltro e organizzato della tecnologia, ottengano una visibilità superiore rispetto al consenso reale di cui godono; il fatto che l'espressione dell'opinione dei cittadini è influenzata dai criteri con cui sono formulati le domande (risposta aperta o chiusa, temi prescelti, modalità di formulazione delle domande, ecc)⁴⁶; la questione della raccolta dei dati personali e la tutela della *privacy*⁴⁷. Inoltre, appare centrale la questione del divario digitale, la separazione cioè tra coloro che accedono alla Rete e coloro che non vi accedono per una carenza di risorse necessarie

⁴⁵ KAHANA - STEPHENSON, *The Promise of Democratic Constitutionalism*, in BAINES - BAREK-EREZ - KAHANA (a cura di), *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 2012, 249.

⁴⁶ PICCHI, *Il diritto di partecipazione*, Milano, 88.

⁴⁷ PAPA, *Rappresentanza politica versus democrazia elettronica tra molteplicità di prospettazioni e problematicità di rapporti*, in CHIEFFI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, 2006, 369-390.

all'utilizzo della stessa⁴⁸. La diversa capacità di utilizzo del mezzo tecnologico mette in discussione l'idea secondo cui tutti possono partecipare alla discussione sul web e sconfessa le tesi secondo cui la Rete apre la strada all'affermazione della c.d. "democrazia elettronica", un luogo politico cioè dove tutti i cittadini hanno la possibilità di deliberare in tempo reale senza la mediazione di una classe politica rappresentativa.

Al di là del fatto che a livello pratico non sembra essere emerso, grazie alla Rete, un *tertium genus* della democrazia, questa ipotesi non convince nemmeno da un punto di vista teorico, poiché pare prendere le mosse dall'idea che la democrazia diretta goda di una superiorità rispetto alla democrazia rappresentativa, e ne costituisca per così dire l'evoluzione, una tesi che è stata già ampiamente messa in discussione dalla dottrina⁴⁹.

Gli esempi di *e-participation* di maggior successo mostrano invece che la partecipazione dei cittadini non si pone come strumento di democrazia diretta, ma rimane nell'alveo del sistema rappresentativo⁵⁰. In quest'ottica, le varie modalità di partecipazione elettronica appaiono piuttosto come istituti di democrazia partecipativa, un modello che mira ad «incrementare la democrazia consentendo l'esercizio diretto della sovranità popolare e dare compiutezza ai diritti soggettivi umani, nonché poter realizzare gli obiettivi di giustizia e redistribuzione sociale»⁵¹, pur senza mettere in discussione i fondamenti della democrazia rappresentativa, dal momento che prevede che la scelta finale spetti al decisore pubblico⁵². In quest'ottica la *e-participation* rappresenta uno strumento che consente di ridurre la distanza tra rappresentanti e rappresentati, quanto meno sul piano della conoscenza da parte di quest'ultimi dell'attività degli eletti, ma non comporta

⁴⁸ Per una panoramica d'insieme sulle problematiche della Rete si veda: MACALUSO, *Democrazia e consultazione on line*, Milano, 2007; DI GIOVINE, *Democrazia elettronica: alcune riflessioni*, in *Diritto e società*, vol. 3, 1995, ora in ID., *Democrazia diretta e sistema politico*, Padova, 2001, 51 ss.; NISTICÒ - PASSAGLIA (a cura di), *Internet e costituzione (atti del Convegno, Pisa, 21-22 novembre 2013)*, cit.

⁴⁹ PAPA, *La rappresentanza politica versus democrazia elettronica*, cit., 6.

⁵⁰ Non si può non concordare con coloro i quali sostengono che la *e-participation* può soltanto integrare e non sostituire la democrazia rappresentativa. Cfr. F. GALLO, *Lectio magistralis del Presidente "Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione"*, Festival Lector in fabula organizzato dalla Fondazione Giuseppe Di Vagno, Conversano, 15-09-2013, *passim*, consultabile all'indirizzo

http://www.cortecosistuzionale.it/documenti/convegni_seminari/20130915_Gallo.pdf

⁵¹ Cfr. PICCHI, *Il diritto di partecipazione*, cit., 71 ss.

⁵² *Ivi*, 26.

l'affermazione di una particolare forma di democrazia che sostituisce interamente il sistema rappresentativo⁵³.

Le esperienze di *e-participation* in alcuni dei processi di elaborazione e revisione costituzionale sopra richiamati confermano questa caratteristica e mettono in luce che il ricorso agli strumenti elettronici si accompagna ancora ad un giudizio ambivalente. Da un lato infatti è possibile concordare con la tesi secondo cui *e-participation* può: promuovere la trasparenza del processo democratico (nel caso delle dirette *streaming*), consentire ai rappresentanti di conoscere gli orientamenti dei rappresentati (nel caso delle consultazioni *online*), nonché permettere ai cittadini di esprimersi sul testo costituzionale (nel caso dell'attivazione di canali per la presentazione di commenti e proposte). Dall'altro essa non è scevra di elementi problematici: come è stato già messo in luce, il dispiegamento delle sue potenzialità dipende dal contesto di riferimento, oltre che dalle modalità di partecipazione promosse. In particolare, per quanto riguarda il contesto, ci pare di poter affermare che tale strumento è suscettibile di agevolare la partecipazione nei casi in cui la Rete è già sviluppata e ampiamente utilizzata; al contrario, laddove internet non è largamente diffuso, esso risulta incapace di apportare benefici maggiori rispetto a forme più tradizionali di partecipazione e anzi rischia di essere ampiamente controproducente, permettendo ai pochi che hanno accesso alla Rete di esercitare un'influenza sproporzionata rispetto al loro numero e alimentando un sentimento di risentimento in coloro i quali non possiedono i mezzi per partecipare elettronicamente.

Infine non bisogna dimenticare il fatto che la *e-participation* altro non è che uno strumento. Per questo motivo, deve essere chiaro che essa non può da sola determinare la riuscita o meno di un processo⁵⁴. In conclusione quindi ci pare di poter affermare che, benché l'avvento della Rete nei processi di elaborazione e revisione della Costituzione rappresenti senz'altro un'innovazione, capace potenzialmente di rispondere alle esigenze di una maggiore partecipazione, sussistano ancora numerosi profili problematici.

⁵³ Sulle criticità della democrazia elettronica si veda: PAPA, *Rappresentanza politica versus democrazia elettronica*, cit., 380 ss.

⁵⁴ Cfr. GLUCK - BALLOU, *New Technologies in Constitution-Making*, in *United States Institute of Peace Special Report*, n. 343, 2014, 9.

LA TERRITORIALITÀ DEL TRIBUTO NELL'ERA DI INTERNET¹

Giangiaco­mo D'Angelo

Ricercatore di Diritto Tributario nell'Università di Bologna

L'importanza di Internet quale luogo in cui cresce e sviluppa l'economia digitale pone, da un punto di vista del diritto tributario, molteplici problemi e, tra questi, il problema della territorialità.

I criteri tradizionalmente utilizzati per individuare un collegamento fiscale sono infatti pensati con riferimento all'economia materiale, ed essi risultano inadeguati per l'economia digitale che è caratterizzata da una dall'essere dematerializzata.

Pertanto sia in materia di imposizione diretta, sia in materia di imposizione sugli scambi, è necessario un ripensamento radicale della nozione di jurisdiction fiscale.

Allo stato attuale, nonostante l'urgenza del problema, non sembra che in materia di imposizione diretta siano state trovate soluzioni soddisfacenti, anche se nell'ambito del piano BEPS sono state avanzate alcune proposte volte a modificare la nozione fondamentale di stabile organizzazione, proprio per quelle imprese che hanno nello Stato estero una presenza significativa digitale.

Al contrario, nel settore dell'imposta sul valore aggiunto, recenti disposizioni normative europee hanno creato dei regimi specifici per la prestazione di servizi legati all'economia digitale (MOSS).

L'analisi combinata degli interventi mostra che i progressi in tale materia dipendono da sforzi coordinati al livello internazionale e che sono viceversa sostanzialmente inutili le modifiche normative da parte dei singoli Stati.

The importance of Internet as a place where the digital economy grows and develops poses various issues from the tax law perspective and, among those, the jurisdiction issue.

The criteria traditionally used for identifying the nexus for taxation have been created with reference to tangible and material economy, and they are

¹ Il presente lavoro riproduce, con opportuni adattamenti ed aggiornamenti, il testo dell'intervento al V° Workshop per giovani ricercatori svoltosi presso l'Università di Siena il 6 giugno 2014. Un ringraziamento particolare va ai proff. Nicola Vizioli e Antonio Marinello che hanno fatto da discussant a margine dell'esposizione.

inadequate for the digital economy that is in most part dematerialized. Thus, either in direct taxation field, and in the indirect taxation field, there's a need for a radical rethinking of the tax jurisdiction.

Currently, although the urgency of the issues, it does not seem that in the direct taxation field satisfactory solutions have been found; although in the frame of the BEPS plan have been advanced some proposal for the change of the notion of permanent establishment, for businesses that have in the State a digital presence.

On the contrary, in the VAT field, recent European rules introduced some specific regimes for the supplies of services of the digital economy (MOSS). The combined analysis shows that progresses in that field depend upon coordinated efforts at the international level and that legislative changes by single States are substantially useless.

Sommario:

1. Premessa
2. Alle radici della territorialità
3. La territorialità nel sistema dell'imposizione sui redditi transnazionali. La centralità della nozione di Stabile Organizzazione
4. Le recenti evoluzioni in materia di servizi elettronici nell'iva
5. Conclusioni

1. Premessa

Il problema della territorialità dell'imposizione non può certo dirsi nuovo per il diritto tributario, esso, tuttavia, ha acquisito una nuova rilevanza con l'avvento di Internet e in generale dell'economia ad essa legata.

Le norme di diritto tributario, infatti, sono state pensate e scritte in un'epoca e con riferimento ad un'economia in larga misura "materiale", radicata sul territorio dello Stato in maniera tangibile e facilmente individuabile.

La nuova economia digitale, invece, nasce e si sviluppa nella Rete la quale è identificabile come uno "spazio" solo in maniera concettuale, poiché se pure di spazio si vuol parlare, è privo di collegamenti fisici e tangibili con il territorio inteso come porzione della superficie terrestre su cui lo Stato esercita il proprio potere sovrano.

Di fronte ad un'economia sempre più dematerializzata e naturalmente globalizzata, i problemi per il giurista² e in particolare un tributarista, appaiono evidenti: l'economia digitale è, per definizione, un'economia aterritoriale la cui formazione e sviluppo non presenta dei nessi tangibili di collegamento al territorio di uno Stato che da sempre sono assunti a fondamento delle previsioni fiscali³. Il rischio è, pertanto, che le forme di ricchezza che si manifestano nell'economia digitale, semplicemente, non essendo inquadrabili negli schemi impositivi previsti dalle norme fiscali e pertanto sfuggano alla tassazione.

Di fronte a tali difficoltà che l'avvento di Internet comporta per i sistemi fiscali, una risposta potrebbe esser quella di adattare, nei limiti del possibile, le categorie tradizionali del diritto tributario e in particolare i criteri di

² La deterritorializzazione di Internet è causa di una quantità notevole di problemi giuridici già avvertiti da tempo. Si veda JOHNSON e POST, *Law and borders: the rise of law in cyberspace*, 48 *Stanford Law Review* 1367 (1996) per i quali "*The rise of the global computer network is destroying the link between geographical location and: (1) the power of local governments to assert control over online behavior; (2) the effects of online behavior on individuals or things; (3) the legitimacy of the efforts of a local sovereign to enforce rules applicable to global phenomena; and (4) the ability of physical location to give notice of which sets of rules apply. The Net thus radically subverts a system of rule-making based on borders between physical spaces, at least with respect to the claim that cyberspace should naturally be governed by territorially defined rules.*"

³ Per la verità, pur in un contesto di elevata mobilità è difficile immaginare un'impresa che sia totalmente sganciata da qualsivoglia territorio. Un'impresa o una società sono entità sempre riconducibili ad un territorio sul quale uno Stato che esercita il potere sovrano. Piuttosto il pericolo concreto è che l'economia immateriale, in ragione dell'elevatissima mobilità che la caratterizza, sia convogliata su soggetti residenti in Stati con pressioni fiscali molto basse o comunque in cui si gode di regime fiscali particolarmente favorevoli.

territorialità dei vari tributi. Si tratterebbe però di una risposta dal fiato corto perché è ormai apertamente riconosciuto da più parti che, soprattutto con riferimento alle categorie classiche, si impone l'esigenza di andare oltre lo sforzo di adeguamento e di pensare a categorie giuridiche nuove che superino la dicotomia materiale/immateriale⁴. Questa discussione, soprattutto nell'ambito tributario, nasce dalla preoccupazione degli Stati nazionali per l'erosione al gettito fiscale che lo spostamento dell'economia verso la dimensione digitale sta apportando.

Anche se la causa dell'interesse è contingente, la soluzione a questo problema, passa attraverso la rimediazione dei presupposti teorici del sistema tributario di ciascuno Stato membro che tenga anche conto della struttura dei singoli tributi.

2. Alle radici della territorialità

Il problema prioritario che si viene a porre investe quindi i criteri di collegamento⁵ dell'imposizione fiscale che da sempre sono stati agganciati ad elementi di fisicità e che, con l'avanzare dell'economia digitale, rischiano di apparire obsoleti e non più in grado di intercettare quelle manifestazioni di ricchezza che avvengono nella rete.

Per poter ripensare i criteri di collegamento dei singoli tributi è necessario condurre una riflessione sull'estensione del potere impositivo di uno Stato e sulla territorialità come limite ad esso.

In via preliminare, bisogna chiedersi se ha ancora senso per gli Stati nazionali assumere il territorio quale limite all'applicazione delle disposizioni e segnatamente delle disposizioni di diritto tributario. Da questo punto di vista, gli studi che si occupano di territorialità fanno riferimento ad essa in una duplice accezione: territorialità formale e territorialità

⁴ Esigenza già segnalata acutamente da MARELLO, *Le categorie tradizionali del diritto tributario ed il commercio elettronico*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1999, I, 595 ss.

⁵ E' da rilevare che nel settore del diritto tributario l'espressione "criterio di collegamento" ha un significato ben diverso da quello proprio del diritto privato internazionale, dove è intesa come criterio per l'individuazione dell'ordinamento straniero al quale rinviare per la disciplina di fatti e rapporti che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale. Nel diritto tributario, e quindi nel presente lavoro, l'espressione è invece da intendersi come criterio di individuazione delle fattispecie imponibili, e regolate dalla legge nazionale (ovunque esse si verifichino), cfr. su tale distinzione CROXATTO, *L'imposizione delle imprese con attività transnazionali*, Padova, 1965, 128-130; LUPI, *Territorialità del tributo*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 3.

sostanziale⁶. La prima accezione di territorialità attiene al potere teorico che ha ogni Stato di regolare fattispecie che si realizzano, anche in maniera avulsa dal proprio territorio. Qui il diritto internazionale offre una risposta tendenzialmente univoca: lo Stato, in quanto entità autonoma e sovrana non incontra nessun limite nella regolazione astratta di fattispecie ovunque esse si manifestino e chiunque siano i soggetti che la pongono in essere. Da tempo, infatti, i due fenomeni della territorialità e della sovranità sono intesi in maniera separata e pertanto il territorio, quale delimitazione di una porzione di spazio terrestre, non rappresenta più un limite al potere statale di dettare norme cogenti.

Ben altro è, invece, il problema che si pone nel diritto tributario in relazione alla territorialità intesa in senso materiale o, se si preferisce, in termini effettivi. Non mi riferisco alla effettività delle disposizioni intesa come capacità del diritto di “conformare” la realtà secondo le direttive in esso contenute, problema questo che andrebbe affrontato anche nella prospettiva della valenza degli atti amministrativi al di fuori dei confini nazionali e della capacità di riscuotere le imposte all'estero⁷. Piuttosto, nel diritto tributario, quando si fa riferimento alla territorialità in senso materiale ci si riferisce ai limiti che gravano sul legislatore e che attengono allo specifico atteggiarsi delle disposizioni fiscali. Segnatamente il problema di *jurisdiction* che si pone è relativo alla possibilità da parte di uno Stato di regolare, riconnettendovi un prelievo destinato al finanziamento delle pubbliche spese, fattispecie che si manifestano quali estranee al territorio sul quale di norma esso esercita il potere sovrano. Nella dottrina tradizionale la risposta che si offre a questo interrogativo è, tendenzialmente, nel senso dell'assenza di limiti cogenti di diritto internazionali, potendo lo Stato assumere come presupposto di imposta qualsiasi fattispecie ovunque essa si

⁶ La distinzione è presente in pressoché tutte le trattazioni di diritto tributario che hanno specificamente affrontato questa problematica. Cfr. SACCHETTO *Territorialità (dir. trib.)*, Enc. Dir. XLIV, Milano, 1992, LUPI *Territorialità del tributo*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 3; FRANSONI *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004; BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009; MANGANELLI *Territorialità del tributo*, in *Digesto Disc. Priv. Sez. Commerciale*, 1998.

⁷ Si veda, in riferimento a queste problematiche SACCHETTO *Tutela all'estero del credito tributario dello Stato*, Padova, 1978. Recentemente il dibattito sulla cooperazione tra Autorità fiscali di Stati membri, soprattutto con riferimento a quelli dell'Unione Europea, ha interessato molto anche la fase dell'istruttoria tributaria e segnatamente lo scambio di informazioni rilevanti. Su questi temi, vedi di recente MASTELLONE in *Diritto Tributario Internazionale*, a cura di R. Cordeiro Guerra, Padova, 2012, 213 ss. dove ampia bibliografia sul tema dello scambio di informazioni.

verifichi⁸. In realtà è da ricordare che il diritto pubblico internazionale ha elaborato in materia di *jurisdiction* diverse teorie per l'individuazione di una norma consuetudinaria di diritto internazionale come limite al potere statale normativo, facendo anche leva su una giurisprudenza internazionale⁹. Lo Stato potrebbe sempre regolare una fattispecie, ovunque essa si verifichi, a condizione che vi abbia un ragionevole interesse e si presenti un minimo collegamento del territorio con essa¹⁰. Si tratta però di un limite piuttosto vago e bisogna ammettere che, quantomeno in materia tributaria, non può dirsi ad oggi risolto in maniera chiara e definitiva il problema dei contorni del *genuine link* sussistente tra fattispecie e Stato che esercita il potere impositivo¹¹.

⁸ La dottrina interna ritiene questo limite materiale semplicemente inesistente, cfr. BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, I, 1952, 103, GIANNINI, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, 1956, 55; CROXATTO, *L'imposizione delle imprese con attività internazionali*, Padova, 1965, 49 mentre altra parte della dottrina per un verso ha evidenziato una scarsa compatibilità con il diritto internazionale della previsione di obblighi a carico degli stranieri non residenti e che non hanno alcun legame con il territorio, (UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia*, 1965, 60) e per altro verso ha verso individuano nell'art. 53 Cost. una disposizione che limiti l'esercizio del potere normativo in materia tributaria a quelle fattispecie che abbiano un collegamento, anche minimo, ma comunque nettamente individuabile con il territorio dello Stato (MICHELI, *Profili critici in tema di potestà di imposizione*, in *Opere minori di diritto tributario*, II, Milano, 1982, 22).

⁹ Si veda il caso Lotus della Corte Internazionale, Corte Permanente di Giustizia Internazionale, sentenza 7 settembre 1927, caso *Lotus*, in *P.C.I.J.*, ser. A, No 10, 20.

¹⁰ Alla presenza di un *sufficiently strong interest* si aggiunge talvolta la necessità di svolgere un giudizio comparativo tra tale interesse e quello di altri ordinamenti statuali che pure regolerebbero la medesima fattispecie sulla scorta di un proprio interesse. In sostanza l'interesse statale alla regolazione di quella fattispecie non dovrebbe apparire solo come sufficientemente solido, ma anche prevalente sull'interesse di altri Stati a regolare diversamente la fattispecie. Quest'ipotesi in realtà è molto suggestiva per la prospettiva dell'esercizio del potere di imposizione extrastatale perché pone in definitiva come parametro di esercizio il necessario rispetto degli interessi degli altri ordinamenti; la conseguenza inevitabile sarebbe quella di porre un generalizzato divieto di concorso delle potestà impositive di due diversi ordinamenti su una medesima fattispecie ossia il riconoscimento del divieto di doppia imposizione come norma di diritto consuetudinario generalmente riconosciuta. E' noto che, nell'attuale scenario, non può ritenersi esistente tale consuetudine. La conferma è proprio nella vasta rete di Trattati internazionali che sono stipulati da ciascuno Stato per evitare la doppia imposizione a riprova della necessità di intervenire con uno strumento normativo ad hoc, in assenza di altre indicazioni di diritto internazionali che possano risolvere il conflitto di *jurisdiction*.

¹¹ Una rassegna delle varie opzioni teoriche a giustificazione del *genuine link* per l'esercizio della potestà impositiva è stata recentemente svolta da MAISTO, *Brevi riflessioni sulla evoluzione del concetto di "genuine link" ai fini della territorialità dell'imposizione tributaria tra diritto internazionale generale e diritto dell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. Trib.*,

Il più delle volte, infatti, si fa riferimento all'interesse dello Stato alla regolazione di rapporti "extraterritoriali" sulla base di un legittimo perseguimento di "interessi propri" che appaiono avere una rilevanza sufficiente e un ragionevole collegamento con l'insieme degli interessi che pertengono alla comunità. In definitiva se ci si pone nell'ottica del diritto pubblico internazionale il limite "materiale" esterno al potere normativo in materia tributaria o viene definito come "inesistente" oppure viene declinato con criteri difficili da specificare e poco stringenti.

La vaghezza che caratterizza l'approccio del diritto pubblico internazionale può però esser ridotta se ci si pone nell'ottica interna e si cerca di precisare questo limite prendendo in considerazione l'approccio che ogni singolo ordinamento statale ha rispetto al fenomeno tributario.

In proposito vale la pena di far riferimento ad uno dei casi celeberrimi nella dottrina di diritto tributario internazionale, affrontato dalla Supreme Court degli Stati Uniti d'America proprio in riferimento ad una fattispecie sostanzialmente analoga a quelle che si ripropongono attualmente per il commercio elettronico. Nel caso *Quill Corp. vs North Dakota*¹² la Supreme Court degli Stati Uniti fu chiamata a stabilire la legittimità della normativa fiscale dello Stato del North Dakota che attraeva a tassazione indiretta (*use and sales taxes*) le cessioni realizzate da una società estera che vendeva a residenti in North Dakota mediante cataloghi e non aveva alcun tipo di agente o altro radicamento nello Stato. Pur risalendo il caso al 1992, la Supreme Court ha fornito in tale occasione una giustificazione generale perfettamente adattabile alla realtà del commercio elettronico che si sarebbe imposta nel giro di pochi anni. Il nucleo essenziale di questa sentenza che qui interessa, è che essa ritiene legittimo che uno Stato tassi le cessioni realizzate a favore di residenti nel territorio dello Stato in ragione del beneficio che la società estera riceve dall'accesso al mercato in termini di una infrastruttura istituzionale che giustifica la rilevanza impositiva delle operazioni, anche se l'operatore non ha alcun legame fisico con il territorio del North Dakota.

La domanda che bisogna porsi è se questo genere di giustificazione per identificare il "*minimum nexus*" o, se si preferisce, "*genuine link*" sia poi utilizzabile in chiave generale.

2103, 889, ove ampi riferimenti anche alla dottrina internazionale di diritto pubblico internazionale.

¹² *Quill Corp. v. North Dakota* (91-0194), 504 U.S. 298 (1992). Per un approccio al problema del *minimum nexus* nell'esperienza statunitense, si veda SWAIN, *State Income Tax Jurisdiction: A Jurisprudential and Policy Perspective*, 45 *Wm. & Mary L. Rev.*, 2003, 319, reperibile su <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol45/iss1/5/>

Mi sembra da evidenziare che la giustificazione del *beneficio*, che pure potrebbe apparire accettabile in maniera intuitiva, attenga ad una visione commutativa del tributo che è diversa da quella dominante nel nostro ordinamento.

Infatti si deve concordare con quanti individuano il riferimento ai limiti al potere impositivo extraterritoriale nella Costituzione e, in particolare, nell'art. 53. È noto che l'attenzione della dottrina si sia concentrata soprattutto sulla dimensione oggettiva di questo limite, concludendosi che qualsiasi fatto assunto a presupposto di imposta deve necessariamente esser agganciato a una manifestazione di forza economica che permetta l'assolvimento dell'obbligazione tributaria. Più difficile è invece individuare un limite soggettivo/territoriale per la previsione di fatti d'imposta.

In effetti, ad una analisi testuale, l'art. 53 Cost. non sembra apportare limite alcuno dal momento che “tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della capacità contributiva”. È chiaro però che l'assenza di limitazioni non è un'opzione consigliabile e sarebbe fuorviante considerare il lemma “tutti” come espressivo dell'assenza di un qualsiasi limite territoriale/soggettivo all'esercizio del potere impositivo¹³. La dottrina che più di recente si è occupata di approfondire le ipotesi di territorialità ha molto valorizzato la funzionalizzazione dei tributi al finanziamento delle pubbliche spese¹⁴, elaborando perciò il criterio della appartenenza o dell'inserimento del soggetto alla comunità statale per potervi ricollegare fattispecie di imposta.

Ciò deriva direttamente dal modo di intendere il sistema fiscale come complesso degli strumenti predisposti per il finanziamento delle spese di una determinata comunità¹⁵.

“Appartenere” o “esser inserito” in certo modo alla comunità statale

¹³ L'espressione “tutti” utilizzata dall'art. 53 Cost. è spesso giustapposta a quella contenuta nell'art. 25 dello Statuto albertino che prevedeva l'obbligo di contribuzione per “i regnicoli”. Tuttavia, questa giustapposizione non vale a segnare il passaggio, con la Costituzione repubblicana, ad un sistema in cui il potere impositivo non ha più limitazioni soggettive. Piuttosto esso è stato inteso come la volontà costituzionale di escludere limitazioni alla potestà impositiva legate allo status e ad affermare la riferibilità del dovere contributivo a tutti i membri della collettività. Su quest'ultimo aspetto FRANSONI *La territorialità*, 244 ss.

¹⁴ Si cfr. CORDEIRO GUERRA, *Diritto Tributario Internazionale*, cit., 55 ss. dove si riporta il dibattito circa la potestà impositiva ultraterritoriale e ci si sofferma nel valutare la compatibilità di questo con il principio fondamentale di capacità contributiva.

¹⁵ Il collegamento tra territorialità dell'imposizione e appartenenza alla comunità di riferimento è il *leit motif* dei più recenti contributi in tema di territorialità. Per tutti si confronti FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, *passim*, ma specificamente 222 ss. dove l'Autore declina il concetto di appartenenza e lo pone a base dell'individuazione dei limiti materiali dell'imposizione fiscale.

significa esser destinatario degli obblighi di contribuzione alle pubbliche spese stabilite da tale comunità, quindi poter esser soggetto passivo di un'obbligazione tributaria (ovviamente a condizione che l'obbligazione si ricollegli ad un fatto autenticamente espressivo di forza economica!). In definitiva, si individua nell'appartenenza alla comunità e non nella fruizione del beneficio il criterio principale per poter attrarre a tassazione soggetti formalmente estranei.

Se ci si pone in quest'ottica è chiaro che i criteri di collegamento territoriale ben possono andare oltre quello del collegamento fisico con il territorio statale, e non è inibito fissare dei presupposti di imposta privi di collegamento fisico/territoriale a condizione che essi denotino, a carico del soggetto chiamato alla contribuzione alle pubbliche spese, un certo inserimento nella comunità statale di riferimento¹⁶. Non solo, ma la stessa appartenenza di una fattispecie alla comunità statale può esser assunta anche come parametro di commisurazione dell'entità del prelievo e deve esser considerata in parallelo con i criteri fondanti l'imposizione fiscale nel nostro ordinamento per evitare di dover fare riferimento, per la tassazione delle fattispecie "extraterritoriali".

Ovviamente, questa elaborazione teorica a giustificazione dell'imposizione extraterritoriale può avere delle ricadute in termini concreti che non sono facilmente apprezzabili e che comunque devono esser filtrate dalla struttura dei singoli tributi. Vale comunque la pena evidenziarle, soprattutto in riferimento all'economia digitale, per non cadere nell'equivoco di agganciare la tassazione alla semplice esistenza di una presenza fisicamente tangibile, o di un beneficio goduto da soggetti esteri.

3. La territorialità nel sistema dell'imposizione sui redditi transnazionali. La centralità della nozione di Stabile Organizzazione

La necessità di valorizzare l'appartenenza alla comunità statale,

¹⁶ L'appartenenza ad una comunità statale è, peraltro, un parametro che, se da un lato legittima costituzionalmente e storicamente l'imposizione fiscale, è suscettibile anche di esser assunto a criterio di commisurazione del concorso alle pubbliche spese manifestandosi essa in termini gradualisti e non di alternativa secca tra appartenenza e non appartenenza. E' per questo motivo del resto che coloro che manifestano nei confronti della comunità la massima espressione di appartenenza (i.e. la residenza) sono chiamati al concorso per i redditi ovunque prodotti, mentre i soggetti non residenti sono tassati solo per i redditi prodotti sul territorio. Impostazione questa che potrebbe esser considerata una razionalizzazione del criterio di appartenenza laddove si considera che, con la produzione di un reddito sul territorio, si manifesta appunto l'appartenenza alla comunità statale che insiste sullo stesso.

rappresenta quindi solo un limite teorico della territorialità materiale; rispetto ad esso è necessario verificare come i criteri di collegamento sono poi declinati in termini concreti nel nostro ordinamento in relazione ai principali tributi e come questa declinazione possa adattarsi rispetto alle esigenze imposte dall'avanzare dell'economia digitale¹⁷. Si è già detto in apertura che il pericolo è che la nuova economia non sia più riconducibile agli schemi classici di imposizione e pertanto vi sfugga. Questa è una preoccupazione condivisa al livello internazionale, tant'è che le organizzazioni internazionali recentemente hanno posto al centro del dibattito relativo alla "erosione" delle basi imponibili degli Stati proprio l'adattamento degli Stati all'avanzare della nuova economia digitale¹⁸.

Dal punto di vista dell'imposizione diretta è noto che il nostro sistema di tassazione del reddito prevede il principio di tassazione su base mondiale (*worldwide principle*) per i soggetti residenti, e il principio di tassazione su base territoriale per i soggetti non residenti nel territorio. Il problema che si pone in termini concreti è quindi relativo ai redditi prodotti da soggetti non residenti attraverso operazioni che in qualche modo coinvolgono soggetti residenti come utenti. Rispetto a questi redditi prodotti attraverso la rete, v'è da verificare quando e se queste operazioni siano riconducibili a tassazione in Italia benché realizzate da soggetti non residenti.

Se si analizzano le disposizioni rilevanti attualmente in vigore il riferimento non può che esser all'art. 23 e all'art. 151 del TUIR che attraggono a tassazione il reddito prodotto da soggetti esteri per l'attività prestata nel territorio dello Stato.

Questi articoli, com'è noto e come del resto avviene in tutti i Paesi che adottano convenzioni internazionali basate sul modello OECD, pongono quale criterio di collegamento del soggetto estero in Italia, la presenza di una Stabile Organizzazione¹⁹. Tradizionalmente, la nozione di stabile

¹⁷ Una ricostruzione accurata sulla rilevanza del commercio elettronico in riferimento ai principali tributi dell'ordinamento italiano è svolta da MELIS, *Commercio elettronico nel diritto tributario*, Voce del *Digesto Disc. Priv. Sez. Commerciale*, Aggiornamento, 2008.

¹⁸ Molto clamore ha suscitato il piano lanciato dall'OECD di contrasto alle pratiche di Base Erosion Profit Shifting, meglio conosciuto con l'acronimo BEPS. Il piano si compone di varie "azioni" che intendono fornire agli Stati delle concrete opportunità di modifica normativa che eliminino il rischio di erosione della base imponibile fiscale attraverso lo spostamento di profitti in altri ordinamenti. Una delle azioni è specificamente dedicata alle sfide che la nuova economia digitale pone ai sistemi fiscali degli Stati membri. Una dei primi interventi a segnalare l'economia digitale come fattore di erosione del gettito erariale è stato TANZI, *Globalizzazione e Sistemi Fiscali*, Arezzo, 2002.

¹⁹ Si deve però registrare una tendenza della giurisprudenza a riconoscere alla Stabile Organizzazione presente sul territorio nazionale una funzione di mero criterio di

organizzazione è legata ad un collegamento fisico dell'impresa con il territorio ed essa, anche secondo la dizione dell'art. 162 del TUIR e del Modello Convenzionale OECD, è rappresentata da una sede fissa d'affari attraverso cui l'impresa svolge in tutto o in parte la propria attività nel Paese estero²⁰.

L'elemento della fisicità della stabile organizzazione è sempre stato storicamente presente nell'elaborazione dell'istituto e nella giurisprudenza che si è formata sulla materia che ha valorizzato questo aspetto. Ciò induce a riflettere sulla possibilità di individuare un criterio di collegamento ai fini dell'imposizione sui redditi, per quelle imprese estere che forniscono in Italia servizi legati all'economia digitale. Spesso, queste imprese estere hanno pochissimi legami tangibili con il territorio, proprio perché il legame fisico non è in nessun modo necessario nella nuova prospettiva economica.

Così impostato il problema è evidente che buona parte delle sfide che l'avanzare della nuova economia pone agli Stati deve esser affrontata attraverso una revisione della nozione di SO così come largamente intesa a livello internazionale²¹.

Fino ai più recenti sviluppi, le risposte fornite in sede internazionale, sono apparse largamente insufficienti, perché esse si limitano a prevedere la possibilità per gli Stati di considerare SO anche un server di tipo intelligente, collocato sul territorio nazionale. Questa estensione, si fonda su una sorta di adattamento di nozioni tratte, poiché valorizza i pochi indici di materialità presenti nell'economia digitale. È facile già oggi individuare

localizzazione in Italia del reddito e non di qualificazione di questo quale reddito di impresa, cfr. tra le tante Cass., sez. V, 21 aprile 2011, n. 9197. Secondo quest'orientamento il reddito prodotto da un soggetto estero attraverso atti negoziali che si svolgono nel territorio nazionale e che obiettivamente rientrano nell'attività di impresa, pur in assenza di Stabile Organizzazione sul territorio nazionale, sarebbe da qualificarsi come reddito di impresa. Per una critica a tale impostazione si veda di recente PERRONE, *Reddito d'impresa di società non residenti prive di stabile organizzazione*, in *Rass. Trib.*, 2014, 23 ss.

²⁰ Sulla nozione di Stabile Organizzazione anche a seguito dell'introduzione nell'art. 162 TUIR e sulle sue interrelazioni con la nozione prevista dal Modello di Convenzione OECD si vedano: PERRONE, *La stabile organizzazione*, in *Rass. Trib.*, 2004, in *Rass. Trib.*, 2004, 3, 794 ss.; DELLA VALLE, *La nozione di stabile organizzazione nel nuovo Tuir*, in, 2004, 1597 ss.. In generale anche la letteratura internazionale sulla nozione di stabile organizzazione è molto vasta, si cfr. per tutti il fondamentale lavoro di SKAAR, *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*, 1991, The Hauge.

²¹ Questo ordine di idee non è affatto nuovo, se solo si riflette che già da tempo uno dei più autorevoli e noti studiosi della nozione di stabile organizzazione in ambito internazionale ne ha segnalato l'erosione dovuta proprio all'avanzare del commercio elettronico, cfr. SKAAR, *Erosion of the Concept of Permanent Establishment: Electronic Commerce*, in *Intertax*, 2000, 188 ss.

attività produttive totalmente dematerializzate o prevedere che, in un futuro non troppo remoto, vi sarà una totale dematerializzazione di gran parte delle attività legate all'economia digitale.

Ma allora come fare per evitare che lo spostamento dell'economia verso la dimensione digitale determini una erosione di materia imponibile in favore di altri ordinamenti.

Ponendosi in un'ottica eminentemente giuridica e analizzando la questione *in relazione allo stato attuale della normativa interna* il problema mi sembra non possa esser risolto con operazioni ermeneutiche.

La nozione di Stabile Organizzazione è stata, infatti, positivizzata dall'ordinamento interno nell'articolo 162 del TUIR escludendo che la semplice disponibilità di elaboratori elettronici presenti sul territorio per l'invio di dati e notizie funzionali alla vendita costituisca una stabile organizzazione dell'impresa estera.

Così come, in chiave interna, si esclude che un sito web gestito da un'impresa estera sia qualificabile "di per sé" come una stabile organizzazione e l'argomento fondamentale che induce a tale conclusione è che il sito web non costituisce un elemento tangibile, ossia un luogo dove l'impresa può svolgere le proprie funzioni. In altri termini, il sito web, in ragione delle sue caratteristiche intrinseche, non può configurare una "sede fissa d'affari" dell'impresa non residente, ai sensi dell'art. 162, comma 1 del Tuir²². Inesplorate sembrano poi le questioni attinenti ad alcuni servizi che sono svolti tutti all'interno di internet, senza far riferimento alla cessione di beni, quali ad esempio la cessione degli spazi pubblicitari su piattaforme ad accesso gratuito (come ad esempio fanno Google e Facebook). Qui davvero sembra difficile, se non impossibile, ravvisare una stabile organizzazione dell'impresa estera che vende spazi pubblicitari sul proprio sito.

Di fronte a questo quadro, che non appare superabile in via interpretativa, si stanno avanzando, in sede internazionale, delle proposte concrete e sembra svilupparsi un consenso piuttosto diffuso sulla necessità di rivedere alla radice la nozione di Stabile Organizzazione, o comunque creare dei criteri di collegamento alternativi. Il recente rapporto sull'azione 1 nell'ambito del programma BEPS ha infatti individuato come prioritaria la revisione della nozione di stabile organizzazione enumerando una serie di proposte che sono state oggetto di discussione.

Tra le proposte avanzate, particolare attenzione deve esser riconosciuta alla introduzione di una nuova nozione di collegamento territoriale che

²² BELLÌ CONTARINI, *Contratto di web hosting e stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, 755 ss.

troverebbe applicazione per le attività totalmente dematerializzate e che sarebbe integrato da una *significativa presenza digitale* nel paese estero in cui opera una società. Secondo il rapporto questa presenza digitale significativa potrebbe ritenersi integrata sulla base di diversi elementi tra i quali predomina il requisito del “numero significativo di contratti stipulati dall’impresa estera con clienti residenti per la fornitura di servizi immateriali”. Si tratta, a ben vedere, dell’introduzione di un criterio di collegamento territoriale legato ad una soglia di fatturato che si realizza con clienti residenti o che sono comunque localizzati nel Paese²³. Questa proposta si fonda su un criterio che può esser indicativo di un’effettiva appartenenza del soggetto estero alla comunità statale interna, e segnatamente alla vita economica del Paese, perché in sostanza valorizza il numero e la dimensione degli “affari” che si svolgono con soggetti residenti, ossia quei soggetti che manifestano la forma più ampia di inserimento alla comunità statale di riferimento²⁴. L’abbandono della materialità come indice di collegamento e la sua sostituzione con parametri “intangibile” ma comunque verificabili, quale l’ammontare degli affari stipulati dal non residente con i residenti non sembra, dal punto di vista interno, porre particolari problemi di tipo teorico²⁵. Numerose potrebbero invece esser le problematiche di tipo applicativo e prima tra tutte la necessità che detto criterio sia adottato in contemporanea dalla maggior parte dei paesi aderenti

²³ Proposta che, peraltro, era già stata avanzata nella letteratura nordamericana, cfr. COCKFIELD, *Reforming the Permanent Establishment Principle Through a Quantitative Economic Presence Test*, 38 *Can. Bus. L. J.*, 400-422m, 2003).

²⁴ Nella proposta, avanzata, i parametri dai quali si potrebbe desumere il collegamento territoriale sono individuati come di seguito:

- relazioni con i clienti o utenti in un periodo di 6 mesi, combinato con alcuni criteri di presenza fisica, diretta o attraverso un agente.
- vendita di beni o servizi attraverso mezzi che coinvolgono una relazione stretta con i clienti nel Paese, tra cui i) un sito web in lingua del Paese; ii) che offra la spedizione dal fornitore nel Paese; iii) utilizzo di canale bancario o altri canali del fornitore nel paese; o iv) offerta di beni e servizi con fonte nel Paese.
- Forniture di beni o servizi ai clienti nel Paese quale risultato, o che comunque coinvolga, una raccolta di dati sistematica o contributi di contenuto dalle persone nel Paese.

²⁵ Oltre agli aspetti eminentemente pratici e legati al controllo delle soglie, uno dei problemi teorici che potrebbe porsi è quello relativo alla quantificazione del reddito imponibile nel paese in cui si radica la soggettività passiva in forza del superamento della soglia. Questo problema, ovviamente, è già presente per la quantificazione del reddito della stabile organizzazione, ma la tassazione riconnessa ad una significativa presenza digitale ne aumenta la complessità dal momento che il centro di imputazione dei costi non può esser considerato presente in Italia, essendo solo il Paese in cui la società ha la sede fiscalmente rilevante.

all'OECD. Ciò per l'evidente motivo che questo nuovo criterio di collegamento riconosciuto unilateralmente da uno Stato altererebbe il faticoso equilibrio raggiunto, sulla base delle Convenzioni, di riparto di potestà impositiva; potrebbero così, con ogni probabilità, moltiplicarsi i fenomeni di doppia imposizione internazionale che proprio le convenzione mirano a contrastare o quantomeno attenuare²⁶.

Per questo motivo, almeno nella prima fase, potrebbe ritenersi interessante anche l'introduzione per transazioni telematiche con clienti italiani, di ritenute alla fonte, magari a titolo di acconto, generalizzate anche a soggetti residenti e da applicarsi attraverso il sistema bancario.

4. Le recenti evoluzioni in materia di servizi elettronici nell'iva

Il settore in cui appare evidente la migliore efficacia dell'approccio multilaterale al commercio elettronico è quello dell'imposizione indiretta e, segnatamente, quello dell'iva.

Per stabilire dei criteri di orientamento in materia di iva per le operazioni dell'economia digitale è necessario allargare la riflessione fino a ricomprendervi la qualificazione delle operazioni imponibili quali cessioni di beni o prestazioni di servizi, perché è noto che i criteri di territorialità previsti per le due categorie sono notevolmente differenti. Da questo punto di vista però, l'opera dell'interprete è stata notevolmente semplificata dal legislatore comunitario il quale ha ascritto la quasi totalità delle operazioni legate all'economia digitale alla categoria delle prestazioni di servizi²⁷. Ciò ha indubbi vantaggi applicativi e, da un punto di vista dogmatico, sembra riecheggiare l'idea che la cessione di beni possa avvenire solo per le *res corporales*, per cui tutto ciò che riguarda l'immateriale dovrebbe conseguentemente esser considerato servizio. È stato però acutamente evidenziato che molte delle operazioni economiche realizzate attraverso la rete Internet potrebbero esser considerate sia cessioni di beni sia prestazioni di servizi, con la conseguenza di dover cambiare il criterio di territorialità in

²⁶ L'adozione unilaterale da parte di uno Stato di tale meccanismo integrerebbe il fenomeno del *treaty override*, per il quale si veda di recente DE PIETRO, *Tax treaty override*, The Hague, 2013.

²⁷ Prima delle recenti evoluzioni, che entreranno in vigore nel 2015, il quadro della tassazione iva delle operazioni telematiche era piuttosto composito e ne evidenzia la complessità MICELI, *La territorialità iva nelle operazioni telematiche*, in *Rass. Trib.*, 2004, 580, ss.

ragione dell'inquadramento prescelto²⁸.

Al riguardo delle prestazioni legate al commercio elettronico il criterio di collegamento è stato fissato nel luogo del committente/fruttore, il che comporta un notevole disagio per gli operatori che forniscono tali servizi, costretti a identificarsi ai fini iva in ciascun paese e ad assolvere gli obblighi relativi a tale imposta per i servizi ivi prestati²⁹.

Recenti modifiche alla Direttiva in materia di IVA contengono poi apposite disposizioni relative alla fornitura di servizi prestati tramite mezzi elettronici³⁰, per i quali si prevede un particolare regime di territorialità. Dal 2015 per questi servizi la regola della territorialità sarà improntata al principio di destinazione; ossia le operazioni si considereranno eseguite nel Paese del committente/fruttore. Ciò da una parte è funzionale a soddisfare esigenze di semplificazione e di razionalizzazione dei criteri impositivi, e al contempo, da un punto di vista teorico si pone in coerenza con l'inquadramento dell'iva quale imposta sul consumo, poiché in definitiva ricollega la rilevanza impositiva al Paese in cui ragionevolmente avviene il consumo del servizio prestato elettronicamente.

In generale, la posizione assunta dalla normativa comunitaria – unificazione nella categoria delle prestazioni e localizzazione nel luogo del committente fruttore - ha l'innegabile pregio di fare chiarezza e sembra sposarsi in maniera piuttosto coerente con la regolazione del mercato improntata a criteri di efficienza e di certezza.

Permangono tuttavia notevoli difficoltà applicative e, ragionevolmente, se ne porranno altre, probabilmente ancor più difficili da risolvere. Tra tutte va segnalato l'obbligo di identificazione del committente che grava sul prestatore per poter correttamente addebitare l'imposta; obbligo che implica l'acquisizione di informazioni circa la soggettività passiva del committente

²⁸ Si veda sul punto MARELLO, *Le categorie tradizionali del diritto tributario ed il commercio elettronico*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1999, I, 595 ss. nonché PIERRO, *Beni e servizi nel diritto tributario*, Padova, 2003.

²⁹ Peraltro, la rilevanza del luogo del committente, allo stato attuale, opera in maniera asimmetrica per i servizi di telecomunicazione, per i mezzi di teleradiodiffusione e per i servizi prestati tramite mezzi elettronici.

La distinzione ha attualmente una sua rilevanza perché i servizi prestati tramite mezzo elettronico sono imponibili nel paese di appartenenza del committente, mentre i servizi di teleradiodiffusione sono rilevanti nel paese di fruizione del servizio (da parte del committente).

³⁰ Per servizi prestati tramite mezzi elettronici si intendono i servizi forniti tramite internet o altra rete elettronica e la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata, corredata da un intervento umano minimo e impossibile da garantire in assenza della tecnologia dell'informazione.

che può rivelarsi non sempre facile. Chi ha confidenza con lo strumento telematico sa bene che molte transazioni online avvengono normalmente in maniera anonima o comunque senza che il soggetto prestatore possa aver contatti diretti che gli consentano di verificare la natura di soggetto passivo o meno del committente. Eppure la identificazione sembra esser un dato essenziale per l'applicazione del tributo in ragione del meccanismo impositivo (*reverse charge* nel caso di committente soggetto passivo, addebito diretto in caso di soggetto consumatore finale). Sul punto, il regolamento di applicazione si limita a dire che il prestatore di servizi forniti tramite mezzo elettronico può considerare il proprio committente come soggetto passivo se questo gli fornisce e conferma un valido numero di identificazione IVA (partita iva) e in assenza di informazioni da cui desumere il contrario³¹. V'è poi la parte più complessa degli oneri che gravano sul prestatore, perché questi è tenuto a comprendere il luogo di fruizione del servizio che potrebbe esser divergente dal luogo di residenza o di stabilimento dichiarato dal soggetto committente. Tassare l'operazione nel luogo di destinazione pone dei problemi notevoli per quei servizi ad accesso *multi proxies*, accesso cioè garantito ad una pluralità di soggetti che hanno residenze diverse e utilizzano il servizio in luoghi e in maniera differente (si pensi al servizio di messa a disposizione di una banca dati che viene fruito da una pluralità di soggetti).

Al di là dei singoli problemi applicativi, che saranno affrontati dagli Stati membri in sede di implementazione, la maggiore novità procedimentale (ma anche sostanziale) che entrerà in vigore dal 1 gennaio 2015 è l'introduzione, per le società che forniscono servizi tramite mezzi elettronici, servizi di teleradiocomunicazione e servizi di telecomunicazione, di un meccanismo opzionale di semplificazione degli obblighi dichiarativi definito Mini One Stop Shop (MOSS). Questo meccanismo consente a tali soggetti passivi di registrarsi ai fini iva in un solo Paese dell'UE, senza doverlo fare – come avviene attualmente - in tutti i Paesi in cui forniscono servizi a consumatori finali. Ovviamente non viene meno il criterio di territorialità che resta ancorato al luogo del committente e che quindi impone al soggetto passivo di addebitare l'iva dello Stato di destinazione. Ciò implica che le singole imprese dovranno, da un lato applicare l'imposta dovuta in relazione alle aliquote presenti nei vari Paesi in cui forniscono il servizio, ma dall'altro dovranno versare l'iva relativa a tali operazioni nel Paese di registrazione. È poi previsto un meccanismo di stanze di compensazione tra i singoli Stati

³¹ In assenza di comunicazione del numero identificativo iva, quindi, il committente cliente dovrà esser considerato come consumatore finale.

Membri per l'attribuzione del gettito relativo a tali prestazioni.

Le complicazioni, anche da un punto di vista teorico, appaiono evidenti, e una su tutte merita di essere richiamata per il suo valore di novità assoluta nell'intendere i rapporti tra autorità fiscali appartenenti a Stati diversi. Con l'introduzione del meccanismo MOSS si impone alle autorità fiscali nazionali di delegare il controllo (inteso in senso atecnico) sulla corretta applicazione dell'imposta alla amministrazione fiscale del Paese di registrazione dell'operatore, senza che essa possa interferire nella verifica della corretta determinazione dell'imposta dovuta per le operazioni svolte sul proprio territorio e per le quali è stata applicata l'iva nazionale (benché versata ad un'autorità straniera). Incomincia così, nel settore dell'iva, l'affermazione di un principio di mutuo riconoscimento delle decisioni e in generale delle risultanze dell'attività svolte da un'autorità fiscale di un diverso Paese, benché l'operazione imponibile sia rilevante territorialmente per lo Stato che è destinato ad essere il beneficiario del gettito e che stabilisce le aliquote di imposta.

5. Conclusioni

La breve analisi condotta sulle future evoluzioni della territorialità dell'imposizione dovrebbe valere ad evidenziare un aspetto che credo fondamentale nell'approccio alla fiscalità del commercio elettronico. In premessa si è detto che l'ordinamento può attrarre a tassazione fattispecie che denotino un certo grado di inserimento nella comunità statale. Si tratta di un legame che, più che con il territorio, è con l'ordinamento statale di riferimento. Senza grosse forzature teoriche si può quindi sostenere che il collegamento minimo si realizza quando una fattispecie coinvolge economicamente un soggetto appartenente alla comunità statale, senza che si debba andar a ricercare come contropartita della tassazione il beneficio che il soggetto chiamato alla contribuzione avrebbe dall'ordinamento nazionale. Ciò permette un ampio margine di manovra al legislatore nazionale per il ripensamento dei criteri di collegamento dell'imposta. Allo stato attuale, benché vi sia stata una forte attenzione da parte di organismi internazionali, non si è ancora riusciti a definire dei criteri di collegamento soddisfacenti, quantomeno per il settore dell'imposizione reddituale e le recentissime proposte sono ancora lontane dall'essere valutate attentamente nei loro aspetti applicativi. Ciò ovviamente rende possibile, soprattutto alle grandi imprese multinazionali che operano nel settore dell'economia digitale, la realizzazione di strategie di minimizzazione della variabile fiscale.

Se quindi può trarsi una conclusione essa è che solo una risposta coordinata, di ripensamento anche di alcune categorie fondamentali, come quella cui si sta assistendo in sede europea, può consentire di affrontare in maniera soddisfacente le problematiche legate alla territorialità dell'imposizione. Certamente anche in sede europea verranno inevitabilmente a porsi problematiche applicative ma, nel complesso, mi pare che la definizione del regime fiscale iva delle operazioni svolte attraverso Internet sia ad uno stato elevato di avanzamento. Purtroppo, il settore della fiscalità diretta non è oggetto di armonizzazione al livello europeo, né è ragionevole credere che in un futuro prossimo si possano avere progressi in questa direzione. Ciò, però, non può legittimare un approccio rinunciatario da parte dei singoli Stati. Trovare forme di tassazione nuove per l'economia digitale, o ripensare i criteri di collegamento per quelle già esistenti, è problema che interessa tutti gli ordinamenti occidentali e che è destinato a porsi con sempre maggior forza in futuro. Si tratta con tutta evidenza di un fenomeno planetario. Di fronte a tale fenomeno le risposte unilaterali hanno poca efficacia e finiscono per sfociare in una situazione di isolamento, prima di tutto tecnologico, che nessuno Stato sovrano può permettersi.

IL CONTRATTO DI ARCHIVIAZIONE E GESTIONE DA REMOTO DEI DOCUMENTI INFORMATICI

Davide Mula

Assegnista di ricerca dell'Università Europea di Roma. Dottore di ricerca in Pubblico e Privato nel diritto dell'impresa, presso l'Università "Parthenope" di Napoli - Università Europea di Roma. Coordinatore del Comitato di Redazione della rivista Diritto Mercato Tecnologia.

Il presente articolo si incentra sulla qualificazione del contratto di archiviazione e gestione da remoto di documenti informatici, prendendo le mosse dalla forma di servizio attualmente più conosciuta denominata «cloud computing» o più semplicemente cloud. Premessa, dunque, una compiuta analisi dei servizi di cloud computing anche attraverso una classificazione degli stessi, si passa alla disamina degli elementi del contratto indispensabile per addivenirne alla qualificazione giuridica. La ricerca, partendo dalla ricostruzione dottrinarica della categoria della somministrazione di servizi, vuole dimostrare la fondatezza della qualificazione giuridica di questo contratto come somministrazione di servizi, dalla quale discende la possibilità di delineare un quadro normativo differente da quello attualmente ricavabile dalla qualificazione dello stesso come appalto di servizi ed in grado di delineare una cornice di riferimento nell'ambito della quale le parti siano messe in condizione di meglio conoscere i diritti e i doveri cui si vincolano e, quindi, di porre maggiore fiducia nel ricorso a questa tecnologia con le ovvie conseguenze in termini di beneficio per lo sviluppo del mercato.

