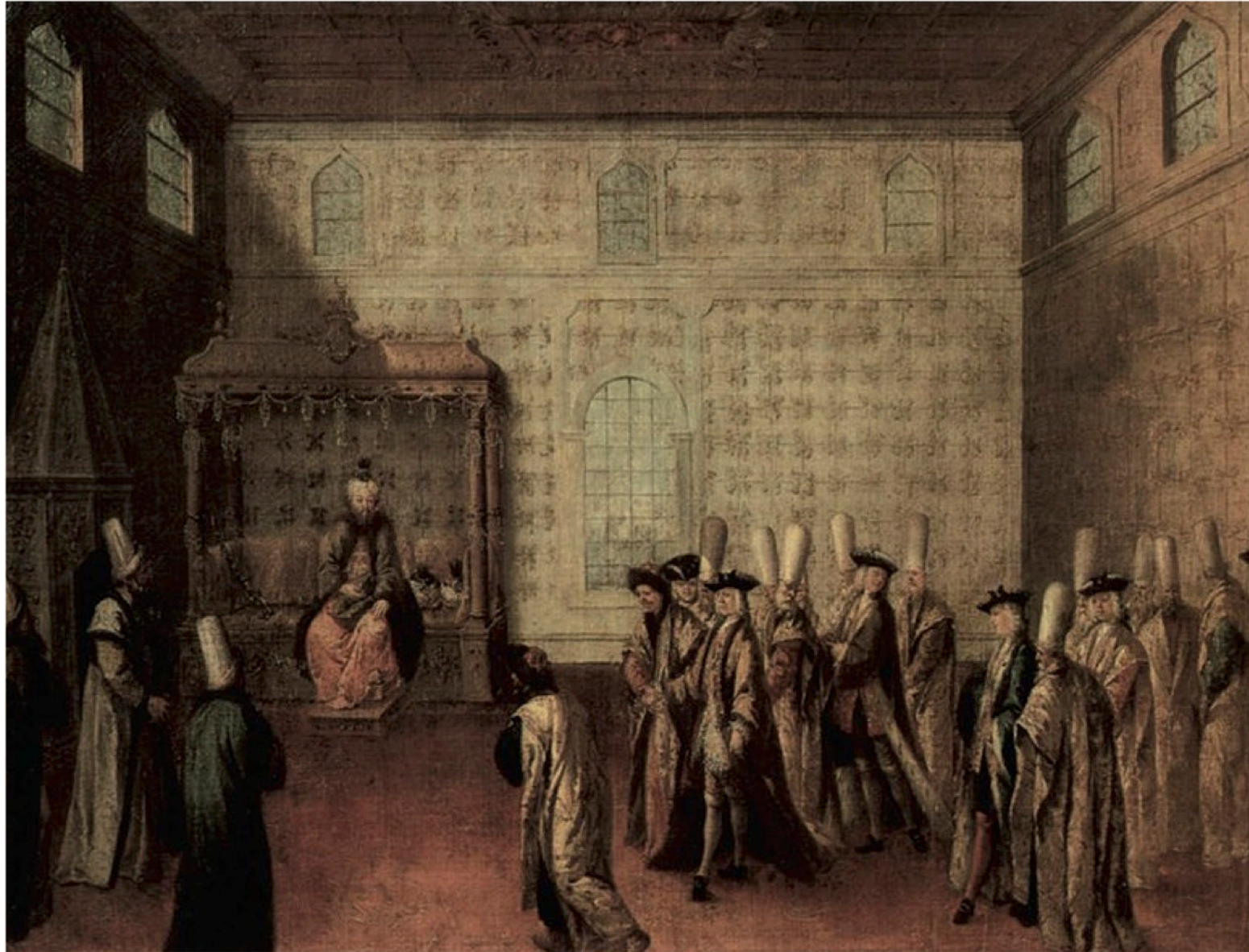




COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

a cura di Pasquale Stanzone e Salvatore Sica



Anno 2018 - Volume 4

www.comparazionedirittocivile.it







Direttore

Pasquale Stanzione

Condirettore

Salvatore Sica

Comitato scientifico

Pasquale Stanzione (*Università degli Studi di Salerno*), Gabriella Autorino (*Università degli Studi di Salerno*), Aldo Berlinguer (*Università degli Studi di Cagliari*), Guido Biscontini (*Università degli Studi di Camerino*), Irina J. Bogdanovskaya (*Moscow National Research University*), Paolo Carbone (*Università degli Studi di Sassari*), Virgilio D'Antonio (*Università degli Studi di Salerno*), Rosaria Giampetraglia (*Università Parthenope di Napoli*), Raffaele Lener (*Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*), Mark R. Lee (*University of San Diego*), Gaspare Lisella (*Università degli Studi del Sannio di Benevento*), Fiona Macmillan (*Birbeck College – University of London*), Maria Rosaria Marella (*Università degli Studi di Perugia*), Manuel David Masseno – (*Instituto Politécnico de Beja*), Carlo Mazzù (*Università degli Studi di Messina*), Antonello Miranda (*Università degli Studi di Palermo*), Elina Moustaira (*National and Kapodistrian University of Athens*), Francesco Ruscello (*Università degli Studi di Verona*), Giovanni Maria Riccio (*Università degli Studi di Salerno*), Manoel J. Santos (*Fundação Getulio Vargas – Sao Paulo*), Livia Saporito (*Seconda Università degli Studi di Napoli*), Angelo Saturno† (*Università degli Studi di Salerno*), Salvatore Sica (*Università degli Studi di Salerno*), Bruno Troisi (*Università degli Studi di Cagliari*), Giuseppe Vecchio (*Università degli Studi di Catania*), Paolo Zatti (*Università degli Studi di Padova*).

Comitato di redazione

Biagio Andò (*Università degli Studi di Catania*), Domenico Apicella (*Università degli Studi di Salerno*), Antonio Astone (*Università degli Studi di Messina*), Valentina Barela (*Università degli Studi di Salerno*), Başak Başoğlu (*Istanbul Bilgi Üniversitesi*), Aura Bertoni (*Ask Centre – Università Commerciale "Luigi Bocconi"*), Nicola Brutti (*Università degli Studi di Padova*), Salvatore Casabona (*Università degli Studi di Palermo*), Claudia Cascione (*Università degli Studi di Bari*), Francesco Clementi (*Università degli Studi di Perugia*), Alessandra Cordiano (*Università degli Studi di Verona*), Cristina Costantini (*Università degli Studi di Bergamo*), Valentina Cuocci (*Università degli Studi di Foggia*), Cristina Dalia (*Università degli Studi della Basilicata*), Amalia Chiara Di Landro (*Università Mediterranea di Reggio Calabria*), Vincenzo Durante (*Università degli Studi di Padova*), Giovanni Facci (*Università degli Studi di Bologna*), Iliaria Ferlito (*Università degli Studi di Salerno*), Eduardo Fernandes (*Università degli Studi di Salerno*), Giorgio Giannone Codiglione (*Università degli Studi di Salerno*), Rigas Giannopoulos (*Aristotle University of Thessaloniki*), Giorgia Guerra (*Università degli Studi di Padova*), Marco Juric (*University of Zagreb*), Nevena Krivokapić (*University of Belgrad*), Leysser Leon-Hilario (*Pontificia Universidad Católica del Perú*), Olindo Lanzara (*Università degli Studi di Salerno*), Antonio Legerén Molina (*Universidad de Coruña*), Francesca Maschio (*Università degli Studi Roma Tre*), Bruno Meoli (*Università degli Studi di Salerno*), Luigi Nonne (*Università degli Studi di Sassari*), Daniela Noviello (*Università Link Campus, Roma*), Annamaria Giulia Parisi (*Università degli Studi di Salerno*), Alessandra Pera (*Università degli Studi di Palermo*), Elena Poddighe (*Università degli Studi di Sassari*), Radim Polcack (*Masarykova Univerzita - Brno*), Tito Rendas (*Universidade Católica Portuguesa*), Paolo Rocca Comite Mascambruno (*Università degli Studi di Salerno*), Giacomo Rojas Elgueta (*Università degli Studi di Roma Tre*), Benedetta Sabatino (*Università degli Studi di Salerno*), Pieremilio Sammarco (*Università degli Studi di Roma Tre*), Mauro Serra (*Università degli Studi della Basilicata*), Giuseppe Spoto (*Università degli Studi Roma Tre*), Maria Gabriella Stanzione (*Università degli Studi di Salerno*), Andrea Stazi (*Università Europea di Roma*), Derya Tarman (*Koc Üniversitesi - Istanbul*), Maria Tommasini (*Università degli Studi di Messina*), Claudia Troisi (*Università degli Studi di Salerno*), Salvatore Vigliar (*Università degli Studi di Salerno*), Filippo Viglione (*Università degli Studi di Padova*), Giovanni Ziccardi (*Università degli Studi di Milano*).



Comitato per la valutazione

Stathis Banakas (*University of East Anglia, Norwich*), Alberto Maria Benedetti (*Università degli Studi di Genova*), Ermanno Calzolaio (*Università degli Studi di Macerata*), Paolo Carbone (*Università degli Studi di Sassari*), Adolfo Di Majo (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Silvia Diaz Alabart (*Universidad Complutense de Madrid*), Vincenzo Cesaro (*Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*), Francesco Di Ciommo (*Università LUISS "Guido Carli"*), Tommaso Edoardo Frosini (*Università degli Studi di Napoli "Suor Orsola Benincasa"*), Jay P. Kesan (*University of Illinois*), Claudia Lima Marques (*Universidade Federal Rio Grande do Sul*), Fiona Macmillan (*Birkbeck College - University Of London*), Ulrich Magnus (*Universität von Hamburg und Mitarbeiter - Max Planck Institut von Hamburg*), Annalaura Mancaloni (*Università degli Studi di Cagliari*), Giovanni Marini (*Università degli Studi di Perugia*), Pier Giuseppe Monateri (*Università degli Studi di Torino*), Maria Lilla Montagnani (*Università Commerciale "Luigi Bocconi"*), Alfonso Hernandez Moreno (*Universitat de Barcelona*), Helena Mota (*Universidade do Porto*), Giovanni Pascuzzi (*Università degli Studi di Trento*), Oreste Pollicino (*Università Commerciale "Luigi Bocconi"*), Antonino Procida Mirabelli di Lauro (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Pietro Rescigno (*Università degli Studi "La Sapienza" di Roma*), Giorgio Resta (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Paolo Ridola (*Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*), Liliana Rossi Carleo (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Lucia Scaffardi (*Università degli Studi di Parma*), Alessandro Somma (*Università degli Studi di Ferrara*), Raffaele Torino (*Università degli Studi di "Roma Tre"*).



Comparazione e Diritto Civile – P.zza Caduti Civili di Guerra, 1 - Salerno
Testata registrata presso il Tribunale di Salerno n. 18 del 21/04/2010
Direttore Responsabile: Salvatore Sica
Per informazioni in merito a contributi e articoli, scrivere a: info@comparazionedirittocivile.it

© COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE - Tutti i diritti riservati



4/2018

INDICE

DOTTRINA

Il contratto tra individualismo e socialismo in Emanuele Gianturco
Pasquale Stanzone

Trust e disciplina antiriciclaggio
Giovanni Sciancalepore

La regolamentazione del gioco d'azzardo in una prospettiva comparata
Gabriele Pepe

STUDI E RICERCHE

The Autonomy of the Testator and Contest of the will. the Disinheriting of the Heir
Carlo D'Orta

Online intermediation of goods and services
Sandro Nardi

L'impatto delle nuove tecnologie sul diritto
Arianna Alpini



4/2018

DOTTRINA

**IL CONTRATTO TRA INDIVIDUALISMO E SOCIALISMO
IN EMANUELE GIANTURCO***

PASQUALE STANZIONE

1. Emanuele Gianturco è lucido testimone del suo tempo, ma anche precorritore di tematiche moderne. La storiografia non tollera però che categorie e qualifiche attuali siano trasposte nei tempi passati e che alla luce delle stesse siano interpretate posizioni e visioni risalenti.

E tuttavia il civilista contemporaneo si china ammirato sulla produzione scientifica del giurista lucano e ne segue con attenzione le costruzioni e l'evoluzione. Certo, molto è stato scritto sulle opere, sull'attività, sulla politica di Emanuele Gianturco: si peccherebbe quindi di ingenuità se si volesse scorgere qualche profilo inedito o individuare segmenti di originalità nella descrizione del suo pensiero. Le vie sono state tutte percorse.

Eppure permane ancora un certo senso d'insoddisfazione delle analisi soprattutto di fronte alla sua prolusione napoletana del 1891, salutata ben presto come manifesto del socialismo giuridico, condiviso con qualche altro illustre cattedratico dell'epoca. Certo è che in tale scritto si delinea, in un linguaggio chiaro, una sorta di programma per lo studioso del diritto privato che travalica i limiti di una pur importante disciplina per attingere territori più alti e per tracciare linee di riflessione e d'intervento per l'intero diritto.

Il compito non si presentava agevole. Il giurista di quel tempo è calato in una tempesta culturale che si muove all'insegna dell'esegesi. La matrice della Scuola è francese, così come tale è la nota, grande influenza esercitata dal *code civil* sulla legislazione e sulla dottrina italiane. Il movimento esaurisce il proprio impegno nella pedissequa descrizione e illustrazione del dato normativo, contenuto in quell'osannato monumento legislativo, *aere perennius*, sì che il giurista d'Oltralpe può orgogliosamente proclamare che egli, all'università, non insegna le *droit civil*, bensì le *code civil*.

La risposta di Gianturco è immediata ed esplicita: la Scuola dell'esegesi è vuota. Bisogna intraprendere un itinerario nuovo nell'interpretazione, più attento al contenuto e ai principi. La sensibilità del nostro giurista sta nel cogliere i fermenti che si agitano nel panorama europeo. In primo luogo si presta attenzione all'*Interessenjurisprudenz* che in quegli anni

* Lo scritto nasce ed è destinato ad un Convegno su Emanuele Gianturco ad Avagliano, paese di origine del giurista.



Rudolf von Jhering va costruendo in Germania: e di questo autore egli è sincero ammiratore, dedicandogli anche una sua opera.

Né va dimenticato che nello stesso periodo nella dottrina inglese si abbandona la staticità dei rapporti di *status* e si fa spazio alla flessibilità, alla modificabilità del contratto, visto come strumento di palingenesi di una società ormai attratta e forse calata del tutto nel libero commercio: *from status to contract* è la fortunata formula di Henry Sumner Maine.

2. Ma prima di giungere a discettare del contratto, bisogna fornire le coordinate lungo le quali, una volta tramontata l'esegesi, avviare l'interpretazione. Il fine ultimo è la costruzione di un sistema, ma non di un sistema astratto, sterile: bensì di uno che si muova tra scienza e pratica. La preoccupazione costante del nostro studioso è di far convergere questi due fattori in una fruttuosa sintesi. La sua è una sorta di *Sehnsucht*, di tensione verso il sistema, inteso come strumento di esposizione e di ricerca insieme.

E qui si intravedono gli elementi di originalità nel percorso intrapreso. L'interpretazione non può essere soltanto letterale, altrimenti si ricadrebbe nella vuota esegesi, ma essa deve essere logico-storica. Il che significa non limitarsi ad individuare un principio soltanto, ma cogliere i nessi con altri principi. Ma il collegamento è tanto più agevole quanto più s'indaghi sulle origini storiche degli stessi. Ne consegue che si scopriranno attinenze tra le funzioni dello Stato, economia politica e diritto privato.

Non solo. Ma i principi e il loro collegamento non esauriscono la realtà del diritto: essi vanno accompagnati dall'esame dei casi concreti. In altri termini, è necessario riservare spazio o addirittura partire dai fatti così come accadono: è l'invenzione del diritto, nell'accezione ora adoperata da Paolo Grossi.

Che poi queste non siano mere declamazioni di Emanuele Gianturco è testimoniato per un verso dalla sua attività di studioso: è del 1892 la pubblicazione del *Sistema di diritto civile italiano*, che nel titolo e nei contenuti consegna ai lettori un nuovo modo di organizzare la materia tradizionale. Per l'altro, dalla sua attività d'insegnamento – che si muove nel solco di una risalente tradizione partenopea –: è del 1884 la pubblicazione di un volume di esercitazioni significativamente intitolato *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico*.

Intento dichiarato è l'avvicinamento della dottrina giuridica alla pratica professionale forense: propositi che egli invero nel quotidiano insegnamento ai suoi studenti nelle aule napoletane.

Ma abbracciare l'impostazione ermeneutica descritta significa abiurare dalle formule astratte e rimanere aderenti e vigili sui condizionamenti concreti. Così, l'eguaglianza formale, di diritto non può emarginare le difformità di fatto: concedere la soggettività, l'eguale capacità giuridica – conquista storica della rivoluzione francese – non significa automaticamente perseguire gli interessi di coloro che egli chiama i più umili, oggi diremmo i più deboli e nella mia terminologia le minorità (minori, anziani, malati, disabili).

Predicare la libertà astratta si traduce nell'inseguire un nome vano, dal quale sono stati espunti i veri interessi dell'uomo. E, icasticamente, “è amara irrisione dire a chi muore di fame che, in diritto, egli è uguale a Vanderbilt e a Rothschild”.

Si nota in Gianturco una costruzione a contrappunto, quasi che contrapponendo le diverse tesi si volesse esorcizzare un risultato non gradito. Così, alle pretese armonie eco-



nomiche si contrappongono le aspre discordanze. Anzi, il rapporto che comunemente si intende instaurare tra la libertà politica e l'economia, si rivolge in tirannia economica: una sorta di tirannia del valore, si direbbe oggi nel linguaggio di Carl Schmitt.

3. In questa prospettiva, il vichiano succedersi della storia conduce a delineare una ciclicità della funzione del diritto che Emanuele Gianturco tratteggia in sintetiche, ma efficaci proposizioni.

Così, il diritto romano si caratterizza per la concessione di illimitate occasioni all'uomo che è capace di farsi valere. E' il *faber est suae quisque fortunae*, aggiungerei io; è un inno al valore e alla missione della personalità, chiosa il Gianturco. Fatto sta che lo Stato, in simile concezione, si ritaglia uno spazio alquanto limitato, in cui prevalgono cure e preoccupazioni legate esclusivamente alla giustizia e alla sicurezza.

Ma con il tempo, in un salto di diversi secoli, muta la posizione dello Stato.

Sembra quasi che dalla concezione privatistica del *bonus pater familias* si passi all'idea che sia lo Stato stesso a dover rivestire tale qualifica: una sorta di Stato, Gianturco dice governo, paterno. Lo Stato insomma prende su di sé tutti i compiti che è possibile individuare; interviene sulla morale, sulla religione, ma anche sulle esigenze minute degli esseri umani: dal pane ai salari ai profitti per occuparsi financo di stabilire le condizioni dei contratti.

Siamo giunti così all'800 e il trionfo del diritto naturale ricorda che lo Stato è composto da individui e che le leggi economiche seguono un loro cammino che è vano contrastare emanando leggi e decreti. Circolarmente, si ritorna allo Stato guardiano notturno, che si limita a garantire che *ne cives ad arma veniant*: è lo Stato indifferente, come lo chiama Gianturco.

Ma se questo è, significa che i privati sono autorizzati a muoversi come credono: è la politica del *laissez faire*; è il prevalere della libertà individuale.

I nuovi codici civili, a cominciare da quello francese, rinvengono la loro nascita e la loro giustificazione in questa atmosfera culturale.

Anzi il *code civil*, che è il padre riconosciuto di tanti codici successivi nonché espressione della borghesia uscita vincitrice dalla rivoluzione francese, si basa proprio sulla proprietà e sul contratto, tanto che ne risente la sua stessa impostazione topografica. A ben considerare, è meglio sostenere che quel codice si basa soltanto sulla proprietà, giacché il contratto rappresenta uno strumento – e sia pure il più importante – per l'acquisto della proprietà stessa.

4. Nella società del tempo il contratto è l'equivalente giuridico del libero scambio, sì che la sua esistenza è legata all'esistenza dell'economia di mercato. In questa prospettiva, si può considerare il diritto privato come ordinamento della società civile, degli uomini liberi che entrano in relazione attraverso il contratto di scambio.

La visione del contratto è influenzata e influenza a sua volta l'intera concezione del diritto privato. E in quest'ultimo un ruolo preminente svolge l'autonomia riconosciuta all'individuo. Ma autonomia significa libertà della esplicazione dei valori individuali; significa potere come signoria dei beni; significa potestà di autodeterminarsi per il regolamento



dei propri interessi. Coticché, l'autonomia privata, che trova la propria e rilevante espressione attraverso il contratto e soprattutto nel momento in cui si manifesta il consenso nella contrattazione, richiede l'esistenza di una società atteggiata in modo tale per cui i soggetti – ma sono i soggetti astratti – siano soggetti formalmente eguali che scambiano tra loro con pari forza economica.

Di qui, l'esigenza, che si manifesta in quel periodo ma che è maturata dopo decenni di travaglio della dottrina filosofica e giuridica, di riconoscere a tutti gli uomini l'eguaglianza davanti alla legge. Eguaglianza, però, meramente formale che trova il proprio logico sbocco nel riconoscimento a tutti gli uomini della capacità giuridica. Infatti, si è capaci giuridicamente fin dalla nascita. E' inutile sottolineare che questo avviene su di un piano astratto e generalizzante.

In più, v'è da aggiungere che tale codice civile è ispirato e determinato dai rapporti patrimoniali. Esso, figlio del suo tempo, non è più lo statuto delle libertà dei cittadini, bensì è espressione delle categorie dell'avere, delle logiche proprietarie, delle tecniche imprenditoriali in una società che sta abbandonando la cultura fisiocratica e le rendite parassitarie. Dalle sue pagine esce una sorta di *homo oeconomicus*, non la figura del cittadino moderno: tant'è che il massimo della tutela apprestata a talune categorie di persone (ad es., incapaci, interdetti) è quello di tenerle indenni da pregiudizi economici.

Il tutto in accordo con la lezione rousseauviana della legge quale unico strumento idoneo ad assicurare all'uomo giustizia e libertà, sì che “ è quest'organo della volontà di tutti, che ristabilisce nell'ordine del diritto l'eguaglianza naturale fra gli uomini”. Ebbene, Emanuele Gianturco è consapevole di queste impostazioni, di questa *Weltanschauung*. Nel trionfo della libertà individuale egli scorge l'immediata conseguenza per cui nel sistema contrattuale il principio fondamentale è la libera volontà delle parti. Tale libertà, in logica deduzione, deve prevalere sempre, assicurando così la perenne primazia dell'individualismo. Ne consegue che “ l'idea sociale è straniera alle nostre leggi”.

5. Ma il prevalere della libertà e della volontà delle parti – egli argomenta –, calato nel sistema dei contratti, comporta che questi siano sottoposti soltanto al vaglio negativo della non contrarietà a ordine pubblico e buon costume. E dove si colloca e come si risolve l'iniquità di fatto?, egli si chiede.

E qui si coglie uno degli aspetti più interessanti e moderni della visione di Gianturco.

Non si può sottoscrivere l'equazione che, nel diritto civile, tutto ciò che non è vietato è permesso. Così, sarebbe veramente assicurato, senza condizionamenti, il trionfo della volontà delle parti. Egli invece ritiene che non è sufficiente, per i contratti, il mero giudizio negativo di liceità, cioè non contrarietà a ordine pubblico, buon costume e norme imperative.

Ne deriva che – per esprimerci con categorie moderne – è necessario in positivo un giudizio di meritevolezza di tutela giuridica, che commisura e trasfonde nel concreto agire dei privati i principi fondanti cui è ispirato l'ordinamento: una sorta di valutazione di conformità alle finalità perseguite dall'ordinamento.

Il che evita l'iniquità di fatto, riportando il contratto all'equilibrio, appunto all'equità. La prospettiva è chiara agli occhi di Gianturco, giacché egli individua una discordanza nel



sistema allorché il codice civile in quelle rare occasioni in cui si dà pensiero di rincorrere e tutelare l'eguaglianza di fatto è costretto a limitare la libertà contrattuale.

Accade così in alcuni esempi che egli enumera nella prolusione e che corrispondono alla nullità dei contratti di soccida, allorché il conduttore sopporti più della metà della perdita del bestiame per caso fortuito e senza sua colpa ovvero alla previsione dell'azione di rescissione a favore del venditore in presenza di lesione. Oppure alla nullità del patto di riscatto dopo che siano trascorsi cinque anni ovvero ancora alla nullità del patto commissorio.

Di là da queste ipotesi, l'ordinamento privatistico s'ispira esclusivamente all'individualismo. Ma si tratta – continua il Gianturco – di un individualismo astratto, disorganico, laddove invece bisognerebbe collegarlo con i compiti sociali dello Stato, sì che i codici di mero diritto privato abbiano a trasformarsi in codici di diritto privato sociale.

6. Tali affermazioni hanno indotto talune correnti di pensiero a vedere prefigurata una visione corporativa della società, quasi un antesignano delle dottrine fasciste del futuro.

Ma a me sembra che la riflessione sulle pagine di Emanuele Gianturco debba andare in tutt'altra direzione. Certo, non intendo sostenere che egli propugni un diritto antropocentrico, quasi a ritenere che il diritto civile moderno registri il transito dal *sogetto*, inteso come termine astratto di riferimento della norma, alla *persona*, descritta e apprezzata come elemento umano di riferimento del diritto, con la valutazione delle sue specificità e contingenze. Si tratterebbe di prestare categorie e sbocchi dottrinali recenti ad una visione che deve fare i conti con pesanti retaggi del passato.

E tuttavia non sfugge alla mia attenzione la convinta, serrata critica che il nostro autore sviluppa nei confronti di una nozione di soggettività che presenta i caratteri dell'universalità e dell'onnicomprensività. Uno schema astratto di soggetto del diritto, basato sulla fissità e perennità di un ruolo, se s'inquadra in una formalistica e in sé compiuta visione dell'ordinamento, contraddice la sua convinzione, basata sulla considerazione delle ipotesi singole, dei casi concreti, come dimostra altresì il metodo del suo insegnamento.

Se questo è, ne deriva che l'indagine deve essere indirizzata verso la persona in situazione, la persona radicata nel tempo e nello spazio in cui vive, con i bisogni, le esigenze, le aspirazioni che manifesta nonché con le situazioni che occupa e coltiva anche nel concreto contratto sottoscritto. Tutto questo comporta che all'orizzonte sta per apparire la centralità della persona nel diritto: il personalismo di Emmanuel Mounier e di Paul Ricoeur arriverà qualche decennio dopo Gianturco.

E tuttavia quando egli pone in collegamento l'individualismo con i compiti sociali dello Stato, afferma decisamente che non bisogna dimenticare i fattori umani e sociali né le sorti dei più umili. Si prefigura insomma, accanto alla rinnovata nozione di persona, una sorta di solidarietà che proprio in quegli anni inizia a prendere forma, almeno dal punto di vista politico.

E la questione sociale è quasi tutta contenuta nel codice civile. Un codice civile però – e l'affermazione è sorprendentemente attuale – che non contiene tutto il diritto civile moderno, il quale ha una sfera di azione assai più larga.



Il diritto civile abbraccia insomma non solo le leggi positive, ma anche le decisioni giurisprudenziali, gli assetti concreti d'interessi regolamentati nei contratti, l'interpretazione degli studiosi, le prassi che si registrano nei vari settori di attività.

La soluzione dei problemi non risiede certo nel pangiuridicismo né nell'opposta convinzione del diritto considerato come un accidente, laddove il non diritto sarebbe l'essenza.

Né d'altro canto, si può avallare una visione che esaurisca il sistema giuridico in un ordinato insieme di sanzioni. In tal modo, si consoliderebbe la tesi del diritto che arriva sempre dopo i comportamenti degli uomini, del diritto che "arranca dietro la vita", del diritto come strumento di conservazione degli assetti già instaurati e, di conseguenza, del giurista *böse Christen*, cattivo cristiano, della tradizione popolare.

Il diritto, invece, oltre che essere strumento di soluzione dei conflitti, oltre a svolgere una funzione rimediale – come tecnica tesa ad apprestare rimedi a taluni squilibri, a situazioni di rottura – presenta anche una caratteristica di promozionalità.

E allora quando si decide per l'accantonamento della posizione singola, irrelata a quella degli altri e per l'abbandono dell'isolato contegno che assurge ad oggetto di valutazione esclusiva della norma e, viceversa, si propende per il criterio della necessaria interdipendenza tra le situazioni dei singoli, si sta abbandonando l'individualismo scaturito dalla rivoluzione francese e dalla borghesia trionfante.

Quando si richiamano le situazioni dei più deboli e s'invoca l'attenzione per i fattori umani e sociali, si sta utilizzando il principio di eguaglianza sostanziale, che conduce alla valorizzazione delle differenze e delle diversità.

All'individualismo si oppone così il socialismo: il socialismo della cattedra.

Ma è lo stesso Emanuele Gianturco a chiedersi: "quanta verità e quanta utopia si contiene nel socialismo?".



