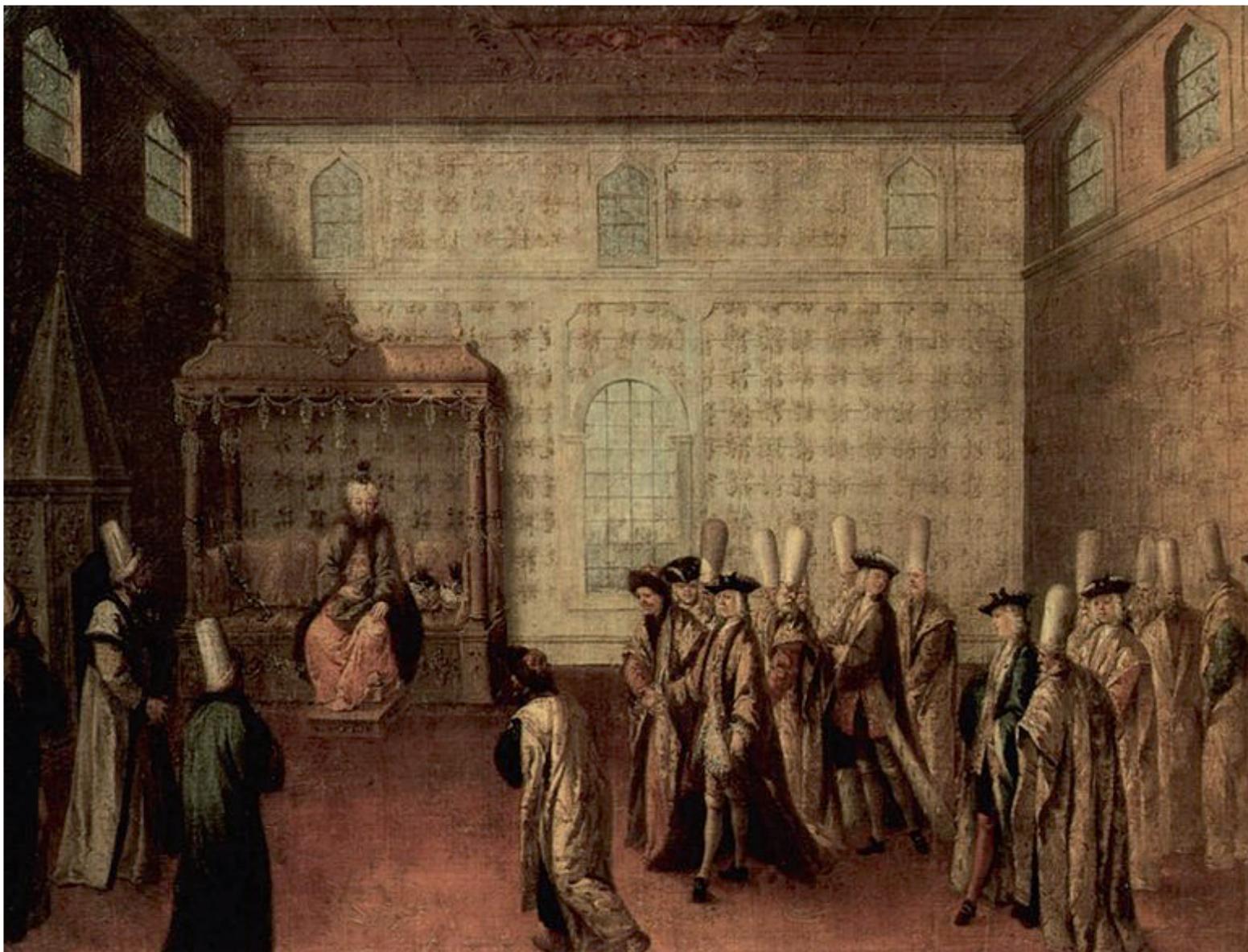




COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

a cura di Pasquale Stanzione



Anno 2014 - Volume 4

www.comparazionedirittocivile.it

Comitato scientifico

Pasquale Stanzone (Università degli Studi di Salerno), Gabriella Autorino (Università degli Studi di Salerno), Aldo Berlinguer (Università degli Studi di Cagliari), Guido Biscontin (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), Manoel J. Santos (Fundação Getulio Vargas – Sao Paulo), Giovanni Maria Riccio (Università degli Studi di Salerno), 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), Virginia Zambrano (Università degli Studi di Salerno), Paolo Zatti (Università degli Studi di Padova).

Coordinatore del comitato scientifico

Pierluigi Matera (Link Campus University - Roma)

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), Cristina Dalia (Università degli Studi di Salerno), Amalia Chiara Di Landro (Università Mediterranea di Reggio Calabria), Vincenzo Durante (Università degli Studi di Padova), Giovanni Facci (Università degli Studi di Bologna), Rigas Giannopoulos (Aristotle University of Thessaloniki), Marco Juric (University of Zagreb), Nevena Krivokapić (University of Belgrad), Leysser Léon-Hilario (Pontificia Universidad Católica del Perú), Antonio Legerén Molina (Universidade 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), Pieremilio Sammarco (Università degli Studi di Roma Tre), Mauro Serra (Università degli Studi della Basilicata), Giuseppe Spoto (Università degli Studi Roma Tre), Maria Gabriella Stanzone (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"), 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), Giovanni Marini (Università degli Studi di Perugia), Pier Giuseppe Monateri (Università degli Studi di Torino), Maria Lilla Montagnani (Università Commerciale "Luigi Bocconi"), Alfonso Hernández Moreno (Universitat de Barcelona), Helena Mota (Universidade do Porto), 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"), 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

ISSN 2037-5662

© COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE - Tutti i diritti riservati



4/2014

INDICE

DOTTRINA

- The New Italian Regulation on Copyright Enforcement: Comparative and Critical Remarks
Giovanni Maria Riccio 3
- Profili di responsabilità civile nell'*insider trading* tra *common law* e *civil law*: esperienze italiana ed
angloamericana a confronto
Annamaria Giulia Parisi 14
- Trust* e tradizione giuridica nel diritto israeliano: "*a [not so] poor thing, but mine own*" 40

STUDI E RICERCHE

- Lo studio della proprietà attraverso la lente dei diritti fondamentali
Lorenzo Cavalaglio 58
- La responsabilità civile in rete: necessità di introdurre nuove regole
Barbara Marucci 72

NOTE E RECENSIONI

- Mediation*. Composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo
Gianluca Di Filippo 96

GIURISPRUDENZA

- Revocatoria ordinaria (Azione)
Cass. civ. Sez. III, Sent., 30 dicembre 2014, n. 27546 101
- Fideiussione
Cass. civ. Sez. III, Sent., 30 dicembre 2014, n. 27531 105
- Possesso – Interversione
Cass. civ. Sez. II, Sent., 30 dicembre 2014, n. 27432 110
- Ordinamento giudiziario – Disciplina dei magistrati – illeciti disciplinari: fattispecie
Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 26 novembre 2014, n. 25136 116
- Sucessione legittima e necessaria – Donazione e legati in conto di legittima
Cass. civ. Sez. II, Sent., 3 novembre 2014, n. 23371 125
- Coniugi (rapporti patrimoniali tra) – comunione dei beni - legale
Cass. civ. Sez. I, Sent., 29 ottobre 2014, n. 23002 132
- Obbligazioni e contratti – obbligazioni solidali
Cass. civ. Sez. III, Sent., 20 ottobre 2014, n. 22231 138



Obbligazioni e contratti – negozio giuridico – collegamento negoziale	
Cass. civ. Sez. III, Sent., 10 ottobre 2014, n. 21417	142
Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 3 settembre 2014 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Hof van beroep te Brussel - Belgio) – Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW / Helena Vandersteene a. (Causa C-201/13).....	149
Vaterschaftsanfechtung	
Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 11 dicembre 2013 – 1 BvL 6/10	151
Informationelle Selbstbestimmung -Kommunikationsfreiheit	
Bgh, Urteil vom 23 settembre 2014 – VI ZR 358/13.....	176
Urheberrecht	
Bgh, Urteil vom 17 luglio 2013 – I ZR 52/12 “Pippi Langstrumpf”	188



4/2014

DOTTRINA

THE NEW ITALIAN REGULATION ON COPYRIGHT ENFORCEMENT: COMPARATIVE AND CRITICAL REMARKS

GIOVANNI MARIA RICCIO¹

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. Definitions. – 3. The Committee for the Development and Protection of the Legal Offer of Digital Works. – 4. Purposes of the Regulation. – 5. Procedure. – 6. Final Remarks.

ABSTRACT: At the end of December the Italian Communications Authority (Agcom) unanimously approved a new regulation on copyright enforcement for on-line infringements. This Regulation, which does not imitate any previous European or US legislation, holds a specific procedure which can be used by copyright holders in case of infringements of the so-called digital works. The paper provides a legal analysis of this new Regulation, remarking the most relevant issues, with specific reference to the right to defense and to the balance of different interests of ISPs and IPRs holders. The last section of the article underlines the main differences between the Agcom solutions and the French Hadopi law, also dealing with the lack of European harmonization which could be caused by the single national regulations.

¹ Professor of Comparative Law (University of Salerno, Italy). E-mail: gmriccio@unisa.it



1. At the end of December 2013, the Italian Communications Authority (Agcom – Autorità per le garanzie nelle comunicazioni)¹ unanimously approved a new regulation on copyright enforcement for on-line infringements. It is a general regulation, which can be applied to almost all the copyright infringements committed via internet.

The Regulation was approved after a public consultation, which began in late July and ended in September, involving all the stakeholders of the IT sector. The period chosen for the consultation – the beginning of the summer holidays – has been widely criticized as it appeared to be an attempt to sweep the most controversial issues under the carpet.

Two main preliminary issues have been underlined by legal scholars².

First of all, Agcom is a subject which both creates and oversees the application of its own rules: a choice that probably does not respect – generally speaking – the tripartite separation of powers principle³. It is also remarkable, in this regard, that the administrative communications authority did not take into account the fact that at least three bills, concerning on-line copyright enforcement, are pending before the Parliament.

Although influential constitutionalists have judged such regulation as lawful⁴, considering the general power of the authority over the communications sector, the common opinion among scholars is that the Agcom would have not been empowered to adopt it. Pursuant to article 32-bis, paragraph 2, of the Legislative Decree No. 177 of 2005, Agcom is entitled to adopt regulations on copyright: “providers of audiovisual media services operate in compliance with copyright and related rights, and in particular: a) transmit cinematographic works in compliance with the time limits and conditions agreed with the rights holders, b) refrain from transmit or re-transmit, or make available to users, however, on any platform, and whatever the type of service offered, programs subject to intellectual property rights of third parties, or parts of such programs without the consent of the holders of the rights, and subject to the provisions of short news reports” and that (paragraph 3) the “Authority shall issue the necessary regulations to make an effective compliance with limits and prohibitions referred to in this Article”⁵.

¹ Agcom is an administrative independent authority, established by Law No. 249 of 31 July 1997. Agcom powers Agcom are established by the Italian Parliament which also defines its statutes and appoints its members. Its competences are, inter alia, the implementation of liberalization in the telecommunication market through regulation and supervision activities; the rationalization of resources in audiovisuals; the application of antitrust rules in the field of communications, inquiries on dominant positions; the organization of the Registry of Communication Operators.

² See the papers of the workshop “Il diritto d’autore: modelli a confronto” available at [Hhttp://www.agcom.it/Default.aspx?message=contenuto&DCId=700H](http://www.agcom.it/Default.aspx?message=contenuto&DCId=700H) (especially GUIDO SCORZA, *Copyright enforcement. A chi tocca dettare le regole e di cosa bisogna preoccuparsi. Auto e coregolamentazione possono aiutare?*).

³ It is undisputed that Italian administrative authorities of the legislative and regulatory powers (See for instance PAOLO CARETTI (ed.), *I poteri normativi delle autorità indipendenti, Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Turin, Giappichelli, 2005; VINCENZO CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Quadranti di Astrid*, Bologna, 9 (2010); with specific reference to Agcom’s powers in this sector See A PIRIZZOLI, *L’iniziativa dell’Agcom sul diritto d’autore nelle reti di comunicazione elettronica*, 2 *Rivista telematica giuridica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti* 3 (2011). Instead it seems regrettable that Agcom has reserved to itself, at the same time, the regulatory power and the judicial power, settling disputes between copyright holders and other parties (ISPs and editors of web-sites and web-pages).

⁴ For reasons which are hard to understand, these legal opinions have not been published on the Agcom’s website and are not publicly accessible.

⁵ For a detailed analysis of this legislative provision See ROBERTO D’ORAZIO, *Le competenze dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in A. FRIGNANI – E. Poddighe – V. ZENO-ZENCOVICH (eds.), *La televisione digitale: temi e problemi. Commento al D. Lgs. 177/05 T.U. della Radiotelevisione*, Giuffrè, Milano, 281 (2006). See also, with



Agcom's regulatory power is then limited to certain copyright works (audiovisual works) and to certain operators (providers of audiovisual media services). On the contrary, the Regulation approved is applicable to almost all the copyright infringements committed via internet and therefore should fall beyond the boundaries set by the above mentioned Legislative decree No. 177 of 2005.