This article focuses on the qualification of the contract of storage and remote management of electronic documents, taking its cue from the best known form of service currently called "cloud computing" or simply cloud. Premise, therefore, a thorough analysis of cloud computing services through a classification of the same, the search goes to the examination of the essential elements of the contract in order to qualify himself. The research, starting with the reconstruction of doctrinal category of administration services, wants to prove the validity of the legal definition of this contract as administration services, the precursor to the possibility of defining a regulatory framework different from the one currently obtainable from the same qualification as contract services and able to outline a framework within which the parties are enabled to better understand the rights and obligations which

are binding and, therefore, to place greater confidence in the use of this technology with the obvious consequences in terms of benefit to the development of the market.

Sommario:

1. Il sistema di archiviazione e gestione dei documenti informatici da remoto: i servizi di *cloud computing*
2. Il contratto di servizi di *cloud computing*
 - 2.1. Elementi essenziali del contratto di servizi *cloud computing*
3. Qualificazione giuridica del contratto di servizi *cloud computing* come contratto di somministrazione di servizi
4. Le norme applicabili al contratto di servizi *cloud computing* come contratto di somministrazione di servizi
 - 4.1. Elementi costitutivi
 - 4.2. Esecuzione del contratto
 - 4.3. Estinzione del contratto
5. Qualificazione soggettiva del contratto di servizi *cloud computing*

1. I sistemi di archiviazione e gestione dei documenti informatici da remoto: i servizi di *cloud computing*

La telematica e lo sviluppo degli apparecchi informatici, in particolare dei cd. terminali mobili quali *netbook*, *tablet* e *smartphone*, caratterizzati da dimensioni ridotte, grande capacità di connessione alla rete, ma limitato supporto di memorizzazione, ha portato gli utenti - dapprima prevalentemente per ragioni professionali e, in un secondo momento, anche per ragioni personali - ad impiegare nella gestione dei dati da loro elaborati sistemi telematici che consentano l'archiviazione e l'elaborazione degli stessi da remoto, ovvero in modo delocalizzato attraverso internet.

Tale sviluppo tecnologico ha portato all'avvento sul mercato di servizi di gestione e archiviazione da remoto dei documenti informatici¹. Con questa espressione si fa riferimento al sistema per l'abilitazione delocalizzata e *on-demand* di accesso ad un sistema condiviso di risorse di calcolo (ad esempio reti, *server*, memorie di archiviazione cd. *storage*, applicazioni e servizi) attraverso il quale è possibile condividere rapidamente dati e funzioni².

La forma attualmente più conosciuta di archiviazione e gestione da remoto di dati informatici prende il nome di "*cloud computing*" o più semplicemente *cloud*, in italiano nuvola, in quanto il simbolo di una nube è, generalmente, impiegato nei diagrammi tecnici per rappresentare graficamente le connessioni telematiche tra più elaboratori.

¹ La definizione normativa attualmente vigente di documento informatico, contemplata all'art. 1, lett. p), del CAD, riprende quanto già sancito nei precedenti testi legislativi del 1997 qualificandolo come rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti. Tale definizione è stata ripresa e meglio delineata dall'intervento legislativo di cui al d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235, che ha profondamente modificato il CAD ampliandone l'ambito di operatività attraverso l'introduzione delle definizioni di copie di documento informatico (art. 1, c. 1, lett. i-bis ss.), di documento analogico (art. 1, c.1, lett. p-bis), e di copia analogica di documento informatico (art. 23).

² Sul punto si veda, altresì: National Institute of Standard and Technology, U.S. Department of Commerce, *The NIST Definition of Cloud Computing*, 2011, consultabile al link <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>, 6, ove si legge che «*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. This cloud model is composed of five essential characteristics, three service models, and four deployment models*».

Allo stato attuale non è ancora disponibile una definizione normativa di questo nuovo sistema di fruizione delle tecnologie informatiche³, sebbene in taluni testi il legislatore ne abbia fatto espressa menzione⁴.

Una definizione normativa di *cloud computing* non è rinvenibile neanche nell'ordinamento europeo, per quanto nel parere del Comitato economico e sociale europeo (CESE) del gennaio 2012⁵, siano state messe in evidenza le caratteristiche tecniche principali che connotano questo nuovo sistema di gestione documentale:

- Dematerializzazione: consiste nel rendere la configurazione, la localizzazione e la manutenzione delle risorse informatiche il meno visibile possibile agli utenti, siano essi privati o imprese.

- Facilità di accesso: disponendo di un accesso Internet, gli utenti possono accedere ai loro dati e alle loro applicazioni da qualsiasi luogo e con qualsiasi dispositivo (PC, *tablet* o *smartphone*).

- Allocazione dinamica delle risorse o scalabilità della tecnologia: il *provider* adegua, in tempo reale, la capacità informatica fornita in funzione delle esigenze dell'utente. Quest'ultimo può così far fronte ai suoi picchi di carico senza dover investire in risorse informatiche sottoutilizzate tra un piccolo e l'altro.

- Condivisione: il *provider* può fornire l'allocazione dinamica grazie alla condivisione delle risorse informatiche tra più utenti. In questo modo

³ Nel Codice dell'Amministrazione Digitale il legislatore si è occupato unicamente di indicare i requisiti tecnici che gli archivi informatici, anche in rete, devono rispettare al fine di rispondere alle prescrizioni normative, senza tuttavia occuparsi di qualificare giuridicamente i rapporti contrattuali che si instaurano tra le parti, neanche nell'ipotesi in cui una di esse sia un soggetto di diritto pubblico.

⁴ In particolare nel d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo, convertito con modificazioni dalla legge 4 aprile 2012, n. 35, all'art. 47 viene menzionato il *cloud computing* come strumento per le attività e i servizi delle pubbliche amministrazioni da implementarsi nell'ambito dell'Agenda Digitale italiana. Viene menzionato il *cloud computing*, altresì, nell'art. 68, comma 1, lett. d), del Codice dell'Amministrazione Digitale - modificato dall'art. 9-bis, comma 1, d.l. 18 ottobre 2012, n.179, convertito in legge con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221 -, nel quale si dispone che «*Le pubbliche amministrazioni acquisiscono programmi informatici o parti di essi nel rispetto dei principi di economicità e di efficienza, tutela degli investimenti, riuso e neutralità tecnologica, a seguito di una valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico tra le seguenti soluzioni disponibili sul mercato: [...] d) software fruibile in modalità cloud computing [...]*».

⁵ Comitato economico e sociale europeo, *Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Il cloud computing in Europa»* (parere di iniziativa), pubblicato in G.U.U.E. del 28 gennaio 2012.

può raggiungere una maggiore e migliore condivisione dei megaparchi formati da diverse migliaia di *server*.

- Pagamento in base all'utilizzo: l'utente paga soltanto l'utilizzo reale delle risorse informatiche, in base all'evoluzione delle sue esigenze in termini di capacità informatica. Spesso le modalità contrattuali sono ancora ad hoc, ma tendono ormai a standardizzarsi.

In sintesi, il *cloud computing* può essere definito come quella tecnologia che, ricorrendo all'uso di una struttura informatica centralizzata altamente scalabile e collegata alla rete, consente a più utenti di fruire di servizi gestiti da una combinazione di *software* e connessioni telematiche che permettono di accedere ai propri documenti, non più necessariamente memorizzati in memorie fisiche di loro pertinenza, pagando un canone commisurato all'effettivo utilizzo che viene effettuato dei servizi⁶.

Il servizio di gestione dei dati da remoto ricomprende la fornitura, sempre attraverso internet, di un servizio che consente all'utente, oltre alla mera archiviazione, di modificare i *file* salvati attraverso *software* che vengono impiegati per via telematica⁷.

I servizi di *cloud computing* vengono generalmente così suddivisi:

a) *Software as a Service (SaaS)* - *software* come servizio: il servizio fornito consiste nella messa a disposizione dell'utente di applicazioni da parte del *provider*, che ne garantisce l'esecuzione in via telematica attraverso un'infrastruttura *hardware* ed una piattaforma *software* predisposte *ad hoc*. Le applicazioni sono accessibili da vari dispositivi attraverso *browser*⁸ o *software* dedicati forniti dai provider stessi. È il servizio più completo, attraverso il quale l'utente può gestire i dati e scegliere quali applicazioni utilizzare tra quelle offerte sulla piattaforma predisposta.

⁶ Questa definizione si presta ad essere slegata dal termine *cloud*, cioè al fine di consentire alla stessa ed al quadro normativo che verrà delineato, tanto in via interpretativa, anche in questa sede, quanto, eventualmente, dal futuro intervento del legislatore, avendo l'attitudine di adattarsi anche a futuri sviluppi della tecnologia attualmente utilizzata che potrebbero avere differenti denominazioni.

⁷ Nell'architettura di un elaboratore tradizionale ogni programma viene installato dall'utente che ne ha acquistato il diritto ad usarlo, ogni volta che l'utente avvia il programma, questo funziona attraverso l'*hardware* dell'elaboratore. Nella gestione da remoto dei dati, invece, il *provider* mette a disposizione dell'utente dei programmi che sono installati solo ed esclusivamente sui *server* del provider stesso.

⁸ I *browser* sono programmi multifunzionali, in grado di accedere in modo trasparente sia ai *server web* sia ad altre risorse, di mostrare i messaggi dei *newsgroup*, di gestire la posta elettronica; le versioni più recenti possono anche ricevere automaticamente canali informativi attraverso il meccanismo dell'*information push*. Un *browser* può, dunque, integrare fra loro le principali funzionalità e risorse messe a disposizione da Internet. Così in GAMBINO - STAZI, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, cit., 6.

b) *Platform as a Service (PaaS)* - piattaforma come servizio: il servizio consiste nella fornitura di un accesso ad una piattaforma *software* ove l'utente seleziona quali applicazioni installare, in ragione delle limitazioni specifiche di configurazione definite dal *provider*.

c) *Infrastructure as a Service (IaaS)* - infrastruttura come servizio: il *provider* mette a disposizione dell'utente solo l'infrastruttura, ossia la struttura *hardware* composta da *server*, punti di snodo e così via, mentre la piattaforma e le diverse applicazioni da installarvi sono definite e gestite direttamente dall'utente o da un soggetto terzo.

Dalla classificazione appena proposta risulta evidente come tanto più il servizio offerto dal *provider* è completo, vedasi i servizi *SaaS*, tanto minore è la possibilità per l'utente di incidere sul funzionamento del sistema stesso, mentre nei servizi base, ad esempio i servizi *IaaS*, il *provider* si limita a fornire l'accesso ad un'infrastruttura informatica della quale cura l'adeguatezza e la manutenzione, ma la cui operabilità è rimessa all'attività svolta dall'utente. Tale considerazione, che verrà ripresa più avanti, incide, ovviamente, sul livello di diligenza richiesta al fornitore nell'esecuzione del contratto⁹.

2. Il contratto di servizi di *cloud computing*

Il contratto di *cloud computing* è un rapporto giuridico in forza del quale un soggetto, detto fornitore o *provider*, offre ad un altro, detto utente, un ser-

⁹ Un'ulteriore classificazione dei servizi viene delineata dalla dottrina d'oltreoceano in relazione alla proprietà dell'infrastruttura *hardware* e della piattaforma *software* ed alle condizioni di accessibilità a terzi delle stesse. Secondo tale parametro si distingue tra il cd. *private cloud* - dove l'infrastruttura, la piattaforma e le applicazioni sono di proprietà esclusiva di uno o più soggetti che le mettono a disposizione di soggetti predefiniti, ad esempio una società che rende accessibile il servizio ai dipendenti per sole esigenze di lavoro -, il *community cloud* - che si caratterizza per la condivisione tra più soggetti, i quali sono al contempo proprietari della stessa, accomunati da uno scopo o un attività che rende conveniente e opportuna la condivisione dell'infrastruttura -. Ancora, sempre secondo la titolarità dell'infrastruttura, è possibile distinguere tra il *public cloud*, dove l'infrastruttura è di proprietà di un solo soggetto, ma l'accesso è consentito, di norma dietro corrispettivo, a diversi utenti privi di collegamento tra loro, questo è il caso dei grandi *provider* che offrono il servizio anche ai privati, e l'*hybrid cloud*, che si caratterizza per la commistione di due o più tipologie di *cloud* appena menzionate. Anche con riferimento alla classificazione su base proprietaria appena proposta si sottolinea come l'impiego del termine *cloud* non paia incidere sulla riproposizione delle medesime osservazioni a nuove tecnologie con diversa denominazione.

vizio, a cui accedere mediante connessione telematica, attraverso il quale può archiviare e gestire i propri dati e documenti da remoto.

Dal punto di vista giuridico questa nuova tecnologia rileva per le modalità del suo impiego, che passano da un tradizionale modello proprietario, ad un nuovo schema che si fonda sull'erogazione di un servizio, come indicato anche dalla locuzione «*as a service*», letteralmente «come un servizio», presente nella denominazione delle varie tipologie di *cloud computing*.¹⁰

La tecnologia *cloud* viene fruita attraverso meccanismi incentrati sull'accesso, secondo una modalità già da anni individuata nella letteratura economica, che a tal riguardo ha parlato di «cultura dell'accesso»¹¹.

In assenza di un quadro regolatorio che definisca in modo compiuto gli obblighi che le parti reciprocamente assumono attraverso i rapporti di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici, il contratto rappresenta attualmente lo strumento principale per definire e regolare le modalità con cui i servizi devono essere resi¹².

Dal punto di vista strutturale, i contratti in esame sono solitamente composti di quattro distinti documenti di cui uno contenente le condizioni gene-

¹⁰ Tradizionalmente, infatti, un soggetto che intende adoperare una determinata tecnologia deve acquisirne la proprietà, o comunque il diritto di usarla secondo vari schemi contrattuali che possono consistere, a mero titolo esemplificativo, in contratti di locazione o di *leasing* aventi ad oggetto sistemi informatici, in licenze d'uso di *software*, a titolo oneroso o gratuito. Il nuovo modello della gestione da remoto dei documenti informatici, invece, si fonda sull'accesso ad uno o più servizi informatici messi a disposizione da parte di terzi fornitori, di tal che l'utente, sia esso persona fisica o giuridica, non ha più una relazione diretta con il sistema informatico, essendo questa mediata dal collegamento telematico. Il fornitore, dunque, mette a disposizione dell'utente una macchina collegata alla rete, garantendone il funzionamento e la conformità agli standard contrattuali pattuiti, al quale l'utente accede per soddisfare le proprie necessità.

¹¹ Secondo questo nuovo approccio culturale il passaggio dal regime di proprietà - fondato sul concetto della cessione della titolarità dei beni - al regime di accesso - basato sulla garanzia della disponibilità temporanea di beni o servizi (controllati per lo più da reti di fornitori) - muta radicalmente la nozione stessa di potere economico. Si veda RIFKIN, *The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life Is a Paid-For Experience*, New York, 2000 (edizione originale) - *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, 2000 (edizione italiana). Sul mutamento dell'approccio giuridico derivante dalla cultura economica dell'accesso si veda STAZI, "Marketplace of ideas" e "accesso pluralistico" tra petizioni di principio e *ius positum*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, 635 ss.

¹² Deve sottolinearsi come la prassi contrattuale in materia abbia confermato l'inquadramento fin qui proposto circa la natura di servizio delle prestazioni cui il fornitore si obbliga. Sul punto di veda in particolare l'analisi svolta nel 2010 da due ricercatori della Queen Mary University of London, School of Law: BRADSHAW-MILLARD-WALDEN, *Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2011, 187.

rali del servizio, uno recante i livelli qualitativi del servizio (o *Service Level Agreement* - abbreviato frequentemente in SLA), uno inerente gli obblighi comportamentali che le parti assumono ed uno inerente le modalità di trattamento dei dati personali. L'ambito disciplinato dai documenti non ha una delimitazione tassativa, anzi in senso opposto deve registrarsi una frequente sovrapposizione degli aspetti trattati.¹³

Nel primo documento, di solito indicato con la sigla «ToS» - acronimo di «*Terms of Service*» - o con «CGC» - acronimo di «Condizioni Generali di Contratto» -, vengono di norma definiti gli aspetti generali del contratto, quali durata, corrispettivo, modalità di erogazione, ipotesi di risoluzione e di recesso¹⁴.

Il secondo documento, indicato, anche nella prassi contrattualistica italiana, con la sigla «SLA» - acronimo di «*Service Level Agreement*» -, regola, in modo analitico, i livelli qualitativi e quantitativi del servizio erogato, che il fornitore si impegna a mantenere ed in relazione ai quali l'utente si obbliga a pagare il corrispettivo.

Nel terzo documento, denominato con la sigla «AUP» - acronimo di «*Acceptable Use Policy*» -, sono regolati gli usi consentiti dell'infrastruttura *hardware* e *software* messa a disposizione dell'utente, o, *rectius*, tutte le ipotesi in cui la mancata ottemperanza agli obblighi prescritti legittima l'immediata sospensione o interruzione del servizio.

¹³ I documenti richiamati che compongono il contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici raramente sono negoziati tra le parti, ascrivendosi prevalentemente al fenomeno dei rapporti conclusi mediante moduli o formulari *ex art.* 1342 c.c. Tale osservazione comporta che, oltre a quanto appena osservato in tema di limitazioni di responsabilità, ai sensi del secondo comma dell'art. 1341c.c., non hanno effetto, se non specificatamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore del *cloud provider* limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'utente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

¹⁴ Deve sottolinearsi come essendo questi contratti facilmente soggetti ad essere conclusi tra parti con nazionalità differenti è in questo primo documento che esse si accordano sulla legge applicabile e sul foro competente. Tale legge è, in molti casi, quella dello Stato in cui il fornitore ha sede, anche se nella prospettiva di infondere maggiore fiducia negli utenti non sono rari gli esempi di *provider*, specie in ambito intracomunitario, che applicano la disciplina dello Stato dell'utente. Ciò anche in ragione dei limiti posti dalle norme di diritto internazionale privato e comunitario, con riguardo all'ammissibilità di tali pattuizioni di deroga, specie in merito alla rilevanza di specifiche disposizioni nazionali destinate ad imporsi comunque per ragioni di ordine pubblico internazionale o in quanto ritenute di applicazione necessaria. Cfr. MANTELETO, *Il contratto per l'erogazione alle imprese di servizi di cloud computing*, in *Contratto e impresa*, 2012, 1221.

L'ultimo documento è rappresentato dalla *Privacy Policy*, ossia dalla descrizione delle modalità con cui il *provider* tratta i dati immagazzinati dell'utente.

Tra i documenti appena richiamati, il SLA è, indubbiamente, quello che, per quanto attiene alla definizione delle caratteristiche del servizio, assume la maggiore rilevanza, contribuendo a definire con precisione l'oggetto del contratto¹⁵ con particolare riferimento ai parametri tecnici, oggettivi e misurabili, relativi all'erogazione del servizio, come, ad esempio, i tempi di *uptime* e *downtime*¹⁶ o il tempo di latenza¹⁷.

La natura di servizio dell'oggetto del contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici comporta diverse problematiche in merito all'esatto adempimento da parte del *provider*. Il concetto di qualità dei servizi rimane, infatti, di non pacifica definizione, in ragione della complessità del concetto di servizio e dalla individuazione di cosa si intende per qualità, potendosi considerare come parametro di riferimento tanto quella definita dal fornitore all'atto dell'erogazione, quanto quella percepita dall'utente finale.

La qualità del servizio cambia a seconda del tipo di servizio che viene erogato: per i servizi di comunicazione elettronica, ad esempio, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha emanato diversi regolamenti in materia di qualità e carte di servizi di telecomunicazioni. In tale contesto preso a riferimento la qualità del servizio si estrinseca nella velocità di trasmissione dei dati per via telematica. Adottando lo stesso schema logico, potrebbe ritenersi che nel contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici la qualità del servizio debba essere ricercata nella velocità di cal-

¹⁵ Si segnala sul tema l'attività di studio condotta dal consorzio di ricerca SLA@SOI finanziato dall'Unione Europea nell'ambito del VII Programma Quadro (<http://sla-at-soi.eu/>). Fra i più recenti risultati di tale ricerca si veda BUTLER-LAMBE-NOLAN-THEILMANN-TORELLI-YAHYAPOUR-CHIASERA-PISTORE, *SLAs Empowering Services in the Future Internet*, in DOMINGUE – GALIS – GAVRAS – ZAHARIADIS – LAMBERT – CLEARY – DARAS – KRCO – MÜLLER – LI – SCHAFFERS – LOTZ – ALVAREZ – STILLER – KARNOUSKOS – AVESSTA – NILSSON (a cura di), *The Future Internet Book*, London, 2011; e con specifico riferimento all'impiego delle SLA nei servizi di *cloud computing* si veda WIEDER – BUTLER – THEILMANN – YAHYAPOUR (a cura di), *Service Level Agreements for Cloud Computing*, London, 2011.

¹⁶ Il termine inglese *uptime* - letteralmente tradotto «tempo in attività» - indica l'intervallo di tempo in cui un elaboratore informatico è acceso e correttamente funzionante. Il termine opposto *downtime* - letteralmente tradotto «tempo di inattività» - indica invece il periodo in cui un dato elaboratore non è operativo, ad esempio per guasto o manutenzione.

¹⁷ Il tempo di latenza, o più semplicemente latenza, di un sistema può essere definito come l'intervallo di tempo che intercorre fra il momento in cui arriva l'*input* al sistema ed il momento in cui è disponibile il suo *output*. In altri termini, la latenza è la misura della velocità di risposta di un sistema.

colo delle risorse *hardware* messe a disposizione dell'utente e nella capacità dei *software* di elaborare i documenti¹⁸. Il SLA costituisce, dunque, un irrinunciabile parametro per determinare la conformità al regolamento della prestazione erogata da parte del *provider*¹⁹.

Deve osservarsi come tali servizi non sono mai, di fatto, negoziabili, non solo in ipotesi di contratti tra professionista e consumatore, ma anche nei contratti tra imprese. Ciò in quanto, da un lato, la fornitura di un servizio qualitativamente o quantitativamente migliore costituisce uno degli elementi che determina il pagamento di un canone più elevato, ma altresì, dall'altro lato, in quanto i servizi in esame sono forniti *as is*²⁰.

Nella prassi deve registrarsi, peraltro, come non sempre gli SLA siano trasparenti nell'indicare i valori di riferimento delle prestazioni, venendo spesso specificati due parametri di cui uno più elevato, che costituisce il livello massimo promesso - spesso costituendo più un obiettivo che il *provider* si prefigge di raggiungere - ed un altro, più basso, che rappresenta la vera qualità promessa del servizio o, in altri termini, il livello di diligenza che gli viene richiesto di osservare nell'esecuzione del contratto e, dunque, la soglia per la configurabilità dell'inadempimento contrattuale da parte del fornitore²¹.

La qualità e quantità del servizio promesso viene spesso mitigata attraverso la previsione di clausole di esonero dalla responsabilità apposte dal *provider* nelle condizioni generali di contratto²². Di norma negli SLA ven-

¹⁸ Emerge *ictu oculi* come mentre la qualità del servizio *hardware* sia un parametro oggettivamente valutabile, le qualità del servizio *software* non possano essere misurate secondo il medesimo schema giacché incide in modo preponderante la capacità del singolo utente di impiegare il programma.

¹⁹ Sul ruolo delle SLA nei contratti di servizi di *cloud computing* si veda RIZZO, *La responsabilità contrattuale nella gestione dei dati nel cloud computing*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2013, 101 ss.. Più in generale si veda ZALLONE, *Informatica e telematica: i nuovi contratti di servizi*, Milano, 2003, 24; FALLETTI, *Il contratto di application services provisioning*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, 414.

²⁰ È stato correttamente osservato come sia preferibile non sottoscrivere contratti con fornitori di servizi che non indicano nelle SLA alcun parametro oggettivo in ordine alla qualità del servizio erogato, forti della posizione contrattuale che detengono. Cfr. WIEDER – BUTLER – THEILMANN - YAHYAPOUR (a cura di), *Service Level Agreements for Cloud Computing*, cit., 38 - 39.

²¹ Sulla rilevanza degli SLA si veda lo studio della Commissione Europea dal titolo *Cloud Service Level Agreement Standardisation Guidelines*, pubblicato il 24 giugno 2014, consultabile al link http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-743_en.pdf.

²² La qualità e quantità del servizio promesso viene spesso mitigata attraverso la previsione di clausole di esonero dalla responsabilità apposte dal *provider* nelle condizioni generali di contratto. Cfr. BRADSHAW – MILLARD - WALDEN, *Contracts for Clouds*:

gono regolati anche gli indennizzi riconosciuti all'utente in caso di indisponibilità o malfunzionamento del servizio, secondo meccanismi di compensazione in fattura, spesso soggetti ad un importo massimo, ovvero attraverso un'estensione della durata del servizio²³.

Le obbligazioni assunte dal *provider* nel contratto di somministrazione di servizi *cloud* possono, per quanto appena esposto, riassumersi nei seguenti punti: 1) consentire un accesso scalabile alla propria infrastruttura *hardware*; 2) consentire l'accesso alla propria piattaforma *software* di base; 3) mettere a disposizione i *software* necessari per la creazione, modifica o visualizzazione dei documenti²⁴; 4) garantire il buon funzionamento dell'intero sistema informatico; 5) mettere a disposizione e garantire l'accesso riservato ad una porzione di memoria di massa; 6) garantire all'utente la sicurezza dei dati archiviati, prevenendo attacchi informatici e perdite di dati derivanti da malfunzionamenti del sistema o da disastri naturali.

L'obbligo dell'utente attiene, principalmente, al pagamento del canone pattuito per la fruizione del servizio legato alla tipologia ed alla quantità di risorse informatiche messe a disposizione dal fornitore. Ulteriori obblighi dell'utente attengono l'impiego del servizio per fini leciti, il che presuppone il rispetto delle norme vigenti in materia di proprietà intellettuale.

Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services, cit., 210.

²³ È stato correttamente osservato come «Si tratta di un modo in cui il *provider* forfezzizza il danno arrecato al cliente che, per parte sua, dovrà valutare previamente se il tipo di indennizzo offerto sia sensato rispetto alla propria attività ed alle prevedibili ricadute negative (in termini di danni diretti ed indiretti) della sospensione del servizio.». Così Rizzo, *La responsabilità contrattuale nella gestione dei dati nel cloud computing*, cit., 102. In taluni contratti negli SLA vengono previamente concordate anche le procedure di verifica dei livelli di servizio e delle prestazioni, prevenire l'insorgere di controversie, cfr. TOSI, *Il contratto di outsourcing di sistema informatico*, Milano, 2001, 25 ss.

²⁴ I programmi applicativi offerti per la gestione dei documenti possono essere di proprietà del *provider* della piattaforma, in quanto sviluppati dallo stesso, oppure appartenere a soggetti terzi che si avvalgono della sua piattaforma per offrire il proprio servizio. In tale ultima ipotesi, possono delinearsi due distinti schemi negoziali: nell'ipotesi più comune l'utente ha un rapporto contrattuale solo con il fornitore principale, di tal che tra quest'ultimo e il titolare del *software* distribuito si realizza un'ipotesi di subappalto per la gestione dell'intero servizio. In via alternativa, può aversi anche la sottoscrizione di un ulteriore contratto tra l'utente ed il fornitore del singolo programma di tal che il titolare della piattaforma è fornitore tanto dell'utente finale, quanto del fornitore di *software*, ed il suo corretto adempimento, a monte, incide anche sui rapporti che vengono ad instaurarsi tra tali soggetti, a valle.

2.1. Elementi essenziali del contratto di servizi di *cloud computing*

La previa descrizione delle caratteristiche principali del contratto di servizi di *cloud computing* consente una più agevole individuazione degli elementi essenziali di tale rapporto²⁵.

La causa del contratto di servizi *cloud computing* - secondo la concezione dominante in dottrina e giurisprudenza, che identifica la causa con la ragione pratica del contratto, ossia nell'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare²⁶ - pare potersi rinvenire nell'esigenza di gestire in modo continuativo, delocalizzato, decentralizzato e condiviso documenti informatici²⁷.

Così ricostruita la causa del contratto in esame appare indubbiamente lecita in quanto non contraria a norme imperative, ordine pubblico o buon costume, secondo il dettato dell'art. 1343 c.c., e, per l'effetto, meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. Tale giudizio trova supporto e riscontro nei richiami normativi a questi nuovi servizi, che vengono indicati tra le modalità

²⁵ L'art. 1325 c.c. indica come «requisiti» del contratto l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto e la forma, se è prescritta dalla legge a pena di nullità. Tale disposizione è stata, quasi unanimemente, ritenuta superflua in quanto si limiterebbe a definire il contratto, sovrapponendosi alla definizione contenuta nell'art. 1321 c.c. In realtà è stato osservato come nelle intenzioni originarie del legislatore del 1942 le due disposizioni avevano l'intento di soddisfare esigenze differenti: mentre l'art. 1321 descrive la fattispecie contratto e indica gli elementi essenziali della stessa, l'art. 1325 indica quali elementi sono necessari per la validità del contratto. Tuttavia, il metodo seguito dal legislatore nell'elaborazione dell'art. 1325 si espone a numerose critiche. Sul punto si è osservato come l'espressione «requisiti» debba essere intesa come «condizioni di validità» e che un'elencazione più precisa dei requisiti di validità dovrebbe essere: 1) libera formazione del consenso manifestato in sede di conclusione del contratto; 2) oggetto determinato o determinabile, possibile e lecito; 3) causa lecita e meritevole di tutela; 4) osservanza della forma, ove richiesta a pena di nullità; 5) capacità legale dei contraenti; 6) concreta legittimazione a stipulare. Si veda DI MAJO, *La rilevanza del termine come elemento del contenuto dell'atto*, Milano, 1968, *passim*.

²⁶ La letteratura sul tema è vastissima, per un'ampia ricostruzione delle diverse teorie si veda, tra gli altri: SACCO, *La causa*, in *Trattato di Diritto Privato, Obbligazioni e contratti*, vol. X, RESCIGNO (diretto da), Torino, 1984; ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA - ZATTI (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Milano, 2001.

Con particolare riferimento al rapporto tra causa e tipo si veda FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966.

²⁷ In questo senso si veda VALENTINO (*La fornitura di servizi informatici*, in VALENTINO (a cura di), *Manuale di Diritto dell'Informatica*, Napoli, 2011, 236) che osserva, con riferimento ai contratti di fornitura di servizi informatico, in genere, come «l'acquisizione di un sistema informativo complesso è mirato a soddisfare un'esigenza complessiva di ottenere un risultato teso ad analizzare e aggregare e distribuire selettivamente le informazioni alle persone che ne necessitano per prendere determinate decisioni nel tempo e nel luogo utili perché tali decisioni siano prese nel modo più proficuo».

possibili per acquisire programmi informatici «*nel rispetto dei principi di economicità e di efficienza, tutela degli investimenti, riuso e neutralità tecnologica*»²⁸.

Per quanto attiene l'oggetto di tale contratto, desumibile dall'analisi degli schemi contrattuali maggiormente diffusi, questo è individuabile nell'accesso per via telematica e su richiesta ad un insieme condiviso di risorse di calcolo configurabili (ad esempio rete, server, dispositivi di memorizzazione e applicazioni) sotto forma di servizi. Inteso in questo modo l'oggetto del contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti può essere ricompreso tra gli obblighi di *dare* in uso o di far godere, caratterizzato dalla continuità della prestazione che il fornitore si impegna ad adempiere.

Elementi caratterizzanti il contratto di *cloud services* sono, infatti, il deposito - non in senso civilistico, ma di archiviazione²⁹ - di *file* per via telematica negli archivi digitali del fornitore e l'impiego di *software* messi a disposizione da parte del *provider* per la loro gestione o modifica.

Con riferimento alla determinatezza o determinabilità dell'oggetto deve sottolinearsi come le parti al momento della conclusione del contratto siano solite non indicare la quantità della prestazione che il fornitore erogherà o che l'utente si impegna a richiedere giacché, secondo l'*id quod plerumque accidit*, quest'ultimo generalmente ignora l'entità reale del suo fabbisogno futuro. In base alla disciplina generale del contratto la determinazione dell'oggetto del contratto rimessa ad una sola parte è inammissibile quando l'interesse di controparte a non subire sorprese lesive non sia adeguatamente presidiato da limiti posti alla discrezionalità di chi sceglie³⁰.

²⁸ Così art. 68, c. 1, lett. d), del Codice dell'Amministrazione Digitale, - modificato dall'art. 9-bis, c. 1, d.l. 18 ottobre 2012, n.179, convertito in legge con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221.

²⁹ In senso contrario 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*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2011, 240; PROSPERETTI, *Gli obblighi di assicurare la custodia e la sicurezza dei dati in un sistema cloud*, in *Trattato di Diritto dell'Internet*, CASSANO (a cura di), Padova, 2012, 680 ss. Entrambi gli Autori inquadrano i servizi di *cloud computing* in specie di *IaaS* nel tipo contrattuale del deposito di cui agli articoli 1766 e seguenti del codice civile.

³⁰ Ciò che rileva ai fini della validità del contratto è che l'oggetto sia determinabile *per relationem*, quando il termine della *relatio* è la valutazione di un terzo appositamente incaricato, convenzionalmente, se le parti indicano nello stesso contratto gli elementi da cui ricavare la successiva determinazione, o legalmente, se la legge sopperisce al silenzio delle parti indicando i parametri cui fare riferimento per determinare l'oggetto. Astraendo la *ratio* di queste forme di determinazione si evince come il legislatore abbia dato peso a che la determinazione dell'oggetto non sia rimessa a una sola delle parti, ma che sia sempre frutto di

Nel caso di specie la determinabilità unilaterale è un'esigenza delle modalità di erogazione del servizio, rimessa, per altro, al soggetto che ha, di norma, meno forza contrattuale, ovvero all'utente. Ciò porta a ritenere che la determinabilità unilaterale nel contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici non si ponga in contrasto con il dettato codicistico.

3. Qualificazione giuridica del contratto di servizi di *cloud computing* come contratto di somministrazione di servizi

La scarsissima dottrina pronunciata sul contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici o di fornitura di servizi di *cloud computing* ha fino ad oggi ricondotto questo schema contrattuale al *tipus* contrattuale dell'appalto di servizi osservando come il risultato che attraverso di esso viene conseguito sia affine a quello ottenuto attraverso i contratti di *outsourcing*³¹, che parte della dottrina riconduce all'appalto di servizi^{32, 33}.

una scelta condivisa dei contraenti o effettuata da un terzo che si presume imparziale, vedendo con disfavore le scelte orientate nell'esclusivo interesse di chi le compie e suscettibili di ledere gli interessi degli altri contraenti. Nondimeno, la dottrina ha evidenziato come non venga esclusa radicalmente la possibilità di rimettere la determinazione a una parte, se ciò è giustificato e utile, come nell'ipotesi della somministrazione la cui entità può *ex art.* 1560, comma 2, c.c. essere stabilita dal somministrato. Cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., 355 ss

³¹ Cfr. LIMONE, *I contratti di cloud*, in *Comparazione e diritto civile*, 2013, 6, in http://www.comparazioneDirittocivile.it/prova/files/limone_cloud.pdf; MANTELETO, *Il contratto per l'erogazione alle imprese di servizi di cloud computing*, in *Contratto e impresa*, 2012, 1216. L'*outsourcing* viene definito in giurisprudenza come «tutte le possibili tecniche mediante le quali un'impresa dismette la gestione di alcuni segmenti dell'attività produttiva e dei servizi estranei alle competenze di base (c.d. *core business*)». Così Cass., sent. 2 ottobre 2006, n. 21287, in *Giurisprudenza it.*, 2007, 2729, con nota di TOTARO, *Outsourcing e trasferimento di parte dell'azienda*. Nello stesso senso anche Cass., sent. 4 dicembre 2002, n. 17207, in *Foro it.*, 2003, 107.

In particolare, si veda l'*outsourcing* del sistema informativo riguardo l'esternalizzazione delle funzioni di manutenzione, gestione avanzata e sviluppo del sistema informatico aziendale che comunque presenta delle caratteristiche differenti dai servizi di *cloud computing*. Cfr. CESARO, *Il contratto di manutenzione*, Napoli, 2004; LEO, *Contratti di outsourcing informatico*, in *Contratti*, 2000, 529; TOSI, *Il contratto di outsourcing di sistema informatico*, Milano, 2001; VALENTINO, *I contratti di informatizzazione d'azienda*, in *Diritto dell'internet*, 2005, 416.

³² Si veda CAGNASSO - COTTINO, *Contratti commerciali*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di Diritto Commerciale*, Padova, 2000, 353; PITTALIS, *Outsourcing*, in *Contratto e Impresa*, 2000, 1010; MUSELLA, *Il contratto di outsourcing del sistema informativo*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 857.

Deve in primo luogo osservarsi come gli stessi fattori di questo orientamento pongano in evidenza come mentre vi sia un solo punto di contatto tra il contratto di *cloud computing* e quello di *outsourcing*, in relazione all'analogia di scopo, vi siano numerosi profili che portino a differenziare i due schemi contrattuali: a) in primo luogo nei processi di *outsourcing* si ottiene l'esternalizzazione delle risorse strutturali e di quelle umane - come dimostrato dall'esistenza di una fase di formazione del personale, posta in essere direttamente presso l'*outsourcer* ad opera dei dipendenti qualificati dell'*outsourcer* o dalla creazione di *team* di raccordo fra le due aziende - mentre nel contratto di *cloud computing* è netta la prevalenza dei profili inerenti l'organizzazione dei soli mezzi e strutture rispetto alla dotazione del personale; b) mentre il modello del *cloud* è connotato da uno schema di erogazione «da uno a molti», l'*outsourcing* tradizionale si connota per la presenza di un rapporto molto forte tra le parti, sovente anche caratterizzato da vincoli di esclusiva³⁴.

A quanto appena evidenziato si aggiunga che la più recente dottrina è unanime nel qualificare il contratto di *outsourcing* come somministrazione di servizi³⁵, di tal che il medesimo percorso logico che ha portato i fattori di tale orientamento a considerare il contratto di *cloud computing* come appalto di servizi, dovrebbe ora condurre a considerare gli stessi rapporti come somministrazione di servizi, tesi che in questa sede si sostiene.

Si era già posto in evidenza, d'altronde, come la mancanza di una esplicita menzione dei servizi nella definizione codicistica della somministrazione non dovesse essere considerato argomento dirimente a favore della limitazione della somministrazione alle sole cose³⁶.

³³ Alcuni autori hanno sostenuto che il contratto di archiviazione e gestione dei documenti informatici possa essere ricondotta nel *genus* dei contratti atipici. Tuttavia, non può non osservarsi come qualificare un rapporto contrattuale come codicisticamente atipico non risponde all'esigenza dell'interprete di definire il quadro normativo dal quale desumere i diritti e gli obblighi reciproci che dal contratto nascono tra le parti. Si veda in tal senso ROPPO, *Introduzione*, in VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, Padova, 2009, II, 4. V. cap. 1, par. 11.

³⁴ Così MANTELEO, *Il contratto per l'erogazione alle imprese di servizi di cloud computing*, cit., 1218.

³⁵ CARLEO, *il contratto di outsourcing*, in BOCCHINI (a cura di), *I contratti di somministrazione di servizi*, Torino, Giappichelli, 2006, 572; BOCCHINI-GENOVESE, *Il contratto di outsourcing*, in BOCCHINI - GAMBINO (a cura di), *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, Torino, 2011, 157.

³⁶ In questo senso si veda SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e prassi*, cit., 440 - 441.

Questa tesi pare trovare riscontro nella constatazione che la tipizzazione legale della somministrazione è un processo a doppio grado³⁷ a cui il legislatore ha fatto ricorso con l'obiettivo di inquadrare normativamente un fenomeno complesso teso a soddisfare una funzione unitaria - riscontrabile nell'esigenza di soddisfare un bisogno durevole - in campi diversi dell'economia³⁸.

Ciò che differenzia, in particolare, i due tipi contrattuali è la natura dell'obbligazione cui una delle parti, rispettivamente l'appaltante o il somministrante, si obbliga. In particolare, nell'appalto si rinviene un'obbligazione di fare che l'appaltatore si obbliga ad eseguire in un dato termine, più o meno lungo, al fine di soddisfare un bisogno immediato del committente³⁹. La somministrazione, invece, si caratterizza per la soddisfazione di un bisogno duraturo attraverso l'adempimento di un'obbligazione di dare a titolo definitivo⁴⁰ o in godimento⁴¹.

Tanto premesso si osservi come il soggetto che eroga un servizio *cloud*, sia esso di semplice archiviazione o di gestione da remoto dei documenti, si

³⁷ Al primo livello di tipizzazione il legislatore ha previsto uno schema funzionale costante alla cui realizzazione è inteso il regolamento contrattuale, al secondo livello di tipizzazione il legislatore ha operato un rinvio ad un gruppo indefinito di norme che disciplinano i contratti a cui corrispondono le singole prestazioni e, quindi, ad una serie indefinita di sub fattispecie, rispetto alla fattispecie primaria, tutte compatibili ed integrabili nello schema funzionale della fattispecie primaria.

³⁸ Cfr. BOCCHINI, *Il contratto di somministrazione di servizi*, cit., 29.

³⁹ È stato osservato come il contratto di appalto non è, di regola, un contratto di durata, quando anche il compimento dell'oggetto non si esaurisca in una condotta istantanea, così RESCIGNO, *Appalto*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Roma, 1988, 4. La dottrina (RUBINO, IUDICA, *Dell'appalto*, op. cit., 526) ha evidenziato come negli appalti ad esecuzione periodica l'esecuzione può essere, rispetto ad ogni singolo periodo isolatamente considerato, istantanea, continuata o prolungata, per cui si può affermare «che i contratti ad esecuzione periodica si caratterizzano solo in quanto comportano un particolare raggruppamento di singole prestazioni istantanee o continuate o prolungate; e che ad esecuzione periodica può essere solo il rapporto complessivo, non anche le singole prestazioni». Nello stesso senso si veda anche ZUDDAS, *Sub art. 1677 c.c.*, cit., 719.

⁴⁰ Sull'ammissibilità accanto alla somministrazione di consumo (che ha per oggetto una prestazione di dare) della somministrazione d'uso (che ha per oggetto una prestazione di far godere) si veda CAGNASSO, *La somministrazione*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, vol. XI, Torino, 1984, 406.

⁴¹ La dottrina ha evidenziato come il carattere fisionomico della somministrazione sia quello dell'obbligazione di dare e della periodicità o della continuità della prestazione stessa, così che la somministrazione, pur avendo ad oggetto una prestazione di dare, si distingueva nettamente dalla vendita, per avere una propria causa tipica, il soddisfacimento di un bisogno reiterato o continuativo. In particolare si veda MOSSA, *Il contratto di somministrazione*, Roma, 1915, 25 ss.; PARDESSUS, *Corso di diritto commerciale*, Napoli, 1830, I, 21 ss. e 169; VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1896, III edizione, 489.

impegni a consentire all'utente l'accesso ad un sistema informatico complesso e scalabile, in modo continuo, al fine di soddisfare un suo bisogno duraturo.

Tale attività non pare potersi certo inquadrare tra le obbligazioni di fare, giacché non è diretta alla produzione di una *res nova*, ma pare invero debba essere annoverata tra le prestazioni di far godere. Il *provider*, infatti, fa impiegare - e dunque godere - all'utente l'infrastruttura *hardware* e *software* predisposta, in modo continuo, dietro accesso telematico diretto dell'utente che può, in tal guisa, soddisfare il suo bisogno duraturo di uso di tecnologie informatiche, pur non avendone la fisica detenzione⁴².

Appare, dunque, evidente come la prestazione oggetto del contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici - o di *cloud computing*, facendo riferimento alla denominazione della tecnologia attualmente impiegata per erogare tale servizio - debba essere sussunta non già nell'alveo del contratto di appalto di servizi, bensì in quello della somministrazione di servizi.

La causa tipica della somministrazione, ossia il soddisfacimento di un bisogno reiterato e continuativo, si conforma perfettamente alle caratteristiche strutturali e funzionali dei contratti di servizi *cloud*, i quali stabiliscono generalmente rapporti di durata.

Anche la disposizione dettata in materia di entità della somministrazione di cui all'art. 1560 c.c., che non trova una norma equivalente in tema di appalto, è previsione di evidente riconducibilità ai rapporti di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici, ove il concetto di fabbisogno non attiene soltanto alla quantità della prestazione, ad esempio con riferimento allo spazio di memorizzazione dei dati, ma anche alla qualità dell'attività del *provider*. L'utente intende, infatti, assicurarsi una continuità di servizio, qualitativamente attestato su certi parametri che traducono le attese delle parti in parametri misurabili, sulla base dei quali è possibile verificare il rispetto delle clausole contrattuali ed in particolare degli standard qualitativi pattuiti.

Ulteriore argomento a favore di tale qualificazione del rapporto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici può essere desunto dal dettato di cui all'art. 1565 c.c. che prevede che il fornitore non possa sospendere l'esecuzione del contratto senza dare congruo preavviso. La prassi

⁴² In questo senso si veda l'art. 5, comma 1, delle Condizioni Generali di Contratto predisposte dal *provider* Aruba ove si legge che: «Con l'attivazione del Servizio il Cliente può iniziare a creare ed allocare la propria infrastruttura virtuale della quale sarà l'unico responsabile ed alla quale egli soltanto avrà esclusivo accesso». Condizioni Generali di Contratto, Aruba S.p.A., ver. 2.0.

negoziale registra l'adozione di clausole che disciplinano la sospensione del servizio in caso di morosità del cliente, escludendo che il somministrante possa sospendere l'esecuzione del contratto senza dare congruo preavviso, qualora l'inadempimento del somministrato sia di lieve entità⁴³.

Nel caso di specie il contratto in esame deve in particolare essere annoverato tra i contratti di somministrazione aventi ad oggetto servizi atipici, di tal che il suo quadro normativo deve essere ricostruito facendo ricorso alle norme sulla somministrazione e, in quanto compatibili, a quelle sull'appalto⁴⁴.

4. Le norme applicabili al contratto di servizi di *cloud computing* come contratto di somministrazione di servizi

L'aver qualificato il contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici come contratto tipico di somministrazione importa l'adozione del criterio di individuazione della normativa che assegna la prevalenza, in caso di divergenza, alle norme sulla somministrazione rispetto a quelle sull'appalto.

Per ragioni di organicità ricostruttiva, il quadro normativo ritenuto applicabile al rapporto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici verrà delineato secondo l'oggetto delle norme stesse. Nell'ordine verranno esaminate le disposizioni relative agli elementi costitutivi del contratto, quelle aventi ad oggetto l'esecuzione, con particolare riferimento ai diritti e agli obblighi delle parti, e, da ultimo, quelle riguardanti l'estinzione del contratto e del rapporto.

⁴³ Ad esempio, nelle Condizioni Generali di Fornitura (doc. CF107, consultato il 4 marzo 2013) della KPNQWEST Italia (abbreviata nel testo del contratto con la sigla KQI) si legge all'art. 6, c. 1 che «Trascorsi 30 giorni dalla data di scadenza della fattura, KQI invierà sollecito scritto al Cliente, via e-mail o fax. Il Cliente avrà 15 giorni di tempo per provvedere al pagamento, trascorsi i quali KQI si riserva il diritto di sospendere il servizio previa comunicazione via e-mail o fax al Cliente.».

⁴⁴ Si osservi come ove si accogliesse quell'orientamento minoritario (PROSPERETTI, *Gli obblighi di assicurare la custodia e la sicurezza dei dati in un sistema cloud*, in CASSANO (a cura di), *Trattato di Diritto dell'Internet*, Padova, 2012, 683) che qualifica il servizio di *IaaS* come deposito irregolare, trattandosi di servizio tipico, il quadro normativo di riferimento dovrebbe essere delineato dalle norme sulla somministrazione integrate da quelle sul deposito.

4.1. Elementi costitutivi

Con riferimento alle norme che regolano gli elementi costitutivi del contratto rilevano l'art. 1560 sull'entità della prestazione, gli artt. 1561 e 1657 sull'entità del corrispettivo, l'art. 1656 c.c. in tema di subappalto ed i tre articoli - 1566, 1567 e 1568 c.c. - dedicati ai patti di non concorrenza e di esclusiva.

L'art. 1560⁴⁵ c.c., relativo alla determinazione dell'entità della prestazione, costituisce la disposizione chiave di quelle dedicate alla somministrazione in quanto distingue questo tipo contrattuale dagli altri nei quali, al momento della conclusione, l'entità della prestazione deve essere determinata o determinabile. Nella somministrazione, infatti, il legislatore indica espressamente che in tale *tipus* contrattuale la determinazione o determinabilità dell'oggetto non è requisito di validità di un contratto, essendo il rapporto volto a soddisfare un bisogno duraturo che è per sua natura variabile e non prevedibile al momento della conclusione del contratto. L'articolo in esame deve ritenersi, per tale ragione, prevalente rispetto agli artt. 1659, 1660 e 1661 c.c., in materia di appalto, che presuppongono, invece, la determinatezza o determinabilità della prestazione al momento della stipula del contratto.

In forza del dettato dell'art. 1560 la somministrazione può essere «a piacere» o «secondo il fabbisogno». Nel primo caso la quantità e qualità del servizio erogato verrà definita discrezionalmente dall'utente, che ha, dunque, il potere di stabilire sia l'*an* che il *quantum*⁴⁶. Nell'ipotesi di somministrazione del servizio «secondo il fabbisogno», invece, ai sensi del primo comma dell'art. 1560, l'utente determina solo il *quantum*, senza che, tuttavia, ta-

⁴⁵ Art. 1560 c.c. (Entità della somministrazione): «1. Qualora non sia determinata l'entità della somministrazione, s'intende pattuita quella corrispondente al normale fabbisogno della parte che vi ha diritto, avuto riguardo al tempo della conclusione del contratto. 2. Se le parti hanno stabilito soltanto il limite massimo e quello minimo per l'intera somministrazione o per le singole prestazioni, spetta all'avente diritto alla somministrazione di stabilire, entro i limiti suddetti, il quantitativo dovuto. 3. Se l'entità della somministrazione deve determinarsi in relazione al fabbisogno ed è stabilito un quantitativo minimo, l'avente diritto alla somministrazione è tenuto per la quantità corrispondente al fabbisogno se questo supera il minimo stesso».

⁴⁶ Cfr. ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, in BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2003, 36; LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in IUDICA-ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1995, 236; COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, in SCIALOJA - BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, 1970, 128.

le facoltà si trasformi in un mero arbitrio essendo il «fabbisogno» determinabile facilmente in base a criteri oggettivi⁴⁷.

Da quanto esposto emerge chiaramente come alle parti del contratto di *cloud computing* sia lasciato un ampio spazio di autonomia per la definizione dell'entità del servizio che verrà erogato, potendo trovare accoglimento differenti schemi di quantificazione. L'analisi della prassi contrattuale in materia ha portato ed evidenziare come vengano impiegate generalmente due modalità: un primo modello - solitamente adottato da quei *provider* che prevedono un pagamento legato esclusivamente all'effettivo utilizzo delle risorse offerte, c.d. *pay per use* - lascia all'utente la completa autonomia circa la definizione della quantità e delle caratteristiche dell'infrastruttura *hardware* e *software* della quale viene richiesto il godimento. Un secondo schema - impiegato dai fornitori che richiedono un canone fisso, c.d. *flat* - prevede, invece, la definizione di un minimo quantitativo e qualitativo della prestazione, stante la possibilità per l'utente di chiedere l'accesso ad ulteriori risorse⁴⁸.

Meno frequente, ma non per questo incompatibile con le peculiarità del contratto in esame, è la previsione di un tetto massimo alla prestazione che il *provider* si impegna ad erogare, giacché è interesse di questo ultimo che l'utente sfrutti quanto più possibile le risorse messe a disposizione.

Come già evidenziato precedentemente, non può trovare applicazione al contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici

⁴⁷ Il «fabbisogno» è stato considerato come un dato economico influenzato da fattori di convenienza e di politica del mercato, mentre il «normale fabbisogno» deve essere parametrato alle necessità normali ed effettive del somministrato e non può divenire abnorme successivamente alla stipulazione del contratto. Cfr. ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, cit., 38; COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, op. cit., 129; CAGNASSO, *La somministrazione*, cit., 413. La giurisprudenza ha rilevato come «la valutazione del normale fabbisogno del somministrato non è rimessa all'arbitrio del creditore, ma deve risultare da un ragionevole e diligente giudizio di prevedibilità», così Trib. Pavia, sent. 22 febbraio 1986, in *Giurisprudenza di Merito*, 1987, 621, con nota di MEO, *Alcuni spunti sulla determinabilità delle singole partite di un contratto di somministrazione*.

⁴⁸ Si osservi come questo schema tenda a contemperare gli opposti interessi delle parti: da un lato l'interesse del somministrato a ricevere la prestazione secondo il proprio normale fabbisogno anche con una variazione mantenuta entro certi limiti che lo stesso somministrante ha potuto prevenire e, dall'altra, l'interesse del somministrante il quale, nel momento in cui ha accettato un contratto di durata come quello in esame, ha preventivamente programmato nella propria attività imprenditoriale la fornitura di una prestazione in base al normale fabbisogno del somministrato, prevenendo anche un eventuale mutamento del fabbisogno di questo ultimo. Cfr. BOCCHINI, *Sub art. 1560 c.c.*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1548-1654*, in GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice Civile*, Torino, 2011, 192.

l'art. 1561 c.c. non solo per ragioni di carattere testuale - atteso che la norma fa espressamente riferimento alla sola somministrazione a carattere periodico -, ma anche perché se si guarda alle conseguenze pratiche della tesi che afferma la validità del contratto senza determinazione del prezzo, si finirebbe col ritenere che il prezzo sia inesorabilmente fissato al momento della conclusione del contratto senza possibilità di variazione⁴⁹. Essendo il rapporto in esame ascrivibile al tipo della somministrazione di servizi continuativa troverà, invece, applicazione l'art. 1657 c.c., di tal che in caso di omessa indicazione del prezzo esso è calcolato avendo riguardo alle tariffe esistenti o agli usi⁵⁰.