TRUST E DISCIPLINA ANTIRICICLAGGIO¹

GIOVANNI SCIANCALEPORE

Con il termine “riciclaggio” si allude a tutte quelle condotte idonee a dissimulare l’origine illegale del denaro proveniente da atti illeciti, mediante l’immissione dello stesso nei circuiti finanziari consentiti, con l’obiettivo d’integrarlo nel sistema economico ufficiale.

Il fenomeno, ormai di remota matrice, è favorito dalla globalizzazione dell’economia e tende a diffondersi in un contesto sempre più internazionale, facendo breccia negli ordinamenti contraddistinti da normative fiscali poco prudenziali e garantistiche. Siffatta presa di coscienza ha determinato l’adozione di politiche di prevenzione e contrasto tese ad un’armonizzazione massima, in grado di neutralizzare la diversità delle regole capaci di consentire arbitraggi normativi e spazi per l’infiltrazione delle attività illegali e del connesso riciclaggio.

La lotta al riciclaggio è stata coordinata in ambito internazionale dal G.A.F.I., un ente intergovernativo nato allo scopo di sviluppare e promuovere le politiche dirette al contrasto del fenomeno e del finanziamento delle attività terroristiche.

Tale organismo, a partire dagli anni novanta, ha emanato una serie di Raccomandazioni – specificatamente quaranta –, dall’efficacia meramente persuasiva (c.d. *soft law*), recepite da diversi Paesi e dall’Unione Europea che ne ha riversato il contenuto in ben quattro Direttive, volte a delineare una politica di difesa e controllo delle operazioni di riciclaggio.

In tale contesto, l’analisi del contenuto delle stesse, consente di rilevare l’attenzione che il legislatore europeo ha man mano riservato al *trust*, istituto il cui uso abusivo favorisce indiscutibilmente la diffusione di attività illecite e, quindi, di ripulitura di capitali che da quelle stesse provengono.

Il suo utilizzo che incide sull’uso e sulla circolazione dei beni può rappresentare, infatti, in specifiche circostanze, un indice sintomatico di un’operazione *contra legem*.

L’estrema varietà dei *trusts*, amplificata dalla loro costante metamorfosi, rende arduo se non velleitario qualsiasi intento classificatorio che aspiri alla completezza: l’imbarazzo degli interpreti si manifesta sia a livello metodologico, cioè in relazione alla scelta dei criteri tassonomici, sia a livello puramente descrittivo, essendo qualsiasi risultato prevedibilmente vanificato dall’emergere di ulteriori strumenti innovativi.

Probabilmente siffatta caratteristica, in relazione alla disciplina degli assetti proprietari, giustifica la diffidenza con la quale è stato accolto nei sistemi di *civil law*, determinata, altresì, dalla capacità di procurare ai privati una modalità per aggirare, talvolta, i divieti legislativi previsti nei rispettivi ordinamenti.

¹ Il presente contributo rappresenta la relazione tenuta in occasione del Convegno “*Il Trust: la protezione del patrimonio e i servizi fiduciari?*” organizzato dalla Scuola Superiore dell’Avvocatura presso il Consiglio Nazionale Forense (Roma, 11 aprile 2018).



Orbene, le posizioni giuridiche che ruotano attorno al *trust*, sono generalmente tre: una è quella del disponente o *settlor*, cioè colui che istituisce il *trust*; la seconda è costituita dalla figura dell'amministratore o gestore, il *trustee*, il quale, divenendo intestatario dei beni, mobili o immobili, oggetto di conferimento in *trust*, acquista il potere-dovere di gestione ed amministrazione di questi ultimi, secondo le indicazioni ed entro i limiti rigorosamente ed insindacabilmente prefissati dal disponente. La terza, infine, è rappresentata dal *beneficiary*, che può essere tanto espressa quanto implicita: è nei confronti ed in favore di questa (e degli interessi pertinenti) che viene orientata l'intera attività di gestione ed amministrazione del *trust* (in ragione di ciò, la cura e la salvaguardia degli interessi del beneficiario caratterizzeranno lo scopo precipuo ed essenziale legittimante la stessa esistenza del *trust*).

Il descritto schema determina quale effetto principale il noto fenomeno della segregazione patrimoniale ed infatti il *settlor* impone ad una parte del suo patrimonio un vincolo giuridico per il raggiungimento di preordinate finalità e/o a vantaggio di uno o di alcuni *beneficiaries*.

Il concetto di separazione patrimoniale, che quest'ultimo comporta, reca, tuttavia, notevoli rischi e, primo tra tutti, quello di fungere da strumento legalizzato idoneo a costituire una fittizia interposizione tra un patrimonio ed il suo reale proprietario.

Appaiono evidenti, infatti, le strutturali interessenze tra condotte perpetrate a fini di riciclaggio e utilizzo del *trust*, rappresentando il suo impiego un possibile espediente per la realizzazione delle stesse.

Si pensi, ad esempio, alla simulazione assoluta di un *trust* nel quale le parti diano vita ad un regolamento contrattuale solo apparente, essendo, in realtà, inesistenti gli interessi che figurano dedotti nell'accordo negoziale.

In questo caso il simulato alienante (*settlor*) realizza un fittizio effetto "segregativo" nei confronti di una massa di beni, formalmente amministrata dal simulato acquirente (*trustee*) ma, nei fatti, ancora nella sua sostanziale disponibilità. L'accordo fiduciario è volto a distrarre apparentemente alcuni beni dal patrimonio del disponente, per realizzare invece comportamenti tesi a scopi fraudolenti e – in *subiecta materia* – diretti a favorire condotte di riciclaggio.

Parimenti, il medesimo effetto segregativo è in grado di derogare alla regola generale della responsabilità patrimoniale, di cui all'art. 2740 c.c., costituendo un valido dispositivo per superare il principio generale della *par condicio creditorum*, così come previsto dall'art. 2741 c.c. Ed infatti, la creazione di un patrimonio separato dirotta la destinazione della garanzia reale dei beni che il fondo costituisce ad esclusivo servizio di certe obbligazioni (quelle cioè nate per il soddisfacimento della funzione per la quale il fondo è nato), determinando un fenomeno di inespropriabilità relativa.

Non può certamente negarsi che la segregazione patrimoniale rappresenti una potenziale minaccia per le ragioni del ceto creditorio, ove si consideri che l'assoggettamento di beni al vincolo in esame, da un lato, rende questi ultimi non facilmente aggredibili, dall'altro, riduce corrispondentemente la garanzia generica, ex art. 2740 c.c., sui beni del debitore.

Particolari preoccupazioni desta la materia fiscale, uno degli ambiti prediletti dell'utilizzo dello schema del *trust* per finalità elusive delle normative esistenti nel settore.



Tra i “casi scuola” rientra quello in cui il beneficiario sia lo stesso *settlor* o, ancora, quello in cui il disponente oltre a coincidere con il beneficiario, conservi anche un potere di indirizzo e controllo sull’operato del *trustee*. Si ritiene che, in suddette circostanze, si debba procedere ad una riqualificazione del negozio, dovendo imputare i redditi, ai fini fiscali, in capo al *settlor*, potendo ravvisarsi un caso di mandato con o senza rappresentanza.

Tali le ragioni per le quali le istituzioni internazionali e quelle comunitarie guardano al *trust* come schema negoziale capace di nascondere e, quindi, incentivare i comportamenti di “ripulitura” e di reimmersione nel mercato dei proventi illeciti, propri del *money laundering*.

Prima di indugiare nell’esame del contenuto delle Direttive in materia, che trattano del rapporto *trust*-riciclaggio, occorre, tuttavia compiere un’importante precisazione: il *trust* può essere uno strumento di diritto privato che si presti ad essere utilizzato per fini elusivi, ma *non deve* necessariamente esserlo. La sua duttilità, come già sottolineato, consente di dar vita a fenomeni “segregatori” temporanei, o altri schemi negoziali utili a conseguire effetti *contra legem*.

Si pensi, ad esempio, alla durata breve di un *trust*, corredato da una clausola di riserva a favore del disponente che preveda la facoltà di revoca dello stesso, in maniera tale da ripristinare gli assetti proprietari precedenti. O alla scelta quale *trustee*, di persone legate al disponente da vincoli di parentela o comunque condizionabili mediante accordi che fungano da atti dissimulati. È palese come in tali circostanze si possa legittimamente sospettare della creazione di una realtà apparente, artatamente costruita per il perseguimento di finalità illecite.

Tuttavia, come già detto, ciò non è sempre vero. Il *trust* può rispondere a reali e lecite esigenze di spartiacque tra determinati assetti proprietari e attività di gestione definitive o temporanee, assicurando ad un certo patrimonio un’amministrazione informata a criteri di legalità e trasparenza.

Come tutti gli strumenti contrattuali con causa *neutra*, anche la causa del *trust*, può superare l’esame di meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c., oppure essere tacciata di illiceità, con quel che ne consegue sul piano degli effetti contrattuali.

Trattasi, con tutta evidenza, di una verifica *ex post* da operare sul piano della causa concreta della singola operazione contrattuale.

Di tale esigenza, è ben consapevole la giurisprudenza ogni qual volta in cui si sia trovata di fronte alla costituzione di un *trust* dalle caratteristiche “sospette”.

Nella sentenza della Cassazione penale, sez. II, del 25 marzo 2015, n. 15804, la Suprema Corte dichiara «legittimo il sequestro preventivo per equivalente di beni conferiti in *trust* dal disponente (nella specie indagato per reati di associazione a delinquere, per reati tributari, per bancarotta fraudolenta e riciclaggio) nell’ipotesi in cui emergano diversi elementi fattuali che rendano evidente la volontà meramente frodatrice (sotto il profilo della simulazione) di sottrarre i beni alla pretesa ablatoria dello Stato. Assumono a tal fine rilievo elementi quali la costituzione di un *trust* che vede come beneficiari gli stretti familiari del disponente, l’efficacia gratuita dell’atto, la natura di atto unilaterale non recettizio, che esime il pubblico ministero anche dal provare l’intento fraudolento (e dunque l’accordo simulatorio fittizio o reale che sia) nei confronti dell’avente causa di un negozio bilaterale, la natura di negozio fiduciario del *trust*, che lo assimila, *mutatis mutandis*, all’interposizione reale, le conseguenze pratiche e fattuali (nel caso concreto i beni di proprietà dell’indagato soggetti a



confisca sono rimasti sempre in ambito familiare) ed il periodo in cui viene effettuata la modifica rilevante per escludere ogni potere d'ingerenza del disponente».

Secondo Cass. civ., sez. I, del 9 maggio 2014, n. 10105, proprio al fine di evitare che il *trust*, in considerazione dei più svariati motivi, per cui può essere costituito, possa diventare un facile strumento di elusione di norme imperative: «... il programma di segregazione corrisponde solo allo schema astrattamente previsto dalla Convenzione, laddove il programma concreto non può che risultare sulla base del singolo regolamento d'interessi attuato, la causa concreta del negozio, secondo la nozione da tempo recepita da questa Corte. Quale strumento negoziale astratto, il *trust*, può essere piegato invero al raggiungimento dei più vari scopi pratici; occorre perciò esaminare, al fine di valutarne la liceità, le circostanze del caso di specie, da cui desumere la causa concreta dell'operazione: particolarmente rilevante in uno strumento estraneo alla nostra tradizione di diritto civile e che si affianca, in modo particolarmente efficace, ad altri esempi di intestazione fiduciaria volti all'elusione di norme imperative».

Ed infatti, la Suprema Corte (Cass. pen., sez. VI, del 27 febbraio 2014, n. 21261) precisa che:«presupposto coesistente alla stessa natura dell'istituto è che il detto disponente perda la disponibilità di quanto abbia conferito in *trust*, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, ove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il *trust* è nullo (*sham trust*) e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio».

La necessità di un'indagine sulle reali finalità perseguite mediante la costituzione di un *trust* è richiamata anche dalla giurisprudenza amministrativa, ed in particolare dal T.A.R. di Reggio Calabria, sentenza 7 marzo 2012, n. 191, in una pronuncia sull'efficacia del c.d. "trust antimafia" (una misura di prevenzione patrimoniale di cui al D.lgs. 6 settembre 2011, n. 136 recante il Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione), quale strumento capace di rendere il patrimonio sociale impermeabile ai tentativi d'infiltrazioni mafiose. Trattasi di una misura precauzionale e, quindi, dallo scopo non solo lecito ma socialmente utile, che consente agli imprenditori minacciati dal rischio della penetrazione nell'attività d'impresa della criminalità organizzata di continuare l'esercizio della medesima, proprio attraverso la costituzione di un *trust*, caratterizzato dalla presenza di due guardiani a garanzia della corretta esecuzione del rapporto fiduciario.

Orbene, nella citata pronuncia emerge il ruolo del giudice chiamato a verificare se il motivo del programma negoziale del *trust* antimafia sia effettivamente realizzabile o se l'operazione contrattuale celi un intento elusivo delle disposizioni antimafia. L'analisi non può che essere condotta in concreto attraverso il riscontro di indici fattuali che possano confermare o meno la liceità e la meritevolezza della pattuizione negoziale.

La ricerca di elementi rivelatori capaci di svelare la presenza di operazioni contrattuali caratterizzate da finalità in frode alla legge sembra, invero, costituire il *leit motiv* che anima le Direttive in materia di antiriciclaggio ed i relativi Decreti di attuazione.

Ed infatti, come si avrà modo di notare nel prosieguo della trattazione, tutta la disciplina è improntata all'individuazione di "indici" o di veri e propri "schemi" sintomatici di operazioni sospette.

La prima è la n. 91/308/CE, scaturita dalla coeva e pressante necessità di un rinvigorismento delle misure per la lotta al traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope.



I suoi destinatari sono gli enti creditizi e finanziari nei confronti dei quali vengono stabiliti obblighi di verifica, controllo e denuncia della clientela nei casi in cui vi sia il sospetto di condotte perpetrate a scopi di riciclaggio.

La Direttiva ha il merito di aver ricondotto ad unità diverse iniziative di settore a carattere internazionale ma considera il riciclaggio intimamente connesso ad una specifica categoria di reati – quelli in materia di traffico di stupefacenti –, trascurando i diversi canali in cui il fenomeno può immettersi come, ad esempio, la costituzione di un *trust* “anomalo”.

A colmare la lacuna è intervenuta la seconda Direttiva n. 2001/97/CE, attuata in Italia con il D.lgs. 20 febbraio 2004 n. 56, che manifesta una maggiore consapevolezza delle insidie che certe operazioni contrattuali, come quelle volte alla costituzione dei *trusts*, possono comportare.

Accanto all'estensione dei reati presupposto, viene ampliato il novero dei soggetti destinatari degli obblighi, con particolare riferimento ad imprese e a privati esercenti attività non specificamente finanziarie. Si allude testualmente alle «*società fiduciarie*» e «ai notai e agli avvocati quando, in nome o per conto di propri clienti, compiono qualsiasi operazione di natura finanziaria o immobiliare e quando assistono i propri clienti nella progettazione o nella realizzazione di *operazioni riguardanti la costituzione, la gestione o l'amministrazione di società, enti, trust o strutture analoghe*».

L'esigenza di monitorare gli schemi negoziali, capaci di eludere subdolamente norme imperative e precetti legali, è alla base della terza Direttiva, n. 2005/60/CE, con la quale tutto il sistema di prevenzione e contrasto al fenomeno del riciclaggio viene rimeditato e aggiornato mediante un'organica predisposizione di misure tese a ostacolarne la diffusione.

La Direttiva *de qua* è stata recepita nel nostro ordinamento con il D.lgs. 21 novembre 2007 n. 231, che rappresenta un presidio avanzato nella politica di difesa dal *money laundering*, introducendo l'obbligo di realizzare procedure di controllo da modulare secondo un criterio *risk based*.

Il Decreto, in altri termini, articola il livello della tutela in relazione alle potenzialità dei rischi connessi alla specificità delle situazioni contemplate e alla natura dei soggetti coinvolti.

Benché il tema, data la stretta relazione con la commissione di un fatto-reato (artt. 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale), sia stato lungamente considerato di esclusivo appannaggio della dottrina penalistica, dalla lettura delle disposizioni del testo, emerge nitidamente il mutamento di prospettiva che caratterizza la normativa in oggetto, volta alla predisposizione di una tutela di tipo marcatamente preventivo, più che repressivo-sanzionatorio.

Sul fronte delle condotte adempitive, il Decreto, nella dichiarata finalità di rendere tracciabili i flussi di moneta, si rivolge a determinate categorie di soggetti, rendendoli destinatari di obblighi di adeguata verifica della clientela (capo I), di registrazione (capo II) e di segnalazione (capo III).

Precisamente, dall'esame del testo spiccano tre distinte finalità: la conoscenza della clientela con la quale si effettuano le transazioni commerciali, la registrazione delle suddette mediante apposita documentazione e, infine, la denuncia delle operazioni giudicate sospette.



L'obbligo di *customer due diligence* può, senza dubbio, essere considerato il fulcro dell'intera normativa, in quanto teso a smascherare l'intenzione di porre in essere comportamenti illegittimi.

Ebbene dalla lettura delle disposizioni del decreto, emerge, sia in maniera *diretta* che *mediata*, una maggiore considerazione al fenomeno del *trust*.

In forma riassuntiva si può affermare che: è stata incrementata la categoria dei soggetti destinatari degli obblighi previsti dal D.lgs. n. 231/2007 e in tale novero sono stati inclusi tutti coloro che svolgono attività o prestano servizi riferibili ai *trusts*; in conformità al così detto *risk based approach*, ovvero alla necessità di modulare la severità ed il rigore dell'obbligo d'identificazione del cliente in relazione all'esigenze concrete, le operazioni connesse ai *trusts* sono state valutate di alto rischio e quindi soggette ad elevati *standards* di controllo; infine, gli obblighi identificativi della clientela sono stasi estesi anche ai «titolari» o «beneficiari effettivi», posizioni che il ricorso allo schema del *trust* può indubbiamente occultare.

Come già rilevato, diversi sono i riferimenti espressi al fenomeno del *trust* nella normativa antiriciclaggio e riguardano specificatamente gli obblighi di verifica della clientela, di registrazione e di eventuale segnalazione alle competenti autorità.

Di particolare interesse è la disposizione dell'art. 11, comma 2°, che alla lettera a) si riferisce alle società fiduciarie. Orbene rispetto alle società appartenenti a questa categoria che sovente ricoprono il ruolo di *trustee*, gli obblighi antiriciclaggio possono alternativamente scaturire dall'art. 15 o dall'art. 16 del Decreto.

Segue poi tutta la normativa in tema di adeguata verifica dei soggetti con cui i destinatari degli adempimenti interagiscono.

Anche su questo punto i riferimenti al *trust* sono evidenti.

Di grande interesse è poi l'art. 19 del D.lgs. 231/2007, che al comma 1, lettera b), sancisce la necessità per i *trust*, i soggetti giuridici ad essi analoghi e in generale per le persone giuridiche di procedere all'esatta individuazione e alla verifica dell'identità del "titolare effettivo" delle operazioni, mediante l'adozione di misure commisurate alla situazione di rischio esistente.

La verifica della clientela, si sostanzia, in questi casi, cioè nelle ipotesi di entità giuridiche a sé, nell'identificazione delle persone da quest'ultima controllate o che risultino beneficiari dei rapporti ad essa formalmente ascrivibili. Pertanto, qualora ci si trovi di fronte ad una persona giuridica, gli operatori soggetti alla disciplina antiriciclaggio devono risalire i vari livelli dell'assetto proprietario della società fino ad arrivare a coloro che possano ragionevolmente risultare i titolari effettivi della stessa.

Ben si comprende il ruolo che la norma assume in relazione al fenomeno del *trust* che, per sua vocazione, nel momento in cui realizza l'effetto tipico di segregazione patrimoniale, può tradursi in utile strumento finalizzato all'occultamento del reale titolare dei beni in *trust fund* o dell'effettivo beneficiario dell'operazione negoziale finale. Ai fini delle condotte antiriciclaggio, pertanto, gli intermediari o i professionisti che venissero incaricati dal *trustee* (amministratore dei beni in *trust*) di compiere operazioni nell'interesse o a vantaggio del *trust*, devono considerare quale cliente il *trust* stesso e procedere ad un'identificazione attraverso l'esame dell'atto istitutivo e del documento d'identità del *trustee*, quale amministratore del *trust*.



Ugualmente, nell'ipotesi in cui il *trustee* fosse una *trust company*, occorre procedere all'identificazione dei suoi rappresentanti legali e dei poteri ad essi attribuiti. In tale contesto, ai fini della ricerca del così detto "titolare effettivo" del *trust*, soccorre l'allegato tecnico del D.lgs. che, all'art. 2, lo individua nelle persone che controllano almeno il 25 % «del patrimonio dell'entità giuridica».

Tra le novità introdotte dal D.lgs. 231/2007 figura l'istituzione, presso la Banca d'Italia, dell'Unità di informazione finanziaria per l'Italia (U.I.F.).

Tale organismo è stato investito di considerevoli compiti nell'individuazione e nella prevenzione del fenomeno del riciclaggio.

La U.I.F. mediante l'esame dei flussi finanziari, l'acquisto di dati e informazioni dai soggetti tenuti alle segnalazioni delle operazioni sospette nonché avvalendosi di comunicazioni da parte dell'anagrafe tributaria e dei conti e dei depositi, elabora modelli e schemi rappresentativi di comportamenti anomali sul piano economico e finanziario, riferibili a possibili attività di riciclaggio.

Per facilitare gli operatori, gravati dagli obblighi di cui al D.lgs. 231/2007 nella individuazione e denuncia delle operazioni sospette, la U.I.F. ha, in tempi recenti, pubblicato uno schema rappresentativo di comportamenti sospetti, che possa dare risalto e, quindi, facilitare l'identificazione di condotte ascrivibili all'utilizzo anomalo di un *trust*.

Occorre subito evidenziare che non si tratta del primo tentativo volto a fornire gli strumenti necessari a qualificare un'operazione come "sospetta".

Il primo intervento in tal senso risale al 1993 mediante l'adozione da parte della Banca d'Italia delle "Indicazioni operative per la segnalazione delle operazioni sospette" (così detto decalogo), aventi quali destinatari naturali esclusivamente gli intermediari bancari e finanziari. Successivamente, sono seguiti altri (decalogo *bis* e *ter*), nel 1994 e nel 2001, fino ai tempi più recenti in cui è possibile far riferimento a specifiche raccolte di indicatori per i diversi destinatari delle norme antiriciclaggio.

Si allude al Decreto del Ministero della Giustizia del 16 aprile 2010 recante la "Determinazione degli indicatori di anomalia al fine di agevolare l'individuazione di operazioni sospette di riciclaggio da parte di talune categorie di professionisti e di revisori contabili"; al Provvedimento della Banca d'Italia del 24 agosto 2010, rubricato "Indicatori di anomalia per gli intermediari"; al Decreto del 17 febbraio 2011 del Ministero dell'Interno che fornisce un elenco di indicatori per l'individuazione delle operazioni sospette da parte di alcuni operatori non finanziari.

Trattasi di liste d'indicatori, distinte dagli "schemi rappresentativi di comportamenti anomali", che la U.I.F. ha la facoltà di elaborare e diffondere *ex art. 6, comma 7, lett. b)*, del D.lgs. 231/2007, come nel caso dello schema del 2 dicembre 2013 in tema di utilizzo anomalo del *trust*.

La differenza tra *indicatori* e *schemi* consiste nel fatto che mentre i primi evidenziano singole operazioni o comportamenti al ricorrere dei quali segue



un'attività di indagine volta ad comprenderne la liceità o la contrarietà alla legge; gli schemi forniscono già l'esemplificazione di quei comportamenti o operazioni che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sono collegati ad una fatto *contra ius*.

In materia di *trust* considerevole importanza rivestono gli *indicatori* emanati con il D.M. 16 aprile 2010 e lo *schema*, da ultimo citato, del 2 dicembre 2013, rappresentativo di comportamenti anomali, pubblicato sul sito della Banca d'Italia dall'U.I.F.

Trattasi, come già precisato, di "indici" per orientare i destinatari degli obblighi, i quali devono valutare, con un'osservazione casistica, ulteriori comportamenti e caratteristiche dell'operazione che, sebbene non considerati espressamente tra gli indicatori, evidenzino in concreto profili di sospetto.

Con specifico riferimento al *trust* diversi sono gli indicatori utili, forniti dal D.M. del 2010. In fase istitutiva, la lettera A dell'allegato 1, provvede a specificare quelli connessi al cliente ovvero al *settlor*: nel caso in cui costui dovesse fornire informazioni incomplete, inesatte o addirittura false in ordine alla propria identità, quella del titolare effettivo o del destinatario del *trust fund (trustee)*, (secondo la lettera (c), n. 5, del comma 1°, dell'art. 2, del Decreto), l'operazione contrattuale sarà valutata sicuramente dal professionista come sospetta e, pertanto, suscettibile di ulteriori approfondimenti al fine di verificarne la liceità.

Analogamente nella situazione in cui rilevi l'assenza di fondate ragioni economiche a sostegno della costituzione del *trust*: l'ipotesi va correttamente ricondotta alla dichiarazione di informazioni palesemente inesatte o incomplete circa lo scopo e la natura della prestazione richiesta (lett. A, n. 1 dell'allegato 1).

Diverso rispetto agli indicatori appena esaminati, è lo schema rappresentativo di comportamenti anomali ai sensi dell'art. 6, comma 7°, lettera b) del D.lgs. 231/2007. Quest'ultimo, dopo aver brevemente descritto i tratti peculiari dell'istituto, ribadisce il possibile legame tra *trust* anomalo e attività criminali, «da cui dimensione patologica emerge proprio quando esso nella sua configurazione concreta si discosta significativamente, per uno o più elementi, da quella tipica dell'istituto».

La lettura delle considerazioni che precedono la lista delle "condotte anomale", in uno con l'esame delle medesime, consente di poter individuare alcuni punti nevralgici ai fini di una corretta *disclosure* delle attività di riciclaggio.

In primis, l'acquisizione dell'atto istitutivo del *trust* in quanto le informazioni ivi contenute sono determinanti ai fini della riconoscibilità di un possibile utilizzo distorto del medesimo. Occorre, quindi, assicurarsi che venga fornita l'ultima versione dell'atto costitutivo con particolare attenzione alla veste formale prescelta, costituendo «l'istituzione per scrittura privata autenticata e/o atto pubblico con ravvicinata ampia modifica dell'atto stesso mediante adozione di diversa forma giuridica» uno dei tipici comportamenti anomali elencati nello schema.

Specifica attenzione bisogna dedicare al fenomeno del cumulo dei ruoli. Non è inconsueto, infatti, che diverse funzioni possano concentrarsi in uno o più soggetti, così nella pratica le differenti figure del *settlor*, del *trustee*, del *beneficiary* e del guardiano è possibile che non corrispondano a soggetti distinti: in tali casi, se non è scontata l'illiceità dell'operazione, va tenuto presente che la concentrazione in capo al medesimo soggetto di più mansioni è sovente espressione di una mera interposizione fittizia di persona per fini illeciti.



Infine, non poteva mancare in relazione alla individuazione dei soggetti dell' articolata operazione negoziale, ma anche relativamente alla ricerca del "titolare effettivo" delle operazioni di cui all'art 19 del D.lgs. n. 231/2007, il riferimento al fenomeno delle così dette catene societarie. Lo schema contempla tale evenienza nelle circostanze anomale sotto il profilo oggettivo, menzionando il caso della «collocazione del *trust* al vertice di una complessa catena partecipativa, soprattutto se con diramazioni in paesi o territori a rischio».

In questa situazione la verifica della correttezza dell'operazione deve basarsi sulla ricerca delle ragioni che hanno determinato la scelta di una tale struttura societaria, anche solo per l'assegnazione di un adeguato profilo di rischio.

Nella seduta del 23 febbraio 2017 il Consiglio dei Ministri ha approvato in esame preliminare il testo del Decreto legislativo di attuazione della IV Direttiva europea in materia di antiriciclaggio, emanato il 24/05/2007.

La IV Direttiva prevede una semplificazione degli adempimenti posti a carico dei vari operatori, un sistema sanzionatorio basato su misure effettive, proporzionate e dissuasive, l'istituzione del Comitato di sicurezza finanziaria, responsabile dell'analisi nazionale del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, nonché la necessità di dotarsi, per coloro che ne siano ancora sprovvisti, di un registro dei titolari effettivi di persone giuridiche e *trust*.

Particolare attenzione va riservata all'abuso societario riconducibile all'impiego delle gestioni fiduciarie e dei *trusts* che consentano agli autori delle condotte illecite di occultare la propria identità dietro "pratici paraventi".

Occorre quindi insistere, in via preventiva, sull'adozione di regole capaci di facilitare l'identificazione dei soggetti che esercitano il controllo delle persone giuridiche o di singole operazioni negoziali. Gli art. 12 e 13 sono espressamente dedicati alla ricerca del "titolare effettivo", specie qualora si tratti di società o persone giuridiche *lato sensu* considerate.