The Regulation also refers to the Legislative Decree No. 70 of 2003, which implemented the e-commerce directive and which holds (as well as the EU directive) that an administrative authority such as Agcom may require ISPs to terminate or prevent an infringement by removing a specific content or by disabling the access to the web-page.

It is a clear misunderstanding: Legislative Decree No. 70 of 2003 does not grant a power to adopt regulatory measures, but only a power to remove content or disable access to infringing contents.

The above-mentioned rules, then, show that Agcom does not have a general regulatory power in the field of copyright, lacking a formal legislative act of the Parliament appointing this power. For this reason, ISPs, consumer associations and civil liberties associations have announced that they will proceed before the Administrative Courts for the annulment of the resolution⁶.

According to the purposes stated by the Agcom in its first resolution, the Regulation should have applied only to massive copyright violations and would involve both web-page editors (as directly liable for the infringement) and ISPs, who should be ordered to remove unlawful contents or to block the access to the websites.

Nevertheless, the final wording of the Regulation does not contain a specific provision and does not entitle Agcom to dismiss a report of a copyright violation where this infringement is not wide-scale (or massive, recalling the legislative wording). In other words, we stand on the opinion that Agcom is expected to initiate the specific procedure even if only a single violation is reported.

This omission – it is not clear if it is based on a deliberate choice or not – completely changes the initial intents as discussed with the different stakeholders. It also means that the Regulation will not be applied exclusively against “serial” infringements (such as, for instance, towards illegal streaming platforms), but also against “occasional” infringements.

specific reference to the Agcom's competences on copyright Marco Orofino, *L'intervento regolamentare dell'AGCOM in materia di diritto d'autore: profili di criticità formale e sostanziale*, in F. PIZZETTI (et alii), *I diritti nella "rete" della rete: il caso del diritto di autore*, Giappichelli, Torino (2011).

⁶ See ARTURO DI CORINTO, *Copyright web, con le nuove regole l'Agcom scavalca il Parlamento*, La Repubblica, December 12, 2013 http://www.repubblica.it/tecnologia/2013/12/12/news/agcom_copyright_scenario-73429259



2. The draft Regulation opens with a long list of definitions, some of which are taken from the EU legislation or from other laws, such as, for instance, the notions of electronic communications networks (article 1, letter l), taken from the Electronic Communications Code (Legislative Decree No. 259 of 2003) or “audiovisual media service”, “radio media service” or “media service provide”, which recall article 2 of the above mentioned General Law on audiovisual media services and radio (Legislative Decree No. 177 of 2005)¹.

Other definitions, however, are absolutely innovative, such as, for instance, “catalogue” which is defined as “the set, organized in accordance with pre-established criteria by a non linear audiovisual media service provider, of programs which may be enjoyed at the time chosen by the user”².

The category of “digital works”, which includes works, or parts of them, related to “sound, audiovisual, video-recreational (i.e. pc games) and publishing” is also unknown within the existing legislation. The Regulation covers these works exclusively, so, in case of violations of copyrighted works other than those included in the definition of digital works, the Agcom Regulation will not apply³.

It is difficult to understand how Agcom selected the protected works. On the one hand, one could argue that the works listed above include the vast majority of the violations committed via internet concerning music, movies or TV programs and software.

However a different interpretation could be provided regarding the last category, that of editorial works, which should provide a solution to the clash which has taken place in recent months between publishers’ associations and ISPs (and notably Google).

This dispute has already involved Belgian Courts. In May 2011, they held Google News liable for copyright infringement despite the fact that its servers are located in the United States. According to the court, Belgian law should govern the case, pursuant to Article 5.2 of the Berne Convention, as long as copyright protection was sought in that country⁴. The UK Copyright Tribunal, in a case involving a tool similar to Google News, considered that licenses of some kind must exist between individual newspapers and ISPs aggregating the news; otherwise these services would be infringing⁵.

Apart from the reasons which lead to the inclusion of editorial works among the protected works of the Regulation, this new concept seems extremely wide and with uncertain boundaries. Is an article published in a blog an editorial work or not? It is reasonable to wonder about the differences among single typologies of blogs, and especially those which are published within an editorial context (i.e. the blogs framed by newspapers) and those managed independently: does the Agcom Regulation grant protection to the first ones –

¹ An unofficial translation of the Regulation is available on Hwww.portolano.itH

² See article 1, lett. s).

³ The notion of digital works has been coined by EUGENIO PROSPERETTI, *L’opera digitale tra regole e mercato*, Giappichelli, Torino, 2013, even if the author, in his book, uses this expression with a partially different declination.

⁴ However, it is arguable that the simple reproduction of a title and of the first words of a newspaper article is an infringement and do not fall within fair use. The first interpretation is held by UK Courts, *See The Newspaper Licensing Agency Ltd & Ors v Meltwater Holding BV & Ors* [2010] EWHC 3099 (Ch) (26 November 2010) affirmed [2011], the latter has been adopted by an Australian court, *See Fairfax Media Publications Pty Limited v. Reed International Books Australia Pty Limited* [2010] FCA 984, stating that the title and the beginning of the article are not a substantial part.

⁵ *Meltwater Holding BV v. The Newspaper Licensing Agency Limited*, at par. 18 (2012) available at [Hhttp://www.ipo.gov.uk/ct11409-140212.pdf](http://www.ipo.gov.uk/ct11409-140212.pdf)



perhaps by virtue of the economic effort (position/role?) bear by the publisher – and not to the latter ones?

If so, it should be remembered that article 21 of the Italian Constitution grants everybody (and not only Italian citizens or journalists) the “right to express freely their own thought” by any means of communication. At the same time, no evidence shows that infringements of editorial works are generally committed by netizens: thus, such a difference should be considered unreasonable and probably also unconstitutional as it goes against article 3 of the Italian Constitution which holds the equal treatment of the citizens, regardless their nationality.

The definition of intermediary service provider should raise analogous concerns, as it combines, in a single category, two of the three activities regulated by the e-commerce directive (mere conduit and hosting, as Agcom’s regulation does not cover caching services). Furthermore, as suggested by some commentators, the list of definitions should have specifically included new operators, such as web 2.0 platforms (e.g. Facebook, Twitter, etc.).

Similarly Agcom Regulation should not cover search engines, even if it is not expressly mentioned in the final text approved, following the interpretation given by the courts according to which search engines are absorbed in the caching activity⁶. Once again, considering the economic role played by search engines within the internet environment, more clarity would certainly have been appreciated by judges and IT operators.

Moreover, the final draft of the Regulation makes a distinction between website editors (the only ones initially covered by the regulation) and webpage editors, a category which would include users of social network platforms. Two main perplexities arise from these definitions.

First of all, they are unclear with uncertain boundaries and, for this reason, judges – who are not always skilled in technological issues – could experience confusion regarding the real capabilities of each single operator involved in the Regulation. Furthermore, the limit of these categories is that they are “national”, in the sense that they are unknown to both the e-commerce directive and the EU law (including European Court of Justice’s case-law). Finally, this definition should be valid exclusively in the copyright context and should not be applied over its borders.

Peer-to-peer networks expressly fall outside the scope of the Regulation, which cannot be applied to end-users who exchange copyrighted materials. This aspect, when compared with the French legal model, where the Hadopi was created mainly to fight against the spread of illegal peer-to-peer practices, shows that the evolution of Internet services changes the legislative approach, discouraging analytical solutions to regulate individual communication tools.

The definitions of uploader and downloading are limited to a verbatim translation from English to Italian. This is not in itself objectionable, although it does not properly consider that the same subject could develop both roles.

Finally, letters ff) and gg) of article 1 provides the definitions of “selective removal” and “disabling of the access”, which are respectively identified as the “removal from the internet page of the digital works diffused in violation of copyright or neighboring rights or of the connection to such works throughout link or torrent or by any other means” and as

⁶ See for instance, in the Italian case-law, Court of Milan, March 25, 2013, where the Google autocomplete service has been included in the caching activity.



“the disabling of the access of the digital works or of the internet website as identified univocally by one or more domain names (DNS) or by the IP addresses associated with them”. Despite the separate definitions, the Regulation – as remarked below – combines these two activities which are frequently considered as equivalent.

It is surprising that the list of definitions does not explain what should be considered as a “massive violation”: it is unclear, in fact, if the “massivity” (size/extent) of the breach will be calculated and parameterized on the percentage of contents (e.g. 100 violations out of 100 million of copyrighted works distributed) or rather overall (100 violations regardless of the number of copyrighted works distributed).

3. The new Regulation establishes a new subject named the Committee for the Development and Protection of the Legal Offer of Digital Works, whose competences are governed by article 4. The General Secretary of Agcom will chair this Committee, which will also include a representative from each of the following categories: consumers, authors, artists and performers, publishers, producers, distributors, media service providers and information society service providers. Article 4 does not explain how these representatives will be chosen, and does not consider that each category could be represented by more than one association.

The Committee will also include a representative of the following entities: a member from SIAE (the Italian copyright collecting society), one from the Standing Advisory Committee for copyright; one from the Technical Committee against digital and multimedia piracy; one from the Committee for the implementation of the media and minors self-regulatory code; one from the Postal and Communications Police; one from the Special police united unit for broadcasting and publishing of the Finance Police; and finally one from the Courts of industrial and intellectual property. Furthermore, representatives of the Agcom will be part of the Committee, although the Regulation does not clarify how many.

The Italian Commission seems much more complex than the French Hadopi, considering the larger number of members and the presence of representatives of public entities and private associations. In France, on the contrary, the members of the Hadopi all belong to public entities or are designated by them (Cour de Cassation; Conseil d’Etat; Cour des Comptes; Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique; Ministres des communications électroniques, de la consommation et de la culture, etc.).

Moreover, the vast majority of the members represent the interests of copyright holders, with only a minority representing the interests of the other categories, and especially those of internet operators.

Another critical issue arises from the sheer number of members of the Committee, which seems excessive in relation to the rapidity of the procedure. The main tasks of the Committee – in addition to those described below – consist in fact in deciding if the contents reported in copyright holders’ claims infringe protected works.

4. The resolution introducing the Regulation accentuates the role of the legal offer,



but only two out of nineteen articles of the new act are devoted to this aspect, while the rest regulates exclusively enforcement measures¹.

Anyway, some scholars have already highlighted the nexus between rigid systems of copyright enforcement (such as, for example, the French or those that rely on graduated response)² and the emphasis given by these laws to the spread of a legal offer³.

The Regulation also stresses the importance of codes of conduct, whilst however only mentioning these codes as a future objective to be supported and promoted by the Committee for the development and protection of the legal offer and digital works (article 4, paragraph 2, lett. b). The codes of conduct should also consider the so-called “follow the money” approach, making reference “to counter-actions and related means, developed in collaboration of payment service providers and based on the analysis of the economic transactions and of the business models associated to the offer of copyright infringing contents”.

It is surprising that the Regulation expressly mentions the “follow the money” approach since none of the provisions deal with the applicability of this approach⁴. The involvement of payment services, which could dramatically cut economic resources to piracy and which has already shown remarkable results in other areas (e.g. domain name grabbing) remains a dead letter or, at most, a hope for the future. It’s another missed opportunity, which could have replaced the inefficient, time-consuming and expensive remedial measures taken so far by the copyright holders.

In addition, the Regulation does not take into account different forms of distribution of copyrighted works or alternative forms of licenses that can balance the interests of rights-holders with the interests of those wanting to exploit the works, including for non commercial uses.

The common element between the new Italian rules and the original formulation of the French law lies in the provision of tougher sanctions. It is puzzling, in this regard, that the Agcom did not consider the complaint made by the French Constitutional Council to the first version of the Hadopi Law⁵. Furthermore, in the Italian case, the possibility of ap-

¹ Italy is one of the markets where piracy is stronger, although the past year has witnessed a decline in access of 92% with regard to illegal sites blocked, and a general decrease of the use of illegal services, from 27% in 2012 to 21% in October 2013. In recent weeks, following the implementation of the Regulation, a portal which collects all the platforms and the websites offering legal downloading of music and movies has been launched.

² On the notion of graduated response. See PETER K. YU, *The Graduated Response*, 62 Florida Law Review 1373 (2010).

³ See ANNE-CATHERINE LORRAIN, *Delineating and Promoting an Online “Legal Offer”: A Proper Task for Copyright Legislation?*, 3 (2012) JIPITEC 116, 117.

⁴ This approach has been designed by CEDRIC MANARA, *Attacking the Money Supply to Fight Against Online Illegal Content?*, Edhec Business School Research Centre, September 2012. In his paper, professor Manara stresses on the importance of mechanism that would “be preventive rather than curative”, that would “target the financial flows and not the information flows” and that “involve a critical category of intermediaries which are not currently at the center of internet regulation though they are at the center of its economy”.