In ordine all'applicabilità dell'art. 1656 c.c. in materia di divieto di subappalto - norma che anche se riferita all'appalto non si pone in contrasto con la disciplina sulla somministrazione - la dottrina ha evidenziato come detto divieto possa essere ritenuto sussistente solo nell'ipotesi in cui il servizio non venga erogato in modo automatizzato, ciò in quanto *ratio* dell'articolo è la tutela dell'elemento fiduciario che caratterizza il contratto di appalto che viene a mancare in un'esecuzione automatizzata⁵¹.

Deve osservarsi, tuttavia, come l'affidabilità del *provider* sia uno dei principali fattori che l'utente prende in esame al fine di determinare con quale soggetto concludere il contratto, giacché a quest'ultimo affida tutti i propri

⁴⁹ Cfr. BOCCHINI, *Sub art. 1561*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1548-1654*, cit., 209. «La soluzione - osserva l'Autore con riferimento alla somministrazione continuativa di cose - trova conferma anche in ragioni di equità. Infatti se si affermasse che la somministrazione continuativa di servizi è sempre valida anche se le parti non hanno determinato il prezzo ciò danneggerebbe, in modo rilevante, persino lo stesso somministrante, che dovrebbe ricevere il pagamento di un prezzo fisso senza possibilità di adeguamenti ai maggiori costi di produzione, senza possibilità di revisione e, in assenza di eventi straordinari e imprevedibili, senza possibilità di risoluzione del contratto e, se il contratto non è a tempo indeterminato, ma di lunghissima durata, senza possibilità di recesso.». In senso contrario COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 135, il quale ritiene che «ove manchi una esplicita previsione contrattuale (in relazione al prezzo) essa andrà determinata in base ai criteri dettati dall'art. 1474 c.c., al momento della stipulazione del contratto.».

⁵⁰ Se il prezzo è determinato in un canone fisso forfettario dovrà farsi riferimento al momento della conclusione del contratto e nessuna delle parti potrà chiedere la variazione del prezzo, mentre nel caso di pagamento a consumo rileveranno, ai fini della determinazione del prezzo, le scadenze d'uso.

⁵¹ In tal senso è orientata la dottrina maggioritaria: RUBINO, *Dell'appalto*, cit., 112; RESCIGNO, *Appalto*, cit., 3; GIANNATTASIO, *L'appalto*, Milano, 1977, 54; RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, cit., 201. In senso contrario MIRABELLI (*I singoli contratti*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1991, 404) il quale ritiene che il fondamento dell'art. 1656 sia da rinvenire nel rispetto delle regole del mercato secondo le quali ogni operatore economico ha diritto soltanto alla propria parte del mercato.

dati e documenti⁵². Proprio nell'ambito del trattamento dei dati, ad esempio, un importantissimo elemento da considerare nella scelta del fornitore attiene al possesso, da parte di quest'ultimo, di idonee certificazioni o *standard*⁵³ relativi alla gestione della sicurezza delle informazioni, quali sono gli *standard* ISO/IEC 27001⁵⁴ e ISO/IEC 27002⁵⁵. Questi attendono esplicitamente alla gestione della sicurezza delle informazioni e dei dati, pur potendo coprire anche ulteriori aspetti organizzativi del *provider*⁵⁶. Appare evidente come il possesso di siffatti requisiti incida notevolmente nella scelta del contraente da parte dell'utente, di tal che, pur essendo in presenza di un'esecuzione automatizzata, emerge chiaramente il ruolo dell'*intuitu personae*.

L'elemento fiduciario non deve essere inteso come valutazione personale del somministrante, quanto piuttosto come l'aspettativa che quel soggetto, e non un altro, adempia regolarmente e con continuità alle prestazioni con-

⁵² Dell'importanza dell'affidabilità del fornitore si è espresso anche il Garante per la protezione dei dati personali il quale ha sottolineato che «È sempre opportuno che l'utente valuti accuratamente il tipo di servizio offerto anche verificando se i dati rimarranno nella disponibilità fisica dell'operatore proponente, oppure se questi svolga un ruolo di intermediario, ovvero offra un servizio progettato sulla base delle tecnologie messe a disposizione da un operatore terzo. Si pensi ad esempio a un applicativo in modalità cloud nel quale il fornitore del servizio finale (*Software as a Service*) offerto all'utente si avvalga di un servizio di stoccaggio dati acquisito da un terzo. In tal caso, saranno i sistemi fisici di quest'ultimo operatore che concretamente ospiteranno i dati immessi nella cloud dall'utente.». Garante per la protezione dei dati personali, *Cloud computing: indicazioni per l'utilizzo consapevole dei servizi*, 2011 (doc. web n.1819933), 15. consultabile all'indirizzo <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1819933>.

⁵³ Uno *standard* è un documento che fornisce i requisiti, le specifiche, linee guida o caratteristiche che possono essere utilizzati in modo coerente per garantire che materiali, prodotti, processi e servizi siano adatti al loro scopo. L'Organizzazione internazionale per la formazione (International Organization for Standardization, nota con l'acronimo ISO), fondata nel 1947, è il più grande sviluppatore del mondo di norme volontarie internazionali.

⁵⁴ Lo *standard* ISO/IEC 27001 specifica l'insieme dei requisiti di un sistema di gestione della sicurezza delle informazioni, in particolare per gli aspetti della sicurezza fisica, logica ed organizzativa. Attraverso l'applicazione delle indicazioni in essa contenute, un'organizzazione può sviluppare un sistema di gestione della sicurezza delle informazioni efficace, efficiente e certificabile. La certificazione ISO/IEC 27001 viene rilasciato da organismi terzi e, quindi, è effettivamente verificabile dall'utente.

⁵⁵ Lo *standard* ISO/IEC 27002 costituisce una base comune ed una guida pratica per lo sviluppo di *standard* di sicurezza aziendali e di efficaci pratiche di gestione della sicurezza, e per aiutare a costruire la fiducia in attività inter-organizzative. A differenza del precedente si tratta di un'autocertificazione, che non può, dunque, essere verificata dall'utente.

⁵⁶ Deve osservarsi sul punto come alcuni fornitori di servizi *cloud* vantino il possesso della certificazione SAS 70 che, tuttavia, non è di per sé uno standard tecnologico o di sicurezza, ma piuttosto uno *standard* per la valutazione, prevalentemente per finalità contabili o finanziarie, delle procedure aziendali interne di controllo.

cordate⁵⁷ o, come nel caso di specie, rispetti le pattuizioni in ordine alle modalità di trattamento dei dati. Pare, allora, più corretto concludere che al rapporto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici si applica anche l'art. 1656 c.c..

Nella prassi, per altro, non è inusuale che il *provider* sia titolare dell'infrastruttura *hardware* offerta all'utente, mentre i diritti di sfruttamento dei *software*, erogati attraverso la medesima piattaforma, appartengono ad altri soggetti. Ferma la derogabilità pattizia dell'art. 1656, non deve, tuttavia, ritenersi che tale consuetudine contrattuale sia in contrasto con le conclusioni sopra riportate, giacché il servizio complessivamente considerato viene sempre erogato e gestito dal *provider* con il quale il contratto è stato stipulato, non rilevando l'attività dei soggetti terzi che sono meri titolari dei diritti di sfruttamento economico dei *software* usati dall'utente per la gestione dei propri documenti.

4.2. Esecuzione del contratto

Disciplinano l'esecuzione del contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici gli articoli 1562, 1563, 1564 e 1662, c. 1, del codice civile⁵⁸.

L'art. 1562⁵⁹ c.c. regola il pagamento del prezzo che nel caso di specie, trattandosi di un rapporto a carattere continuativo, è dovuto, ai sensi del secondo comma, secondo le scadenze d'uso, di norma aventi cadenza mensile o bimestrale.

L'obbligo dell'utente sussiste, quindi, anche in caso di mancata previsione espressa giacché, come sancito dalla Suprema Corte, ai sensi dell'art. 1374 c.c. il contratto obbliga le parti, non solo a quanto è dal medesimo

⁵⁷ Cfr. GIANNATTASIO, *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, in CICU-MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974, 218.

⁵⁸ Deve escludersi l'applicazione al contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici degli art. 1665 e 1666 c.c. Infatti, il primo, secondo consolidata dottrina (Cfr. RUBINO, *Dell'appalto*, cit., 232; RUBINO - IUDICA, *Dell'appalto*, cit., 527), non può essere applicato ai contratti di servizi continuati o periodici, così come tutta la normativa codicistica relativa alla consegna dell'opera. Allo stesso modo l'art. 1666 può essere applicato solo ai contratti aventi ad oggetto l'esecuzione periodica di servizi, ma non anche quelli ad esecuzione continuata quali sono appunto i contratti di servizi informatici qui in esame. Cfr. Cass., sent. 18 agosto 1993, n. 8752, in *Mass. Giustizia civ.*, 1993, 1299; Cass., sent. 9 settembre 2003, n. 13132, in *Mass. Giustizia Civ.*, 2003, 2145.

⁵⁹ Art. 1562 c.c. (Pagamento del prezzo): 1. Nella somministrazione a carattere periodico il prezzo è corrisposto all'atto delle singole prestazioni e in proporzione di ciascuna di esse. 2. Nella somministrazione a carattere continuativo il prezzo è pagato secondo le scadenze d'uso.

espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge⁶⁰. È rimesso alla determinazione delle parti la modalità di pagamento che può avvenire con versamento a mezzo addebito su conto corrente bancario, su carta di credito o tramite acquisto anticipato di un credito⁶¹.

L'art. 1563 c.c. non trova applicazione nelle somministrazioni a carattere continuativo, quale è il contratto di servizi *cloud*, se non per il termine iniziale, atteso che quello finale serve solo quale limite fino al quale le parti si impegnano a prestare e non certo quale limite entro il quale la prestazione deve essere eseguita⁶².

Rientra tra le disposizioni applicabili al contratto di *cloud services* inquadrato come somministrazione di servizi, invece, l'art. 1662 c.c., che attribuisce al committente il diritto, nel primo comma, di controllare lo svolgimento dei lavori e, nel secondo comma, qualora questi non procedano come concordato, il diritto di richiederne l'adeguamento entro un termine perentorio, decorso il quale il contratto si considera risolto⁶³. Tale secondo comma verrebbe, invero, ad essere sostituito nel rapporto qui in esame dall'art. 1564 c.c.⁶⁴, di tal che l'utente è legittimato a verificare nel corso dell'esecuzione il rispetto dei livelli qualitativi e quantitativi dell'erogazione⁶⁵ promessi dal *provider* ed in caso di inadempimento di notevole entità dello stesso a recedere dal contratto⁶⁶.

In un rapporto duraturo come quello di specie è ben ipotizzabile che nel periodo dell'esecuzione si presenti l'esigenza o l'opportunità che vengano

⁶⁰ Cfr. Cass., sent. 29 settembre 2004, n. 19531, in *Mass. Giustizia Civ.*, 2004, 9.

⁶¹ Cfr. ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, in BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2003, 115, il quale osserva come queste modalità di pagamento non consentono il controllo anticipato della fattura che viene trasmessa al cliente solo dopo l'avvenuto pagamento.

⁶² Cfr. BOCCHINI, *Sub art. 1563*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1548-1654*, 221.

⁶³ Si veda in questo senso RUBINO, IUDICA, *Dell'appalto, op. cit.*, 114; MANGINI - IACUANIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*, Torino, 1997, 80 ss.; CARNEVALE - TROTTA, *Appalto pubblico e privato*, in JANNUZZI (diretta da), *L'appalto, rassegna di giurisprudenza commentata*, Milano, Giappichelli, 1978, 52; CAPPAL, *Sub art. 1655 c.c., Appalti di opere e servizi*, in LUMINOSO (a cura di), *Codice dell'appalto privato*, Milano, 2010, 188. In giurisprudenza si veda Pret. Bologna, 5 maggio 1970, in *Giurisprudenza it.*, 1971, 2, 30.

⁶⁴ In questo senso, tra gli altri, RUBINO-SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi (in diritto privato)*, Padova, 2006, II edizione, 734.

⁶⁵ La dottrina maggioritaria (RUBINO, *Dell'appalto, cit.*, 175) ritiene che la «verifica» consista nell'impiegare, per quanto possibile, le parti dell'opera già eseguite e, comunque, nell'accertare se rispondono allo scopo.

⁶⁶ Cfr. RUBINO, *Dell'appalto, cit.*, 176.

apportate delle variazioni alle pattuizioni originariamente concordate⁶⁷. Gli articoli relativi alle variazioni dell'opera, rispettivamente gli artt. 1659, 1660 e 1661 c.c., sono rinvenibili nella disciplina codicistica dedicata all'appalto, *tipus* nel quale la precisa determinazione dell'oggetto è elemento essenziale, mentre, come già evidenziato, è connaturato alla struttura e funzione del contratto di somministrazione che l'entità della prestazione non sia determinata al momento della stipula del contratto.

Le variazioni non devono essere riferite necessariamente alla quantità, ma possano essere ascrivibili alla qualità o tipologia del servizio erogato, ad esempio, nell'ipotesi contrattuale che ci occupa, ad una versione più evoluta di un *software* per la gestione dei documenti. Ebbene se è ammissibile in tali ipotesi che sia rimessa all'utente la scelta di fruire della nuova versione di un programma, è altresì ipotizzabile che ove le modifiche siano minime non debba essere richiesto un compenso ulteriore all'avente diritto alla somministrazione⁶⁸.

Passando alla disamina delle disposizioni codicistiche, dell'art. 1659 c.c., in materia di variazioni concordate, trovano applicazione solo i primi due commi che vietano la variazione unilaterale del contenuto del contratto. Non parrebbe, invece, essere applicabile il terzo comma dell'articolo richiamato in quanto nella somministrazione se la prestazione eccede la quantità richiesta, la fruizione della parte eccedente obbliga il somministrato al pagamento dell'intero⁶⁹.

Trova applicazione al contratto di servizi di *cloud computing* anche l'art. 1660⁷⁰ - che regola le variazioni che si rendono necessarie ai fini dell'esecuzione del rapporto - e l'art. 1661 c.c. - che riconosce al somministrante per le variazioni ordinate dal somministrato committente un incremento del corrispettivo dovuto.

Non si applica, invece, l'art. 1664 c.c. in materia di eccessiva onerosità o difficoltà sopravvenuta nel corso dell'esecuzione, in quanto riferito espressamente all'appalto d'opera, non anche a quello di servizi, dovendosi, dun-

⁶⁷ Per variazione deve intendersi la modificazione del servizio concordato, che non faccia parte del naturale e normale processo di completamento del servizio medesimo e che non sia stato previsto in sede di stipulazione del contratto, ma di cui si ravvisi la necessità o l'utilità o l'opportunità a contratto concluso. Cfr. MUSOLINO, *Sub art. 1659 c.c.*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1655-1802*, cit., 57.

⁶⁸ Condivide la nozione di variazione in riferimento ai servizi RUBINO-SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi*, cit., 736.

⁶⁹ In questo senso, con generico riferimento alla somministrazione di servizi, si veda Bocchini, *Il contratto di somministrazione di servizi*, op. cit., 24.

⁷⁰ Cfr. RUBINO, IUDICA, *Dell'appalto*, cit., 273; MUSOLINO, *Sub art. 1660 c.c.*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1655-1802*, cit., 74.

que, concludere per l'applicazione dell'art. 1467 che offre un concetto di eccessiva onerosità sopravvenuta più ampio⁷¹.

La dottrina ascrive gli articoli 1663, 1667 e 1668 alla disciplina codicistica dedicata all'appalto, ma riferibile anche alla somministrazione di servizi sulla patologia nell'esecuzione delle prestazioni⁷².

In ordine all'art. 1663 deve escludersi la sua applicabilità, di regola, ai contratti di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici giacché la materia prima del servizio, che può consistere nel collegamento telematico o nell'elaboratore o, ancora, nel *software*, non sono forniti dal somministrato⁷³.

Per quanto attiene l'applicazione degli artt. 1667 e 1668 che prevedono la garanzia per vizi e difformità della prestazione deve rilevarsi che la dottrina è favorevole all'applicazione anche alla somministrazione di servizi, se le modalità di erogazione del servizio possono essere tracciate, come avviene nel rapporto contrattuale che ci occupa⁷⁴.

⁷¹ In particolare si veda RUBINO-SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi*, cit., 734. In giurisprudenza questo orientamento è stato seguito fino al 1957 - si veda tra tutte Cass., sent. 23 aprile 1947, n. 610, in *Foro it.*, 1947, 726 - non tanto per fedeltà verso il principio nominalistico, quanto per un passo della Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile (n. 665) «che sembrava escludere dall'area applicativa dell'art. 1467 gli avvenimenti di portata generale, e riservare al legislatore, di volta in volta, la disciplina dell'influenza di tali fatti sui rapporti in corso» così IRTI, *Inflazione e rapporti tra privati*, in *Giustizia civ.*, 1981, 310.

⁷² Non è stato richiamato l'art. 1669 c.c. in quanto volto a disciplinare espressamente «rovina e difetti di cose immobili».

⁷³ Se, infatti, si ritenesse che sono gli utenti, in quanti titolari dei documenti informatici oggetto di archiviazione ed elaborazione, a fornire la materia per eseguire il servizio ben potrebbe concludersi che spetta al fornitore l'onere di comunicare eventuali difetti che possono impedire la corretta esecuzione del servizio, si pensi in questo senso all'ipotesi che i *files* dell'utente non siano conformi agli standard richiesti dal sistema informatico o contengano virus informatici che possono comprometterne la funzionalità. Ma, dato più rilevante, diretta conseguenza dell'accoglimento di questa tesi sarebbe il porre in capo all'utente il rischio di perimento o di deterioramento dei *files*, pur non avendo quest'ultimo alcun potere di controllo degli stessi. Per altro, deve osservarsi come nel contratto in esame il servizio offerto non sia volto a modificare una *res* dell'utente, bensì sia finalizzato a concedere l'accesso ad un'infrastruttura *hardware* e *software* per via telematica.

⁷⁴ Cfr. BOCCHINI, *Il contratto di somministrazione di servizi*, cit., 24. Per difformità deve intendersi qualsiasi discordanza dalle prescrizioni contrattuali, inquadrabile come risultante di un giudizio comparativo tra l'essere ed il dover essere, in conformità al contenuto del programma negoziale, mentre il vizio corrisponde alla mancanza di modalità, di qualità o di caratteristiche che pur essendo state appositamente pattuite devono intendersi inerenti al servizio secondo le regole dell'arte. Cfr. CERVALE, *Sub art. 1677*, in CENDON (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, Milano, 2008, 231.

Deve osservarsi come il mancato rispetto degli *standard* di sicurezza sopra richiamati, ove non espressamente rappresentato e garantito in contratto, non può essere considerato in sé un parametro di adempimento o non adempimento delle obbligazioni del *provider*: in tal caso, infatti, il cliente potrà assumere come riferimento il livello di diligenza professionale degli operatori del settore e le *best practices* da questi seguite così che solo lo scostamento del *provider* dallo *standard* ragionevolmente atteso potrà assumere rilevanza *ex art.* 1176 c.c.⁷⁵.

La lettura unitaria degli articoli 1667 e 1668 pare, tuttavia, delineare un'ipotesi di responsabilità oggettiva che nell'ordinamento trova una sua collocazione logica e funzionale⁷⁶. Infatti, l'appaltatore-somministrante oltre a farsi carico del rischio economico circa la corrispondenza tra il valore del servizio ed il suo prezzo, assume l'obbligazione di fornire un servizio senza difetti e vizi⁷⁷. Onere del somministrato è di denunciare entro sessanta giorni dalla rilevazione il vizio al somministrante⁷⁸.

Nel contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici non trova, invece, applicazione il termine prescrizione di due anni, previsto dal terzo comma dell'art. 1667, per l'azione del committente contro l'appaltatore in ragione della natura eccezionale della disposizione che prevede un termine ridotto data la durata circoscritta nel tempo del contratto di appalto⁷⁹.

⁷⁵ Cfr. RIZZO, *La responsabilità contrattuale nella gestione dei dati nel cloud computing*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2013, 110.

⁷⁶ Nell'art. 1668 c.c. si legge infatti che «*che il committente può chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore, oppure che il prezzo sia proporzionalmente diminuito salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore*». In altri termini l'appaltatore è, sempre e comunque, tenuto ad eliminare i vizi o a ridurre il prezzo del servizio e, se tali vizi sono stati causati da sua colpa, a risarcire l'appaltante per i danni subiti.

⁷⁷ Per una più completa disamina del tema si rinvia a MARINELLI, *Il ruolo della colpa nella disciplina dell'inesatto adempimento dell'appaltatore*, in PERLINGIERI - POLIDORI (a cura di), *Domenico Rubino*, Napoli, 2009, 983 ss.

⁷⁸ Il somministrato ha non solo l'onere di denuncia, ma anche l'onere probatorio di dimostrarne la tempestività ove intenda far valere l'azione regolata dall'art. 1667, non anche ove voglia far valere l'ordinaria responsabilità contrattuale del somministrante. La denuncia è a forma libera e non deve contenere una descrizione dettagliata di tutti i vizi o difformità, essendo sufficiente un contenuto che, seppur sinteticamente, ponga il *provider* nella condizione di apprezzare la situazione che gli viene sottoposta.

⁷⁹ Trova applicazione, per altro, l'art. 2948, n. 4, c.c. in forza del quale si prescrive in cinque anni tutto ciò che deve pagarsi ad anno o a termine più breve come, generalmente, avviene nelle prestazioni periodiche e continuative di servizi.

Gli articoli sopra richiamati possono essere utili anche a regolare le ipotesi di responsabilità del somministrato nei confronti di terzi, giacché se al somministrante viene riconosciuto un congruo spazio di autonomia questi dovrà rispondere di eventuali danni causati a terzi. Nel rapporto contrattuale qui in esame un'ipotesi concreta di danno ai terzi può essere rinvenuta con riferimento alla gestione dei dati degli stessi⁸⁰.

Risulta applicabile, altresì, l'art. 1670 c.c. in tema di responsabilità dei subcontraenti per difformità e vizi.

L'art. 1565 c.c. regola l'ipotesi di sospensione nella somministrazione del servizio in caso di inadempimento del somministrato⁸¹. Secondo consolidato orientamento dottrinale se l'inadempimento del somministrato è di lieve entità, il somministrante, ai sensi dell'art. 1565, potrà sospendere l'esecuzione del contratto concedendo un congruo preavviso, se, invece, l'inadempimento del somministrato non è di lieve entità, il somministrante, ai sensi dell'art. 1460, potrà sospendere immediatamente l'esecuzione⁸².

Il rimedio risulta, dunque, esperibile ogni qual volta non solo non è ammessa la risoluzione del contratto ancorata al duplice presupposto della notevole importanza dell'inadempimento e del venire meno della fiducia

⁸⁰ Attività che ai sensi dell'art. 15, D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, è considerata pericolosa ex art. 2050 c.c. Tale qualificazione importa l'inversione dell'onere della prova in capo al danneggiante sia in relazione al danno sia in relazione ai normali presupposti della responsabilità.

⁸¹ Cfr. COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 151; CAGNASSO *Eccezioni dilatorie e risoluzione per inadempimento nel contratto di somministrazione*, cit., 421. In giurisprudenza si veda Cass., sent. 5 novembre 1990, n. 10620, in *Mass. Giustizia civ.*, 1990, 11, ove si legge «la facoltà del somministrante di sospendere le proprie prestazioni, in caso di mancato pagamento dei corrispettivi alle previste scadenze, ai sensi degli art. 1460 e 1565 c.c., deve essere riconosciuta anche se il somministrato abbia chiesto ed ottenuto l'ammissione all'amministrazione controllata, e pure dopo il decreto che disponga questa ammissione, considerato che tale procedura, i cui effetti si producono a partire da detto decreto, priva il creditore della possibilità di esperire azioni esecutive individuali, ma gli toglie il menzionato strumento di autotutela, a preservazione dell'equilibrio sinallagmatico del rapporto, e che al somministrato, peraltro, anche dopo quel decreto, non è precluso il pagamento dei pregressi debiti, previa autorizzazione del giudice delegato, in quanto sia indirizzato al risanamento dell'impresa nell'interesse della massa». In senso contrario in dottrina si veda CORRADO, *La somministrazione*, cit., 348; DEVOTO, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, Padova, 1943, 324.

⁸² Cfr. CAGNASSO, *La somministrazione*, cit., 423; COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 149.

nell'esattezza dei successivi adempimenti, ma non è ammessa neppure la risoluzione del contratto in genere *ex art. 1453*⁸³ c.c.

4.3. Estinzione del contratto

Le disposizioni dettate dal legislatore in tema di somministrazione e di appalto richiamabili nel definire la disciplina dell'estinzione del contratto di servizi di *cloud computing* sono gli artt. 1569, 1660, 1671 e 1674, per quanto attiene al recesso, e gli artt. 1564, 1667 e 1668, per quanto concerne la risoluzione⁸⁴.

L'art. 1569 c.c. disciplina il recesso nei contratti di somministrazione privi di termine attribuendo a ciascuna delle parti il diritto di recedere dal contratto dandone preavviso nel termine pattuito o secondo gli usi, senza obbligo di corrispettivo a favore dell'altro contraente. La norma si riferisce esclusivamente alle ipotesi di somministrazioni a tempo indeterminato, nelle quali non è possibile stabilire la durata del vincolo contrattuale neanche *per relationem*, quale è, ad esempio, il contratto di somministrazione di servizi *cloud*.

L'atto di preavviso, propedeutico all'esercizio del diritto di recesso, non soggiace, secondo giurisprudenza⁸⁵ e dottrina⁸⁶, ad alcun obbligo di forma, di tal che può essere dato anche in forma orale o *per facta concludentia*⁸⁷. Per

⁸³ Cfr. COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 150; GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., 149; CORRADO, *La somministrazione*, cit., 347; CAGNASSO, *La somministrazione*, cit., 423.

⁸⁴ Non si reputa applicabile al contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici inquadrato nell'alveo della somministrazione di servizi l'art. 1672, in materia di impossibilità di esecuzione della prestazione, giacché è nella logica dei contratti di durata che qualsiasi scioglimento del contratto non abbia mai effetto retroattivo e gli artt. 1674 e 1675, con riferimento alla morte del somministrante. Cfr. BOCCHINI, *Il contratto di somministrazione di servizi*, cit., 27.

⁸⁵ Cfr. Cass., sent. 22 aprile 1977, n. 1496, in *Mass. Giustizia civ.*, 1977, 645.

⁸⁶ Cfr. GIANNATTASIO, *L'appalto*, op. cit., 227; COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 201; CAGNASSO, *La somministrazione*, op. cit., 427. In senso contrario BOCCHINI, *Sub art. 1569*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1548-1654*, cit., 263, il quale osserva che «può parlarsi di rilievo obbligatorio solo quando una norma prevede, in caso di mancato preavviso, una indennità sostitutiva del preavviso. Ma, a differenza dell'art. 2118 c.c., l'art. 1569 c.c. non prevede alcuna indennità sostitutiva di preavviso onde è possibile concludere, contrariamente all'opinione della dottrina e della giurisprudenza, che, per il codice civile, il preavviso di cui all'art. 1569 c.c. contiene un presupposto del recesso, quanto dire, una condizione di efficacia dello stesso.».

⁸⁷ Cfr. MESSINEO, *Contratto (diritto civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Milano, 1961, 841; IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985, *passim*.

altro, la mancanza del preavviso non incide sulla validità del recesso, ma obbliga il recedente al risarcimento del danno⁸⁸.

Non trova, dunque, applicazione l'art. 1671 c.c. che regola il recesso nell'appalto, riconoscendone il diritto al solo committente, fermo l'obbligo dello stesso di tenere indenne l'appaltatore delle spese sostenute per i lavori eseguiti ed il mancato guadagno⁸⁹.

Oltre al recesso di cui all'art. 1569 si ritiene possano trovare applicazione al contratto in esame le disposizioni di cui all'art. 1660, commi 2 e 3. Il secondo ed il terzo comma dell'art. 1660 prevedono due ipotesi di recesso legale penitenziale a favore, rispettivamente, del somministrante e del somministrato nell'ipotesi in cui le variazioni comportino il superamento, per oltre un sesto, del prezzo complessivo convenuto o siano di notevole entità.

L'art. 1564 c.c. disciplina la risoluzione del contratto di somministrazione legata ad un inadempimento di notevole importanza tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti. Tale regola vale sia con riferimento all'inadempimento del somministrante, sia con riferimento a quello del somministrato, garantendo, dunque, le posizioni di entrambe le parti⁹⁰.

La «notevole importanza dell'inadempimento» deve essere valutata tenendo presente la condotta del soggetto inadempiente e il pregiudizio da questa derivante, facendo riferimento al sinallagma contrattuale e, quindi, con riferimento alla prestazione dell'altra parte. Mentre con riferimento alla «menomazione della fiducia nei successivi adempimenti» questa deve essere letta, elasticamente e non arbitrariamente, come una conseguenza

⁸⁸ Cfr. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., 228; COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 202; CAGNASSO, *La somministrazione*, cit., 28; CORRADO, *La somministrazione*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1963, 176.

⁸⁹ BOCCHINI, *Il contratto di somministrazione di servizi*, cit., 24; TROIANO, *Osservazione a Cass. sez. II civ. 19 luglio 1983, n. 4980 (in tema di garanzia per i vizi nella vendita ed azione di esatto adempimento)*, in *Foro it.*, 1984, c. 186. In senso contrario RUBINO-SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi*, op. cit., 735; SCHETTINI, *Appalto continuativo di servizi: problemi in tema di recesso* (nota a Cass., sent. 13 luglio 1983, n. 4783), in *Giurisprudenza It.*, 1984, c. 960.

⁹⁰ In tal senso CAGNASSO, *Eccezioni dilatorie e risoluzione per inadempimento nel contratto di somministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, 431. La ratio della disposizione che richiede oltre al grave inadempimento il venir meno della fiducia è, secondo consolidata dottrina, da ricercare nel venir meno dei presupposti della tutela del rapporto, di tal che viene ritenuto operante l'articolo in commento anche nell'ipotesi di risoluzione mediante diffida ad adempiere e per clausola risolutiva espressa, cfr. COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 156 ss.

dell'inadempimento che fonda dubbi della controparte in ordine alla precisa e puntuale esecuzione delle obbligazioni successive⁹¹.

Ovviamente, in caso di denuncia di inadempienze reciproche, è necessario far luogo ad un giudizio di comparazione in ordine al comportamento di ambedue le parti per stabilire quale di esse, con riferimento ai rispettivi interessi ed alla oggettiva entità degli inadempimenti, si sia resa responsabile delle inottemperanze maggiormente rilevanti e causa del comportamento della controparte, nonché della conseguente alterazione del sinallagma⁹².

La dottrina è consolidata anche nel ritenere ammissibile accanto alla risoluzione del contratto di somministrazione, quella di singole coppie di prestazioni⁹³ atteso che lo stesso legislatore ammette la possibilità di adempimento parziale e di risoluzione parziale del contratto. In tale caso deve farsi riferimento alla disciplina generale contenuta negli artt. 1453 e ss. c.c..

Come già anticipato precedentemente, la risoluzione del contratto costituisce, altresì, un'ipotesi rimediale a vizi e difformità del servizio che ne rendono l'erogazione del tutto inadatta alla sua destinazione, ai sensi degli artt. 1667 e 1668 c.c. Deve osservarsi come il dettato normativo è considerato dalla dottrina troppo ristretto, dovendosi estendere l'ipotesi di responsabilità speciale per vizi a tre casi: a) se il servizio prestato è completamente diverso da quello pattuito; b) se il servizio manca di una qualità essenziale per la natura dello stesso; c) se il servizio manca di una qualità essenziale per il somministrato. In tutti questi casi, naturalmente, può essere chiesta la risoluzione del contratto *ex art.* 1668, comma 2, c.c.

Per stabilire se le insufficienze siano tali da dare luogo a risoluzione, la valutazione dovrà essere fatta, di regola, in base a criteri oggettivi, avendosi riguardo alla destinazione del servizio, salvo diverso utilizzo espressamente richiamato in sede contrattuale, che in caso contrario non potrà rilevare in alcun modo⁹⁴. In questo senso, deve osservarsi come l'eventuale perdita di determinati *standard* o il mancato rispetto delle relative prescrizioni, se richiamati nel contratto, potrebbero rilevare ai fini della risoluzione del contratto per vizi o difformità.

⁹¹ Così BOCCHINI, *Sub art. 1564 c.c.*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1548-1654*, cit., 228.

⁹² Cfr. Cass., sent. 1 giugno 2004, n. 10477, in *Mass. Giustizia civ.*, 2004, 6. Aggiunge la Suprema Corte che «Tale accertamento, fondato sulla valutazione dei fatti e delle prove, rientra nei poteri del giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato».

⁹³ Cfr. OPPO, *I contratti di durata*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1944, 37 ss.; CAGNASSO, *La somministrazione*, cit., 426.

⁹⁴ RUBINO, *Dell'appalto*, in SCIALOJA-BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, 1973, 288.

5. Qualificazione soggettiva del contratto di servizi di *cloud computing*

Autorevole dottrina ha evidenziato come a partire dalla seconda metà del XX secolo quasi tutte le nuove regole sui contratti non possano essere considerate regole sul contratto in genere, bensì regole su singoli tipi o classi di contratti⁹⁵. Ciò ha portato al ribaltamento dei rapporti fra disciplina generale del contratto e disciplina dei contratti speciali ed ancora ad un consequenziale offuscamento dell'unità del contratto in genere, in favore di una frammentazione interna. Tale processo è dovuto tanto ad elementi di natura soggettiva, legati alla qualifica socio-professionale dei soggetti contraenti, quanto ad elementi oggettivi, definiti, ad esempio, in ragione dello strumento impiegato per la conclusione, o dell'effettiva negoziazione fra le parti.

Tra i parametri soggettivi è concreta l'ipotesi che l'utente del contratto qui in esame possa accedere al rapporto in qualità di consumatore. L'art. 3, lett. a), D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 recante Codice del consumo, da qui in avanti anche Cod. cons., riprendendo la definizione di cui al 1469*bis* c.c.⁹⁶, qualifica il consumatore come «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta». È, quindi, evidente come ove il contratto venga concluso per soddisfare esigenze non legate ad attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, oltre alla disciplina codicistica sopra richiamata, troveranno applicazione anche molte delle disposizioni contenute nel Codice del consumo.

⁹⁵ Si veda ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA-ZATTI (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Milano, 2001, 84, il quale evidenzia come nella concezione tradizionale il rapporto fra parte generale e parte speciale dei contratti si basava su alcune premesse: a) unità contro pluralità o frammentazione, atteso che il contratto è una figura unitaria, mentre la disciplina si frammenta in relazione ai singoli contratti; b) regola contro eccezione, in quanto la disciplina generale ha valore di regola applicabile ad ogni contratto, mentre la disciplina del singolo tipo ha carattere eccezionale; c) centralità contro marginalità, ove le norme di parte generale costituiscono il cuore della disciplina del contratto, mentre le norme di parte speciale hanno una posizione di secondo piano. «Queste premesse sono oggi in crisi per effetto di processi sviluppatasi con particolare intensità nell'ultima fase del secolo XX».

⁹⁶ La definizione di consumatore viene inserita per la prima volta nel nostro ordinamento in seguito al recepimento della direttiva comunitaria 93/13/CE attuata con la legge 6 febbraio 1996 n. 52, la quale, aggiungendo il Capo XIV-*bis* al Titolo II del Libro IV del Codice civile, ha introdotto la disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore. In seguito, sempre su impulso del legislatore comunitario, si sono avuti numerosi interventi del legislatore nazionale che, pur prendendo avvio dalla definizione di cui all'art. 1469*bis* c.c., presentavano lievi modifiche lessicali che hanno fatto insorgere in dottrina e giurisprudenza accesi dibattiti.

In particolare ci si riferisce a: a) articoli di cui alla parte II, titolo II, rubricato Informazioni ai consumatori; b) artt. 33 - 37, in materia di clausole vessatorie; c) artt. 44 - 49, se il contratto è concluso fuori dai locali commerciali⁹⁷; d) artt. 50 - 61, se il contratto è concluso a distanza⁹⁸; e) artt. 62 - 67, recanti disposizioni comuni da applicare a tutti i contratti conclusi da un consumatore; f) articoli di cui alla parte V, rubricata Associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia.

La disciplina consumeristica di cui agli articoli della parte II, titolo II, in materia di obblighi informativi può trovare applicazione al contratto di servizi *cloud* anche nell'ipotesi in cui il rapporto sia stato concluso per soddisfare esigenze imprenditoriali, commerciali, artigianali o professionali, qualora il contratto sia stato concluso secondo gli schemi del commercio elettronico, di cui al D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70⁹⁹, c.d. decreto *ecommerce*.¹⁰⁰

Secondo il disposto del citato decreto si è nell'ambito del commercio elettronico ogni qual volta viene concluso un contratto mediante dichiarazioni negoziali inviate telematicamente ed in un contesto di contrattazione di massa¹⁰¹.

La *ratio* di questa limitazione oggettiva è da rinvenire nell'esigenza di tutelare maggiormente il contraente (soltanto) là dove sia effettivamente posto in una situazione di debolezza contrattuale dovuta all'assenza di un canale comunicativo individuale, come avviene nel caso dei contratti conclusi tramite accesso ad un sito *web*.

⁹⁷ Si permetta di rinviare a STAZI-MULA, *Il consumatore, la pubblicità e le pratiche commerciali scorrette*, in CASSANO - DI GIANDOMENICO (a cura di), *Il diritto dei consumatori*, Padova, 2010, 297.

⁹⁸ *Ibidem*, 306.

⁹⁹ D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, recante Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

¹⁰⁰ Cfr. PARISI, *Il commercio elettronico*, in SICA - ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2012, III edizione, 397; CLARIZIA, *Contratti e commercio elettronico*, in DURANTE - PAGALLO, *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, Torino, 2012, 361 ss.; GENTILI - BATTELLI, *I contratti di distribuzione del commercio elettronico*, in BOCCHINI - GAMBINO (a cura di), *I contratti di somministrazione e di distribuzione* Milano, 2011, 347 ss.; MINERVINI - BARTOLOMUCCI, *La tutela del consumatore telematico*, in VALENTINO (a cura di), *Manuale di Diritto dell'Informatica*, Napoli, 2011, 360.

¹⁰¹ Cfr. GAMBINO - STAZI, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Torino, 2012, 126 ss.; STAZI-MULA, *Il consumatore nei servizi di comunicazione elettronica, nell'e-commerce e nell'e-trading*, in CASSANO-DI GIANDOMENICO (a cura di), *Il diritto dei consumatori*, Padova, 2010, 992 ss.

Dal punto di vista soggettivo, peraltro, la normativa trova applicazione indifferentemente ai contratti posti in essere tra consumatore e professionista, ovvero tra professionisti¹⁰², con la differenza che nella prima fattispecie l'obbligo di inoltro delle informazioni è inderogabile, mentre nel secondo caso le parti possono stabilire diversamente.

Da quanto appena esposto emerge chiaramente come il quadro normativo nel quale si inserisce il contratto di servizi di *cloud computing* non si componga solo delle disposizioni codicistiche in materia di somministrazione, trovando applicazione anche numerosi articoli del Codice del consumo e del Decreto E-Commerce, in grado di accrescere maggiormente la fiducia degli utenti in questo nuovo servizio di fruizione delle tecnologie informatiche.

¹⁰² Trovano applicazione ai contratti tra professionisti, oltre al decreto *ecommerce*: a) la Circolare Ministero Industria, 1 giugno 2000, n. 3487/c recante «indicazioni sulla disciplina applicabile all'attività di vendita tramite mezzo elettronica denominata - commercio elettronico»; b) raccomandazione Comm. Europea 30 luglio 1997, n. 489 in materia di «operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici»; c) D.Lgs. 1 marzo 2002, n.39, recante «esercizio e vigilanza prudenziale sull'attività degli istituti di moneta elettronica».

FORME DI INVESTIMENTO *ONLINE* E CONTROLLO DELLE ASIMMETRIE INFORMATIVE

Dario Scarpa

Professore aggregato di Diritto Commerciale - Università Milano-Bicocca

L'informazione ha la caratteristica, una volta prodotta, di essere acquisibile, in linea di principio, da qualsiasi soggetto diverso dal produttore originario, ad un costo inferiore rispetto a quello sostenuto da quest'ultimo. In altri termini, si osserva che l'attività di produzione dell'informazione dà luogo in tal caso ad una esternalità positiva. L'informazione va dunque considerata a pieno titolo come una variabile fondamentale nella determinazione dell'andamento dei mercati finanziari.

The information has the characteristic, once produced, to be acquirable from any party other than the original producer, at a lower cost compared to that supported by the latter. In other words, it is observed that the activity of production of information in this case gives rise to a positive externality. The information must therefore be fully considered as a key variable in determining the financial markets.

Sommario:

1. *Voluntary disclosure* e trasparenza informativa degli enti societari che richiedono forme di investimento: eterogeneità delle fonti di flussi informativi e ruolo del *crowdfunding*
2. Investimenti finanziari *on line* e ruolo dell'informazione a garanzia della tutela dei terzi e della trasparenza del mercato: adeguatezza dell'operazione di investimento e funzione della Consob
3. La rete e la diffusione di *soft* e *hard information*
4. Obblighi informativi verso l'esterno
5. Obblighi informativi nella filosofia di *full disclosure*

1. *Voluntary disclosure* e trasparenza informativa degli enti societari che richiedono forme di investimento: eterogeneità delle fonti di flussi informativi e ruolo del *crowdfunding*

Nella prospettiva di ricerca delle forme di investimento *online* e del connesso ruolo dei flussi informativi, va, da subito, evidenziato come l'informazione societaria, intesa quale insieme degli adempimenti informativi e dei comportamenti che l'ordinamento prescrive, è ormai assunta al rango di bene pubblico, considerato che, pur avendo *prima facie* ad oggetto affari privati di persone fisiche e giuridiche, tuttavia essa risulta trascendere l'interesse di tali soggetti, investendo inevitabilmente anche le scelte ed i comportamenti degli *stakeholders*, portatori anch'essi di interessi meritevoli di tutela, e del mercato in generale¹.

La giustificazione dell'intervento imperativo del legislatore a sostegno della trasparenza informativa² prende le mosse dalla affermazione della valenza pubblicistica attribuita al bene-informazione societaria e dalla constatazione circa la tendenziale inadeguatezza ed insufficienza delle informazioni fornite dalle società su base volontaria (*voluntary disclosure*), in assenza di una qualsivoglia regolazione delle dinamiche di *disclosure* a livello normativo³.

La misura dell'ampiezza della *voluntary disclosure* scaturisce da un'analisi costi-benefici che l'emittente effettua, in quanto la produzione e diffusione di informazione innegabilmente comporta dei costi per i soggetti interessati. In particolare, l'informazione assume la veste di costo indiretto allorché la si ponga in relazione al pericolo di perdita di competitività, riflesso eventuale di una politica societaria orientata verso la trasparenza informativa⁴.

¹ Si consiglia la lettura di STIGLER, *The Economics of Information*, in 69 *Journ. Pol. Ec.*, 213 (1961); HIRSCHLEIFE, *Where We Are in the Theory of Information?* in 63 (2) *Amer. Ec. Rev.*, 31 (1973); HIRSCHCEIFER - RILEY, *The Analytics of Uncertainty and Information. An Expository Survey*, in 17 *Journ. Ec. Liter.*, 1375 (1979).

² Che si sostanzia nell'imposizione di un regime di *mandatory disclosure* o informativa obbligatoria.

³ BONAVERA, *Rapporto tra amministratori e società: parasubordinazione e rito applicabile* (nota a Cass. 7 marzo 1996, n. 1793), in *Le Società*, 7/1996, 797; BORGIOLO, *Rassegna di diritto societario (1977-1980) - Amministratori*, in *Riv. soc.*, 1984, 1245.

⁴ Cfr. COVELLI M.R., *L'organo amministrativo della s.p.a. nella proposta di V Direttiva CEE* (intervento alla tavola rotonda su "La proposta di V Direttiva CEE", organizzata dalla rivista "Le Società"), in *Le Società*, 2/1985, 124; CUPIDO, *Delibera del c.d.a. adottata col voto favorevole di uno solo degli amministratori*, in *Le Società - Casi e questioni*, 1990, Caso 296.

La ricerca di modalità organizzative dei mercati diverse dalle borse, con finalità di *crowdfunding*⁵, e dei cd. *mercati privati di strumenti finanziari* richiede una disciplina *ad hoc* che sia in grado, da un lato, di chiarire l'applicazione del diritto dei mercati finanziari a questo settore e, dall'altro, di superare il *trade-off* tra benefici di una distribuzione capillare degli strumenti finanziari, quale il *web* consente, e i costi di protezione degli investitori sollecitati. Il *crowdfunding* non viene regolato come fenomeno applicabile agli emittenti in genere, ma, all'opposto, viene prevista una normativa specifica e organica riferita alle *start-up* innovative, attraverso regole e modalità di finanziamento in grado di sfruttare le potenzialità della rete telematica.

L'informazione ha la caratteristica, una volta prodotta, di essere acquisibile, in linea di principio, da qualsiasi soggetto diverso dal produttore originario, ad un costo inferiore rispetto a quello sostenuto da quest'ultimo. In altri termini, si osserva che l'attività di produzione dell'informazione dà luogo in tal caso ad una esternalità positiva. Secondo la teoria dell'esternalità, quando i benefici di una determinata attività non ricadono interamente sul soggetto che li ha generati, la quantità di risorse che viene destinata alla predetta attività è inferiore alla quantità ottima dal punto di vista sociale.

Nella disamina dei possibili investimenti che per via telematica le società aperte possono richiedere al mercato dei terzi, constatata la presenza di tali esternalità, è opportuno indurre le società a destinare alla *disclosure* una quantità ottima di risorse solo qualora siano assicurati dei meccanismi in grado di internalizzare le esternalità, meccanismi, cioè, in grado di far ricadere sul soggetto che le ha prodotte i benefici da esse derivanti. Il dato normativo dovrebbe muoversi in questa direzione, attesa la asserita presenza di esternalità che non favoriscono chi diffonde informazioni⁶.

⁵ Il *crowdfunding* (*crowd*, folla e *funding*, finanziamento) o *finanziamento collettivo*, è un processo collaborativo di un gruppo di persone che utilizza il proprio denaro in comune per sostenere gli sforzi di persone e organizzazioni. È una pratica di micro-finanziamento dal basso che mobilita persone e risorse. Il termine trae la propria origine dal *crowdsourcing*, processo di sviluppo collettivo di un prodotto. Il *crowdfunding* si può riferire a iniziative di qualsiasi genere, dall'aiuto in occasione di tragedie umanitarie al sostegno all'arte e ai beni culturali, al giornalismo partecipativo, fino all'imprenditoria innovativa e alla ricerca scientifica. Il *crowdfunding* è spesso utilizzato per promuovere l'innovazione e il cambiamento sociale, abbattendo le barriere tradizionali dell'investimento finanziario. Negli ultimi anni, sempre più spesso è stato invocato come una sorta di panacea per tutti i mali e un'ancora di salvezza per le economie colpite dalla crisi finanziaria.

⁶ In arg. GRIPPO, *Alcune riflessioni sulla collegialità del Consiglio di amministrazione di società per azioni*, in *Giur. it.*, 1975, I, 71; GUIDOTTI, *Amministratore di fatto e negotiorum*

L'informazione va dunque considerata a pieno titolo come una variabile fondamentale nella determinazione dell'andamento dei mercati finanziari. Assumono rilevanza cruciale il contenuto e la modalità di circolazione dei flussi dell'informazione finanziaria. Al problema dell'incertezza si accompagna infatti la generale eterogeneità informativa che caratterizza gli operatori, a seconda dei rispettivi gradi di competenza specifica, di vicinanza alle fonti delle informazioni e di capacità di raccolta e analisi⁷.

L'eterogeneità informativa tra gli operatori produce sui mercati effetti rilevanti, che sono particolarmente evidenti nei rapporti bilaterali. Una situazione tipica è quella della presenza di asimmetria informativa, che si verifica quando un operatore è in possesso di informazioni di cui non dispone la sua controparte⁸.

L'asimmetria informativa non solo danneggia singoli operatori e investitori *online* meno informati, ma concorre anche a indebolire l'efficienza del mercato finanziario, minacciando, al limite, la sua stessa esistenza. In un quadro di scarsa omogeneità informativa, se gli investitori non sono in grado di valutare correttamente il grado di rischio dei diversi strumenti, privilegiano progetti rischiosi; altri progetti, meno rischiosi, saranno così privi di adeguati finanziamenti⁹.

gestio, in *Giur. it.*, 4/2000, 770; JAEGER, *Dell'obbligo degli amministratori di dichiarare alla CONSOB le proprie partecipazioni*, in *Giur. comm.*, 1985, I, 635; LO CASCIO, *La responsabilità dell'amministratore di fatto di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 189.

⁷ Si veda MACRÌ G., *A proposito di rapporto amministratori-società: la c.d. parasubordinazione* (nota a Cass. 14 dicembre 1994, n. 10680), in *Le Società*, 5/1995, 635; MANFEROCE, *La proposta di V Direttiva CEE* (tavola rotonda organizzata dalla rivista "Le Società", intervento), in *Le Società*, 2/1985, 166; MARZIALE, *La proposta di V Direttiva CEE sull'armonizzazione del diritto delle società: il fondamento giuridico e l'impatto sull'ordinamento italiano* (intervento alla tavola rotonda su "La proposta di V Direttiva CEE", organizzata dalla rivista "Le Società"), in *Le Società*, 2/1985, 121; MENGHI, *La cauzione degli amministratori dopo l'abrogazione dell'art. 2387, Codice civile*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 597.

⁸ CHIOMENTI, *Il principio della collegialità dell'amministrazione pluripersonale nella società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, I, 319; COLAVOLPE, *Condizioni per il cumulo dei rapporti di amministrazione e di lavoro dipendente* (nota a Cass. 12 gennaio 2001, n. 329), in *Le Società*, 6/2002, 690; COLLIA, *Natura del rapporto tra amministratore delegato e società* (nota a Trib. Bologna 4 luglio 2002), in *Le Società*, 2003, 1140.

⁹ Volendo definire, sotto l'aspetto economico aziendale, l'iniziativa economica, si può affermare che quando si pongono insieme, in modo organizzato, risorse e competenze, al fine di ottenere un predeterminato prodotto finale, in un periodo di tempo altrettanto definito e programmato, in realtà si dà luogo ad un *progetto*. Quando si parla di progetti, nei quali identificare gli specifici affari, si fa riferimento a progetti che abbiano un intento lucrativo da perseguire, che abbiano quali committenti soggetti esterni all'impresa, che conducano alla realizzazione di prodotti da cedere a terzi, non, invece, progetti che hanno un'utilità esclusivamente interna alla stessa impresa. Il campo di applicazione elettivo delle nuove

Si assisterà quindi a una distorsione delle condizioni di efficienza allocativa del mercato, con il progressivo rarefarsi delle possibilità di finanziamento. Si pone quindi il problema di introdurre forme di regolamentazione dei processi di formazione, diffusione e utilizzo dell'informazione anche telematici, volte a garantire le condizioni necessarie per l'efficienza dei mercati finanziari¹⁰.

L'allargamento della base di informazioni disponibili al mercato costituisce uno degli strumenti da privilegiare per ridurre il grado di incertezza e per agevolare il processo di allocazione ottimale delle risorse finanziarie. L'obiettivo di pervenire a un mercato efficiente sotto il profilo informativo può essere raggiunto con la puntuale individuazione e la conseguente regolamentazione di tutte le situazioni particolari in cui alcuni soggetti siano, anche solo potenzialmente, in grado di sfruttare la propria posizione per trarre profitto da situazioni di asimmetria informativa. Si deve

norme si ritrova in imprese che per loro natura già si ritrovano ad avere strutture organizzate per progetti o in ogni altra impresa che in via temporanea, sotto spinte di varia natura, ma in particolare legate alla necessità di migliorare e di potenziare la posizione competitiva sul mercato, intraprende progetti, magari sperimentali. La riuscita del progetto potrà anche indurre a creare nuove aree strategiche, a invadere nuovi mercati, a dar luogo a combinazioni durature con altre imprese, attraverso combinazioni e strutture di carattere stabile. Esistono imprese che per caratteristiche intrinseche si presentano elettivi campi di applicazione, in quanto usualmente organizzate per progetti, quali quelle di ingegneria, quella edile, quella di sviluppo software etc. In dette imprese, accanto ad una struttura di base di carattere permanente organizzata per funzioni, si ritrovano strutture che nel tempo variamente si modellano, si modificano e si ricompongono sulla base appunto di progetti a ciclo limitato nel tempo, in corrispondenza a specifiche e diversificate esigenze della clientela. La presenza di progetti può rinvenirsi anche in altre imprese, la cui organizzazione non è per sua natura strutturata su di essi, ma nelle quali le occasioni di intraprenderne possono essere varie. E' l'esigenza di una continua innovazione che spinge a creare progetti: per sviluppare nuovi prodotti, per sperimentare nuovi mercati ed entrare in nuove aree economiche. Quando il segmento patrimoniale oggetto di destinazione è impiegato per la realizzazione di una attività con contenuto innovativo risulta utile il ricorso a forme organizzative c.d. *adhocratica*. Le strutture *adhocratiche* sono usate da imprese che presentano progetti ad alto contenuto innovativo nei confronti della clientela (*adhocrazia* operativa) o verso se stesse (*adhocrazia* amministrativa). In tema si veda MINTZBERG, *Structure in Fives. Designing Effective Organizations*. Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1983.