A tale scopo vengono forniti possibili indici come, ad esempio, il riscontro di una precisa percentuale di partecipazione azionaria o altra forma di compartecipazione, le quali, sebbene non comportino automaticamente il pertinente riconoscimento, possono costituire un valido elemento probatorio da valutare assieme ad altre condizioni.

La verifica dell'identità dei titolari effettivi va, ove opportuno, estesa ai soggetti giuridici "che possiedono" altri soggetti giuridici: in tali circostanze ai destinatari degli obblighi spetta il compito specificare la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, ne esercitano il controllo tramite la titolarità, o altri mezzi. Tra questi particolare attenzione meritano i criteri di controllo applicati a fini della preparazione del bilancio consolidato, quali l'accordo degli azionisti, l'esercizio dell'influenza dominante o il potere di nominare l'alta dirigenza.

Le informazioni così acquisite devono essere, al fine di promuovere la trasparenza, secondo il disposto dell'art. 14, archiviate in un registro centrale situato all'esterno delle società.

A tal scopo gli Stati membri possono utilizzare una banca dati centrale che raccolga le informazioni sulla titolarità effettiva o il registro delle imprese ovvero un altro registro centrale ed individuare i soggetti obbligati alla tenuta del medesimo.

Le informazioni così selezionate devono essere messe a disposizione delle autorità competenti e fornite ai soggetti destinatari degli obblighi di adeguata verifica della clientela.



Come già rilevato, il nostro ordinamento, nella necessità di adeguarsi alle nuove previsioni, in data 24/05/2017, ha emanato il Decreto legislativo n. 90 recante attuazione della Direttiva (UE) 2015/849, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo.

Gli articoli che interessano specificatamente il rapporto tra le condotte di riciclaggio e l'istituto del *trust* riguardano i criteri per la determinazione della titolarità effettiva dei clienti diversi dalle persone fisiche (art. 20), la registrazione e l'accesso alle informazioni (art. 21) nonché gli obblighi di adeguata verifica rafforzata della clientela (art. 24). L'art. 20 enuncia i parametri idonei ad individuare il titolare effettivo di soggetti diversi dalle persone fisiche.

L'art. 21 disciplina la comunicazione e l'accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva. Tutti i dati e gli elementi rilevati devono essere registrati in un'apposita sezione nel Registro delle imprese di cui alla L. n. 580/1993 e resi tempestivamente disponibili ai soggetti interessati.

In siffatto contesto relativamente ai *trusts* è fatto specifico obbligo al fiduciario o ai fiduciari di dichiarare di agire in tale veste nonché di ottenere, conservare e comunicare tutte le informazioni accurate ed aggiornate in ordine alla titolarità effettiva del *trust*, all'identità del *settlor*, del *trustee*, del guardiano, se esistente, dei beneficiari e di eventuali altre persone fisiche che, in via diretta o mediata, esercitino il controllo effettivo sul *trust* medesimo.

Tutte le informazioni raccolte dovranno, poi, essere rese accessibili alle autorità competenti. L'art. 24, in conformità all'allegato III della IV Direttiva, individua un elenco di indici e circostanze in ordine alla tipologia del cliente o dell'attività esercitata, "sintomaticamente" contraddistinti da un elevato profilo di rischio.

Tra quelli pertinenti ai clienti spiccano la presenza di strutture qualificabili come veicoli di interposizione patrimoniale, di società partecipate da fiduciari e di assetti proprietari eccessivamente complessi in riferimento alla natura dell'attività svolta.

Per quanto invece concerne i fattori di rischio relativi a prodotti, servizi, operazioni o canali di distribuzione, occorre monitorare con particolare attenzione tutti quei prodotti o quelle iniziative che potrebbero favorire l'anonimato, i servizi offerti ad una clientela dotata di ingenti patrimoni, i pagamenti ricevuti da soggetti terzi privi di un evidente collegamento con il cliente e la sua attività.

Le nuove previsioni in tema di identificazioni dei titolari effettivi, di registrazione e conservazione dei dati nonché di rafforzata verifica degli operatori del mercato, modulate sul *risk approach*, costituiscono il frutto della consapevolezza del rapporto tra riciclaggio e *trust* e mirano a potenziare le attività di controllo preventivo del fenomeno in maniera complementare agli strumenti spiccatamente repressivi.



LA REGOLAMENTAZIONE DEL GIOCO D'AZZARDO IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA

GABRIELE PEPE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il gioco d'azzardo quale fenomeno sociale e giuridico in Italia. – 3. L'ordinamento europeo. – 4. Il sistema tedesco. – 5. Il sistema spagnolo. – 6. Il sistema francese. – 7. Il sistema britannico. – 8. Conclusioni.

1. Il gioco d'azzardo rappresenta un fenomeno sociale prima ancora che giuridico ormai ampiamente diffuso nelle democrazie moderne. La presente indagine intende offrire una breve rassegna, in chiave comparata, di taluni profili (soprattutto pubblicistici) della disciplina del gioco d'azzardo¹, muovendo dall'analisi degli aspetti di maggior interesse della normativa europea, per poi soffermarsi sulle esperienze giuridiche di alcuni ordinamenti tanto di *civil law* quanto di *common law*.

Con metodo comparato, si andranno, in particolare, ad investigare i sistemi giuridici, europeo, tedesco, spagnolo, francese e britannico per le caratteristiche che li rendono tra i più interessanti in punto di regolamentazione e di raffronto. In special modo, gli ordinamenti stranieri selezionati si prestano meglio e di più ad una comparazione con il sistema italiano, specie ai fini di un possibile trapianto nel nostro ordinamento di norme provenienti da tali esperienze.

Da una visione di insieme dello scenario europeo emerge come le legislazioni dei vari Paesi risultino per molti aspetti difformi, prevedendo norme e divieti più restrittivi in alcuni Stati fino alla totale permissività in altri, come ad esempio nei Paesi dell'Est Europa (che però non saranno oggetto della presente trattazione); nel mezzo, discipline intermedie e dai tratti peculiari che offrono, con maggiore o minore successo, un bilanciamento legislativo ai plurimi interessi, pubblici e privati, che gravitano intorno al gioco d'azzardo.

Più in generale, può registrarsi, sul versante della gestione del servizio, un'evoluzione normativa della *governance* del sistema dei giochi (e delle scommesse) da posizioni di tradizionale monopolio pubblico verso forme di graduale apertura al mercato, con l'affidamento di sempre maggiori servizi a soggetti privati attraverso strumenti concessori ed autorizzatori².

¹ T. DI NITTO, *I giochi e le scommesse*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, III, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, p. 3140 secondo cui il gioco “non è un fenomeno estraneo al diritto, poiché l'ordinamento se ne interessa con diverse disposizioni, sia di natura privatistica che pubblicistica, disciplinandolo spesso insieme alla scommessa, altro istituto riconducibile nell'ambito del fenomeno ludico inteso in senso lato”.

² In ordine al rilascio delle licenze, ciascuno Stato membro prevede procedimenti differenti: alcuni Paesi stabiliscono un limite quantitativo al numero di licenze, altri le rilasciano a tutti i potenziali operatori in possesso dei prescritti requisiti legislativi. Le licenze vengono rilasciate a tempo determinato o indeterminato. Taluni Stati riconoscono le licenze emesse in altri Paesi, altri, viceversa, richiedono agli operatori una doppia licenza.



L'attenzione al formante normativo di ciascun sistema giuridico risulta di particolare importanza per comprendere la sottesa attività di sistematizzazione e di bilanciamento, compiuta dal legislatore nazionale, dei plurimi ed antagonisti interessi in conflitto; si pensi all'interesse economico alla regolamentazione (e gestione) del fenomeno gioco d'azzardo con l'interesse alla tutela del patrimonio e della salute dei consumatori.

2. Il gioco d'azzardo da sempre caratterizza il tempo libero dell'uomo, tratteggiandosi quale attività ludico-ricreativa di svago e passatempo³. In Italia, il gioco d'azzardo inizia a svilupparsi, quale fenomeno collettivo, intorno alla metà del XVI secolo, sia pure nell'ambito dei circoli nobiliari ed intellettuali; tuttavia, con il passare del tempo, il fenomeno viene progressivamente ad allargarsi anche alle classi borghesi per poi diffondersi tra i ceti meno abbienti⁴. Del resto, proprio le persone più indigenti vedono nei giochi e nelle scommesse un'occasione di speranza e di riscatto, sociale ed economico. La storia, tuttavia, insegna come tale speranza rappresenti, spesso, un'illusione, poiché il ricorso al gioco d'azzardo da parte di tali soggetti non fa che aggravare lo stato di indigenza, con conseguenze pregiudizievoli per sé e per le proprie famiglie.

In Italia e, più in generale, nelle democrazie moderne, il gioco d'azzardo⁵ è un fenomeno ormai radicato nel tessuto sociale e nel costume dei cittadini. Le sue importanti ricadute sulla vita delle persone, però, impongono agli Stati un'attenta regolamentazione del fenomeno nella prospettiva di neutralizzarne o quanto meno mitigarne gli effetti nocivi tanto per i singoli quanto per la società complessivamente intesa.

Tra le maggiori problematiche connesse al gioco d'azzardo vi è, infatti, il rischio di dipendenza (una vera patologia definita "*ludopatia*") che può condurre i giocatori a dilapidare ogni risorsa economica a propria disposizione⁶. Tale piaga sociale, dai rilevanti riflessi economici, non si connota in termini esclusivamente individuali, bensì assume una proiezione collettiva, in quanto i giocatori compulsivi, oltre a danneggiare se stessi (ed i propri

³ Il gioco d'azzardo è un'attività improntata all'aleatorietà e allo scopo di lucro nella quale il giocatore non può influire sul risultato il quale, essendo puramente casuale, non dipende da particolari abilità personali; la posta in gioco è, di regola, costituita da somme di denaro oppure da altre utilità economicamente valutabili.

⁴ Per un'analisi anche diacronica del fenomeno, U. GUALAZZINI, voce *Giocchi e scommesse (storia)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 30 ss.; E. VALSECCHI, voce *Giocchi e scommesse (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 50 ss.; L. BUTTARO, voce *Gioco e scommessa (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, p. 2 ss.; A. PUBUSA, voce *Gioco d'azzardo (dir. pubbl.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, p. 1.

⁵ Con tale espressione si intende il c.d. gioco interessato cioè un'attività che persegue non già una finalità di svago bensì mira al conseguimento di un'attribuzione patrimoniale. A riguardo, L. BUTTARO, *Del gioco e della scommessa*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna, 1959, p. 6 ss.; T. DI NITTO, *I giochi e le scommesse*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, III, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, p. 3140 ss., spec. p. 3143. Secondo l'Autore dall'analisi del dato normativo emergerebbe "*l'irrelevanza sul piano degli effetti concreti della distinzione tra gioco e scommessa*". (Per un focus comparatistico E. MOSCATI, voce *Il Gioco e la scommessa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XIII, Torino, 1985, p. 153, nota 48).

⁶ L'Organizzazione Mondiale della Sanità ha identificato quattro diverse tipologie di giocatori:

a) il giocatore sociale, che gioca per divertirsi; b) il giocatore problematico, che destina al gioco le proprie risorse di denaro; c) il giocatore patologico, che presenta un disturbo psicologico o psichiatrico; d) il giocatore dipendente, che vive una vera e propria dipendenza compulsiva nei confronti del gioco d'azzardo.



familiari), creano allarme sociale, per la naturale propensione all'acquisizione di ricchezze anche in modo illecito; una piaga, dunque, che investe profili di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, specie con riferimento alle azioni di contrasto alle infiltrazioni criminose e alle attività di gioco illegali. Inoltre, trattandosi di un disturbo comportamentale, un aumento esponenziale di coloro che ne soffrono avrebbe gravi ripercussioni sulla spesa pubblica sanitaria, con effetti incompatibili con la politica di *spendig review* in atto nel nostro come in altri ordinamenti europei.

Si consideri, poi, che il gioco d'azzardo impatta negativamente sul sistema sociale ed economico di ogni Paese fondato sul lavoro; a riguardo, si registrano numerosi casi di abbandono delle attività lavorative da parte dei giocatori, con costi enormi per la funzionalità e prosperità dell'ordinamento. In proposito, l'Italia vanta il triste primato di essere il Paese d'Europa con il più alto tasso di giocatori abituali⁷. Sempre più spesso tra i soggetti maggiormente colpiti dalla dipendenza dal gioco d'azzardo⁸ vi sono persone deboli quali gli adolescenti, le donne e gli anziani. Tale piaga sociale è, poi, aggravata dalla diffusione dei servizi *on line* che, da un lato, incrementa esponenzialmente le opportunità di gioco e di scommessa, senza alcun limite spaziale o temporale e, dall'altro, azzerava le forme di controllo sociale (famiglia, amici, Istituzioni *etc.*) sui comportamenti compulsivi dei giocatori. Inoltre, con frequenza il gioco d'azzardo *on line* si dimostra in grado di eludere i vincoli imposti dalle discipline nazionali, con conseguente lesione dei fondamentali interessi oggetto di tutela.

A tal proposito si impone l'esigenza di arginare il gioco d'azzardo sia attraverso politiche normative restrittive sia mediante un efficace sistema di controlli. Le modalità e l'intensità di tali limitazioni non devono, tuttavia, pregiudicare l'interesse finanziario dello Stato alla gestione e, in ogni caso, alla tassazione del gioco, quale attività lecita produttiva di *utilitates* economiche⁹; ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo, per assicurare l'acquisizione, da parte del Fisco, di significative risorse da destinare all'esercizio di pubbliche funzioni; in secondo luogo, per la circostanza che la regolamentazione del gioco d'azzardo svolge funzioni di prevenzione e contrasto alla criminalità organizzata, sottraendo ad essa spazi di azione e di profitto riconducibili a tali attività (spazi che andrebbero, viceversa, a dilatarsi a fronte di divieti legislativi assoluti o particolarmente penalizzanti). Da tale angolo visuale, l'ordinamento tende a manifestare non già un disvalore assoluto bensì un *favor* parziale nei confronti del gioco d'azzardo che si esprime nel riconoscimento della liceità del fenomeno sia pure nei limiti tratteggiati dalla disciplina di diritto positivo.

Dalle considerazioni illustrate, si evince che, se da un lato, normative particolarmente restrittive del gioco rischiano di favorire la proliferazione di attività illegali parallele, dall'altro, forme di regolamentazione ampiamente permissive comportano costi sociali altis-

⁷ Dal sistema dei giochi e delle scommesse in genere, il Fisco italiano incassa il doppio di quanto viene riscosso in Francia e Regno Unito ed il quadruplo di quanto ricavano gli ordinamenti di Spagna e Germania.

⁸ Secondo la consolidata letteratura medica, il disturbo di gioco d'azzardo si manifesta tutte le volte in cui il gioco, lungi dall'essere un mero passatempo, viene praticato in maniera compulsiva con un incremento progressivo delle giocate, senza inibizione alcuna; l'assenza di forme di autolimitazione e controllo va ad incidere negativamente sul normale sviluppo della vita sociale e lavorativa dei giocatori, provocando i sintomi fisici e psicologici tipici delle dipendenze patologiche.

⁹ Del resto, il gioco d'azzardo si colloca tra le attività che hanno maggior impatto sul sistema economico delle democrazie moderne in termini sia di fatturato sia di livelli occupazionali.



simi in termini di impoverimento delle famiglie ed incremento della ludopatia; del resto, il gioco d'azzardo, sempre più spesso, compromette l'equilibrio familiare, lavorativo e finanziario delle persone interessate.

Dunque, il problema che ogni legislatore nazionale è chiamato ad affrontare risiede nella risoluzione del conflitto fra il gioco d'azzardo come “*fonte monetaria*” ed il gioco d'azzardo come “*piaga sociale*”, che transita, necessariamente, attraverso l'individuazione di un equilibrato bilanciamento tra i contrapposti interessi in rilievo. Naturalmente, la misura di siffatto bilanciamento varia in ragione delle caratteristiche e delle sensibilità giuridiche di ciascun ordinamento (oltre che del periodo storico) preso in considerazione.

Il sistema dei giochi e delle scommesse nell'ordinamento italiano¹⁰ si fonda, tradizionalmente, su una riserva statale *ex art. 43 Cost.*¹¹ nonché su un regime autoritativo di tipo concessorio¹². In tale contesto, il gioco d'azzardo è configurato quale attività economica non libera¹³, ma regolata da una peculiare disciplina amministrativa che ne assegna il monopolio ed il controllo allo Stato, in passato attraverso l'Amministrazione autonoma dei monopoli¹⁴, oggi mediante l'Agenzia per i giochi¹⁵. Pertanto, “*si è in presenza di un'attività che può essere assunta, quanto all'esercizio, dallo Stato, oppure può essere conferita, con concessione, dallo Stato ai privati, i quali non hanno libertà di iniziativa economica privata*”¹⁶, potendo svolgere tale attività esclusivamente previo rilascio di apposito titolo abilitativo. In tale ambito, le concessioni, come noto conferite a seguito di gara, sono più d'una, per cui si registra la presenza nel mercato del gioco di una moltitudine di soggetti privati. Trattasi di concessioni “*non esclusive*” che mirano alla valorizzazione del principio concorrenziale tanto in sede di assegnazio-

¹⁰ In argomento, *ex plurimis*, S. PIASCO, voce *Lotto e giochi organizzati*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, p. 280 ss.; T. DI NITTO, *I giochi e le scommesse*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, III, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, p. 3141 ss.; L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento*, in *Mnus*, n. 2/2012, p. 1 ss.; G. FIDONE, A. LINGUITTI (a cura di), *La disciplina dei giochi in Italia tra monopolio pubblico e mercato*, Milano, 2013, p. 1 ss.; A. BATTAGLIA, B.G. MATTARELLA (a cura di), *Le regole dei giochi: la disciplina pubblicistica dei giochi e delle scommesse in Italia*, Napoli, 2014, p. 1 ss.

¹¹ Sempre di attualità le riflessioni di S. CASSESE, *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in *Giurispr. cost.*, n. 6/1960, p. 1332 ss., attesa la perdurante mancanza di armonizzazione della materia in sede europea. Successivamente S.L. RUJU, voce *Monopolio fiscale*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 825 ss.; più di recente, C. BENELLI, E. VEDOVA, *Giochi e scommesse tra diritto comunitario e diritto amministrativo nazionale*, Milano, 2008, p. 73 ss.

In giurisprudenza, per tutte, *Tar Lazio*, sez. II, 31 maggio 2005, n. 4296, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui “*si tratta, dunque, di un'attività che lo Stato ha sempre ritenuto di proprio esclusivo monopolio ex art. 43 della Carta costituzionale e sulla quale ha escluso la libertà di iniziativa economica*”; ciò al precipuo fine di introdurre un regime regolatorio in grado di temperare ragionevolmente i fondamentali interessi in rilievo.

¹² Si è al cospetto del modello di concessione traslativa di servizi pubblici con cui si conferisce ai privati, non già la titolarità, bensì l'esercizio del servizio dei giochi sotto il controllo dello Stato.

¹³ In tal senso la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) risulta limitata dal legislatore che ne subordina il relativo esercizio ad una peculiare disciplina pubblicistica di natura concessoria.

¹⁴ Istituita con l. 178/2002, l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato è l'ente che in Italia si è occupato per conto dello Stato della regolazione e gestione del gioco d'azzardo lecito.

¹⁵ Si tratta di un'Agenzia fiscale specializzata, istituita il 1 marzo 2008, che subentra nei rapporti giuridici, nei poteri e nelle competenze della precedente Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato.

¹⁶ S. CASSESE, *Il regime giuridico del gioco e la sentenza Gambelli*, Relazione tavola rotonda su “*I nuovi orientamenti della UE in materia di gioco pubblico: il principio della riserva di legge da parte dello Stato e i riflessi sul libero mercato*”, Scuola Superiore dell'economia e delle finanze, Ministero dell'economia, Roma, 10 maggio 2004, Forum della Pubblica Amministrazione, in www.forumpa.it.



ne del servizio quanto nel concreto esercizio dell'attività che vede la presenza nel settore di più concessionari¹⁷. A riguardo, la necessità della gara per la scelta dell'affidatario del servizio “*conferma e non esclude la riserva statale*”¹⁸. Al di fuori di tale sistema di regole il gioco d'azzardo è vietato e sanzionato penalmente agli artt. 718¹⁹ e 723 c.p.

In Italia, il fenomeno della dipendenza dal gioco d'azzardo (in vertiginoso aumento) è stato oggetto, negli ultimi anni, di plurimi interventi legislativi ispirati all'esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica²⁰, di contrastare il crimine organizzato e di salvaguardare i soggetti più deboli. A tal fine, si distinguono i giochi vietati²¹ da quelli consentiti in quanto fondati su un'apposita concessione; ai soggetti affidatari del servizio, in particolare, vengono richiesti stringenti requisiti ed imposte numerose limitazioni²².

Un significativo intervento risale alla legge 88/2009 (art. 24, co.i 12 ss.) che prevedeva l'adozione di accorgimenti per l'esclusione dall'accesso al gioco *on line* da parte di minori, nonché l'esposizione del relativo divieto in modo visibile negli ambienti virtuali di gioco gestiti dal concessionario. Il regime sanzionatorio per la violazione di tali disposizioni veniva, poi, sensibilmente inasprito rispetto alla previgente normativa; inoltre, con il c.d. “*conto di gioco*”, attivabile esclusivamente tramite codice fiscale, si introduceva una limitazione obbligatoria di spesa (settimanale o mensile) per il giocatore, con conseguente inibizione dell'accesso al sistema in caso di raggiungimento della soglia predefinita²³. Successivamente con la l. 220/2010 (art. 1, co.i 78 ss.) si introducevano misure di riorganizzazione dei servizi con l'obiettivo: a) di contrastare le forme irregolari o illegali di gioco d'azzardo; b) arginare le infiltrazioni della criminalità organizzata; c) tutelare la sicurezza e l'ordine pubblico; d) proteggere i consumatori dai rischi e dai pericoli delle ludopatie.

Seguiva, poi, un intervento più organico con il d.l. 158/2012, convertito nella l. 189/2012, che affrontava diversi ambiti riconducibili alla tutela del gioco d'azzardo: dagli aspetti di tutela preventiva attraverso lo svolgimento di apposite campagne pubblicitarie, ai profili di protezione *ex post* con azioni di cura e sostegno nei confronti delle persone affette

¹⁷ In tal senso, pur nell'ambito di una riserva statale e di una regolamentazione pubblicistica, la concorrenza viene realizzata a più livelli sia nella fase di ingresso nel mercato, in virtù della necessaria acquisizione di un titolo amministrativo abilitante, sia all'interno del mercato, in ragione della competizione tra gli operatori nella promozione dei propri servizi verso l'utenza (*Tar Lazio*, sez. I, 30 novembre 2005, n. 12726, www.giustizia-amministrativa.it).

¹⁸ *Cons. Stato*, sez. IV, 5 dicembre 2006, n. 7113, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁹ L'art. 718 c.p., rubricato “*esercizio di giochi d'azzardo*”, testualmente recita: “*chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, o in circoli privati di qualunque specie, tiene un gioco d'azzardo o lo agevola è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno e il pagamento di una multa. Se il colpevole è un contravventore abituale o professionale, alla libertà vigilata può essere aggiunta la cauzione di buona condotta*”.

²⁰ Per tale ragione del fenomeno si occupa il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R.d. 773/1931 e succ. modif.), in special modo agli artt. 86 e 110.

²¹ In proposito G. PIOLETTI, voce *Giocchi vietati*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 68 ss.

²² Nell'ordinamento italiano l'Agenzia per i giochi rilascia nuove concessioni per il gioco a distanza sia a coloro che risultino già titolari di concessione sia a nuovi soggetti; tra i plurimi requisiti prescritti si richiede ai nuovi operatori un fatturato complessivo non inferiore ad un milione e mezzo di euro nel corso degli ultimi due esercizi oltre, in taluni casi, ad una garanzia bancaria o assicurativa.

²³ Inoltre, per i giocatori è introdotta anche la possibilità di auto-esclusione dal sito del concessionario, con conseguente blocco degli accessi. L'anagrafe dei conti di gioco consente, infine, forme di controllo sull'attività di ciascun giocatore.



da dipendenza patologica²⁴. Si segnala, da ultimo, il d.l. 87/2018, convertito nella l. 96/2018, che introduce il divieto assoluto di pubblicità dei giochi d'azzardo insieme ad una serie di misure volte alla prevenzione ed al contrasto della ludopatia.

Accanto alla normativa statale si collocano, sul versante della tutela della salute dei giocatori, plurime discipline regionali volte a regolamentarne taluni profili, attesa la natura concorrente e ripartita della protezione della salute fra Stato e Regioni²⁵.

Dunque, l'ordinamento italiano se, da un lato, ammette, entro certi limiti, la liceità del gioco d'azzardo e del suo affidamento ad operatori privati, dall'altro, prescrive in capo ai gestori rigorosi requisiti e peculiari modalità di esercizio delle attività, garantendo, al contempo, agli utenti un diritto all'informazione sui rischi e sugli effetti pregiudizievoli del gioco²⁶.

3. La tematica del gioco d'azzardo non è oggetto in sede europea di un'organica disciplina armonizzatrice²⁷. Ciononostante, alcuni profili sono regolamentati, in ambito sovranazionale, da fonti legislative primarie e secondarie

e da atti non legislativi²⁸, anche se la gran parte della normativa è rimessa all'autonomia decisionale degli Stati membri, che possono limitare l'accesso al gioco per esigenze di ordine pubblico²⁹. Tali esigenze, riconducibili principalmente alla tutela del consumatore e alla prevenzione delle attività criminose, possono rappresentare, entro predefiniti limiti, *“uno scudo per la riserva statale e un ostacolo (...) ad una liberalizzazione del settore”*³⁰.

Nel contesto dell'Unione europea, il gioco d'azzardo ha una sua rilevanza giuridica quale attività economica; infatti, considerato alla stregua di un servizio, il gioco rientra

²⁴ L'attenzione delle Istituzioni alle problematiche sopra indicate è confermata dalla approvazione del Piano nazionale d'azione sul gioco d'azzardo patologico 2013-2015 a cura del Dipartimento politiche antidroga della Presidenza del Consiglio.

²⁵ Più di una Regione, oltre alle misure contenute nei piani sanitari, ha approvato provvedimenti *ad hoc* finalizzati alla prevenzione dei fenomeni di dipendenza da gioco d'azzardo. Come noto, le leggi statali e regionali concorrono, ciascuna nel proprio ambito, al perseguimento dell'obiettivo della salute, con il solo limite dell'osservanza dei principi fondamentali posti da leggi statali, secondo l'art. 117, co. III, Cost., tra cui il principio della c.d. *“prevenzione logistica”*; sulla base di tale principio tra i locali ove sono installati gli apparecchi da gioco e determinati luoghi pubblici (scuole, ospedali *etc.*) deve esservi una distanza minima, idonea ad arginare suggestioni di immediato profitto nei soggetti considerati più a rischio (minorenni, anziani *etc.*).

²⁶ La disciplina italiana impone a chiunque voglia giocare *on line* (scommesse, gratta e vinci, poker, *etc.*) di raggiungere i siti di riferimento, transitando esclusivamente da un portale gestito dai Monopoli di Stato. Quindi, l'accesso del giocatore al sito solo previa registrazione telematica. Ove tale registrazione non sia prevista, il concessionario deve, in ogni caso, trasmettere al sistema centrale dei Monopoli le *“informazioni anonime relative alle singole giocate, ai prelievi ed ai versamenti effettuati sui singoli conti di gioco”*.

²⁷ F. MARTINES, *Il gioco d'azzardo e il mercato comune: spazio di autonomia e scelte di valori nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2008, p. 849 ss.

²⁸ Si pensi, a riguardo, al Libro verde della Commissione del 24 marzo 2011 che si occupa dei problemi di ordine pubblico e dei rischi sociali connessi alla crescita negli Stati europei dell'offerta di servizi di gioco d'azzardo *on line*.

²⁹ Tale principio è affermato, in particolare, da *Cgce*, 6 novembre 2003, in causa C-243/01, *Gambelli*, in www.curia.europa.eu.

³⁰ L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento*, in *Munus*, n. 2/2012, p. 332.



nell'ambito di applicazione dell'art. 56 TFUE e soggiace alle norme sulla prestazione dei servizi, transfrontalieri e non³¹.

Secondo tali norme, gli operatori autorizzati in uno Stato membro sono legittimati a definire autonomamente le condizioni di esercizio di tali servizi nei confronti dei consumatori di altri Stati, salvo che questi ultimi impongano restrizioni giustificate da ragioni imperative riconducibili alla tutela dei consumatori o alla protezione dell'ordine pubblico. Dunque, l'ordinamento sovranazionale assegna un ruolo importante a tali interessi nel bilanciamento, da compiersi, caso per caso, con la libertà di prestazione dei servizi.