⁵ See Conseil Constitutionnel, decision No. 2009-580 of June 10, 2009 (for a brief comment on the case see Lionel Costes, *La loi «Création et Internet» partiellement censurée par le Conseil Constitutionnel*, *Revue Lamy Droit de l’Immatériel*, juin 2009, N°50, 3 (2009)). The law for amended by the so-called Hadopi 2 (Law Spetember 15, 2009), then repealed on July 9, 2013 by a Ministerial Decree which has abolished the three-strikes system. According to this system, after three warnings, a user who infringed copyrighted could have been disconnected. Even if that penalty has been imposed only once (see Laure Marino, *Hadopi: première condamnation*. Note sous Tribunal de police de Belfort, 13 septembre 2012, Ministère public contre Alain X,



plying fines has been granted by the Agcom to itself: once again, the choice of a non-legislative measure, hence avoiding the check of parliamentary power – unlike what took place in France and UK – is probably the most controversial issue of the whole regulation.

Gazette du Palais, 17 Août 2012, N° 291-292, 12 (2012)), the law was condemned as a violation of the freedom of expression. After the last revision, the only penalty is an administrative fine up to 1,500 EUR. However, a similar system is still into force in Ireland, *See* Charn Wing Wan, Three strikes law: a least cost solution to rampant online piracy, 5 *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 232 (2010). *See* also Nicolas Suzor – Brian Fitzgerald, The legitimacy of graduated response schemes in copyright law, 34 *University of New South Wales Law Journal* 1 (2011).



5. The procedure is regulated by articles from 5 to 9. The notification aimed at getting the removal of illegal content must be submitted to the Agcom by copyright holders by using the template made available on the Authority's website. The template must be completed in each single part, otherwise the notification will be dismissed.

The notification, among other things, must give a proof of the ownership of the copyright and report the URL of the webpage.

The procedure cannot be undertaken if a lawsuit is pending between the same parties for the same issue before a Court. However this is quite unlikely as the Agcom procedure is much faster and cheaper than a lawsuit¹.

Upon receiving the notification, Agcom forwards it to ISPs and, if possible, to uploaders and editors of web-sites and web-pages.

Where these subjects – after having received the notification – spontaneously remove contents or disable the access to the infringing content, the procedure is filed.

Otherwise, ISPs and uploaders can submit a counter-notification within five days. Unlike DMCA procedure, where the notification is sent to the DMCA Agent of the site that removed the infringing content, the Italian Regulation involves a public authority in all cases, thus frustrating the self-regulation improvement.

At the end of the procedure, which is governed by the Agcom, the collective body (i.e. the Committee described above) receives the documents concerning the claims and the procedure. The Direction of the Agcom may propose “the dismissal of the case or the adoption” of the necessary measures.

If the Committee holds that a violation has been committed, ISPs may be ordered to take these measures, which must be taken within three days of the notification. If illegal content is hosted on servers located within the Italian territory, the Committee will order the removal of the content to hosting providers. In case of massive violations (however a definition of “massive violations” is not provided by the regulation) or server located abroad, Agcom will order mere conduit providers to disable the access to the infringing content, automatically redirecting users “to the internet page drafted according to the modalities indicated in the order adopted by the Authority”.

Disabling the access to the website may represent an issue. The wording of the Regulation on this point seems too generic, as this measure could inhibit the access to contents other than those reported by the copyright holder, jeopardizing the role of these ISPs which could be sued by the editor of the webpage or of the website.

Furthermore this provision seems to conflict with the views expressed in the opinion of the Advocate General of the Court of Justice in Case C-314/12, *Deutsche Telekom Telekabel*, according to which it is incompatible with the weighing of the fundamental rights of the parties to prohibit an internet service provider generally and without ordering specific measures from allowing its customers to access a particular website that infringes copyright².

¹ According to a report published by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), the average length of the first instance of Italian civil trials is 564 days, then the worst country in Europe and in the analyzed area; *See* OECD (2013), “What makes civil justice effective?”, OECD Economics Department Policy Notes, No. 18 June 2013.

² Advocate General's Opinion in Case C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH und Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*.



Costs of the procedure are not regulated, in the sense that none of the provisions of law states that copyright holders should bear the costs of the procedure. Thus, all the private (for ISPs) and administrative (for Agcom) costs should be allocated to these subjects, even if they are not involved (directly, indirectly or vicariously) in the commission of the infringement, without any contribution by copyright holders. This is a significant difference if compared with the English procedure (even if not yet in force) where claimants (i.e. the ones who act before the administrative authority) bear all the costs of the Ofcom and 75% of the costs incurred by the intermediary providers.

Article 9 of the Regulations holds an urgent procedure, in case of serious or massive infringements of copyrights.

In this case, the notification will be forwarded to ISPs within three days of the receipt of the application and ISPs will be expected to comply with the orders of the Authority within two days of the notification of Authority's orders.

The regulation does not clarify whether holidays are calculated for such deadlines. This is an aspect that could create many practical problems for ISPs called upon to give effect to the orders of Agcom during weekends.

Another issue that could arise from regulation concerns the possibility to appeal the decisions of the Committee. The Committee is formally an agency of Agcom, and all the decisions of the administrative authorities can be challenged only before the administrative courts. These courts, however, have no competence in the field of copyright. It would have been preferable, therefore, to provide the opportunity to appeal Committee decisions before the court specializing in intellectual property, existing in several Italian courts.

6. The comparative analysis – if limited only to legal data – shows a complex landscape.

The Italian regulation provides, as well as the French Hadopi Law, an enforcement mechanism which is alternative to the traditional judicial actions¹. However the analysis cannot be limited to the European scenario, as it reflects a global trend, which has followed also by non-European countries, such as Taiwan, South Korea and New Zealand, even if refused by other legal models, such as Germany, Spain and the European Union².

The main difference between the Italian and the French legal model is that the latter does not directly involve users, but only web-pages and web-sites editors. On the contrary, ISPs, although with different roles, are involved in both procedures.

However, excluding users is an efficient choice, as the Hadopi experience bears witness that prosecuting single individuals is expensive and often useless³. On the other hand, the legislative option of not involving the right of access to the internet avoids implications associated with users' fundamental rights⁴.

¹ Compare especially ALAIN STROWEL, *Internet Piracy as a Wake-up Call for Copyright Law Maker. Is the "Graduated Response" a Good Reply?*, 1 WIPO J. 75, 77 (2009).

² For further information on these laws see REBECCA GIBLIN, *Evaluating Graduated Response* (September 14, 2013). Columbia Journal of Law & the Arts, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2322516> or [Hhttp://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2322516H](http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2322516H).

³ Giblin, *supra* note 21, 1 quoting IFPI, Digital Music Report 2007, International Federation of the Phonographic Industry (2007): "actions against individual uploaders are onerous and expensive and we shouldn't have to be taking them".

⁴ See NICOLA LUCCHI, *Access to Network Services and Protection of Constitutional Rights: Recognizing the Essential Role of Internet Access for the Freedom of Expression*, 19 Cardozo J. of Int. and Comp. Law (2011) 646, 671.



Nevertheless Agcom's measures seem disproportionate as they do not properly consider that ISPs develop a mere intermediary and technical role while editors would be the ones who materially commit the infringement. On the other hand, ignoring individuals is also one of the major differences between the approved final text and the first attempt of copyright regulation by Agcom, which was discussed and then withdrawn in 2011⁵.

However, the French, English and Italian legal models are all expressions of the so-called "copyright masquerade"⁶, sharing in other words, a strong pressure from lobbyists.

In the Italian case, the traditional lobbyists (film, television and music industries) were added to the new lobbyists of the press: this could explain the decision to include the vague notion of editorial products in the works protected by regulation.

At the same time, it would certainly be misleading to analyze the Agcom regulation exclusively within the Italian scenario, without taking into account the influence that it could have on the other European legal systems. AGCOM, itself moreover, has widely publicized the fact that lawmakers from other countries are watching the Italian experience very carefully. This experience, however, is based in turn on foreign models, as evidenced by the constant attention given, both in the preparatory work and in the public meetings that preceded the Regulation, to the solutions adopted in France, United Kingdom and Spain.

This could lead to a double feedback effect. The Italian legislator (or, rather, the Agcom) bases its legitimacy – at least from a social point of view – on the choices of other countries in dealing with the problem of copyright enforcement in the internet environment with national solutions. Hence, it holds its own national rules which, if considered efficient and able to overcome the scrutiny of the national constitutional organs and (especially) of the European Court of Justice, could be imitated by other legal systems.

The result is actually that of an apparent harmonization of legal rules, but it is a fallacious harmonization as it is based not on shared political choices, but exclusively on lobby pressures made by copyright holders.

The potential (and likely) scenario is that, in this imaginary war between internet operators and copyright holders⁷, the firsts will fight to remove or at least modify the Regulation as passed by Agcom⁸.

On the other hand, it should be noted that the Italian legislator, as already happened in other European countries, are gradually deviating from the notice and take-down of the U.S. DMCA, creating a "native" legal model⁹.

⁵ See VINCENZA DE LUCA, *Diritto d'autore e schema di regolamento Agcom: il punto, Comparazione e diritto civile*, 1 (2011).

⁶ See MONICA HORTEN, *A Copyright Masquerade: How Corporate Lobbying Threatens Online Freedom*, Zed Books, London, 2013.

⁷ See PETER K. YU, *The Escalating Copyright Wars*, 32 Hofstra L. Rev. 907, 910–23 (2004).

⁸ The Regulation, which will come into force on next March 31, could be appealed before the Administrative Court within 30 days from its publication.

⁹ On the influences of US copyright legislation on EU legal framework See MONICA E. ANTEZANA, *The European Union Internet Copyright Directive as Even More Than it Emvisions: Toward a Supra-EU Harmonization of Copyright Policy and Theory*, 26 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 415 (2003), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol26/iss2/11>; See, in general, also GRAEME B. DINWOODIE, *The Development and Incorporation of International Norms in the Formation of Copyright Law*, 62 OHIO ST. LJ. 733, 748-77 (2001).



This national approach jeopardizes the European harmonization process undertaken by the e-commerce directive and the copyright enforcement directive.

Apart from the strictly legal point of view, in any case, it would have been better to avoid such clash between copyright holders and ISPs, focusing on measures to prevent unlawful conduct, to educate users to respect copyright and, more importantly, to prefer forms of self-regulation and alternative strategies, such as the follow the money approach.



PROFILI DI RESPONSABILITÀ CIVILE NELL'INSIDER TRADING TRA COMMON LAW E CIVIL LAW: ESPERIENZE ITALIANA ED ANGLOAMERICANA A CONFRONTO

ANNAMARIA GIULIA PARISI

SOMMARIO: 1. *New economy* e mercato finanziario. – 2. Il mercato finanziario: il *common law*. – 3. Dal *principle* del *Caveat emptor* all'*insider trading*. – 4. L'esperienza nord-americana. – 5. La SEC e la *Rule 10(b)-5*. – 6. La *Rule 10 (b)-5*. – 7. La *Section 20 A* ed il risarcimento degli investitori danneggiati. – 8. L'esperienza italiana. – 9. L'esercizio dell'azione civile di cui all'art. 187 *undecies*, comma 2. – 10. La Sentenza n. 15224 della Terza Sezione del 3 luglio 2014 e la responsabilità civile per *insider trading* sancita dalla Cassazione.

1. La scienza economica ha da tempo consolidato la convinzione, fondata essenzialmente sugli autorevoli studi di Arrow¹, Akerlof², Spence³, Stigler⁴, Stiglitz⁵, in base alla quale *il mercato è un sistema di informazioni decentrate e spontanee*⁶.

E se è vero che la nozione di mercato è nozione giuridica oltre che economica⁷, e che il diritto *non può prescindere dalla sostanza economica dei fenomeni disciplinati*, ne deriva che gli istituti giuridici del mercato vanno analizzati dal punto di vista dell'informazione. Talché si condivide pienamente la riflessione di autorevole dottrina, per la quale rileva, nella realtà economica attuale, una duplice nozione di diritto della *new economy*⁸, il diritto “della” *new eco-*

¹ K. J. ARROW, *Collected Papers di Kenneth J. Arrow, Vol. 4: The economics of information*, (1983b), Cambridge, Massachusetts, Belknap Press.

² G. A. AKERLOF, *The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *The Quarterly Journal of Economics* (The MIT Press) 84 (3), (Aug., 1970), 488, laddove i *lemons* sono in gergo le auto usate di scadente qualità che un acquirente poco informato ha sempre il timore di comprare. In base alla teoria di Akerlof l'asimmetria informativa tra investitori ed emittenti genera una 'selezione avversa' fra le azioni scambiate sul mercato, in base alla quale *gli investitori meno informati temono di scambiare titoli con gli investitori meglio informati, finendo col concludere un cattivo affare*: infatti credono di tutelarsi dalla situazione di svantaggio informativo unicamente scegliendo di vendere a un prezzo superiore e di acquistare a un prezzo inferiore a quello di mercato (E. MACRÌ, *Informazioni privilegiate e disclosure*, Torino, 2010, 43).