¹⁰ ROSSI, *Le regole di "corporate governance" sono in grado di incidere sul comportamento degli amministratori?*, in *Riv. soc.*, 1/2001, 6; ABADESSA, *La nuova riforma del diritto societario secondo il testo unificato dei progetti di legge per la tutela del risparmio*, in Atti del Convegno di Alba del 20 novembre 2004, "La tutela del risparmio: l'efficienza del sistema", in *Le Società*, 3/2005, 280.

procedere, di guisa, prevedendo nei confronti di questi soggetti da un lato obblighi di trasparenza, dall'altro controlli sui comportamenti¹¹.

Occorre distinguere le informazioni endogene, che derivano, per così dire, automaticamente dall'attività propria dei singoli soggetti, da quelle che sono invece il risultato di elaborazioni e di specifiche ricerche. Bisogna considerare che l'organizzazione di un processo di analisi e di produzione di nuovi flussi informativi da parte di singoli soggetti ha senso se è strettamente collegata alla possibilità di una fruizione esclusiva, o quantomeno prioritaria, da parte degli stessi soggetti¹².

Come esempio utile ai fini della presente indagine, la regolamentazione del fenomeno dei gruppi¹³ si presenta come una funzione complessa che deve puntare a favorire la compatibilità degli elementi di efficienza connessi alla forma organizzativa di gruppo con gli obiettivi di trasparenza e di tutela degli azionisti. Il gruppo non è regolamentato in maniera organica, ma con riferimento a specifici aspetti e con criteri non sempre omogenei per quanto attiene, per esempio, alla nozione di controllo¹⁴.

¹¹ Cfr. DOMENICHINI, *Amministratori di s.p.a. e azione di responsabilità* (tavola rotonda organizzata dalla rivista "Le Società" su "Responsabilità di amministratori e sindaci", intervento), in *Le Società*, 5/1993, 612; DOMENICHINI, *Responsabilità civile degli amministratori ex art. 146 L.F.: gli amministratori di fatto* (commento a Trib. Milano, Sez. II Civ., 21 dicembre 1992), in *Società e diritto*, 1993, 355; EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 617; ENQUIRES, *Azione sociale di responsabilità, abuso della minoranza e divieto di voto in capo ai soci amministratori*, in *Giur. comm.*, 1994, II, 144.

¹² PACCHI PESUCCI, *Gli amministratori di società per azioni nella prassi statutaria*, in *Riv. soc.*, 1974, 606; PEDERZINI, *Investitura rappresentativa dell'amministratore delegato di società e opponibilità delle relative limitazioni ai sensi dell'art. 2384, Codice civile*, in *Giur. comm.*, 1990, I, 613; PERASSI, *Sull'opponibilità ai terzi della dissociazione fra potere deliberativo e rappresentativo nella amministrazione di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 1988, II, 99.

¹³ In tema si veda SPADA, *Gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 221 ss.; GALGANO, *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. e impr.*, 1990, 401 ss.; ID., *Il punto sulla giurisprudenza in materia di gruppi di società*, in *Le Società*, 1991, 897 ss.; JAEGER, *Considerazioni "parasistematiche" sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 476 ss.; D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da "i battelli del Reno" alle "navi vichinghe"*, in *Foro it.*, 1988, V, 48 ss.; MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986, 753 ss.; GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 841 ss.; BIN, *Gruppi di società e diritto commerciale*, in *Contr. e impr.*, 1990, 507 ss.; SALAFIA, *Patologia dei gruppi di società*, in *Le Società*, 1995, 1141 ss.

¹⁴ Attualmente, nella regolamentazione del mercato mobiliare, il gruppo è considerato con riferimento alla presentazione dell'informativa contabile, all'operatività dei gruppi sul mercato, ai passaggi del controllo, all'informativa sulle partecipazioni rilevanti, alla determinazione dei criteri di ammissione a quotazione.

Tale regolamentazione normativa è mirata a favorire la trasparenza di questa forma di organizzazione di attività economiche che, per sua natura, presenta elementi di scarsa chiarezza sistematica.

La scarsa trasparenza strutturale dei gruppi presenta caratteristiche fisiologiche, connesse al funzionamento di meccanismi allocativi che si svolgono all'interno del gruppo¹⁵. Sono però possibili anche manifestazioni di tipo patologico, dovute alla possibilità di comportamenti opportunistici derivanti dalle rilevanti asimmetrie informative, difficilmente sanzionabili con i tradizionali strumenti del mercato¹⁶.

La necessità di garantire adeguate condizioni di trasparenza è resa ancor più stringente dalla debolezza strutturale del meccanismo allocativo della proprietà e del controllo nel mercato italiano. Le funzioni che nei sistemi anglosassoni sono svolte dal mercato del *corporate control* e nei sistemi continentali dalle istituzioni finanziarie, nel sistema giuridico italiano hanno scarso sviluppo e rendono meno efficaci i meccanismi di formazione, diffusione e selezione delle informazioni che sono alla base di un efficiente mercato azionario¹⁷.

Il processo informativo interno risulta finalizzato alla corretta gestione dell'impresa, il processo informativo esterno tende verso l'esigenza di informazione e di controllo dei soci di minoranza, dei terzi e del mercato e

¹⁵ Cfr. in arg. SPADA, *L'amministrazione delle società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 233 ss.; FERRO-LUZZI, MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 419 ss.; VELLA, *Le società holding*, Milano, 1993; LAMANDINI, *Il "controllo": nozione e tipo nella legislazione economica*, Milano, 1995; SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e diritto delle società*, Roma, 1989; ID., *Prospettive della tutela dei soci esterni nei gruppi di società*, in *Riv. dir. soc.*, 1995, 420 ss.; LIBONATI, *Responsabilità della capogruppo per impegni assunti dalle società controllate*, in *Quaderni Giur. impr.*, 1991, n. III, 5 ss.; BONELLI, *Il conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 219 ss. Per l'aspetto economico (aggiornato) del fenomeno gruppi cfr. anche BARCA, *Il gruppo nei modelli delle imprese: profili teorici, verifiche empiriche e spunti per una riforma*, in *I gruppi di società*, I, 83 ss.

¹⁶ In tema ROSSI-STABILINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, 4 ss.; va notato come la società si muova su due piani, o meglio, su due diversi mercati, vale a dire quello merceologico (i beni e i servizi prodotti) e quello finanziario.

¹⁷ Per una visione comparatistica si veda KRONMAN, *Mistake, Duty of Disclosure, Information and Law of Contracts*, in *Journal of Leg. Stud.*, 1978, 4; BEALES-CRASWELL, SALOP, *The Efficient Regulation of Consumer Information*, in *Journal of Law & Econ.*, 1981, 491; SCHULZE-EBERS-GRIGOLEIT, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen 2003, con recensione di TROIANO in *Riv. dir. civ.*, 2005, 94; HERTEUX, *Les informations des actionnaires et des épargnants. Etude comparative*, Paris, 1961; BALATE - STUYCK, *Pratiques du commerce. Informations et protection du consommateur*, Bruxelles, 1988.

verso la corretta ricostruzione del patrimonio della società e dei singoli rapporti posti in essere nell'esercizio dell'attività sociale¹⁸.

Atteso che secondo la teoria dell'agenzia l'amministratore è l'agente e il socio è il principale, l'agente, se vuole ridurre la propria responsabilità, deve portare a conoscenza dei soci le decisioni in ordine all'affare sociale prima di porlo in essere¹⁹.

2. Investimenti finanziari *on line* e ruolo dell'informazione a garanzia della tutela dei terzi e della trasparenza del mercato: adeguatezza dell'operazione di investimento e funzione della Consob

Occorre, ora, indagare le concrete modalità di esercizio dei possibili investimento e le adeguare forme di esteriorizzazione dei dati sensibili. Per quanto concerne l'informativa ai clienti, la prestazione *online* dei servizi di investimento non esonera l'intermediario dagli obblighi derivanti dalla vigente normativa. In particolare l'art 21 del TUIF dispone che l'intermediario deve «*acquire le informazioni necessarie dai clienti e fare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati*».

L'intermediario dovrà pertanto dotarsi di procedure e tecniche operative che gli permettano di fornire all'investitore i dati relativi all'investimento. Il regolamento 11522 prevede più specificatamente l'obbligo dell'intermediario di consegnare il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari (anche con riferimento ai servizi accessori a questi collegati), obbligo che potrà essere adempiuto anche mediante sito Internet c.d. informativa finanziaria. Inoltre una comunicazione Consob di Aprile, rileva come in un contesto che richiede agli intermediari di operare in modo che i clienti siano sempre adeguatamente informati, e in ragione del generale dovere di "comportarsi con correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti", essi devono altresì far presente agli investitori, prima dell'avvio della prestazione del servizio, che la modalità di esecuzione *on line* può indurre il risparmiatore a moltiplicare le transazioni operando in una prospettiva "*intraday*"; per cui vanno segnalati i rischi e i

¹⁸ In tema ZAMPERETTI, *Il "nuovo" conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in *Le Società*, 9/2005, 1085.

¹⁹ PAVONE LA ROSA, *La disciplina della grande impresa tra disciplina della struttura societaria e disciplina del mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 137; ID., *Proposte di disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2000, 3-4, 577; PISONI-PUDDU, *Società quotate in borsa: i principali indicatori*, in *Impresa*, 2002, 1526.

costi in termini di commissioni (queste ultime anche se di ammontare unitariamente minore)²⁰.

Obbligo quest'ultimo che non si esaurisce alla prima operazione di *trading* ma è ricorrente. Oltre a informare gli investitori, gli intermediari devono acquisire da essi le informazioni necessarie. Un intermediario deve valutare l'adeguatezza delle singole operazioni disposte dagli investitori ai sensi dell'art 29 del reg. 11522/1998, "rispetto al profilo dell'investitore", ossia predisponendo a tal fine procedure predefinite che tengano conto delle caratteristiche oggettive dell'operazione considerata in rapporto al profilo soggettivo del cliente. In tal senso andranno acquisite informazioni dall'investitore con riferimento alla sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, la sua propensione al rischio²¹.

La disciplina vigente non precisando le modalità di acquisizione delle informazioni dagli investitori, lascia agli operatori ampia discrezionalità. Nel panorama delineato una posizione di rilievo ricopre la Consob che, oltre ad essere autorità designata per l'esercizio dell'attività di vigilanza per i profili di sua competenza, diventa il catalizzatore delle nuove energie che mercato e investitori vanno via via generando. Il suo ruolo in una prospettiva che veda andare di pari passo l'innovazione tecnologica e l'evoluzione giuridica si connota di caratteri significativi e allo stesso tempo complessi²².

In negativo può senza dubbio dirsi che l'Autorità non dovrebbe ostacolare l'utilizzo della rete Internet da parte degli operatori (intermediari, emittenti, risparmiatori, mercati, fornitori di ricerca economica) costituendo esso mezzo propulsivo dello sviluppo del mercato; in positivo e in esecuzione delle sue generali funzioni, dovrà impiegare la rete quale

²⁰ Vedi GALLI, *Contraffazione web e luxury goods: le sfide del commercio elettronico al sistema della moda*, in *Dir. ind.*, 2013, 342; SAMMARCO, Vincenti, *Linee di evoluzione del commercio elettronico - Verso la smarteconomy*, in *Disciplina comm.*, 2012, 57; FICOLA, SANTACROCE, *Esteso agli operatori comunitari il regime speciale dei servizi di «e-commerce»*, in *Corr. trib.*, 2012, 1145; DI NANNI, *Gli strumenti di pagamento nel commercio elettronico: verso la scomparsa della moneta cartacea?*, in *Dir. e giur.*, 2007, 499; BUFFA, *Profili penali del commercio elettronico*, Milano, 2006; GUARDA, *Sicurezza dei pagamenti e privacy nell'e-commerce*, in *Dir. Internet*, 2005, 91.

²¹ PASQUINO, *Commercio elettronico*, in MARTUCCELLI, PESCATORE (a cura di), *Diritto civile, Dizionari di Diritto Privato promossi da Natalino Irti*, Milano, 2011, 277.

²² V. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997; NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, in *Informatica e dir.*, 2010, 7; AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, 301; FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, Napoli, 2005; TARRICO, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, in *Nuova giur. civ.*, 2003, II, 201; FERRI, *Il ruolo della volontà negoziale ed il documento informatico*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 281.

strumento di vigilanza e di comunicazione con il mercato favorendo la qualità dell'informazione nella rete e, prevenendo (e quando occorre reprimendo) gli utilizzi fraudolenti della stessa, educare gli investitori all'utilizzo consapevole dell'informazione²³.

L'azione della Consob, al fine di monitorare le attività su Internet, risulta tanto più efficace quanto più ad ampio spettro sono le informazioni di cui essa venga in possesso. Sarebbe auspicabile, pertanto, la costituzione di un patrimonio informativo di vigilanza, disponibile su Internet al mercato e a tutti i potenziali utilizzatori, condiviso a livello di organismi sopranazionali di nuova costituzione, posti sullo stesso piano di organizzazioni esistenti (IOSCO o UE) con forti capacità di indirizzo e coordinamento di tipo normativo e operativo. In quest'ottica è auspicabile l'elaborazione da parte della Consob di regole aggiuntive, specifiche e generiche relative alla diffusione di informazioni e al controllo sulla loro osservanza. Un mercato efficiente presuppone una capillare diffusione di informazioni tra tutti i partecipanti al mercato al fine di evitare asimmetrie informative tali da impedire il funzionamento del mercato globale²⁴.

L'investitore, poi, solo se in possesso di tutte le informazioni disponibili sarà in grado di valutare correttamente le sue scelte, la c.d. attitudine selettiva dell'investitore. Con le comunicazioni della Consob che sono state analizzate in questo scritto, sono state fissate in linea generale quantità, qualità e modalità dell'informazione da rendere al mercato e agli investitori al fine di garantire il rispetto di uno standard. Sono tuttavia "comunicazioni", manifestazione dell'attività di "giurisprudenza creativa" dell'autorità di vigilanza: precetti non vincolanti ma che impegnano i soggetti vigilati in quanto costituiscono le linee guida su determinati aspetti dell'attività di vigilanza. In tal modo si orientano e si promuovono i risultati desiderati attraverso un'azione persuasiva, secondo le tecniche della *moral suasion*.

In linea generale l'utilizzo di Internet nella finanza non presenta alcuna limitazione giuridica, ma la Consob potrà intervenire con adattamenti coerenti alle specificità dello strumento, ossia cercando di coniugare il carattere di "libertà" rappresentato da Internet con l'esigenza di tutela degli interessi generali degli investitori; regole flessibili che si adattino ad ogni contesto operativo. Sono state delineate, a seguito di studi di ricerca, alcune ipotesi di intervento della Consob con riferimento all'attività di

²³ Cfr., ARANGUENA, *Sospensione di un account su ebay: il contratto telematico B2B tra accettazione point and click e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico*, in *Dir. inform. e informatica*, 2012, 1174.

²⁴ Vedi ROPPO, *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, in *Eur. Rev. Contract Law*, 2009, 304 ss.

collocamento e offerta fuori sede: a) previsione di un archivio dei prospetti elettronici; b) definizione dei criteri di esecuzione in Italia delle offerte transfrontaliere; c) ricezione dati e segnalazioni di vigilanza via Internet; d) partecipazione alle assemblee societarie via Internet. In definitiva essendo Internet un fenomeno transnazionale richiede un'ottica di vigilanza che adotti comportamenti e strategie coerenti²⁵.

Questi aspetti attengono alla trasparenza e al valore vitale che la circolazione delle informazioni riveste nell'ambito dei processi decisionali e della tutela dei vari interessi coinvolti nelle dinamiche aziendali. Si può dire che la funzione svolta dal controllo sulla gestione è in gran parte finalizzata proprio a garantire la trasparenza e la corretta e regolare circolazione delle informazioni. Il valore della regolare circolazione di informazioni attendibili è avvertito come un principio fondamentale da tutte le categorie di soggetti che hanno a che fare con l'impresa e soprattutto dagli investitori²⁶.

È appunto questo grande apprezzamento che i mercati finanziari mostrano verso le informazioni, che spinge a ritenere che la capacità dell'impresa di comunicare notizie attendibili circa la propria situazione ed evoluzione economica e patrimoniale, diventerà sempre più uno strumento di competitività (anche nella raccolta di risorse finanziarie): i mercati infatti, nel medio e lungo periodo, premiano le imprese che garantiscono un elevato livello di trasparenza informativa e che, quindi, vengono considerate soggetti credibili, ossia soggetti verso i quali esiste consenso²⁷.

È per questo che molte istituzioni o associazioni di categoria, sia in Italia che all'estero, hanno provveduto già da parecchio tempo a diffondere raccomandazioni o regolamenti concernenti gli obblighi informativi che le imprese devono rispettare e più in generale i controlli interni. In Italia gli enti che forse hanno più contribuito in questo senso sono state Consob e Borsa Italiana. Da parte della prima vanno innanzitutto segnalate la Raccomanda-

²⁵ Si veda PERLINGIERI, *L'informazione e il contratto*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, 367 ss.

²⁶ Cfr. LENER, *La diffusione delle informazioni "price sensitive" fra informazione societaria e informazione riservata*, in *Le Società*, 1999, 142 ss. in generale sul tema delle comunicazioni societarie ANNUNZIATA, *La nuova disciplina delle comunicazioni societarie al pubblico e alla Consob*, in *Le Società*, 1999, 520 ss.

²⁷ Cfr. MONTAGNANI, *"Il mercato chi è?": prime osservazioni sulla riforma del diritto (penale) societario, scritta dai vincitori*, in *Riv. soc.*, 2002, 1157, il quale osserva come le soluzioni prospettate in sede di riforma «... accentuino la micro-visione degli interessi coinvolti dalla gestione societaria, la correttezza della quale non è più valore autonomamente perseguito e tutelato, sottraendo ad ogni imbarazzante ingerenza organismi che, proprio per l'assenza di dialettica interna, di controllo esterno più hanno bisogno, e aggravando il mercato delle "rinunce" pilotate, cui l'autonomia del ruolo del p.m. poneva un qualche argine».

zione del 20 febbraio 1997 (in cui è stata particolarmente sottolineata l'importanza della trasparenza e dell'informazione societaria) e il Regolamento del 6 aprile 2000; mentre da parte della seconda gli interventi più significativi sono state le "Linee guida per la redazione della relazione in materia di corporate governance" e, ovviamente, il già più volte citato Codice di Autodisciplina delle società quotate²⁸.

La trasparenza diventa valore di fondo della *corporate governance* promuovendo la necessità che le imprese si dotino di strutture idonee a garantire la circolazione delle informazioni²⁹. In conclusione, ciò che resta da aggiungere è che i due aspetti che rilevano maggiormente in proposito sono, da un lato la qualità dell'informazione fornita (vale a dire il suo grado di attendibilità e veridicità e la sua verificabilità) e dall'altro la frequenza con cui le informazioni vengono rese pubbliche³⁰.

3. La rete e la diffusione di *soft* e *hard information*

In funzione delle informazioni da fornire ai fini di adeguati investimenti da effettuarsi online, nelle società quotate si passa dalla *hard information*, quale mera comunicazione solida dei numeri, alla *soft information*, vale a dire informazione non verificabile, priva di un riscontro fattuale.

²⁸ Cfr. MORELLI, *Causalità tra comportamento degli amministratori e danno arrecato* (nota a Trib. Trieste 12 dicembre 1992), in *Le Società*, 6/1993, 807; PATRICELLI, *A proposito di amministratore di fatto* (nota a Cass. civ. 12 gennaio 1984, n. 234), in *Giust. civ.*, 1984, I, 3108; PELLECCIA, *Responsabilità solidale di amministratori e sindaci di società per azioni: riflessioni a margine di un revirement giurisprudenziale*, in *Contr. e impr.*, 1993, 436; PETRAZZINI, *Note in tema di società fiduciaria e responsabilità degli amministratori*, in *Giur. it.*, 6/2000, 1234; PICCINI, *Evoluzione delle idee sulla amministrazione della società. Le responsabilità degli amministratori e dei principali azionisti di una società*, in *Rass. forense*, 1981, 461.

²⁹ Il consenso nasce infatti da una conoscenza diffusa da parte della comunità economica di dati e informazioni che consentono di valutare la capacità dell'impresa di generare profitto; non è possibile fornire una valutazione su ciò che non si conosce e qualsiasi tentativo di farlo porterebbe a risultati distorti. In definitiva, l'informazione corretta e trasparente è l'elemento che consente a tutti i soggetti di effettuare scelte consapevoli di investimento, basate sul confronto tra le varie proposte e costituisce il fondamento di un sistema concorrenziale efficiente, favorendo l'incontro tra domanda e offerta in COSTANZO- SANGUINETTI, *Il governo delle società in Italia e in Europa*, Milano, EGEA, 2003.

³⁰ Cfr. COSTI, *L'informazione societaria e i mercati regolamentati*, in *Le Società*, 1998, 879, il quale ivi afferma molto efficacemente "la trasparenza diventa un bene pubblico che l'ordinamento garantisce".

L'informazione societaria è concetto latamente diverso da quello di previsione, quale evoluzione insuscettiva di fornire dati ed elementi numerici concreti di raffronto e capace di rappresentare modifiche di scarsa importanza ed attendibilità³¹.

Per le società quotate la *soft information* acquisisce un ruolo determinante in quanto destinata a rappresentare, in tutto o in parte, all'esterno la situazione economico-finanziaria della società e, di guisa, influenzare le scelte degli investitori. I dati previsionali contenuti negli eventuali piani strategici di cui all'art. 2381, terzo comma, c.c. si collocano in un quadro di riferimento di studi di mercato e di *budget* per essere attentamente analizzati dagli *stakeholders*, al contrario, l'informazione di natura previsionale risulta priva di attualità³².

Il ruolo dell'informazione all'interno delle dinamiche sociali è connesso alla concentrazione proprietaria, alla nascita di un mercato per il controllo del capitale e al conseguente fenomeno della contendibilità del controllo. La contendibilità del controllo e il contesto competitivo che essa genera hanno importanti riflessi sulle *performance* dell'impresa. Il controllo sul capitale infatti si ottiene e si perde sul mercato, ed è il mercato appunto a determinare anche il successo o il crollo di una società.

La non contendibilità, ovvero la scarsa apertura all'apporto di capitale di rischio da parte di terzi, costituisce un freno alla crescita dimensionale, ma la crescita dimensionale è indispensabile al raggiungimento di economie di scala senza le quali l'economicità della gestione non è più garantita³³.

I possibili comportamenti scorretti degli amministratori (i c.d. *agent* secondo la teoria dell'agenzia), gli abusi a danno degli azionisti di minoranza, i conflitti tra azionisti di riferimento rappresentano ostacoli al corretto funzio-

³¹ Al riguardo si legga DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, 39 e GUIDANTONI, *La riforma societaria e i nuovi obblighi di informativa: le comunicazioni infrannuali*, in *Società*, 2004, 1352.

³² FAUCEGLIA, *Note in tema di rappresentanza nelle società per azioni* (nota a Cass. civ. 9 novembre 1983, n. 6621), in *Giur. comm.*, 1985, II, 482; ID., *Profili del potere degli amministratori in tema di aumento del capitale sociale* (nota a Trib. Palermo 11 ottobre 1983), in *Giur. merito*, 1985, 626; FERRARI, *Opponibilità ai terzi delle limitazioni al potere di rappresentanza* (nota a Cass. 8 novembre 2000, n. 14509), in *Le Società*, 4/3001, 418

³³ In tema JAEGER, *Dell'obbligo degli amministratori di dichiarare alla CONSOB le proprie partecipazioni*, in *Giur. comm.*, 1985, I, 635; LO CASCIO, *La responsabilità dell'amministratore di fatto di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 189; SALAFIA, *Durata dell'incarico amministrativo difforme dallo statuto* (nota a Trib. Milano 6 marzo 1986), in *Le Società*, 1986, 616 e ID., *L'amministrazione delle società di capitali*, in *Le Società*, 1998, 129; SANTINI, *Proposte per un'assicurazione "all risks" degli amministratori di società*, in *Giur. it.*, 1985, IV, 465.

namento degli organi societari e costituiscono intralci alla crescita economica della società³⁴.

Raggiunti certi livelli dimensionali, il reperimento di risorse non può più avvenire attraverso l'autofinanziamento o il ricorso al capitale di debito, perciò si impone che la società si rivolga al mercato per attirare i mezzi di cui necessita³⁵. Gli investitori decidono di acquistare azioni di una società quotata sulla base dei profitti futuri che da questa si aspettano di ottenere³⁶.

L'informazione costituisce nei confronti dei finanziatori una delle garanzie che gli imprenditori possono negoziare per riuscire ad ottenere crediti, evitando forme di ingerenza diretta nel controllo societario; viene a crearsi un evidente nesso di causalità tra esercizio trasparente dell'attività d'impresa ed acquisizione di finanziamenti. Le società quotate saranno incentivate a offrire informazioni che siano chiare e veritiere³⁷, avvalorate da certificazioni esterne che rafforzano la reputazione aziendale, avendo in cambio di potere minimizzare il costo e i tempi di erogazione del finanziamento.

La divulgazione di informazioni sui progetti che la società ha intenzione di portare a compimento consente di recuperare lo svantaggio nella ricerca dell'equilibrio finanziario migliore, riducendo le asimmetrie informative³⁸

³⁴ Cfr. PERRONE, *Informazione al mercato e tutele dell'investitore*, Giuffrè, Milano, 2003, 33; NOVAK - MC CABE, *Information Costs and the Role of the Independent Corporate Director*, in *Corp. Gov. Eur. Rev.*, 2003, 301; ONADO, *Mercati e intermediari finanziari-economia e regolamentazione*, Bologna, 2000, 14.

³⁵ Per un maggior approfondimento si legga BLANDINI, *Società quotate e società diffuse. Le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da PERLINGIERI, Napoli, 10 ss.; TONELLO, *Corporate governance e tutela del risparmio*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, XXXV, Padova, CEDAM, 2006, 81 ss.

³⁶ In argomento si veda COASE, *Impresa, mercato, diritto*, Bologna, 1995, 3 ss.; EASTERBROOK - FISCHER, *L'economia delle società per azioni*, Milano, 1996, 10 ss.

³⁷ In tema BOCCHINI, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Padova, 2001, 20.

³⁸ Con l'espressione asimmetria informativa si fa riferimento al fatto che le informazioni sono distribuite in modo e quantità diverse tra i vari soggetti che operano in un determinato contesto. La presenza di asimmetrie informative ostacola il raggiungimento di un ottimo sociale attraverso la libera contrattazione tra le parti. L'asimmetria informativa genera due problemi: l'azzardo morale (*moral hazard*) e la selezione avversa (*adverse selection*). L'azzardo morale si ha quando l'*agent* abusa della mancanza di informazioni del *principal*. Se il *principal* può disporre di informazioni dettagliate sul comportamento dell'*agent*, quest'ultimo farà attenzione a mettere in atto comportamenti scorretti per la paura di essere scoperto. Nel caso dell'azzardo morale, l'*agent* si lascia andare a comportamenti scorretti perché sa che il *principal* non può disporre di abbastanza informazioni per scoprire tali scorrettezze. La selezione avversa si ha quando il *principal*, nello scegliere l'*agent*, non può fare una scelta ottimale per-

per potenziali futuri finanziatori e creditori sociali di guisa che questi vengano indotti a richiedere forme di garanzie sempre minori³⁹.

Informazione e previsione sono concetti diversi essendo la previsione sganciabile da elementi numerici concreti e tesa a rappresentare evoluzioni di modesta attendibilità, dettate dalla finalità di giustificare al consiglio gli scarsi risultati della gestione fino a quel momento condotta.

L'atteggiamento degli organi delegati dovrà dunque conformarsi a prudenza, cercando di osservare e rappresentare la prospettiva dell'attività gestionale in termini di probabilità, vale a dire ancorare le previsioni sull'evoluzione gestionale a elementi radicati nella realtà.

Non a caso la norma circoscrive le previsioni degli organi delegati unicamente alla evoluzione prevedibile, a quegli sviluppi cioè che, secondo *l'id quod plerumque accidit* conseguono a un determinato complesso di

ché non dispone di abbastanza informazioni per valutare con precisione le capacità effettive di ogni candidato. La scelta che viene fatta non è ottimale perché esclude, da un lato la scelta peggiore, ma dall'altro anche quella migliore.

³⁹ MARSH suddivide la *soft information* in tre principali sottocategorie: proiezioni di guadagni futuri (*projections of future earnings*); valutazioni dei cespiti diverse dai valori di bilancio (*appraisals of assets*); giudizi sulla capacità e rispettabilità del management (*evaluations of management*). SCHNEIDER sottolinea il fatto che la *soft information* non è agevolmente definibile e che tra essa esistono molte categorie di informazioni che non esauriscono il genere, tra di esse egli ricorda: proiezioni e previsioni contenute nei piani e nei *budget* della società emittente (proiezioni di vendite, incidenza dei costi operativi in relazione al livello di fatturato, oneri finanziari previsti in relazione agli investimenti futuri, etc...); informazioni relative all'attività futura della compagnia in relazione al suo mercato, dati statistici sui suoi concorrenti (utili per valutare la quota e la forza di mercato della compagnia in esame); valutazioni riguardanti la competenza e l'integrità del *management*; stime sul valore dei beni patrimoniali differenti dai valori ufficiali di bilancio; asserzioni della dirigenza relative alle motivazioni che hanno portato il *management* a prendere determinate decisioni, come l'approvvigionamento di fattori produttivi da altro fornitore o l'interruzione della collaborazione con un consulente esterno, il tutto per fornire al lettore dell'informazione elementi di verifica oggettiva dei comportamenti aziendali. KRIPKE definisce la politica di trasparenza della SEC una *backward-oriented disclosure* cioè orientata al passato: in essa si trattano solo i fatti che sono solo la base ragionevole su cui effettuare le previsioni del futuro necessarie per determinare il dato di sintesi consistente nel valore della *security*. La conseguenza di tutto ciò significa la soppressione della chiave assoluta dell'informazione di ogni investitore potenziale di valori mobiliari che è rappresentata dalle proiezioni del *management*. Nel normale corso della gestione il *management* oltre a preparare *budget* e formulare proiezioni concernenti risultati economico-finanziari (come vendite, spese e profitti) spesso sviluppa o ha a disposizione molti altri tipi di informazioni prospettiche non riferite specificamente a risultati economico-finanziari ma riguardanti materie come: a) piani per i suoi prodotti, programmi di *marketing*, metodi di finanziamento del personale, strategie generali del *business*; b) piani di espansione, contrazione o ridirezione degli affari; c) piani di acquisizione di altre compagnie; d) informazioni sui beni patrimoniali esistenti che includono proiezioni ragionevoli sul reale valore di essi rispetto a quello iscritto nei libri contabili (*book value*).

circostanze di fatto, secondo un metodo che si fondi su elementi gravi, precisi e concordanti e non su astratte e generali considerazioni di natura economica. La norma sembra qui richiamare la proiezione dell'attività gestionale a un postulato intrinseco di razionalità⁴⁰.

Il tema in esame è di particolare delicatezza per le società quotate, in quanto la *soft information*⁴¹ è destinata a riversarsi, in tutto o in parte,

⁴⁰ ROVELLI, *Limiti alla delega di poteri amministrativi* (nota a Trib. Bologna 10 ottobre 1989 - decr.), in *Le Società*, 12/1989, 1319; SALAFIA, *Durata dell'incarico amministrativo difforme dallo statuto* (nota a Trib. Milano 6 marzo 1986), in *Le Società*, 6/1986, 616; ID., *L'amministrazione delle società di capitali*, in *Le Società*, 2/1998, 129; SANTINI, *Proposte per un'assicurazione "all risks" degli amministratori di società*, in *Giur. it.*, 1985, IV, 465.

⁴¹ La SEC, in un suo rapporto del 1969, affermava: «Un reale pericolo emerge, dai casi studiati e passati in rassegna dalla Commissione, ed è che alle proiezioni che appaiano nei prospetti e negli altri documenti obbligatori previsti dalla legge sulle *securities* sia accordata una grande misura di validità, rispetto a quella che realmente meritano, dagli *unsophisticated investors*». Da ciò emerge che la SEC nel decidere il proprio orientamento fu influenzata, principalmente, dalla paura che gli investitori potessero dare troppa credibilità alle informazioni *forward - looking*. SCHNEIDER critica tale approccio e pose in evidenza il fatto che la Commissione sottovalutò le capacità dei risparmiatori, i quali sono abituati a trattare con la *soft information* attraverso i normali meccanismi dei mercati. Attraverso un'analisi costi/benefici, il beneficio derivante da un maggior grado di informazioni rilevanti nel documento istituzionale adibito alla sollecitazione del pubblico risparmio giustifica il rischio, definito minimo, che alcuni risparmiatori attribuiscono un'alta credibilità alle informazioni *soft*. Quindi in considerazione del fatto che i risparmiatori si rivolgeranno ai *professional* è necessario che il *prospectus* contenga le informazioni rilevanti affinché gli *experts* compiano le valutazioni opportune, anche e soprattutto, per conto dei piccoli investitori. Pur partendo da posizioni dottrinali differenti KRIPKE e SCHNEIDER concordano sul fatto che il *prospectus* debba contenere tutta l'informazione rilevante, così come previsto dal *Securities Act* del '33, e che tra le informazioni rilevanti non possono non essere comprese le rilevazioni *soft* contenute in gran parte nelle previsioni effettuate dal *management*. Su posizioni diametralmente opposte si situa MARSH il quale ritiene che le cosiddette proiezioni del *management* non contengono un giudizio realistico ed imparziale ma rappresentano piuttosto la speranza della gestione, dopo avere scontato tutti gli effetti sfavorevoli. L'autore risulta pertanto essere in sintonia con la posizione della SEC, che ritenne l'inclusione delle proiezioni nel *prospectus* pericolosa per l'investitore che in considerazione della loro obbligatorietà sarebbe portato ad accordare ad esse un elevato livello di autenticità. Altro elemento che influenzò la linea adottata dalla SEC fu quello indicato nel punto sub 2) e cioè la potenziale responsabilità prevista dal Par. 11 e dalla rule 10b-5 antifrode del *Securities Act* del '33, alla quale sarebbero sottoposti gli emittenti per l'eventuale falsità delle informazioni riportate nel documento informativo. Il Par. 11 del *Securities Act* del 1933 impone responsabilità civile (*civil liability*) sugli emittenti (*issuer*), gli ufficiali e i direttori, gli *underwriters*, i contabili, gli ingegneri e in genere agli altri esperti che hanno contribuito alla redazione del prospetto, nel caso che il *registration statement* contenga informazioni non rispondenti alla verità oppure ometta fatti rilevanti necessari per non dare alle informazioni un significato ingannevole. Qualsiasi persona che ha acquistato una *security*, coperta dal *registration statement*, può chiamare in giudizio l'emittente (e gli esperti che hanno partecipato alla redazione del *prospectus* per le parti da loro curate) per re-

all'esterno della società e a influenzare conseguentemente le scelte degli investitori. Vi sono, da un lato, i dati previsionali contenuti negli eventuali piani strategici di cui all'art. 2381, terzo comma, c.c., che si inseriscono in un quadro di riferimento preciso fatto di studi di mercato e di *budget* e che possono essere attentamente analizzati, dall'altro vi è una informazione previsionale non corredata di un supporto fattuale preciso.

Momento d'analisi per l'informativa endoconsiliare delle società non quotate, può essere ravvisato nella disciplina dell'art. 6 della sezione IA.2.17 delle *Istruzioni al Regolamento dei Mercati*, le cui modifiche, in vigore dal 1° febbraio 2005, regolano i comunicati *price sensitive* inerenti a dati previsionali o obiettivi quantitativi⁴².

cuperare la differenza tra il prezzo pagato per la security (ma non più del prezzo di offerta pubblica) ed il prezzo al quale il possessore può smobilizzare l'investimento (se ancora lo possiede), o il suo valore al tempo in cui lo ha venduto. Sotto il Par. 11 una richiesta fatta da un acquirente può essere rigettata, se l'imputato è in grado di dimostrare che l'acquirente (attore) conosceva la falsità della notizia, o l'omissione all'epoca in cui ha acquistato la *security*.

⁴² La SEC generalmente optò per l'esclusione di gran parte della *soft information* dal *prospectus*, soprattutto in considerazione del fatto che risulta più difficile verificare l'inaccuratezza di una informazione prospettica e quindi la limitazione delle rilevazioni obbligatorie alla *hard information* rende più facile il compito della Commissione e della magistratura nello stabilire eventuali responsabilità per informazioni inadeguate. Tuttavia gli emittenti possono volontariamente inserire nel prospetto le proiezioni del proprio management ed altri elementi di *soft information*, salvo tuttavia essere sottoposti, anche per tali informazioni, alla responsabilità civile (*civil liability*) nei confronti degli acquirenti in caso di inclusione nel documento di informazioni ingannevoli o false, prevista dal Par. 11e dalla rule 10b-5 del *Securities Act* del '33. Ciò ha portato gli emittenti di *securities* a costituire dei prospetti molto accurati, carichi di informazioni storiche, contenenti poche informazioni prospettiche e peraltro molto caute sul futuro andamento della società. Quella che è stata definita da Schneider la "conspirazione del silenzio" della SEC contro le *forward - looking information*, ha fatto sì che nella realtà le informazioni prospettiche vengano dischiuse dai venditori dei valori mobiliari, che spesso suppliscono alla mancanza di *soft information* nel *prospectus* con informazioni supplementari contenute in *investment memorandum* che non sono previsti dai regolamenti della SEC e indi non sono comunicazioni ufficiali. La stessa magistratura statunitense sottolineò la scarsa efficacia del prospetto, così come concepito dagli schemi regolamentari, a livello informativo. In un passaggio della sentenza "Feit v. Leasco Data Processing Equip. Corp." si legge: «Nel quadro offuscato delle tecniche di redazione del *prospectus*, la buona informazione dell'investitore è dovuta molto alla misericordia dell'emittente. Egli non può dalla lettura del prospetto discernere il merito dell'offerta». Il vero problema dei valori mobiliari è che la cautela contenuta nel processo di *disclosure* ha prodotto articoli così dettagliati che pochi investitori possono fare uso di essi. Per prendere un'informata e realistica decisione di investimento i risparmiatori hanno bisogno di informazioni circa il futuro della società; infatti, gli investitori, a seconda della loro propensione al rischio, possono guardare principalmente alla prospettiva di incassare ora (reddito da dividendo) o in futuro (apprezzamento, liquidazione). GORMLEY sostenne anche la necessità dell'investitore di disporre delle informazioni prospettiche di altri titoli, al fine di effettuare una comparazione significativa (*meaningful comparison*)

Il testo del comunicato deve contenere la precisazione che i dati prospettici sono vere e proprie previsioni o obiettivi strategici stabiliti nell'ambito della programmazione aziendale; vanno illustrate le principali ipotesi che hanno condotto alla formulazione dei dati prospettici, con particolare riferimento alle ipotesi di crescita, ai tassi di cambio, alla situazione del mercato di riferimento, segnalando quelle che riguardano fattori al di fuori del controllo della società e devono essere infine indicate le eventuali modifiche di precedenti stime comunicate al pubblico dalla società⁴³.

tra le varie opportunità di investimento. Tutte le cosiddette informazioni *material*, cioè rilevanti ai fini della valutazione della security. *Information is material when a reasonable investors might (consider the information) important in making an investment decision.* KRIPKE fa notare che la contabilità basata esclusivamente su costi storici della società, così come riportata nel prospetto, semplicemente non riflette la realtà, e pone l'accento ad esempio sulla discrepanza tra i dati riportati in bilancio sul valore dei beni e la loro reale valutazione, che non consente di ottenere un quadro trasparente della situazione patrimoniale, conosciuta dal management della società. GORMLEY sottolinea la necessità di includere dettagliate informazioni sul *cash flow* per potere avere una chiara visione della dinamica reddituale - finanziaria della compagnia. Essenzialmente l'informazione da includere nel *prospectus* deve possedere due caratteristiche fondamentali: affidabilità e rilevanza. BRUNDNEY nota che l'affidabilità di un evento passato *hard information* è più elevata di quella di una asserzione di un evento futuro o contingente; per il resto è più rilevante un'asserzione di eventi contingenti o futuri rispetto un'asserzione di eventi passati. E' evidente che gli schemi di *prospectus* dovrebbero essere disegnati tenendo conto delle esigenze di affidabilità e di rilevanza, garantendo un adeguato livello di entrambe, e al tempo stesso dovrebbero essere concepiti in modo da essere elastici al fine di adeguarsi alle diverse fattispecie che nella realtà della pubblica sollecitazione possono verificarsi. Il problema dell'elasticità del *prospectus* rispetto alla situazione concreta è importante, perché un'eccessiva standardizzazione se da un lato consente di ottenere un elevato grado di affidabilità del quadro informativo, dall'altro può ingessare il processo informativo che verrebbe meno in termini di rilevanza, non sapendosi adeguare a situazioni concrete che si discostano dai canoni medi sul quale necessariamente è basato il disegno di standardizzazione. Come osservato da BRUNDNEY, alcuni articoli di informazione possono essere più rilevanti e affidabili di altri nel caso concreto, ad esempio nel caso di informazioni riguardanti i guadagni passati di una particolare area che possono essere più rilevanti delle informazioni sui guadagni passati dell'intera impresa.

⁴³ Cfr. BIANCHI, *Considerazioni introduttive alla Corporate Governance*, in *Riv. soc.*, 1996, 405; MARCHETTI, *Corporate governance e disciplina societaria vigente*, in *Riv. soc.*, 1996, 418; ID., *Il sistema legislativo italiano e i sistemi di governo*, dagli atti del convegno di Assolombarda "I meccanismi dell'integrità aziendale: il sistema di corporate governance", Milano, 1996, 42; ID., *L'autonomia statutaria nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2000, 573; PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, 420.

4. Obblighi informativi verso l'esterno

Le informazioni dirette al pubblico servono essenzialmente per dare notizia a chiunque ne abbia interesse delle caratteristiche economiche e giuridiche dei titoli emessi dalle società quotate nei mercati regolamentati, nonché dei momenti essenziali della vita delle stesse società, la cui conoscenza possa influire sulle decisioni sia dei soci per il mantenimento della loro partecipazione o del possesso di titoli obbligazionari o similari, sia dei terzi che vadano alla ricerca di buone occasioni per l'investimento dei propri risparmi.

In questa categoria si possono comprendere le informazioni che devono rendere al pubblico dei clienti i soggetti abilitati alla prestazione dei servizi di investimento, i quali sono tenuti ad acquisire le notizie necessarie dai clienti e ad operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; quelle contenute nei prospetti periodici che le società di gestione dei fondi comuni sono tenute a redigere e a pubblicare, insieme con il rendiconto della gestione, in conformità a quanto stabilisce il regolamento che il Ministero del tesoro ha emanato dopo aver raccolto il parere della Banca d'Italia e della Consob⁴⁴.

La particolare pubblicità che gli artt. 48 e 49 TUIF prevedono per alcuni atti deliberati dalle assemblee straordinarie (casi di scioglimento) e per il bilancio di liquidazione⁴⁵ delle società di investimento a capitale variabile (SICAV), la quale consiste nel comunicare gli atti per mezzo di inserzione in giornali quotidiani, rappresenta anch'essa fonte efficace di informazioni destinate genericamente al pubblico.

La pubblicazione e la diffusione dei prezzi che si stabilizzano nei mercati regolamentati, le quali avvengono in conformità a quanto prevede il regolamento approvato dalla società gerente del mercato, rappresentano altre fonti di notizie destinate alla generalità degli interessati⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. CAGNASSO, *Il ruolo del collegio sindacale nelle s.r.l. e nelle s.p.a.: profili di un confronto*, in *Giur. comm.*, 2006, 346; LORENZONI, *Il comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Giur. comm.*, 2006, 66; RACUGNO, *Il comitato per il controllo interno e la gestione dei rischi aziendali*, in *Le Società*, 2007, 1453; CALVO, *Il controllo legale dei conti: la figura del revisore contabile alla luce della riforma societaria*, in *Le Società*, 2007, 1318.

⁴⁵ D'AMICO, *L'informativa contabile dei patrimoni destinati*, in *Riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, dalla collana *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, 2004, 295.

⁴⁶ Le decisioni economiche sono di fatto caratterizzate dalla presenza di informazioni, si sviluppano, dunque, in condizioni di incertezza ed avvengono nel tempo. La scienza economica risulta essere qualificata dagli elementi del tempo, dell'informazione e dell'incertezza. In un sistema economico la presenza simultanea di informazione e

Ulteriori informazioni specificamente destinate al pubblico provengono dai prospetti che le società emittenti di titoli destinati alla negoziazione ed i soggetti che lanciano una offerta pubblica di acquisto devono redigere e diffondere in conformità al regolamento approvato dalla Consob.

L'informazione contabile⁴⁷, rappresentata dal bilancio di esercizio e da quello consolidato, appartiene anch'essa alla categoria delle informazioni rivolte al pubblico, in quanto contiene notizie destinate ai soci ma indirettamente anche al pubblico, che dalla loro conoscenza può ricavare elementi di giudizio influenti sulle decisioni di acquistare o cedere titoli emessi dalle società cui i bilanci si riferiscono.

Per quanto riguarda le informazioni destinate alle Autorità di vigilanza si premette che queste sono essenzialmente costituite dalla Banca d'Italia, dalla Consob e dal tribunale, quali enti preposti a controllare in generale la legalità dei comportamenti delle società quotate nei mercati regolamentati e di quelle che prestano servizi di investimento e gestione accentrata dei titoli, allo scopo in particolare di verificare l'adeguatezza delle informazioni che ai soci e al pubblico devono pervenire sulla vita loro e sulle attività compiute nonché sulla regolarità della loro gestione⁴⁸.

avanzamento tecnologico crea fenomeni di esternalità di rete che evidenziano alcuni effetti prima stimati come secondari. Tuttavia il progresso tecnologico non comporta, come corollario, una equa distribuzione delle differenze informative e condizioni di inefficienza continuano a caratterizzare il sistema economico. L'economia dell'informazione si occupa delle relazioni contrattuali che hanno luogo in situazioni di conflitto caratterizzate da informazione asimmetrica, non si occupa direttamente delle cause che stanno alla base delle decisioni individuali ma degli effetti: essa si occupa della forma che le decisioni individuali assumono quando sono poste in maniera interattiva. Le situazioni di informazione asimmetrica sono la norma nonostante la crescita delle possibilità informative dovuta alle moderne tecnologie. Secondo la teoria dei contratti incompleti un contratto si definisce incompleto se non contiene quelle clausole capaci di prevedere ogni possibile fattispecie futura. Lo statuto di una società, ad esempio, non può prevedere ogni possibile situazione di mercato né restringere il raggio d'azione degli amministratori di un'impresa nella libera scelta di politiche e strategie economiche. La qualificazione di incompletezza del contratto impone la definizione dei diritti di controllo dell'impresa, vale a dire, dei poteri relativi alle diverse decisioni aziendali non inseriti in alcuna clausola contrattuale. L'informazione relativa all'andamento dell'impresa e alle sue prospettive future non risulta essere distribuita in maniera uniforme tra *insiders* e *outsiders*, comportando una asimmetria informativa a favore dei primi. Ne consegue che, nell'impossibilità di sapere con precisione le caratteristiche dello strumento finanziario oggetto dell'acquisto, l'agente economico è naturalmente spinto a diminuire il corrispettivo in misura equivalente alla probabilità che le informazioni ricevute risultino inesatte.

⁴⁷ Si veda in tema BOCCHINI, *Manuale di diritto della contabilità delle imprese*, Torino, 1995, 11 ss.

⁴⁸ Si veda LA ROSA, *Black out nei controlli: stato dell'arte e prospettive di riforma in tema di revisione contabile*, in *Giur. comm.*, 2005, 183; LOFFREDO, *Modifiche, piccole e non*,

Occorre rilevare che in generale la vigilanza predetta, sia della Consob sia della Banca d'Italia, si esplica anche per mezzo della richiesta di informazioni (c.d. vigilanza informativa) ai soggetti abilitati ad operare nei mercati regolamentati, sia come emittenti, sia come intermediari, sia infine come gerenti del mercato stesso. L'informazione, cioè, non è solo frutto di adempimento di obbligazioni poste a carico dei predetti soggetti da norme generali di legge, ma anche effetto di speciali ordini impartiti dalle predette Autorità di vigilanza.

Di queste, la Banca d'Italia è competente per quanto riguarda il contenimento del rischio e la stabilità patrimoniale; la Consob è competente per quanto riguarda la trasparenza e la correttezza dei comportamenti; il tribunale, infine, è competente per la correzione delle irregolarità riscontrate nell'amministrazione delle società.

Si prescrive che le Autorità di vigilanza diano notizia alle competenti Autorità estere europee delle violazioni commesse in Italia da società comunitarie e dei provvedimenti a loro carico adottati in Italia.

Per quanto riguarda la regolarità del funzionamento del mercato dei titoli, la legge affida la vigilanza alla Consob che deve essere anzitutto informata sulla composizione del capitale relativo alla società che gestisce il mercato mediante comunicazione degli acquisti e delle cessioni di partecipazioni al suo capitale, effettuati direttamente o indirettamente; la Consob deve inoltre ricevere notizia, per mezzo di specifica comunicazione posta a carico della predetta società, delle violazioni del regolamento di mercato e delle conseguenti iniziative assunte⁴⁹.

Particolare rilevanza assumono le informazioni destinate al pubblico⁵⁰ al fine di sollecitarne l'interesse all'investimento, le quali devono transitare per il preventivo esame della Consob, che si svolge nelle forme e nei tempi previsti dal regolamento dalla stessa approvato.

in tema di responsabilità dei sindaci di s.p.a., in *Giur. comm.*, 2005, 630; CACCHI PESSANI, *Corporate governance, sistema dei controlli e intermediari reputazionali negli Stati Uniti d'America*, in *Giur. comm.*, 2003, 746; AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2003, 308; CASELLI, *Elogio, con riverse, del collegio sindacale*, in *Giur. comm.*, 2003, 251; SALODINI, *Il parere del collegio sindacale in merito alla revoca dell'incarico di revisione contabile nelle società quotate*, in *Giur. comm.*, II, 2004, 416.

⁴⁹ Cfr. SALODINI, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*, in *Giur. comm.*, II, 2006, 632; DENOZZA, *La nozione di informazione privilegiata tra "Shareholder Value" e "Socially Responsible Investing"*, in *Giur. comm.*, 2005, 585.

⁵⁰ In tema PERRONE, *Informazione al mercato e tutele dell'investitore*, Giuffrè, Milano, 2003, 33.

Altre informazioni riceve la Consob attraverso le segnalazioni delle irregolarità rilevate dal collegio sindacale e dalla società di revisione nell'esercizio dei loro rispettivi controlli. La vigilanza del tribunale sostanzialmente si esplica sulla base della denuncia, in cui l'informazione consiste, delle irregolarità amministrative, presentata dai soci a ciò abilitati o dal pubblico ministero o infine anche dal collegio sindacale⁵¹.

5. Obblighi informativi nella filosofia di full disclosure

Gli obblighi informativi si sostanziano nella rappresentazione al mercato della situazione patrimoniale, economica e finanziaria degli emittenti, dell'evoluzione della loro attività nonché delle caratteristiche dei prodotti finanziari emessi, nel caso della sollecitazione all'investimento e nella diffusione di un documento contenente le notizie necessarie per consentire ai destinatari di pervenire a un fondato giudizio sull'offerta, nel caso della sollecitazione al disinvestimento⁵².

Gli obiettivi sono quelli di elevare il livello di trasparenza della gestione delle società che fanno appello al pubblico; la scelta del legislatore è stata quella di affidare alla Consob ampi poteri regolamentari sul contenuto dei prospetti informativi, riducendo, come nel caso della quotazione, gli ambiti di *self-discipline* dei mercati in precedenza riconosciuti dal decreto Eurosim.

Con riferimento alle società quotate e agli emittenti strumenti finanziari diffusi, il TUIF introduce un obbligo di informazione continua al pubblico - soddisfatto mediante la c.d. *price sensitive information* e altre notizie e documenti resi pubblici su richiesta della Consob - che vale anche per i gruppi, essendo cura della controllante impartire le necessarie disposizioni alle controllate. Il compendio degli obblighi informativi delle società quotate è completato dalle notizie sugli assetti proprietari e sulle partecipazioni rilevanti⁵³.

⁵¹ VALCAVI, *Sulle responsabilità degli amministratori di fatto verso la società e i soci*, in *Dir. fall.*, 4/2001, I, 875; ALEMAGNA, *Potere di gestione e rappresentanza degli amministratori delle s.p.a. dopo la riforma*, in *Le Società*, 3/2004, 284; CIVERRA, *Inadempimento delle obbligazioni sociali e responsabilità degli amministratori*, in *Le Società*, 9/2005, 1116.

⁵² In tal senso GHEZZI, *I doveri fiduciari degli amministratori nei Principles of Corporate Governance*, in *Riv. soc.*, 1996, 465; COSTI, *Società mercato e informazione societaria*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 175 ss.; GAMBINO, *Governo societario e mercati mobiliari*, in *Le Società*, 1997, I, 788 ss.; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Rapporto sulla società aperta*, Bologna, 1997; BENVENUTO, *La struttura dei poteri nel governo della società*, in *Riv. soc.*, 1997, 1163.