Siffatte previsioni normative ricevono conferma dalla giurisprudenza della Corte di giustizia la quale, pur stabilendo che la fornitura di attività transfrontaliere di gioco d'azzardo costituisce attività economica soggetta alle norme del Trattato³², considera contraria al principio di libera prestazione dei servizi la normativa nazionale che vieti la fornitura di gioco d'azzardo *on line* ai consumatori stabiliti in altro Stato membro o ne ostacoli la libertà di beneficiarne³³. Ciononostante, la Corte di Lussemburgo ammette deroghe a tutela del pubblico interesse, ma negli stretti confini tracciati dagli artt. 51 e 52 TFUE³⁴. È chiaro, allora, come l'ordinamento europeo prenda in considerazione (sia pure con una disciplina non esaustiva) il sistema dei giochi e delle scommesse tanto a livello normativo quanto in sede giurisprudenziale, in ragione dell'importanza degli interessi in rilievo.

Come nei sistemi giuridici di ciascun Paese, anche in ambito sovranazionale, è presente il conflitto fra il gioco d'azzardo quale fonte di finanziamento pubblico ed il gioco d'azzardo quale piaga sociale, foriera di pregiudizi per i giocatori e per la società; un conflitto che gli ordinamenti attenzionati affrontano attraverso politiche ora più restrittive ora maggiormente permissive, nel contemperamento degli uni e degli altri interessi in contrapposizione.

Naturalmente, ciascuno Stato detta (o dovrebbe dettare) una disciplina sul gioco in conformità ai principi posti in sede europea con l'obiettivo di offrire, da un lato, protezione alla concorrenza (favorendo l'apertura dei mercati ad operatori privati in posizione di reciproca parità) e, dall'altro, di preservare i consumatori dai rischi riconducibili alla ludopatia³⁵.

Lungo tale direttrice gli Stati membri sono tenuti, in primo luogo, a rivedere ed aggiornare le tradizionali forme di monopolio e controllo pubblico, ammettendo alla gestione

³¹ La materia dei giochi e delle scommesse, tuttavia, non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva Bolkestein (2006/123/CE). Inoltre, anche se il gioco d'azzardo segue lo schema della concessione di servizi pubblici non trovano per esso applicazione le direttive in materia di appalti. A riguardo, C. BENELLI, E. VEDOVA, *Giocchi e scommesse tra diritto comunitario e diritto amministrativo nazionale*, Milano, 2008, p. 1 ss., spec. p. 20 ss.

³² *Cgce*, 24 marzo 1994, in causa C-275/92, *Schindler*, in www.curia.europa.eu; in tema, C. BENELLI, E. VEDOVA, *Giocchi e scommesse tra diritto comunitario e diritto amministrativo nazionale*, Milano, 2008, p. 29 ss.

³³ *Cgce*, 6 novembre 2003, in causa C-243/01, *Gambelli*, in www.curia.europa.eu. Sulle ricadute di tale pronuncia nell'ordinamento italiano, S. CASSESE, *Il regime giuridico del gioco e la sentenza Gambelli*, Relazione tavola rotonda su "I nuovi orientamenti della UE in materia di gioco pubblico: il principio della riserva di legge da parte dello Stato e i riflessi sul libero mercato", Scuola Superiore dell'economia e delle finanze, Ministero dell'economia, Roma, 10 maggio 2004, Forum della Pubblica Amministrazione, in www.forumpa.it.

³⁴ Più in generale sulla compatibilità della riserva statale con le norme europee, M. COCCIA, *I concorsi pronostici e le scommesse sulle competizioni sportive e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. sport*, 1992, p. 241.

³⁵ In proposito, si consideri la Raccomandazione della Commissione del 2014 sui servizi di gioco d'azzardo *on line* con cui si esortano gli Stati membri a garantire elevate forme di protezione dei consumatori attraverso apposite campagne pubblicitarie di informazione per un gioco responsabile.



dei servizi di gioco un numero crescente di operatori privati senza alcuna discriminazione legata alla nazionalità³⁶; in secondo luogo, ad offrire ai giocatori forme di tutela sia preventiva attraverso campagne informative sui pericoli del gioco (specie *on line*), sia successiva nelle ipotesi di dipendenza conclamata, mediante un sostegno psicologico ed economico.

Con la diffusione di internet, la problematica del gioco d'azzardo, soprattutto *on line*, si è drammaticamente aggravata, estendendosi a larga parte della popolazione degli Stati membri. Per tale ragione, la tutela dei giocatori assume, sempre più, una rinnovata centralità non solo all'interno dei singoli Paesi, ma anche a livello sovranazionale, ove le Istituzioni europee, da anni, sottolineano la necessità di forme di tutela anche di natura preventiva. A riguardo, il Parlamento europeo, con una risoluzione del 2013³⁷, ha stabilito che gli Stati membri possono introdurre misure restrittive del gioco d'azzardo a tutela dei consumatori, anche se in contrasto con le libertà di iniziativa economica e di prestazione dei servizi. Naturalmente, la deroga ai principi sovranazionali può considerarsi legittima nelle sole ipotesi in cui tali misure risultino proporzionate, ragionevoli e non discriminatorie.

In tale direzione, la Commissione europea ha adottato nel 2014 una Raccomandazione³⁸ per esortare gli Stati al potenziamento delle discipline di protezione dei consumatori dai rischi del gioco d'azzardo. In special modo, gli Stati sono invitati a prescrivere: a) obblighi informativi sui siti *web* ove si effettuano attività di gioco; b) divieti di pubblicità ingannevole in capo ai gestori; c) limitazioni alla possibilità di accesso da parte dei minori ai servizi specie *on line*; d) obblighi di registrazione per gli utenti, al precipuo fine di acquisirne informazioni identitarie ed anagrafiche; e) l'istituzione di strutture e servizi di assistenza per i giocatori affetti da gravi forme di dipendenza³⁹. Tutto ciò per salvaguardare il patrimonio⁴⁰ e la salute degli utenti dalle ricadute negative del gioco d'azzardo compulsivo.

Dal quadro descritto si evince come gli Stati membri dell'Unione, anno dopo anno, abbiano gradualmente introdotto normative (e conseguenti misure) sempre più protettive, promuovendo, al contempo, azioni di sensibilizzazione nonché di vigilanza sul mercato del gioco d'azzardo.

4. Secondo gli artt. 70 e 72 della legge fondamentale tedesca del 1949 ciascun *Länder* è titolare, in via generale, della competenza legislativa in tema di giochi e scommesse, salvo eccezioni espressamente previste dal diritto positivo⁴¹. Ciò in ragione della circostanza che i servizi e le attività riconducibili al gioco d'azzardo, in Germania, rientrano, per tradizione,

³⁶ S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 291 ss.

³⁷ Si tratta della Risoluzione del Parlamento europeo del 10 settembre 2013 sul gioco d'azzardo *on line* nell'ambito del mercato interno.

³⁸ Pur essendo atti non vincolanti, le Raccomandazioni della Commissione europea svolgono un'importante azione di *moral suasion* in grado di condizionare significativamente le politiche degli Stati membri.

³⁹ A tal proposito, l'ordinamento europeo incentiva e finanzia direttamente le politiche assistenziali per i giocatori affetti da dipendenza patologica.

⁴⁰ La perdita di risorse economiche da parte dei giocatori e delle rispettive famiglie ne riduce la capacità di spesa in consumi nonché la capacità contributiva nei confronti del Fisco con ricadute sull'intero sistema Paese.

⁴¹ Tali eccezioni sono rappresentate, a titolo esemplificativo, dalle scommesse sulle corse ippiche nonché dalla regolamentazione delle macchine da gioco esterne ai casinò, per le quali sussiste la competenza generale della Federazione.



nella legislazione sull'ordine pubblico affidata alla disciplina di ciascun *Land*⁴². Tuttavia, per ineliminabili esigenze di uniformità, alcune competenze sono assegnate a specifiche Autorità regolatorie, ai sensi del Trattato interstatale fra i *Länder* sul gioco d'azzardo⁴³ stipulato con l'obiettivo di garantire una certa uniformità di disciplina tra gli Stati.

Tra i primi Accordi interstatali, risalenti al 2004, meritano speciale menzione l'Accordo interstatale sulle lotterie⁴⁴ e l'Accordo interstatale sulla regionalizzazione dei profitti del lotto e del totocalcio⁴⁵.

In particolare, l'Accordo sulle lotterie⁴⁶ dettava una disciplina in tema di organizzazione di scommesse sportive, giochi d'azzardo e lotterie, al precipuo fine di armonizzare le differenti regolamentazioni dei *Länder*⁴⁷; tale Accordo precludeva, poi, l'accesso a tali servizi ai minori.

Nel 2008 entrava in vigore (sia pure fino al 31 dicembre 2011) un nuovo Trattato interstatale in sostituzione del precedente Accordo del 2004 dichiarato incostituzionale⁴⁸. Tale Trattato delineava un differente assetto dell'organizzazione, gestione e intermediazione dei giochi d'azzardo. Oltre a riunire le molteplici disposizioni che gli Stati federali si erano impegnati ad osservare in materia, il Trattato ribadiva il sostanziale monopolio pubblico del gioco già previsto nel sistema precedente. Più in particolare, le sue norme vietavano l'organizzazione e l'intermediazione di qualsiasi attività considerata gioco d'azzardo senza una preventiva autorizzazione dell'Autorità preposta; una volta ottenuta la licenza, l'attività si sarebbe potuta esercitare nel solo territorio del *Land* emittitore; la violazione di siffatte previsioni risultava, poi, penalmente sanzionata⁴⁹.

Il Trattato, inoltre, prescriveva: a) il divieto di organizzazione e prestazione del gioco d'azzardo attraverso internet; b) il divieto di qualsiasi forma di pubblicità sulle maglie sportive o sui cartelloni durante gli eventi sportivi; c) modalità particolari di pubblicizzazione (informazioni sulle opportunità di vincita, previsione di divieti per i minorenni ed esplicitazione dei rischi di dipendenza); d) l'istituzione di un Consiglio di supervisione con il compito di vigilare sul rispetto della normativa e di vietare a banche e istituti finanziari di supportare transazioni finanziarie collegate ad attività di gioco illegali⁵⁰.

⁴² Per esempio, le tradizionali case da gioco, situate nei vari Stati, sono autorizzate e controllate dai rispettivi Ministeri dell'Interno.

⁴³ *Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland, GlüStV*.

⁴⁴ *Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland*.

⁴⁵ *Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblock*.

⁴⁶ Tale Accordo non era applicabile ai casinò ed alle case da gioco.

⁴⁷ Ciascun *Land* era chiamato a garantire l'offerta di tali giochi, mediante conferimento di incarichi a enti pubblici o società private.

⁴⁸ Il Trattato del 2008 è stato oggetto di censure da parte del Tribunale costituzionale federale che nel 2006 ne ha dichiarato l'incostituzionalità per violazione dell'articolo 12 della legge fondamentale tedesca (in tema di tutela della salute dei cittadini), nella parte in cui proibiva la gestione delle scommesse da parte dei privati senza includere misure atte a prevenire le dipendenze e l'insorgere di un mercato illegale delle scommesse.

⁴⁹ In proposito, l'art. 284 del Codice penale tedesco stabilisce che "chiunque, senza autorizzazione amministrativa, organizza o tiene pubblicamente un gioco d'azzardo o mette a disposizione le attrezzature necessarie a tale scopo è punito con la reclusione fino a 2 anni o con una multa". Aggiunge, poi, che "chiunque agisce nelle ipotesi di cui al par. 1 a titolo professionale (...); o in quanto membro di un'organizzazione costituitasi per commettere i suddetti reati in modo continuativo, è punito con la reclusione da 3 mesi a 5 anni".

⁵⁰ Ad ogni operatore, inoltre, veniva imposto l'obbligo di promuovere campagne sociali finalizzate all'educazione dei giocatori sulla fruizione responsabile dei servizi e delle attività di gioco d'azzardo.



Il Trattato introduceva, in questo modo, una disciplina fortemente restrittiva, specie nei riguardi del gioco *on line*, vietando forme di raccolta e di pubblicità del gioco via internet, nonché proibendo alle compagnie di *gambling* estere di accettare scommesse dai cittadini tedeschi; conseguentemente, imponeva ai *service providers* di oscurare i siti di gioco e di bloccare eventuali transazioni in denaro⁵¹.

Le previsioni del Trattato venivano, in seguito, censurate dall'Unione europea in quanto considerate contrarie ai principi ed alle libertà sovranazionali. A tal proposito, la Commissione avviava una procedura d'infrazione nei confronti della Germania, per contrarietà della regolamentazione nazionale sul gioco d'azzardo alla disciplina europea in materia di libera prestazione dei servizi.

In special modo, la Corte di giustizia nelle pronunce *Stoß*⁵² e *Carmen Media Group*⁵³ statuiva la non conformità al diritto europeo delle previsioni dell'ordinamento tedesco sul monopolio pubblico in materia di giochi e scommesse.

Per rimediare a tali censure, il 15 dicembre 2011 i *Länder* tedeschi⁵⁴ sottoscrivevano il Primo Accordo di modifica del Trattato interstatale sui giochi d'azzardo⁵⁵ che sarebbe entrato in vigore nel 2012. L'art. 10, par. 2 e 6 confermava il monopolio pubblico in materia di scommesse sportive già previsto dal Trattato del 2008, introducendo, però, una clausola di deroga al controllo pubblico; a tal proposito, in relazione alle scommesse in tema di competizioni sportive prevedeva, per un periodo di 7 anni, la possibilità di rilascio di licenze nel numero massimo di 20; una volta accordata la concessione, gli intermediari dell'organizzatore avrebbero potuto ottenere un'autorizzazione per raccogliere le scommesse per conto di quest'ultimo⁵⁶. Si trattava, dunque di una forma di apertura del mercato ad operatori privati.

Nonostante ciò, nel 2016, la Corte di giustizia nella nota pronuncia *Sebat-Ince*⁵⁷ osservava come la clausola di sperimentazione non avesse rimediato all'incompatibilità tra il monopolio pubblico e la libera prestazione dei servizi, atteso che nessuna concessione era stata in concreto attribuita e come il tradizionale regime di monopolio si fosse perpetuato senza limitazione alcuna.

Sul versante della tutela dei consumatori giova precisare come in Germania il gioco erogato al di fuori dei casinò (sale da gioco, ristoranti, pub o bar) sia soggetto a molteplici restrizioni dettate da leggi statali, dal Regolamento del commercio nonché dal Regolamento sul gioco.

⁵¹ Senato della Repubblica, Relazione, *La disciplina del gioco d'azzardo: Francia, Germania, Regno Unito e Spagna*, gennaio, 2017.

⁵² *Cgce*, 4 marzo 2010, in cause riunite C-316/07, C-358/07, C-360/07, C-409/07, C-410/07, *Stoß e a.*, in www.curia.europa.eu.

⁵³ *Cgce*, 4 marzo 2010, in causa C-46/08, *Carmen Media Group e a.*, in www.curia.europa.eu.

⁵⁴ Tutti tranne lo Schleswig-Holstein.

⁵⁵ *Erste Glücksspieländerungsstaatsvertrag: GlüÄndStV*.

⁵⁶ L'obbligo di ottenere un'autorizzazione risulta valido esclusivamente per gli organizzatori di scommesse non statali. Per i 16 organizzatori pubblici già esistenti e per i loro intermediari, tale obbligo si applica a partire da un anno dal rilascio della prima concessione.

⁵⁷ *Cgce*, 4 febbraio 2016, in causa C-336/14, *Sebat-Ince*, in www.curia.europa.eu. Per un commento si rinvia a P. GARRAFFA, *Ignorantia praesumitur ubi scientia non probatur: la Corte di giustizia ed il caso Sebat-Ince*, in www.federalismi.it, n. 21/2016.



Più nel dettaglio, il vigente Regolamento sul gioco entrava in vigore il 13 dicembre 2014. Le principali restrizioni introdotte concernono: 1) il numero massimo di macchine di cui è consentita l'installazione; 2) il divieto di servire alcolici nelle sale; 3) il divieto di gioco alle *slot* per i minorenni; 4) limiti minimi e massimi alle puntate oltre che alla durata del gioco⁵⁸.

Emergono, quindi, fra i tratti distintivi della regolamentazione tedesca del gioco d'azzardo la presenza sia di una perdurante forma di monopolio e controllo pubblico sia di una disciplina fortemente restrittiva volta a proteggere gli utenti dai rischi della ludopatia.

5. Nell'ordinamento spagnolo l'attività di esercizio del gioco d'azzardo è sottratta alla libera iniziativa privata, in virtù del suo assoggettamento al controllo ed alla regolazione pubblica. Il riparto di competenze legislative tra Stato ed enti locali decentrati differenzia il modello italiano dal modello spagnolo⁵⁹.

In Italia, l'ambito del gioco d'azzardo (lecito ed illecito), non rappresentando una materia a sé, rientra nella più ampia materia dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica assegnata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato secondo gli artt. 117, co. II, lettera h) e 117, co. II, lettera l) Cost.⁶⁰. Ne discende, come corollario, che essendo lo Stato il soggetto costituzionalmente legittimato a legiferare, si avrà un'unica ed uniforme disciplina su tutto il territorio nazionale. Ciononostante, è previsto un ambito di intervento per le Regioni con riferimento alla materia (concorrente) della tutela della salute (dei giocatori); in proposito, infatti, tali enti territoriali sono investiti della potestà di disciplinare taluni profili in ordine alle modalità di esercizio del gioco d'azzardo (in conformità alla normativa statale), al precipuo fine di contrastare il fenomeno della ludopatia.

Diversamente, l'ordinamento spagnolo, in materia di giochi, valorizza maggiormente le competenze legislative degli enti territoriali e, segnatamente, delle *Comunidades Autónomas*. La Costituzione, del resto, pur nell'osservanza del principio dell'unità dello Stato, esalta il principio autonomistico nell'ambito di un assetto ordinamentale fondato sul paradigma del pluralismo istituzionale. Ne discende un quadro normativo variegato e frammentato, in cui il riparto di competenze tra Stato centrale e *Comunidades Autónomas* presenta confini incerti, non sempre ben definiti. In special modo, l'art. 149 della Costituzione spagnola assegna allo Stato la competenza in ordine ai profili di garanzia della sicurezza, dell'ordine pubblico e della tutela dei minori. In tale cornice si inquadrano le competenze delle singole *Comunidades* che vengono esercitate secondo i rispettivi Statuti. Tale legislazione decentrata introduce

⁵⁸ Senato della Repubblica, Relazione, *La disciplina del gioco d'azzardo: Francia, Germania, Regno Unito e Spagna*, gennaio, 2017: "si stabilisce: che nell'intervallo di tempo di un "gioco", sia consentito – in 5 secondi – l'utilizzo massimo di 20 centesimi di euro e di 2 euro di vincita; che la perdita massima oraria sia 80 euro (60 per le slot machine di nuova autorizzazione); che la vincita massima oraria sia di 500 euro (400 per le slot di nuova autorizzazione), jackpot esclusi; che la perdita media oraria sia limitata ad un massimo di 33 euro (20 per le slot machine di nuova autorizzazione); i limiti massimi per l'uso, il guadagno e la perdita per unità di tempo sono assicurate da un dispositivo di controllo e i parametri utilizzati per il controllo sono determinati dall'Istituto federale di metrologia; gli apparecchi devono essere revisionati ogni 2 anni da un esperto giurato nominato pubblicamente; le distanze minime tra sale da gioco (da 250 a 500 metri)".

⁵⁹ G. FIDONE, A. LINGUITI (a cura di), *La disciplina dei giochi in Italia tra monopolio pubblico e mercato*, Milano, 2013, p. 283 ss.

⁶⁰ Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 72, in www.cortecostituzionale.it.



una disciplina di dettaglio del gioco d'azzardo, prevedendo, altresì, sanzioni per le attività illegali.

Per scongiurare fenomeni di eccessiva frammentazione normativa, è istituito il *Consejo de Políticas del Juego*, un organo collegiale, formato dai rappresentanti delle *Comunidades Autónomas*. Il *Consejo* provvede sia alla elaborazione di principi generali uniformi sia alla predisposizione di misure di protezione in favore dei soggetti più vulnerabili al gioco d'azzardo; inoltre, svolge compiti di coordinamento e di raccordo tra lo Stato e le *Comunidades* per il rilascio delle licenze. In proposito, la *ley 13/2011*, introducendo una disciplina organica della materia, ha distinto, da un lato, le lotterie statali la cui gestione è riservata alla *Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado* e, dall'altro, i giochi *on line* affidati pure ad altri operatori.

Per l'offerta di tali giochi al pubblico occorre che il concessionario vanti un apposito titolo rilasciato dallo Stato spagnolo. D'altronde, la legge non prevede l'automatico riconoscimento di titoli abilitativi emessi da Stati esteri⁶¹. I principi generali dettati dal *Consejo* sono finalizzati alla regolamentazione delle diverse attività e modalità di gioco nella prospettiva della protezione tanto dell'ordine pubblico (contrasto alle forme di illegalità) quanto dei giocatori (tutela della salute e del patrimonio).

La normativa spagnola fa espresso divieto di partecipazione ai giochi d'azzardo ai minori, alle persone dichiarate legalmente incapaci e a tutti coloro che volontariamente abbiano richiesto un provvedimento giudiziale di inibizione della partecipazione⁶². La protezione dei giocatori è, altresì, assicurata, in via preventiva, mediante periodiche campagne pubblicitarie, volte a responsabilizzare gli interessati sui rischi e gli effetti del gioco d'azzardo patologico.

In ordine a tali attività l'ordinamento realizza un modello simile al modello concessorio italiano; infatti, i soggetti privati possono organizzare ed erogare i servizi di gioco previa licenza rilasciata dalla *Comisión Nacional del Juego* che dovrà tenere conto, nell'esaminare l'istanza, della normativa di settore della Comunità autonoma nel cui territorio verrà esercitata l'attività.

Per quanto riguarda, specificamente, la disciplina dei macchinari impiegati nelle sale da gioco e nei casinò, è contemplato per essi un apposito obbligo di omologazione; i criteri tecnici per l'omologazione sono individuati dal Ministero dell'economia e dal *Consejo de Políticas del Juego* e vengono definitivamente approvati dalla *Comisión Nacional*⁶³.

In merito, invece, alla regolamentazione di altri aspetti, quali la distanza minima tra case da gioco e il numero di macchine installabili in ciascuna sala, la relativa disciplina è rimessa alla legislazione delle singole *Comunidades*⁶⁴.

⁶¹ Per un confronto tra il sistema spagnolo ed il sistema italiano si rinvia al contributo di G. FIDONE, A. LINGUITI (a cura di), *La disciplina dei giochi in Italia tra monopolio pubblico e mercato*, Milano, 2013, p. 279 ss.

⁶² Per assicurare l'effettività del divieto è conferito alla *Comisión Nacional del Juego* il compito di redigere un apposito registro delle persone interdette dal gioco d'azzardo.

⁶³ In generale, i macchinari impiegati devono consentire l'identificazione dei partecipanti al fine di permettere agli operatori incaricati di verificare che il giocatore non rientri tra i soggetti esclusi dal gioco.

⁶⁴ A tal proposito, è utile segnalare il decreto 55/2015, adottato dalla *Comunidad Valenciana* in cui si stabilisce che le sale da gioco devono avere una superficie minima di 130 m², se ubicate in un territorio comunale con più di 120.000 abitanti. Al contempo viene fissata una distanza minima tra ciascuna sala da gioco prevedendo che non possa essere autorizzata l'apertura di nuove sale nel raggio di 800 metri da case da gioco già esistenti.



Dunque, la regolamentazione del gioco d'azzardo in Spagna è affidata sia allo Stato centrale per alcuni aspetti di ordine generale sia alle *Comunidades Autónomas* soprattutto in relazione ai profili di maggior dettaglio. Tra esigenze di unità ed esigenze di differenziazione l'ordinamento spagnolo ha avviato un percorso di progressiva apertura al mercato senza, tuttavia, trascurare i prioritari obiettivi di tutela dell'ordine pubblico e della salute dei giocatori.

6. Nell'ordinamento francese gli artt. L322-1 e L-322-2 del *Code de la sécurité intérieure* del 2012 prescrivono il divieto generale di tutte le forme di gioco fondate sulla scommessa e l'azzardo, salvo deroghe espressamente previste.

L'esercizio del gioco d'azzardo è consentito esclusivamente ad operatori privati autorizzati dallo Stato secondo disposizioni di legge e, segnatamente, alle società statali *Française des Jeux* per le scommesse e le lotterie e *Pari Mutuel Urbain* per le scommesse ippiche; tali società risultano, quindi, affidatarie della gestione delle lotterie tradizionali e *online* (ivi incluse le lotterie ad estrazione ed il gratta e vinci), nonché delle sale per le scommesse sportive e ippiche.

In Francia, quindi, il gioco si basa su una disciplina amministrativa prevalentemente di tipo autorizzatorio che assume caratteri più generali con particolare riferimento ai casinò; infatti, l'apertura delle case da gioco è consentita nelle stazioni balneari e termali e nei Comuni con più di 500.000 abitanti che perseguano determinate finalità culturali. Inoltre, tali autorizzazioni consentono, nei medesimi luoghi, attività di ristorazione e di spettacolo, rientranti anch'esse fra le attività di servizio pubblico⁶⁵.

In relazione alla gestione dei casinò (tradizionali), un particolare regime attribuisce ai Comuni il potere di concludere *délégations de service public* con società private ai fini della organizzazione e dello svolgimento delle attività delle case da gioco; si tratta, in altri termini, di contratti di concessione di servizi pubblici, regolati dal *Code général des collectivités territoriales* e, segnatamente, dagli articoli L. 1411-1 à L. 1411-18.

Le tradizionali forme di monopolio e controllo pubblico vengono in parte ridimensionate dalla l. 2010-476⁶⁶ che apre il mercato del gioco *on line* (in particolare scommesse ippiche e *poker* via internet) agli operatori privati. Tuttavia, l'art. 1 ribadisce che il gioco non costituisce attività commerciale o servizio di carattere ordinario e che, per tale motivo, deve essere sottoposto ad una specifica regolamentazione finalizzata a preservare l'ordine, la sicurezza e la salute pubblica nonché l'integrità psico-fisica dei minorenni attraverso appositi divieti⁶⁷.

Per quanto riguarda, nello specifico, l'installazione delle macchine da gioco, la *loi* 87-306 ha introdotto la possibilità di installarle all'interno dei tradizionali casinò autorizzati; ta-

Il numero delle macchine da gioco installate, infine, è stabilito in proporzione al numero degli abitanti del Comune interessato.

⁶⁵ A. BATTAGLIA, B.G. MATTARELLA (a cura di), *Le regole dei giochi: la disciplina pubblicistica dei giochi e delle scommesse in Italia*, Napoli, 2014, p. 497.

⁶⁶ Si tratta della legge del 12 maggio 2010 *relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

⁶⁷ L'art. 5 conferma il divieto generale di gioco per i minorenni. Tale divieto è stato introdotto dall'art. 14 del decreto 59-1489 del 22 dicembre 1959, poi confluito nell'art. R 321-27 del Codice di pubblica sicurezza.



le disciplina è oggi inserita nel Codice delle leggi sulla sicurezza che si occupa di macchine da gioco agli artt. L.321-5, L.322-6 e L.324-2⁶⁸.

Riguardo al divieto di gioco per le fasce più deboli, si ricorda che in Francia vige la possibilità di richiedere l'interdizione volontaria dalle sale e dai casinò nonché dalla fruizione di un conto virtuale di gioco⁶⁹. Il provvedimento di interdizione volontaria, di competenza del Ministro dell'Interno, ha durata triennale ed è tacitamente rinnovato.

La l. 2010-476 di apertura del mercato dei giochi *on line* ha, infine, istituito l'*Autorité de régulation des jeux en ligne* (ARJEL), un'Autorità amministrativa indipendente deputata allo svolgimento dei seguenti compiti: 1) emanazione di provvedimenti autorizzatori nei confronti degli operatori del settore; 2) attività di protezione dei soggetti più a rischio mediante iniziative di prevenzione delle dipendenze da gioco⁷⁰; 3) azioni di controllo sulla sicurezza ed attendibilità dei siti degli operatori autorizzati; 4) azioni di contrasto alle frodi e alle attività di riciclaggio⁷¹.

Con riferimento a tale ultimo profilo, il *Code monétaire et financier* prescrive norme specifiche per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo da parte sia degli operatori autorizzati nei settori soggetti a monopolio (art. 561-2, n. 9), sia dei privati autorizzati dall'ARJEL. In tal senso, tutti i gestori sono tenuti ad un rigoroso obbligo di vigilanza sulle transazioni, alla verifica dell'identità dei clienti e dei beneficiari (art. L.561-5), e, da ultimo, al controllo sui movimenti finanziari sospetti (L.561-10-2)⁷².

L'art. L.561-13 prescrive ulteriori vincoli agli operatori dei giochi, soprattutto ai soggetti autorizzati nei settori monopolistici (art. 561-2, n. 9); in particolare, stabilisce per i casinò l'obbligo di verificare l'identità del giocatore e di registrarne le generalità qualora le operazioni di gioco superino determinate soglie. Tali dati sono conservati in un apposito registro per almeno cinque anni e risultano utilizzabili esclusivamente per i fini consentiti dalla normativa che ne disciplina il trattamento⁷³.