³ M. SPENCE, *Job Market Signaling*, in *The Quarterly Journal of Economics*, (The MIT Press), Vol. 87(3), (Aug., 1973), 355-374.

⁴ G. J. STIGLER, *The Economics of Information*, in *The Journal of Political Economy* Vol. 69(3), (Jun., 1961), 213-225.

⁵ J. E. STIGLITZ, *Globalization and its discontents*, (2002), New York; *Id.*, *Freefall: America, free markets, and the sinking of the world economy*, New York, (2010); *Id.*, *The price of inequality: how today's divided society endangers our future*, New York, (2012). *Adde*: Chang, Ha-Joon (editor), (2001). *Joseph Stiglitz and the World Bank: the rebel within*, London, England, (2001).

⁶ Oggi l'economia più che di scarsità e di allocazione ottimale (nel senso paretiano del termine) di risorse scarse, si occupa di problemi attinenti ai processi decisionali, e le decisioni economiche sono basate sulla contezza di una quantità più o meno estesa di informazioni.

⁷ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1968, 15 ss.

⁸ Per *new economy* si intende generalmente l'attuale modello di economia di mercato, strettamente connesso con il grande sviluppo e la diffusione pressoché globale delle nuove tecnologie della comunicazione e dell'informazione. Sia consentito, anche, il rinvio a A. G. PARISI, *Il commercio elettronico*, in S. Sica e V. Zencovich (a cura di), *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, 3ª ed., Padova, 2012, 379-468.



ny, quale *insieme delle normative che disciplinano l'applicazione delle nuove tecnologie dell'informazione* e il diritto “nella” *new economy*, ossia il sistema di norme aventi ad oggetto la disciplina delle nuove tecnologie dell'informazione, e che pertanto si impone quale “metodo di analisi di tutte le norme giuridiche”⁹.

Nella società dell'informazione il diritto assume più che mai la funzione di tutela del soggetto debole e dei suoi interessi, tutela che può definirsi la vocazione naturale della legge, sin dalle sue origini, se si pone mente all'enunciato che - già millenni fa - apriva il Codice di Hammurabi, dichiarando nel contempo la sua *ratio* e ragion d'essere “perché il più debole non abbia a soccombere al più forte”. Ed il “diritto giusto” ancor oggi può essere solo quello che, *nel contemperamento degli opposti interessi*, funge da ponte tra l'etica e l'economia¹⁰.

Se dunque le informazioni - nelle loro coordinate strutturali di tempo e incertezza - caratterizzano e condizionano, nella *new economy*, le decisioni economiche, ancor più rileva come risulti favorito, in ogni operazione economica e in ogni intervento sul mercato, il soggetto che assume tali decisioni avvalendosi della più ampia quantità di informazioni: da cui la necessità di tutelare il soggetto debole, *rectius*, meno informato, che risulta, nel mercato finanziario, doppiamente svantaggiato, per via della scarsa preparazione specifica e della modesta e/o insufficiente conoscenza della realtà complessa in cui viene ad operare. Talché, il consumatore/risparmiatore si rivolge e si affida necessariamente ai *professionnels* che si occupano dell'acquisto e delle vendite di prodotti finanziari: gli *insider*, che per la loro stessa attività sono in possesso di informazioni privilegiate, rilevanti quanto riservate e, per la *price sensitivity*, in grado, se divulgate, di influire sul valore dei titoli negoziati.

Pertanto, operando senza tutela, il consumatore/risparmiatore diviene immancabilmente vittima di quello che si è rivelato come uno dei pericoli maggiori per la sopravvivenza stessa del mercato finanziario: l'asimmetria informativa, che assicurerebbe un enorme vantaggio agli operatori del settore, se il diritto non intervenisse a mitigare tale disuguaglianza e a far da ponte tra economia ed equità.

Dunque la disciplina giuridica dell'informazione si rivela quale vera e propria norma strutturale del mercato finanziario, dal momento che ogni ipotesi di autoregolamentazione si è palesata incapace di correggere le asimmetrie informative - da taluno¹¹ assai opportunamente definite, *tout court*, “infedeltà”, con riferimento al sistema di informazioni decentrate e spontanee che *managers*, amministratori o analisti finanziari sono liberi di creare - intrinseche al mercato stesso, destinato irrimediabilmente a fallire quando la massa dei risparmiatori, nella condizione di grave incertezza quanto al prodotto che acquista, decide di rinunciare.

L'informazione è ancora il fulcro della cennata disciplina, che si fonda sul duplice pilastro dell'obbligo positivo di *disclosure*, che impone ai *professionnels* finanziari la comunicazione e la divulgazione delle informazioni necessarie al corretto funzionamento del mercato, e dell'obbligo, in negativo, di *abstain*, di astenersi da qualsiasi utilizzo di informazioni riservate e non divulgate: al bilanciamento dell'ottemperanza a detti obblighi e quindi della effettiva quantità delle informazioni diffuse e di quelle secretate, connesse tra loro da un legame di inversa proporzionalità - poiché quanto più è ampia la prima si riduce, a danno dei

⁹ E. BOCCHINI, *New economy*, in *Digesto Ipert.*, 2003; *adde*, ID., *Diritto commerciale nella società dell'informazione*, 2^a ed., v. II, Milano, 2011.

¹⁰ La frase è cara a Francesco Carnelutti, come ama ricordare Ermanno Bocchini in *New economy*, cit.,

¹¹ E. BOCCHINI, *New economy*, loc. ult. cit.



consumatori, la seconda - conseguirà *l'allocazione ottimale del risparmio* ed insieme il corretto funzionamento del mercato.

2. La patria del moderno diritto societario è senza dubbio l'Inghilterra dove le problematiche attinenti ai rischi per i risparmiatori - e di conseguenza per l'intero mercato - sono sorte secoli prima che negli altri Stati: è emblematico il riferimento alla crisi del 1720 ed al crollo dello Stock Exchange connesso alle manovre speculative sui titoli della *South Sea Company*. Lo scandalo della *South Sea Co.* che portò alla rovina un gran numero di risparmiatori - lo stesso Newton perse nel crollo delle azioni oltre 20.000 sterline - fu causato, come noto, dalle speculazioni di operatori finanziari che offrivano progetti fantasiosi dai guadagni altrettanto fantomatici concernenti le cosiddette *Bubbles*, società per azioni minori che, manipolando il mercato e sviando con promesse inconsistenti gli investitori, avevano rastrellato finanziamenti a danno delle compagnie maggiori.

Ne derivò lo *Statute 6 Geo. I, c. 18*, il c. d. *Bubble Act* del 1720, che introdusse le prime misure restrittive riguardo alla sottoscrizione di capitali ed alla costituzione di società per azioni, che venne in pratica riservata al parlamento.

Lo stesso parlamento più di un secolo dopo, nel 1825, abolì il *Bubble Act*, ammettendo nuovamente la libera costituzione di società a capitale azionario, ma successivamente, nel 1844, con lo *Joint Stock Companies Act* pose le basi dell'attuale diritto societario inglese riconoscendo, tra l'altro, nella pubblicità dell'informazione, il mezzo più efficace per la lotta alla manipolazione del mercato ed alle frodi.

Con disposizioni ulteriori furono definiti gli assetti e il sistema di liquidazione delle *joint stock Companies*, le società commerciali munite di personalità giuridica, mentre con la decisione del *leading case Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*¹ la *House of Lords* nel 1897 introduceva il *principle* della *limited liability* (o *Salomon principle*), ossia la regola dell'"autonomia patrimoniale perfetta" della società e, quindi, della *responsabilità limitata* del socio, anche nel caso di *one-man company*, di società costituite da un solo azionista.²

Il vantaggio così ottenuto dalla società per azioni, che può ora riporre minore attenzione alla correttezza della gestione ed alla salvaguardia dei terzi investitori, soprattutto in caso di fallimento, si traduce di fatto in un aumento di rischio per i risparmiatori e pone senza dubbio un problema etico, dato che nessuno degli azionisti affronta un proprio *personal risk of loss* per via della *limited liability* garantita dalla nuova *company law*.

Nella *dissenting opinion* - relativa ad una decisione del 1684 - espressa con affermazione *tranchant* da Lord Pollexfen C.J., laddove definiva la *joint stock company* come *a invisible merchant that no one knows where to find ... [which] in judgment of law has neither soul nor conscience* - un mercante invisibile che nessuno sa dove trovare ...e [che] in giudizio non ha né anima, né coscienza - si evidenziava già la percezione della società come un semplice *avatar* dietro il quale persone reali esercitano le proprie attività.

Ancor oggi la *lodestar*, la stella polare ed elemento chiave della *company law* inglese è pur sempre il *principle* della personalità separata della *company* creato dalla *House of Lords* nel

¹ *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, [1897] a. c. 22.

² Per un imprenditore (o *sole trader*, ditta individuale) come Aron Salomon, il vantaggio è che la sua proprietà personale può essere protetto dal *failure of the business*. Organizzando la sua attività come azienda, l'imprenditore pone una distanza essenziale tra i suoi beni personali e quelli di proprietà della società, in modo che solo la società sarà persa se l'azienda fallisce.



1897³: e seppure, tra i provvedimenti che si sono succeduti in materia, spicca il *Companies Act* del 1948, la gran parte delle *rules* e dei principi fondamentali relativi al diritto societario sono, come di consueto nel *common law*, di origine giurisprudenziale. Resta indiscutibile la constatazione che l'*auditing procedure* - ignota al nostro ordinamento - caratterizza di una serietà senza uguali lo *Stock Exchange* londinese, che basa la sua attività sulla *full disclosure*, l'informazione più ampia possibile concentrata soprattutto nel *prospectus* e nel programma finalizzato alla prevenzione delle frodi, posto in atto - a tutela degli investitori⁴ - anche dal *Departement Trade*. In caso di dichiarazione inesatta o di manipolazione del mercato è previsto, a favore della vittima, il risarcimento del danno oltre alla *rescission* del contratto.

Attualmente, il *Financial Services and Markets Act* del 2000 conferisce all'*UK's Financial Services Authority* la responsabilità di individuare e perseguire i casi di *insider dealing*, così come specificati dal *Criminal Justice Act* del 1993.

³ Nella *partnership*, invece, che è priva di personalità giuridica (*unincorporated*), ogni socio rappresenta se stesso e gli altri partners, ciascuno dei quali risponde illimitatamente delle esposizioni della società.

⁴ Un'intera divisione di Scotland Yard è dedicata alla *Companies Fraude*, alla materia delle frodi societarie.



3. L'esigenza del controllo pubblico sul mercato mobiliare si è palesata con largo anticipo anche nel *common law* nord-americano, che ha conosciuto prima degli ordinamenti continentali europei le conseguenze della crisi e dei fallimenti del mercato e l'urgenza di rinvenire forme e strumenti per <cercare di > porvi rimedio.

L'esigenza degli obblighi di *disclosure* nei rapporti commerciali emerse nel 1817, nel *case Laidlaw v. Organ*, deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti¹, Chief Justice John Marshall.

Il *case Laidlaw v. Organ* ha fatto scuola nella giurisprudenza di *common law*, ove è stato richiamato in più di cento procedimenti, pietra miliare nella dottrina e nel diritto contrattuale statunitense, ed è quanto mai attuale anche per le connessioni con la disciplina - tuttora in evoluzione - dell'*insider trading*.

La vicenda si compie proprio nei giorni del 1815 in cui viene firmato a Gand il trattato di pace che pone fine alla guerra tra Stati Uniti e Gran Bretagna e, conseguentemente all'embargo navale che aveva fatto crollare drasticamente il prezzo del tabacco americano, con perdite fino al 50%.

La notizia è nota ancora pochissimi e, in particolare ad Hector M. Organ che, a Los Angeles, la ha appresa dal fratello e che nello stesso giorno acquista 111 *hogsheads* di tabacco, al prezzo di 111.000 *pounds*, da Peter Laidlaw. Il venditore al momento della stipula del contratto si stupisce dell'acquisto e chiede spiegazioni quanto all'aumento del prezzo, ma Organ tace. Due giorni dopo, il 20 febbraio, Laidlaw viene a conoscenza della fine dell'embargo e dell'enorme perdita subita con la vendita, a fronte del repentino rialzo del prezzo del tabacco, e si riappropria del tabacco venduto con un colpo di mano. Organ lo denuncia <soltanto> per *breach of contract*, richiedendo la riconsegna della merce o, in alternativa, il riconoscimento dei *damages*.