⁵³ In tal senso BOCCHINI, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, cit., 43. I soggetti terzi devono ricevere informazioni sulla corrente situazione patrimoniale della

La scelta di *policy* adottata consiste nell'aver introdotto per i soggetti quotati un articolato e complesso sistema di *mandatory disclosure*, esteso agli emittenti strumenti finanziari diffusi tra il pubblico, che rappresentano l'insieme di imprese potenzialmente interessate alla quotazione di borsa, sia per le loro dimensioni sia perché fanno già ricorso a forme di sollecitazione del risparmio. Per le società quotate o con titoli diffusi si determina un ulteriore momento informativo, da cui derivano oneri e adempimenti obbligatori che non sembra opportuno riprodurre per le società chiuse che non intendono finanziarsi sul mercato dei capitali⁵⁴.

Tra le operazioni che incidono sull'assetto organizzativo dell'impresa, un intervento di rilievo è stato realizzato dal D.Lgs. n. 22/91, che ha modificato il codice civile dando attuazione alle direttive comunitarie in materia di fusioni e scissioni tra società. Uno degli obiettivi prevalenti è stato quello di migliorare la qualità dell'informazione resa ai soci e ai creditori; è prevista la redazione di un progetto di fusione, contenente l'indicazione analitica del rapporto di cambio e delle modalità di assegnazione delle azioni, al quale vanno allegate la situazione patrimoniale, la relazione degli esperti sulla congruità del concambio e soprattutto la relazione degli amministratori, finalizzata ad illustrare e giustificare, sotto il profilo giuridico ed economico, l'operazione nel suo complesso⁵⁵.

Analoghi obblighi informativi sono previsti per i casi di scissione. Le stesse valutazioni formulate con riferimento agli schemi di bilancio valgono per le operazioni di fusione e scissione, la cui disciplina è il risultato dell'armonizzazione normativa in ambito comunitario.

Rimane aperto il problema se per altre operazioni rilevanti per l'organizzazione dell'impresa sia necessaria un'informativa qualificata del tipo di quella resa con i progetti di fusione e scissione societaria; sul punto i

società, informazioni che siano chiare, corrette e vere attese, nelle società di capitali, la responsabilità limitata dei soci al contrario di quanto accade nelle società di persone ove oltre il patrimonio sociale i creditori sociali si avvantaggiano della responsabilità illimitata dei soci. L'informazione alla compagine sociale viene fornita dagli amministratori, dai sindaci e dalla società di revisione per mezzo dei canali predisposti dalla legge.

⁵⁴ ROVELLI, *Limiti alla delega di poteri amministrativi (nota a Trib. Bologna 10 ottobre 1989 - decr.)*, in *Le Società*, 12/1989, 1319; MONTALENTI, *Corporate Governance: raccomandazioni Consob e prospettive di riforma*, in *Riv. soc.*, 1997, 71; PRESTI, *Le raccomandazioni Consob nella cornice della corporate governance*, in *Riv. soc.*, 1997, 739; RESCIGNO, *La Consob e la corporate governance: prime riflessioni sulla comunicazione della Consob 20 febbraio 1997 in materia di controlli societari*, in *Riv. soc.*, 1997, 758.

⁵⁵ Cfr. GALGANO, *Responsabilità della società controllante per la pregiudizievole influenza esercitata sulla società controllata*, in *Contratto e impresa*, 2/1988, 359; GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 841.

soggetti quotati, a differenza delle società non quotate, sono tenuti a diffondere documenti e relazioni informative anche nei casi di acquisizioni o cessioni significative, di aumenti di capitale ed emissioni di obbligazioni, di acquisti o alienazioni di azioni proprie⁵⁶.

La tensione normativa⁵⁷ verso la migliore circolazione di informazioni non può tralasciare la valutazione del *trade-off* tra costi informativi gravanti sulla piccola impresa ed esigenze legate all'informazione dei terzi⁵⁸.

⁵⁶ Si veda MEO, *Incidenza dell'interesse alla regolarizzazione della gestione sociale sull'imputazione delle spese e sulla procedibilità della denuncia di gravi irregolarità commesse da amministratori cessati dalla carica*, in *Giur. Merito*, 1987, 1221; QUATRARO, *Frodi, fatti illeciti, errori volontari e involontari in bilancio e nelle altre situazioni patrimoniali e straordinarie: aspetti giuridici aziendali*, in *Società e diritto*, 1/1994, 27.

⁵⁷ Il sistema di pubblicità legale in campo societario è imperniato sul registro delle imprese, le cui norme di attuazione sono recenti. Lo scopo degli interventi normativi consisteva nel sostituire la pubblicità legale basata sull'esame dell'atto con quella realizzata in forma tipizzata e strutturata in modo da facilitare la conoscibilità dei fatti societari; ciò avrebbe dovuto dar luogo a una selezione dell'informazione e garantire la tempestività della stessa su tutto il territorio nazionale. Da più parti si sostiene che i richiamati scopi non siano stati realizzati, principalmente a causa della mancata modificazione delle norme del codice, rimaste incentrate su principi poco compatibili con le esigenze di una moderna economia: così, ad esempio, l'opponibilità degli atti ai terzi si presume soltanto con l'iscrizione materiale dei singoli documenti nell'ufficio del registro delle imprese territorialmente competente, senza che sia riconosciuta l'equivalenza, e quindi il valore legale, alle forme di pubblicità in via informatica rese possibili dai recenti provvedimenti attuativi.

⁵⁸ Cfr. in arg. CUPIDO, *Diritto del socio o del terzo "direttamente danneggiato" al risarcimento del danno* (nota ad App. Milano 9 novembre 1993), in *Le Società*, 5/1994, 618; DI MARCO, *I comitati aziendali europei (commento a Commissione CEE - Proposta di direttiva del Consiglio 12 dicembre 1990)*, in *Le Società*, 8/1991, 1150; DOMENICHINI, *Responsabilità civile degli amministratori ex art. 146 L.F.: gli amministratori di fatto* (commento a Trib. Milano, Sez. II Civ., 21 dicembre 1992), in *Società e diritto*, 1993, 355; ENRIQUES, *Azione sociale di responsabilità, abuso della minoranza e divieto di voto in capo ai soci amministratori*, in *Giur. comm.*, 1994, II, 144.

LE DECLINAZIONI DELLA COMPONENTE REPUTAZIONALE NELLA SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE*

Annarita Ricci

Professore a contratto di diritto privato - Università di Bologna

La Rete, strumento di creazione e di diffusione di informazioni, avente caratteristiche del tutto peculiari, induce l'interprete ad interrogarsi con rinnovato interesse su un tema classico, quale quello dei diritti della personalità. Se è vero che la Rete è uno straordinario strumento di esplicazione della libertà di espressione è altrettanto vero che nuove forme di aggressione e lesione dei diritti della personalità si diffondono nel mondo digitale. Infatti, la lesione di una qualsivoglia componente attinente alla sfera individuale della persona assume, se compiuta in Rete, una potenzialità dannosa maggiore rispetto alla medesima fattispecie se compiuta nel mondo fisico. Nel descritto scenario si inserisce il presente scritto che analizza la componente reputazionale e le sue declinazioni nel mondo digitale. Dopo una ricostruzione delle caratteristiche dei processi di creazione e di diffusione delle informazioni in Rete, ci si concentrerà sulla componente reputazionale, chiedendosi se questa assuma in Rete connotati peculiari e di come eventualmente questi connotati impattino sull'impianto posto a sua tutela. Si darà conto di un'ulteriore declinazione della componente reputazionale, ricostruendo la corrente di pensiero che distingue tra reputazione personale e reputazione economica, sottoponendo a vaglio le relative argomentazioni. Evidenziato che la reputazione è idonea ad assumere un indiscusso valore economico, considerata l'essenzialità di una buona reputazione per chi opera sul mercato, si analizzerà, alla ricerca di un necessario bilanciamento, il rapporto tra l'esigenza di fare e diffondere informazioni e la protezione dell'altrui identità, nell'accezione lata del termine, di cui il dibattito sul c.d. diritto all'oblio appare la testimonianza più emblematica.

It is well-known that Internet, as an extraordinary information communication system, raises new questions to the legal scholar about a classic theme such as fundamental rights. While the Internet is a powerful instrument for freedom of speech, it is also true that new forms of aggression and infringement of personal rights are spreading in the digital world. On the Net damage to the individual sphere assumes an higher harmful potential

than the same case in the physical world. Therefore, the scenario of any analysis about fundamental rights is widely changed. This paper examines the reputational component and its theoretical declinations in the digital world. After a reconstruction of the characteristics of the processes of creation and dissemination of information on the Net, the paper will focus on the reputational component, enquiring on how these peculiar characteristics impact on its protection. It will point out the further variation of the reputational component according to a doctrinal thesis that distinguishes between personal and economic reputation, scrutinizing their arguments. After having highlighted that the reputation may assume a significant economic value - given the importance of a good reputation for market operators - it will be analysed, looking for a necessary balancing, the relationship between the need to create and disseminate information with the protection of other's identity (in its wide significance), being the most symbolic evidence of the debate on the so-called right to be forgotten.

Sommario:

1. Premessa
2. L'impatto della Rete sulla qualità dell'informazione
3. La reputazione: una breve ricostruzione ontologica
4. La reputazione digitale e la reputazione economica
5. Farsi conoscere e farsi dimenticare in Rete: la tutela giuridica di queste apparenti contrapposte esigenze

1. Premessa

L'avvento della Rete, strumento di creazione e di diffusione di informazioni, avente caratteristiche del tutto peculiari, e il suo consolidamento quale strumento di esplicazione della personalità umana che consente al soggetto di manifestare se stesso, sino al punto di creare anche un'identità artificiale, pone l'interprete di fronte a nuove sfide teoriche ed in primo luogo a chiedersi se le teorie consolidatesi sulla categoria dei diritti della personalità siano coerenti con i peculiari assetti su cui si fondano i processi informativi nella realtà digitale. I diritti della personalità sono tradizionalmente qualificati come diritti assoluti, innati, indisponibili, irrinunciabili, intrasmissibili e imprescrittibili. L'osservazione della realtà mostra, contrariamente alla predetta enunciazione, come sempre più di frequente le singole componenti della personalità, quali ad esempio il nome e l'immagine, costituiscano l'oggetto di atti negoziali, anche di natura contrattuale, da parte del soggetto "titolare" che, attraverso questi atti di disposizione giuridica, ottiene un rientro economico.

Secondo l'impostazione tradizionale, tuttavia, pur ammettendo la possibilità di atti dispositivi aventi ad oggetto le singole componenti della personalità, questi restano sottratti alla logica dell'autonomia privata e della circolazione tramite lo strumento contrattuale¹. Un'impostazione che rischia

* Vorrei ringraziare gli organizzatori del Workshop per giovani ricercatori, edizione 2013-2014, significativamente denominato «Il diritto e la Rete». È essenziale per un giovane ricercatore confrontarsi e occasioni come il Workshop organizzato annualmente dall'Università di Siena rappresentano un momento di crescita; nel dialogo e nella possibile critica lo studioso coglie, infatti, nuovi spunti di riflessione concernente la tematica oggetto della sua attenzione in quel momento. Questo scritto analizza taluni aspetti di un tema, oggetto di uno studio finalizzato all'elaborazione di un'opera monografica.

¹ Secondo la tesi tradizionale, attesa l'indisponibilità dei diritti della personalità, gli atti con cui il soggetto consente la divulgazione del proprio ritratto o della propria immagine o, più in generale, le forme di sfruttamento commerciale di queste componenti della personalità costituiscono rinunce a specifiche forme o modalità di esercizio del relativo diritto. Atti di rinuncia che non comportano alcun trasferimento del diritto, di per sé intrasferibile, e che danno, al contrario, vita ad una situazione di tolleranza del titolare nei confronti dell'altrui *facere* (fra tutti, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, 159 ss.). La conseguenza, sotto il profilo negoziale, di questo assunto è ritenere che il consenso all'utilizzo altrui del proprio nome o del ritratto sia sempre revocabile, salvo il risarcimento del danno nel caso di revoca del consenso affatto ingiustificata o capricciosa. Secondo questa impostazione che peraltro ha trovato seguito anche in giurisprudenza (fra le altre, in relazione al consenso prestato per l'altrui utilizzazione economica della propria immagine, si consideri quanto affermato da Cass., sez. I, 17 febbraio 2004, n. 3014, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 112: «il consenso, sebbene possa essere occasionalmente inserito in un contratto, da esso resta tuttavia

di rimanere priva di riscontro concreto, ove si consideri che in Rete anche la persona “comune”, non nota al pubblico, può sfruttare economicamente la propria immagine o il proprio nome. Cambia pertanto lo scenario e la realtà che l’interprete è chiamato ad osservare assume connotati peculiari.

A questa preliminare constatazione si affianca quella per cui con l’avvento della Rete si assiste alla diffusione di nuove forme di aggressione e lesione dei diritti della personalità. Peraltro, la lesione di una qualsivoglia componente attinente alla sfera morale e sociale della persona assume, se compiuta in Rete, una potenzialità dannosa maggiore rispetto alla medesima fattispecie se compiuta nel mondo fisico. Anche sotto questo diverso profilo di analisi, pertanto, cambia lo scenario e cambia la realtà con cui fare i conti.

Muovendo da queste considerazioni, si vuole con questo intervento analizzare la componente reputazionale e le sue declinazioni nel mondo digitale. La scelta del tema si giustifica alla luce di diverse ragioni. La prima è attinente alla natura della reputazione: un concetto relazionale che implica la collocazione dell’individuo all’interno di una comunità, nonché alla natura della Rete che è di per sé (anche) una comunità sociale, con caratteristiche del tutto proprie. Una seconda ragione attiene al valore che il “buon nome” può assumere nel contesto dei rapporti economici che ciascun individuo variamente instaura. Una terza ragione deriva da una presa d’atto, quella secondo cui la reputazione è destinata a divenire la componente di maggiore rilievo tra quelle tradizionalmente riferite al concetto composito di personalità umana², non tanto in relazione alla sfera individuale del soggetto

distinto ed autonomo»), la responsabilità che si può far valere è esclusivamente extracontrattuale. Nessuna responsabilità contrattuale può essere fatta valere, considerato che nessun contratto è stato concluso. A parere di chi scrive, il limite di questa tesi va ravvisato nell’individuazione del bene oggetto di sfruttamento commerciale. L’atto dispositivo non ha ad oggetto la componente della personalità, si tratti dell’immagine o del nome, né tantomeno il diritto riconosciuto dall’ordinamento sull’una o sull’altra componente, così che l’effetto sarebbe di rinunciarvi. L’atto dispositivo ha invece ad oggetto il valore economico del nome o dell’immagine.

Sul tema dello sfruttamento economico delle componenti della personalità, si rinvia a RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all’utilizzazione economica del nome e dell’immagine delle persone celebri*, in *Riv. dir. informaz. e informatica*, 1988, 23; VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959; ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Riv. dir. informaz. e informatica*, 1993, 547.

² Senza alcuna pretesa di esaustività, considerata la vastità del tema, si rinvia a (gli autori di seguito citati sono collocati in ordine alfabetico): DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU - MESSINEO (diretto da), Milano, 1973; PERLINGERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972; RESCIGNO, voce

cui questa componente si riferisce, quanto in relazione alla valenza che questa può assumere di per sé quale bene giuridico, autonomamente considerato.

2. L'impatto della Rete sulla qualità dell'informazione

Come già evidenziato, la Rete oltre che strumento di creazione e di diffusione delle informazioni, avente caratteristiche del tutto peculiari, rappresenta anche uno straordinario strumento di esplicazione della personalità umana.

Nei processi di creazione delle informazioni, la Rete consente a chiunque non soltanto di essere mero fruitore passivo delle informazioni ivi pubblicate ma anche di assumere un ruolo attivo. L'utente, infatti, oltre a recepire informazioni, può a sua volta inserirne di nuove, veicolare quelle presenti e conseguentemente influenzare i dati informativi da altri inseriti. Sotto questo profilo, quindi, appare evidente che la Rete è uno strumento di manifestazione del pensiero e conseguentemente, di esplicazione della propria individualità, oggetto di una libertà fondamentale costituzionalmente garantita. Altrettanto evidente è che il limite all'esercizio di queste libertà è il rispetto dell'altrui sfera di inviolabilità, di cui la tutela delle componenti morali e sociali della personalità umana rappresenta il nucleo essenziale. Il bilanciamento di questi due valori essenziali, propri di ciascun ordinamento, ci si potrebbe spingere a qualificarli immanenti all'idea stessa di diritto, assume connotati di problematicità solo che si rifletta sulle caratteristiche dei processi di creazione delle informazioni in Rete.

L'affermazione secondo cui «chiunque può fare informazione in Rete» racchiude in sé i termini della questione. Molteplici e quanto mai diversificati sono gli strumenti che fanno o che consentono a chiunque di fare informazione: siti web, banche dati ad accesso pubblico, blog, *social network*. Strumenti di elevata pervasività, accessibili a chiunque, non richiedendo particolari competenze per potervi accedere e conseguentemente usufruirne; strumenti, tuttavia, che nella maggioranza dei casi non forniscono, per la loro stessa intrinseca natura di mezzi che si avvalgono del contributo dei terzi, garanzia di attendibilità dell'informazione^{3 4}.

Personalità (diritti della), in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991; ZENO-ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995.

³ Sia consentito il rinvio al mio *La reputazione digitale*, in AA.VV. *Trattato di Diritto privato dell'informatica*, FINOCCHIARO - DELFINI (a cura di), Torino, 2014, 197 ss.

In altri termini, si può affermare che all'estrema facilità che presenta l'attività di ricerca di informazioni non si affianca una generale garanzia della presenza dei criteri di essenzialità, di pertinenza e anche di non eccedenza rispetto alle finalità della "pubblicazione", criteri che nel mondo fisico caratterizzano o dovrebbero caratterizzare i processi di creazione e di circolazione delle informazioni⁵.

Come evidenziato da autorevole dottrina, evidente è l'impatto di queste caratteristiche sulla qualità dell'informazione: infatti, non esistendo un criterio selettivo ordinante la creazione e la conseguente diffusione delle informazioni, l'utente si trova di fronte un numero pressoché infinito di informazioni, tutte al medesimo livello, non di rado prive di organicità e contestualizzazione⁶. Le informazioni in Rete sono create facilmente e ivi si diffondono rapidamente, sono riprodotte e sono manipolate con elevati rischi di decontestualizzazione⁷.

Inoltre, la varietà degli strumenti capaci di fare informazione (al di là ora di un qualsiasi giudizio sulla qualità dell'informazione) ha favorito la creazione di un mercato conversazionale dove anche il mero passaparola tra gli utenti assume valore di strumento di conoscenza.

⁴ Recentissima la pronuncia del Tribunale di Roma, 9 luglio 2014, in <http://www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com> (consultato il 6 settembre 2014), che in relazione alla nota enciclopedia Wikipedia, muovendo dalla constatazione della sua valenza di strumento di conoscenza i cui contenuti sono inseriti dagli utenti, ha escluso la responsabilità della Wikimedia Foundation Inc. per i contenuti immessi dagli utenti, non meri fruitori della informazione ma di questa creatori, ove di carattere diffamatorio. Secondo il Tribunale, Wikipedia non è un *content provider* ma un servizio basato sulla libertà degli utenti di compilare le voci dell'enciclopedia. Ed è proprio questa libertà di fare informazione che esclude l'obbligo di garanzia che non vengano commessi illeciti e che trova il suo bilanciamento nella possibilità lasciata a chiunque di modificarne i contenuti e di chiederne la cancellazione.

⁵ SAMMARCO, *Il motore di ricerca, nuovo bene della società dell'informazione: funzionamento, responsabilità e tutela della persona*, in *Riv. dir. informaz. e informatica*, 2006, 631 ss., ove si legge: «caduto il baluardo dell'essenzialità, della finalità e della pertinenza dell'informazione, l'intera collettività nulla può per arginare la tecnologia e riaffermare un principio selettivo nella comunicazione delle informazioni. Anche l'interesse pubblico alla conoscenza del dato informativo, che costituiva uno dei criteri per affermare la legittimità della sua diffusione, viene svuotato fino a divenire mero mito».

⁶ FINOCCHIARO, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in *Riv. dir. informaz. e informatica*, 2010, 393, ove si legge: «(...) ci troviamo davanti ad una infinità di dati e di informazioni, spesso non strutturati, specie se si naviga con motori di ricerca, cui è difficile attribuire un peso».

⁷ Sui rischi derivati dalla diffusione dei "nuovi" strumenti di informazione e di aggregazione sociale, fra tutti: RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari, 2004.

Peraltro, i processi conoscitivi vedono in Rete mutare i criteri di riferimento. L'utente della Rete conosce attraverso l'inserimento nei motori di ricerca della parola c.d. "chiave" o del nome di una persona, anche non nota, rispetto a cui desidera assumere informazioni⁸. L'inserimento della

⁸ Sui motori di ricerca quali nuovi strumenti dell'economia digitale, si consideri COSTANZO, *Motori di ricerca: un altro campo di sfida tra logiche del mercato e tutela dei diritti?*, in *Dir. Internet*, 2006, n. 6, 545 ss. Particolarmente discussa è la tematica inerente alla responsabilità dei motori di ricerca, c.d. "generalisti", in ordine ai contenuti immessi. Tra le più recenti sentenze che, sulla base del dato normativo di cui al d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, hanno escluso la responsabilità dei motori di ricerca per contenuti denigratori o comunque lesivi di diritti fondamentali, si considerino: Trib. Milano, 25 marzo 2013, in *Danno e resp.*, 2013, 8-9, 908.

Si consideri anche quanto affermato dalla decisione del Giurì, Codice Autodisciplina pubblicitaria, 18 febbraio 2011, n. 17, in *Dir. ind.*, 2011, 3, 295: «l'acquisto da parte di un'impresa o per suo conto di parole che orientano i risultati di una ricerca effettuata tramite un motore - Web Search - è qualificabile come comunicazione commerciale ai sensi del c.a.p., in quanto la visibilità che ne deriva è funzionale a promuovere la vendita di beni o servizi, rendendo avvertito il potenziale cliente, che si avvale del motore di ricerca, che tra le offerte presenti sul mercato c'è anche quella di chi ha acquistato tali parole».

I motori di ricerca sollevano, inoltre, la problematica inerente ai profili di responsabilità relativi alla fornitura dei servizi connessi, quali ad esempio, quelli che forniscono all'utente suggerimenti nella ricerca. È il caso emblematico del servizio fornito dal motore di ricerca Google di *suggest search*. Attraverso questo servizio all'utente che effettua una ricerca è offerto una sorta di menù a tendina in cui appare una lista (e sotto questo aspetto rileva anche la collocazione nella lista di un termine rispetto all'altro) di termini di ricerca suscettibili di completare la parola richiesta. *Quid iuris* nel caso in cui all'inserimento di un nome, nel menù a tendina appaiono termini idonei a ledere la sfera individuale del soggetto cui si riferisce il nome oggetto della ricerca? Noto è il caso sottoposto al Tribunale di Milano, in cui il ricorrente lamentava che inserendo il proprio patronimico nel motore di ricerca, il suggerimento era quello di includere anche i vocaboli "truffa" e "truffatore": Trib. Milano, ord. 1° aprile 2011, in *Foro it.*, 2011, 6, 1, 1907 (pronuncia che ha condannato Google alla rimozione del suggerimento di ricerca). In senso contrario, Trib. Pinerolo, ord. 2 maggio 2012, in *Foro it.*, 2012, 7-8, 1, 2199, in cui si legge: «posto che, a livello di *fumus boni iuris*, non è ravvisabile alcuna valenza diffamatoria nell'accostamento del nome di una persona, digitato anche solo in parte da un utente, ai termini "indagato" e "arrestato" all'interno della stringa di ricerca automaticamente elaborata dal *software* predisposto dal gestore di un motore di ricerca con il quale si individuano chiavi di ricerca sulla base delle recenti interrogazioni della comunità dei fruitori del servizio (nella specie, la funzione *Autocomplete* del motore di ricerca Google), non può essere accolto il ricorso volto ad ordinare l'immediata eliminazione dell'associazione del nome del ricorrente con la parola "indagato" e ad inibire l'utilizzo dell'associazione del medesimo nome con la parola "arrestato" ».

È il caso, inoltre, del servizio pubblicitario "AdWords", anch'esso fornito da Google, il quale pubblicizza l'annuncio dell'inserzionista esponendolo nella pagina dei risultati delle ricerche effettuate dagli utenti dell'omonimo motore di ricerca utilizzando parole chiave che abbiano attinenza con l'annuncio, su cui Trib. Milano, 23 aprile 2013, inedita.

Riferita alla violazione dei diritti di utilizzazione economica sull'opera dell'ingegno, la decisione del Trib. Roma, 22 marzo 2011, in *Danno e resp.*, 2011, 7, 753, con nota di RICCIO,

parola o del nome consegna all'utente un numero indefinito di informazioni. Quale quella corretta, quale quella non manipolata, quale quella non decontestualizzata? L'utente non è in grado di filtrare i contenuti, né di interpretarli, collocandoli in un'ideale gerarchia in cui i connotati di verità e di attendibilità assumono valore discriminante.

Proprio con riferimento alla difficoltà di discernere i contenuti informativi resi da un motore di ricerca, a seguito dell'inserimento di uno più vocaboli, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che «ritenere che l'utente di Internet sia un utente smalizzato, che naviga abitualmente, sicuro di ciò che cerca nel sistema informatico ed in grado di discernere i contenuti offerti (...) è un'immagine corrispondente ad una fetta minoritaria degli utenti del sistema, utopistica con riguardo all'utente medio (...)»⁹.

Tutto ciò ha un evidente impatto sulla qualità dell'informazione. Quanto mai efficace appare la formula proposta in dottrina secondo cui in Rete tutte le informazioni sono al medesimo livello, come appiattite¹⁰ e prive, sotto il profilo dei contenuti, di organicità e prive, sotto il profilo temporale, di contestualizzazione. La Rete, infatti, rappresenta un archivio di informazioni dalla memoria illimitata, considerato che un'informazione, una volta pubblicata in Rete, non sortisce l'effetto a cui è sottoposta l'informazione pubblicata attraverso i tradizionali strumenti cartacei. L'archivio cartaceo, nel mondo fisico, è destinato a riempirsi di polvere e ad essere oggetto di accesso solo su specifica richiesta e la memoria collettiva sulle informazioni raccolte all'interno di quell'archivio è destinata con il tempo ad affievolirsi. Al contrario, in Rete, l'archivio non dimentica e l'informazione permane, potendo essere replicata in altri siti e nelle *cache*.

Occorre, pertanto, ribadire che un'informazione lesiva dell'altrui diritto se pubblicata in Rete assume una maggiore potenzialità lesiva rispetto al caso in cui la medesima informazione sia stata pubblicata attraverso il tradizionale strumento cartaceo.

Prima di chiedersi se, in ragione dei particolari connotati che la Rete presenta quale strumento di conoscenza e strumento di esplicazione dell'essere individuale, occorra "ripensare" gli strumenti di tutela della sfera reputazionale, si ritiene opportuno ricostruire, sia pure in termini generali, l'essenza del concetto di reputazione, concetto che grazie all'avvento della

secondo cui: «La mancata attivazione per la rimozione di *link* a siti contenenti materiale illecito da parte di un gestore di un motore di ricerca rende tale soggetto responsabile di un concorso nella contraffazione di diritti di proprietà intellettuale dal momento della conoscenza dell'illiceità di tali contenuti».

⁹ Trib. Milano, ordinanza 1° aprile 2011, in *Foro it.*, 2, 2011, 6, 1, 1907.

¹⁰ Sono le parole di FINOCCHIARO, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, cit., 393.

Rete vive una stagione di rinnovato interesse da parte della dottrina e della giurisprudenza, come se la realtà digitale avesse illuminato adeguatamente una componente essenziale della personalità di cui non sono state, salvo autorevoli eccezioni¹¹, evidenziate le potenzialità.

3. La reputazione: una breve ricostruzione ontologica

Come evidenziato da autorevole dottrina, «sulla emersione di una nozione civilisticamente autonoma di reputazione ha pesato non poco la secolare prevalenza dell'inquadramento penalistico che l'ha resa in larga misura tributaria delle consolidate figure delittuose dell'ingiuria e della diffamazione»¹². Nella dottrina civilistica italiana è mancata, infatti, una riflessione sistematica sulla reputazione così come sull'onore, al cui nucleo concettuale, peraltro, è tradizionalmente ricondotta la reputazione. La costruzione giuridica dei due concetti è stata di competenza esclusiva della scienza penalistica e conseguentemente, il contenuto dei relativi diritti è stato desunto dalle norme del codice penale che puniscono l'ingiuria e la diffamazione quali offese, la prima, all'onore o al decoro della persona presente e quali offese, la seconda, alla reputazione altrui, arrecate comunicando con più persone, per mezzo della stampa, di altre comunicazioni di massa o altrimenti¹³.

L'onore, inteso nella sua più ampia accezione, rappresenta un bene individuale immateriale, protetto dalla legge per consentire all'individuo l'esplicazione della propria personalità morale, bene che si declina lungo due coordinate. Esso rivela una componente soggettiva, identificabile nel sentimento che ciascun individuo ha del proprio valore ed una componente oggettiva, identificabile nella stima presso i terzi, nella considerazione sociale di cui ciascun individuo gode (nell'accezione neutrale del termine).

¹¹ Il riferimento è agli studi compiuti sul tema da ZENO-ZENCOVICH: *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985; cui si affiancano, fra gli altri, *Comunicazione, reputazione, sanzione*, in *Riv. dir. informaz. e informatica* 2007, 263; *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su internet (Riflessioni preliminari)*, in *Riv. dir. informaz. e informatica*, 1999, 1049; *Profili negoziali degli attributi della personalità*, cit., 547; *Il danno alla reputazione: proposte per una uniforme liquidazione*, in *Riv. dir. informaz. e informatica*, 1989, 829.

¹² Sono le parole di ZENO ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, cit., 97.

¹³ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, 154, secondo cui una delle ragioni per cui i civilisti si sono occupati solo marginalmente del diritto alla reputazione è da attribuirsi ai meccanismi processuali risarcitori invalsi troppo a lungo.

In questa componente oggettiva va ravvisata l'essenza concettuale della reputazione che richiede l'altrui opinione e conseguentemente, la collocazione dell'individuo in un ambiente sociale¹⁴.

La reputazione, a differenza dell'onore che rappresenta un valore innato proprio di ciascun individuo, è un patrimonio socialmente acquisito derivante dall'altrui considerazione. Se l'onore spetta a ciascun individuo in quanto tale, la reputazione richiede che l'individuo espliciti se stesso nei rapporti sociali. Ai fini della configurazione della reputazione, e conseguentemente del riconoscimento della sua tutela, è necessario un giudizio altrui. Sotto il profilo ontologico, la reputazione è, quindi, un concetto relazionale che presuppone la collocazione dell'individuo all'interno di rapporti interpersonali fondati su giudizi di valore¹⁵, assumendo rilievo quale stima morale, professionale, intellettuale di un individuo in un determinato momento storico.

La reputazione è oggetto di un diritto soggettivo perfetto, il cui fondamento normativo è da rinvenirsi nell'art. 2 della Costituzione che tutela i diritti inviolabili della persona sia come singolo, sia come membro delle formazioni sociali. In particolare, «la reputazione si identifica con il senso della dignità personale in conformità all'opinione del gruppo sociale, secondo il particolare contesto storico. Essa va valutata *in abstracto* cioè con riferimento al contenuto della reputazione, quale si è formata nella comune coscienza sociale di un determinato momento»¹⁶.

Se la relazione sociale è il cardine intorno a cui ruota la portata concettuale della reputazione, allora occorre valutare il rapporto che la persona instaura con le diverse comunità in cui questa agisce, nonché l'eventuale rapporto che collega la persona ad una o più opere compiute nell'esercizio della sua attività lavorativa. Pur trattandosi quindi di un elemento oggettivo, a differenza dell'onore, la reputazione varia in relazione sia alla comunità cui si fa riferimento sia allo specifico *status* rivestito dall'individuo all'interno di essa.

¹⁴ Per questa ricostruzione si veda VIARO, voce *Onore (diritto penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 939 ss. e DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU - MESSINEO (diretto da), Milano, 1973, 229.

¹⁵ ZENO ZENCOVICH, voce *Onore e reputazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 91, secondo cui la reputazione, individuando la rappresentazione della personalità del soggetto in una cerchia di consociati, assume una connotazione oggettiva anche se variabile in relazione sia al gruppo cui si fa riferimento sia allo specifico *status* rivestito dal soggetto all'interno di esso.

¹⁶ Cass., sez. III, 10 maggio 2001, n. 6507, in *Nuova giur. comm.*, 2002, I, 529.

La consistenza del bene giuridico tutelato in ambito civile sfugge, quindi, all'inquadramento entro rigidi confini definitivi: conseguentemente, la tutela può ricomprendere molteplici aspetti della personalità, anche solo limitatamente a singoli oggetti o attività, e modellarsi in relazione al singolo individuo la cui sfera reputazionale è diversa da quello di ciascun altro soggetto.

Se la reputazione, al pari dell'onore, costituisce il risultato di una valutazione che rileva quale valore etico-sociale cui ancorare il riconoscimento di una tutela giuridica, a differenza dell'onore, la reputazione non è il risultato di autonomi percorsi definitivi dell'individuo, quanto il risultato dell'opinione del gruppo sociale in cui l'individuo si colloca e come tale, assume un connotato di autonomia rispetto all'onore quale componente della personalità del soggetto che può essere lesa senza necessariamente intaccare l'opinione che di sé ha l'individuo, nonché indipendentemente dall'attribuzione di qualità, atti o comportamenti eticamente degradanti.

Nella descritta prospettiva la nozione di reputazione, come peraltro quella di onore, in ambito civilistico assume una maggiore portata concettuale rispetto a quanto accade in ambito penalistico. Occorre, infatti, considerare che nel sistema del diritto civile la tutela della reputazione è svincolata dalla necessità di un collegamento con valori socialmente accettati a garanzia della certezza del diritto¹⁷, assumendo, al contrario, rilevanza il collegamento con valori individuali attinenti alla sfera personale del soggetto interessato, sia pure mediati attraverso il veicolo della relazione sociale¹⁸.

¹⁷ Come afferma ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2001, I, 193, in ambito penale il bene protetto dalle disposizioni sull'ingiuria e sulla diffamazione coincide con «il complesso delle condizioni da cui dipende il valore sociale della persona».

¹⁸ RICCIUTO, *La valutazione del danno alla reputazione e i criteri di determinazione del quantum nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. dir. informaz. e informatica*, 1998, 321 ss., in particolare 330 ss. Secondo l'a., l'ambito di protezione accordata alla reputazione in ambito civilistico risulta più esteso che in ambito penale per il fondamento normativo di base costituzionale, ove il richiamo è all'art. 2 sui diritti inviolabili dell'individuo e all'art. 3 sulla pari dignità di tutti i cittadini; «(...) può così intendersi come nel diritto privato la sfera di tutela della reputazione risulti assai più ampia, segua regole e procedure proprie, tenda ad abbracciare la personalità umana nella sua unitarietà, nelle sue diverse ed articolate manifestazioni; può così comprendersi come fra illecito civile e reato non vi sia coincidenza (...)». Anche l'evoluzione giurisprudenziale mostra che la tutela civile dell'onore e della reputazione non coincide con quella penale, laddove a partire dalla pronuncia di Cass., sez. I, 13 maggio 1958, n. 1563, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 1390, è stata ravvisata la responsabilità aquiliana anche nei casi in cui il pregiudizio all'onore e alla reputazione abbia natura meramente colposa. La sentenza della Cassazione n. 1563 si ricorda, inoltre, per aver proposto l'efficace formula del «diritto al segreto del disonore».

Pur nella affermata autonomia concettuale della reputazione dall'onore, attestata dalla circostanza per cui la lesione della sfera reputazionale non necessariamente incide sull'autopercezione che l'individuo ha del proprio valore, stretta è l'interconnessione fra le due componenti della personalità. L'interconnessione risulta evidente considerando ad esempio alcune norme che nel rispetto dell'onore e dell'altrui reputazione individuano il limite all'utilizzazione di altre componenti della personalità quali il nome, l'immagine o comunque più in generale all'esercizio di altri diritti, sia pure lecitamente acquisiti. È il caso dell'art. 20, comma 1, della legge a protezione del diritto d'autore che vieta al titolare dei diritti di utilizzazione economica dell'opera, di cui altri è autore, di apportare modifiche che possano essere di pregiudizio all'onore o al decoro di quest'ultimo; è il caso dell'art. 8, comma 2 del codice di proprietà industriale che vieta l'uso di nomi altrui suscettibili di ledere «la fama, il credito o il decoro» di chi ha diritto di portarli; è il caso dell'art. 97, ultimo comma, della legge a protezione del diritto d'autore secondo cui il ritratto di un soggetto non può essere esposto o messo in commercio quando ciò arrechi pregiudizio «all'onore, alla reputazione o al decoro del soggetto ritratto».

Collocandoci su un piano di analisi più generale, occorre evidenziare come le norme citate attestano che un medesimo atto o comportamento può essere suscettibile di ledere al contempo diverse componenti della personalità dell'individuo. Personalità dell'individuo, scomponibile in diversi elementi oggettivi e soggettivi, ciascuno dei quali possiede un'autonoma dignità giuridica, potendo altresì assumere una specifica rilevanza (anche economica) e che, al contempo, se combinato con gli altri, contribuisce a fornire l'idea di quanto complesso sia il contenuto della nozione di personalità¹⁹.

¹⁹ Il concetto di reputazione presenta elementi di affinità con ciò che è tradizionalmente qualificato quale contenuto del diritto all'identità personale. Noto che il diritto all'identità personale è stato qualificato come «l'interesse del soggetto, ritenuto generalmente meritevole di tutela giuridica, di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale o particolare, è conosciuta o poteva essere riconosciuta con l'esplicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede oggettiva» (Cass., sez. I, 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, 2211). L'identità personale è quindi intesa come proiezione esteriorizzata all'esterno della persona, nonché quale sintesi di valori, rispetto a cui nome ed immagine costituiscono specifiche estrinsecazioni. Sotto questo profilo, è evidente la contiguità delle due nozioni: entrambe, infatti, presuppongono che l'individuo sia collocato in un ambiente sociale. Tuttavia, un elemento di differenziazione può essere ravvisato nel fatto che l'identità personale è costituita dalla proiezione sociale della personalità del soggetto e dalla conoscenza che di essa ha la collettività, mentre la reputazione richiede un giudizio sulla persona espresso dai consociati (ZENO ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, cit., 363).

Dalla ricostruzione sin qui effettuata, in termini necessariamente sintetici, si ricava che la reputazione è una componente oggettiva della personalità, personalità che si estrinseca in elementi soggettivi ed elementi soggettivi. Taluni interessi riguardano, infatti, la dimensione psichica dell'individuo e sotto questo profilo, assumono rilevanza le valutazioni di autopercezione del soggetto, il sentimento che ciascuno ha del proprio valore quale persona; altri interessi riguardano le relazioni che il soggetto instaura con altri individui e sotto questo profilo, assumono rilevanza la relazione che questi instaura nella comunità familiare, nella comunità lavorativa o professionale, la o le relazioni instaurate nei gruppi sociali in cui egli decide di manifestare la propria personalità. Altri interessi, infine, riguardano lo sfruttamento del valore economico delle componenti della personalità, e sotto questo profilo, assumono rilevanza gli atti attraverso cui l'individuo compie atti di disposizione giuridica del proprio nome, della propria immagine, nonché della propria reputazione.

La demarcazione fra gli elementi soggettivi e gli elementi oggettivi della personalità non sempre appare netta e immune da sovrapposizioni. L'oggetto della conseguente tutela non di rado è il risultato di una mediazione che calibra la componente soggettiva della personalità sulla relazione. È possibile, tuttavia, individuare il nucleo concettuale all'interno del quale ricondurre le diverse componenti nella dignità, valore che ciascun individuo possiede a prescindere dalle condizioni in cui la persona versa, dalle sue espressioni e manifestazioni singolarmente considerate. La tutela della dignità rappresenta il fondamento della costruzione della categoria dei diritti fondamentali della persona ed in quest'ordine di idee risulta particolarmente significativo che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea le norme che riconoscono i diritti della personalità siano state collocate all'interno di titolo rubricato «Dignità» ed il cui art. 1 dispone che la dignità umana è inviolabile e che essa deve essere rispettata e tutelata²⁰.

Ma torniamo alla reputazione, un bene prezioso, rappresentando il presupposto, evidentemente quando si tratta di una "buona reputazione", indispensabile per progredire nell'ambito lavorativo, professionale, sociale in cui l'individuo è collocato. Rispetto a questa componente occorre chiedersi se sia corretto riferirsi alla reputazione digitale come se fosse

²⁰ Altro tema di centrale importanza su cui si rinvia a: BECCHI, *Il principio dignità umana*, Brescia, 2009; SCOGNAMIGLIO, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, in *Giust. civ.*, 2014, 1, 69; TAFARO, *La clausola generale di dignità umana e l'età nel sistema del diritto comunitario*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi*, Napoli, 2006, 313; VIOLA, *I volti della dignità umana*, in AGIROFFI-BECCHI-ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, Atti del convegno internazionale (Palermo, ottobre 2007), Roma, 2008.

qualcosa di diverso dalla reputazione nel mondo fisico o se l'espressione, lungi dall'individuare una nuova componente della personalità, indichi esclusivamente l'ambito di riferimento in cui il soggetto manifesta se stesso.

4. La reputazione digitale e la reputazione economica

Mutuando la ricostruzione precedentemente operata in relazione al mondo fisico si può affermare che la reputazione nel mondo digitale è la stima sociale di cui la persona gode tra gli utenti della Rete. A parere di chi scrive, la diversa realtà di riferimento non incide, sotto il profilo ontologico, sulla nozione di reputazione. Anche nel mondo digitale, la reputazione costituisce, infatti, un patrimonio derivante dall'altrui considerazione, una componente della personalità la cui essenza è determinata dall'altrui opinione.

Nel mondo digitale la reputazione assume, tuttavia, nuove connotazioni, dovute alle caratteristiche stesse della Rete, su cui in precedenza ci si è soffermati. Se nel mondo fisico, la persona non può, se non in misura modesta, veicolare l'altrui opinione, nella realtà digitale la persona può controllare la circolazione delle informazioni sul suo conto ed, in qualche misura, influenzare la costruzione della propria sfera reputazionale. Ed invero la persona può, attraverso un'operazione quanto mai banale quale quella di inserire i propri dati identificativi nei motori di ricerca, monitorare costantemente il contenuto delle informazioni che circolano in Rete sul suo conto. La persona inoltre può, attraverso l'inserimento di specifiche informazioni, contribuire alla formazione di una determinata opinione all'interno della comunità dei fruitori della Rete.

Sempre più frequente del resto il caso del soggetto, generalmente esercitante attività imprenditoriale, che dia incarico ad altri di monitorare le informazioni diffuse in Rete sul suo conto o di migliorare la fama di cui gode nel mercato di riferimento e quindi di aumentarne il credito²¹. Evidente il rilievo di queste considerazioni nell'ipotesi in cui il soggetto operi professionalmente nel mercato digitale ed abbia, quindi, uno specifico interesse a consolidare il buon nome di cui gode nel settore di riferimento. Potendo modulare la formazione del giudizio altrui attraverso l'inserimento di informazioni sulla propria attività ovvero monitorando quelle presenti, le

²¹ Come evidenziato da ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, cit., 563-564, in simili casi la prestazione dedotta consiste in un *facere*, rispetto a cui è indiscutibile che la reputazione costituisce l'oggetto.

scelte del mercato possono essere, e non di rado lo sono, influenzate.

In ragione del carattere di interattività dei processi di creazione e successiva diffusione delle informazioni nel mondo digitale, la reputazione diventa, quindi, uno strumento di autopromozione, essenziale per chiunque agisce nel mercato a prescindere da quale sia l'attività di fatto esercitata. La reputazione diventa uno strumento su cui investire, atteso che attraverso l'aumento della fama, della credibilità di cui si gode e della fiducia che gli altri vi ripongono, il soggetto ottiene evidenti vantaggi. Non si intende in questa sede attribuire all'espressione "vantaggi" esclusivamente l'accezione di ritorno economico, di maggiore guadagno derivante ad esempio dall'aumento della clientela, volendo attribuire all'espressione anche l'accezione di appagamento personale che il soggetto avverte grazie all'aumento di riscontri positivi all'immagine, intesa nell'accezione lata del termine, che egli fornisce di sé alla Rete.

Occorre, infatti, evidenziare che la costruzione del patrimonio sociale del soggetto nel mondo digitale si fonda su elementi ulteriori rispetto al giudizio altrui, o forse più correttamente, che il giudizio può essere espresso attraverso modalità diversificate. Al giudizio formulato letteralmente su un sito *web*, su un *blog* e così via, si affiancano criteri quali il numero dei *link*, il numero dei visitatori di una pagina o di un sito *web*, il numero degli apprezzamenti, espressi tramite un semplice ed immediato *click*, ad un'informazione da chiunque pubblicata. La componente reputazionale si arricchisce di nuove modalità, perché diversi sono gli strumenti messi a disposizione del soggetto per esprimere se stesso, e conseguentemente la reputazione si misura alla luce di ulteriori criteri rispetto alla pur insidiosa altrui opinione.

Calcolare la quantità di *link* che rimandano ad un sito *web* significa stabilire la sua posizione in classifica e quindi gli eventuali risultati sono idonei ad incidere sulla sua reputazione: ed invero, un sito *web* collocato in alto nella pagina dei risultati di un motore di ricerca generalista guadagnerà più accessi e quindi più attenzione da parte degli utenti. L'informazione sul conto di un soggetto è pesata, valutata e giudicata sulla base degli apprezzamenti che la comunità degli utenti della Rete esprime attraverso un semplice *I like* e il numero di questi apprezzamenti può influenzare la scelta degli altri utenti. E se l'attenzione degli utenti non è una risorsa illimitata e guadagnare un visitatore significa di fatto sottrarlo ad un sito concorrente, si ritiene di poter ipotizzare che a breve l'interprete sarà chiamato ad interrogarsi sull'ambito di operatività della categoria degli atti di concorrenza sleale e sulla conseguente possibile estensione a nuove forme di relazioni tra imprenditori.

La Rete, quindi, moltiplica le opportunità ma anche i rischi. Se l'informazione riveste un ruolo essenziale nel processo, lungo, di creazione, consolidamento e mantenimento della reputazione è vero, altresì, che la diffusione di un'informazione denigratoria può, velocemente, far perdere la "buona reputazione" e in Rete queste considerazioni assumono un peso evidente.

Evidente che nello scenario descritto le riflessioni, sotto il profilo dell'analisi giuridica, si siano concentrate sugli strumenti riparatori più che sull'idoneità della reputazione ad assumere in Rete la valenza di strumento di autopromozione anche commerciale²².

Muovendo dall'assunto che la circolazione di un'informazione diffamatoria assume, se diffusa in Rete, una potenzialità lesiva maggiore rispetto al caso in cui in cui la medesima informazione sia diffusa nel mondo fisico, e ciò in ragione delle caratteristiche qualitative, quantitative e temporali del processo di creazione, diffusione e conservazione delle informazioni in Rete, l'interprete è chiamato ad interrogarsi sugli strumenti posti a tutela di questa componente essenziale della personalità. L'interrogativo di fondo è se alla novità del mezzo corrisponda la necessità di elaborare nuovi strumenti di tutela o se sia, al contrario, necessario esclusivamente rivisitare gli strumenti di tutela offerti dall'ordinamento e leggerli in una chiave nuova, essendo peculiare il mezzo attraverso è perpetrata la lesione.

La giurisprudenza ha colto le peculiarità della realtà digitale e i connotati di maggiore potenzialità lesiva che le fattispecie denigratorie assumono se concretizzate in Rete. Sul punto si evidenzia l'orientamento secondo cui: «la pubblicazione in rete, grazie al semplice uso, con modalità elementari, di un qualsiasi motore di ricerca, a differenza della pubblicazione cartacea e persino di quella televisiva, reitera a tempo indeterminato l'associazione tra il nome del soggetto che si ritiene offeso con la notizia lesiva, aggravando il danno nella misura in cui rende la notizia fruibile senza limiti di tempo»²³.

All'atto, quindi, del risarcimento dei danni cagionati dalla lesione dell'altrui reputazione, attraverso un comportamento denigratorio perpetrato in Rete, occorrerà valutare la maggiore incisività e capacità di penetrazione del web rispetto ai tradizionali mezzi di diffusione delle informazioni. Occorrerà valutare, in altri termini,

²² Al contrario le analisi condotte dalla letteratura di stampo economico si sono concentrate sugli strumenti idonei a mantenere la reputazione e conseguentemente sui metodi di misurazione del prestigio aziendale. Sotto questo profilo, è stato evidenziato come la reputazione sia influenzata dalla circolazione delle informazioni e dal valore persuasivo che i messaggi promozionali possono avere sugli atteggiamenti del pubblico. Si v. NELLI-BENSI, *L'impresa e la sua reputazione. L'evoluzione della media coverage analysis*, Milano, 2003, 12.

²³ Trib. Trani, 5 giugno 2009, in *Giur. it.*, 2010, 7, 1598. Si consideri anche la già citata Trib. Milano, 1° aprile 2011, dove si parla della «ingravescenza di una condotta diffamatoria on-line con il passare del tempo, stante la notoria frequenza e diffusione del motore di ricerca Google».

che l'informazione o comunque l'atto che denigra l'altrui reputazione presenta una maggiore potenzialità lesiva, perché la sua percezione è illimitata nel tempo, nello spazio e nel numero dei destinatari²⁴.

La liquidazione del danno derivante da lesione della reputazione sarà quindi ancorata ai criteri di gravità del fatto addebitato e della diffusione del mezzo. Si potrà, altresì, tenere conto della qualità della persona offesa e del rilievo della notizia nell'ambiente in cui questa vive e lavora. Emblematico il caso deciso dal Tribunale di Roma del 14 giugno 2013²⁵. Il gestore di un sito web, indicizzato da i motori di ricerca c.d. "generalisti", contenente un link denominato "showgirls" che indirizzava gli utenti ad un elenco di personaggi noti, cliccando i quali si accedeva a pagine contenenti immagini a contenuto erotico, è stato condannato al risarcimento del danno, consistente nella lesione della sfera reputazionale delle attrici coinvolte, derivante dall'associazione del loro nome e della loro immagine a contenuti ritenuti di per sé denigratori. Nella liquidazione del danno si è «tenuto conto della gravità del fatto nel contesto professionale evidenziato, dell'elemento soggettivo doloso, della diffusività del mezzo e della qualità delle parti lese». In particolare, si è tenuto conto che l'associazione del nome e del ritratto delle attrici a siti pornografici è idonea a comportare una diminuzione delle opportunità di sfruttamento a fini pubblicitari della loro immagine, già messa in atto e provata dalle ricorrenti. In altri termini, il giudice ha tenuto conto nella liquidazione del danno che le attrici, in ragione della loro attività lavorativa, sfruttano commercialmente la propria immagine e che dalla fattispecie lesiva ne era derivato un danno patrimoniale, consistente nella perdita della capacità di guadagno connessa a detto sfruttamento.

Collocandoci su un piano più generale d'analisi, occorre evidenziare che dal fatto che dalla lesione della reputazione, come nel caso giurisprudenziale passato in rassegna, possano derivare danni patrimoniali non significa che detta componente perda la sua essenza di valore fondamentale dell'individuo che trae fondamento dall'art. 2 del dettato costituzionale, né che si possa parlare in questo caso di reputazione economica alla stregua di un interesse distinto dalla reputazione personale. Ci si riferisce evidentemente a quella corrente di pensiero²⁶, avallata da un orientamen-

²⁴ In linea generale sui criteri cui ancorare la valutazione del danno in caso di diffamazione, RICCIUTO, *La valutazione del danno alla reputazione e i criteri di determinazione del quantum nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, cit., 321 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *Il danno alla reputazione: proposte per una uniforme liquidazione*, cit., 829 ss.; ID., *La quantificazione del danno alla reputazione e ai dati personali: ricognizione degli orientamenti 2013 del Tribunale civile di Roma*, in *Riv. dir. informaz. e informatica*, 2014, 405 ss.

²⁵ Trib. Roma, 14 giugno 2013, n. 13059, inedita. I punti essenziali della pronuncia sono stati passati in rassegna da ZENO-ZENCOVICH, in *La quantificazione del danno alla reputazione e ai dati personali: ricognizione degli orientamenti 2013 del Tribunale civile di Roma*, cit., 428 - 429.

²⁶ AUTERI, *La tutela della reputazione economica*, in *L'informazione e i diritti della persona*, ALPA-BESSONE-BONESCHI-CAIAZZA (a cura di), Napoli, 1983, 93 ss.; FUSARO, *Informazioni inesatte e danno alla reputazione d'impresa: le variabili della responsabilità*, in

to giurisprudenziale sia pure riferito a specifici settori²⁷, secondo cui occorre distinguere la reputazione personale, valore fondamentale della persona, la cui violazione si sostanzia nella lesione al prestigio di cui il soggetto gode, dalla c.d. “reputazione economica”, interesse di natura prettamente economico, la cui violazione si sostanzia nel discredito commerciale e nella perdita di fiducia di cui il soggetto, esercente una attività imprenditoriale, gode nel settore di riferimento. L’espressione “reputazione economica” andrebbe secondo quest’orientamento riferita alla considerazione o rappresentazione che il pubblico ha della capacità del soggetto di conseguire risultati positivi soprattutto in termini di bontà di prodotti e dei servizi offerti sul mercato. Conseguentemente, l’interesse tutelato sarebbe quello di non veder diminuito il proprio volume d’affari a causa dell’altrui comportamento, quale ad esempio la divulgazione di informazioni negative sui propri prodotti o comunque, più in generale, sulla propria attività.