Con decisione 2011-025 l'ARJEL ha, inoltre, elaborato talune linee guida cui gli operatori *on line* sono tenuti ad uniformarsi per assicurare il rispetto degli obblighi legali in tema di antiriciclaggio ed antifrode. A tal proposito, giova ricordare che, in Francia, le Autorità di regolazione del gioco, nell'espletamento delle loro funzioni, collaborano con l'organismo

⁶⁸ Senato della Repubblica, Relazione, *La disciplina del gioco d'azzardo: Francia, Germania, Regno Unito e Spagna*, gennaio, 2017.

⁶⁹ Si veda, in proposito, l'art. R.321-28 del Codice delle leggi di sicurezza e l'art. 26 della l. 2010-476 che giunge agli operatori privati il rispetto delle norme in materia di prevenzione e di interdizione dal gioco nei confronti di giocatori compulsivi.

⁷⁰ Ciò attraverso campagne pubblicitarie che promuovano forme di gioco responsabile mediante azioni informative nei confronti dei consumatori.

⁷¹ Per maggiori approfondimenti si consulti il sito www.arjel.fr.

⁷² Nello specifico, gli operatori sono tenuti ad effettuare uno *screening* delle operazioni particolarmente complesse o di somme inaspettatamente elevate. In tali casi, l'operatore dovrà domandare chiarimenti al cliente su origine e destinazione del denaro, natura dell'operazione e identità del beneficiario.

⁷³ Sugli operatori del settore dei giochi ricade, inoltre, l'obbligo di approntare misure di controllo interno (L.561-32) e di formare adeguatamente il personale a ciò dedicato (L.561-34 CMF).



del Ministero dell'economia e delle finanze che si occupa della lotta all'utilizzo del denaro di provenienza illecita⁷⁴.

Nell'ottobre 2016 è stato licenziato un rapporto dal titolo “*La régulation des jeux d'argent et de hasard*”⁷⁵ in cui si affrontano alcuni profili critici della regolamentazione dei giochi. In particolare, nelle conclusioni generali si evidenzia l'eccessiva frammentazione della disciplina francese, in seguito all'apertura al mercato da parte della l. 2010-476, quale risposta alle censure europee. Il rapporto auspica un intervento legislativo di riforma che assicuri maggiore omogeneità alla disciplina, oltre all'istituzione di un'Autorità di regolazione unica per tutti i giochi, in grado di riunire le funzioni dell'ARJEL e degli altri organismi di controllo.

7. Nell'ambito della legislazione del Regno Unito, il fenomeno del gioco d'azzardo è regolamentato, in via generale, dal *Gambling Act* del 2005. Tale legge rappresenta la *Magna Charta* del sistema dei giochi e delle scommesse d'oltremarica che disciplina le differenti tipologie di giochi consentiti attraverso una regolazione condizionale valida *erga omnes*⁷⁶. Il sistema inglese, in quanto percorso da un'accentuata tendenza liberalizzatrice, rappresenta, in un'ottica comparata, un paradigma di ispirazione per l'ordinamento italiano nella prospettiva del superamento dello schema della riserva statale e della concessione⁷⁷.

Il *Gambling Act* istituisce, inoltre, la *Gambling Commission*⁷⁸, un'organizzazione indipendente che lavora in *partnership* con le Autorità di licenza, mediante l'elaborazione e la pubblicazione di linee guida e l'esercizio di poteri informativi ed ispettivi.

Il *Gambling Act* prevede 3 tipologie di case da gioco: a) il *regional casino*, b) il *large casino*, c) lo *small casino* tra loro distinte per criteri dimensionali, limitazioni numeriche, oltre che per servizi offerti. Più nel dettaglio, stabilisce come, ai fini della nozione di *gaming machine*, sia del tutto irrilevante se l'apparecchio funziona ad energia meccanica oppure ad energia elettrica; di conseguenza, le *slot machine* sono *gaming machine* come le altre, non costituendo una categoria a se stante.

⁷⁴ Si evidenzia, infine, che su proposta del *Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques* il Presidente dell'Assemblea nazionale francese ha richiesto nel 2015 alla Corte dei conti una valutazione complessiva sulla legislazione dei giochi.

⁷⁵ Il rapporto è consultabile sul sito www.economie.gouv.fr.

⁷⁶ In special modo, l'art. 235 definisce *gaming machine* un apparecchio realizzato o adattato in funzione del gioco d'azzardo. Giova precisare come la mera possibilità di usare un apparecchio anche in funzione del gioco d'azzardo sia ritenuta cosa diversa dall'adattamento al gioco d'azzardo. Ad esempio, non sono considerati *gaming machine* i normali *computer* o gli *smartphone*. Il *Gambling Act* puntualizza che non sono *gaming machine* gli apparecchi per i biglietti delle lotterie o per il bingo e affida alla *Gambling Commission* la pubblicazione dell'elenco delle macchine a premi rientranti tra le *gaming machine*.

⁷⁷ L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento*, in *Munus*, n. 2/2012, pp. 336 ss.; secondo l'Autore il meccanismo del rilascio delle concessioni, previa gara, suscita forti perplessità. Diversamente, “le condizioni e i vincoli per i gestori dovrebbero essere stabiliti in sede generale (in fonti regolamentari dell'autorità di settore) e non prevalentemente nei bandi e nei capitolati di gara. Aumenterebbe la trasparenza, l'imparzialità, la certezza e la prevedibilità del quadro normativo. Inoltre, decrescerebbe la negoziazione occulta tra autorità amministrativa e privati divenendo più estrinseca la formazione delle regole”.

⁷⁸ La *Gambling Commission* fu istituita nel 2005 per mezzo del *Gambling Act*, in sostituzione di un preesistente *Gaming Board for Great Britain*. La *Gambling Commission* è un ente con personalità giuridica i cui membri sono nominati dal Segretario di Stato.



La suddivisione in categorie, piuttosto, è legata all'entità delle puntate e delle vincite; in proposito, occorre distinguere gli apparecchi dotati di sistemi a compensazione dagli apparecchi con sistemi randomici. Nei primi la probabilità di vincere un premio varia sulla base dei risultati delle giocate precedenti. Nei secondi, ciascuna giocata ha le medesime probabilità di vincita, indipendentemente dall'andamento delle giocate precedenti.

Per ragioni informative, ogni *gaming machine* deve indicare visibilmente la tipologia cui appartiene, l'entità delle puntate ammissibili e delle vincite che restituisce (ovvero la percentuale delle vincite rispetto alle somme che la macchina incassa)⁷⁹; ciò per consentire al giocatore scelte di gioco consapevoli e responsabili.

La disciplina inglese, pur ammettendo l'esercizio del gioco d'azzardo, prevede azioni di promozione e vigilanza tese a garantire comportamenti responsabili da parte dei consumatori. Le iniziative avviate in tal senso mirano, da un lato, a prevenire o limitare fenomeni di gioco compulsivo e, dall'altro, a scongiurare infiltrazioni della criminalità organizzata. In tale ottica, è contemplato il divieto per i giocatori circa l'utilizzo di carte di credito o di debito come mezzi di pagamento, al precipuo fine di limitare forme di indebitamento compulsivo.

Per quanto riguarda la verifica delle somme destinate al gioco, la tracciabilità dei flussi di denaro è prevista, a livello nazionale, dal *Proceeds of Crime Act* del 2002 e dalle *Money Laundering Regulations* del 2007⁸⁰. In ogni caso, tutti gli operatori del gioco d'azzardo, e specialmente i gestori di casinò, sono investiti della responsabilità di evitare infiltrazioni del crimine organizzato. D'altronde, i casinò, a differenza delle altre strutture per il gioco, sono soggetti a supervisione e controllo da parte della *Gambling Commission* nella prospettiva del contrasto al riciclaggio dei fondi illeciti.

La *Gambling Commission* ha elaborato, nel marzo 2015 uno *Statement of principles for licensing and regulation* dei casinò, oltre che talune linee guida dal titolo "*The prevention of money laundering and combating the financing of terrorism: Guidance for remote and non-remote casinos*"⁸¹. In particolare, l'adesione alle linee guida da parte dei privati è condizione necessaria per ottenere la licenza di operare nel settore; la loro inosservanza può essere, altresì, motivo di sanzione pecuniaria e persino di revoca della licenza⁸².

Da un raffronto tra il sistema italiano ed il sistema inglese in tema di gioco d'azzardo emerge un dato comune: in entrambi gli ordinamenti la regolamentazione pubblicistica del fenomeno è considerata un fattore necessario, e a cui non può esservi alternativa, attesa la rilevanza degli interessi in gioco⁸³. Infatti, anche nel Regno Unito, che è stato fra i primi ordinamenti a disciplinare il gioco d'azzardo, il *gambling* è un'attività esercitabile previa licenza, concessa da un'Autorità *ad hoc*, che prescrive rigorosi requisiti soggettivi in capo agli opera-

⁷⁹ Una percentuale che è calcolata sulla base di un elevato numero di giocate precedenti. Poiché non sono prescritti minimi di legge per tale percentuale, risulta essenziale che la medesima sia prestabilita, comunicata ai giocatori e fatta rispettare.

⁸⁰ In proposito, la regolamentazione britannica distingue i casinò dalle altre forme di gioco d'azzardo.

⁸¹ Tali linee guida vengono aggiornate dalla Commissione stessa nel corso del tempo; fino ad oggi, l'edizione più recente è datata luglio 2016.

⁸² Non di meno, si parte dall'assunto che qualche inadempienza possa verificarsi, sicché le sanzioni non sono automatiche, bensì vengono applicate se l'operatore persevera nelle violazioni delle regole.

⁸³ In proposito, L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento*, in *Munus*, n. 2/2012, p. 333.



tori, conformando, altresì, in modo peculiare le modalità di svolgimento del servizio⁸⁴. Tuttavia, il sistema inglese, rispetto all'ordinamento italiano, presenta una maggior apertura del settore all'iniziativa privata, in conformità alle libertà e ai principi dell'ordinamento europeo.

8. All'esito della comparazione dei sistemi giuridici attenzionati è possibile svolgere talune brevi considerazioni riepilogative.

Le discipline dei vari ordinamenti risentono, inevitabilmente, del conflitto tra gioco d'azzardo quale fonte monetaria e gioco d'azzardo quale piaga sociale e, a tal proposito, introducono regolamentazioni volte a bilanciare gli antagonisti interessi in rilievo (finanziario e di ordine pubblico, da un lato, all'integrità patrimoniale e alla salute dei giocatori, dall'altro).

In virtù dell'assenza di una disciplina europea unificatrice, ciascuno Stato stabilisce autonomamente condizioni e limiti di esercizio del gioco d'azzardo, sia pure nel perimetro tracciato dai principi e dalle regole di matrice sovranazionale.

La necessità di un regime pubblicistico del gioco d'azzardo rappresenta, in ogni caso, una costante ineludibile per tutti i Paesi sia per i peculiari caratteri della relativa attività sia per l'importanza degli interessi coinvolti.

Le discipline legislative dei sistemi di Germania, Spagna, Francia, Regno Unito e Italia, sia pure con intensità differenti, tendono, da un lato, all'apertura del mercato nei confronti degli operatori privati e, dall'altro, alla tutela dei consumatori dai pericoli del gioco patologico.

In special modo, il sistema inglese sembra il più orientato a superare il tradizionale modello della riserva statale e della concessione attraverso una regolazione condizionale *erga omnes* tesa a favorire l'ingresso dei privati nel settore; all'opposto, il sistema tedesco prevede un regime giuridico monopolistico tra i più refrattari alla concorrenza e alla libertà di iniziativa economica privata.

Con riferimento alla struttura e ai caratteri del modello concessorio, le maggiori similitudini si rilevano tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento spagnolo.

Si segnalano, infine, differenze nel riparto di competenze legislative tra i sistemi giuridici investigati. In special modo, Spagna e Germania, nella suddivisione delle funzioni tra Stato centrale ed enti territoriali, valorizzano la competenza, rispettivamente, delle *Comunidades Autónomas* e dei *Länder*, da cui discende una disciplina frammentata del gioco d'azzardo. Diversamente, nell'ordinamento italiano è rilevabile una maggiore omogeneità normativa, attese le competenze esclusive dello Stato in materia di ordine pubblico, sicurezza ed ordinamento penale; d'altronde, alle Regioni è consentito legiferare con esclusivo riferimento ai profili di tutela della salute.

⁸⁴ *Gambling Commission, Guidance to Licensing Authorities*, 3rd ed., May, 2009.



STUDI E RICERCHE

THE AUTONOMY OF THE TESTATOR AND CONTEST OF THE WILL. THE DISINHERITING OF THE HEIR.*

CARLO D'ORTA**

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The planning of the right of succession of the testator through the categories of *mortis causa* act and *inter vivos* act. – 3. Private autonomy in the Italian Inheritance Law. – 4. The discipline introduced by the Italian Law n. 219/2012 (art. 1, co. 9). – 5. The French view. – 6. The content of the testament and the private autonomy of the testator: the problem of the dissolution clause of the heir.

1. For a long time the Inheritance law, although progressed and modified, was considered a separate system: the different perspectives paid little attention to the results achieved in this field of civil law, ignoring an axiological interpretation of the hereditary discipline social function that conforms to the founding values of the system of regulations. A wrong view of this sector of law that also involved the aims of the will. So that, in the preliminary phase of the paper, the reader should not be amazed by the idea that brings the succession *mortis causa* closer to the economic phenomenon and, therefore, that the success of a subject is a reflection of the patrimonial events described in the entire second Book of the Civil Code. Then, the legislative reconstruction of the subject is dominated by the main figure of the heir and by the necessity of commensurate with the portion due to it; moreover, the same code reconstruction seems to be oriented towards to the discipline of the events that require the heir to settle the debts of the deceased and hereditary weights, a reconstruction that finds reason to exist in the resolution of a plurality of issues concerning the protection of legitimaries and the matter of the division of inheritance. These situations are described duly in § n. 61 of the *Relazione ministeriale a S. M. il Re Imperatore* and which are further confirmed in the art. 588 c.c. In particular, this article defines the heir as a function of the attribution of the universality of the assets or of a share of them, in addition to the discipline on the inheritance inherent¹.

* This paper was inspired by the reflections proposed by the professor Vincenzo Barba and the professor Giovanni Perlingieri at the last Conference organized by the *Associazione Dottorati di Diritto Privato* (A.D.P.) at the University of Molise, entitled *Autonomia negoziale e successione mortis causa*. The statements of the speakers was fundamental for the understanding of the issue of private autonomy in the Inheritance law of. This is a particularly complex subject, because it is much debated by Italian doctrine in the various historical periods. In point of fact, the historical dimension of this discipline represents the starting point for the reflections proposed by this paper.

** Carlo d'Orta, Assistant Professor at Link Campus University of Rome.



However, according to some wise authors of Italian doctrine such a legal interpretation of the legislator's wishes seems to waver. In fact, if one intends to analyze the text of the Report on the work of the Parliamentary Committee, there may be some reluctance, even a feeling of dissent, on the part of a Commissioner who, in some passages, states that "there is a testament in order and to ideal goods and material goods, in order, that is, to the transcendental property of all the productions of the pure self, of pure testament". The position assumed by the doctrine makes certainties held so far considered dominant and has highlighted the considerable difficulties that the jurist finds in approaching the content of the testament. It creates a groove with respect to the certainties of the past that seems to be acceptable given that the succession due to death and the testamentary card must not be exhausted exclusively in the regulation of certain legal situations of the testator. The effect of this programming would relegate to a marginal state the regulation of existential juridical situations concerning the testator and his heirs, which, according to some authors, operating in this way would be ousted from succession and subtracted from the competence of the testament.

Then, this paper will attempt to analyze the theme reconstructed in the premise in an attempt to study according to a new approach the relationship between the regulation of existential situations, now an integral part of the will, and the concept of private autonomy recognized by the legislator to the testator, also called in technical way as testamentary autonomy. In fact, it is believed it is appropriate to make known the voice of the doctrine to better understand the bonds that generate this relationship, as well as the position of the legislator regarding the existential vicissitudes of the testator. Surely, Italian scholars of the testamentary has maintained that the pre-eminence of the patrimonial events of the decedent is not only incapable of grasping the modern sense of the testament, but it is also unsuitable for responding to the needs that are felt by the person today². For these reasons, to overcome the barriers that hamper the autonomy of the testator, it seems appropriate to start a process of reviewing the concept of succession and the road to be drawn can not be

¹ E. BETTI, *Appunti di diritto civile*, 1928-1929, VII, Milano, 1929, pp. 369-383; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 337 ss. e in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 448 s.; P. STANZIONE, *Persona fisica (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XXIII, 1 ss., ID., *Delle persone fisiche, sub art 1 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2009, p. 467 ss.; F. CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, p. 378; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003; G. RECINTO, *I patiti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004, spec. p. 236 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 183 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 198 ss.; S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 686; A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II. *Tecnica*, Torino, 2015, pg. 377. Lastly, G. PERLINGIERI, *Prefazione*, in G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici* (1990), rist., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018; V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, p. 1 ss.

² P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 1 ss.; ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 25.



separated from two factors: the phenomenon of de-capitalization of civil law³ and the progressive importance that existential juridical situations have conquered in the Italian legal system. Their imposition in the Italian Legal System is due to the development of the social context in which we currently live and the progressive evolution of technical, technological and biomedical innovations concerning people. The arguments just mentioned are reflected in the text of the articles 2 and 3 of the Italian Constitution (or in the provisions that require the recognition of the inviolable rights of the person, the principles of solidarity and personalism); art. 2 of the TUE (a standard that specifies that the European Union is founded on the “values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights”); in the text of the Charter of Nice, which is recognized by art. 6 of the TUE the same legal value as the treaties; still, in the art. 4 of the Constitution, which imposes on all citizens the duty to contribute to the material and spiritual progress of society; moreover, the art. 41 of the Italian Constitution, according to which the freedom of individual economic initiative must not be disregarded, nor can it be carried out in contrast with social usefulness, or in a way of damaging security, freedom and human dignity; finally, in the articles 3 and 36 of the Italian Constitution.

It is possible to identify an inversion of legislative tendency resulting from a simultaneous European cultural overturning that has also influenced the Italian Legal System and, in this case, the right of succession due to death. By now, the concept of “succeeding due to death is meant to describe the complex of events of juridical, existential and patrimonial relations⁴, and through the complement of the cause (death) to clarify that these events of juridical relationships are accomplished and realized as a function of death. of a subject. The events involved in the hereditary system concern not only the legal patrimonial relations, but also and, above all, the existential ones: decisions on their burial, on cremation, on funerals, on moral copyright law, on the fate of cards, portraits, images, photographs and family memories, on your account of access to the social network, on the account of access to the cloud, on the administration of the assets of the children, on guardians or administrators of support for their children, on their name, on their image, on biological samples⁵, that is decisions on the rights of the personality⁶, not only are they of primary importance, but also constitute contents of dispositions of last will, of which the practice is full. Therefore, the premises set up so far impose some reflections on the themes of the content of the will, now subject to continuous evolution with respect to the past, and the

³ C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; A. DE CUPIS, *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482 ss.; M. D'ORTA, *Saggio sulla «Heredis institutio»*. *Problemi di origine*, Torino, 2006; P. PERLINGIERI, *«Depatrimonializzazione» e diritto civile*, cit., p. 1 ss.

⁴ V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, p. 172 ss.; G. PERLINGIERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1/2017, p. 21 ss.; and in *Libera amicorum per Bruno Troisi*, a cura di G. Perlingieri - C. Cicero, Napoli, ESI, 2017; as well as, G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 511. In the opposite direction, E. BILOTTI, *Interesse della famiglia e interesse dell'impresa nella successione ereditaria*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 351 ss.

⁵ In this sense, the reflections of V. BARBA, *Campioni biologici e atti di ultima volontà*, in *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, a cura di D. FARACE, Roma, 2016, p. 225 ss.

⁶ Cfr., Cass., 27 maggio 1958, n. 1033.



testamentary autonomy recognized to the *de cuius* in the Italian Legal System, also through concrete hypotheses, for example the emblematic theme of disinheritance of legitimaries.

2. The last thirty years of the history of inheritance law shows that the succession of the person is no longer, exclusively, entrusted to an act of last will but also to the act of negotiation between the living and, in particular, to the contract. In fact, we have come to believe that this instrument is not only able to guarantee the stability and certainty of legal relations, but also capable, by virtue of the principle of contractual autonomy, to offer the parties the freedom to determine their content, even in limits imposed by the canon of protection merit required by law, introducing new schemes capable of satisfying the needs of the parties. As a result, it seems plausible to widen the meshes of the treatment and to consider not only the will and the acts of last will, but also the live acts to regulate the succession of the person. Naturally, the latter have created problems of systematic framing since their validity seems to be called into question by the regulation of the prohibition of succession agreements⁷, which indistinctly speaks of the invalidity of the deed between the living which has successor profiles. An inadequate reading and unable to offer coherent answers to the needs that are at its origin⁸.

Therefore, in order to guarantee an evolution to private law, and to admit what has been supported so far, it is necessary that the study of acts of succession as a function of acceptance includes both acts of last will and acts between living persons. Regarding these two legal categories, it seems right to recall the scientific study of Professor Giorgio Giampiccolo, one of the principal interpreters of the Italian doctrine, who has traced the course for the study of succession material acutely countering the category of the act of last will, and not the mere *mortis causa* act, at the *inter vivos* act⁹.

The recognition of this distinction is understood in the arrangement between the acts of last will of unilateral and unipersonal legal acts intended to produce effects only after the

⁷ P. RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa nella materia dei contratti)*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 17 s.

⁸ U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Riv. fil.*, 1987, p. 3 ss., spec. pp. 10, 14. The Author in this scientific paper argues that important arguments that overcoming the crisis of codes and the law can be overcome by putting the principals in the forefront of legal experience.

⁹ See, V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disporre della delazione*, Napoli, 2015, p. 20 s. The Author supports that the category of legal institutions due to death does not only cover acts of last will, but also legal acts between living persons. In fact, it might be sufficient to think about the institutional succession contract. Rather, it must be observed that while the act of last will is always an act due to death, the *inter vivos* act can, invariably, be it or not, with the clarification that when it is due to death, it no longer has sense to repeat that it is also *inter vivos*, rather to clarify that it is not of last will. It could be argued, perhaps, about the extension of the meaning that, today, we want to give to the expression “because of death”. According to the thesis of professor Giampiccolo, accepted by all the doctrine, and also incorporated in jurisprudence (Cass., n. ° 1547/1966, in *Foro it.*, 1966, I, c.1513 ss.) Is the acts that regulates relationships or legal situations which, on the death of the settlor, come to be constituted in the original way, or to draw an autonomous qualification from them. On this point, however, one could also hypothesize that the category of the deed due to death has a wider extension, so as to include also the act that regulates relationships or legal situations that are constituted in the original way, or derive their autonomous qualification not only to the death of the settlor, but also to that of a third party. With the consequence that all the successor pacts and, therefore, also those devices and renunciation, we should consider acts among living, with *mortis causa* function.



death of their author¹⁰, without, before that time, producing any effect, even in the case to which they are known, or addressed to the same recipients. Again, acts that can always be freely revocable¹¹ and must be interpreted having exclusive regard to the volitional determination of their author and with respect to which they remain on the background of irrelevance volitions and determinations foreign to the author of the act¹². For them, lacking an organic discipline on interpretation, it was necessary to proceed to its difficult and not yet definitively accomplished reconstruction¹³, moving from the rules on the interpretation of the contract¹⁴. On the other way the *inter vivos* acts are contrasted: that category of unilateral or bilateral legal acts, which, by virtue of their immediate suitability to produce a juridical effect, become capable of generating a legally relevant entrustment to the recipient of the act or effect. This effect is found above all in the contract, the institution through which the parties are located on the same floor and in an opposing position. These are legal instruments whose effectiveness must take into account the will of the other party or the intention of the recipient of the act or relationship.

Returning again to the reconstruction that the present paper intends to offer, in both circumstances, these are acts of last will and acts among living that are, therefore, united by reason of their succession function¹⁵, of their aptitude to create a story of legal relationship, be it existential or patrimonial, which detects as a function of the subject's death; that in the death of the subject he finds, not merely a mere occasion for the production of the effect, but an objective-functional foundation, so as to prevent the possibility of configuring the story of the juridical relationship outside or beyond the death of the subject.

As just stated, given that the deeds of disposition capable of carrying out a hereditary planning are both acts of last will and acts among living, we intend to consider the first category more in an attempt to verify which contents can be accepted in the will and if can give an autonomous space to the act of last will, different from the will. On the other hand, deny this reconstruction if in the Italian Legal System the will is the only act of last will that exhausts the category of acts of last will itself.

3. With the term autonomy private negotiation refers to the power of individuals to self-regulate their interests, through the choice of a typical or atypical negotiation scheme, through the determination of the content of this scheme and through the choice of the

¹⁰ M.V. DE GIORGI, *Patti successori, compatibilità della legge straniera con l'ordine pubblico e tutela dei legittimari*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 418.

¹¹ G. D'AMICO, *Revocazione delle disposizioni testamentarie e disciplina applicabile*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 69 ss.

¹² G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 114, «l'atto di ultima volontà è la più solitaria fra tutte le manifestazioni non recettizie; quella che meno comporta un qualsiasi movimento verso l'esterno: perché, se è vero che il diritto è *relatio ad homines* e che ogni atto presuppone la destinazione ad alterum, l'atto di ultima volontà, in quanto destinato essenzialmente ai posteri, non richiede altre attività del dichiarante, perché sia compiuto, se non il segnare in forma idonea, a memoria di quelli che verranno, la propria volontà»

¹³ See, P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 1 ss.

¹⁴ A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, 2015, p. 4 ss.

¹⁵ See, S. PAGLIANTINI, *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, p. 117 s.



counterpart (in hypothesis of bilateral act). This is a power destined to an eternal tension with the legislative will, which tends to control the modes of extrinsecation of the same, in order to ensure the constant pursuit of the interests of the community; from this emerges a legislative work of containment that assumes greater or less intensity according to the historical period that is taken into consideration and the relative forms of sovereignty.

In particular, the negotiating autonomy presented a rather reduced operating spectrum in Roman times, when, in a rudimentary economy and integrally focused on real rights, the state tended to limit the privatistic creation of limits that could jeopardize the free circulation of these rights. The trend thus inaugurated faded in feudal times, and then acquired renewed vigor in the period of absolute monarchies and under the rule of the Napoleon Code. A first moment of authentic exaltation of the negotiating autonomy is connected to the subsequent Industrial Revolution and to the affirmation of economic liberalism, which is followed by the diffusion of a subjective conception of the store, considered productive only and exclusively of the effects attributable to the will of the parties. However, the advent of the fascist regime and the entry into force of the civil code of 1942 overturn this perspective, given that the negotiating autonomy is caged through the screening of merit according to art. 1322, § 2, c.c. In such a context, the Legal System recognizes the productivity of legal effects only to the acts that realizes interests in line with those pursued by the State.

The entry into force of the constitutional text does not eliminate this screening of merit, which however takes on a different function. In detail, it is no longer conceived from an authoritarian point of view, as an expression of the state intervention on the economy, but in a solidarity and social perspective, so that only that store that pursues interests that conform to the fundamental values of our system must be considered productive effects.

Nevertheless, it should be emphasized that, over the last few years, the parties have been given renewed autonomy, autonomy that jurisprudence tends to free from the codicistic schemes in guaranteeing the fulfillment of emerging needs in the modern market economy, including supranational dimension. What emblematic attestation of this process can be referred to the 2006 ruling, with which the Italian Court of Cassation has consecrated the concrete conception of the negotiating cause, hitherto relegated to the reconstructions of the most felt doctrine. With this epochal intervention, the jurisprudence definitively undercut the investigation concerning the causal justification of the acts from the schemes prepared by the legislator, admitting the usability, by the parties, of any typical or atypical negotiation tool, but always in pursuit of objectives conform to the ordinance values.

Moreover, this extension of the self-regulatory powers of the parties finds expression in numerous further jurisprudential interventions, which have led to affirming the admissibility of act that were in friction with the traditional code-making schemes, such as the assessment acts, the regulatory contract, the trust internal, the autonomous guarantee contract. And it is precisely with reference to this last type of negotiation that the last stage of expansion of private autonomy has been reached. Indeed, with a ruling in the United Sections of 2010, relating, in fact, to the autonomous guarantee contract, the Italian Court of Cassation affirmed that negotiating autonomy finds its foundation in the Constitutional Charter, and, in particular, in Articles. 3 and 41, configuring itself as an ineliminable expres-



sion of the personality of the individual and of the freedom of private economic initiative. It follows that this autonomy, at present, is susceptible of legislative limitations only where the same pursue values of equal constitutional rank. However, within a framework outlined above, the negotiating autonomy reaches its maximum expansion in the contract sector, but suffers a considerable compression in sectors strongly permeated by superindividual interests, such as family law and real rights, to stop completely in the field of successions which, according to what is effectively affirmed, represent “*the Middle Ages of negotiating autonomy*”.