Il giudice Marshall ammette che l'utilizzo di informazioni per ingannare la controparte può rendere un contratto *voidable* per motivi di equità, ma dichiara che quanto ad una *obligation to disclose the information he had obtained about the end of the war...* [t]he court is of opinion that he [Organ] was not bound to communicate it. In tal modo viene formalmente riconosciuta l'insussistenza dell'obbligo, per i contraenti, di rivelare informazioni di propria conoscenza capaci di influire sulle condizioni del negozio o sulla stessa volontà di contrarre dell'altra parte. Pur a fronte della *misrepresentation* posta in essere da Organ, la Corte Suprema adotta per la prima volta la *rule* del *Caveat emptor*, in quanto i mezzi per venire a conoscenza della fine della guerra erano, a suo avviso, accessibili ad entrambe le parti. Tuttavia, dato che *each party must take care not to say or do anything tending to impose upon the other*, la causa viene rinviata alla Corte distrettuale della Louisiana con le indicazioni di procedere a un *Venire facias de novo*, attraverso la convocazione della giuria.

Ictu oculi si potrebbero qui rinvenire i caratteri di una negoziazione in cui una delle parti ha indotto l'altra a contrarre mediante un comportamento caratterizzato da quella colpevole reticenza che in *civil law* può rientrare nella categoria del c. d. dolo omissivo², in cui il *decipiens*, assumendo un atteggiamento di silenzio c. d. 'circostanziato', si rende responsabile di una vera e propria omissione, che va però a connettersi con fatti oggettivi non predisposti dall'agente.

Peraltro, nella circostanza del *case* citato, l'evento taciuto non si caratterizza in sé come ingannevole: è evidente, invece, che il *deceptus*, se è tale, lo è per la semplice ignoranza di

¹ *Peter Laidlaw and Company v. Hector M. Organ*, 15 U. S. 178 (1817).

² R. SACCO, *Dolo omissivo e obbligo di informazione*, in *Digesto Ipert.*, 2011, p. 2.



un accadimento che lo ha indotto a vendere il suo prodotto a condizioni enormemente più vantaggiose per la controparte.

Si tratta dunque di ignoranza, che tuttavia non può definirsi colpevole, perché, *a contrario*, l'evento eccezionale è proprio la conoscenza del fatto da parte dell'altro contraente che solo in virtù di tale conoscenza ha stipulato: in altri termini, se Organ non avesse appreso *prima* di Laidlaw della revoca dell'embargo, non avrebbe acquistato. Parrebbe qui ben attagliarsi il detto, riferito alla conoscenza, *prior in tempore, potior in iure*, ma in realtà rileva la reticenza concernente la notizia che ha indotto l'uno a contrarre e che, se conosciuta, avrebbe invece dissuaso controparte.

Per autorevole dottrina il configurarsi del dolo mediante omissione deve fondarsi sull'esistenza del nesso causale tra fatto dell'agente ed errore della vittima: ma nel *case de quo* si è in presenza di un errore incolpevole di quest'ultima, né tantomeno esso è causato dall'agente, perché l'ignoranza della fine della guerra era in quei giorni condivisa dalla stragrande maggioranza dei cittadini di Los Angeles, alla vigilia dei primi sbarchi di persone informate sui fatti, e solo per circostanze particolari e personali - l'informazione 'privilegiata' ricevuta dal fratello - l'altro contraente si era venuto a trovare in una condizione di asimmetria informativa per lui vantaggiosa, che lo ha indotto a proporre e a concludere tempestivamente il negozio.

L'esigenza della figura generale del c. d. 'dolo negativo' rileva specificamente laddove si differenzi la circostanza in cui una parte sia in errore per propria ignoranza, dabbene aggravi o altra causa non determinata in alcun modo dalla controparte - la quale si limiti a rimanere consapevolmente silenziosa, facendo permanere l'altra nella condizione di errore - dall'ipotesi in cui il silenzio, la reticenza o in genere il comportamento dolosamente e intenzionalmente omissivo siano stati idonei a trarre in inganno controparte e ad indurla a stipulare³. Nell'un caso si potrà discorrere agevolmente di errore, del quale dovrà esser rilevata tanto l'essenzialità, quanto la riconoscibilità; nella seconda ipotesi sarà riscontrabile il dolo negativo, in subordine all'accertamento di una condotta omissiva tale da indurre la controparte all'erroneo convincimento⁴.

Se poniamo mente alle origini del *roman law*, nel *De Officiis*⁵ Cicerone, nel dialogo immaginario sul conflitto tra l'utile e l'onesto che si svolge tra lo stoico Diogene e il suo discepolo Antipatro, adduce come esempio un'ipotesi di comportamento negoziale che è del tutto speculare al *case Laidlaw v. Organ*, conosciuto dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America nel 1815, con la sola differenza che lo scaltro contraente è qui il venditore, che similmente intende avvantaggiarsi dell'ignoranza della controparte. Così la vicenda ipotizza-

³ Cfr. V. BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, Torino, 1993, p. 249. Per risalente dottrina, incardinata sulla decisione della Cassazione del 8 gennaio 1953, n. 12, il dolo può estrinsecarsi anche nel comportamento negativo, specie quando sono occultati fatti tali da far presumere che se l'altro contraente li avesse conosciuti, avrebbe negoziato in maniera diversa: così C. GIANNATTASIO, *sub art. 1439, n. 777*, in *Rass. di giurisprudenza sul Codice civile diretta da R. NICOLÒ*, 1956.

⁴ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F. D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Istituzioni di diritto civile*, Genova, 1978, pp. 662 s. Il dolo dunque si sovrappone, in parte, all'errore, proprio in quanto rileva *perché induce in errore la vittima dell'inganno*: anzi, lo stesso vizio di volontà è costituito dall'errore (cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, p. 812). Ma il dolo vizio coincide, in parte, anche con l'inadempimento, quando l'inganno riguarda la qualità della prestazione dovuta dal *deceptor* (cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 813). Sia consentito anche il rinvio a A. G. PARISI, *Colpa e dolo nella responsabilità. Saggi di diritto comparato*, Torino, 2012, 203 ss. e spec. 209 ss.

⁵ Cicerone, *De officiis*, III, 12.



ta: “Se un uomo onesto avesse importato da Alessandria a Rodi una grande quantità di frumento in un periodo di miseria e di carestia dei Rodiesi e di prezzi altissimi, e venisse a sapere che molti altri mercanti sono salpati da Alessandria o se magari avesse visto altre navi cariche di frumento dirigersi verso Rodi, dovrebbe dirlo ai Rodiesi o, tacendo, dovrebbe vendere al prezzo più alto il suo frumento?” Secondo Antipatro “bisogna dichiarare tutto, perché il compratore non ignori nulla che sia noto al venditore”; secondo Diogene “il venditore è tenuto a rivelare i difetti del suo prodotto, limitatamente alle prescrizioni del diritto civile, e a operare per il resto senza frode ma, dal momento che vende, cercherà di vendere al prezzo più vantaggioso”: infatti, “una cosa è nascondere e un'altra tacere: e io non ti nascondo, adesso, se non te lo dico, quale sia la natura degli dei, e quale il sommo bene, cose che, una volta conosciute, ti gioverebbero di più del sapere il più basso prezzo dei grano. Ma non è necessario che io ti dica tutto ciò che a te è utile ascoltare”. “Anzi, [ribatterà l'altro], è necessario, se pure ti ricordi che tra gli uomini c'è, per natura, un vincolo di solidarietà”. “Lo ricordo bene”, [dirà Diogene], “ma questa società è forse tale che nulla appartiene più, privatamente, a ciascuno? Se fosse così, non bisognerebbe neppure vender nulla, ma donare”.

Nel brano del *De Officiis* si può agevolmente ravvisare un esempio *ante litteram* di *insider trading* o quantomeno di abuso di una informazione non (ancora) nota al pubblico per trarre vantaggio da una consequenziale operazione economica.

Ma il diritto romano, sempre per il tramite di Cicerone, ci presenta anche un esempio classico di manipolazione del mercato, seppure certamente non mobiliare! Ecco la preziosa testimonianza del celebre passo del *De Officiis* che, peraltro, contiene la prima definizione di *dolus* offerta da un giurista romano e contribuisce a far luce riguardo alla creazione dei relativi rimedi: «...Come devono esser giudicate quelle persone che solitamente si servono di discorsi ingannevoli? Canio, cavaliere romano, uomo colto, non privo di spirito, recatosi a Siracusa non per concludere affari, ma - come lui stesso diceva in giro - per trascorrervi un periodo di vacanza, non nascondeva il desiderio di acquistare una villetta con giardino dove intrattenere amici e divertirsi in ozio e tranquillità. La notizia giunge all'orecchio di un certo Pizio, un banchiere di Siracusa, che trovò il modo di dirgli che non aveva ville da vendere, ma che poteva disporre della sua, se voleva, come se gli appartenesse. E intanto lo invitò a cena in villa per il giorno dopo. Canio accettò. Pizio che, in qualità di banchiere... godeva credito presso tutte le categorie di persone [...*apud omnes ordines gratiosus...*], convocati taluni pescatori, chiese loro di venire a pescare, il giorno dopo, di fronte alla sua villa, e li istruì bene su quanto voleva che facessero. Il banchetto fu puntualmente - e sontuosamente - imbandito da Pizio, Canio venne puntualmente per la cena: davanti agli occhi si presentava una moltitudine di barche e ogni pescatore, a turno, veniva a gettare ai piedi di Pizio ciò che aveva preso. Allora Canio: ‘Quaeso - inquit - quid est hoc, Pythi? tutto questo pesce? tutte queste barche?’ E quello: ‘Tutti i pesci di Siracusa vengono a sguazzare qui, non possono fare a meno della mia villetta!’ Canio, *incensus cupiditate*, quasi viene alle mani per farsi vendere la villa. Sulle prime Pizio fa il difficile... Ma che motivo c'è di dilungarsi? Raggiunge il suo scopo: quell'uomo ricco e bramoso compra la villa al prezzo che Pizio richiede, e la compra con tutti gli arredi: la vendita viene registrata e l'affare è fatto. Il giorno dopo Canio invita in villa i suoi amici, arriva per tempo, ma non vede neanche una barca. Chiede al primo passante se è un giorno di festa per i pescatori, dato che non ne vede nessuno. ‘No, per quanto ne so - risponde quello - ma qui, di solito, non viene mai a pescare nessuno! perciò ieri mi stupivo di quanto accadeva...’ Canio diede quasi di matto, ma che avrebbe potuto fare? A quel tempo Gaio Aquilio, *collega et familiaris meus*, non ci aveva ancora offerto le sue norme sul dolo, a proposito del quale, a chi gli chiedeva che cosa fosse, appunto, il dolo, rispondeva: *aliud simulatum, aliud actum*. Che definizione magnifica! Ma è naturale, per un uomo esperto in definizioni. Così, sia Pizio, che tutti coloro che fanno una



cosa e ne simulano un'altra, sono perfidi, malvagi, maligni. Nessuna loro azione può risultare utile dal momento che è viziata da tanti difetti.»⁶

Le due figure di abuso di informazioni privilegiate – o *insider trading* – e di manipolazione del mercato – *market abuse* o aggio – appaiono nettamente distinte, così come possono esserlo l'attività di chi scommette alle corse “conoscendo in anticipo il nome del cavallo vincente” e quella di chi invece “truca la corsa”⁷, tuttavia appaiono orientate a perseguire i medesimi obiettivi. Talché la direttiva 6/2003/CE, all'art. 14, comma 1, prescrive agli Stati membri di predisporre misure amministrative efficaci, proporzionali e dissuasive - fatto salvo il loro diritto di imporre sanzioni penali - per punire entrambi i comportamenti che ledono il regolare andamento del mercato.

L'*insider trading*, infatti, utilizzando indebitamente il proprio vantaggio informativo altera il processo di formazione dei prezzi dei titoli coinvolti, producendo danni diretti ed immediati alle società ed agli investitori e, a lungo termine, disincentivazione e allontanamento degli operatori costretti a negoziare in situazione di menomazione informativa: il che si traduce in scarsità del capitale di investimento e in conseguente aumento del suo costo.

⁶ CICERONE, *De Officiis*, III, 14, 58 – 60. Nel prosieguo del medesimo testo l'Autore così osserva e ribadisce, con un singolare accenno al dolo contrattuale: *dolus autem malus in simulatione, ut ait Aquilius, continetur: tollendum est igitur ex rebus contrahendis omne mendacium* (*De officiis*, III, 15, 61).

Cicerone ricorda con ancor maggiore incisività l'apporto del suo amico e collega Gaio Aquilio anche altrove, e, in particolare, nel *De natura deorum*, in cui definisce il *iudicium de dolo malo* - riferendosi, per condivisa opinione, all'*actio de dolo malo* - 'la rete <che cattura> ogni frode':...*everriculum malitiam omnium, iudicium de dolo malo, quod Gaius Aquilius familiaris noster protulit...* (*De natura Deorum*, III, 74).