L’espressione “reputazione economica”, a parere di chi scrive, è accettabile nei limiti di un suo utilizzo quale formula linguistica idonea ad evidenziare un particolare connotato che la componente reputazionale, componente complessa della personalità, può assumere se contestualizzata alla luce delle caratteristiche soggettive del titolare, soggetto esercente un’attività economica. Al contrario, si ritiene di non poterla accettare nella misura in cui con essa ci si riferisca ad un interesse distinto dalla reputazione personale.

Senza entrare eccessivamente nel merito nell’analisi di un tema che travalicherebbe i confini del presente lavoro, anche considerando la necessità di contestualiz-

Resp. civ., 2009, 4, 355 ss.; GIULIANI, *La tutela aquiliana della reputazione economica*, in *Contr. e impr.*, 1985, 73 ss.; ID., *Illecito concorrenziale, illecito aquiliano e ingiustizia del danno*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 830 ss.; PANUCCIO, *La lesione della c.d. “identità commerciale” e la tutela non patrimoniale*, in *La lesione dell’identità personale e la tutela non patrimoniale*, Milano, 1985, 118 ss.

²⁷ Ci si riferisce alla numerose pronunce in materia di *warentest*, protesto illegittimo, illegittima segnalazione di un posizione in sofferenza alla Centrale rischi della Banca d’Italia e più in generale di false, inesatte e non contestualizzate informazioni, dalla cui analisi si desume il seguente orientamento, qui descritto in termini necessariamente sintetici. L’evento costituisce causa di discredito sia personale sia commerciale, idoneo pertanto a provocare un danno (anche) di natura patrimoniale. Secondo questo orientamento, nel caso in cui si versi nell’ipotesi di lesione della reputazione economica, deve provarsi oltre all’evento lesivo, anche il pregiudizio economico conseguente; al contrario, nel caso in cui dal fatto sia derivata una lesione della reputazione personale, il danno è da considerarsi *in re ipsa* e dovrà essere risarcito senza che incomba sul danneggiato l’onere di fornire la prova della sua esistenza. In altri termini, dalla asserita distinzione tra reputazione personale e reputazione economica, deriva una diversa estensione dell’onore probatorio. Il differente regime probatorio si giustificerebbe considerando che il danno da lesione del diritto alla reputazione personale impatta su un valore costituzionalmente garantito, che riceve tutela dall’ordinamento a prescindere da eventuali lesioni di interessi economici del danneggiato. Al contrario, la necessità di provare il danno conseguente alla diminuzione o alla perdita della reputazione economica (o commerciale) si giustificerebbe in ragione della natura strettamente patrimoniale dello stesso, consistente nei pregiudizi economici conseguenti all’evento lesivo.

zare detto orientamento alla luce dei più recenti interventi giurisprudenziali in materia di liquidazione del danno non patrimoniale, siano consentite alcune riflessioni. Se condivisibile è l'assunto secondo cui la reputazione personale è un valore oggetto di tutela a prescindere da eventuali interessi economici lesi dal discredito subito, suscita perplessità il tentativo di qualificare la reputazione economica alla stregua di un interesse di natura esclusivamente patrimoniale e per ciò stesso autonomo e scisso dalla reputazione personale.

Non si intende in questo senso negare che la reputazione possa assumere un valore economico o più genericamente che godere di una "buona" reputazione nel settore in cui la persona svolge la sua attività professionale può assumere un peso decisivo, tanto da diventare il presupposto indispensabile perché il soggetto, soprattutto se imprenditore, possa mantenere salda la posizione di cui gode nell'ambito economico di riferimento; si ritiene tuttavia di poter affermare che la reputazione c.d. "economica" sia una delle componenti in cui si declina un unitario diritto alla reputazione, il cui contenuto non si esaurisce nella componente del prestigio personale .

In altri termini, a parere di chi scrive, la reputazione economica, come peraltro quella digitale, non è, sotto il profilo ontologico, diversa (altro) dalla reputazione personale, unico è il diritto, diverse le sue declinazioni. Non si possono configurare distinte posizioni in merito a quello che si ritiene, quindi, essere un unico diritto, quello alla reputazione, a sua volta declinazione del valore fondamentale, proprio di ciascun ordinamento, di tutela della persona²⁸.

Concludendo, la reputazione digitale è la considerazione sociale di cui il soggetto gode nella *web*, la reputazione economica è la considerazione sociale di cui il soggetto gode nel settore in cui svolge la sua attività produttiva. In questo senso, l'uso di questi aggettivi è funzionale esclusivamente a delimitare il settore in cui opera la lesione, individuando eventualmente specifici parametri cui ancorare la liquidazione del danno.

5. Farsi conoscere e farsi dimenticare in Rete: la tutela giuridica di queste apparenti contrapposte esigenze

Si torni ancora per alcune considerazioni finali sulle caratteristiche del mondo digitale e su come la diffusione dei nuovi strumenti di comunicazione abbia impattato sul tema della tutela delle componenti morali e sociali della persona. L'avvento delle tecnologie ha profondamente mutato le dinamiche relazionali della persona, offrendo servizi innovativi, alla portata di tutti e facilmente utilizzabili, capaci di garantire l'esercizio di una libertà fondamentale, quale quella di manifestazione del pensiero, nonché una maggiore interazione e partecipazione sociale. Al tempo stesso, come

²⁸ DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., 254.

evidenziato in precedenza, lo sviluppo delle nuove tecnologie ha elevato in misura esponenziale i rischi di lesione della personalità. Nella società dell'informazione, l'individuo percepisce se stesso, la propria identità e le proprie relazioni in un modo diverso. In Rete l'identità si espone a giudizi, a valutazioni, e l'individuo avverte esigenze apparentemente contrapposte: l'una quella di manifestare se stesso, condividendo informazioni, così da sentirsi parte di un gruppo; l'altra quella di farsi dimenticare. Esigenze, si è detto, apparentemente contrapposte, considerato che rappresentano la declinazione di un unico interesse, quale quello alla costruzione della propria identità sociale e relazionale. Non è un caso, sotto questo aspetto, la crescente rilevanza attribuita all'esigenza di cancellare informazioni che circolano in Rete che, benché veritiere, non corrispondono più, in ragione del decorso del tempo, alla nostra identità. È il c.d. diritto all'oblio, il cui esercizio garantisce che il soggetto non subisca pregiudizio dalla pubblicazione in Rete di informazioni lesive o di informazioni il cui trattamento, in ragione del decorso del tempo, non è più giustificato²⁹. È il diritto di un soggetto a chiedere la cancellazione di notizie che, sebbene legittimamente pubblicate in un determinato momento storico, risultano a seguito del trascorrere del tempo ormai dimenticate o ignote alla generalità dei consociati. Come evidenziato in giurisprudenza, il diritto all'oblio salvaguarda la proiezione sociale dell'identità personale, l'esigenza del soggetto di essere tutelato dalla divulgazione di informazioni (potenzialmente) lesive in ragione della perdita (stante il lasso di tempo intercorso dall'accadimento del fatto che ne costituisce l'oggetto) di attualità delle stesse, sicché il relativo trattamento delle informazioni viene a risultare non più giustificato ed anzi suscettibile di ostacolare il soggetto nell'esplicazione e nel godimento della propria personalità^{30 31}.

²⁹ In dottrina sul diritto all'oblio: AULETTA, *Diritto alla riservatezza e "droit à l'oubli"*, in ALPA-BESSONE-BONESCHI-CAIAZZA (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, 127 ss.; FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 801 ss.; FINOCCHIARO, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in *Riv. dir. informaz. e informatica*, 2010, 391 ss.; MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009; MORELLI, voce *Oblio (diritto all')*, in *Enc. dir. Agg.*, vol. VI, Milano, 2002.

³⁰ Nella giurisprudenza di legittimità fra le pronunce che si sono occupate del diritto all'oblio si segnalano: Cass., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Giur. it.*, 1985, 762; Cass., sez. III, 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, 123 e nel merito Trib. Roma, 15 maggio 1995, in *Dir. inf.*, 1996, 427; Trib. Roma 27 novembre 1996, in *Giust. civ.*, 1997, 1979 ss. e Trib. Roma, ord. 20, 21 e 27 novembre 1996, in *Dir. aut.*, 1997, 372 ss. Più di recente, si consideri: Cass., 26 giugno 2013, n. 16111, in *Danno e resp.*, 2014, 3, 271; nel merito: Trib. Roma, 20 giugno 2013, n. 13637, inedita.

Evidente che il diritto all'oblio, consentendo la cancellazione di informazioni che a seguito del trascorrere del tempo non corrispondono più all'identità del soggetto³², riconosce una forma di tutela quanto mai ampia,

³¹ Fra le più recenti sentenze che hanno invocato il diritto all'oblio, ha destato particolare attenzione la pronuncia di Cass., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525, in *Danno e resp.*, 2012, 7, 747 ss., pronuncia che ha sancito a carico delle aziende editoriali l'obbligo di predisporre negli archivi storici delle testate *on-line* un sistema idoneo a segnalare la sussistenza di un seguito o di uno sviluppo della notizia, consentendone il rapido ed agevole accesso da parte degli utenti. Classico il caso che ha dato origine alla pronuncia: il coinvolgimento di un uomo politico in una vicenda giudiziaria che aveva comportato l'arresto dell'uomo, seguito dopo diversi anni da una sentenza di assoluzione. La notizia, reperibile nonostante il trascorrere degli anni negli archivi *on-line* di una testata giornalistica, riportava la sola notizia dell'arresto e non quella della successiva assoluzione. I giudici della Suprema Corte, dopo aver evidenziato le caratteristiche della Rete e richiamate più volte le declinazioni concettuali di verità storica e verità parziale, richiamano l'oblio quale oggetto di un interesse a tutela della personalità individuale. Si legge nella motivazione: «deve riconoscersi al soggetto cui si riferiscono i dati personali il diritto al controllo a tutela della propria immagine sociale, controllo che, anche quando si tratta di una notizia vera, e a fortiori se di cronaca, può tradursi nella pretesa alla contestualizzazione e aggiornamento degli archivi in cui la notizia risulta pubblicata, e se del caso, avuto riguardo alla finalità della conservazione nell'archivio e all'interesse che la sottende, financo alla cancellazione». In dottrina, sulla sentenza della Suprema Corte n. 5525, si consideri FINOCCHIARO, *Identità personale su Internet: il diritto alla contestualizzazione dell'informazione*, in *Riv. dir. informaz. e informatica*, 3, 2012, 383 ss.

Infine, si consideri la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione) del 13 maggio 2014, Google Spain SL, Google Inc./ Agencia de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, consultabile in <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-131/12>, consultato il 2 settembre 2014. Pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea richiamata dal Provvedimento prescrittivo adottato dall'Autorità Garante per la protezione dei dati personali nei confronti di Google Inc. sulla conformità al Codice dei trattamenti di dati personali effettuati ai sensi della nuova privacy policy - 10 luglio 2014, in <http://www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 3283078, consultato il 2 settembre 2014. L'Autorità Garante ha avuto modo di pronunciarsi in ordine all'interesse del soggetto a non subire lesioni derivanti dalla decontestualizzazione delle informazioni diffuse, pur legittimamente, sul suo conto, ovvero derivanti dal carattere non attuale delle stesse, in diversi provvedimenti. Si considerino fra i più recenti: «Archivio storico di una rivista e sistema di aggiornamento/integrazione degli articoli», Provvedimento del 6 marzo 2014, in <http://www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 3112453, consultato il 2 settembre 2014; «Archivi storici on line dei quotidiani e reperibilità dei dati dell'interessato mediante motori di ricerca esterni», Provvedimento del 24 gennaio 2013, in <http://www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 2286820; «Archivi storici on line dei quotidiani: accoglimento dell'opposizione dell'interessato alla reperibilità delle proprie generalità attraverso i motori di ricerca», Provvedimento del 19 dicembre 2008, in <http://www.garanteprivacy.it>, doc. web n. 1583152.

³² FINOCCHIARO, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, cit., 391 ss.

atteso che il suo esercizio prescinde dall'accertamento del carattere illecito dell'informazione di cui si chiede la rimozione.

Delicato è il bilanciamento tra il diritto all'oblio e il diritto di cronaca. Secondo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza, il diritto all'oblio trova limite nel diritto di cronaca solo quando sussista un interesse effettivo ed attuale alla diffusione delle informazioni³³. È, dunque, il fattore temporale ad assumere concreta valenza discriminante.

È certo che l'attenzione crescente ad esigenze quali quella di farsi dimenticare e conseguentemente di poter "ricostruire" la propria identità, a seguito di eventi e comportamenti che compiuti in passato, non corrispondono più al nostro patrimonio morale e sociale, nonché di rettificare, contestualizzare le informazioni che circolano sul nostro conto, rendendo effettiva la garanzia di autodeterminazione dell'individuo, significa aver assunto consapevolezza della unitarietà del valore della persona umana, valore dinamico che si costruisce con lo sviluppo della persona e delle sue scelte³⁴.

³³ Cass., sez. III, 26 giugno 2013, n. 16111, cit., in cui si legge: «in tema di diffamazione a mezzo stampa, il diritto del soggetto a pretendere che proprie, passate vicende personali non siano pubblicamente rievocate trova limite nel diritto di cronaca solo quando sussista un interesse effettivo ed attuale alla loro diffusione, nel senso che quanto recentemente accaduto trovi diretto collegamento con quelle vicende stesse e ne rinnovi l'attualità, diversamente risolvendosi il pubblico ed improprio collegamento tra le due informazioni in un'illecita lesione del diritto alla riservatezza». Nel caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte il diritto all'oblio era stato invocato in relazione ad un'antica militanza in bande terroristiche. Nel merito, Trib. Milano, 26 aprile 2013, inedita, secondo cui: «nel bilanciamento tra il diritto all'informazione ed il diritto all'oblio deve essere accordata maggiore tutela a quest'ultimo ogni qualvolta i fatti narrati nell'articolo oggetto di contestazione non corrispondano integralmente a verità, ed altresì difetti integralmente il requisito dell'interesse pubblico alla conoscenza della notizia».

³⁴ PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., 135 ss.

ALTRI SAGGI

LA CORTE SUPREMA INDIANA FRA TRADIZIONE E GIUSTIZIA

Marco Seghesio

Dottorando di ricerca in “Diritto comparato e processi di integrazione” presso il Dipartimento di Scienze Politiche “Jean Monnet” della Seconda Università degli Studi di Napoli.

L'articolo 7 dell'Hindu Marriage Act, 1955, trattando di forma del matrimonio, non delinea una cerimonia univoca, valida per tutti i cittadini di religione Indù della Repubblica Indiana, bensì richiama il diritto consuetudinario, stabilendo che, affinché un'unione sia validamente celebrata, essa dev'essere solennizzata secondo gli usi proprî di uno dei nubendi. Il presente lavoro esamina le problematiche create dalla norma in parola, approfondendo la giurisprudenza in argomento della Corte Suprema, sottolineandone l'approccio teleologico ed offrendone una possibile analisi, anche alla luce delle innovazioni apportate dal Protection of Women from Domestic Violence Act, 2005.

Section 7 of the Hindu Marriage Act, 1955, concerning the formal validity of a marriage, does not prescribe a specific ceremony, valid for all Hindus living in India, but rather mandates that, for a marriage to be valid, it has to have been solemnised «in accordance with the customary rites and ceremonies of either party thereto». The present essay discusses the problems caused by this section, by examining the relevant case law of the Supreme Court and emphasising its teleological approach, also providing a possible explanation thereto, especially in light of the various innovations brought about by the recent enactment of the Protection of Women from Domestic Violence Act, 2005.

Sommario:

1. Introduzione
2. L'articolo 7 dell'Hindu Marriage Act
3. Conclusioni

1. Introduzione¹

Com'è noto, anche sotto il profilo giuridico, l'India contemporanea appare un sistema complesso, in cui si intersecano più sottosistemi od ordinamenti. Uno di questi è rappresentato dal diritto territoriale indiano, laico e di produzione statale, che si rivolge a tutti coloro che, a qualsiasi titolo, si trovino all'interno del territorio su cui lo Stato indiano esercita il proprio *imperium*. Per ragioni storiche, tuttavia, esso rimanda, nell'ambito dello statuto personale², ad una pluralità di diritti personali³, applicabili sulla

¹ Prima di cominciare, l'autore desidera cogliere l'occasione per ringraziare il Prof. Gabriele Crespi Reghizzi, per avergli trasmesso l'amore per l'India, il Prof. Gian Maria Piccinelli, Direttore del Dipartimento di Scienze Politiche "Jean Monnet", per l'interessamento, nonché il proprio Tutor, Prof. Andrea Borroni.

² Si tratta delle norme riguardanti lo stato e la capacità delle persone, il matrimonio, la filiazione, l'adozione, la tutela e le successioni: «*[t]hroughout India, questions regarding succession, inheritance, marriage and religious usages and institutions, are decided according to Hindu law, except insofar as such law has been altered by legislative enactment. Besides the matters referred to above, there are certain additional matters in which Hindu law is applied to Hindus, in some cases, by virtue of expressed legislation, and in others, on the principle of justice, equality and good conscience. These matters are adoption, guardianship, family relations, wills, gifts and partitions. As to these matters also, Hindu law is to be applied subject to such alterations as have been made by legislative enactment*» (DESAL, *Mulla's Principles of Hindu Law*, VIII ed., Nuova Delhi, 2010, 92-93).

³ E ciò malgrado l'articolo 44 della Costituzione statuisca che «*[t]he State shall endeavour to secure for the citizens a uniform civil code throughout the territory of India*». Sull'argomento, peraltro, così s'è vigorosamente espressa la Corte Suprema, in *Smt. Sarla Mudgal, President, Kalyani & ors. v. Union of India & ors.*, AIR 1995 SC 1531: «*"[t]he State shall endeavour to secure for the citizens a uniform civil code through-out the territory of India" is an unequivocal mandate under Article 44 of the Constitution of India which seeks to introduce a uniform personal law – a decisive step towards national consolidation. Pandit Jawahar Lal Nehru, while defending the introduction of the Hindu Code Bill instead of a uniform civil code, in the Parliament in 1954, said "I do not think that at the present moment the time is ripe in India for me to try to push it through". It appears that even 41 years thereafter, the Rulers of the day are not in a mood to retrieve Article 44 from the cold storage where it is lying since 1949. The Governments – which have come and gone – have so far failed to make any effort towards "unified personal law for all Indians". The reasons are too obvious to be stated. The utmost that has been done is to codify the Hindu law in the form of the Hindu Marriage Act, 1955. The Hindu Succession Act, 1956, the Hindu Minority and Guardianship Act, 1956 and the Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956 which have replaced the traditional Hindu law based on different schools of thought and scriptural laws into one unified code. When more than 80% of the citizens have already been brought under the codified personal law there is no justification whatsoever to keep in abeyance, any more, the introduction of "uniform civil code" for all citizens in the territory of India.*» (Per una breve analisi in lingua italiana del citato articolo si rimanda ad ACQUARONE, *Tra dharma, common law e WTO. Un'introduzione al sistema giuridico dell'India*, Milano, 2006, 94 ss.).

base dell'appartenenza del singolo ad una determinata comunità⁴. Fra queste, la più numericamente rilevante è quella indù, cui si applica il diritto indù e in cui si riconosce, a un dipresso, l'ottanta per cento della popolazione⁵. Si tratta di un ordinamento che vanta una storia millenaria ed i cui precetti tradizionali, denominati *dharma*, si rinvengono in una lunga serie di testi a carattere filosofico-sacrale prima che giuridico⁶.

Ad esso, tuttavia, gli Inglesi, nel corso del periodo coloniale, apportarono alcune modifiche, con il dichiarato intento d'ammmodernarlo e di rimuoverne gli aspetti ritenuti maggiormente retrivi e che più urtavano la

⁴ Si tratta dei diritti indù, islamico, cristiano, parsi ed ebreo. Come scrive Lorenza Acquarone, «*Il diritto di famiglia indiano è un labirinto in cui può sembrare difficoltoso orientarsi. [...] Per individuare la disciplina che regola una controversia in materia matrimoniale occorre, innanzitutto, considerare a quale comunità appartengono le parti coinvolte. Diverse leggi disciplinano la fattispecie e sono applicabili su base personale, ossia a seconda della comunità di appartenenza: esiste una normativa sul matrimonio e sullo scioglimento dello stesso per gli hindu, una per i musulmani, una per i parsi ed, inoltre, una applicabile ai matrimoni tra appartenenti a comunità diverse o a coloro che hanno contratto solo matrimonio civile.*» (ACQUARONE, *op. cit.*, 91; una sintesi completa delle regole per determinare quale diritto si applichi si trova in P. DIWAN - P. DIWAN, *Family Law: Hindus, Muslims, Christians, Parsis and Jews*, IX ed., Faridabad, 2012, 2 ss.)

⁵ Peraltro, il diritto indù si applica, per espressa previsione normativa, anche ad alcuni gruppi religiosi diversi, segnatamente ai Sikh, ai Giainisti ed ai Buddisti. In relazione alla materia matrimoniale, v. il primo comma, lettera b) dell'articolo 2 dell'*Hindu Marriage Act*, che prescrive: «*[t]his Act applies [...] to any person who is a Buddhist, Jaina or Sikh by religion*». Inoltre, per effetto della successiva lettera c), tale diritto si applica anche a coloro che non sono membri delle comunità islamica, cristiana, parsi od ebraica, «*unless it is proved that any such person would not have been governed by the Hindu law or by any custom or usage as part of that law in respect of any of the matters dealt with herein if this Act had not been passed.*» (cfr. DESAI, *op. cit.*, 840).

⁶ Tuttavia, accanto a questi testi, si trovava la consuetudine, che aveva un'origine diversa ed una diversa legittimazione. Il *dharma*, infatti, era legge eterna ed immutabile, la condizione necessaria affinché l'ordine sociale potesse essere raggiunto; si trattava di regole che non erano state create dall'uomo, bensì da questo esclusivamente scoperte, poiché conseguenza del *Veda*, che non poteva avere origine in alcuna attività umana. Per converso, l'uso era prodotto dell'uomo, la sua forza derivava dal fatto che lo si fosse osservato per un tempo immemorabile; esso traeva, quindi, il suo vigore dalla propria antichità. Anche il loro oggetto era diverso: il primo indicava quale condotta tenere per procurarsi un beneficio spirituale, descrivendo condotte che avevano carattere religioso, la cui violazione comportava un peccato ed il rischio d'una *caduta* che solo determinate penitenze potevano evitare; la seconda, invece, conteneva delle prescrizioni che erano religiosamente neutre, potendo pure, in ipotesi, essere *adharmica*. In quest'ultimo caso, in virtù dell'età, al costume ci si sarebbe dovuti attenere e chi l'avesse rispettato non avrebbe potuto essere oggetto di biasimo; ciononostante, detta condotta, ove osservata al difuori del territorio in cui essa prevaleva, avrebbe continuato a costituire peccato. (cfr. LINGAT, *La tradizione giuridica dell'India*, Milano, 2003, 247 ss.).

loro sensibilità occidentale⁷; tale azione, inoltre, ebbe l'effetto d'enfatizzare l'importanza delle fonti scritte rispetto alle diverse consuetudini. Così, con la promulgazione del primo Codice di Procedura Civile del 1882, tutte le aree del diritto, ad eccezione dello statuto personale, si trovarono ad essere governate da codici, il che segnò l'inizio d'una secolarizzazione del diritto, soccorsa anche dal sistema di tribunali istituiti dagli Inglesi. Questa secolarizzazione raggiunse persino alcune pratiche religiose con leggi che regolavano il sistema castale e l'istituto matrimoniale. Contemporaneamente, il governo coloniale si servì altresì della diversità di culto come elemento di discriminazione al fine di strutturare il sistema giuridico. Per esempio, gli Inglesi adottarono una politica nota come «*the Islamization of Muslim law and the Sanskritization of Hindu law*». Tale politica condusse ad una svalutazione dell'importanza del diritto personale, limitato a ciò che era contenuto negli antichi testi sacri, in tal modo privilegiando l'interpretazione dell'esperienza religiosa locale da parte dei colonizzatori al reale sentire della popolazione. Non solo tale attività ermeneutica fu influenzata dalle categorie giuridiche inglesi, ma effetto della politica summenzionata fu anche che «*religion and personal laws [were established] as important signifiers of community identity, as the colonial legal structure administered a unified Muslim law hitherto unknown in India*».⁸

E tale spinta innovatrice⁹ non s'arrestò neppure a séguito dell'indipendenza – ma, anzi, acquistò ulteriore momento¹⁰; e, infatti, alla

⁷ Così, per esempio, fra i vari provvedimenti adottati dai colonizzatori si trovano norme volte a contrastare il fenomeno del *sati*, ossia il costume secondo cui era ritenuta meritevole di grande lode la vedova che si fosse immolata sulla pira funebre del marito, o dei matrimoni di fanciulli. Per quanto riguarda il primo, dapprima, gli Inglesi provarono a regolarlo, seguendo l'esempio degli imperatori Moghul, richiedendo che il rito fosse compiuto in presenza di pubblici ufficiali e secondo le consuetudini; nel 1827, però, il Governatore del Bengala emanò la *Sati Regulation, XVII*, con cui si criminalizzava il *sati* – e che fu confermata dal *Privy Council* nel 1832, a séguito d'un appello da parte di alcuni brahmani ortodossi locali, che s'erano associati per impugnare la validità di tale *Regulation* fino alla più alta corte. Con l'adozione dell'*Indian Penal Code* del 1860, poi, il *sati* fu proibito in tutto il *British Raj*. In quanto al secondo fenomeno, dapprima i colonizzatori si concentrarono sul regolare l'età minima per poter legalmente prestare il consenso all'atto sessuale – fissandola innanzitutto a dieci anni nel Codice Penale, per poi innazarla a dodici, nel 1891, con l'*Age of Consent Act* – e solo in un secondo tempo legiferarono in tema di *impedimentum aetatis*: il *Child Marriage Restraint Act* del 1929 proibiva la celebrazione delle nozze, ove i nubendi fossero di età inferiore ai quattordici e diciotto anni, secondo che si trattasse, rispettivamente, della moglie e del marito.

⁸ YILDRIM, *Expanding Secularism's Scope: An Indian Case Study*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2004.

⁹ Che fu, ad onor del vero, abbastanza timida, e peraltro ebbe l'effetto di causare un blocco nell'evoluzione naturale del diritto indù, come sottolineato dalla *Law Commission* che,

metà degli anni Cinquanta, il cosiddetto *Hindu Code* fu promulgato. Si tratta di quattro leggi diverse¹¹, promulgate fra il 1955 ed il 1956, che miravano a codificare e rendere certo il diritto indù in vigore oltre ad abrogarne talune previsioni¹², eliminando, per esempio, le discriminazioni sulla base del sesso che ancora vi si trovavano, così conferendo alle donne una posizione paritaria rispetto a quella degli uomini; sicché, per esempio, fu proibita la poligamia, fu attribuito alle mogli il diritto di succedere nel patrimonio del coniuge e fu ampliato il novero dei casi in cui è possibile agire per divorzio e mantenimento¹³.

nel Marzo del 1974, nel suo 59° rapporto, così commentò: «[t]he [...] constraint which stalled the progress of Hindu Law during the British regime, flowed from purely political considerations. As a foreign power ruling over a very large country, it was the declared policy of the British not to interfere with the customs, faiths and beliefs of the population over which it ruled and, naturally, the British Government frowned upon any effort to make radical changes in the provisions of the Hindu law, though Hindu reformers were agitating for such changes from time to time. No doubt, some laws were passed to meet the demand of social reform; but the efforts for changes in personal law were never positively encouraged and the steps taken in that direction were slow, halting and reluctant. That is how the growth of Hindu law was arrested during the whole of the British period in the history of India».

¹⁰ Come scrivono Vincenzo Varano e Lorenza Barsotti, infatti, «l'indipendenza dell'India, raggiunta nel 1947, non ha significato una rimessione in discussione delle concezioni radicatesi al tempo della dominazione britannica, né ha messo in pericolo l'opera di legislazione compiuta fino a quella data. Tagliando fuori dall'India le masse musulmane residenti in Pakistan e nel Bengala, l'indipendenza ha, innanzitutto, ridotto a due i grandi protagonisti della vita giuridica indiana: il diritto (a base legale) territoriale ed il diritto indù.» (VARANO - BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2010, 538)

¹¹ Segnatamente, si tratta dei già menzionati *Hindu Marriage Act*, *Hindu Succession Act*, *Hindu Minority and Guardianship Act* e *Hindu Adoptions and Maintenance Act*.

¹² Così Derret, uno dei massimi esperti di diritto indù, descrive il processo: il diritto indù in India è stato consolidato in quattro diverse leggi fra il Maggio del 1955 ed il Dicembre dell'anno successivo; tale processo, che è conveniente definire "consolidazione", «lacks some of the characteristics of a conventional code, since there remain important parts of the Hindu law which are either entirely or substantially untouched by the legislation.» E, tuttavia, quella porzione di sistema che è stata investita da quest'operazione è stata modificata in maniera così radicale da renderla quasi irricognoscibile, essendo stata «the culmination of a long process of modification and reform, both by way of judicial legislation and by statute, of the ancient legal system indigenous to India and known as the dharmaśāstra.» (DERRETT, *Statutory Amendments of the Personal Law of Hindus Since Indian Independence*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1958, 380).

¹³ Cfr., per esempio, R. SHARMA, *Indian Society: Institutions and Change*, Nuova Delhi, 2004, 121 e DERRETT, *op. cit.*, 381 ss.

2. L'articolo 7 dell'*Hindu Marriage Act*

Nella materia matrimoniale, dunque, i rapporti fra cittadini indiani di religione indù sono oggi regolati dall'*Hindu Marriage Act*, del 1955. Questa legge, tuttavia, non ha completamente escluso l'applicabilità del diritto classico, richiamandolo in alcune previsioni; un esempio di ciò è rappresentato dall'articolo 7 dello statuto che, in tema di forma del matrimonio, postulando l'irrelevanza d'un'eventuale trascrizione, attribuisce importanza alla sola celebrazione secondo un rito consuetudinario¹⁴. Pertanto, un matrimonio è valido se solennizzato in conformità alle liturgie ed alle cerimonie tradizionali di uno dei due nubendi¹⁵. Il termine

¹⁴ Varî sono i motivi che hanno indotto lo Stato indiano a regolare siffattamente il tema della validità formale: innanzitutto il desiderio di non interferire nella sfera religiosa degli Indù, atteso che nella tradizionale concezione di costoro, il matrimonio è considerato un importante sacramento che crea un vincolo indissolubile ed eterno, che è l'equivalente microcosmico dell'unione macrocosmica dell'universo come simbolizzata dal ciclo del sole e della luna – secondo il diritto indù, il matrimonio è un sacramento e non già un contratto; esso è uno dei riti religiosi obbligatori per ogni Indù. Secondo gli *shastra*, il dono della figlia ad uno sposo adeguato costituisce uno dei doveri sacri del padre che, ove osservato, gli procurerà grandi benefici spirituali (cfr. BUXBAUM, *Family Law and Customary Law in Asia: A Contemporary Legal Perspective*, L'Aja, 1968, 210). Altra, più pragmatica ragione è legata alla consapevolezza, da parte del legislatore, della probabile inutilità di un eventuale intervento in quest'ambito: in India gran parte della popolazione ancora vive in piccoli villaggi rurali, talvolta isolati e afflitti da un alto tasso di analfabetismo, sicché con l'imposizione di requisiti formali e la previsione normativa di una forma univoca di matrimonio potrebbero pericolarsi gli interessi di molte donne, che, celebrate le nozze secondo un rito tradizionale e confidando nelle tutele loro offerte dallo *status* di coniuge, rischierebbero di trovarsi prive (per una breve analisi di quest'aspetto, cfr. MENSKI, *Hindu Law. Beyond Tradition and Modernity*, Nuova Delhi, 2003, 319-321). Nelle parole di Desai, «[p]ersons belonging to different communities and different castes of Hindus have, in some places in India, different views respecting ceremonial observances and a different estimate of what are generally regarded as the essential rites and ceremonies which must accompany the performance of marriage. It is both just and reasonable, therefore, that the question of requisite ceremonies must be adjusted in accordance with the custom and usage followed by them or either of them.» (DESAL, *op. cit.*, 865).

¹⁵ Durante i lavori preparatori, era stato proposto di introdurre, per gli Indù, una cerimonia civile di celebrazione delle nozze alternativa a quella religiosa, ma questo progetto non ottenne grandi consensi. Nella versione originale dell'*Hindu Code*, infatti, erano previste due forme di matrimonio per gli Indù: accanto a quella religiosa, era prevista quella civile. Per contrarre matrimonio religioso, era necessario seguire le formalità previste dalla tradizione; per quello secolare, invece, era sufficiente che ciascuna parte dichiarasse, davanti a tre testimoni e ad un *marriage officer*, la propria intenzione di sposare l'altra parte, ripetendo “*I take thee to be my lawful wife (husband)*”. Questa seconda forma di matrimonio non incontrò, però, il favore del legislatore e fu, quindi, rimossa dalla versione finale dell'*Hindu Marriage Act*. In compenso, «*this form has been provided in the Special Marriage Act, 1954. Thus a*

“solemnise”, in tale contesto, significa «*to celebrate the marriage with proper ceremonies and in due form*». Quindi, salvo che le nozze siano celebrate seguendo i riti tradizionali e le forme imposte dalla consuetudine, esse non possono dirsi “solennizzate” in conformità alla norma. Il mero compimento di talune formalità accompagnato dalla volontà di unirsi in matrimonio non ha rilevanza per il diritto, se tali formalità non coincidono con quelle prescritte dagli usi¹⁶.

E, pur non richiedendo necessariamente il rito del *saptapadi*, l’articolo in parola soggiunge che, ove l’unione sia così celebrata, il matrimonio è perfetto col compimento del settimo passo¹⁷. Come si vede, non è concretamente prescritta alcuna cerimonia, ma bensì alle parti è lasciata libertà di scelta, purché essa sia esercitata in conformità con una consuetudine applicabile ad almeno uno dei nubendi. Tale previsione muove dal principio che, poiché il matrimonio è uno dei *samskara* per tutti gli Indù, esso deve essere officiato secondo il rito religioso appropriato, riconoscendo il fatto che questi riti mutino sia diatopicamente sia in relazione alla casta od alla comunità coinvolta¹⁸.

Ciò importa, pertanto, la necessità di accertare se una data pratica integri gli estremi di consuetudine. L’articolo 3 soccorre a tal fine, fornendo una definizione prescrittiva di uso come

«any rule which, having been continuously and uniformly observed for a long time, has obtained the force of law among Hindus in any local area, tribe, community, group or family;

Provided that the rule is certain and not unreasonable or opposed to public policy;

*and Provided further that in the case of a rule applicable only to a family it has not been discontinued by the family*¹⁹.»

Hindu who desires to marry in that form must have recourse to that Act and also face the consequences flowing from that Act». (P. DIWAN, The Hindu Marriage Act, 1955, in The International and Comparative Law Quarterly, 1957, 264

¹⁶ DESAI, *op. cit.*, 864. L’autore, in questo caso, accoglie e fa sua la *ratio decidendi* adottata dalla Corte Suprema in *Bhaurao Shankar Lokhande v. State of Maharashtra*, AIR 1965 SC 1564, per cui *v. infra*.

¹⁷ L’articolo 7 dell’*Hindu Marriage Act* stabilisce che «*[a] Hindu marriage may be solemnized in accordance with the customary rites and ceremonies of either party thereto. Where such rites and ceremonies include the Saptapadi (that is, the taking of seven steps by the bridegroom and the bride jointly before the sacred fire), the marriage becomes complete and binding when the seventh step is taken.*»

¹⁸ DESAI, *op. cit.*, 864.

¹⁹ Appare senz’altro curioso, agli occhi del giurista occidentale, che il legislatore indiano abbia deciso di riconoscere come vincolanti anche le sole consuetudini familiari. La Corte Suprema ebbe modo di esprimersi su tali usi in *Pushpavathi Vijayaram v. P. Visweswar*, AIR

In relazione a ciò, Desai commenta che laddove una casta sia riuscita a stabilire proprie usanze in tema di forma e di requisiti per la validità di un matrimonio, tali costumi sono «*transcendent law*» e, in quanto tali, vincolano non solo le parti, ma anche le corti, che non possono astenersi dal riconoscerle e darvi effetto²⁰.

Il citato articolo menziona, come visto, costumi praticati per lungo tempo, a differenza di quanto accadeva nel periodo coloniale, quando i giudici inglesi, ai fini del riconoscimento di un uso, chiedevano ch'esso fosse antichissimo e che fosse seguito da tempo memorabile. Questa differenza causò un serio problema di qualificazione giuridica: segnatamente, quale dovesse esser l'età di una consuetudine affinché soddisfacesse il cennato criterio. Ed è in relazione proprio all'articolo 7 che ciò ha assunto maggior rilevanza: innanzi alla Corte Suprema, infatti, sono frequentemente giunti appelli contro decisioni che affrontavano il tema della forma del matrimonio ed essa, dapprima, si è espressa nel senso di interpretare l'espressione «*observed for a long time*» alla maniera dei giudici inglesi, dando così prevalenza ai riti descritti negli *śāstra*, a detrimento delle nuove costumanze. Quest'approccio configgeva, però, coll'inerente flessibilità dell'Induismo, nonché coll'esigenza di tenere il passo col progresso della società e di tutelare l'affidamento di cui, in buona fede, si era conformato ad una norma che riconosceva come vincolante.

Esaminando la giurisprudenza della Corte Suprema, emerge come, sostanzialmente, le controversie in cui la detta questione acquista rilievo siano due: le impugnazioni contro le condanne per bigamia²¹ e le liti in materia di alimenti e mantenimento.

1964 SC 118, confermando che ad essi s'applicano le norme generali in tema di consuetudine; tuttavia, in considerazione della possibile esiguità di casi in cui essi sono concretamente applicati, per accertarne l'esistenza è opportuno considerare «*the consensus of opinion amongst the members of the family, the traditional belief entertained by them and acted upon by them, their statements, and their conduct*».

²⁰ DESAI, *op. cit.*, 651.

²¹ Malgrado il matrimonio, nella sua dimensione classica, fosse considerato un *saṃskāra*, un sacramento, e, come tale, per natura, monogamico – talché la poligamia era considerata una deviazione da questo ideale ed ammessa esclusivamente come eccezione; così, per esempio, nel trattato di Manu, IX.81, ciò era consentito la scelta di una nuova moglie avesse contribuito a preservare l'ordine universale ed assolvere il *dharma*, vale a dire per sostituire una donna sterile o che avesse partorito solo figli non vitali o figlie femmine o che, infine, *avesse parlato in maniera sgradevole* –, col passare del tempo si andò affermando una diversa consuetudine che considerava la poligamia diritto d'ogni Indù. Le ragioni di questo mutamento non sono chiare e sono state frequentemente oggetto d'indagine, senza, però, che sia stato possibile giungere ad una risposta univoca (cfr., *ex multis*, M. R. SHARMA, *Marriage in Ancient India*, Nuova Delhi, 1994, 113, MISHRA, *Ancient Hindu Marriage Law and*

Uno dei primi casi in cui si affronta l'interpretazione dell'articolo in parola è *Bhaurao Shankar Lokhande v State of Maharashtra*²². Il ricorrente era un uomo recentemente convertitosi al Neobuddhismo e ch'era stato tratto a giudizio per bigamia, avendo contratto matrimonio nel 1962, pur essendo già legato da precedente vincolo; costui impugnava la sentenza in cui era stato riconosciuto colpevole, argomentando che «*in law it [is] necessary for the prosecution to establish that [his] alleged second marriage [...] ha[s] been duly performed in accordance with the religious rites applicable to the form of marriage gone through*» e che, di conseguenza, poiché i riti essenziali per solennizzare le nozze non erano stati validamente osservati, il secondo matrimonio era formalmente imperfetto e l'impugnata sentenza doveva essere annullata. A questa conclusione si opponeva lo Stato del Maharashtra, sostenendo che i nubendi s'erano conformati all'uso prevalente presso la loro comunità per la celebrazione della forma *gāndharva*²³ di matrimonio e che, inoltre, ai fini della punibilità per il reato di bigamia, non era necessario che le nuove nozze della persona non libera di stato fossero valide e che, anzi, il reato previsto e punito dall'articolo 494 del Codice Penale Indiano era integrato pure quando il secondo matrimonio era nullo sulla base del diritto applicabile al soggetto in parola.

Practice, Nuova Delhi, 1994, 161 e MENSKI, *op. cit.*, 380-381); tuttavia, in conformità a tale tendenza, avanti la promulgazione dell'*Hindu Marriage Act*, la poligamia era quasi universalmente considerata lecita e fu solo con l'adozione di tale legge che il quadro giuridico mutò. Oggi, per effetto del combinato disposto degli articoli 5.1 e 17, il matrimonio contratto da chi non sia libero di stato è nullo (cfr. DESAI, *op.cit.*, 977) ed al bigamo si applicano le pene previste dagli articoli 494 – «*whoever, having a husband or wife living, marries in any case in which such marriage is void by reason of its taking place during the life of such husband or wife, shall be punished with imprisonment of either description for a term which may extend to seven years, and shall also be liable to fine.*» – e 495 – «*whoever commits the offence defined in the last preceding section having concealed from the person with whom the subsequent marriage is contracted, the fact of the former marriage, shall be punished with imprisonment of either description for a term which may extend to ten years, and shall also be liable to fine.*»

²² *Bhaurao Shankar Lokhande v. State of Maharashtra*, AIR 1965 SC 1564.

²³ Si tratta di una forma matrimoniale tradizionale propria del subcontinente indiano, basata sulla mutua attrazione fra un uomo ed una donna, caratterizzata dall'assenza di complesse cerimonie e dal fatto che, anche in tempi remoti, l'unione non era stata necessariamente combinata dai genitori. Riprovata da alcuni autori degli *śāstra* che la consideravano segno di promiscuità, era tuttavia considerata valida, soprattutto per i membri delle caste inferiori. Manu, che, al contrario, la considera preferibile per i membri di tutte le caste, eccetto i *brāhmana*, così la descrive: «*un'unione fra una fanciulla e il suo pretendente che sia voluta da entrambi va riconosciuta come gāndharva, basata sull'incontro sessuale e generata dal desiderio.*» (SQUARCINI - CUNEO (a cura di), *Il trattato di Manu sulla norma*, Torino, 2010, 48).

La Corte Suprema interpretò l'espressione «*whoever [...] marries*» nel testo della norma incriminatrice come «*whoever marries validly*»: infatti, se un matrimonio non è stato validamente celebrato, non vi è possibilità che il medesimo sia nullo perché contratto da persona non di stato libero. Il giudice continuò, asserendo che nemmeno il mero fatto della convivenza *more uxorio* fra un uomo ed una donna, anche laddove essi si fossero presentati alla comunità come consorti e fossero così percepiti dai consociati, era sufficiente a conferire lo *status* di coniuge. Passando, poi, all'esame della liturgia matrimoniale, fu accertato che i nubendi avevano seguito un rito semplificato, che comprendeva il reciproco scambio di ghirlande ed il tocco delle rispettive fronti; questo nuovo cerimoniale s'era andato diffondendo presso la loro comunità nel lustro precedente e differiva da quello tramandato dai locali usi. La Corte, ritenendo che «*the departure from the essentials cannot be said to have become a custom*», accolse il gravame, perché

«it is essential for the purpose of Section 17 of the Act, that the marriage [...] should have been celebrated with proper ceremonies and in due form. Merely going through certain ceremonies with the intention that the parties be taken to be married will not make the ceremonies prescribed by law or approved by any established custom.»

In *Kanwal Ram v Himachal Pradesh Administration*²⁴, una sentenza di poco successiva, questo principio fu confermato, quando la Corte, investita dell'appello contro una condanna per bigamia pronunciata nei confronti di un uomo sposato che aveva volontariamente contratto matrimonio con un'altra donna, iterò che la fattispecie criminalizzata dall'articolo 494 dell'*Indian Penal Code* era integrata solo quando i riti della tradizione fossero stati correttamente celebrati. Il collegio accertò che entrambi i nubendi appartenevano ad un villaggio dell'Himachal Pradesh ov'era diffusa una forma consuetudinaria di matrimonio conosciuta come *praina*²⁵. Tuttavia, avendo adottato un rigido approccio in tema di prova, che aveva ritenuta insufficiente persino la confessione da parte dell'imputato²⁶, la Corte

²⁴ *Kanwal Ram v. Himachal Pradesh Administration*, AIR 1966 SC 614

²⁵ Che la stessa Corte Suprema così descrisse: «*first some agnatic relation of the bridegroom goes to the bride's house and offers her "suhag". Thereafter, a relation of the bride who is called Prainu, brings her to the house of the bridegroom. There at the door of the house of the bridegroom coins are put in a pot and then Puja and Katha (reading of holy scriptures [sic]) are held. The bride then nicks up the pot and takes that to the family hearth and bows there. Then she makes obeisance to the father-in-law and the mother-in-law and other elders in the family. Lastly, with feasting the ceremonies end.*»

²⁶ La Corte in merito allo specifico punto in questione, precisò come fosse chiaro che, in diritto, una tale ammissione non potesse essere considerata come prova del fatto che un

Suprema assolse quest'ultimo, ritenendo nulle le seconde nozze, non essendo stato dimostrato che esse fossero state solennizzate in maniera conforme agli usi.

Si tratta, com'è evidente, di un approccio estremamente legalistico²⁷, giustificato dal desiderio di tutelare retroattivamente coloro che si trovavano ad avere più d'una consorte, in considerazione del fatto che, come accennato *supra*²⁸, prima della promulgazione dell'*Hindu Marriage Act*, la bigamia era stata lecita. Tuttavia, già verso la metà degli anni Ottanta, cominciarono a manifestarsi evidenti i difetti di quest'orientamento: tale rigore, quando applicato nei casi in cui si controverteva in tema non già di bigamia bensì di mantenimento, aveva come conseguenza di danneggiare gli interessi di mogli e figli, che si trovavano così privati della protezione e del sostentamento loro necessari.

La soluzione accolta dalla Corte Suprema, per porre rimedio a questo problema, rappresenta un esempio dell'arte inglese del *distinguishing*: da un lato, essa non rigettò apertamente la propria giurisprudenza precedente – che, anzi, è ancora seguita nei procedimenti penali per bigamia –, tuttavia, dall'altro, essa indebolì la propria intransigenza; e, così, a partire da *Sumitra Devi v. Bhikan Choudhary*²⁹, si può osservare un mutato orientamento, più favorevole verso le parti deboli del rapporto, che avrebbe condotto al riconoscimento di una presunzione di validità del matrimonio, che così può

secondo matrimonio era stato validamente celebrato, aggiungendo che, «*in a bigamy case, the second marriage is a fact, that is to say, the ceremonies constituting it, must be proved.*»

²⁷ Un approccio confermato anche nella successiva sentenza *Priya Bala Ghosh v. Suresh Chandra Ghosh*, AIR 1971 SC 1153, in cui la Corte Suprema confermò che, nei casi di bigamia, una confessione da parte dell'imputato non può essere trattata come prova del fatto che un secondo matrimonio abbia avuto effettivamente luogo: «*in such cases it must be proved by the prosecution that the second marriage as a fact has taken place after the performance of the essential ceremonies.*» Un simile orientamento, peraltro, è stato criticato da alcuni commentatori, come, per esempio, Anand, che sostiene che, nel frattempo, presso taluni gruppi sociali, la liturgia matrimoniale si è andata snellendo, fino a considerare come valida la mera manifestazione della volontà delle parti di prendersi, rispettivamente, come marito e moglie, espressa attraverso lo scambio di ghirlande o anelli in presenza di parenti ed amici; tali cerimonie semplificate dovrebbero, pertanto, essere riconosciute come valide anche dall'autorità. Dopotutto, secondo l'autore, molti dei riti precedentemente in voga sono stati superati: è il caso della recitazione dei mantra durante il *saptapadi*, che spesso viene velocizzata o direttamente omessa dall'officiante, dietro la corresponsione d'una somma di danaro. Concludendo, egli si domanda retoricamente perché mai il diritto non dovrebbe tenere il passo con la società e non riconoscere i nuovi riti che sono emersi nella società per celebrare le unioni (ANAND, *Let the maintenance jurisprudence have a heart*, in *Panjab University Law Review*, 1992, *passim*).

²⁸ V. nota 21.

²⁹ *Sumitra Devi v. Bhikan Choudhary*, AIR 1985 SC 765.

sintetizzarsi: quando è provato che un matrimonio è stato celebrato in fatto, la validità in diritto della celebrazione sarà presunta. Vi è, quindi, un evidente *favor matrimonii*, da cui consequenzialmente scaturisce anche una presunzione in favore della legittimità dell'eventuale prole, se dal momento della cerimonia le parti sono state considerate dai consociati come marito e moglie e sono state così descritte in documenti ufficiali o in occasioni pubbliche. In altre parole, tale presunzione si applica quando si controverte sul fatto che siano stati rispettati i requisiti formali di un valido matrimonio³⁰.

Come detto, questo nuovo approccio comincia, timidamente, a manifestarsi nella sentenza *Sumitra Devi v. Bhikan Choudhary*, un caso che riguardava un'azione per il riconoscimento del diritto agli alimenti. La ricorrente, risultata soccombente nel grado precedente, impugnava la sentenza dell'Alta Corte che le aveva dato torto, ritenendo che le nozze non fossero state validamente celebrate. La Corte Suprema scrisse

«there is no doubt that in order that there may be a valid marriage according to Hindu law, certain religious rites have to be performed. [...] It is equally true that there can be a marriage acceptable in law according to customs which do not insist on performance of such rites as referred to above and marriages of this type give rise to legal relationships which law accepts.»

Si assiste qui ad una critica dell'operato del giudice d'appello, che non aveva considerato diversi elementi, fra cui il fatto che per un decennio le parti avessero convissuto, che documenti pubblici – fra cui anche le liste elettorali – li descrivevano come coniugi e che diversi testimoni avevano

³⁰ Satyajeet A. Desai, *op. cit.* 650-651. La Corte Suprema, nel 2004, nella sentenza *Reema Aggarwal v Anupam & ors.*, 2004 (1) SCR 378, spiegò la *ratio* di questa presunzione, ricordando come, nella concezione indù, il primo matrimonio di una persona sia un sacramento, contratto per senso del dovere e non solo per gratificazione personale; sicché, *«when the fact of celebration of marriage is established it will be presumed in the absence of evidence to the contrary that all the rites and ceremonies to constitute a valid marriage have been gone through. [...] So also where a man and woman have been proved to have lived together as husband and wife, the law will presume, until contrary be clearly proved, that they were living together in consequence of a valid marriage and not in a state of concubinage.»* Più avanti, nella medesima sentenza, il collegio precisa, però, che la presunzione è esclusa quando l'uomo era già sposato o vi erano ostacoli insormontabili alla celebrazione del matrimonio. Tuttavia, quando una donna agisce per vedersi riconoscere il diritto agli alimenti, quanto statuito finora dev'essere interpretato a mente di quanto sostenuto in *K. Vimal v K. Veeraswamy* (1991) 2 SCC 375, ovvero sia che *«when an attempt is made by the husband to negative the claim of the neglected wife depicting her as a kept-mistress on the specious plea that he was already married, the court would insist on strict proof of the earlier marriage.»*

confermato che la ricorrente era riconosciuta come moglie del resistente presso la loro comunità. A tale riguardo, il Collegio commentò che tali fatti non avrebbero dovuto essere totalmente trascurati, perché è in generale possibile che, a causa di un errore da parte di uno degli avvocati, i testimoni non siano stati escussi in merito alla liturgia seguita all'atto di celebrare le nozze ovvero che il magistrato investito della causa possa aver omesso di registrare tali eventuali dettagli, limitandosi a riferire che generiche cerimonie ebbero luogo. Per questi motivi, la corte accolse il gravame, annullò con rinvio l'impugnata sentenza ed invitò il Giudice *ad quem* a rinnovare l'istruzione probatoria quanto al *factum* del matrimonio.

In questa sentenza, tuttavia, il processo era ancora, com'è evidente, allo stato embrionale. In *S.P.S. Balasubramanyam v. Suruttayan*³¹, invece, questo nuovo orientamento appare ormai affermato. Si trattava d'una complessa disputa immobiliare, in cui un uomo aveva sposato una donna, pur continuando a convivere con un'altra. Con quest'ultima aveva avuto dei figli e ad uno di questi aveva venduto la propria quota dell'eredità paterna; questa cessione era impugnata dagli altri eredi del *de cuius*. La Corte Suprema era qui chiamata a determinare lo *status* di tale figlio, poiché solo dalla sua legittimità poteva valutarsi la validità del negozio contestato, atteso che esso aveva ad oggetto alcuni beni di cui il titolare poteva disporre solo in maniera molto limitata, in quanto appartenenti alla peculiare categoria della *ancestral and coparcenary property*³². Il giudice di primo grado aveva argomentato che il cessionario non poteva godere dello *status* di figlio legittimo, perché la madre doveva essere considerata mera concubina del padre. Il figlio aveva, allora, interposto appello e nel secondo giudizio era stata, invece, applicata una presunzione di valido matrimonio, giacché i due genitori avevano convissuto come marito e moglie per lungo tempo – sin dal 1920 –; di conseguenza, il ricorrente era stato considerato figlio legittimo. Gli altri eredi avevano impugnato la sentenza innanzi all'Alta Corte di Madras, che aveva adottato l'approccio opposto, nuovamente qualificando il cessionario come figlio illegittimo³³. Per tale motivo, egli aveva presentato ricorso innanzi alla Corte Suprema. Il collegio richiamò la propria giurisprudenza,

³¹ *S.P.S. Balasubramanyam v. Suruttayan*, AIR 1994 SC 133.

³² Si tratta di un istituto proprio del diritto successorio secondo i dettami della scuola del *Mitākṣarā* e, che, purtroppo, non può essere approfondito in questa sede per ragioni di spazio; a tal proposito, si rimanda a P. DIWAN - P. DIWAN, *op. cit.*, 388 s. e DESAI, *op. cit.*, 332 s.