It is an affirmation that according to the arguments so far supported, it is now possible to overcome that, however, it returns for some situations that will be the object of the present discussion.

Nevertheless, as regards family law, it may be observed that the need to safeguard the legal position of the weaker spouse and children, without, at the same time, overly frustrate individual economic initiative, leads the legislator to outline a regime that is only partially derogable, which finds application in the physiological phase of marriage, and to regulate particularly penetrating judicial controls both in relation to the physiological phase and to the pathological phase of the same. However, this sector has also been invested by the process described above, and it is emblematic, in this sense, to admit the side acts of separation, peacefully acquired by the Supreme Court with arguments that part of the case law attempts to extend to the phase of the divorce. As for the real rights sector, it may be noted that the same is governed by the principles of “*numerus clausus*” and typicality, aimed at avoiding the creation of new atypical real rights which, by burdening the property, could compromise the free circulation, compressing the same freedom of private initiative referred to in art. 41 of the Constitution and the “*funzione sociale*” referred to in the following art. 42.

Nonetheless, even the aforementioned principles (and especially that of typicality), can now be said to be weakened, as attested by the affirmation of some originally atypical figures, such as the sale of cubature, the destination acts, the timeshare, gemmate from the adaptation of the typical figures created by the legislator to the needs of the current economic context.

So, as mentioned above, the sector in which the negotiating autonomy continues to meet the greatest resistance remains the right succession, within which the legislator regulates in a particularly precise manner the methods of

its explication, providing for a number of limitations. It is therefore necessary to analyze, for a correct understanding of the phenomenon, the superindividual reasons which invest the succession sector and which push the legislator to such a detailed discipline, correlating them to the appropriate limitation rules. However, it must first be pointed out that the legislator, with succession rules, guarantees the continuation of the personality of the *de cuius* after death, making sure that it is deliberately manifested in a solemn act such as the will, revocable and modifiable up to a moment before death itself, even with the assistance of a notary (articles 587 of the Civil Code). Therefore, the code excludes the possibility to



dispose of its substances for the time following death through other types of negotiation, which do not offer the same guarantees of weight and which, by virtue of the possible bilaterality, can be changed only with the consent of the other contractor.

At the same time, the legislator is concerned to prevent the legal relations of assets belonging to the “*de cuius*” from remaining without a holder, since this could lead to the proliferation of hoarding phenomena that are contrary to public order and public security. Therefore, it elaborates an accurate code discipline applicable in the case in which the deceased has left no will, which identifies in a timely manner the subjects who take over the juridical positions previously belonging to the same, outlining the “*Successione legittima*” (articles 565 and following of the Civil Code). It is not lacking, however, to point out that legitimate succession and testamentary succession, from the point of view of the most recent jurisprudence, can well coexist with each other, in the hypothesis in which the “*de cuius*” has disposed only part of its patrimony through the institute of the bequest.

As a further superindividual need worthy of mention, reference must be made to the ‘perpetuation of households’, which the legislator assures through the discipline of the so-called. “*Successione Necessaria*” (articles 536 and following of the Civil Code), that is, by recognizing imperatively certain persons linked to the “*de cuius*” by intense family ties (spouse, children and possibly ascendants) a predetermined portion of their assets.

Furthermore, reference can be made to the need to guarantee the satisfaction of creditors, which could be compromised by the confusion of the estate of the deceased with that of the heirs, so that many instruments of protection are attributed to them, such as, for example, the possibility of continuation of liquidation, by the art. 509 of the Civil Code, or to request the appointment of the trustee for the inheritance inherent, provided for by art. 528 c.c.

Finally, we can not fail to point out the need to avoid phenomena of capturing the will that are conflicting with current morals, as well as the proliferation of devices concerning future assets, put in place by inexperienced and poorly prudent subjects, a need protected by the prohibition of succession agreements pursuant to art. 458 c.c. However, this requirement must now come to terms with the simultaneous need to allow the continuation of entrepreneurial activities, functional to the overall development of the economic system, ensured by the legislator with the discipline of the “*patto di famiglia*” (articles 768-*bis* of the Civil Code), introduced with the Law n. 55/2006, and considered by many to be a real exception to the prohibition of successors agreements.

However, it should be noted that the negotiating autonomy of the *de cuius* and of the other subjects involved in the phenomenon under examination, although strongly compressed in the phase prior to the opening of the succession, re-expires in the phase following the opening itself, finding expression in the discipline of the division of inheritance, referred to in Articles 713 c.c.

Generally speaking, it can not fail to point out that, in recent times, the right of succession has also been invested by the *vis expansiva* of the negotiating autonomy, which has given greater importance to the called. “*atypical discipline of the testament*”¹⁶. In particular, we wondered about the operational scope of art. 587 c.c. (§ 2), which allows the inclusion of non-equity provisions within the will. A previous theoretical approach considered this pro-

¹⁶ See, V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, p. 55 ss.



vision referable only to the assumptions required by the legislator, such as for example the recognition of the natural child, as for the art. 254 of the Civil Code, or the appointment of the guardian, as the art. 348 c.c.

However, the need to guarantee maximum expansion, within the imperative ordering limits, to the autonomy of the *de cuius*, to allow an effective continuation of his personality, led the most recent jurisprudence to consider the provision in question also applicable to hypotheses not provided for by the legislator. It follows the possibility, for the *de cuius*, to include in the will also provisions without legal basis, such as those related to the sepulcher or the treatment of his body, just to want to make examples. But the instrument through which the autonomy of the testator is most expressed is undoubtedly the bequest, waiting for the possibility of the same to avail itself of the typical figures provided by the articles. 651 ss. c.c., or alternatively, to confer to the bequest an atypical content, while always respecting the mandatory rules, public order and morality, as well as, according to some, the merit of which in art. 1322 c.c. (§ 2). In this order of ideas, the bequest is configured as a formidable negotiating tool available to the testator, by means of which he can alternatively obligate the honorable person to complete, in favor of the honorable, a material behavior, a unilateral act or a bilateral act. Indeed, the most recent jurisprudence, placing itself along this line of interpretation, admits the figure of the “*legato di posizione contrattuale*”, a particular bequest with which the *de cuius* directly determines the birth of a contractual relationship that binds the honored and the honored.

Moreover, through the “*legitimate substitute*”, the possibility exists for the testator to implement a limited exception to the principles of the necessary succession, placing the rightful owner before the choice to accept the bequest and renounce the legitimate, or, only alternatively, reject it and act in reduction for the reintegration of the same.

The overwhelming penetration of the autonomy of negotiation in the narrow meshes of succession law has led part of the doctrine and jurisprudence to question the orderly solidity of the prohibition of succession agreements. As previously mentioned, the art. 458 c.c. prohibits any agreement other than the will with which you have the rights related to a succession not yet open. In detail, the succession agreements can be subdivided into three categories. The first is that of the pacts establishing themselves, ie those with which the *de cuius* commits itself with a third party to nominate him his heir, inadmissible as being capable of causing undue compression of his negotiating autonomy, as well as contrary to current morality (since times of the Romans). Then there are the categories of pact or surrender agreements, with which a person other than the *de cuius* has the rights that will derive from a future succession or renunciation of the same, also prohibited as a potential means of reckless agreements, placed in being from non-expert subjects. All this with the clarification that this prohibition also falls on mandatory acts with which the parties are bound to the subsequent stipulation of one of the above agreements. Given this, it is worth pointing out that part of the doctrine regards this institution as the result of an ancestral legacy, no longer compatible with the current enhancement of the personality of the *de cuius* and, consequently, of its negotiating autonomy. Moreover, this is clearly attested by the elimination of this prohibition in some of the most modern continental Legal Systems, such as the German one, and by the intense Community pressures in this regard.



4. In the following path must also be inserted the discipline introduced by the law no. 219/2012 (in particular, the art. 1, co. 9). The aforementioned provision has given rise to widespread interest because it introduced Article 448-*bis* into the system of the Civil Code, a rule that introduces the discipline of the cessation of the obligation to provide food for the forfeiture of the entitled person from the power over the children. Despite its main scope of application, this rule succeeds in innovating inheritance as well, since it expressly provides for the possibility for the child, even adoptive, to exclude from the succession the parent who has held against him a particularly serious conduct, such, precisely, to justify the forfeiture of power. On this aspect, the provision specifies that the sanction is valid in relation to the facts, which go beyond the cases of unworthiness provided for in Art. 463 of the Civil Code.

This important clarification more clearly supports the legislator's desire to link the text of the article in question with the one that introduced the provision of a new case of unworthiness in respect of those who have lapsed from parental authority over the person whose succession is treated and has not been reinstated on the date of opening of the succession of the same.

As a result of this, it is possible for the child to exclude from the succession that parent who has been guilty of prejudicial facts, although not such as to justify the forfeiture of power. Such cases could be traced to the violation of family duties from which it obtains the responsibility pursuant to art. 2043 c.c., that is, to the case of the parent who changes his religious beliefs and also obliges the minor children to change their system of life, without any possibility of choice, being instead obliged to adhere to the rules of the religious community¹⁷; finally, to the hypothesis of the parent who fails to constitute for the child a parental model valid on the educative level, and that, consequently, is condemned to compensate any damage thus caused even when the omissive behavior, constituting, however, a crime, not has been ritually ascertained and sanctioned in criminal proceedings¹⁸.

The introduction into the the Italian Legal System of the possibility of disinheriting, even in the case of the only child¹⁹ in relation to the parent who has held similar reprehensible behavior, consists of a novelty that enriches the internal succession system and further distances the idea of the will as an essentially device and merely economic act.

Beyond the cases represented, a wide debate arose on the remedies granted to the heir in the event of disenfranchise sine causa. The positions of greater importance can lead, as previously said, to those who, in general, recognize the validity and effectiveness of the disownment understood as an autonomous testamentary disposition and those who, on the contrary, referring to art. 587, first paragraph, c.c., subordinate the possibility of disinheriting to the circumstance of the attribution of the hereditary goods to other subjects through the typical forms of the institution of heir or of the legatee.

¹⁷ See, Trib. min. Genova, 16 settembre 1999.

¹⁸ Cass., 28 agosto 2009, n. 18804.

¹⁹ See, P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, *passim*; ID., *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 446 ss.; ID., *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 11, 1145 ss; ID., *Capacità (diritto privato)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, V, 1988, 1 ss.; ID., *Interesse del minore e "statuto" dei suoi diritti*, in *Fam. e dir.*, 1994, 351 ss.



In this regard, it is singular to observe how, even before the recognition made by the law no. 219/2012, the jurisprudence had already expressed in favor of the possibility of disinheriting, believing that the nullity of the testamentary disposition with which the testator deseredi all or some of the called ex lege does not invalidate the whole will, and in particular that part of it with which the de cuius has declared to want to revoke a previous will containing an institution of heir, unless it turns out that its author, if he had been aware of the nullity of the disinheritance, he wanted to keep firm the institution of heir contained in the previous will²⁰.

In the same way, the decision to consider valid the clause of the testament with which the testator manifests the will to exclude from his legitimate succession some of the successors and to restrict it to the not dispossessed, constituting the said disinheritance clause, expression of a regulation, is recent. of patrimonial relationships, falling within the typical content of the act of last will and aimed at directing the concrete post-mortem allocation of its substances, without the need to proceed with a positive assignment of good or to disinherit, nor does it require proof of implicit institution²¹.

The law no. 219/2012, while significantly innovating the subject of filiation, has not, however, as said, governed directly the related successor profiles, the regulation of which ultimately follows the changes made in terms of kinship and recognition. The legislator of the reform, moreover, has not dictated transitional rules, with the consequence that natural relatives can not make claims to successors as many times as the death of the person from which they could derive their rights if it happened before the indicated date. In essence, as often happens, he took a step when he could have been more brave and made others.

5. Some themes introduced by the present paper on the proposals can find the confirmation with the deepening of the regulations laid down in the French Legal System, which, for some principles governed by succession law, is sometimes analogous, other times different with Italian civil law, yet both these orders belong to the same Legal family²². The structure of succession law in the French Legal System reflects an aversion to family discrimination and feudal institutions, in particular fedecommissi²³ and “maggiorascati”²⁴.

²⁰ Cfr., App. Catania, 28 maggio 2003.

²¹ See, Cass., 25 maggio 2012, n. 8352. The ruling represents a fundamental arrival in matters of succession. In fact, the Supreme Court reiterated the principle of law that the testament clause with which the testator expresses his will to exclude from his succession some of the successors is valid. Therefore, the Supreme Court, embracing a thesis considered more liberal, considered this clause to be valid, moving from the general principle of testamentary autonomy, providing a consequent interpretation of the articles. 587 and 588 c.c. In particular, with regard to art. 587 c.c., the legislative code didn't want to refer to the technical term of the provision but to the generic one of manifestation of will of the heir in relation to the *post-mortem* structure of his goods.

²² In this context it is important to recall the speech of Mirabeau “sur l'égalité des partages dans les successions en ligne directe at the *Assemblée nationale*: «1°. *Qu'à l'avenir toutes institutions de préciputs, majorats, fideicommiss par contrat ou testament, soient prohibées entre toutes personnes: & qu'à l'égard de ces institutions actuellement existantes, il soit statué des mesures convenables pour assurer la jouissance de celles échouées, & l'abolition des autres.* 2° *Que toute personne ayant des descendants en ligne directe, ne puisse disposer par testament que d'une quotité déterminée de ses biens*».

²³ L. MENGONI, *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in Tratt. Cicu-Messineo, IV ediz. riab., Milano, 2000, p. 36; A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, Torino, 2002, pp.71 ss., and 155 ss.



In fact, the examination of the rules of the Code Civil shows how rules were introduced such as the legitimate quota (artt.913 ss.), The regulation of the prohibition of pacts on future successions (articles 722, 1130, II c., 791 , 943, 1389, 1600, 1837), as well as the regulation of conjunctive and reciprocal wills (Article 968) and finally the introduction of an instrument to carry out immediate transmission of the inheritance, through the institute of the “saisine” which involves the investiture of the nearest heir, without the mediation of any administrative or judicial office, which denote such an attitude.

These are original characters, typical of the French system, which have tended to circulate and inspire numerous systems, including the Italian system, and which, more than two centuries later, suffer from inadequacy compared to changes in social and economic scenarios. The limits imposed on the autonomy of the testator proved to be the cause of inequality and proved to be particularly inefficient with respect to the needs of both the re-composed families and the transmission of businesses. This happens, for example, in cases where the reipersonal attitude of the reduction action involving the purchaser of goods that the settlor has received as a result of donation or succession, as well as the defect in the quality of heir that imports uncertainty about the ownership of the settlor, they jeopardize the legal traffics in an unbearable manner when they are considered against the background of cross-border circulation.

An obsolescence found to which France has remedied through a decisive legislative intervention²⁵. And, the same situation of unease also occurred in Italy, where similar complaints were collected against which, however, it was reacted in a not very dissimilar, even if not coinciding: this determines a displacement, in some ways a run-up between the two systems, which deserves to be reported. In fact, this approach is particularly noticeable on the issues of the prohibition of succession agreements and, specifically for the treatment of this paper, on the discipline of disinheritance of the heir.

In tracing synthetically matrices, scenery, directions and contents of the movement for further reforms of the legitimacy, it is necessary to remember how the requests are distributed according to a graduation that oscillates from the proposal of its radical abolition to that of minor changes related to the discipline²⁶.

The debate between those who complain about the excessive compression of the testamentary autonomy, that the attribution of rights of jouissance to the spouse by the art. 540 c.c. it can come to annihilate and, instead, those who wish to suppress it²⁷ – in this extreme sense can be recalled the comparatistic argument, since in English law it defers the predetermination of a necessary quota, but allows the judge to assign resources to the “de-

²⁴ It is an institute of inheritance law born in Spain and widespread in the 16th century. The majority wanted to ensure the integrity of a patrimony through its establishment in fedecommesso and the transmission, within the same family, regardless of descent, from the last owner to the next of degree relatives and, in case of parity of degree , at the age of majority.

²⁵ See, A. GAMBARO, *Il modello francese*, in A.Gambaro - R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, 2^a ed., Torino, 2002, p. 287 ss.; J. CARBONNIER, *Le droit de la famille, état d'urgence*, in JCP, 1998, I, 184, p. 2152.

²⁶ G. GABRIELLI, *I legittimari e gli strumenti a tutela dei loro diritti*, in S. Delle Monache (cur.), *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, cit., p. 115,

²⁷ F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 C.C.)*, in *www.judicium.it*, and, in *Giust. civ.*, 2006, II, 3 ss.



pendents” in a manner calibrated to the needs, with particular attention to children not yet self-employed and to the spouse, but also to the cohabiting partner²⁸.

The opportunity to substitute for mechanical and pre-established designation an attention modulated according to needs and also merits is shared by those who, although excluding the opportunity to abrogate the required succession, wish for a temperament, especially regarding the position of the spouse. As for the position of this subject, it is suggested to look at the recent French reforms, in particular that of the year 2001, which gave him, in cases of succession with his children, the choice between a greater percentage of usufruct and a smaller share of property. Furthermore, it is proposed to use the tool of anomalous successions.²⁹

The historical-juridical evolution in this case facilitates the understanding of some legislative choices, as it makes understandable the choice made by the legislator on the opportunity to expand the cases of unworthiness in order to hit the non-deserving subjects, and finally the idea to introduce the institute of disinheritance into the codic text.³⁰ A historical course, it was said, that starts from afar, since it was decided that the disinherit was an institution that had to be ousted from the Code Civil for the fear that it could allow the survival of major players and other similar suppressed institutions. As a result of its ousting from the French code, the disinheritance did not even appear in our 1865, nor was it introduced in 1942, while it appears variously in German codes, and indeed in Germany it proposes an extension.

Its reception in the Italian code in force would allow the testator, if nothing else, to hit the subjects he deems not worthy. In short, there are no voices authoritatively deployed in favor of a concrete consideration of the dependents, as well as the possibility of increasing the rights of the needy and deserving, and to conceal those of the reprobates, however, as an exception to the fixed quota, to be preserved as rooted in the depths of our legal and social culture, possibly following the French example, as regards the downsizing of the

²⁸ In the USA Legal System a legitimate like ours is not widespread; since, being a non-federal subject matter, the matter is referred to the dispositive authority of the individual States. Only in Louisiana, the order in which the Code Civil was transplanted, there is one in favor of the younger children. In the other States nothing is foreseen for the children, while forecasts appear in favor of the spouse, often graduated depending on the duration of the marriage (as happens in the state versions of the Uniform Probate Code).

²⁹ As for the anomalous vocations, for which the conviction prevails about the application of some institutes only of succession (p.103), the author points out how they show the primacy of the spouse and the irrelevance of cohabitation (p.104), except for some extent, a qualitative and not quantitative primacy, since the rights of habitation and use on the family home are not added to the quota (see Cass.6 April 2000, No. 4329). The difference between spouse and cohabitant is reproduced in the contrast between legitimate and natural kinship (p.106): art. 565 c.c. he speaks of legitimate and natural descendants, but of only legitimate ascendants, the art. 578 c.c. contemplates the succession of the parent to the natural children, without mentioning the relatives, the art. 578 c.c. provides for the contest of the spouse with only legitimate ascendants (v., C. Cost. 184/90 has admitted the natural brothers to succeed before the State and C.Cost. 532/00 has denied relevance to the natural cousins) (p.110). With this in mind, it is proposed to extend the protection to natural relatives – with the succession of the descendant to the natural nephew and to replace the devolution in favor of the State with a mechanism similar to that of art. 630 c.c. (P.114). See, PADOVINI, *La successione del coniuge, dei parenti e dello Stato*, in S. Delle Monache (cur.), *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, cit., p. 97.

³⁰ A. PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimari)*, in *Persona e danno*, 2007, n. 5; E. L. BACH, *Contribution a l'étude de la condition juridique du conjoint survivant*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1965, p. 575 ss.



restitutive scope of the reduction action.³¹ This is also in the awareness of the risk that the cost of the necessary succession abolished moves on conflict with the will, as happens in the Legal Systems that do not have the reserve.³²

Alongside these proposals on the survival of the legitimate are those related to the revision of its content, whose current consistency in nature is not only in the limping fact, but also causes disadvantages. Claudicating because the same reading of the code of the reduction action shows that it has the ability to stall after the assignment of the asset by the beneficiary of the provision, since its aggression is subject to the prior enforcement of the beneficiary. 130

Finally, the recent legislative intervention, affecting the art. 563 of the Civil Code, has reduced the scope of recovery, providing for the closure of the twenty-year period in the absence of opposition (although the prevailing doctrine has excluded the retroactive application, ie with regard to donations finalized before the entry into force of the law).

6. In consideration of such observations, some authors have come to envisage a narrowing of the operational scope of art. 458 c.c. only to the successor pact agreements, supporting the validity of the pact and renunciation agreements; and this, in particular, by qualifying these latter covenants in terms of *postmortem* acts, which do not have their causal justification in the death of the *de cuius*, but in relation to which the said event constitutes a mere initial term.

However, this reconstruction does not seem, for the moment, to have breached the jurisprudence of legitimacy, anchored to the textual content of the art. 458 c. c. In fact, to a more innovative orientation in terms of expansion of testamentary autonomy, however, the Supreme Court recently adhered to the validity of the testamentary disability clause, with which the *de cuius* excludes from its succession a subject belonging to the categories of “*Successibili ex lege*”, like the art. 565 c.c.

In this regard, the existence of a granitic jurisprudential orientation followed by the Court of Cassation until 2012, as a result of which the stoats, in addition to denying the disability of the legitimaries, in contrast with the mandatory rules governing the necessary succession, considered from the radical nullity also the disability clause of the “*successibile ex lege*”, thus compressing the autonomy of the testator, and this on the basis of the following considerations. In the first place, this clause was considered to be in contrast with the mandatory rule referred to in art. 587 c. c. Indeed, it was considered that the use of the verb “disposes” by the legislator allowed to include exclusively attributive provisions in the will; so that the disinheritance accompanied by the manifestation of the will to institute another

³¹ G. CIAN, *Il testamento nel sistema degli atti giuridici*, in S. Delle Monache (cur.), *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, cit., p. 155; see, also, F. TERRE²- Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les liberalités*, Dalloz, 3 ed., 1997, n. 8.

³² G. AMADIO, *Anticipata successione e tutela dei legittimari*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, p. 653 ss.



heir, or even the simple “*preterizione di erede*”, was considered valid, but not also the merely disinherited clause expressing only a negative will³³.

Furthermore, the disability clause was qualified in terms of non-pecuniary provision and, adhering to a strictly literal interpretation of art. 587 (§ 2) c. c., the testator was allowed to include in his will only the non-patrimonial dispositions provided with an express legislative referent. Legislative referent not found for the disability clause which, moreover, seemed to come into conflict with art. 463 c. c., which identified punctually the cases of unworthiness, thus demonstrating the legislative will to taxativize the hypotheses in which a subject can be excluded from the succession. So, ultimately, the disability clause was considered to be rooted in radical nullity, as it was violative of imperative rules. However, in the year 2012 the Supreme Court, acknowledging the liberal ideas expressed by the doctrine, overturned its traditional orientation, through a confirming logical-argumentative path³⁴.

In detail, the judges of legitimacy have observed that the term “disposes” as per art. 587 c.c. does not impose the inclusion in the testament only the clauses attributive content, well being able to identify further provisions admitted by the same legislator who have only negative content, such as the dispensation from the collation, as per art. 737 c.c. On the other hand, it is also possible to perceive in the disadvantage clause a positive content, consisting in the implicit will to expand the shares of the other non-disinherited heirs. They highlighted, then, that the art. 587 (§ 2) in accordance with the requirements of effective continuation of the personality of the *de cuius*, must be interpreted in an extensive sense, legitimizing all the non-patrimonial provisions that pursue interests worthy of protection.

Therefore, on the basis of the aforementioned considerations, the inclusion in the will of the disadvantaged clause, which does not violate any mandatory rule, may be considered admissible. However, the same must not be in contrast with public order and good customs and must overcome the screening of merit according to art. 1322 c.c. (§ 2), pursuing interests that comply with the values adopted by the Legal System. In this interpretative perspective, the testament that contains only the disability clause must also be considered valid, given that, in this case, the succession phenomenon will be regulated by the rules on legitimate succession, contained in articles. 565 c.c., having to exclude from the called to inheritance the subject expressly disinherited. In the light of such hermeneutical coordinates, duly plotted by the Supreme Court, one can also question the possibility of inserting the disinherited clause into the holographic will. This expression, pursuant to art. 602 c.c., reference is made to the written test in its entirety, dated and signed by the testator in his own hand, belonging to the category of ordinary testament forms together with the will by act of notary. Ordinary testaments are opposed to special testaments, referred to in art. 609

³³ Cfr., Cass., 23.11.1982, n. 6339. In this pronouncement, the Italian Supreme Court has held that the disinheriting of some successors may apply to the recognition of a contextual will of the other non-disinherited successors only when, from the tenor of the testamentary card, the actual existence of the will of the testator appears.

³⁴ V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, in *Vita not.*, 2012, 2, p. 665; see, also, G. BONILINI, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Tratt. dir. succ. e donaz.*, diretto da G. BONILINI, Milano, 2009, 727 e ss.; S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. not.*, 2007, 815 e ss.; F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria*, in *Giust. civ.*, 2006, 3 e ss.



c.c., whose drafting procedures are considerably simplified by the legislator in order to remedy situations of particular contingency.

The holograph will, if written in compliance with the formalities prescribed by the aforementioned art. 602 c.c., produces the same effects as the will drawn up by the notary, and can be brought to execution by presenting it to a notary for publication, after the death of the testator. The legislator, therefore, does not provide particular limitations on the content of the same, so that it differs from the other ordinary wills exclusively from the formal point of view, well being able to contain the disability clause. Obviously, not availing the *de cuius*, in drafting this will, the assistance of a notary, could incur a formulation of the disadvantageous clause that does not allow the passing of the screening of merit, but it is a purely prospectual prospect.

It's worthwhile concluding that part of the doctrine believes that it is possible to see a phenomenon *latu sensu* disarereatively even in the “*patto di famiglia*”³⁵. In fact, making use of the discipline referred to in Articles 768-*bis* c.c., the entrepreneur can well transfer his business to one or more of his descendants, who will liquidate the share of the other lawyers; so that the latter can be considered disinherited in relation to the share of the assets available. However, if we look closely, we can not speak of a real disinheritance, given that the legitimate share is kept intact and simply liquidated with different assets.

Concluding, in any case, and ignoring the results of this last debate, it can be observed how the admission of the validity of the disinheritance clause represents a further step forward in the affirmation of the testator's autonomy, expressive of that process of gradual disruption of the limitations Legislative Law that agitates the jurisprudential debate in every sector of the civil order, producing a gradual relocation of the personality of the individual to the center of the Italian Legal System.

³⁵ It seems superfluous to dwell on this subject, but it is necessary to refer to what was written by G. AUTORINO STANZIONE, *Presentazione ad AA.VV., Le unioni di fatto. Il cognome familiare, l'affido condiviso, il patto di famiglia, gli atti di destinazione familiare (art. 2645-ter c.c.)*. *Riforme e prospettive*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico* (dir. G. AUTORINO STANZIONE), V, Torino, 2007; as well as, P. MATERA, *Il patto di famiglia. Uno studio di diritto interno e comparato*, Torino, 2012. Furthermore, the subject has been addressed by authoritative doctrine, in particular, IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.* 1997, 1371 ss., e di DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 2001, 633 ss.; BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 384; DELFINI, *Il patto di famiglia introdotto dalla legge n. 55/2006*, in *Contr.*, 2006, 512; FIETTA, *Patto di famiglia*, in www.fondazione-notariato.it, 2; OBERTO, *Il patto di famiglia*, in *Le monografie di Contratto e Impresa* (dir. F. GALGANO), Padova, 2006, 3, 103 e *passim*; LOMBARDI - MAISTO, *Il patto di famiglia: l'imprenditore sceglie il proprio successore*, in *Corr. Giur.*, 2006, 718; MASCHERONI, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa. I Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2-3, 2006, 27; ZOPPINI, *L'emersione della categoria della successione anticipata. Note sul patto di famiglia*, *ibidem*, 270; DI SAPIO, *Osservazioni sul patto di famiglia. (Brogliaccio per una lettura disincantata)*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 4 ss.; DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. not.*, 2006, 889 s.; COGNOLATO, *La nuova disciplina dei "patti di famiglia": tratti essenziali e principali problemi*, in *Studium iuris*, 2006, 775; PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, in *Trattato di diritto civile del Cons. Naz. Not.* (dir. P. PERLINGIERI), Napoli, 2003, 207 s.; CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Not.*, 2006, 289; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 40 s.; IUDICA, *Fondazioni, fedecommesserie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare*, in *Contratto e impresa*, 2006, 539.