L'icastica quanto concisa, definizione del *dolus malus* attribuita ad Aquilio nel *De Officiis* fu ripresa ed ampliata da Servio - così come riferisce Ulpiano - : *Dolum malum ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur*, e poi da Labeone: ... *sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam* (D. 4, 3, 1, 2, Ulp. 11, ad ed.).

⁷ Cfr. S. SEMINARA, *Art. 180. Abuso di informazioni privilegiate*, in G. F. CAMPOBASSO (a cura di), *Testo unico della finanza*, III, Torino, 2002, p. 1452.



4. Agli albori del terzo millennio tutti i paesi industrializzati e oltre l'80% dei paesi in via di sviluppo con un mercato di borsa attuano la regolamentazione dell'*insider trading*: nella maggioranza dei casi le iniziative di regolamentazione risalgono all'ultimo decennio del XX secolo: anteriormente, solo Canada, Francia e Svezia già negli anni '60 seguono l'esempio degli U.S.A. ove il divieto di *insider trading* è istituito formalmente con un anticipo trentennale; nel resto d'Europa la disciplina dell'*insider* compare nel 1989, con l'emanazione della relativa direttiva comunitaria¹.

Negli U.S.A. si avverte materialmente negli anni '20, a livello dottrinario, la necessità di apprestare una tutela attraverso una disciplina della trasparenza che accresca la fiducia degli investitori, ma gli strumenti classici del diritto anglosassone e i principi di *common law* appaiono inadeguati alle necessità concrete della nuova realtà del mercato azionario. Talché, per ovviare alla crisi di sfiducia seguita al *Big Crash* del 1929, è il legislatore ad individuare gli obblighi informativi nelle negoziazioni finanziarie, attraverso il *Securities Act* del 1933 ed il *Securities Exchange Act* del 1934. Ma solo nel 1942 la *Securities and Exchange Commission* (SEC) emana la *Rule 10(b)-5*, la norma cardine nella disciplina nordamericana dell'*insider trading*.

L'indeterminatezza della *Rule 10(b)-5* le consente di affrontare con flessibilità la molteplicità delle situazioni concrete emergenti, nella sintesi del *disclose or abstain* di origine giurisprudenziale che, con un brocardo, esprime la regola di condotta dell'*insider* che sia in possesso di informazioni privilegiate.

La tendenza delle Corti federali ad espandere la valenza della *Rule* nella prospettiva di un'efficace tutela del mercato viene tuttavia, in origine, contrastata dalla Corte Suprema che, agli inizi degli anni '80 formula ed applica, nel *case Chiarella*², la c. d. 'teoria fiduciaria', riducendo notevolmente l'ambito del dovere di *disclose or abstain*. Tanto, con ripercussioni notevoli anche sulla responsabilità civile connessa all'*insider trading*, mentre la dottrina - da parte sua - denuncia l'effettiva liberalizzazione del fenomeno che dovrebbe invece essere contrastato.

Conseguentemente, nel 1988 la SEC dà impulso alla *misappropriation theory* che, sostenuta da autorevole *case law*, viene poi ribadita dal legislatore con l'*Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act*.

Nel nostro ordinamento, la legge comunitaria 2004 recepisce la direttiva 2003/6/CE sul *market abuse*.

In armonia con le scelte del legislatore comunitario, il legislatore italiano contrasta l'*insider trading* in via preventiva attraverso l'individuazione di obblighi informativi imposti agli emittenti di strumenti finanziari, ma anche con l'introduzione di sanzioni penali ed amministrative miranti alla repressione delle pratiche di *market abuse*.

Rileva, peraltro, come la disciplina vigente sia carente di specifiche norme concernenti la responsabilità civile dell'*insider* nei confronti degli investitori danneggiati, risultando assai difficoltoso adattare alle dinamiche dell'*insider trading* i canoni tradizionali della responsabilità aquiliana.

Fondamentale l'apporto della dottrina, che mutua l'analisi critica della problematica dallo studio del fenomeno sviluppatosi nella *jurisprudence* nord-americana, ove si discorre di *strict liability* a carico dell'impresa e di *duty-based liability*, che viene a gravare su di essa solo in

¹ U. Bhattacharya, H. Daouk, *The World Price of Insider Trading* (2002), 57 (1) *Journal of Finance*, 75-108.

² *Chiarella v. United States*, 445 U.S. 2221980.



caso di violazione di un dovere espressamente previsto dalla legge, come ad esempio l'obbligo di adottare appropriate misure di controllo interno.

5. Nel diritto statunitense la competenza in materia societaria appartiene ai singoli Stati e non trova allocazione nell'*Uniform Commercial Code*. Tuttavia, dopo il *Crash* del 1929 - imputato, come si è accennato, alle frodi ed alle manipolazioni perpetrate sul mercato finanziario -, nei primi cento giorni della presidenza Roosevelt fu emanato il *Securities Act* del 1933, il primo atto della politica di *New Deal*, finalizzato alla protezione degli investitori. L'anno successivo, il *Securities Exchange Act* del 1934 istituiva la *Securities Exchange Commission* (SEC), la cui specifica funzione era quella di reprimere la manipolazione del mercato e di regolare l'attività economica, soprattutto attraverso il controllo dei flussi informativi.

La SEC è un organismo indipendente che fin dalla sua costituzione ha avuto come fine quello di porre rimedio alla frammentazione statale del diritto societario, arginando contemporaneamente i rischi connessi al difetto insito nella regolamentazione effettuata dai singoli Stati, che raramente riuscivano a garantire una adeguata tutela agli investitori, frenati anche dal timore di *vedere le società residenti trasmigrare verso lidi più ospitali*¹.

Con i *Securities Acts* del 1933 e 1934 viene affidata alla SEC la creazione di un diritto dei valori mobiliari di rango federale – ma in forma delegificata – imperniato su due ordini di regole, uno incentrato sulla *mandatory disclosure* che, a quasi un secolo di distanza dal *Joint Stock Companies Act* britannico del 1844, impone obblighi di trasparenza per tutto ciò che concerne le offerte di valori mobiliari e la situazione degli *issuers*, gli emittenti; l'altro, attinente al divieto di frode che, grazie alla *Rule 10(b)-5* emanata nel 1942, impone in forma ampia e generalizzata il divieto di pratiche manipolative o decettive applicato a qualunque operazione collegata con l'acquisto o la vendita di *securities*, comprese le operazioni relative a titoli non pubblicamente negoziati: è prevista l'azione civile, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto contrattuale, e lo stesso nesso di causalità è costruito su presupposti certamente non rigidi, in un raggio di operatività che comprende sia i piccoli risparmiatori, sia l'acquirente di un consistente pacchetto azionario che siano stati influenzati o sviati da notizie o informazioni non veritiere.

La tutela predisposta è ancor più rafforzata dalla possibilità di integrarsi con altri istituti tipici del *common law* statunitense, come le *class actions*.

Diversamente dalla prassi del continente europeo, che governa le amministrazioni dall'alto per il tramite di un ministro responsabile dinanzi al parlamento, la SEC si definisce *a independent, bipartisan, quasi-judicial agency of the United States government*; il suo carattere *quasi-judicial* è indice della sua assoluta terzietà rispetto alle categorie – imprese e risparmiatori – sottoposte al suo controllo ed alla sua tutela².

Grazie alla delega legislativa di poteri normativi si è venuta formando un'ampia *securities regulation* comprensiva dell'apparato delle sanzioni, che tuttavia la SEC ha dovuto - almeno in apparenza - mitigare dopo l'adesione all'*Economic Analysis of Law* nella versione della scuola di Chicago connotata dalla convinzione che l'operare spontaneo dei mercati finanziari fosse in grado di correggere in automatico ogni distorsione relativa all'andamento

¹ M. RICOLFI, *Securities Exchange Commission, Digesto Ipert.*, 1996, § 2.

² Alla SEC saranno affidate, tra l'altro, funzioni di controllo e di regolamentazione anche sulle *holding* dei settori di pubblica utilità, sugli intermediari finanziari, e sui *brokers* e *dealers* operanti nei mercati non regolamentati, attraverso il *Public Utility Holding Company Act* del 1935; il *Federal Trust Indenture Act* del 1939; l'*Investment Company Act* e l'*Investment Advisers Act* del 1940.



dei titoli, al di là di ogni strumento o norma imposta da organismi esterni al mercato stesso³.

Nella seconda metà del '900 si impongono, infatti, le teorie di Milton Friedman, di Thomas Sowell, e di Henry Manne⁴, il quale ultimo esalta, nella *vision* dell'analisi economica del diritto, le conseguenze positive della pratica dell'*insider trading* destinata, a suo dire, ad enfatizzare il ruolo del management, vero arbitro della formazione dei prezzi e artefice della crescita dello *stock market* e dell'intero sistema economico⁵.

Il progetto di deregolamentazione, proposto e sostenuto con grande entusiasmo dai giuristi fedeli all'*Efficient Capital Markets Hypothesis* (ECMH) si rivela, tuttavia, ben presto inconsistente: il *crash* della borsa del 1987, seguito ai gravi episodi di manipolazione emersi nell'anno precedente, determina il *revirement* degli economisti posti di fronte all'inconsistenza delle formulazioni più esasperate e ottimistiche dei sostenitori dell'"Ipotesi" dei *Chicagoan*, e insieme il ritorno ufficiale della SEC ad analisi più realistiche del comportamento dei mercati finanziari, al seguito dell'apporto di maestri come Keynes o Tobin⁶.

Peraltro, il contributo dell'*Economic Analysis of Law* ha avuto anche un risvolto positivo, in quanto, mitigando almeno in parte l'iniziale severità della Commissione, ha evitato una repressione indiscriminata dell'*insider trading* che, nell'ossessiva ricerca di colpevolezza - inasprita da considerazioni prevalentemente etiche - avrebbe condotto di fatto, così come gli abusi esasperati, alla paralisi del mercato.

³ R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 4^a ed., Boston, Toronto, London, 1992, 446.

⁴ M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, 1962; Id., *Inflation and Unemployment: Nobel lecture*, *Journal of Political Economy* 1977; T. Sowell, *Intellectuals and Society*, *National Review Online* (2010).

⁵ H. MANNE, *Insider trading and the Stock Market*, New York, 1966.

⁶ J. TOBIN, *Essays in economics*: I, *Macroeconomics*, Amsterdam, North-Holland, 1971; II: *Consumption and econometrics*, Amsterdam, North-Holland, 1975; III: *Theory and policy*, Cambridge, MIT Press, 1982. Sostenitore della teoria macroeconomica di ispirazione keynesiana, premio Nobel per l'economia per la sua analisi dei mercati finanziari è noto per la sua proposta di tassazione sulle transazioni internazionali (la "Tobin tax"), e per la teoria chiamata "q di Tobin", secondo la quale il valore di mercato del pacchetto azionario di un'impresa costituisce la misura della differenza tra il capitale desiderato dall'impresa e il capitale da questa effettivamente posseduto. Tobin, come quasi tutti gli altri economisti premi Nobel, si è espresso in modo negativo sulla istituzione dell'euro.



6. La *Section 10 b* contiene la delega alla SEC quanto all'emanazione di norme regolamentari che a suo avviso si palesino necessarie per il perseguimento dei già citati fini di tutela¹.

In particolare, la *Rule 10(b)-5* mira alla repressione di ogni genere di frode realizzabile nel mercato mobiliare.

Forse il grande successo che, in termini di efficacia, ha fatto riscontrare l'applicazione della norma *de qua* deriva, singolarmente, proprio dalla sfumata indeterminatezza concernente l'esatta definizione dell'*insider*: indefinitezza che si traduce in flessibilità quanto mai opportuna nel vagliare attività caratterizzate da estrema variabilità sia quanto ai soggetti, sia quanto alle ipotesi connesse all'applicabilità delle sanzioni.

Ciò è agevolmente riscontrabile nella prima occasione in cui la *Rule 10(b)-5* viene applicata ad un caso di *insider trading*, seppure non costituisca *precedent* poiché concerne il procedimento amministrativo avviato dalla SEC contro la Cady, Robert & Co.

Detta società finanziaria nel 1961 apprende, tramite un'informazione riservata, che la società aeronautica Curtis & Wright Corporation procederà ad una drastica riduzione dei dividendi, malgrado il rialzo delle azioni della Corporation provocato dall'annuncio - diffuso dalla stessa Curtis & Wright - della imminente produzione di un nuovo motore a combustione interna. Talché, la finanziaria vende ad ottimo prezzo le azioni della Corporation che erano nel proprio portafoglio.

Per la SEC il caso è paradigmatico: vi si rinvergono l'*access* ad informazioni rilevanti e riservate e l'*inherent unfairness*, il danno prodotto dal comportamento illecito di chi si avvantaggia consapevolmente della conoscenza esclusiva della notizia caratterizzata da *price sensitivity*.