³³ A sostegno di tale conclusione, la corte aveva addotto che né il nome del giovane né quello della madre erano contenuti nel testamento del nonno o nell'atto con cui il padre e gli altri fratelli avevano suddiviso fra sé l'asse ereditario; infatti, secondo i giudici, se il figlio fosse stato da considerarsi legittimo, egli sarebbe certamente stato ivi menzionato.

ossia che quando due persone di sesso diverso abbiano convissuto *more uxorio* per un lungo periodo, sorge una presunzione *juris tantum* di valido matrimonio fra i due. Nel caso concreto, era stato accertato da tutte le corti sottostanti che il padre e la madre del giovane avevano convissuto a lungo, ma l'Alta Corte aveva, sulla base di meri elementi indiziari, ritenuto che tale presunzione fosse stata superata. La Corte Suprema s'interrogò se «*any of the circumstances taken individually or together were sufficient to warrant the finding that the presumption stood rebutted*» e raggiunse la conclusione che tali elementi non erano sufficienti a giustificare una disapplicazione della presunzione. Per tali motivi, la Corte Suprema, annullando l'impugnata sentenza, confermò quella precedente pronunciata dalla Corte di Appello.

In questo panorama ciò che appare curioso è che, quasi contemporaneamente, la stessa Corte Suprema, in *Surjet Kaur v Garja Singh*³⁴ giunse ad una conclusione diametralmente opposta³⁵. Si trattava di una causa ereditaria in cui i parenti superstiti di un uomo di religione sikh agivano contro la vedova del *de cuius*, la quale lo aveva sposato in forma *karewa* e, perciò, senza cerimonie religiose³⁶, a séguito del decesso del di lei primo marito. Il giudice di primo grado considerò il matrimonio valido e dichiarò soccombenti gli attori, che interposero appello; la sentenza fu confermata ed essi impugnarono nuovamente la decisione innanzi all'Alta Corte. Qui, il giudice ritenne che, non essendo state celebrate le cerimonie consuetudinarie, il matrimonio era nullo, così negando alla donna lo *status* di

³⁴ *Surjet Kaur v. Garja Singh*, AIR 1994 SC 135

³⁵ Ed è ancora più curioso se si considera che uno dei due membri del collegio che pronunciò la citata sentenza aveva anche fatto parte di quello che aveva deciso il caso *S.P.S. Balasubramanyam v. Suruttayan*.

³⁶ Il matrimonio *karewa* rappresenta una forma di levirato; conosciuta sotto il nome di *karewa*, *karao* o *chaddar andazi*, si tratta di una consuetudine che rimanda al rito del *niyog* descritto nel *Rigveda*, prevalente nelle regioni dell'Haryana e del Punjab ed associato ai più risalenti insediamenti ariani. Il *karewa*, ossia un lenzuolo bianco dai bordi colorati è posto dallo sposo sul capo della vedova, per mostrare che la accetta come moglie. Questa consuetudine dimostra il consenso dei consociati a che i due convivano come coniugi. È significativo che questa forma di seconde nozze non sia accompagnata da nessuna cerimonia religiosa: infatti, nessuna donna può sposarsi due volte in maniera rituale. Le donne sono ammesse a celebrare *biah* – il matrimonio religioso – una sola volta. Una volta sposatasi in maniera *karewa*, la donna può dismettere il lutto e riprendere ad indossare abiti colorati e gioielli. La coabitazione, qui, è talmente importante nella considerazione sociale, che, talvolta, essa è ritenuta sufficiente a legittimare l'unione ed a conferire lo status di coniugi. Si deve, però, trattare di convivenza presso la casa del marito; mere visite da parte della donna sono considerate condotta adulterina (CHOWDHRY, *Customs in a Peasant Economy: Women in Colonial Haryana*, In: S. SARKAR - T. SARKAR (a cura di), *Women and Social Reform in Modern India*, Bloomington 2008, 153).

erede. Avverso il provvedimento, ella aveva presentato ricorso avanti alla Suprema Corte, sostenendo che, nell'impugnata sentenza, il giudicante aveva ommesso di considerare che, nel caso di nuove nozze da parte d'una vedova, non sono richieste particolari cerimonie. A conferma di ciò, costei citava la sentenza *Charan Singh Harnam Singh v Gurdial Singh Hamam Singh*³⁷, in cui l'Alta Corte di Punjab e Haryana aveva sostenuto che «among Jats also no ceremonies are essential to a widow's re-marriage, but this is more specially the case where the second husband is the brother of the first» e che, di conseguenza, in questi casi per il solo fatto della coabitazione un uomo ed una donna acquisivano lo *status* di coniugi.

I resistenti, per converso, argomentavano che, innanzi al Giudice *a quo*, non era stata offerta prova della consuetudine prevalente nell'area in cui le parti avevano vissuto e che, pertanto, l'Alta Corte aveva raggiunto la corretta conclusione: dopotutto, continuavano, perché un uso potesse godere di applicazione giudiziaria, se ne dovevano provare l'antichità, la certezza e la ragionevolezza; inoltre, a mente di quanto statuito in *Bhaurao Shankar Lokhande v State of Maharashtra*, il mero fatto della convivenza di un uomo ed una donna non era sufficiente a conferire a costoro lo *status* di coniugi. Infine, pure dando per esistente tale consuetudine, poiché essa s'applicava solo ai casi di levirato, non sarebbe stata comunque applicabile al caso in questione, considerando che il secondo marito non era fratello del primo; di talché, le nozze in forma *karewa* non avrebbero potuto esser celebrate.

La Corte Suprema concordò con questi ultimi e confermò la sentenza³⁸, ripetendo che

³⁷ *Charan Singh Harnam Singh v. Gurdial Singh Hamam Singh*, AIR 1961 Punj 301.

³⁸ Questa decisione è stata oggetto di forti critiche. Menski, per esempio, scrive che in tale caso il giudice permise che fosse fatta un'ingiustizia; qui, secondo l'autore, le offese al decoro ed alla virtù di una donna sikh risposatasi, effettuate dagli altri eredi del marito al fine di privarla della sua quota di eredità, non colpirono i giudici come chiaro abuso del diritto (MENSKI, *Ancient and Modern Boundary Crossings Between Personal Laws and Civil Law in Composite India*, in NICHOLS, *Marriage and Divorce in a Multicultural Context: Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge 2012, 241; commenti simili si possono ritrovare pure in altri testi ad opera del medesimo autore, cfr. *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, Nuova Delhi, 2003, 318 e *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, II ed., New York, 2006, 254). Per un'interessante confronto, cfr. *Shakuntalabai & anr. v. L.V. Kulkarni & anr.*, AIR 1989 SC 1359, ossia un'altra controversia successoria, in cui la Corte Suprema si trovò a dover decidere se fossero valide le seconde nozze di una donna, celebrate secondo un rituale semplificato. Si trattava, qui, della forma *serai udiki* di matrimonio, praticata presso i *vīraśaiva* e che consiste nell'annodare un *toli*, ossia una collana, intorno al collo di una donna; si tratta di un rito che può essere celebrato solo se il precedente vincolo matrimoniale è stato sciolto (VIRDI, *Grounds for Divorce in Hindu and English Law*, Nuova Delhi, 1972, 34-35). Il

«the bare fact of the man and woman living as husband and wife does not, at any rate, normally give them the status of husband and wife even though they may hold themselves out before the society as husband and wife and the society treats them as such.»

A riportare ordine in questa contraddittoria situazione concorre la già menzionata sentenza *Reema Aggarwal v. Anupam & ors.*, riguardante un grave caso di maltrattamenti in famiglia: un uomo, insieme con alcuni familiari, aveva somministrato alla convivente una sostanza venefica, perché i parenti di costei rifiutavano di corrispondergli una somma di danaro a titolo di dote; sicché, l'agente ed i correi erano stati tratti a giudizio con l'accusa di tentativo di omicidio e di maltrattamenti³⁹. Il processo di primo grado si era, poi, concluso con un'assoluzione. Ciò che in questa sede rileva è la motivazione addotta dal giudice per escludere la sussistenza del secondo reato: argomentava, infatti, costui come, sulla base del tenore letterale della norma incriminatrice, affinché il reato di maltrattamenti fosse integrato, era necessario che fra l'agente e la vittima dei soprusi intercorresse un rapporto di coniugio o di affinità; poiché, nel caso concreto, il matrimonio fra i due era nullo, essendo stato contratto da persona non libera di stato, il reato non poteva dirsi sussistente. L'accusa e la parte civile avevano distintamente interposto appello ed entrambe le impugnazioni erano state rigettate mediante brevissime ordinanze; per tale motivo, la parte civile s'era risolta a ricorrere innanzi alla Corte Suprema.

La sentenza è molto interessante, perché, in essa il collegio compilò una breve rassegna giurisprudenziale riguardante la presunzione di valido matrimonio. Il giudice relatore prese le mosse dalla già ricordata regola secondo la quale

«where a man and woman have been proved to have lived together as husband and wife, the law will presume, until contrary be clearly proved, that they were living together in consequence of a valid marriage and not in a state of concubinage [...]. Where a marriage is accepted as valid by relations, friends and others for a long time it cannot be declared as invalid.»

collegio, in questo caso, ritenne provata la consuetudine che riconosceva come valido tale matrimonio e soggiunse, inoltre, che, poiché la donna ed il *de cujus* avevano convissuto come coniugi per lungo tempo successivamente alle nozze e come tali erano considerati dalla propria comunità, *«there was therefore, no scope for declaring the marriage illegal posthumously.»*

³⁹ Si tratta dell'articolo 498-A del Codice Penale Indiano, che punisce *«whoever, being the husband or the relative of the husband of a woman, subjects such woman to cruelty.»*

E, prendendo in considerazione il già citato caso Lokhande⁴⁰, affermò che non vi era contraddizione fra tale presunzione e quanto sostenuto in detta sentenza. La Corte, infatti, riconobbe che mentre, di primo acchito, sarebbe stato possibile considerare che tali osservazioni contrastavano colla lunga catena di precedenti, tuttavia, ad un più attento esame, risultava come, in realtà, tale percezione fosse erronea. Di fatto, nel caso Lokhande, il tribunale si era trovato investito di una causa penale per bigamia; e, in questi casi, l'ingrediente essenziale è rappresentato dal contrarre nuove nozze da parte di chi non sia libero di stato. Qui, come correttamente rileva il collegio, «*the thrust is mainly "marrying" as against subjecting of the woman to cruelty in Section 498A.*»

Com'è evidente, la Corte Suprema adoperò il canone ermeneutico conosciuto come *mischief rule*⁴¹ e concluse che il fenomeno che il legislatore aveva voluto impedire erano i maltrattamenti in famiglia, un male che prescindeva dal rapporto intercorrente fra agente e vittima; di conseguenza, secondo il collegio, la nozione di *marito* poteva essere allargata fino ad includere anche chi «*contract marriages ostensibly and cohabit with [a] woman, in the purported exercise of his role and status as 'husband'*». Per tali motivi, l'impugnata sentenza fu annullata con rinvio.

Merita, a questo punto, di essere segnalato che, perlomeno per quanto riguarda i casi in cui si controverte in tema di alimenti e di maltrattamenti in famiglia, l'orientamento elaborato nell'ambito del formante giurisprudenziale è stato accolto dal legislatore nel *Protection of Women from Domestic Violence Act 2005*. Infatti, l'articolo 2(a) di tale legge definisce come *aggrieved person*, qualsiasi donna che sia o sia stata in una relazione domestica col convenuto e che lamenti di essere stata sottoposta ad atti di violenza da parte di quest'ultimo, mentre il successivo articolo 2(f) definisce come *relazione domestica*, una qualsivoglia relazione fra due persone che convivono o hanno, in un qualsiasi momento, convissuto, quando essi siano legati da vincolo di parentela o di coniugio, d'adozione, oppure da una relazione *in the nature of marriage* o, infine, siano membri di

⁴⁰ V. *supra*.

⁴¹ Si tratta di un canone ermeneutico formulato per la prima volta in Inghilterra nel celebre *Heydon's Case* [1584] 76 ER 637, secondo cui il giudice, come ausilio per interpretare correttamente il significato di una norma, può analizzare quale fosse il difetto del diritto previgente che il legislatore si era prefisso di correggere con la regola in questione. Per un'analisi dell'istituto, si vedano ZWEIGERT - KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Volume I: Principi fondamentali*, Milano, 1992, 322 e BURNHAM, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, St. Paul, 1995, 57.

una *joint family*⁴². La Legge, inoltre, tratta anche di abuso economico, definendolo come

«*deprivation of all or any economic or financial resources to which the aggrieved person is entitled under any law or custom whether payable under an order of a court or otherwise or which the aggrieved person requires out of necessity including, but not limited to, household necessities for the aggrieved person and her children, if any, stridhan, property, jointly or separately owned by the aggrieved person, payment of rental related to the shared household and maintenance.*»

La Corte Suprema, in uno dei primi casi in cui si è trovata a dover applicare la citata legge⁴³, ha lamentato l'assenza della definizione di relazione *in the nature of marriage*, per poi sostenere che

«*[i]n our opinion Parliament by the aforesaid Act has drawn a distinction between the relationship of marriage and a relationship in the nature of marriage, and has provided that in either case the person who enters into either relationship is entitled to the benefit of the Act. It seems to us that in the aforesaid Act of 2005 Parliament has taken notice of a new social phenomenon which has emerged in our country known as live-in relationship. [...] In our opinion not all live-in relationships will amount to a relationship in the nature of marriage to get the benefit of the Act of 2005. [...] If a man has a 'keep' whom he maintains financially and uses mainly for sexual purpose and/or as a servant it would not, in our opinion, be a 'relationship in the nature of marriage'.*»

In tal modo, la Corte Suprema, per quanto attenta al fenomeno sociale, dimostra di non voler svalutare l'istituto matrimoniale, né le forme di convivenza che danno diritto a forme di tutela a favore della parte economicamente debole del rapporto nei confronti di quella forte.

3. Conclusioni

Come emerge da questa rassegna di giurisprudenza, la Corte Suprema, investita del compito di interpretare l'articolo 7 dell'*Hindu Marriage Act*, ha ripetutamente adottato dei canoni ermeneutici miranti al raggiungimento

⁴² La *joint family* è un istituto tipico del diritto indù, che include tutte le persone che discendono in linea retta da uno stipite comune, comprendendone le mogli e le figlie non sposate – quando una ragazza si sposa cessa di far parte della propria *joint family* ed entra a far parte di quella del marito – e dotata di un patrimonio comune, oltreché di riti familiari. Per un'esauriente analisi, si rimanda a DESAI, *op. cit.*, 324 ss.

⁴³ *D. Velusamy v. D. Patchaiammal* 2010 (10) SCC 469.

della giustizia nel caso concreto, talvolta giungendo fino al punto di forzare il significato delle parole, come nell'appena esaminato caso *Reema Aggarwal v Anupam & ors.*

Commentando la sentenza *Sumitra Devi v. Bhikan Choudhary*, Menski loda l'approccio seguito dalla Corte Suprema nel decidere la controversia, ch'egli definisce postmoderno, ritenendo che essa correttamente abbia scelto di valorizzare le circostanze concrete del caso rispetto all'acritica adesione ai propri precedenti.

*«Justice, in other words, is more valuable than the formality of the law. [...] Here we see postmodern Indian social welfare law in action. But only if we understand the inherent principles of Hindu law are we able to recognize that the SC relied in this otherwise insignificant case not on a state-based modern form of legal regulation, but on the flexible traditional Hindu concept of self-controlled ordering – if necessary with a little push from the Courts.»*⁴⁴

Per meglio comprendere questa posizione, è bene ricordare che, dopotutto, al diritto indù tradizionale era ignota la categoria di *norma generale ed astratta*: tutte le regole del *dharma* erano flessibili per meglio permettere di ottenere la giustizia del caso concreto – né ha mai trovato piena applicazione, neppure durante il periodo della dominazione coloniale, il principio secondo cui è diritto tutto ciò che lo Stato identifica come tale. Da ciò discende la convinzione, ancora oggi presente, che sia impossibile prevedere regole di comportamento valide per tutti in ogni situazione e che, per questo, *«the equity of the situation and context-specific justice»* rimangano di capitale importanza⁴⁵.

Si tratta di un'interpretazione che, di certo, appare affascinante e, in parte, condivisibile: è, infatti, vero che la Corte Suprema ha dimostrato di essere in grado di adottare un approccio flessibile; tuttavia, secondo quest'autore è necessario guardarsi dall'attribuire un'eccessiva enfasi alla ricerca dell'equità tipica del diritto tradizionale indù, perché, così facendo, si rischia di sminuire l'influenza di altri elementi che un comparatista non può ignorare. Prima fra tutte, la considerazione che, ai sensi dell'articolo 142 della Costituzione, la Corte Suprema è vincolata, nell'esercizio della sua giurisdizione, ad adottare provvedimenti finalizzati al raggiungimento della *complete justice* in ogni controversia di cui si trovi a conoscere – di tale potere, espressamente lasciato indefinito, la Corte ha fatto uso in varie materie, *«such as grant of divorce not otherwise clearly covered by*

⁴⁴ MENSKI, *op. cit.*, 2003, 317.

⁴⁵ MENSKI, *op. cit.*, 2003, 30.

*legislation, [...] imposition of exemplary costs, payment of interim compensation to rape victim [and] compensation for illegal detention.»*⁴⁶

Né si può trascurare che – com'è anche riconosciuto dalla stessa Corte Suprema in *Reema Aggarwal v. Anupam & ors.* – l'adozione di diversi criteri ermeneutici è giustificata pure dal diverso oggetto del giudizio: la maggior parte dei casi in cui l'interpretazione tende ad essere letterale e restrittiva, infatti, riguardano persone tratte a giudizio per il reato di bigamia. Ebbene, in questo caso, la condotta repressa dalla norma incriminatrice è proprio l'aver contratto un matrimonio che sia nullo perché celebrato da persona non libera di stato⁴⁷; laddove il secondo matrimonio fosse nullo per un altro motivo, il requisito della tipicità non sarebbe integrato. E, inoltre, giusta i principî in tema di prova proprî del diritto penale, tutti gli elementi costitutivi del reato debbono essere provati oltre ogni ragionevole dubbio; sicché, una presunzione in quest'ambito non solo costituirebbe una violazione di tali principî, ma condurrebbe anche al realizzarsi di un inaccettabile *vulnus* al diritto di difesa dell'imputato.

Diversamente, in sede civile, quando una persona agisce perché sia dichiarato il suo diritto agli alimenti od al mantenimento, il fatto che essa sia legata al convenuto dal vincolo del coniugio, e, quindi, l'esistenza di un valido matrimonio, si pone come un mero *prius* logico-giuridico⁴⁸. In quest'ultima categoria di controversie, quindi, il giudice può liberamente applicare l'articolo 114 dell'*Indian Evidence Act*, in forza del quale è autorizzato a presumere «*the existence of any fact which it thinks likely to have happened, regard being had to the common course of natural events, human conduct and public and private business, in their relation to the facts of the particular case*»⁴⁹.

⁴⁶ SINGH, *V.N. Shukla's Constitution of India*, Lucknow, 2012, 526.

⁴⁷ Articolo 494 del Codice Penale, v. nota 21.

⁴⁸ Un *prius* logico-giuridico, peraltro, indebolito dall'equiparazione, effettuata dal legislatore nell'articolo 125 del Codice di Procedura Penale, della divorziata alla moglie: infatti, ai sensi della *explanation* dell'articolo in parola, «*“wife” includes a woman who has been divorced by, or has obtained a divorce from, her husband and has not remarried.*»

⁴⁹ Quanto alle differenze in tema di onere della prova fra giudizi civili e penali, la Corte Suprema, in *Narayan Ganesh Dastane v. Sucheta Narayan Dastane*, AIR 1975 SC 1534, ha ricordato che la regola normale che governa i primi è quella per cui «*a fact can be said to be established if it is proved by a preponderance of probabilities*». Tuttavia, quanto maggiore è l'importanza del fatto controverso tanto più attenta dovrà essere la valutazione della corte: «*important issues like those which affect the status of parties demand a closer scrutiny than those like the loan on a promissory note the nature and gravity of an issue necessarily determines the manner of attaining reasonable satisfaction of the truth of the issue.*» Al contrario, nei procedimenti penali, lo standard è quello della prova oltre qualsiasi ragionevole

Né, d'altra parte, può omettersi che la presunzione di valido matrimonio, che vediamo applicata dalla Corte Suprema in *Sumitra Devi v. Bhikan Choudhary*, lungi dal costituire un'innovazione all'interno del panorama giurisprudenziale indiano, sia bensì stata formulata, per la prima volta, dal *Privy Council* nel 1869, nella sentenza *Inderun Valungypooly v. Ramaswamy Pandia*⁵⁰, dove la corte s'interroga se, in presenza di un matrimonio in fatto, sussista anche un matrimonio in diritto e così risolve il problema

«when once you get to this, namely, that there was a marriage in fact, there would be a presumption in favour of there being a marriage in law. The Zemindar, according to the usage of his country and nation, on parting with his first wife, would be naturally desirous of marrying again and having male issue. It would be a most unlikely thing for a person of his caste to go through the ceremony of marriage if it was known that that marriage was a marriage which was invalid in law.»

Parimenti, l'approccio di Menski rischia di avere come conseguenza una svalutazione dell'influenza di istituti propri della tradizione di *common law*, nel cui solco il sistema indiano si situa e all'interno del quale i moderni interpreti spesso si sono formati⁵¹; è il caso, per esempio, della già menzionata *mischief rule*, che viene esplicitamente utilizzata nella recente sentenza *Chanmuniya v. Virendra Kumar Singh Kushwaha*⁵², nella quale la Corte Suprema, dovendo interpretare il termine "moglie" nel quadro dell'articolo 125 del Codice di Procedura Civile – l'articolo che conferisce il diritto agli alimenti –, asserisce che

«we are of the opinion that a broad and expansive interpretation should be given to the term 'wife' to include even those cases where a man and woman have been living together as husband and wife for a reasonably long period of time, and strict proof of marriage should not be a pre-condition for maintenance under Section 125 of the Cr.P.C, so as to fulfil the true spirit and essence of the beneficial provision of maintenance under Section 125.»

Similmente, neppure possono trascurarsi gli influssi comparatistici provenienti da diversi ordinamenti, come, per esempio, il concetto di *common-law marriage*, ossia un matrimonio «basato unicamente sul mutuo

dubbio, perché *«a criminal trial involves the liberty of the subject which may not be taken away on a mere preponderance of probabilities.»*

⁵⁰ 13 MIA 141.

⁵¹ Non è raro, infatti, notare, nelle sentenze dei Giudici indiani, richiami anche alle giurisprudenza e dottrina inglesi.

⁵² *Chanmuniya v Virendra Kumar Singh Kushwaha* 2011 (1) SCC 141.

*consenso e la convivenza*⁵³», o il recente emergere all'interno della giurisprudenza statunitense del cosiddetto *palimony*, ossia «*il mantenimento di persone non legate in virtù di vincolo matrimoniale*».⁵⁴

In conclusione tutti questi elementi e non solo il ricorso, anche solo inconscio, a categorie proprie del pensiero indù, prima ancora che del diritto, possono contribuire a spiegare questo composito quadro giurisprudenziale.

Ed è forse in questo senso che meglio può apprezzarsi la visione post-moderna del diritto indù in India, in quanto esso, anche nella sua epifania più tradizionale e pura, ossia la *personal law*, risulta comunque essere oggetto di contaminazioni non solo nell'ambito degli istituti, bensì anche in quanto alla mentalità giuridica dell'interprete, tanto che la stessa Corte Suprema è, appunto, riuscita a riplasmare, anche grazie al ricorso alla tecnica del *distinguishing*, il diritto vivente alla luce del mutato contesto sociale.

⁵³ SCHRAFFL, *Dizionario giuridico inglese-italiano: integrato con il lessico politico*, Milano, 2011, 196. L'istituto in parola è menzionato *D. Velusamy v D. Patchaiammal*. Si veda anche il dizionario dei termini giuridici pubblicato dalla Cornell University Law School, che offre questa definizione del concetto: «*a legally recognized marriage that can arise in some jurisdictions without a license or ceremony. Many states recognize a common-law marriage when two people capable of getting married live together as spouses and hold themselves out as such for a specified amount of time.*» (http://www.law.cornell.edu/wex/common-law_marriage).

⁵⁴ SCHRAFFL, *op. cit.*, 227. Si veda anche il dizionario dei termini giuridici citato nella nota precedente, in cui l'istituto così è definito: «*a nonlegal term coined by journalists to describe the division of property or an order for support – in the nature of alimony – paid by one member of an unmarried couple to the other after they break up.*» (<http://www.law.cornell.edu/wex/palimony>).

IL REATO DI USURA NEI CONTRATTI DI MATURITY FACTORING: UN CASO LIMITE

Angelo Spena

*Ricercatore confermato di Diritto bancario
nell'Università di Napoli Federico II*

Il contributo esamina la complessa applicazione delle norme in tema di usura ai contratti di factoring. Le difficoltà applicative sorgono dalla multiforme configurazione che i contratti di factoring assumono nella prassi. Le operazioni esaminate dall'Autore sono quelle individuate nella terminologia comune come di "maturity factoring", le quali si sono particolarmente sviluppate nel settore delle prestazioni sanitarie in regime di convenzionamento. Le ragioni di tale diffusione sono dovute al vantaggio che tale tipologia di contratti offre al fornitore dei servizi sanitari di disporre del valore dei propri crediti alla loro scadenza, esigenza questa particolarmente avvertita nel mondo sanitario visto l'endemico ritardo con il quale il Sistema Nazionale paga le prestazioni convenzionate. L'Autore si domanda se talune operazioni di factoring nelle quali mancherebbe l'elemento finanziario dell'anticipazione, venendo perseguita solo la funzione del trasferimento del rischio dell'insolvenza del debitore ceduto a carico del factor e quella di gestione dell'incasso del credito, siano assoggettabili o meno alle norme dell'usura. Alla soluzione del problema l'Autore cerca di pervenire sulla base dell'esame del contenuto che in concreto assumono tali operazioni e degli spunti offerti dalle Istruzioni applicative della Banca d'Italia.

This paper deals with the complex enforcement of the rules on usury in the field of factoring contracts. Indeed, the considerable difficulties in enforcing them arise from the various developments of the factoring contracts in practice. Consequently, the Author examines those operations commonly defined as "maturity factoring", which are particularly developed in the health care services operating within the National Health Service. Actually, their diffusion is due to the advantage that this type of contract gives to the health care services provider, who can have the values of loans available at their maturity. Indeed, this is a requirement particularly felt in the health care system because of the endemic delay with which the National Health Service reim-

burses the services carried out operating within the National Health Service. Therefore, the Author wonders whether some factoring operations, where the financial element of advances is lacking - since only the transfer of the risk of insolvency of the yielded debtor charged to the factor as well as the management of the collection of trade receivables are carried out - can be eligible for the rules on usury. Finally, the Author tries to find a solution, starting from the analysis of the real content of those operations and from the application guidelines suggested by the Banca d'Italia.

Sommario:

1. Individuazione del *maturity factoring*
2. Il caso esaminato: i crediti vantati dalle cliniche private per le prestazioni svolte in regime di accreditamento
3. La eventuale assoggettabilità alla disciplina in tema di usura: la normativa di riferimento
4. La soluzione del problema: la esclusione della applicazione delle norme in tema di usura in mancanza dell'elemento dell'anticipazione
5. La verifica della soluzione proposta alla luce della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale
6. Conclusioni

1. Individuazione del *maturity factoring*

Il *maturity* è un servizio attraverso il quale la società di *factoring* provvede all'accredito del valore nominale dei crediti oggetto di cessione alla scadenza naturale del credito stesso. Il vantaggio per il fornitore sarebbe quello di disporre del valore dei propri crediti alla scadenza degli stessi, programmando con precisione la gestione dei propri flussi di cassa.

La cessione può essere proposta sia nella forma *pro-solvendo* che nella forma *pro-soluto*; in tal caso il rischio dell'insolvenza è a carico del *factor*.

Normalmente il *maturity* ha ad oggetto crediti non scaduti e in tale ipotesi si può prevedere l'anticipazione del corrispettivo anche prima della scadenza naturale dei crediti ceduti, con oneri finanziari a carico del fornitore. Nulla, però, esclude che il fornitore faccia ricorso a tale strumento anche per cedere crediti già scaduti, ma incagliati. Anche in tal caso ricorre l'utilità per il fornitore di trasferire al *factor* la gestione e l'incasso del credito, onde da un lato programmare e regolarizzare i flussi di cassa in entrata in modo di far fronte alle sue esposizioni a breve e alleggerire i propri bilanci dei costi fissi costituiti dagli interessi passivi, dall'altro ridurre anche i costi di incasso, utilizzando la struttura e le competenze del *factor*.

Il *maturity* è normalmente effettuato su clienti debitori conosciuti dalla società di *factoring* o su debitori che rappresentino enti o stato.

Proprio per questa ragione e per la funzione che assolve di semplificazione dell'incasso dei crediti e di programmazione dei flussi di entrata, il *maturity* è frequentemente utilizzato nel settore sanitario dalle cliniche private convenzionate, per cedere al *factor* i crediti sorti nelle prestazioni eseguite in regime di accreditamento. È noto, infatti, il cronico ritardo con il quale il sistema sanitario nazionale usa far fronte a tali crediti.

Tale situazione ha indotto le strutture private a ricorrere sempre più frequentemente al *factoring*, privilegiando lo strumento del *maturity*, data la sua flessibilità, per cedere i crediti vantati nei confronti del sistema sanitario, anche scaduti da tempo, e ciò proprio per far fronte alla carenza di liquidità che il loro prolungato mancato pagamento ha comportato.

2. Il caso esaminato: i crediti vantati dalle cliniche private per le prestazioni svolte in regime di accreditamento

Sembrano in particolare potersi ascrivere alla categoria del *maturity* alcuni schemi negoziali presenti nella prassi del settore, in cui oggetto di cessione alle società di *factoring* sono crediti non solo già scaduti e asseverati

nelle loro esistenza ed esigibilità dalla ASL alla quale fa capo la clinica, ma accompagnati anche da decreti ingiuntivi esecutivi e divenuti definitivi, che in precedenza ha ottenuto il creditore.

La cessione ha quindi oggetto crediti già sorti e scaduti, comprende il credito ed i suoi accessori, nonché il rischio di insolvenza del debitore ceduto. Essendo, infatti la cessione *pro soluto*, tale rischio è sempre a carico del cessionario. Il prezzo di acquisto non è corrispondente al valore nominale del credito ceduto, ma di poco inferiore (normalmente il suo 90%) e comprende tutti gli interessi già maturati prima della cessione e quelli che matureranno fino all'incasso del credito, i quali sono trasferiti, unitamente al credito alla società di *factor*¹.

Altro elemento caratterizzante è il termine di pagamento del corrispettivo della cessione, che non è ancorato al pagamento del credito da parte del cessionario, e quindi a un evento incerto sia nell'*an*, che nel *quantum*, ma è a data certa, computato (normalmente cinque giorni lavorativi) dalla notifica della cessione al debitore ceduto.

Vi è però anche una seconda tipologia di operazioni, alla quale pure ricorrono le cliniche convenzionate, che si differenzia dalla prima per una maggiore flessibilità dei termini del pagamento del corrispettivo. Questo è sempre stabilito in termini percentuali rispetto al valore nominale del credito ceduto (anche in tal caso mediamente il 90%), ma la sua corresponsione non avviene una sola volta, ma in due *tranche*; la prima di solito più consistente (circa il 90% del prezzo pattuito) sempre a data certa, ossia ancorata alla notifica della cessione al debitore ceduto; la seconda, invece, legata all'effettivo incasso del credito, salvo comunque l'obbligo del cessionario di corrispondere il saldo del prezzo qualora il pagamento da parte del debitore non avvenga entro un termine più o meno lungo (normalmente computato ad anni) prestabilito nel contratto.

Può indurre il cliente a privilegiare rispetto alla prima, tale secondo tipo di operazione, in cui il pagamento del prezzo della cessione è in qualche modo ancorato, sia pure in parte, all'incasso del credito, l'esclusione dalla cessione degli interessi già maturati e di quelli che matureranno sino al momento del pagamento da parte del debitore ceduto, che restano quindi a beneficio del cliente, sempre che l'adempimento avvenga nel termine contrattualmente previsto.

¹ Donde la perdita da parte del fornitore del 10% del valore nominale del suo credito oltre degli interessi già maturati e da maturarsi, che andranno a beneficio del *factor*, sempre che riesca ad incassarli dal debitore ceduto, ASL.

Poiché in tal caso l'attività di riscossione del credito viene svolta dal *factor* anche nell'interesse del cliente (in quanto all'anticipato pagamento del debitore ceduto è collegato il versamento, prima della scadenza prevista della seconda rata del corrispettivo pattuito, nonché la corresponsione degli interessi maturati a quella data e versati dal debitore ceduto), per tale attività di incasso è normalmente pattuita una commissione di gestione amministrativa anticipata per mese o frazione di mese pari a una determinata percentuale (normalmente lo 0,55%) del valore nominale del credito ceduto, che il cliente è tenuto a corrispondere fino all'avvenuto pagamento da parte del debitore ceduto e comunque fino al termine previsto per il pagamento del saldo del prezzo.

In sintesi con la prima tipologia di operazioni il *factor* acquisisce crediti *pro soluto*, vale a dire assumendosi sia il rischio del ritardato pagamento del debitore ceduto, sia quello ancora più grave del suo inadempimento. Dal momento della cessione il *factor* acquista il diritto alla riscossione di ogni importo maturato e maturando e con la stipula dell'operazione si chiude anche il rapporto con il cedente. Infatti, il termine del pagamento del corrispettivo è svincolato dall'incasso del credito, ma è ancorata alla notifica della cessione al debitore ceduto. Il cedente pertanto è del tutto indifferente alle vicende successive legate alla sorte del credito ceduto.

Con la seconda tipologia di operazioni, il *factor* acquista, sempre *pro soluto*, i crediti dai cedenti, ma paga il prezzo in due rate: - una, più consistente, al momento del perfezionamento della cessione; - l'altra, meno rilevante, al momento dell'incasso del credito, o comunque entro un certo termine dal perfezionamento della cessione, qualora nel frattempo il credito non sia stato riscosso. In tal caso il rischio del ritardato, non mancato, pagamento, cade almeno in parte a carico del cliente, il quale conserva un interesse relativo al futuro incasso del credito. Infatti all'anticipato pagamento del debitore ceduto è correlato sia il suo diritto a un anticipato (rispetto al termine contrattualmente previsto) versamento del saldo prezzo, sia l'incasso degli interessi maturati a quella data e riscossi dal cessionario.

Le due categorie di operazioni, pur differenziandosi per taluni aspetti (modalità di pagamento che, nella seconda tipologia si articola in due *tranche*, la seconda delle quali, meno consistente, è versata solo al momento dell'avvenuto incasso o comunque dopo il decorso di un arco temporale più o meno lungo dalla cessione; la corresponsione di una commissione di gestione amministrativa fino all'incasso del credito e/o al pagamento della seconda rata e il riconoscimento al clienti degli interessi riscossi dal debitore, previsti solo per la seconda tipologia di operazioni), sembrano però nei loro tratti essenziali del tutto omologhe tra loro.

Precisamente si tratta sempre di (1) cessioni *pro soluto*, di (2) crediti *non performing*, (3) scaduti e non pagati, (4) acquistati ad un prezzo di poco inferiore rispetto al loro valore nominale, con le quali (5) la cessionaria assume interamente il rischio di insolvenza del debitore ceduto e che (6) non danno mai luogo a posizioni debitorie per il cedente, se non in relazione alle commissioni amministrative nella seconda categoria di operazioni.

Infatti, non solo la garanzia della solvenza del debitore ceduto è a carico del cessionario, ma le somme versate dal cessionario al cedente prima dell'incasso del credito sono a titolo di pagamento del corrispettivo della cessione, e non di anticipazione (come tale remunerativa di un interesse), in attesa che con l'incasso del credito da parte del cessionario sorga il suo obbligo di versare il prezzo pattuito.

3. La eventuale assoggettabilità alla disciplina in tema di usura: la normativa di riferimento

Così descritto il contenuto delle operazioni, il problema che si pone è se ed in quali termini alle stesse si applichi la normativa in tema di usura. La risoluzione della questione postula un'analisi che deve svolgersi a un duplice livello.

Il primo livello è volto ad analizzare il contenuto del contratto di *factoring*, al quale vanno ascritte le operazioni di questo tipo.

Il secondo livello è, invece, volto ad approfondire la normativa in materia di usura, con particolare attenzione alle regole di comportamento peculiari agli intermediari in *factoring*.

È noto che il *factoring* è stato mutuato nel nostro ordinamento dall'esperienza dei paesi anglosassoni e costituisce un contratto atipico che viene comunemente definito come il contratto mediante il quale un imprenditore (cedente) trasferisce o si impegna a trasferire a titolo oneroso ad una società specializzata (*factor*) i crediti, presenti e futuri, derivanti dall'esercizio dell'impresa, nei confronti della propria clientela.

La cessione dei crediti sorti nell'esercizio dell'impresa costituisce, dunque, il fulcro essenziale del contratto. A tale contenuto essenziale se ne aggiunge uno eventuale, in dipendenza delle diverse clausole che vengono inserite dalle parti nel contratto e che di norma impongono in capo al *factor* una serie di comportamenti funzionali agli interessi che il cliente intende perseguire con la conclusione dell'operazione. In funzione di tali interessi, pertanto, il contratto di *factoring* può avere diverso contenuto, il che influisce sulla individuazione della causa del contratto che può essere quella di:

- un “contratto di scambio”, in cui la cessione del credito assumerebbe un ruolo centrale attuando, nella sostanza, una vendita dei crediti (prevalenza della *causa vendendi*);

- un “contratto di finanziamento”, in cui la cessione del credito svolge una mera funzione accessoria di garanzia della sua restituzione, essendo prevalente l'aspetto dell'anticipazione finanziaria;

- un “contratto di mandato”, in cui la cessione del credito è puramente strumentale alla volontà di attribuire al *factor* il compito e la legittimazione ad incassare i debiti dai terzi debitori ceduti (prevalenza della *causa mandandi*);

- un “contratto di assicurazione”, che si configura quando il *factor* acquista crediti "pro soluto" assumendosi, dunque, il rischio d'insolvenza del debitore ceduto.

Questa multiforme configurazione del *factoring* non solo ha indotto la giurisprudenza a fare riferimento ai fini della qualificazione del contratto e dell'individuazione della disciplina applicabile «all'intento negoziale delle parti che renda palese il risultato perseguito, valutando in particolare se esse abbiano optato per fa causa vendendi, per quella mandandi o per altra ancora»², ma è stata tenuta presente anche dalla Banca d'Italia, allorché ha incluso le operazioni di *factoring* tra quelle soggette a rilevazione, ai fini della determinazione del tasso usura.

Il discorso, quindi si sposta sul secondo livello della nostra analisi, volto a ricostruire la normativa in tema di usura.

Anche qui è noto che il legislatore è intervenuto a disciplinare la materia con la legge 7 marzo 1996 n. 108, recante «disposizioni in materia di usura». Dopo avere nell'art. 1, sostituito l'art. 644 del c.p., che nella sua attuale formulazione demanda alla legge la fissazione del limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari (così il comma 3) e quindi ancora a un criterio oggettivo la configurazione del reato stesso, all'art. 2 (comma 4) individua tale limite nel tasso effettivo globale medio (in acronimo TEGM), risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, aumentato di un quarto, al quale si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali, con la ulteriore precisazione che la differenza tra tale limite (cd. tasso soglia) e il tasso medio non può comunque essere superiore a otto punti percentuali³.

² Cfr. Cass., sez I, 27 agosto 2004, n. 17116 in *Mass. Foro it.* 2004. Più recente Cass., sez. I, 3 dicembre, n. 21603 in *Giur. it.*, 2013, 1291.

³ Così la norma nel testo modificato dalla lettera d) del comma 5 dell'art. 8, D.L. 13 maggio 2011, n. 70. Il limite oltre il quale il tasso era usurario nella originaria formulazione della norma era fissato nel TEGM, aumentato della metà.

Sempre nell'art. 2 vengono altresì delegate al Ministro del Tesoro (ora Ministro dell'Economia e delle Finanze), il compimento delle attività necessarie alla fissazione del TEGM. Spetta così alla predetta Autorità, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio Italiano Cambi, il compito di «rilevare trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari ... nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura» (così il comma 1), nonché «la classificazione delle operazioni per categorie omogenee, tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie» (così il comma 2) .

In realtà il Ministro del Tesoro ha fatto un uso parziale dell'ampia delega conferita dal legislatore, demandando la disciplina attuativa prevista nelle richiamate previsioni all'Ufficio Italiano dei Cambi ed alla Banca d'Italia dapprima ed, ora, alla sola Banca d'Italia, essendo le funzioni del primo confluite nella seconda. Infatti, nei decreti che il Ministero pubblica trimestralmente sulla Gazzetta Ufficiale, vi è una disposizione secondo la quale «le banche e gli intermediari finanziari [...] si attengono ai criteri di calcolo delle Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura emanate dalla Banca d'Italia»⁴.

Pertanto, le «Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge dell'usura» della Banca d'Italia, in quanto fatte proprie dal Ministro nell'esercizio della delega conferita dal legislatore, sembrano ad avviso di chi scrive divenute per tal via vincolanti⁵.

⁴ Cfr. D.M. 23 settembre 1996 e successivi aggiornamenti.

⁵ Tale opinione sulla natura vincolante dell'Istruzioni in tema di usura della Banca d'Italia sembra trovare ora il conforto anche di taluni settori della giurisprudenza. Il riferimento è al Tribunale Milano 21 ottobre 2014, in www.ilcaso.it per la quale «le Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura emanate dalla Banca d'Italia, oltre a rispondere alla elementare esigenza logica e metodologica di avere a disposizione dati omogenei al fine di poterli raffrontare, hanno anche natura di norme tecniche autorizzate, posto che, da un lato, l'attribuzione della rilevazione dei tassi effettivi globali alla Banca d'Italia è stata via via disposta dai vari decreti ministeriali annuali che si sono succeduti a partire dal D.M. 23/9/1996 per la classificazione in categorie omogenee delle operazioni finanziarie, e dall'altro lato i decreti ministeriali trimestrali con i quali sono resi pubblici i dati rilevati, all'art. 3 hanno sempre disposto che le banche e gli intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto del tasso soglia, si attengono ai criteri di calcolo indicati nelle "Istruzioni" emanate dalla Banca d'Italia. Le Istruzioni in parola sono pertanto autorizzate dalla normativa regolamentare e sono necessarie per dare uniforme attuazione al disposto della norma primaria di cui all'art. 644, quarto comma c.p.».

Orbene, le Istruzioni della Banca d'Italia (provvedimento Banca d'Italia del 12 agosto 2009)⁶, nell'operare una classificazione delle operazioni di finanziamento oggetto della rilevazione per categorie omogenee e nell'includere nella categoria 5 il *factoring*, hanno cura di specificare che «rientrano in questa categoria gli anticipi erogati a fronte di un trasferimento di crediti commerciali effettuati con la clausola pro solvendo o pro soluto dal soggetto titolare (impresa fattorizzata) a un intermediario specializzato (factor)»⁷. La rilevazione riguarda tanto le operazioni di cessione *pro soluto*, quanto quelle *pro solvendo*, ma con la importante specificazione che è oggetto di segnalazione non l'operazione di *factoring* in tutto il suo contenuto, ma l'anticipo erogato a fronte della cessione del credito. Tanto sull'implicito presupposto che, attesa la molteplicità di funzioni che può assumere il *factoring*, non sempre il trasferimento del credito assolve a una funzione di finanziamento dell'impresa.

Ed è sempre e soltanto con riferimento all'erogazione del finanziamento, che nelle Istruzioni della Banca d'Italia, vengono indicati taluni degli elementi di cui tener conto nelle operazioni di *factoring*, ai fini della determinazione del TEG. Rientrano, infatti, nel tasso praticato dalla società di *factoring* e concorrono alla formazione del TEG, tra l'altro «1) le spese di istruttoria e di revisione del finanziamento (per il factoring le spese di "istruttoria cedente"); 2) le spese di chiusura della pratica ... le spese di chiusura o di liquidazione degli interessi, se connesse con l'operazione di finanziamento, addebitate con cadenza periodica» e più in generale «8) ogni altra spesa ed onere contrattualmente previsti» sempre se «connessi con l'operazione di finanziamento»⁸.

Al contrario, sono escluse dal calcolo del TEG: «e) ... i compensi per prestazioni di servizi accessori di tipo amministrativo non direttamente connessi con l'operazione di finanziamento»⁹, puntualizzazione questa che ancora una volta è dettata dalla presa di coscienza da parte dell'Autorità di Vigilanza, delle molteplicità delle funzioni che può assolvere il *factoring*. Donde la necessita di scorporare dal calcolo quella componente del costo che non costituisce il corrispettivo di una prestazione finanziaria, ma di un servizio di tipo amministrativo, quale la gestione e l'incasso del credito.

Il discorso a questo punto si sposta sul significato dei termini “*anticipi*” e “*finanziamento*” impiegati nelle Istruzioni della Banca d'Italia, ossia se tali termini si riferiscono a qualsiasi erogazione di somme operata dal cessiona-

⁶ Vedile nel sito della Banca d'Italia in www.bancaditalia.it.

⁷ Cfr. 6.

⁸ Cfr. 13-14.

⁹ Cfr. 14.

rio a favore del cedente in dipendenza della cessione dei crediti, oppure si riferiscono solo a quei trasferimenti di somme suscettibili di generare una posizione di debito a carico del cedente. Tecnicamente, infatti, l'erogazione di un fido, sotto forma di anticipazione del valore del credito ceduto, implica un obbligo di restituzione a carico del beneficiario ed implica il pagamento degli interessi. In relazione a questi due elementi si genera quindi una posizione di debito a carico del beneficiario.

Orbene, con riferimento alle operazioni di trasferimento crediti, la creazione di una posizione a debito di un cliente potrà avvenire soltanto con riferimento a due tipologie di operazioni:

(1) la cessione di crediti *pro solvendo*, perché in tale ipotesi garantendo il cedente la solvenza del debitore ceduto, in caso di inadempimento da parte di quest'ultimo, egli sarebbe tenuto a restituire quanto ricevuto dal cessionario, oltre gli interessi sulle somme anticipate dallo stesso;

(2) la cessione *pro soluto* di crediti non ancora scaduti ed esigibili. In tal caso, infatti, il cessionario anticipa al cedente una somma di denaro rispetto alla data in cui il credito diventa esigibile, e in funzione di detta anticipazione il cedente è obbligato a versare al cessionario un tasso di interesse calcolato in funzione del lasso temporale intercorrente tra la data della anticipazione a quella della scadenza del credito. Donde una posizione a debito del cedente, costituita non dall'obbligo di restituire il capitale ricevuto a fronte delle cessione (non avendo egli garantito la solvenza del debitore ceduto), ma da quello di corrispondere gli interessi sulle somme che il cessionario gli anticipato rispetto alla scadenza del credito.

Nella cessione, invece, di crediti *pro soluto*, già esigibili e scaduti, non si scorge alcuna forma di anticipo al cliente, capace di generare una sua posizione di debito. Il cedente, in sostanza, non è mai debitore di alcunché verso la società di *factoring*. Avvenendo il trasferimento dei crediti scaduti, senza alcuna garanzia da parte del cedente della solvenza del debitore ceduto, non solo non può sorgere l'obbligo di restituzione del capitale ricevuto, ma è impossibile anche solo calcolare un tasso di interesse, che costituisca una forma di remunerazione del capitale versato dal cessionario. Non vi è infatti, alcun parametro temporale cui fare riferimento, atteso che la data di effettivo incasso del credito è per sua natura del tutto incerta, anche in ordine al *quantum*.

In questa tipologia di operazioni, le somme versate dal cessionario al cedente non costituiscono quindi “*anticipo*”, ma “*corrispettivo*” della vendita dei crediti, in quanto sinallagmaticamente collegate al solo trasferimento del credito, al pari di quanto avviene in un contratto di compravendita di qual si voglia altro bene suscettibile di valutazione economica .

Tale distinzione tra “*anticipo*” e “*corrispettivo*” è ben presente anche alla stessa Banca d’Italia e la si rinviene anche negli altri documenti elaborati per la regolamentazione del fenomeno *factoring*.

In particolare, nel «Manuale per la compilazione delle segnalazioni di vigilanza per gli intermediari finanziari iscritti nell’elenco speciale» (approvato con Circolare Banca d’Italia n. 217 del 5 agosto 1996 e successivamente aggiornato fino al 13° aggiornamento del 20 gennaio 2015)¹⁰, si riporta tra le «Avvertenze generali» un’ampia descrizione delle modalità di configurazione delle operazioni di *factoring*.

È opportuno richiamare alcune puntualizzazioni essenziali formulate da Banca di Italia e contenute nel suddetto Manuale in merito all’impiego dei termini “*anticipo*” e “*corrispettivo*”, e al loro significato, quali:

- il termine “*anticipo*” è utilizzato per indicare le esposizioni connesse con le operazioni di *factoring pro solvendo*¹¹, laddove
- il termine “*corrispettivo*” è utilizzato per indicare le esposizioni connesse con le operazioni di *factoring pro soluto*¹²;
- le esposizioni acquisite con operazioni di *factoring pro solvendo* sono imputate ai soggetti cedenti;
- le esposizioni acquisite tramite operazioni di *factoring pro soluto* vanno imputate ai debitori ceduti

Da tali puntualizzazioni è agevole ricavare che il termine “*anticipo*” è collegato esclusivamente alle “*esposizioni*” imputate ai cedenti, ossia a quelle attività dell’intermediario che generano una posizione a debito di questi ultimi

Ma il contenuto del predetto manuale è rilevante anche per segnalare un altro aspetto, che tornerà utile nel prosieguo della presente analisi.

Viene infatti pacificamente ammesso da Banca d’Italia e viene riconosciuta come un’operazione del tutto conforme alla normativa in tema di usura, l’acquisto di crediti tramite operazioni di *factoring* sia *pro solvendo* che *pro soluto* ad un prezzo notevolmente inferiore al valore nominale dei crediti a causa della «deteriorata situazione del debitore ceduto»¹³. Il riferimento deve intendersi sia ai *non performing loans* (crediti in sofferenza), che secondo la definizione che si rinviene sui motori di ricerca sono crediti di dubbia esigibilità vantati nei confronti di soggetto in stato di insolvenza, sia ai *sub performing loans* (crediti incagliati), quando lo stato di insolvenza del

¹⁰ Vedila nel testo aggiornato nel sito della Banca d’Italia in www.bancaditalia.it.

¹¹ Cfr. 26.

¹² Cfr. 30.

¹³ Cfr. 31.

debitore è temporaneo e si auspica possa essere rimosso in un congruo periodo¹⁴.

Anche le Istruzioni della Banca d'Italia affrontano espressamente tale ultima questione, confermando appieno la liceità dell'acquisto di crediti deteriorati per un prezzo «notevolmente inferiore» al valore nominale. Sul presupposto che per la «deteriorata situazione del debitore» il corrispettivo della cessione si attesti a una cifra sensibilmente inferiore al valore nominale del credito ceduto, la Banca d'Italia, infatti, esclude dalla rilevazione le «(2) posizioni classificate a sofferenza», intendendosi per tali quelle «nei confronti di soggetti in stato di insolvenza (anche non accertato giudizialmente) o in situazione sostanzialmente equiparabili, indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdita formulate dall'azienda»¹⁵.

Volendo tirare le fila dal compiuto *excursus* normativo si ha:

(1) che le uniche operazioni di cessione di credito rilevanti ai fini della normativa sull'usura sono quelle in cui è possibile riscontrare un “*anticipo*”, intendendosi per tale un'attività del cessionario nei confronti del cedente capace di generare a carico di quest'ultimo una posizione a debito, ossia un obbligo di pagamento sotto forma di restituzione del capitale ricevuto (il che avviene nelle cessioni *pro solvendo*) o di pagamento degli interessi (il che avviene nelle cessioni sia *pro soluto*, che *pro solvendo* di crediti non ancora scaduti);

(2) che la situazione di palese e perdurante deterioramento dei crediti oggetto della cessione fa sì che le suddette operazioni possano correttamente prevedere un prezzo per l'acquisto dei crediti ben inferiore al loro valore nominale;

(3) che per tali ultime operazioni non ricorre l'obbligo di segnalazione all'Autorità di vigilanza, per quanto concerne la rilevazione periodica dei tassi.

¹⁴ Così infatti vengono definite nel citato Manuale le situazioni deteriorate: «*singole esposizioni per cassa e impegni revocabili e irrevocabili a erogare fondi che soddisfano la definizione di “Non-performing exposures with forbearance measures”* di cui all'Allegato V, Parte 2, paragrafo 180 degli ITS. Tali esposizioni rientrano, a seconda dei casi, tra le sofferenze, le inadempienze probabili oppure tra le esposizioni scadute deteriorate e non formano una categoria a sé stante di attività deteriorate. Sono incluse anche le eventuali ristrutturazioni di esposizioni creditizie realizzate con un intento liquidatorio, da ricondurre fra le sofferenze» (cfr. 29).

¹⁵ Cfr. 8.