ONLINE INTERMEDIATION OF GOODS AND SERVICES

SANDRO NARDI

Online commercial transactions are clearly on the rise¹, taking place in a virtual space, neither physical nor historic, that in some ways could itself be classified as an intermediary, as it brings supply into contact with demand². Such a sweeping statement requires some qualification. The web itself cannot actually be an intermediary, but certainly this sort of activity can be conducted from specific platforms whose services bring sellers into contact with buyers.

Suffice it to consider sites like Amazon or eBay that offer goods for sale, Booking.com with its travel services, Airbnb for real property rentals, or twago for professional services. These sites not only offer users a hosting service, but also utilize cookies to profile internet users and then offer them products that might interest them, earning a fee for any deal concluded. Thus, they cannot be considered simple hosting providers.

The activity of the well-known portal Booking.com effectively resembles that of an intermediary pursuant to Art. 1755 et seq. of the Italian Civil Code. The site's sole purpose is in fact to help bring together supply and demand by conveying the user's request to the hotel, which, again through the site, confirms the hotel booking. Booking.com's intermediation ends when the reservation is completed, which gives the portal the right to the fee, based on mechanisms comparable to those set out in Art. 1755 of the Italian Civil Code.

Airbnb's activity is also similar to that of an intermediary as defined by the Italian Civil Code. The Airbnb platform in fact connects persons who have an accommodation to rent with persons interested in renting it. The site collects the total price, deducting a fee from both parties³. The same holds for twago, whose Italian terms of service specifically mention intermediation, with the supplier of services obligated to pay a fee for the intermediary service in the form of a percentage of the total value of the order⁴. (The English version leaves the word out, merely referring to an "online platform for high quality services operated by Team2Venture GmbH, headquartered at Friedrichstraße 224, 10969 Berlin, Germany").

¹ Data from Eurostat, the European Union's statistical office, confirm the increase in online purchases. Cf. the significant increase shown in https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics_for_individuals. Although the average figure in Europe was 68% in 2017, in Italy only 29% of users buy online, often dissuaded by having to provide their credit card information and credentials.

² On intermediation cf., for example, A. LUMINOSO, *La mediazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Cicu, F. Messineo and L. Mengoni (eds.), Milan, 2006; E. GIACOBBE, *Il contratto di mediazione*, in *Tratt. dir. priv.*, Bessone (ed.), Turin, 2015; S. NARDI, *La mediazione*, in *Il codice civile. Commentario*, P. Shlesinger (founding ed.), F.D. Busnelli (ed.), Milan, 2017.

³ See terms of service at https://www.airbnb.it/terms/payments_terms

⁴ Cf. <https://www.twago.it/static/terms-and-conditions/>



With regard to the probably better known eBay, the decisions of American and French case law have diverged⁵. While the U.S. District Court in California (where the site was created) held that eBay was a neutral hosting provider, a simple marketplace, the Tribunal de Commerce of Paris found that the essence of eBay's service is intermediation between sellers and buyers through the provision of instruments specifically intended to ensure promotion and development of online sales through a "selling manager," creating "online boutiques" that make it possible to become a "PowerSeller". The result is that eBay is an inevitable player in online sales. In particular, it plays quite an active role in stimulating business to increase the number of transactions and generate fees for itself. In fact, eBay has a commercial intermediation service and is a leading player in e-commerce; its hosting and intermediary services are inseparable because eBay does not offer an advertisements service, except to ensure intermediation between sellers and buyers and collect the corresponding fee⁶.

Moreover, this solution seems bolstered by a decision of the German Federal Supreme Court, which held that the sales agreement concluded through eBay was not an auction pursuant to § 156 of the BGB (German Civil Code), but rather a distance sales contract, which gives the purchaser the right of rescission under the terms provided in § 312d BGB⁷.

Indeed, an online auction, held within a simple marketplace, is difficult to square with the aforementioned intermediation services offered by eBay. Above all, it would offer the user fewer guarantees, in particular because a hosting provider has less liability than an intermediary.

Due to the provisions in paragraph 8 of the Ministry for Production Activities Memorandum no. 3561/C of July 7, 2003, issued following Legislative Decree no. 70 of April 9, 2003 to implement e-commerce Directive 2000/31/EC, the general principle for auctions is that the provider has no obligation to monitor the information it transmits or stores, nor any obligation to check for facts or circumstances indicating the presence of unlawful activities, and is responsible for the content of services only if, when so requested by the competent judicial or administrative authority, it fails to act promptly to prevent access to said content, or if, being aware that the content of a service to which it provides access is unlawful or harmful to a third party, it does not inform the competent authority. On the contrary, as the law applicable to the intermediary is that of the country where the action creating the obligation occurred (Art. 61 of Law no. 218 of May 31, 1995) and thus in our case Italy, all the information obligations set out in Art. 1759 of the Italian Civil Code would be applicable.

In our opinion, the preceding brief analysis confirms that an intermediary's activity, even if conducted online, is not bound by any contract between the principal and the intermediary⁸. Indeed, the platform will not demand any performance from users who have not entered into a

⁵ Cf. United States District Court – Northern District of California, March 4, 2008 and Tribunal de Commerce de Paris, June 30, 2008, in *Dir. internet*, 2008, pp. 567 et seq., with note by E. FALLETTI, *I vestiti nuovi di eBay: operatore neutrale o intermediario attivo nelle aste su Internet?*

⁶ Tribunal de Commerce de Paris, June 30, 2008, cit.

⁷ Bundesgerichtshof, VIII, Zivilsenat, November 3, 2004, in *Dir. internet*, 2005, pp. 134 et seq., with note by E. FALLETTI, *E uno, e due, e tre! Aggudicato! eBay: contratto di vendita concluso a distanza e non asta on line.*

⁸ For a differing opinion, cf. Cass. Sez. Un., August 2, 2017, no. 19161, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 52 et seq., with note by I. PIZZIMENTI, *Mediazione atipica e diritto alla provvigione: la parola alle Sezioni Unite.*



contract as a result of online intermediation. Registration with the site does not mean a contract has been concluded, as the purpose is merely to obtain data to transmit to the other contracting party so that they can accept the offer. So in this sense, intermediation is simply a tangible activity, in this case distinguished solely by the way it is carried out⁹.

⁹ S. NARDI, *La mediazione*, cit., p. 56 et seq. offers a more specific description of intermediation as a procedure, i.e. a structure that overlaps with the actions it involves, which can be considered both in their dynamic aspect, that is one as a function of and based on the other, specifically conclusion of the deal, and in their static aspect, that is with regard to the result and the effects each of them achieve.



L'IMPATTO DELLE NUOVE TECNOLOGIE SUL DIRITTO

ARIANNA ALPINI

SOMMARIO: 1. Tecnologie, interpretazione giuridica e temporalità. – 2. *Segue*. Il tempo della vita e della morte. – 3. L'ordine temporale della calcolabilità giuridica e il significato esistenziale del diritto. – 4. Principi, valori e 'giustizia predittiva'. – 5. La 'decisione robotica'. – 6. Il giudizio giuridico e il 'tempo della coscienza'. – 7. Il diritto di accesso all'algoritmo del software di gestione del procedimento amministrativo. – 8. *Smart contracts*. 9. – *Segue*. *Blockchain* e controllo di legalità. – 10. *Driverless car* e responsabilità civile. – 11. Il procedimento. Necessità di rileggere il contratto alla luce dell'«interesse delle parti ad una negoziazione consapevole ed informata». – 12. *Segue*. Rimodulazione del 'tempo del contratto'. Interesse a differire la manifestazione del consenso alla produzione degli effetti giuridici.

1. Il rapporto tra interpretazione giuridica e nuove tecnologie, richiama nuovamente l'attenzione sulla valutazione del 'tempo', sul cambiamento dei modi di esplicarsi dell'attività umana e nella stessa visione della realtà, sollecitando il giurista contemporaneo a sottoporre a revisione le basi del proprio mestiere¹. Il tempo che accanto allo spazio rappresenta la tradizionale coordinata interpretativa, si arricchisce di nuove implicazioni sistematiche e prima ancora esistenziali; esso, in relazione agli effetti che le nuove tecnologie producono sui fatti naturali e umani, è non più soltanto una variabile, se pur determinante delle vicende giuridiche, ma una 'condizione esistenziale' modificatrice di senso cioè della denotazione stessa della cultura generale sottoposta alla spinta di forze cognitive nuove².

2. L'incidenza delle tecnologie è così penetrante da condizionare il tempo della vita e della morte dell'individuo. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita³ hanno posto al giurista la necessità di valutare in termini nuovi la vita e l'embrione umano, la salute, il senso della genitorialità, il corpo della donna e la sua dignità, le relazioni familiari e affettive, l'interesse del minore. Il superamento del principio di verità - corrispondente al legame biologico tra madre e figlio - da una parte, e il divieto di surrogazione di maternità dall'altra, rappresentano gli estremi paradigmatici della complessità contemporanea caratterizzata dal

¹ V. FROSINI, *Temporalità e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 431 ss.; E. RESTA, *Il tempo e lo spazio del giurista*, in G. COMANDÉ e G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, p. 253 ss. G. SARACENI, *Il tempo nel diritto*, in *Iustitia*, 2003, p. 459 ss.

² B. ROMANO, *Il senso esistenziale del diritto nella prospettiva di Kierkegaard*, Milano, 1973, p. 24 ss.; V. FROSINI, *Temporalità e diritto*, cit., p. 435 ss.

³ A. ALPINI, *Heterologous Fertilization between Science and Law: what Future is expected?*, in *Revista De Derecho, Empresa y sociedad (REDS)*, n. 7, 2015, pp. 188-194; EAD., *Scienza e diritto: quale verità?*, in E. VERA-CRUZ PINTO, M.A. MARQUES DA SILVA e M.C. DE CICCIO (a cura di), *Direito à verdade, à memória, ao esquecimento*, Lisboa, 2017, pp. 81-105.



concetto di identità: il diritto di conoscere la propria identità, il diritto all'oblio, il diritto alla privacy, all'anonimato e all'identità digitale.

Si pensi altresì ai dispositivi di nutrizione e idratazione artificiale, ai quali si ricollega la respirazione meccanica effettuata attraverso la ventilazione forzata⁴. Tali ausili tecnologici biomedici cc.dd. salvavita permettono di protrarre a tempo indefinito il momento della morte organica, con implicazione sulla morte giuridica fissata dalla legge nella cessazione definitiva e irreversibile di tutte le attività dell'encefalo⁵. L'interruzione del corso naturale degli eventi determina una situazione di quiescenza nella quale la persona si trova sospesa tra la vita e la morte. Da questa prospettiva che presenta una concezione di morte profondamente modificata, si può comprendere la ragione del cambiamento che emerge dal concetto di 'relazione di cura', atteso che il «tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura»⁶. La complessità di fronteggiare condizioni biologiche di esistenza della persona sconosciute in natura e create dall'avanzamento tecnologico, rappresenta il substrato della legge sulle Disposizioni anticipate di trattamento sanitario⁷. La legge pone problemi di non poco momento in relazione al potere del fiduciario e delle figure rappresentative del paziente incapace di intendere e di volere, sulle decisioni che si estrinsecano in atti personalissimi come il diritto di rifiutare le cure e di lasciarsi morire. La novella è stata già sottoposta al vaglio della Consulta⁸. Si prospetta l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, commi 4 e 5 della legge n. 219/2017 nella parte in cui stabiliscono che l'amministratore di sostegno, la nomina del quale preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento, possa rifiutare, senza l'autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato, ritenendo le disposizioni in violazione degli articoli 2, 3, 13, e 32 della Costituzione⁹. L'istituto tradizionale della rappresentanza, nonostante il potenziale applicativo della legge sull'amministrazione di sostegno, manifesta la sua inadeguatezza. La legge appresta tutela a quello spazio temporale nel quale la persona è incapace di compiere consapevolmente delle scelte esistenziali, consentendo di disporre anticipatamente per un tempo ipotetico. Tuttavia l'obiettivo della legge, l'interesse che si appresta a tutelare è inevitabilmente limitato dalle stesse tecnologie, la veloce evoluzione delle quali, può rendere inattuati e incongruenti le disposizioni redatte nell'arco temporale spesso di molto precedente il momento nel quale richiedono con urgenza di essere attuate¹⁰. L'evoluzione giuridica promossa dalle problematiche sollevate reagisce ancorando la valutazione al caso concreto, alla meritevolezza degli interessi, secondo un ordine ragionevole di compatibilità e preferenze

⁴ G. BATTIMELLI, in *Medicina e morale*, 2011, 3, pp. 427-439.

⁵ Legge 29 dicembre 1993, n. 578 integrata dalla legge 1 aprile 1999, n. 91 per l'ipotesi di espanto degli organi.

⁶ Art. 1, comma 8 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento".

⁷ Legge n. 219/2017, cit.

⁸ Trib. Pavia, sez. II, 24 marzo 2018, Giud. Tutelare dott. Michela Fenucci, in *giurisprudenzapenale.com*.

⁹ D. CARUSI, *Legge sul biotestamento*, in *Corr. giur.*, 3, 2018, p. 298 ss.; G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 375 ss.; F.D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 153.

¹⁰ R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium Iuris*, 6, 2018, p. 693 e s.; V. VERDICCHIO, *Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)*, in *Dir. succ. e fam.*, 2017, p. 640.



coerente al sistema e alla sua irrinunciabile unità nel momento applicativo¹¹. I principi supremi dell'ordine costituzionale, nonostante pregiudizi, diffidenza e conservatorismo¹², rappresentano gli insostituibili strumenti di lavoro del giurista in un sistema che sia autenticamente aperto e pluralista. In questa prospettiva, che si profila squisitamente di *ars interpretandi*, torna di grande attualità la questione del diritto come scienza dello spirito, e il dialogo tra il giurista e il filosofo sul rapporto tra ontologia ed epistemologia¹³.

3. Il tema della temporalità assume una centralità di primo piano a partire dalle elaborazioni sul significato esistenziale del diritto¹⁴. Il divenire, quale elemento ontologico della natura umana, caratterizza il fenomeno giuridico identificandosi non nella semplice e nuda concretizzazione tecnica delle proposizioni giuridiche, ma nella sua storicità¹⁵. Tuttavia, nelle reti telematiche, nell'era della globalizzazione del commercio, il linguaggio più veloce si propone come predominante. Da questa prospettiva di analisi, l'uomo vivrebbe una fase di transizione verso il *postumanesimo* caratterizzata dal processo di ibridazione tra intelligenza dell'uomo e intelligenza artificiale per il quale «i sensi dell'uomo e i sensori delle macchine si coappartengono in un *continuum* che vede l'uomo limitarsi ad una interfaccia informativa»¹⁶. L'uomo diverrebbe uno scenario vitale ma 'desoggettivizzato' dove si intersecano molti canali di informazione tutti qualificati da un *nuovo ordine temporale*: il tempo asservito alla velocità di calcolare, anticipare le diverse sequenze delle molte operazioni che le tecnoscienze concretizzano nella combinazione tra biologia e informatica. Nel tempo del linguaggio digitale, «il diritto si svuota nel suo divenire apparato macchinale che non apre lo spazio all'interpretazione»¹⁷. Sarebbe iniziato quel processo culturale che tende alla fine della filosofia 'del diritto' e 'nel diritto'¹⁸, in cambio di una scienza giuridica senza giurista dove la ricerca di senso si dissolve nel produrre, monitorare e consumare il benessere biologico: si prospetta così l'esito finale della deriva nichilista¹⁹.

4. Le tecnologie incidono sul tempo anticipando gli effetti dei fatti, consentendo di poterli prevedere e dunque anche di ostacolarli o favorirli attraverso complessi procedimenti logico-matematici. Si pensi alla c.d. giustizia predittiva²⁰. In questo contesto il ruolo dei precedenti serve a chiarire la fruizione del tempo nella decisione della causa. Per indivi-

¹¹ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 16 ss.; A. ALPINI, *Compatibilità e analogia nell'unità del procedimento interpretativo. Il c.d. rinvio in quanto compatibili*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2016, p. 701 ss.

¹² P. PERLINGIERI, *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Annali SISDiC*, 1, 2017, p. 1 ss.

¹³ Il riferimento è a E. Betti e al suo dialogo con G. Gadamer, sul quale A. CONDELLO e M. FERRARIS, *L'ermeneutica giuridica come tecnica*, in *Rivista di estetica*, 67, 2018, pp. 219-229.

¹⁴ L. DI SANTO, *Diritto e tempo nella riflessione filosofico-giuridica di Bruno Romano*, in *i-lex.it*, 9, 2010, p. 131 ss.

¹⁵ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 87 ss.

¹⁶ B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e Nichilismo giuridico. Postumanesimo 'Noia' Globalizzazione*, Torino, 2004, p. 69 ss.; L. DI SANTO, *o.c.*, p. 139 ss.

¹⁷ B. ROMANO, *o.l.u.c.*

¹⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 3^a ed., 2006, p. 53 ss.

¹⁹ B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, Torino, p. 2005, p. 30 ss.

²⁰ M. DE FELICE, *Su probabilità, «precedente» e calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, 6, p. 1546 ss.



duare i precedenti ci si muove dal presente verso il passato secondo una logica inferenziale e del ragionamento induttivo: si raccolgono informazioni dal passato da utilizzare nel presente per prevedere e decidere²¹. Quando si dispone di un grande numero di precedenti conformi che nel linguaggio statistico è chiamato ‘mucchio’, allora si potrebbe concludere tramite inferenza²². Parte del processo decisionale potrebbe operare con la guida di un algoritmo in grado di garantirne la coerenza logica. Tuttavia, manca un criterio operativo per stabilire quando si è in presenza di un ‘mucchio’²³. Ulteriore problema si riscontra nella gestione del ‘linguaggio dei precedenti’. Sarebbe necessario definire un modello di lettura dei dati che disciplini il passaggio di questi all’informazione, considerando però che le esigenze della inferenza richiedono un’opinione iniziale che sia base per l’interpretazione. Il punto è che una ricerca guidata, ma priva di una ipotesi o intuizione, non può portare ad una conoscenza adeguata²⁴. Restano altresì i problemi di indicizzazione semantica provocati dai formati delle sentenze non strutturati che variano per tecnica redazionale, presentano periodi articolati con numerose subordinate e che manifestano le ambiguità del linguaggio naturale misto a forme dei linguaggi tecnici settoriali²⁵. Tuttavia, se si considera che nello schema decisionale rientrano inevitabilmente i *principi*, la calcolabilità giuridica, pur non essendo irrimediabilmente alterata, sarebbe comunque ‘*inquinata*’²⁶. Prova delle difficoltà operative è il fatto che non vi è ancora uniformità sul modo di intendere la probabilità: vi sarebbe un pregiudizio epistemologico nella presunta oggettività della stessa che si suppone garantita soltanto dalla simmetria o dalla frequenza²⁷.

5. Nel tentativo di impostare un paragone tra la decisione giudiziaria e la *decisione robotica* si osserva che vi sarebbe soltanto un’unica «parziale divergenza» nell’ipotesi della ‘*decisione per valori*’ che la macchina sostituirebbe con la ‘*funzione utilità*’²⁸. Soltanto se i valori divenissero anch’essi misurabili, allora anche questa modalità decisoria potrebbe trovare applicazione nell’ambito del procedimento algoritmico. D’altra parte, se occorre elevare il dubbio a metodo di ogni indagine scientifica, si dubita che la decisione robotica possa essere concepita come una decisione «altamente umana»²⁹. Vincolare la macchina alla giurispru-

²¹ N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 923 ss. e ID., *Sulla relazione logica di non-conformità (precedente e susseguente)*, Seminari «Leibniz» per la teoria e la logica del diritto – II. I precedenti, Accademia dei Lincei, Roma, 6 luglio 2017, p. 10 ss.

²² A. VITERBO e A. CODIGNOLA, *L’Intelligenza artificiale e le sue origini culturali*, in *Giur. it.*, 2004, p.

²³ B. DE FINETTI, *Teoria delle probabilità*, Torino, 1970, p. 565 ss.

²⁴ R. CASATI, *Prima lezione di filosofia*, Bari, 2011, p. 173 ss.

²⁵ A. ALPINI, *Lingua italiana e identità nazionale*, in *civilistica.com*, 2, 2018, p. 5 ss.

²⁶ N. IRTI, *I «cancelli delle parole» (intorno a regole, principi, norme)*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2006, p. 61 ss.

²⁷ M. TARUFFO, *Prova giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, p. 1028 ss.

²⁸ M. MOCHEGANI, *Algoritmi e diritto: i nuovi orizzonti (più o meno rassicuranti) della decisione robotica* (Cronache del Convegno “Decisione robotica”, Accademia dei Lincei, Roma, 5 luglio 2018), in *forumcostituzionale.it*, p. 3.

²⁹ Secondo N. Irti [Intervento introduttivo al Convegno “Algoritmi e diritto: i nuovi orizzonti (più o meno rassicuranti) della decisione robotica”, Accademia dei Lincei, Roma, 5 luglio 2018, cit.], le informazioni immesse nella macchina incorporano un elevato tasso di soggettività per essere filtrate dall’intelletto umano attraverso un atto interpretativo che ne garantisce la storicità, per questo sarebbe da escludere che le decisioni robotiche si riducano a procedimenti ripetitivi e meccanici del tutto sganciati dal materiale sul quale si forma-



denza anteriore impedirebbe di fatto l'evoluzione del pensiero giuridico e si porrebbe in conflitto con l'art. 101 Cost. che sancisce la soggezione del giudice soltanto alla Legge. Ciò tanto più se si considera l'«etica del cambiamento» nella quale la Corte di cassazione rilegge la propria funzione nomofilattica³⁰ in linea con il primato dei valori che implica il superamento della logica formale scandita dall'art. 12 Disp. prel. c.c. L'idea di un automa-giudice si espone comunque a diverse considerazioni critiche: oltre al problema del rapporto tra *robot* e precedenti, vi è quello del potere di colui che progetta l'algoritmo in base ad un accordo intersoggettivo; la questione della programmazione della dottrina giuridica del *robot*; la quantificazione della soglia di dubbio necessario e sufficiente per adire la Corte costituzionale nell'ambito di un giudizio in via incidentale, nonché la determinazione dei criteri che dovrebbero soccorrere il *robot* nell'esercizio di poteri discrezionali o nell'interpretazione di clausole generali³¹. Se l'opera di individuazione delle norme da applicare al caso concreto può essere agevolata da programmi che forniscono il *diritto formalmente vigente*, le abrogazioni implicite resterebbero una attività squisitamente interpretativa e dunque semantica e in quanto tale non informatizzabile³². Tuttavia la questione interpretativa non si riduce ai problemi semantici che peraltro potrebbero essere superati con un sistema di contestualizzazione. L'oggetto dell'interpretazione non si esaurisce nella ripetizione seriale e tipica di fatti. I precedenti esprimono ragioni, valutazioni che in quanto tali, pur rappresentando una tendenza ed essendo suscettibili di quantificazione, sono caratterizzati dalla peculiarità di essere comunque aderenti ad un caso concreto. Emerge la necessità di farsi guidare dal criterio qualitativo espresso dalla meritevolezza dell'interesse, piuttosto che da criteri quantitativi che si rivelano insufficienti. Si pensi alla recente rilettura operata dalla Cassazione degli artt. 720 e 722 c.c. che al criterio quantitativo di attribuzione del bene indivisibile sostituisce quello qualitativo della meritevolezza dell'interesse pur lasciando inalterato il tenore letterale del testo delle disposizioni³³.

6. Il diritto quale organismo vivente rivendica la propria esistenza come giudizio giuridico. Nella prospettiva che vede l'esperienza giuridica incarnarsi nello spazio e nei tempi del processo, ciò che rileva è il «tempo della coscienza», la *sententia animi* del giudice³⁴. Quest'ultimo pone temporalmente in connessione il passato del diritto, il diritto vigente, con la produzione di una realtà che succede al giudizio e vive nel futuro. In ciò risiede la rilevanza filosofica ed umana del processo quale luogo spazio-temporale ove libertà e responsabilità si intrecciano per rinnovare la coscienza giuridica³⁵. La creatività seppur «vin-

no. Da questa prospettiva la tecnica non sarebbe estranea all'umanesimo ma componente della storia dell'uomo, sì che la decisione robotica andrebbe concepita come una decisione altamente umana.

³⁰ A. ALPINI, *La funzione «nomofilattica» della Corte di cassazione*, in *Il giusto processo civile*, 1/2016, p. 219 ss.

³¹ Sono le considerazioni di M. Luciani riportate nella Cronaca di M. MOCHEGANI, *Algoritmi e diritto: i nuovi orizzonti (più o meno rassicuranti) della decisione robotica*, cit., p. 4.

³² G. TADDEI ELMI, *Dal processo telematico alla giurisdizione informatica*, in *Informatica e diritto*, 1-2, 2007, p. 11 ss.

³³ A. ALPINI, *La preferenza nell'assegnazione del bene indivisibile: il criterio dell'interesse prevalente. Il nuovo orientamento della Corte di cassazione sull'interpretazione dell'art. 720 c.c.*, in *Dir. succ. e fam.*, 2/2017, pp.678-689; EAD., *Il criterio del sorteggio ex art. 729 c.c. Parità di condizioni, motivi e bilanciamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 735 ss.

³⁴ G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo scienza verità*, in *Opere*, V, Milano, 1959, p. 57 ss.

³⁵ L. DI SANTO, *Diritto e tempo nella riflessione filosofico-giuridica di Bruno Romano*, cit., p. 142 ss.



colata» del giudice³⁶ si collega alla natura stessa dell'attività interpretativa. Gli studi che rappresentano un riferimento imprescindibile per la teoria generale del diritto ci consegnano una concezione che supera la mera logica formale per aderire ad una interpretazione giuridica in funzione applicativa, che si colora inevitabilmente della storicità del fatto, richiedendo l'adeguamento della norma da operare con «sensibilità e intelligenza»³⁷. Si tratta non di svolgere operazioni matematiche né algoritmiche, ma di interpretare ossia di operare giudizi di valore³⁸. Sì che i principi – portatori di valori – saranno sempre presenti nel procedimento interpretativo-applicativo³⁹.

Di conseguenza il giudice nel decidere utilizza contemporaneamente regole e principi e dunque l'interprete ricorre ai principi sempre e non soltanto là dove le regole non siano risolutive⁴⁰.

7. L'esigenza di servirsi degli strumenti informatici come ausilio nell'operare umano si trasforma in una necessità per la cura dell'interesse pubblico sino ad affidare alle nuove tecnologie l'intera elaborazione del contenuto dell'atto amministrativo con conseguente riconoscimento del diritto di accesso all'algoritmo del *software* di gestione del procedimento amministrativo ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990⁴¹. Le recenti innovazioni tecnologiche mirano a trasformare radicalmente il modo di lavorare dell'amministrazione, passando dal modello della mera automazione a quello dell'*e-government*. In questo scenario informato ai criteri di semplificazione e standardizzazione dei procedimenti, l'atto ad elaborazione elettronica assume un ruolo centrale. L'indagine della dottrina e della giurisprudenza si sposta dal documento amministrativo informatico - inteso come entità immateriale capace di rappresentare in maniera duratura un fatto o un atto giuridico attraverso la percezione di segni o di suoni ed immagini incorporati in essa -, all'atto giuridico ossia l'evento al quale la norma ricollega determinati effetti giuridici, rappresentato nel documento stesso⁴². Accanto all'atto amministrativo in forma elettronica predisposto attraverso un sistema informatico in modo manuale, utilizzando il *computer* solo quale *word processor* e che per avere efficacia giuridica deve essere trasposto su supporto cartaceo e sottoscritto, si pone l'atto ad

³⁶ P. PERLINGIERI, *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 418 e 492.

³⁷ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, 2^a ed. riveduta e ampliata a cura di Giuliano Crifò, Milano, 1971, p. 22.

³⁸ «Le peculiarità delle circostanze, che caratterizzano l'agire e il caso concreto da decidere, richiedono al giurista non operazioni sillogistiche o logiche di carattere quasi aritmetico – e quindi tipiche –, ma “apprezzamenti interpretativi, nei quali entrano in vibrazione la sua sensibilità dei valori giuridici nella percezione degli interessi protetti dal diritto, il suo occhio clinico e diagnostico, la sua esperienza”»: P. PERLINGIERI, “*Principi generali*” e “*interpretazione integrativa*” nelle pagine di Emilio Betti, in corso di pubblicazione.

³⁹ «Tutto il sistema delle norme costituenti l'ordine giuridico ha base e fondamento in principi e criteri di valutazione i quali presuppongono una gerarchia di valori e determinano un rango fra gli interessi che vivono e operano nella vita di relazione». L'evoluzione giuridica dipende dunque dalla sensibilità del giurista nel saper interpretare «da forza di espansione assiologica dei principi generali»: P. PERLINGIERI, “*Principi generali*” e “*interpretazione integrativa*” nelle pagine di Emilio Betti, cit.

⁴⁰ P. PERLINGIERI, *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, cit., p. 8 ss.

⁴¹ I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2018, p. 647 ss.