In base alla *Rule 10(b)-5* l'operatore che si trovi in possesso di tale informazione deve renderla pubblica: se ciò non è nella sua possibilità o volontà ha solo un'alternativa, cioè astenersi da ogni iniziativa inerente al suo utilizzo.

Ma la flessibilità della *Rule* le consente anche di ampliare oltre misura il suo ambito di ricaduta, fino ad includere nel *duty of disclose or abstain* tutte quelle persone che si trovano in una non meglio determinata *special relationship with a company and privy to its internal affair*. L'intento della SEC qui più che un impulso etico, segue il preciso scopo di non lasciare fuori della portata del suo controllo <e della sanzione> i *tippees* cui l'*insider* rivela indebitamente l'informazione riservata.

La regola del *disclose or abstain* viene formulata compiutamente qualche anno dopo dalla Corte d'Appello del Secondo Circuito nella decisione del *case SEC v. Texas Gulf Sulfur Co.*: *anyone in possession of material inside information must either disclose it to the investing public, or, if he is disabled from disclosing it in order to protect a corporate confidence, or he choose not to do so, must abstain from trading in or recommending the securities concerned while such inside information remain undisclosed*. Tale pronuncia, la prima di natura giurisdizionale, costituisce il *leading case* dell'applicazione della *Rule 10 (b) -5* all'*insider trading*.

¹ Di grande interesse, in materia, R. K. Winter, Jr., *State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation*, 6 J. Leg. Studies, 251 (1977).



7. Nel 1984 compare l'*Insider Trading Sanction Act*, il primo provvedimento legislativo federale concernente le pratiche di *insider trading*, che modifica la *Section 21 d* del *Securities Exchange Act* del 1934 inasprendo ed ampliando le sanzioni già previste ed assegna alla SEC la facoltà di comminare, in aggiunta a quelle, anche la sanzione amministrativa del pagamento di un importo fino al triplo del profitto conseguito o della perdita evitata, a carico di *chiunque* tratti la vendita o l'acquisto di *stocks* mentre *is in possession of material non public information*, e di una analoga *civil penalty* pari allo stesso importo, comminabile nei confronti dei medesimi soggetti dalle Corti.

Anche il Congresso evita, nella promulgazione del provvedimento *de quo*, di fornire una qualsivoglia definizione del fenomeno, in accordo con l'auspicio della SEC per la quale sono essenziali la flessibilità e l'ampiezza di intervento consentita dalla indeterminatezza dei confini delle nozioni trattate.

Peraltro è notevole l'apporto chiarificatore del Congresso relativo alla *Section 20 d* introdotta dall'*Insider Trading Sanction Act* nel testo del *Securities Exchange Act*.

La *Rule* specifica l'illiceità delle operazioni concernenti *options* - ovvero altri derivati - nei casi in cui non sia consentito negoziare i titoli sottostanti.

Come noto, un'*option call* è uno strumento derivato in base al quale l'acquirente dell'opzione, dietro pagamento di una somma - o 'premio' - acquista il diritto - ma non l'obbligo - di acquistare un titolo c. d. 'sottostante', a un dato prezzo d'esercizio (*strike price*). L'*option call* americana può essere esercitata in qualunque momento tra la stipula del contratto e la sua scadenza, a differenza dell'opzione europea che può essere esercitata solo alla data prefissata.

Parimenti con l'*option put* l'acquirente dell'opzione acquista il diritto, ma non l'obbligo, di vendere il titolo sottostante al derivato allo *strike price* fissato, mentre l'altra parte, che intanto incassa il 'premio' corrisposto obbligatoriamente dall'acquirente, si impegna ad acquistare il titolo, se - e quando, nell'ordinamento USA - l'acquirente dell'*option put* decide di esercitare il suo diritto. Talché, se oggi un titolo sottostante vale 3, chi esercita l'*option put* al costo del 'premio' di 0,50, in una data qualunque compresa entro la scadenza prefissata, potrà venderlo allo *strike price* stabilito di 2,5: ovviamente se nel frattempo il sottostante avrà fatto registrare una quotazione più bassa rispetto allo *strike price* l'opzione avrà un valore monetario positivo.

La *Section 20 d* vieta, dunque, di effettuare operazioni su derivati a chi sia in possesso di informazioni riservate, a pena di ricadere, violando detto obbligo, nella responsabilità corrispondente: inserendo tale norma il Congresso ha altresì fugato ogni dubbio circa l'applicabilità della *Rule 10(b)-5* alle suddette modalità di *trading* che intrinsecamente offrono più agevoli possibilità di elusione del divieto di *insider* e di *misappropriation*.

Con l'*Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act* elaborato, dietro proposta anche della SEC, da una Commissione legislativa istituita *ad hoc* ed approvato dal Congresso nell'ottobre del 1988, nel *Securities Exchange Act* del 1934 viene inserita la *Section 20 A* che attribuisce la legittimità all'azione per il risarcimento dei danni subiti anche a tutti gli investitori che hanno negoziato titoli oggetto di pratiche vietate in posizione contrattuale opposta e *contemporaneamente* all'*insider trading*.



Con tale disposizione normativa il legislatore nordamericano riconosce la sussistenza del diritto al risarcimento¹ indipendentemente da qualunque rapporto fiduciario che possa intercorrere tra il colpevole di *abuse* e i soggetti danneggiati, privilegiando la *misappropriation theory* grazie alla quale la SEC aveva aggirato e arginato le pericolose aperture in tema di flessibilità sanzionatoria determinatesi nella *case law* basata sulla teoria fiduciaria in precedenza seguita dalla Corte Suprema.

L'inasprimento di pene e sanzioni ora è rivolto anche contro le *controlling persons* che direttamente o indirettamente hanno omesso di adottare misure adeguate atte a prevenire le pratiche vietate di *insider trading*, sia che ne avessero consapevolezza, sia che fossero incorse in negligente e grave trascuratezza: *knowingly or recklessly*.

Il legislatore americano affianca a tali interventi il c. d. *bounty program*, codificato nella *Section 21 A(e)-3*, che autorizza la Commissione *to award bounties to persons who provided information leading to the recovery of civil penalties for insider trading violations*, a corrispondere «taglie premio» a coloro che hanno fornito informazioni che portino al recupero di sanzioni civili per le medesime violazioni².

La disciplina statunitense dell'*insider trading* è indubbiamente tra le più severe e più determinate nel perseguire le pratiche illegali connesse al *market abuse*: rileva l'attenzione posta dall'ordinamento alla salvaguardia del mercato e contemporaneamente alla prevenzione di ulteriori *big crash* rovinosi, ma la differenza, al confronto con quel che accade nell'esperienza italiana, è nella scelta di giungere allo scopo privilegiando - in modo che può definirsi sistematico - la tutela degli investitori *vel risparmiatori vel consumatori*, che forniscono la massa del capitale che finanzia il mercato stesso.

Che non si tratti di una tutela privilegiata *tout court*, quella che qui si palesa nei confronti del consumatore, è dimostrato da quanto invece accade in altre vicende che hanno visto o vedono soccombere i non professionisti che accedono ad altre categorie di beni e/o servizi, dove fin troppo spesso il consumatore è vittima anche delle ...interpretazioni delle corti.

¹ La SEC tende ad ottenere la restituzione dei profitti illecitamente conseguiti dall'*insider* attraverso il *disgorgement*, ossia il risarcimento basato non sulla perdita subita dai soggetti danneggiati, ma sui profitti realizzati dalla controparte in virtù del compimento dell'atto *contra legem*. La concessione di tale rimedio rientra nei poteri equitativi delle corti federali e dopo essersi consolidato nella prassi giurisprudenziale ha trovato implicito riconoscimento nel *Private Securities Litigation Reform Act* del 1995 e nel *Sarbanes-Oxley Act* del 2002: in entrambi i provvedimenti infatti si menziona il *disgorgement* riconoscendo quindi la validità del rimedio di *equity* che ha, come altri rimedi creati dall'*equity*, anche una funzione preventiva, nel senso che, una persona razionale, qualora i costi vengano riportati alla sfera da cui promanano, recherà pregiudizio alla controparte solo nel caso in cui il beneficio che ne ricava sia "abbastanza ampio da consentirle di pagare un adeguato risarcimento e tenere qualcosa per sé"

Il *disgorgement* non ha natura punitiva, ma è volto a ristabilire lo *status quo* precedente alla violazione, riportando il trasgressore nella situazione in cui si sarebbe trovato in assenza della condotta illecita. (WANG-STEINBERG, *Insider trading*, New York, 2010, 653). La SEC deve indicare semplicemente con ragionevole approssimazione la misura della pretesa restitutoria. Al convenuto si addossa quindi, tanto l'onere della prova circa l'inesattezza delle somme indicate, quanto il rischio derivante dall'incertezza dell'ammontare dei guadagni illeciti.

² Il Congresso, con il successivo *The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del luglio 2010, sostituisce la *Section 21 F* alla *Section 21 A (e)-3* dell'*Exchange Act*, che premia gli informatori *who voluntarily provide the Commission with "original information" about a violation of the federal securities laws that leads to the successful enforcement of a "covered judicial or administrative action," or a "related action"*.

La SEC, tuttavia, poco dopo, in data 21 settembre 2010, pone fine all'*insider trading bounty program*.



Peraltro rileva come le *class actions* siano ammesse - come pratica ormai consueta nei giudizi per prodotti difettosi - a partire dal 1966: in base alla R. 23 delle *Federal Rules of Civil Procedure*, ai consumatori è offerta la possibilità di ricorrere ad un'azione collettiva ai fini risarcitori, il cui meccanismo processuale, come noto, estende i rimedi concessi a chi ha agito in giudizio ed abbia visto riconosciute le proprie pretese, a tutti gli appartenenti alla medesima categoria di soggetti che non si sono attivati³.

Ma sono ben note le sconfitte patite nelle lotte giudiziarie per il risarcimento degli incontestabili danni da fumo o in altri settori in cui i consumatori sono tuttora irrimediabilmente svantaggiati: proprio in tale confronto si constata come la SEC, il Congresso e le Corti - soprattutto quelle di grado inferiore - tutelino prioritariamente la fiducia e gli investimenti dei risparmiatori/*consumers*, riuscendo a garantire il risarcimento anche a soggetti che in alcun modo appaiono in rapporto - fiduciario o contrattuale - con i responsabili degli illeciti.

La scelta della flessibilità e della sfumata indeterminatezza - da cui è del tutto aliena la responsabilità, nonché la sanzione penale, privilegiate dal legislatore italiano - è certamente strumentale per il perseguimento della finalità e del target che la SEC si è autonomamente prefissato, così da individuare <nuove> regole giuste ed efficaci, senza peraltro infrangere la sacralità della *rule of the law* radicata nella tradizione di *common law*. Ancora una volta stupiscono e nello stesso tempo ispirano al *civilian* un ammirato e talora riverente rispetto, al

³ La possibilità di intentare *mass actions* in ipotesi di *mass torts* è resa certamente più agevole dalla diffusa pratica del 'patto di quota lite'. Attraverso la stipula del *contingent fee*, come noto, l'avvocato si impegna a sostenere tutte le spese del processo, ma in caso di successo avrà diritto ad un terzo - talora anche al 40% - dell'intero risarcimento decretato dalla giuria. Va anche ricordato che in caso di soccombenza, l'avvocato che ha stipulato il patto di quota lite", in base alla nota *American rule*, non dovrà mai accollarsi le spese dell'avversario vittorioso.

Alla relativa facilità con la quale il consumatore danneggiato può ricorrere in giudizio, si unisce anche la frequente attribuzione, da parte delle corti, dei *punitive damages*, che risultano in genere devastanti per i singoli produttori, per via delle ingenti somme assegnate ai risarcimenti. Tanto, nella considerazione dell'azionabilità delle rivendicazioni.

Sul finire del secolo scorso, l'aumento vertiginoso delle cause di danno e del loro costo - a spese dei produttori - ha generato crisi a catena, tanto nel settore produttivo che nel sistema assicurativo a quello connesso.

Varie industrie, come quelle produttrici di amianto, sono state costrette a uscire dal mercato, mentre le industrie farmaceutiche hanno rallentato la ricerca e la sperimentazione di nuovi prodotti. La questione attinente alla responsabilità civile sembrava avviare il sistema produttivo verso un punto di non ritorno, verso il tracollo - produttivo e assicurativo - dell'intero sistema anglo-americano, quando si genera in dottrina un movimento in controtendenza che, mirando a limitare in qualche modo la responsabilità del produttore auspicava si giungesse a ridurre gli esorbitanti risarcimenti, anche per consentire agli imprenditori dei vari settori di rendere più competitivi e più sicuri i loro prodotti. Tra l'altro, vi era chi (Priest) esprimeva criticamente la propria opposizione a veder trasformato il sistema della responsabilità civile in "un surrogato della previdenza sociale". Talché, durante gli ultimi decenni del XX secolo, in molti *States* si è tentato di porre un limite, anche con provvedimenti normativi, alla responsabilità del produttore, mentre la giurisprudenza, in una analoga prospettiva di ridimensionamento, tendeva a ricondurre tale responsabilità nell'alveo della colpa, soprattutto con riguardo al settore farmaceutico, laddove appariva particolarmente preoccupante, a causa delle conseguenze negative per la salute e per il benessere delle persone, la mancanza di incentivazione alla ricerca di nuovi farmaci.