4. La soluzione del problema: la esclusione della applicazione delle norme in tema di usura in mancanza dell'elemento dell'anticipazione

Alla stregua delle considerazioni che precedono, può quindi trovare soluzione la questione se le norme in tema di usura si applichino anche alle operazioni in cui l'impresa di *factoring* acquista il diritto alla riscossione dei crediti e di tutti o parte degli interessi che derivano dagli stessi, a fronte del pagamento di un prezzo ai cedenti, che non dipende dall'effettiva riscossione del credito ceduto, e quindi fornendo la garanzia al cliente per l'eventuale inadempimento del debitore ceduto. In tali operazioni gli effetti che si realizzano tramite un'operazione di *factoring pro soluto* sono i seguenti:

(1) il cedente si libera definitivamente del credito unitamente agli interessi già maturati su di esso e a tutti gli accessori connessi, e quindi anche degli interessi maturandi su detto credito, che diventano immediatamente esigibili dall'impresa di *factoring*;

(2) per il perfezionamento di tale acquisto, il cessionario paga un prezzo che è commisurato al rischio di acquistare un diritto di credito nei confronti di un soggetto (il debitore ceduto) in stato di cronica difficoltà finanziaria che potrebbe non essere in grado di onorare il suo debito.

(3) Il "costo" di tale forma di contratto per il cedente è dato dalla differenza tra il valore nominale del credito, oltre agli interessi già scaduti al momento della cessione (ma esclusi gli interessi che ancora non sono maturati e che quindi non vanno computati), e il prezzo pagato dal cessionario. Nel caso il debitore ceduto non pagasse, o lo facesse con enorme ritardo, nulla dovrà mai essere pagato dal cliente alla società di *factoring*, avendo questa assunto a proprio carico il rischio di insolvenza del debitore ceduto.

Tali caratteristiche delle operazioni eseguite dal *factor* sono estremamente rilevanti ai fini della qualificazione delle operazioni stesse. Sono, infatti, preponderanti le caratteristiche funzioni di un contratto (1) di scambio (ovvero compravendita di beni) e (2) di assicurazione (posto che i crediti sono acquistati dalla società *pro soluto* e il cedente si libera del rischio d'insolvenza del debitore ceduto, girandolo al cessionario).

Non si rinviene, invece, in tali operazioni, alcun elemento che possa ricondurre l'operazione ad un'attività di anticipazione e quindi di finanziamento. L'operazione di cessione, infatti, non genera mai alcuna posizione a debito del cliente, che nel momento stesso in cui si priva della titolarità del credito a beneficio della cessionaria, esaurisce ogni rapporto con quest'ultima e resta del tutto indifferente alle successive vicende legate all'incasso del credito ceduto. Nelle operazioni in oggetto quindi, non si instaura alcun rapporto ulteriore tra il *factor* e cliente che non sia la mera vendita del credito,

né si assiste alla costituzione di rapporti di conto corrente che implicano la messa a disposizione da parte del cessionario in favore del cedente di fidi e/o di anticipazioni bancarie sotto forma del c.d. “castelletto di sconto” su future cessioni di crediti (scaduti o da scadere). Il *factor* si limita unicamente al pagamento di un prezzo a fronte del trasferimento del diritto di proprietà di uno o più crediti, i quali non sono mai crediti futuri o crediti non scaduti, ma sono crediti ampiamente scaduti e documentati da titoli esecutivi e non più impugnabili. In tal senso, ogni operazione di cessione di crediti riveste una propria autonomia e si esaurisce nella cessione di quei determinati crediti.

Pertanto, mancando ogni elemento di “*anticipazione*” finanziaria da parte del cessionario in favore dei cedenti, viene meno la possibilità stessa di applicare un tasso di interesse (sotto forma di sconto).

In tal senso rileva quanto precisato al punto C5 delle Istruzioni della Banca d'Italia, «Calcolo dell'importo erogato», laddove si specifica che «nel caso di operazioni di *factoring* che non diano luogo a posizioni debitorie nei confronti del cedente il valore da prendere in considerazione è la somma degli anticipi erogati nel trimestre»¹⁶.

Orbene, essendo inesistente nelle operazioni in esame ogni forma di “*anticipo*” erogato dal *factor* ai cedenti, manca la possibilità stessa di riconoscere un “*importo erogato*” in favore dei cedenti, suscettibile di generare a carico di quest'ultimo una posizione a debito sotto forma di obbligo di corrispondere gli interessi.

Non deve poi trarre in inganno la circostanza che il prezzo pagato dal *factor* per l'acquisto dei crediti sia inferiore al loro valore nominale, così come accade per le operazioni di cessioni crediti concluse sotto forma di sconto o anticipazione bancaria, nelle quali l'interesse percepito dall'intermediario viene predetto dalle somme che sono messe a disposizione del cliente. Donde l'ipotesi, che il minor prezzo pagato dal *factor* rispetto al valore nominale dei crediti acquistati, costituisca una diversa modalità di corresponsione di interessi che, similmente a quanto accade per le operazioni di anticipo crediti o di sconto, sarebbero stati scalati dal corrispettivo versato dall'intermediario al momento della conclusione dell'operazione.

Il contenuto delle operazioni esaminate esclude la configurabilità di tale ipotesi ricostruttiva.

I crediti acquistati dal *factor*, con tale tipologia di operazioni, sono normalmente quelli vantati dal fornitore nei confronti del sistema sanitario nazionale, da classificare come abbiamo visto tra i *non performing loans*, per il notorio stato di sofferenza che purtroppo caratterizza tale sistema.

¹⁶ Cfr. 15.

Lo scostamento, comunque lieve, tra prezzo corrisposto e valore nominale del credito, non è in funzione della prededuzione del tasso di interesse sulle somme che il *factor* corrisponde al cliente, come avviene normalmente per le operazioni di sconto, ma del valore di mercato del credito, che, attesa la natura di cattivo pagatore del debitore, è oggettivamente inferiore al suo valore nominale. Nessun intermediario, infatti, procederebbe mai ad un finanziamento di un credito “*non performing*”, come tutti quelli per i quali il creditore sia stato costretto, proprio a causa del mancato pagamento, a richiedere un decreto ingiuntivo. Conseguentemente il prezzo si forma a seguito della libera trattativa fra le parti, trattativa che tiene conto di tutte le componenti del credito ceduto, ivi compreso l'ammontare degli interessi incorporati nel credito oggetto della cessione e il rischio, che si assume il cessionario, del mancato pagamento del debitore, più che probabile, atteso l'esito infruttuoso testimoniato dai decreti ingiuntivi esecutivi e dalle iniziative giudiziarie inutilmente intraprese dal creditore.

E sul punto, non è trascurabile il rilievo che tale forma di negoziazione ha l'avallo esplicito della stessa Autorità di vigilanza. Si è già detto sopra, infatti, che la Banca d'Italia, considera perfettamente lecita l'operazione di acquisto di crediti per un prezzo anche «notevolmente inferiore» al valore nominale per la «deteriorata situazione del debitore ceduto», e si è altresì precisato che tali acquisti sono esclusi dall'obbligo di segnalazione. Tanto, sull'implicito presupposto che lo scarto tra prezzo versato e valore nominale, non costituisce l'interesse che l'intermediario percepisce sull'operazione e quindi non concorre alla determinazione del TEGM che l'intermediario applica sulle operazioni appartenenti alla stessa categoria, ma non aventi ad oggetto crediti “*non performing*”.

Ma non basta. La stessa struttura negoziale delle operazioni di cessione poste in essere dal *factor* per tale tipologia di crediti rafforza la conclusione che il minor prezzo (rispetto al capitale più interessi) corrisposto, non costituisce la remunerazione sotto forma di interesse, delle somme versate al cliente.

Le cessioni di crediti realizzate tramite operazioni di sconto o anticipazione bancaria sono sempre cessioni realizzate *pro solvendo* ed hanno ad oggetto crediti non ancora scaduti. Tali cessioni generano, quindi, posizioni a debito del cliente, dal momento che la banca, in caso di inadempimento del debitore ceduto, può chiedere al cedente la restituzione delle somme anticipate, oltre gli interessi. Le stesse, inoltre, presentano un collegamento molto stretto con il fattore “*tempo*”, in quanto la banca, nel momento stesso in cui acquista i crediti, è in grado di calcolare il tempo intercorrente dalla data della sua anticipazione alla scadenza dei crediti ceduti, sul quale computare gli

interessi che vengono pagati dal cliente tramite lo “sconto” sul valore nominale dei crediti stessi.

La struttura delle operazioni qui esaminate è, invece, del tutto diversa. Non genera posizioni a debito del cedente, perché la cessione è *pro soluto*, e non consente alcun collegamento di quest'ultima con il fattore “tempo”. Essendo, infatti, i crediti scaduti, non vi è alcun parametro al quale ancorare il decorso del tempo e quindi il computo degli interessi da dedurre dal prezzo di acquisto. Né tale parametro temporale può essere costituito dalla data di incasso del credito. Questa, infatti, è per definizione incerta e quindi non è conosciuta o conoscibile dal *factor* al momento in cui acquista il credito. Donde la conseguenza che, anche materialmente, non vi è la possibilità di computare come “interessi” la differenza tra il minor prezzo corrisposto e il valore nominale del credito ceduto.

Consegue da tutto ciò che le predette operazioni devono essere inquadrare come operazioni di pura e semplice compravendita di crediti contro un prezzo determinato, senza la creazione di alcun ulteriore rapporto di natura finanziaria o di anticipazione tra la Società e il cedente.

Tale conclusione non muta neppure analizzando le caratteristiche della seconda tipologia di operazioni nella quale il *factor* acquista sempre *pro soluto* i crediti scaduti e immediatamente esigibili, pagando però il prezzo in due rate: - una, più consistente, al momento del perfezionamento della cessione; - l'altra, meno rilevante entro un termine più o meno lungo dalla predetta cessione, salvo l'anticipato incasso del credito, nel qual caso la seconda rata viene corrisposta entro un termine normalmente breve dal pagamento del debitore ceduto. Altra peculiarità del tipo è il diritto del cedente a ricevere gli interessi maturati e corrisposti dal debitore ceduto, purché il pagamento del debito (in linea capitale e relativi interessi) avvenga prima della scadenza del termine di pagamento della seconda rata del prezzo. A fronte di tale attività amministrativa, consistente nella gestione e nell'attività di riscossione degli interessi, il cedente è tenuto a versare alla società di *factoring* una commissione di gestione mensile, pari ad una percentuale calcolata sul valore nominale dei crediti ceduti.

Orbene, anche tale tipologia di operazioni, come quella prima esaminata, presenta le caratteristiche funzioni di un contratto di scambio (ovvero compravendita di beni) e di assicurazione (posto che i crediti sono acquistati dalla società *pro soluto*, il cedente si libera del rischio d'insolvenza del debitore ceduto), alle quali però si aggiunge (a differenza della prima categoria) anche una funzione di mandato. Il *factor*, infatti, svolge attività di tipo amministrativo, volta all'escussione del credito e per tale attività, svolta anche nell'interesse del cliente (per il risultato utile che costui consegue attraverso

l'incasso della seconda rata del prezzo nel più breve tempo possibile, nonché degli interessi maturati a quella data e corrisposti dal debitore ceduto), viene remunerato attraverso il pagamento di commissioni mensili.

Non si rinviene, però, alcun elemento che possa essere ricondotto ad un'attività di anticipazione e quindi di finanziamento, soggetto all'obbligo di segnalazione e alla normativa antiusura. Infatti, si ribadisce che anche in questo caso i crediti ceduti sono immediatamente esigibili e la cessione è *pro soluto*, con conseguente liberazione del cedente dall'obbligo di garantire l'adempimento del debitore.

Non rileva neppure che il pagamento del prezzo sia eseguito dal cessionario in due *tranche*, posto che la seconda rata deve essere pagata comunque (ed indipendentemente dagli incassi) entro un dato termine dal perfezionamento della cessione. La suddivisione del prezzo in due rate costituisce, quindi, solo una modalità di pagamento, ma non una forma di anticipazione dell'importo del credito, atteso che non genera alcuna posizione a debito del cliente. Il rischio dell'insolvenza del ceduto rimane a esclusivo carico del cessionario, che non solo non ha titolo per chiedere la restituzione al cliente del primo importo versato, ma neppure può liberarsi dall'obbligo di pagamento del secondo.

Infine, ciò che il cedente paga mensilmente al *factor* è solo una commissione per la gestione amministrativa dell'attività di recupero credito svolta nel suo interesse, in quanto all'anticipato pagamento del debitore è connesso il versamento al fornitore, anticipato rispetto al termine previsto in contratto, della seconda rata del prezzo, nonché ancora degli interessi maturati sul credito ceduto e versati dal debitore.

La commissione di gestione amministrativa, tuttavia, non ha alcuna rilevanza ai fini della determinazione del tasso soglia.

Va, infatti, innanzitutto rilevato che la predetta commissione non è mai computata capitalizzandone l'importo, ed include anche la remunerazione della garanzia della solvenza del debitore ceduto che il *factor* assume nelle operazioni in esame.

Altro aspetto degno di nota è che tale voce di costo non presenta alcun collegamento (né in relazione alla sua quantificazione, né alla tempistica per la sua decorrenza) con le somme versate dalla società di *factoring* al cliente per la cessione dei crediti. Essa infatti è calcolata sul valore nominale del credito ceduto e non sul prezzo di acquisto corrisposto dalla società. Pertanto non può essere considerata in alcun modo come una forma di remunerazione di una ipotetica anticipazione eseguita dal *factor* al cliente.

Per finire tale commissione trova la sua giustificazione causale in un'attività di riscossione del credito che è a vantaggio dello stesso cliente, il

quale nel caso di incasso entro i sei anni del credito ceduto, oltre a ricevere prima la parte residua del “prezzo”, ha diritto a percepire gli interessi che la cessionaria ha riscosso dal debitore ceduto.

Consegue dai suesposti rilievi che la commissione di gestione è strettamente legata all'attività amministrativa di gestione e riscossione dei crediti e non è indice di un'attività finanziaria. Tanto ciò è vero che essa viene riconosciuta al *factor* fino al momento della completa riscossione del credito e della corresponsione al cliente degli interessi maturati sullo stesso e sempre che si realizzi il suo incasso entro il termine massimo previsto in contratto. Tale termine per il quale è dovuta la predetta commissione, coincide con lo stesso termine entro il quale da un lato il cliente conserva il diritto di ricevere gli interessi, dall'altro il *factor*, una volta che sia scaduto, è tenuto comunque a versare il saldo prezzo, anche se non ha incassato il credito dal debitore.

Al venire meno quindi alla scadenza di tale termine del diritto del cliente a vedersi attribuiti gli interessi maturati sui crediti ceduti, corrisponde correlativamente l'esonero del cliente dall'obbligo di pagare la commissione, perché in tal caso l'attività di riscossione del credito non è più nel suo interesse, ma viene svolta dal *factor* esclusivamente per il proprio, essendo questi tenuto verso il cedente comunque a corrispondergli il saldo del prezzo.

Dalla descritta natura della commissione di gestione amministrativa consegue che sottostante alla stessa non vi è un'attività finanziaria del *factor* e quindi che essa non entra nel calcolo del TEG.

Infatti, la Banca d'Italia nelle proprie Istruzioni esclude dal calcolo del TEG, tra l'altro «con riferimento al *factoring* e al *leasing*, i compensi per prestazioni di servizi accessori di tipo amministrativo non direttamente connessi con l'operazione di finanziamento» (lettera e) del punto C4)¹⁷.

5. La verifica della soluzione proposta alla luce della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale

Tali conclusioni trovano significativo conforto anche negli studi dottrinari e giurisprudenziali in tema di limiti di applicazione della normativa antiusura alle operazioni di *factoring*.

Così si esprime Fabrizio Vanorio: «i contratti di *factoring* che possono prestarsi a pattuizioni usurarie sono quelli che prevedono erogazione di anticipi (o, al limite, assunzione di garanzia contro l'inadempimento dei debito-

¹⁷ Cfr. 14.

ri) da parte del *factor* (sottolineatura nostra) su crediti già sorti od anche futuri. Ne consegue che il tasso di interesse da prendere in considerazione non può essere che quello che matura sugli anticipi o comunque sull'esposizione debitoria complessiva a carico del fornitore – cedente, laddove il c.d. *purchase price*, il prezzo che il *factor* si impegna a corrispondere al cedente, in genere pari al valore nominale dei crediti scaduti, comunque al netto di abbuoni di prezzo, deduzioni o compensazioni praticate dal debitore ceduto all'atto di pagamento, mal si presta ad essere valutato nell'ottica della maturazione di interessi poiché, appunto, non viene istituzionalmente scontato. Per quel che concerne, invece, la commissione dovuta al *factor* per i servizi prestati, questa dovrebbe tendenzialmente essere inclusa nel calcolo del tasso relativo all'esposizione debitoria del cedente, sebbene vada espunta dal computo, se attiene a servizi non finanziari. In definitiva, la norma sulla non maturazione di interessi potrebbe applicarsi estensivamente alle forme di *factoring* ascrivibili alla categoria di prestazione finanziaria in senso stretto»¹⁸.

Aderisce al pensiero dell'Autore anche la dottrina più recente. Pierangela Dagna afferma: «Nel caso del *factoring*, poi, la tipologia di contratto nella quale potrebbero essere pattuiti interessi usurari è quella che prevede la erogazione di anticipi o l'assunzione di garanzia contro l'inadempimento dei debitori da parte del *factor* su crediti già sorti o anche futuri. La estensibilità della norma che prevede la totale non debenza degli interessi, quindi, sarebbe possibile limitatamente alle forme di *factoring* ascrivibili alla categoria delle prestazioni finanziarie in senso stretto. Il tasso di interesse da considerare in tal caso è quello che matura sugli anticipi, o, comunque, sull'esposizione debitoria complessiva a carico del fornitore-cedente, mentre invece, il prezzo che il *factor* si impegna a corrispondere al cedente (il c.d. *purchase price*) in genere pari al valore dei crediti scaduti e al netto di abbuoni di prezzo, deduzioni o compensazioni praticate dal debitore ceduto all'atto del pagamento, difficilmente si presta ad esser valutato nell'ottica della maturazione di interessi dal momento che, non viene scontato»¹⁹.

Corollario di tali lucide riflessioni dottrinarie è che se nell'operazione di *factoring* manca l'elemento finanziario dell'anticipazione, atteggiandosi in concreto come una mera compravendita del credito, è inapplicabile la stessa disciplina di cui all'art. 644 c.p.

¹⁸ *Il reato di usura ed i contratti di credito: un primo bilancio*, in *Contratto e Impresa*, 1999, 533.

¹⁹ *Profili civilistici dell'usura*, in *Il diritto degli affari*, 2008, 65-66.

La dottrina, infatti, ribadisce come nella specifica fattispecie della «vendita del credito», il *factor* in realtà non assume mai la veste di creditore. Quest'ultimo acquista il credito ed è obbligato verso il cedente a pagare il prezzo convenuto (il cd. *purchase price*); non è mai – né può esserlo in questa struttura contrattuale – “*creditore*” del cedente, potendo assumere la sola veste di “*debitore*” verso il cedente del prezzo del contratto. In tale veste è quindi assente la stessa «maturazione di interessi».

Di tali rilievi fa applicazione anche la costante elaborazione giurisprudenziale, laddove si trova a risolvere la problematica dell'applicazione dell'art. 1815, comma 2, c.c. alle operazioni di factoring.

Chiarisce, così, Cass. Civ., sez. III, sentenza 21 ottobre 2010, n. 21598²⁰, che gli unici interessi che è possibile prendere in considerazione ai fini della verifica della natura usuraria del tasso applicato all'operazione sono quelli che il *factor* riceve dal creditore cedente a titolo di corrispettivo dell'anticipazione effettuata. È notevole il rilievo che nel caso all'esame del Supremo Collegio le somme versate dal *factor* al cedente risultavano «imputate ad anticipazione», prevedendosi la loro conversione in corrispettivo dopo la scadenza di un termine prestabilito dalla scadenza convenzionale dei crediti. Pertanto il *factor* oltre agli interessi riscossi dal debitore ceduto per il ritardo nel pagamento, aveva comunque percepito gli interessi anche dal cedente per l'anticipazione effettuata.

Orbene la Cassazione, nel confermare l'analoga decisione della Corte di Appello di Milano, sez. I civ. del 24 gennaio 2005, n. 102, ha affermato il principio per cui non è «giuridicamente possibile cumulare gli interessi addebitati al debitore ceduto per il ritardo nel pagamento, con gli interessi richiesti al cedente sui versamenti anticipati di quote di corrispettivo». Tanto in ragione del rilievo che «come osservato dalla Corte di merito e come va ribadito i titoli che il *factor* fa valere sono diversi ed eterogenei e da essi derivano due azioni distinte e non sovrapponibili: l'una contro il debitore ceduto per il credito relativo alla sorte capitale e agli interessi successivi alla cessione del credito, l'altra contro il cedente per il pagamento degli interessi, di natura corrispettiva, dovuti in relazione alle anticipazioni fatte sui corrispettivi non ancora esigibili ed eseguite con la diversa funzione causale di finanziamento del cedente».

Sono evidenti le conseguenze che in tema di applicazione delle normativa antiusura alle operazioni esaminate sortiscono dai riferiti orientamenti dottrinari e giurisprudenziali. Poiché queste hanno tutte ad oggetto cessioni *pro soluto* di crediti scaduti e le somme pagate al cedente sono imputate a ti-

²⁰ In www.altalex.com.

tolo di prezzo senza versamento di interessi corrispettivi da parte di quest'ultimo, ne deriva l'inapplicabilità dell'art. 1815, comma 2 c.c., nonché dello stesso art. 644 c.p. Gli unici interessi, infatti, che il *factor* percepisce sono quelli versati dal debitore ceduto al diverso titolo del ritardo nel pagamento, i quali come afferma la Cassazione non entrano nel calcolo dell'usura.

Chiude il cerchio sulla inapplicabilità della norma penale, anche l'analisi del dato normativo.

Il legislatore, infatti con il D.L. n. 394/2000, poi convertito dalla Legge n. 24 del 28 febbraio 2001, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 49 del 28 febbraio 2001, ha introdotto all'art. 1, comma 1 una norma di interpretazione autentica dell'art 644 c.p., stabilendo che «ai fini della applicazione dell'articolo 644 codice penale e dell'articolo 1815 , secondo comma , codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento».

Alla stregua della richiamata norma deve quindi ritenersi che per poter concretamente calcolare il TEGM previsto dalla legge n.108/96 e dall'art. 644 c.p., è necessario poter applicare il computo del "*tempo*" nel momento in cui il contratto si conclude. L'elemento temporale non può invece essere legato alla data di incasso da parte del cessionario, trattandosi di un evento futuro e incerto nel suo realizzarsi e che non è neppure preventivabile o anche solo conoscibile dalle parti al momento in cui concludono l'operazione. Donde la conseguenza che legare il computo del tempo alla data dell'incasso del credito ceduto, oltre che logicamente non predicabile, darebbe luogo anche a una violazione della citata norma di interpretazione autentica, in quanto finirebbe per legare la configurabilità o meno del reato usurario al momento del pagamento, che invece per la stessa norma di interpretazione autentica non rileva ai fini della sussistenza del reato usurario.

È, dunque evidente che quando il parametro temporale, per il modo in cui si atteggia in concreto la fattispecie negoziale, non può trovare applicazione, questo costituisce il più chiaro indice della irrilevanza di quella fattispecie rispetto alla legge n.108/96 e all'art. 644 c.p.

Anche questa conclusione, trova l'avallo della giurisprudenza del Supremo Collegio. Afferma infatti Cass. pen., sez. II, sentenza 26 febbraio 2010, n. 7752²¹, che quando non esiste «un'unità di tempo su cui confrontarlo» il prezzo «non può avere natura di interesse». Rilevano i giudici che «l'interesse, infatti, rappresenta la remunerazione di una prestazione di dena-

²¹ In www.pluirs-cedamutegiuridica.com.

ro in funzione del tempo durante il quale il capitale viene utilizzato dal debitore».

Alla stregua del richiamato principio consegue, quindi, ancora una volta che, non costituendo, per le ragioni innanzi esposte, le operazioni in esame una forma di finanziamento, atteggiandosi invece come atti di mera compravendita dei crediti e non rivenendosi nelle stesse una «*unità di tempo*» al quale parametrare il prezzo corrisposto dal fornitore al *factor*, alle medesime non si applica la normativa antiusura.

6. Conclusioni

Possono a questo punto sintetizzarsi le conclusioni delle presenti note:

- le operazioni di *maturity* che hanno ad oggetto crediti scaduti ed esigibili, che sono concluse nella modalità del *pro soluto*, e nelle quali il pagamento del prezzo della cessione non è vincolato all'incasso del credito da parte del *factor* non generano posizioni a debito dei clienti;

- le somme versate dalla società di *factoring* al cliente non costituiscono quindi alcuna forma di “*anticipo*” o “*finanziamento*” di quest'ultimo, ma mero corrispettivo delle cessioni di credito;

- avendo ad oggetto le cessioni esclusivamente “*crediti in sofferenza*”, cd. *non performing loans*, lo scarto tra prezzo di acquisto e valore nominale del credito non è in funzione della remunerazione (sotto forma di interessi) dell'importo versato dalla Società, ma del ridotto valore di mercato del credito, legato alla natura di cattivo pagatore del debitore;

- essendo tali crediti in ogni caso scaduti ed immediatamente esigibili, manca in ogni caso il parametro al quale ancorare il decorso del tempo e quindi il calcolo degli interessi da dedurre dal prezzo di acquisto, secondo la formula prevista da Banca d'Italia e dalla comune prassi. Donde l'impossibilità in ogni caso di computare come “*interessi*” la differenza tra il minor prezzo corrisposto e il valore nominale del credito ceduto;

- le uniche operazioni concluse dal *factor* suscettibili di generare una posizione a debito del cliente sono quelle per le quali è prevista il pagamento di una commissione di gestione amministrativa, e limitatamente al pagamento di detta commissione. Essendo, tuttavia tale commissione remunerativa esclusivamente del servizio gestione e incasso del credito svolto dalla Società nell'interesse del cliente, essa non è indice dell'esistenza di un “*anticipo*” erogato dalla società al cliente, e in ogni caso va esclusa dal calcolo del TEG.

Corollario di tali rilievi è che alle operazioni di cessione crediti di tale tipo, non costituendo attività finanziarie che generano posizioni a debito del cliente, non si applica l'art. 644 c.p.

GIURISPRUDENZA

**IMPORTANTE OVERRULING DELLA CORTE SUPREMA
CANADESE: LE DISPOSIZIONI DEL CODICE PENALE CHE
VIETANO IL SUICIDIO ASSISTITO SONO INCOSTITUZIONALI**

Nota a sentenza *Carter v. Canada* (Attorney General), 6 febbraio 2015, SCC
5

Ester Stefanelli

Dottoranda in Scienze Giuridiche nell'Università di Siena

Carter v. Canada (Attorney General), 6 febbraio 2015, SCC 5

Overruling - Accertamento della violazione del diritto alla vita, libertà e sicurezza personale - Principi fondamentali della giustizia - Limitation clause - Dichiarazione di incostituzionalità

Gli artt. 14 e 241, lett. b del codice penale sono incostituzionali poiché violano i diritti riconosciuti dall'art. 7 della Carta dei diritti e delle libertà in un modo incompatibile rispetto ai principi fondamentali di giustizia; inoltre, non rispettando il principio di proporzionalità, l'esistenza di tali disposizioni non può essere giustificata in base all'art. 1 della Carta.

Nella sentenza *Carter v. Canada* del 6 febbraio 2015 la Corte suprema del Canada è tornata a pronunciarsi sulla costituzionalità degli artt. 14 e 241, lett. b del codice penale, dopo che, con la sentenza del 1993, *Rodriguez v. British Columbia*, li aveva dichiarati conformi alla Carta dei diritti e delle libertà. Questi articoli impongono il divieto assoluto per qualsiasi persona di sottoporsi alla pratica del suicidio assistito o di assistere un soggetto terzo a morire. La previsione di tale divieto ricade tra le materie di diretta competenza del potere legislativo federale, ai sensi dell'art. 91, n. 27 del *Constitution Act* del 1867, il quale riserva al Parlamento canadese la potestà di legiferare in materia penale. La Corte aveva dunque già riconosciuto, in virtù di tale disposizione, l'estendersi della giurisdizione federale al divieto relativo al suicidio assistito, nonostante quest'ultimo sia suscettibile di incidere sulla normativa di principio in campo sanitario che, invece, è di esclusiva competenza delle Province.

La criminalizzazione della morte medicalmente assistita è stata ritenuta dalla Corte suprema, nella sua recente decisione presa all'unanimità, in contrasto con le disposizioni della Carta dei diritti e delle libertà del Canada, cosicché a distanza di oltre vent'anni si è proceduto ad un *overruling* della precedente giurisprudenza dello stesso giudice.

All'origine della sentenza in questione vi è il ricorso presentato nel 2011 di fronte alla Corte suprema della Provincia canadese della British Columbia

da Lee Carter e Hollis Johnson, i quali hanno aiutato un membro della loro famiglia a recarsi in Svizzera per sottoporsi al suicidio assistito, da William Shoichet, un medico favorevole a tale pratica, da Gloria Taylor, malata terminale che avrebbe voluto disporre della possibilità di ricorrere al suicidio assistito e dalla British Columbia Civil Liberties Association (BCCLA) un'organizzazione non governativa impegnata nella lotta per la tutela diritti civili.

I dubbi avanzati dai ricorrenti sull'incostituzionalità degli articoli del codice penale relativi al suicidio assistito sono stati dapprima accolti dalla Corte suprema della British Columbia; una decisione, questa, successivamente impugnata dal Governo di fronte alla Corte di Appello della provincia stessa, la quale ha ritenuto che il giudice di primo grado fosse, in base al principio dello *stare decisis* verticale, vincolato al rispetto della pronuncia della Corte suprema del Canada nella sentenza *Rodriguez v. British Columbia*.

In quel caso la maggioranza dei membri della Corte ritenne che gli artt. 14 e 241, lett. b del codice penale non violavano l'art. 7 della Carta dei diritti e delle libertà, che tutela il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza personale, e che un'eventuale violazione dell'art. 15 della Carta, relativo al diritto di ciascun individuo ad un trattamento uguale in base alla legge senza alcuna forma di discriminazione, sarebbe stata giustificata dalla *limitation clause* contenuta nell'art. 1 della stessa e secondo la quale i diritti riconosciuti sono soggetti esclusivamente a limitazioni ragionevoli che possono essere giustificate in maniera chiara in una società libera e democratica.

Tornando alla sentenza che qui si annota, contro la decisione del giudice di appello, la Corte suprema del Canada ha ritenuto che, nonostante la signora Taylor versasse nelle medesime condizioni della ricorrente del caso Rodriguez (entrambe erano affette da sclerosi laterale amiotrofica) e avanzasse le stesse pretese, rispetto al precedente del 1993 si è verificata un'evoluzione della giurisprudenza che ha portato all'identificazione di due nuovi principi riconducibili all'art. 7 (quello dell'eccessiva ampiezza della norma e della sua evidente sproporzionalità) e, al contempo, si è assistito a un mutamento di posizioni sulla questione da parte dell'opinione pubblica, canadese e internazionale.

Difatti, relativamente a quest'ultimo aspetto, dal pronunciamento della prima sentenza della Corte suprema del Canada alcune democrazie occidentali hanno introdotto nei loro ordinamenti disposizioni che consentono forme di suicidio assistito (si tratta in particolare dell'Olanda, del Belgio, del Lussemburgo, della Svizzera e della Colombia oltre che di alcuni

Stati federati quali l'Oregon e il Montana). In altri Stati, è questo il caso del Regno Unito (v. sent. *R. (Nicklinson) v. Ministry of Justice*), la giurisprudenza ha ritenuto che il divieto assoluto di ricorrere alla pratica del suicidio assistito violasse i diritti del ricorrente, salvo però lasciare al legislatore il compito di emendare la normativa vigente e di trovare il giusto equilibrio tra i valori concorrenti.

L'accesso dibattuto che si è sviluppato su scala globale circa la possibilità di prevedere forme di morte medicalmente assistita si è dunque sostanziato in taluni casi in interventi legislativi o giurisprudenziali. Sebbene in numerosi ordinamenti il suicidio assistito rimanga un reato (la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo aveva stabilito che la legge inglese che vieta di aiutare una persona a suicidarsi non era contraria alla Convenzione europea; v. sent. *Pretty v. United Kingdom*, citata dalla Corte canadese), tali mutamenti hanno svolto un ruolo decisivo nell'influenzare la decisione con la quale la Corte suprema canadese ha superato il precedente vincolante. Difatti questi ordinamenti costituiscono per il giudice supremo degli esempi concreti di come l'abolizione del divieto assoluto relativo al suicidio assistito non coincida con una minore protezione dei soggetti vulnerabili.

Gli sviluppi attinenti al quadro normativo e alle circostanze di fatto (due condizioni necessarie in caso di *overruling* secondo la sent. *Canada v. Bedford*) hanno dunque portato la Corte suprema a dichiarare l'incostituzionalità delle disposizioni impugnate dai ricorrenti, ritenendo che il giudice di primo grado non fosse vincolato dal precedente giudiziario adottato dalla corte gerarchicamente superiore.

Gli articoli del codice penale oggetto del giudizio di legittimità costituzionale sono, come detto, l'art. 14, che vieta all'individuo di acconsentire a che gli venga inflitta la morte e che dichiara che tale consenso non fa venir meno la responsabilità penale di coloro i quali lo aiutano a suicidarsi, e l'art. 241, lett. b, secondo il quale chiunque aiuti o istighi al suicidio deve essere ritenuto colpevole di un reato perseguibile con una reclusione fino a quattordici anni.

Al contrario, gli artt. 21, 22, 222 e 241, lett. a, anch'essi impugnati dai ricorrenti, non sono stati considerati incostituzionali in quanto, di per sé, non vietano la pratica del suicidio assistito.

Per quel che riguarda il parametro di costituzionalità, esso è rappresentato sia dai diritti contenuti nell'art. 7 della Carta dei diritti e delle libertà (ossia il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza personale), che sono soggetti solo a quelle limitazioni necessarie per garantire il rispetto dei principi fondamentali della giustizia, sia dall'art. 15 della medesima Carta, che afferma che ogni persona è uguale davanti alla legge e ha diritto a

godere della stessa protezione e degli stessi benefici derivanti da quest'ultima senza alcuna forma di discriminazione. L'eventuale violazione di tali diritti è stata inoltre esaminata alla luce dell'art. 1 della Carta, contenente la c.d. *limitation clause*.

La Corte suprema del Canada ha anzitutto riconosciuto che le disposizioni del codice penale in oggetto violano il diritto alla vita, nella misura in cui un individuo che teme di diventare incapace di porre fine alla propria esistenza al momento in cui le sofferenze causate dalla sua malattia saranno diventate insopportabili può essere portato a infliggersi la morte in modo prematuro. Il diritto alla vita è dunque inteso come un «diritto a non morire», mentre la Corte sposa un approccio «qualitativo», in base al quale l'accento dovrebbe essere posto sulla tutela della qualità della vita. Peraltro, il diritto alla vita non può essere interpretato nel senso di un «dovere alla vita», che giustificerebbe il divieto categorico di aiutare a commettere un atto di suicidio, così come la sacralità della vita non implica più che quest'ultima debba essere preservata ad ogni costo.

Gli artt. 14 e 241, lett. b violano anche la libertà della persona in quanto interferiscono con la capacità di un soggetto adulto, nel pieno delle sue facoltà mentali, di disporre del proprio corpo e di optare per una fondamentale scelta di vita personale; essi violano altresì il diritto alla sicurezza personale poiché costringono delle persone affette da malattie terminali a sopportare sofferenze indicibili. In entrambi i casi si reca pregiudizio all'autonomia della persona e alla sua dignità, a tutela delle quali oggi giorno la legge canadese consente ad un individuo di rifiutare trattamenti sanitari dai quali dipende la sua sussistenza.

Dopo aver accertato che lo scopo del divieto in esame è la protezione dei soggetti vulnerabili dal rischio che siano indotti a suicidarsi in un momento di debolezza (e non la più generale e non ben precisata «protezione della vita»), la Corte ha valutato se simili violazioni del diritto alla vita, libertà e sicurezza personale siano dettate dal rispetto dei principi fondamentali della giustizia. Non essendo elencati all'interno della Carta canadese, questi ultimi sono il risultato di una progressiva elaborazione giurisprudenziale della Corte suprema, dalla quale emerge che una legge che viola uno di tali diritti non deve essere arbitraria, eccessivamente ampia o palesemente sproporzionata.

Analogamente a quanto stabilito nella sentenza del 2013, *Canada v. Bedford*, la Corte ha affermato che il divieto in esame risulta essere troppo ampio rispetto allo scopo che intende perseguire dato che finisce per riferirsi anche a persone che non sono soggetti vulnerabili ma che sono pienamente capaci di agire e che prestano il loro consenso informato, come appunto nel

caso della signora Taylor. Il principio in base al quale una legge che limita uno dei diritti dell'art. 7 non deve avere una portata eccessivamente ampia è stato enunciato per la prima volta dalla Corte nel 1994, in occasione della sentenza *R. a v. Heywood* e risulta dunque essere posteriore rispetto al caso Rodriguez.

Dato che il divieto assoluto di ricorrere al suicidio assistito è ritenuto eccessivamente ampio, la Corte non ha reputato necessario determinare se le disposizioni oggetto di esame violassero anche il principio fondamentale della giustizia che vieta ad una legge recante limitazioni ai diritti dell'art. 7 di essere palesemente sproporzionata.

Allo stesso modo, avendo accertato la violazione dell'art. 7 la Corte non si è soffermata sulla potenziale violazione dell'art. 15 della Carta. Nella sua sentenza, la Corte suprema della British Columbia aveva comunque ritenuto che sussistesse una violazione di tale disposizione, poiché gli artt. 14 e 241, lett. b impongono in capo alle persone con disabilità fisiche un onere eccessivo, in quanto per infliggersi la morte sono costrette a lasciarsi morire di fame o di sete.

Il giudice canadese ha dovuto infine stabilire se la violazione dell'art. 7 rientrasse tra quelle ragionevoli limitazioni dei diritti di cui all'art. 1 della Carta. In proposito, dopo aver chiarito che le disposizioni del codice penale hanno uno scopo reale e urgente, la Corte si è interrogata circa la proporzionalità dei mezzi individuati dal legislatore per perseguire tale obiettivo. A tal proposito occorre ricordare che, nonostante con la sentenza *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* si sia attestato che le soluzioni normative individuate dal Parlamento in risposta ad una tematica sociale di notevole complessità devono essere considerate con particolare rispetto, in questa occasione la Corte suprema ha dichiarato che un divieto assoluto non può costituire una «risposta normativa complessa».

Seguendo quanto deciso nella sentenza *R. v. Oakes* (dalla quale deriva il c.d. *Oakes Test* al quale si ricorre per accertare la possibilità di invocare la clausola dell'art. 1), al fine di invocare la *limitation clause* per giustificare la violazione dei diritti dell'art. 7, il governo canadese ha l'obbligo di dimostrare che i mezzi individuati dalla legge siano proporzionati rispetto al perseguimento dell'obiettivo prefissato. La Corte ha invece ritenuto che il divieto assoluto non rispetta il principio della proporzionalità nella misura in cui esistono strumenti alternativi atti a tutelare i soggetti vulnerabili che limitano in maniera meno severa i diritti riconosciuti dall'art. 7 (non è quindi rispettato il requisito del *minimal impairment*).

Prendendo ad esempio quegli ordinamenti che riconoscono la possibilità di ricorrere alla pratica della morte medicalmente assistita (la Corte suprema

della British Columbia aveva esaminato con particolare attenzione le conseguenze derivanti dall'autorizzazione di forme di suicidio assistito in Oregon, Belgio e Olanda) è stato infatti dimostrato che una normativa meno restrittiva per i diritti dell'art. 7 è comunque in grado di proteggere i soggetti vulnerabili. Difatti, si ritiene che i medici siano in grado di determinare se il paziente che richiede di sottoporsi al suicidio assistito agisce di sua spontanea volontà ed è in grado di intendere e di volere.

Peraltro, la Corte ha affermato che l'eventualità che sia aiutato a morire un paziente sulla base di una decisione affrettata, influenzata da condizionamenti esterni o dettata dalla sofferenza psichica, è già contemplata all'interno dell'ordinamento canadese, in quanto si può scegliere di interrompere i trattamenti di sostegno vitale o di farsi somministrare dei sedativi nella fase terminale della propria malattia. Così come il giudice di primo grado, la Corte non fa dunque alcuna distinzione, da un punto di vista etico, tra l'eutanasia passiva e la morte medicalmente assistita, dato che molti dei trattamenti di fine vita, attorno all'uso dei quali è emerso un più ampio consenso a livello di opinione pubblica, sono di fatto volti ad accelerare il decesso.

Di conseguenza, la Corte suprema, nell'affrontare la questione della proporzionalità, non ha lasciato che fosse il Parlamento a individuare la soluzione normativa del caso ma ha adottato la sua decisione basandosi sulle prove raccolte dal giudice di primo grado nella sua analisi comparata.

Dato che gli artt. 14 e 241, lett. b del codice penale violano il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza personale, riconosciuti dall'art. 7 della Carta dei diritti e delle libertà in un modo che risulta incompatibile rispetto ai principi fondamentali di giustizia e che peraltro una simile violazione non può essere giustificata in base all'art. 1 della stessa Carta, la Corte ha ritenuto che tali disposizioni devono essere dichiarate invalide ai sensi dell'art. 52 del *Constitution Act*. La dichiarazione di invalidità è sospesa per dodici mesi a partire dalla data in cui è stata adottata la sentenza, in modo da permettere al Parlamento, nell'arco di questo periodo, di individuare una soluzione normativa equilibrata e in grado di disciplinare le diverse fattispecie.

La Corte ha ciononostante precisato che la sua decisione si riferisce esclusivamente alle circostanze in esame, ossia quelle di una paziente che ha chiaramente espresso la sua volontà di morire e la cui malattia, che è ad uno stadio terminale, le provoca continue ed intollerabili sofferenze.

**LA CASSAZIONE BOCCIA IL MATRIMONIO OMOSESSUALE E
FA APPELLO AL LEGISLATORE: NECESSARIO UN
TEMPESTIVO INTERVENTO NORMATIVO.**

**Suprema Corte di Cassazione, Sezione I, Sentenza n. 2400 del
09/02/2015** (Presidente: M.G. Luccioli; Relatore: M. Acierno)

Giovanni Bruni

Avvocato

Diritti della personalità - unioni omo-affettive – regime matrimoniale – mancata estensione – legittimità – individuazione di forme di garanzia e riconoscimento – discrezionalità del legislatore.

La massima – È legittima la mancata estensione del regime matrimoniale (nella specie, della possibilità di procedere alla pubblicazione di matrimonio) alle unioni omo-affettive in linea con quanto affermato dalla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, il cui approdo non può ritenersi superato dalle successive decisioni della Corte di Strasburgo, ancorché il sicuro rilievo costituzionale ex art. 2 Cost. di tali formazioni sociali presupponga – come anche ribadito nella successiva sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale – l'individuazione di adeguate forme di garanzia e di riconoscimento, la cui determinazione appartiene alla discrezionalità del legislatore.

La pronuncia in commento se da un lato si palesa come l'ennesimo rifiuto dei giudici nazionali di riconoscere le unioni omosessuali, dall'altro rappresenta un importante “mattoncino” nella costruzione giurisprudenziale volta all'accoglimento nell'ordinamento italiano di una *species* di matrimonio tra persone di uguale sesso.

La Suprema Corte, infatti, con tale sentenza, pur non discostandosi dal consolidato orientamento della giurisprudenza nazionale ed europea che nega una nozione “estesa” di matrimonio civile, ha contribuito in modo determinante a delineare, con contorni ancor più marcati, l'impronta interpretativa che negli ultimi anni sta conducendo ad una riforma della disciplina civilistica volta all'ingresso nel nostro ordinamento di una disciplina organica delle unioni omosessuali.

La pronuncia degli Ermellini trae origine dal caso riguardante una coppia di individui di eguale sesso che ambiva a vedersi concedere dall'Ufficiale di stato civile del comune di appartenenza il nulla osta a

procedere alle pubblicazioni di matrimonio in vista della loro futura unione omosessuale. Ovviamente l'Ufficiale di stato civile competente negava loro la possibilità di operare la pubblicità di cui all'art. 93 c.c. e questi, una volta incassato il medesimo rifiuto da parte di tutte le giurisdizioni competenti, adivano il Giudice delle leggi per vedere accolti i loro "negati" diritti.

I ricorrenti affermavano che a seguito delle pronunce n. 138/2010 della Corte Costituzionale e n. 4184/2012 della Corte di Cassazione, si sarebbe assistito alla eliminazione della differenza di sesso quale presupposto ineludibile per il riconoscimento del diritto al matrimonio e come, sulla scorta di tali pronunce e della complessiva interpretazione orientata del diritto europeo e delle carte internazionali dei diritti fondamentali, tale diritto dovrebbe pacificamente intendersi come posizione giuridica soggettiva fondamentale, da riconoscersi ad ogni individuo, senza che tale riconoscimento possa essere soggetto ad alcuna mediazione legislativa.

Per comprendere a pieno le motivazioni che hanno portato gli Ermellini al rigetto delle istanze avanzate dai ricorrenti, è necessario premettere brevemente quale fosse lo "stato dell'arte" della giurisprudenza nazionale ed europea in materia di unioni civili di persone dello stesso sesso prima della pronuncia in commento.

Seppur anticipata da una pronuncia della stessa Cassazione³⁵⁵, è la Corte Costituzionale che con la storica sentenza n. 138/2010 ha affrontato per la prima volta l'annosa questione della compatibilità della carta costituzionale con la vigente disciplina civilistica preclusiva del matrimonio tra individui dello stesso sesso. I giudici costituzionali in tale sede hanno negato in modo assoluto l'equiparazione delle unioni omosessuali all'unione matrimoniale civile, riconoscendo, tuttavia, che nella nozione di "formazione sociale", di cui all'art. 2 Cost. (quale canale attraverso il quale l'individuo esercita la propria personalità e dunque i propri diritti fondamentali) deve certamente essere ricompresa anche l'unione omosessuale³⁵⁶.

La Corte Costituzionale ha essenzialmente motivato adducendo che la via per il riconoscimento del diritto all'unione civile omosessuale non può essere percorsa attraverso una interpretazione storica del precetto costituzionale (in particolare degli art. 2, 3 e 29 Cost.) perché, così facendo, non si opererebbe una mera (e nuova) lettura ermeneutica della carta

³⁵⁵ Si veda Cassazione Civile, Sez. I, sent. n. 6441/2009 nella quale si è escluso che l'art. 9 della Carta di Nizza, laddove sancisce il diritto fondamentale a sposarsi e costituire una famiglia, possa produrre l'automatico riconoscimento delle coppie omosessuali all'interno degli Stati Membri;

³⁵⁶ Tale pronuncia veniva seguita da Corte Cost. n. 245/2011 la quale riconosceva tra i diritti inviolabili dell'uomo la libertà di contrarre matrimonio;

costituzionale ma si procederebbe ad una vera e propria “interpretazione creativa” del tutto inconferente con l’attuale contesto normativo.

A tale pronuncia si uniformava la Corte di Cassazione, la quale, chiamata nel 2012³⁵⁷ a pronunciarsi in merito alla possibilità di trascrivere una unione omosessuale tra cittadini italiani celebrata nei Paesi Bassi, affermava la non contrarietà all’ordine pubblico nazionale dell’unione tra persone dello stesso sesso e, tuttavia, negava la possibilità di trascrivere la celebrazione straniera di tale unione motivando semplicemente che l’istituto dell’unione omosessuale è “inesistente” nel nostro ordinamento e ribadendo il principio per cui tale lacuna ordinamentale non può essere colmata ridefinendo totalmente in via ermeneutica il precetto costituzionale.

Proprio dalla pronuncia testé richiamata argomentavano i ricorrenti nel caso in esame, denunciando che con essa il giudice di legittimità avrebbe demolito la concezione eterosessuale della nozione di matrimonio e pertanto sarebbe imprescindibile una rilettura della sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale nel senso di escludere la totale discrezionalità del legislatore nel regolare il diritto al matrimonio. Tale assunto prendeva le mosse da quel filone interpretativo secondo il quale, avendo la sentenza n. 138/2010 sancito che il diritto al matrimonio è, ex art. 2 Cost., diritto inviolabile anche per le coppie *same-sex* allora tale diritto deve essere garantito a tutti i costi anche in presenza di una inerzia del legislatore in materia³⁵⁸.

A ciò i ricorrenti aggiungevano che il riconoscimento giurisprudenziale delle unioni omo-affettive sarebbe certamente sussumibile dall’interpretazione dei principi sanciti dalla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo e dalla Carta di Nizza in tema di diritto al matrimonio³⁵⁹.

Quanto alla rinnovata richiesta di “giuridicizzare” per via giurisprudenziale l’unione matrimoniale tra persone dello stesso sesso, la Cassazione risponde ribadendo che non è consentito al giudice di legittimità (come a quello costituzionale) di equiparare le unioni omosessuali al matrimonio, dal momento che, il riconoscimento agli individui di uguale sesso del diritto a vivere liberamente una condizione di coppia, postula necessariamente la creazione di una disciplina organica di carattere generale che regoli in modo specifico e puntuale i rapporti tra i componenti omosessuali della coppia stessa. Al giudice, precisa la Corte, è invece consentito adeguare ed omogeneizzare le norme esistenti al fine di garantire la massima tutela possibile dei diritti garantiti dalla carta fondamentale ma

³⁵⁷ Si veda Cassazione Civile, Sez. I, sent. n. 4184/2012;

³⁵⁸ Si veda C. SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il “non s’ha da fare” dell’art. 29 ed il “si può fare” dell’art. 2 della Costituzione*, in www.diritto.it, 2010;

³⁵⁹ In particolare si faceva riferimento agli artt. 8 e 12 CEDU, ed all’art. 9 Carta di Nizza;

tale omogeneizzazione non può spingersi sino all'interpretazione creativa delle norme costituzionali al fine di generare una fattispecie normativa non prevista.

Merita inoltre di essere segnalato come la Corte, nella *querelle* della scelta delle soluzioni giuridiche al problema delle unioni omosessuali, sembra schierarsi a favore della creazione di un istituto ad hoc sottolineando che la via migliore per il riconoscimento dei diritti delle coppie *same-sex* non è “necessariamente” quella della equiparazione al matrimonio civile.

Quanto al fatto che la carenza normativa del nostro sistema in materia di tutela delle unioni omosessuali possa essere dichiarata incompatibile con l'attuale sistema di garanzia dei diritti fondamentali, così come integrato dal diritto europeo, la Corte ha negato tale evenienza affermando che, anche alla luce dell'attuale orientamento della giurisprudenza comunitaria, il diritto delle unioni omo-affettive a vivere in coppia riceve pacifico riconoscimento costituzionale nell'art. 2 Cost. (e art. 8 CEDU), così come già affermato dalla Corte Costituzionale con sent. n. 138/2010. Tuttavia, continua la Corte, gli articoli 12 e 8 CEDU (nonché art. 9 Carta di Nizza) se da un lato costituiscono certamente fonte per il pieno riconoscimento delle unioni omosessuali dall'altro non contengono alcun obbligo a riguardo per gli stati ma anzi lasciano agli stessi (e dunque ai rispettivi legislatori) piena discrezionalità nella scelta della disciplina giuridica da adottare per tale riconoscimento.

Se la più attenta dottrina aveva, a ragione, letto la precedenti pronunce del giudice costituzionale e di quello di legittimità come un lento cammino della giurisprudenza italiana verso il riconoscimento del matrimonio c.d. *same-sex*³⁶⁰, con la sentenza in commento tale cammino sembra oramai ultimato. I giudici di Piazza Cavour nel confermare il principio, già affermato dal giudice costituzionale nel 2010, per il quale sarebbe impossibile creare un “nuovo” matrimonio omosessuale per tramite del solo strumento giurisprudenziale, ribadiscono la piena sussistenza ex art. 2 Cost. del diritto delle coppie omosessuali ad unirsi in matrimonio e denunciano a chiare lettere la “necessità di un tempestivo intervento legislativo” in materia³⁶¹.

³⁶⁰ G. REPETTO, *La corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale*, in www.diritti-cedu.unipg.it, 2010; M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione*, in Riv. Telem. Giur. Associazione Italiana Costituzionalisti, n.1/2012; C. SILVIS

³⁶¹ La Cassazione in particolare cita la recente sentenza della Corte Cost. n. 170/2014 nella quale si afferma la sussistenza di un contrasto normativo in materia per “*il passaggio da*

Tale intervento è ad oggi improcrastinabile in ragione dalle continue pressioni sociali e politiche esercitate da quella parte di popolazione che sembra non accontentarsi di un adattamento della disciplina vigente in materia di unioni non matrimoniali lento e graduale e che, ritenendosi discriminata dalla concezione matrimoniale tradizionale, vorrebbe *sic et simpliciter* una parificazione delle unioni tra individui senza distinzione di sesso riconducendole tutte sotto l'alveo della disciplina del matrimonio civile. Non vi è dubbio alcuno, infatti, che anche le ultime e più coriacee correnti tradizionaliste siano state, oramai, messe sotto scacco dall'attuale contesto storico-sociale. Si è infatti assistito ad una vera e propria perdita di interesse per l'istituto del matrimonio così come immaginato dai padri-redattori del codice del 1942³⁶², perdita alla quale è corrisposto un dilagare di unioni di fatto che, la giurisprudenza prima e il legislatore poi, hanno cercato di inseguire e regolare nel miglior modo possibile ma che, ad oggi, rimangono di fatto carenti di una propria disciplina organica che stabilisca specifiche regole soprattutto in materia di diritti e doveri dei componenti la coppia omosessuale rispetto ai figli, questione assai delicata e controversa che non può certamente essere risolta attraverso l'interpretazione storicamente orientata di un collegio di giudicanti, seppur altamente autorevoli.

uno stato di massima protezione (per le unioni matrimoniali) ad una condizione di assoluta indeterminatezza (per unioni omosessuali)";

³⁶² Si veda A. TRABUCCO, *Famiglia: tra cristallizzazione del significato e contenuto essenziale delle norme costituzionali*, in www.filodiritto.com, 2010;



Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 11 - dicembre 2014

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805