⁴² I. FORGIONE, *o.l.c.*



elaborazione elettronica, ottenuto attraverso un procedimento di elaborazione da parte di sistemi informatizzati, che porta alla creazione di un documento giuridico collegando tra loro i dati che vengono inseriti nel *computer*, secondo le previsioni del *software* adottato e senza apporto umano. In quest'ultimo caso l'elaborazione dell'atto viene affidata interamente allo strumento informatico attraverso il reperimento, collegamento e 'interrelazione' tra norme e dati. La peculiarità è data dalle modalità di assunzione della determinazione volitiva contenuta nell'atto che è affidata ad un *computer*⁴³. A ciò conseguono problemi in termini non solo di tutela del *software* quale opera dell'ingegno, ma anche di nuove patologie e relativi strumenti di tutela da apprestare nell'ipotesi di vizi del *software* che danno luogo alla produzione di atti automatici non legittimi⁴⁴. Tuttavia, dal momento che l'algoritmo gestisce in modo automatico e per mezzo di un complesso sistema informatico il procedimento amministrativo, finisce per sostanziare esso stesso il procedimento amministrativo. Nel caso specifico affrontato di recente dal TAR Lazio nell'ambito della procedura di mobilità dei docenti ai sensi della l. n. 107/2015, la concreta sede spettante al docente è individuata esclusivamente dall'algoritmo, con la conseguenza che il tribunale afferma l'assimilabilità dell'algoritmo e dunque del *software* che lo gestisce all'atto amministrativo disciplinato dall'art. 22 lett. d) LPA⁴⁵. L'argomentazione contraria a tale riconoscimento, basata sulla considerazione che il linguaggio di programmazione informatica, incomprensibile se non ad un tecnico specializzato, e per giunta non elaborato dall'organo amministrativo al quale è conferito il potere, violerebbe i principi di *trasparenza e di pubblicità*, non è apparsa dirimente⁴⁶. La possibilità di qualificare il *software* in termini di atto amministrativo informatico risiede nel fatto che è con esso che la P.A. costituisce, modifica ed estingue situazioni giuridicamente rilevanti ed è lo stesso *software* che va impugnato davanti al giudice amministrativo se lesivo della sfera giuridica altrui. Ciò che conta dunque è che vi sia stata una scelta della P.A. di ricorrere ad uno strumento innovativo per la gestione del procedimento. Si tratterebbe di una metodologia che non altera la competenza atteso che la paternità dell'atto ricadrà comunque sull'organo che ne è attributario. Il programma informatico può avere rilevanza esterna sebbene esso non produca in via diretta ed immediata effetti verso l'esterno, in quanto i suoi effetti si espandono verso gli interessati ma in un momento successivo, ovvero al tempo dell'emanazione dell'atto amministrativo informatico⁴⁷. Tale scelta 'metodologica' della P.A. non può riflettersi negativamente sul diritto dell'interessato di accedere all'atto il contenuto del quale è stato elaborato esclusivamente attraverso l'apposito programma informatico, sì che alla qualifica del programma informatico in termini di atto amministrativo consegue la sua piena accessibilità *ex art. 22 cit.* alla stessa stregua dell'atto posto in essere dal funzionario persona fisica. La descrizione della sequenza ordinata dei re-

⁴³ M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'atto amministrativo e del processo*, in *Foro amm.*, 2016, 10, c. 2535; E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi sviluppi della digitalizzazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 2, p. 148 ss.; B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo Codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 1, p. 7 ss.;

⁴⁴ F. SAIITA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. amm. electr.*, 2003, p. 17 ss.; A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1993, p. 165 ss.

⁴⁵ TAR Lazio, Sez. III bis, 14 febbraio 2017, n. 3769, in *altalex.com*.

⁴⁶ F. SAIITA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico*, cit., p. 3 ss.

⁴⁷ I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR*, cit., p. 654 ss.



lativi passaggi logici dell'algoritmo in lingua italiana fornita dall'amministrazione non assicura, infatti, una conoscenza piena dell'atto. Soltanto con la conoscenza diretta del 'codice sorgente' potrà essere soddisfatto il diritto di difesa in giudizio e dunque di conoscenza della motivazione della decisione finale. Tuttavia, l'impugnazione di un siffatto atto là dove la declinazione dell'algoritmo si rilevasse non adeguata, comporterebbe inevitabilmente al privato un *adattamento* di non poco conto, attesa la necessità di una adeguata competenza non solo giuridica ma anche informatica. Se questo appare lo stato dell'arte per quanto attiene l'attività vincolata della P.A., non altrettanto può affermarsi per l'attività discrezionale della P.A. caratterizzata da *ponderazioni dei valori* e degli interessi pubblici non riconducibili a categorie giuridiche algoritmizzabili, sebbene sia già stata affermata l'astratta compatibilità della discrezionalità amministrativa con l'elaborazione elettronica⁴⁸.

8. Il rilievo del fattore della calcolabilità giuridica emerge soprattutto nella gestione delle sopravvenienze contrattuali⁴⁹: si tratta della possibilità di gestire il rischio contrattuale attraverso i c.d. *smartcontracts*⁵⁰. Il mutamento delle circostanze possono incidere sul programma negoziale e dunque sulla esecuzione della prestazione generando l'esigenza di un adeguamento del regolamento contrattuale. Tralasciando i rimedi c.d. ablativi nell'ottica di valorizzare l'autonomia negoziale e dunque in una logica conservativa del programma negoziale se pur necessariamente modificativa, parte della dottrina riconosce, sulla base di alcuni rimedi specifici previsti dalla disciplina generale del contratto e dalla disciplina di alcuni singoli contratti, il fondamento di un obbligo legale generale di rinegoziare il contratto in presenza di sopravvenienze⁵¹. Il riferimento è alla rettifica dell'errore di calcolo, alla riduzione ad equità del contratto rescindibile, alla riduzione della controprestazione in caso di impossibilità parziale, alla disciplina delle variazioni nella esecuzione del progetto in tema di appalto, alla modificazione dell'incarico del mandatario in presenza di sopravvenienze⁵². Del resto, l'obbligo di rinegoziazione potrebbe essere considerato sottinteso nei contratti di

⁴⁸ La compatibilità è sempre in concreto mai in astratto, come dimostra l'evoluzione giuridica: sul punto si rinvia a A. ALPINI, *Compatibilità e analogia nell'unità del procedimento interpretativo*, cit., p. 761 ss.

Tuttavia va precisato che si è prospettata l'introduzione di un autovincolo attraverso la compilazione di un *pre-software* con il quale la P.A. potrebbe predeterminare i parametri della propria azione in modo di scegliere preventivamente quale accezione utilizzare di concetti indeterminati o elastici, seguendo una interpretazione precisa tra quelle desumibili dalla norma oppure predeterminando i fatti rilevanti. Sul punto F. SAIITA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico*, cit., p. 3 ss. Cfr. F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012, p. 174 ss.

⁴⁹ E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2016, p. 801 ss.; G. VILLANACCI, *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Persona e Mercato*, 2015, 3, p. 61 ss.; E. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 943 ss.; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Tratt. del contratto*, diretto da Roppo, V, 2, Milano, 2006, p. 498 ss.; R. TOMMASINI, *Dalle logiche di revisione del rapporto alle più articolate forme di gestione*, in ID. (a cura di), *Sopravenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, p. 2 ss.; A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 363 ss.; G. ALPA, *Accordo delle parti e intervento del giudice nella determinazione dell'oggetto del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 728 ss.

⁵⁰ D. DI SABATO, *Gli smartcontracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 2, 2017, p. 378 ss.

⁵¹ F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 497 ss.

⁵² D. DI SABATO, *Gli smartcontracts*, cit., p. 380.



durata sulla base dell'equità⁵³ o riconoscendo al principio di proporzionalità una funzione fondamentale nell'interpretazione e integrazione del contratto superando la barriera formale del tipo⁵⁴. Tuttavia la complessità della gestione convenzionale delle sopravvenienze risiederebbe nell'incapacità insita nella natura umana di prevedere gli eventi futuri e dunque nell'incapacità di formulare un regolamento contrattuale che tenga conto non soltanto del presente, ma anche del futuro. Di fronte alla possibilità di avvalersi dello strumento del contratto normativo o delle clausole di indicizzazione – limitatamente quest'ultime ad adattamenti di carattere soltanto quantitativo –, il problema si potrebbe presentare soprattutto nei rapporti che non sono gestiti da professionisti o dall'arbitraggio⁵⁵. Rimane il fatto che se le parti si determinino ad inserire nel regolamento contrattuale clausole con le quali si obbligano alla rinegoziazione, per garantire l'efficacia delle stesse occorrerebbe ricorrere all'esecuzione in forma specifica *ex* art. 2932 c.c. che però si sostanzierebbe nel riconoscimento al giudice del potere di obbligare le parti a rinegoziare e dunque di ingerirsi nella definizione delle modificazioni⁵⁶. Tuttavia, va tenuto in considerazione che sia nel caso di adeguamento demandato al terzo, sia in quello di inserimento di clausole di negoziazione o ancora di adeguamento automatico, il meccanismo sarebbe comunque dettato da una condizione sospensiva o risolutiva⁵⁷. In effetti alla base degli *smartcontracts* vi è un algoritmo che traduce in termini informatici la volontà delle parti includendo una serie infinita di possibilità concepite nel linguaggio informatico come *if-then*, sí che al determinarsi di una condizione si produce inevitabilmente l'effetto programmato in modo che può essere previsto un numero infinito di clausole che stabiliscono in un dato momento, e considerate le circostanze concrete, il contenuto delle prestazioni delle parti. Uno dei rischi maggiori che si prospetta, atteso che gli *smartcontracts* si associano ad un sistema di *blockchain*⁵⁸, è di immettere dati errati quali presupposti di esecuzione automatica che non potranno più essere modificati.

9. Il database *Blockchain*, garantendo l'impossibilità di modificare e alterare i dati inseriti e le operazioni registrate, determinerebbe un alto grado di affidabilità al punto di ipotizzare un suo utilizzo in sostituzione dell'intervento del notaio⁵⁹. La regola tecnica verrebbe a sostituire la regola giuridica. La sottoscrizione digitale senza notaio, impiegando al posto degli atti pubblici strumenti di identificazione di ultima generazione utilizzati nelle piatta-

⁵³ R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 2004, p. 723 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 2004, p. 647 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 2003, p. 710 ss.; G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2022, p. 611 ss.;

⁵⁴ P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 561 ss.; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.

⁵⁵ E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione*, cit., p. 804 ss.; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, p. 165 ss.

⁵⁶ F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 81 ss.; E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1047 ss.; L. CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *Contr.* 2016, p. 185 ss.

⁵⁷ E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione*, cit., p. 801 ss.

⁵⁸ M. BELLINI, *Che cosa sono e come funzionano le Block-chain*, in *Distributed Ledgers Technology*, DLT, 26 agosto 2017.

⁵⁹ C. LICINI, *Il notaio dell'era digitale: riflessioni gius-economiche*, in *Notariato*, 2, 2018, p. 142 ss.; M. FERRARIS, *La Blockchain e Sant'Agostino*, in *Notariato*, 1, 2018, p. 9 s.

forme digitali telematiche come *blockchain*, troverebbe nell'identificazione biometrica, sotto il profilo dell'autenticità, un valido surrogato. La *blockchain* sarebbe la naturale sostituzione a tutte le istituzioni terze di controllo e di certificazione⁶⁰. Tuttavia, altro è la sicurezza della conservazione, altro è la garanzia della qualità del dato conservato. *Blockchain* garantirebbe la sicurezza materiale dell'avvenuto deposito di documenti e della loro conservazione, ignorando completamente il loro contenuto intrinseco: garantirebbe un risultato matematico non le valutazioni giuridiche⁶¹. Da questa prospettiva priva di sostanzialità giuridica emerge la necessità di recuperare il senso della funzione notarile che risiede innanzitutto nella fiducia quale valore irrinunciabile in qualunque tipo di scambio. L'assenza di un soggetto responsabile, che oltre a verificare l'identità delle parti del contratto ne controlli anche la capacità e l'effettiva volontà, rappresenta un limite del sistema informatico. Del resto, le reti telematiche, i rapporti non *face-to-face*, l'anonimato non diminuiscono, ma accrescono la necessità del controllo di legalità. La Cassazione si è recentemente pronunciata con riferimento al trattamento dei dati personali biometrici nei quali vanno ricompresi tutte le operazioni che consentono l'identificazione anche indiretta del soggetto⁶². La trasformazione del dato biometrico relativo alla mano di un individuo in un modello di riferimento, consistente in un codice, consente l'identificazione personale attraverso operazioni di confronto tra il codice numerico ricavato ad ogni accesso e quello originariamente raccolto. Il fatto che il modello archiviato, realizzato attraverso la compressione dell'immagine della mano, consista in un numero che non è di per sé correlato al dato fisico, e che non sia possibile partendo da tale numero ricostruire l'immagine della mano in quanto l'algoritmo è unidirezionale ed irreversibile, non esclude che si versi in ipotesi di trattamento di dati *ex art. 37* del d.lgs. n. 196 del 2003. Attraverso la conservazione dell'algoritmo è infatti possibile risalire all'individuo al quale il dato appartiene e che lo identifica.

10. Il fatto che i *robot* stiano sviluppando caratteristiche autonome e cognitive in grado di prendere decisioni indipendentemente da una influenza esterna, pone il problema della adeguatezza della disciplina della responsabilità civile⁶³ nell'ipotesi che l'uomo non sia in

⁶⁰ M. MANENTE, *Blockchain: la pretesa di sostituire il notaio*, in *Notariato*, 3, 2016, p. 211 ss.

⁶¹ C. LICINI, *Il notaio dell'era digitale*, cit., p. 146 ss.

⁶² Cass., Sez. II, ord., 15 ottobre 2018, n. 25686, in *privacy.it*.

⁶³ Il banco di prova della complessità che scaturisce dall'impatto delle tecnologie sul diritto, è rappresentato dalla disciplina della responsabilità civile in rete: T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, p. 224 ss.; U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001; G. ALPA, *New economy e libere professioni: il diritto privato e l'attività forense nell'era della rivoluzione digitale*, in *Contratto e impresa*, 3, 2000, p. 1175 ss.; P. STANZIONE, *Commercio elettronico, contratto ed altre categorie civilistiche*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2001, p. 652 ss.; S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole della responsabilità civile*, Napoli, 2003, ID., *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 829 ss.; M.L. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Napoli, 2006. Da ultimo, con riferimento alla responsabilità dell'*internet hosting provider* e alla inadeguatezza del d.lg. 70/03, vedi F. DI CIOMMO, *Responsabilità dell'Internet hosting provider, diffamazione a mezzo Facebook e principio di tassatività della norma penale: troppa polvere sotto il tappeto*, in *Foro it.*, 2017, c. 257 ss. e B. MARUCCI, *La responsabilità civile in rete: necessità di introdurre nuove regole*, in *comparazioneditto.civile.it*. Di centrale importanza appare la questione della natura giuridica degli accordi tra gli utenti e i *social networks*, atteso che il ruolo dei gestori delle



grado di prevedere ed evitare l'operatività della macchina. Si pensi alle c.d. *driverless car* ossia veicoli dotati di pilota automatico e dunque in grado di circolare indipendentemente dall'uomo-conducente⁶⁴. Se con tali dispositivi diminuiscono i rischi di sinistri stradali, nascono nuovi rischi connessi ai problemi di affidabilità del *software* e di imputazione della responsabilità. La Direttiva 85/354/CEE riguarda, infatti, solamente i danni causati dai difetti di fabbricazione di un *robot* e a condizione che la persona danneggiata sia in grado di dimostrare il danno effettivo, il difetto nel prodotto e il nesso di causalità tra difetto e danno. Sì che la responsabilità oggettiva e la responsabilità senza colpa potrebbero non essere adeguate⁶⁵. La Cassazione sembra aver accolto un'accezione rigorosa in materia di onere della prova con la conseguenza di gravare il consumatore dell'onere di dimostrare che l'uso del prodotto ha comportato risultati anomali rispetto alle aspettative, tali da evidenziare un difetto del prodotto stesso. Tuttavia per il consumatore è impossibile dimostrare la presenza di un errore all'interno dell'algoritmo di controllo di una *driverless car*, così come per il giudice sarebbe impossibile valutare l'attendibilità delle valutazioni dei periti al riguardo. Da questa prospettiva è apparso più opportuno fare riferimento ad uno *standard* valutativo incentrato sulla *negligence* del produttore⁶⁶. Tuttavia, l'imposizione di una piena responsabilità oggettiva ostacolerebbe la diffusione e lo sviluppo delle *driverless* e d'altra parte, l'istituzione di un Fondo di garanzia che sollevi il produttore dall'onere risarcitorio deresponsabilizzerebbe la condotta. Si è allora avanzata la proposta di una responsabilità oggettiva limitata⁶⁷, attraverso la formulazione di un protocollo operativo *ex ante* che permette di ancorare l'imputazione di responsabilità oggettiva al mancato rispetto delle regole operative previste per l'attività condotta e destinare il fondo pubblico soltanto per le ipotesi in cui si sia dimostrato di essersi attenuti al Protocollo, al fine di evitare che il costo del danno resti in capo alla vittima.

11. Dal contesto appena tratteggiato si rileva non soltanto che l'attività dell'interprete non può essere sostituita o condizionata da alcun automatismo ma che essa acquista altresì una nuova centralità. Si apre la questione della legittimazione sul piano tecnico-giuridico. Il giurista è chiamato a garantire non la certezza del diritto a discapito della giustizia e della funzione promozionale del diritto, bensì a valorizzare, con la sua sensibilità e il suo bagaglio culturale, meccanismi e tecniche presenti nel sistema e a intuirne i nuovi orizzonti applicativi con un approccio metodologico inevitabilmente induttivo e deduttivo⁶⁸. L'assiologia di sistema impone di valutare la concreta e piena compatibilità dell'esplicarsi dell'autonomia negoziale ai principi identificativi del suo stesso ordine. Si avverte l'esigenza di garantire in modo dinamico e trasparente la contrattazione, con una regolamentazione

piattaforme sociali non potrebbe essere ricondotto a quello dei *providers*: C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, p. 38 ss.

⁶⁴ A. DAVOLA e R. PARDOLESI, *In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto ("driverless")?*, in *Danno e resp.*, 5, 2017, p. 616 ss.

⁶⁵ A. FUSARO, *Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 6, p. 896 ss.

⁶⁶ A. DAVOLA e R. PARDOLESI, *In viaggio col robot*, cit., p. 626.

⁶⁷ G. PONZANELLI e R. PARDOLESI (a cura di), *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, in *Nuove leggi civ.*, 1989, p. 628 ss.

⁶⁸ P. PERLINGIERI, *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, cit., p. 13 ss.



giuridica adeguata a partire dagli interessi concretamente manifestati, nella consapevolezza che questi potrebbero modificarsi e anche estinguersi per essere la parte venuta a conoscenza di fatti nuovi. Si pensi all'evoluzione in tema di procedimentalizzazione⁶⁹ della quale un esempio paradigmatico è il c.d. preliminare del preliminare⁷⁰. Il giurista è sollecitato a non arrestarsi alla nozione di contratto preliminare quale fonte di obbligazioni che hanno ad oggetto un *facere* giuridico già completamente definito⁷¹. Il preliminare è colto non soltanto nella sua natura di fonte dell'obbligo di contrarre in senso formale, ma anche come espressione degli interessi delle parti a frazionare la fattispecie in segmenti diversi di una sequenza unitaria, all'interno della quale questi 'segmenti' possono assumere una propria specificità e un'autonoma funzione. In particolare, le c.d. punteggiature antecedenti il contratto preliminare possono dare luogo a rapporti obbligatori volti a disciplinare le modalità di prosecuzione delle trattative e a valutare la fiducia tra le parti. Il fatto che tali punteggiature non coprano l'intera fattispecie e che il consenso sia espresso soltanto su una parte dei requisiti del contratto, non può condurre ad escludere *a priori* che si tratti di manifestazione di un consenso e di un accordo su quanto già oggetto di trattativa. Del resto l'ambiguità della formula 'preliminare di preliminare' si spiega proprio nell'attribuzione al contratto preliminare dell'esclusiva funzione di obbligare le parti a concludere il definitivo. Se, invece, guardiamo al preliminare come ad uno strumento flessibile che si pone a monte di un procedimento e che può rispondere a interessi meritevoli di tutela, dalle trattative fino alla conclusione del contratto in forma e contenuto definitivo, l'ambiguità si scioglie e la formula rie-

⁶⁹ A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, p. 141 ss.; R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2000, spec. p. 92 ss.; S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, Napoli, 2000, *passim*; G. COMANDÉ e S. SICA, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, spec. p. 55 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, p. 73 ss., spec. p. 79 e ss.; L. FURGIUELE, *Contratti a conclusione telematica*, in F. BOCCHINI (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie. I. Gli scambi*, Torino, 2003, p. 172 ss.; V. RICCIUTO, *La formazione del contratto telematico e la tutela del consumatore*, in V. RICCIUTO (a cura di), *Il contratto telematico e i pagamenti elettronici. L'esperienza italiana e spagnola a confronto*, Milano, 2004, *passim*; M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004, 6, pp. 805-83; F. FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, Napoli, 2005, *passim*; G. PERLINGIERI, *Il contratto telematico*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2010, p. 274 e ss.; A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, in *Informatica e diritto*, 2010, 1-2, p. 7 ss.; EAD., *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, *passim*; F. BOTTONI, *Incompletezza del contratto e riserva di determinazione convenzionale*, Napoli, 2013, *passim*.

⁷⁰ Da ultimo Cass., Sez. II, 21 maggio 2018, n. 12527, in *Il caso.it*.

⁷¹ G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 2016 ss.; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 63 ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2002, spec. p. 28 ss.; L. BARCHIESI, *Gentlemen's agreement*, in *Manuale del nuovo contratto*, diretto da P.G. Monateri, E. del Prato, M.R. Marella, A. Somma e C. Costantini, Bologna, 2007, p. 490 ss.; E.M. PIERAZZI, *L'accordo parziale*, Padova, 2012, spec. p. 47 ss.; F. ADDIS, *Vincoli preparatori e contratto avente per oggetto l'obbligazione di non interrompere le trattative*, in P. PERLINGIERI e S. POLIDORI (a cura di), *Domenico Rubino, I. Interesse e rapporti giuridici*, Napoli, 2009, p. 715 ss.; C.A. NIGRO, «Minuta» e «punteggiatura» nel contesto della formazione progressiva del contratto, in *Contr.*, 2010, p. 841 ss.; E DEL PRATO, *I requisiti del contratto, art. 1325*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013, p. 56 ss.; A. NATUCCI, *La formazione progressiva del contratto*, in *Tratt. Roppo*, I, Milano, 2006, p. 450 ss.; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, p. 233 ss.; A. FICI, *Il contratto «incompleto»*, Torino, 2005, p. 151 ss.; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007, p. 73 ss.; D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 521 ss.; F. BOTTONI, *Incompletezza del contratto e riserva di determinazione convenzionale*, cit., p. 51 ss. e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.



sce a rappresentare proprio la duttilità dello strumento, evocando altresì le problematiche relative al collegamento negoziale⁷².

Ciò implica di uscire dalla prospettiva tipica della formazione progressiva della fattispecie nella quale la fattispecie stessa risulta rigidamente predeterminata, senza lasciare spazio a diverse e nuove esigenze che in concreto si possono presentare. Nella prospettiva della procedimentalizzazione nella creazione dell'obbligo, si può discorrere non di preliminare ma di preliminari caratterizzati da forme diverse e intensità diverse.

12. Oltre al 'preliminare di preliminare' può darsi in concreto una più articolata procedimentalizzazione delle fasi contrattuali che consente di individuare nel corso delle trattative una convenzione che non sia un preliminare dotato di tutti gli elementi essenziali, in quanto non preordinato alla conclusione del preliminare definitivo, ma una *puntuazione vincolante* sui profili in ordine ai quali l'accordo è irrevocabilmente raggiunto, restando da concordare secondo buona fede ulteriori punti. Questi «procedimenti di formazione contrattuale graduale lasciano trasparire l'interesse perseguito dalle parti a una negoziazione consapevole e informata»⁷³. In tali fattispecie «la formazione del vincolo è limitata a una parte del regolamento e la violazione dell'intesa raggiunta, rimettendo in discussione questi obblighi in itinere che erano già determinati, dà comunque luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento»⁷⁴. È chiaro che a seconda del caso si potrà applicare l'obbligo di esecuzione in forma specifica oppure no; differenziato sarà altresì il criterio di valutazione del risarcimento del danno che dovrà essere governato da una proporzionale gradualità.

Taluno considera oggetto dell'obbligazione nascente dalle c.d. punteggiature vincolanti l'obbligo di (continuare a) contrattare in buona fede⁷⁵. Tale impostazione evidenzerebbe però una contraddizione⁷⁶: da una parte si ritiene inidonea la responsabilità precontrattuale che proprio dalla violazione della buona fede scaturisce, dall'altra si considera oggetto dell'obbligazione una prestazione che consiste ugualmente nel contrattare secondo buona fede. Tuttavia, se si considera che la buona fede attraversa tutte le fasi del contratto dalle trattative all'esecuzione, dovrebbe ammettersi che essa si colora di contenuti che in concreto possono assumere diverse intensità, sí che la contraddizione sfuma lasciando il posto ad

⁷² C. CREA, *Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, Napoli, 2013, p. 42 ss.

⁷³ Cass. n. 12527/2018, cit.

⁷⁴ Cass. n. 12527/2018, cit.; cfr. Cass., Sez. Un., 6 marzo 2017, n. 4628, in *Giur. it.*, 2015, p. 1069 ss., con note di A. DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*; e G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*; in *Corr. giur.*, 2015, p. 609 ss., con note di V. CARBONE, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*; e F. FESTI, *Il contratto preliminare di preliminare*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 609 ss., con nota di G. Buset, *Le sezioni unite sul preliminare di preliminare di vendita immobiliare*; in *Contratti*, 2015, 550 ss., con nota di V. BRIZZOLARI, *Il preliminare di preliminare: l'intervento delle sezioni unite*; in *Notariato*, 2015, p. 426 ss., con nota di R. BENIGNI, *Le Sezioni unite sulla validità del preliminare di preliminare*; in *Riv. not.*, 2015, p. 597 ss., con nota di C. CICERO, *Il concetto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto "a tutele crescenti"*; e in *Vita not.*, 2015, p. 813 ss. Cfr. altresì A. PLAIA, *Da "inconcludente superfetazione" a quasi contratto: la parabola ascendente del "preliminare di preliminare"*, in *Dir. civ. cont.*, 14 maggio 2015; e A.M. BENEDETTI, *Autonomia dei procedimenti formativi? La vicenda del "preliminare di preliminare"*, *ibidem*, 11 maggio 2015. Cfr. altresì G. CARAPEZZA FIGLIA e O. CLARIZIA, *Puntuazione vincolante o preliminare di preliminare? (A proposito di una pronuncia delle Sezioni unite)*, in *Contr. e Impr.*, 2015, 4-5, p. 874 ss.

⁷⁵ G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, pp. 53-57.

⁷⁶ G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, cit., p. 1073 ss.



un vago scetticismo sulla configurabilità di un vincolo procedimentale che dia luogo ad un vero e proprio contratto l'inadempimento del quale ricadrebbe all'interno della disciplina *ex art. 1218 c.c.*⁷⁷.

Il punto è che l'interesse al differimento della manifestazione del consenso alla produzione degli effetti giuridici definitivi⁷⁸, subordinando la manifestazione ad un controllo successivo sulle circostanze sopravvenute che possono rendere non più attuale la volontà manifestata, può condurre sia ad una modificazione del regolamento già pattuito, sia alla sua estinzione. Da questa prospettiva gli accordi preliminari svolgono anche una importante funzione di controllo in grado di prevenire e comporre i conflitti⁷⁹. Sembra che la tesi autorevolmente sostenuta, secondo la quale possa ammettersi soltanto un preliminare di definitivo ad effetti reali⁸⁰, debba essere rivista alla luce dell'evoluzione maturata. Del resto, il rinnovato interesse nei confronti della donazione obbligatoria di una quota del bene comune ha già offerto lo spunto per riaprire il dibattito sulla ammissibilità di un contratto preliminare di donazione⁸¹. Indubbiamente la procedimentalizzazione, quale chiave di lettura del fenomeno giuridico, è espressione del 'nostro tempo'.

⁷⁷ D. LAURINO, *L'altra faccia del "preliminare del preliminare"*, in *Immobili e proprietà*, 8-9/2018, p. 488.

⁷⁸ G. GABRIELLI, *Contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 137 ss.

⁷⁹ U. STEFINI, *Il "preliminare di preliminare" e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 5, p. 1230 ss.

⁸⁰ F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Torino, 2010, spec. pp. 14 e 87.

⁸¹ F. PIRONE, *L'intervento delle Sezioni unite sulla donazione di quota di un bene facente parte di una massa comune*, in *Notariato*, 3, 2016, p. 256 ss.