Stupisce, invece, come nelle *Tobacco Tort Litigations* succedutesi negli anni tra il 1954 e il 1994, nessuno delle centinaia di ricorrenti sia riuscito a ottenere un solo dollaro a titolo di risarcimento danni dalle industrie del tabacco. E ciò è tanto più singolare, se lo si colloca all'interno della serie di successi senza precedenti dei danneggiati che agivano contro i produttori di beni difettosi cui si è appena accennato. (Cfr. A. G. PARISI, *Colpa e dolo nella responsabilità. Saggi di diritto comparato*, Torino, 2012, 357 ss.)



confronto di diverse situazioni e di altri accadimenti, le - solo apparenti - incongruenze che contraddistinguono, in questo ambito come nella gran parte della *case law*, le decisioni dei giudici e, nella materia *de qua*, l'operato della SEC: un istituto *quasi-judicial*, indipendente, *bi-partisan*, composto di cinque membri dei quali non più di tre possono provenire dallo stesso partito, che sono nominati, con *advice and consent* del Senato, dal Presidente degli Stati Uniti per un periodo di cinque anni, in un avvicendamento programmato in base al quale ogni anno uno dei componenti cessa dalla carica per venire *puntualmente e regolarmente* sostituito.

Forse non a caso, tra le regolamentazioni dell'*insider trading* poste in essere dagli ordinamenti occidentali, quella di *common law*, del *common law* nord-americano, è la più efficace e insieme la più attenta alle esigenze della persona e del mercato: forse non poco il diritto angloamericano è tributario, per questo, al suo essere radicato nella *case law*, talché mai il legame⁴ tra etica giuridica e umanità, quantomeno consapevolmente, può essere scisso⁵.

⁴ *Material*, vale a dire rilevante e concreto.

⁵ Quanto al complesso mondo della *law contract* e dei *torts* governato dall'intrinseca e amplissima discrezionalità del *judge law maker*, sia consentito il rinvio a A. G. PARISI, *Colpa e dolo nella responsabilità. Saggi di diritto comparato*, cit., 20 ss.



8. L'*insider trading* produce ovviamente in Italia gli stessi effetti negativi - o esternalità - individuati nell'esperienza nordamericana. Anche per la dottrina italiana il mercato, gli emittenti e gli investitori sono titolari di interessi pregiudicati dagli abusi informativi. Sono invece distinte le finalità che i due ordinamenti si propongono in via prioritaria nella repressione di un fenomeno che è stato sostanzialmente ignorato dal legislatore italiano fino all'emanazione della legge 17 maggio 1991, n. 157 sulle *Norme relative all'uso di informazioni riservate nelle operazioni in valori mobiliari e alla Commissione nazionale per le società e la borsa*, con la quale si diede attuazione alla direttiva 89/592/CEE.

Certamente il diritto comunitario è stato determinante per lo sviluppo della disciplina italiana in materia di *insider trading*, che appare senz'altro severa in quanto, sebbene la normativa europea fin dall'inizio rimettesse alla discrezionalità dei singoli Stati membri la scelta delle politiche repressive da adottare, non necessariamente di carattere penale, il legislatore nazionale ha inteso perseguire l'abuso di informazioni privilegiate attraverso la previsione di un reato che accomuna nell'azione delittuosa non solo l'*insider*, ma anche i *tippees*. Infatti già l'art. 2 della legge 157/'91 prevedeva, al comma 1, il divieto di *acquistare o vendere, ovvero compiere altre operazioni, anche per interposta persona, su valori mobiliari, ivi compresi i relativi diritti di opzione, qualora si posseggano informazioni riservate, ed altresì di comunicare a terzi, senza giustificato motivo, le informazioni di cui al comma 1 ovvero consigliare a terzi, sulla base delle suddette informazioni, il compimento delle operazioni di cui al comma 1.*

L'amplessissima prescrizione indirizzava il divieto non solo ai detentori delle citate informazioni in virtù della loro "partecipazione al capitale di una società ovvero in ragione dell'esercizio di una funzione, anche pubblica, professione o ufficio", ma anche a *tutti coloro che abbiano direttamente o indirettamente ottenuto informazioni, consapevoli del carattere riservato delle stesse, da soggetti che dette informazioni posseggano in ragione dell'esercizio della loro funzione, professione o ufficio*: dunque la norma considerava soggetti attivi del reato soggetti attivi del reato sia gli *insider* primari (istituzionali o temporanei) che quelli secondari, ai quali erano estesi i medesimi divieti imposti ai primi, dal divieto di negoziare a quello di comunicare ad altri l'informazione o di suggerire, in base ad essa, operazioni sui titoli.

Contemporaneamente la severità dei divieti era attenuata da talune esenzioni dalla formulazione eccessivamente generica che andavano a sostituire la maggiore determinatezza della norma comunitaria: come la sanzione del *tipping* attuato 'senza giustificato motivo' in luogo del più specifico *nell'ambito del normale esercizio del loro lavoro, della loro professione o delle loro funzioni*, con riferimento alla medesima attività di trasmissione dell'informazione riservata.

L'art. 8 della legge richiamata attribuiva alla CONSOB il compito di individuare le eventuali violazioni in termini di abuso informativo, e di trasmettere al pubblico ministero la relativa documentazione. Rileva la disposizione di cui all'art. 8, comma 6, in base alla quale nei vari procedimenti la stessa CONSOB *esercita(va) i diritti e le facoltà attribuiti dal codice di procedura penale alla persona offesa dal reato, nonché le facoltà riconosciute negli articoli 505 e 511 del medesimo codice di procedura penale agli enti e alle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato.*

Talché sorgeva una immediata perplessità, concernente l'attribuzione al titolare dell'azione investigativa anche del ruolo di soggetto offeso, tenuto, ex art. 92 c. p. p., a prestare il proprio consenso all'esercizio di diritti spettanti alle associazioni rappresentative di



interessi lesi dal reato: ne derivò la considerazione della norma speciale come derogatoria rispetto alla disciplina generale¹.

Fu subito evidente, peraltro, che il legislatore comunitario aveva impostato la regolamentazione dell'*insider trading* sulla prioritaria esigenza di tutela del mercato, al fine di assicurare parità informativa a tutti gli operatori, e di consolidare in tal modo la fiducia degli investitori, senza porre adeguata attenzione al ristoro del danno eventualmente subito.

Quanto alle scelte operate dal legislatore italiano, fin dall'inizio la disciplina recepita si rivelava pressoché incompatibile con i canoni del diritto penale cui doveva comunque conformarsi: pertanto, seppure il reato di *insider trading* ebbe una scarsissima applicazione in ambito giurisprudenziale, si rese necessaria la riformulazione dell'intera normativa, effettuata per il tramite del d.lgs. 58/'98 che, abrogando le norme precedenti, ne attuò il riordino nel *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*. Agli artt. 180-187 fu regolato il reato di *insider trading*, unitamente a quello di aggio: la disciplina, anche nella nuova formulazione, accomunava sostanzialmente *insider* primari e secondari e, pur intervenendo con ulteriori specificazioni - sottolineando ad esempio il nesso tra funzione dell'*insider* e informazioni acquisite - non operava alcuna connessione diretta con l'emittente dei titoli coinvolti, discostandosi notevolmente dalla *ratio* della disciplina statunitense, che fondava l'intera repressione del fenomeno sulla violazione degli obblighi fiduciari (interpretazione della Corte Suprema) o sull'indebita appropriazione (la successiva motivazione/*escamotage* introdotta dalla SEC).

Di qui sostanzialmente l'enorme difficoltà di applicazione, al confronto, della regolamentazione italiana, in cui la prevalenza della fattispecie penale - e amministrativa - sulla dimensione civilistica obbliga ancor oggi l'ordinamento ad una quasi continua specificazione prescrittiva, nella ricerca spesso infruttuosa della necessaria determinatezza e - conseguente - tassatività.

La riformulazione della nozione di informazione privilegiata, in luogo della 'informazione riservata' di cui alla norma previgente, unita a variazioni testuali di non eccessiva rilevanza, all'inasprimento delle sanzioni e all'ampliamento dei poteri della CONSOB nell'esplicazione dell'attività di vigilanza, non risolve tuttavia le problematiche connesse all'applicazione della innovata disciplina, che subisce l'aggravio del conseguente ampliamento degli oneri probatori, seppure acquista alquanto in termini di determinatezza. In tali termini, tuttavia, la disciplina era ritenuta comunque ancora inadeguata, come conferma il procedimento di incostituzionalità avviato dinanzi alla Consulta, a fronte degli artt. 3 e 25, comma 2, Cost., con riguardo all'eccessiva indeterminatezza della nozione di *price sensitivity*. La Corte Costituzionale² dichiarava il ricorso inammissibile per carenze sostanzialmente formali, ma nel contempo rinviava, in certo qual modo, alle ulteriori modifiche che avrebbe introdotto la direttiva comunitaria di imminente emanazione (direttiva 2003/124/CE).

L'art. 9, l. 18 aprile 2005, n. 62, la c. d. legge comunitaria 2004 che ha dato attuazione alla direttiva 2003/6/CE, ha innovato ancora pressoché totalmente la disciplina sugli abusi

¹ Sul tema, cfr. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in AA.VV., *Diritto penale ed impresa: un rapporto controverso*, Milano 2004, p. 549; FOFFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato negli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 254.

² Cfr. Corte Cost., 14 dicembre 2004, n. 382 in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 4, 58 con nota di BOMBARDI; in *Impresa*, 2005, 2, 287; in *Riv. Pen.*, 2005, 285 e in *Dir. Pen. e Processo*, 2005, 2, 148.



di mercato contenuta nel TUF. Infatti il Titolo I-*bis* (artt. 180- 187 *quaterdecies*) viene sostituito al precedente Capo IV del Titolo I, della Parte V TUF.

Nella normativa riformata, che riguarda le categorie di *market abuse*, *insider trading* e *market manipulation*, rileva soprattutto la definizione riformulata della nozione di informazione privilegiata di cui all'art. 181.

La norma che in dottrina suscita maggiori perplessità è la specificazione del comma 3 che alla lett. a), a proposito di informazioni [privilegiate], discorre ancora con insufficiente determinatezza di *un complesso di circostanze esistente o che si possa ragionevolmente prevedere che verrà ad esistenza* e di *un evento verificatosi o che si possa ragionevolmente prevedere che si verificherà*, laddove la stessa menzione della prevedibilità è incompatibile con l'esigenza di tassatività del diritto penale, come pure appare inadeguata la specificazione della nozione di *investitore ragionevole*.

Anche i poteri della CONSOB sono ampliati, alla stregua della sollecitazione di cui all'art. 12 della direttiva 2003/6/CE, che chiaramente prescrive: "All'autorità competente sono conferiti tutti i poteri di vigilanza e di indagine necessari per l'esercizio delle sue funzioni". Infatti l'art. 187 *octies* attribuisce alla Commissione, tra l'altro, il compito di porre in essere *tutti gli atti necessari all'accertamento delle violazioni delle disposizioni di cui al presente titolo, utilizzando i poteri ad essa attribuiti dal presente decreto*.

Ma quel che rileva ai fini della presente disamina è la legittimazione della CONSOB all'esercizio dell'azione civile di cui al l'art. 187 *undecies*, comma 2, talché la Commissione nel processo penale per *market abuse* "può costituirsi parte civile e richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato"³.

Rileva ancora, tuttavia, come alla severità dello strumento sanzionatorio non faccia riscontro un'effettiva applicazione giurisprudenziale dell'intera disciplina, sempre a causa dell'incompatibilità tra l'ineludibile flessibilità insita nel configurarsi della fattispecie, la relativa specialità della legge e i principi del diritto penale.

In effetti l'*insider trading* può definirsi un fenomeno multiforme che ben è stato affrontato, in *common law*, da una regolamentazione fondata su clausole generali. Infatti, nell'ordinamento nordamericano la *Rule 10 (b)-5* è caratterizzata da una essenziale adattabilità alle molteplici e variegate ipotesi nelle quali si configurano le figure in analisi e, in generale, ogni situazione rilevante offerta dalla realtà economica. A nulla giova l'incremento delle sanzioni - e della loro insita valenza dissuasiva - quando è la medesima scelta di perseguire l'*insider trading* in via essenzialmente penalistica a fungere da limite all'efficacia dell'intervento.

La scelta dello strumento normativo dipende dalla finalità che lo stesso legislatore si è prefissata: oltreoceano l'interesse precipuo è alla tutela degli interessi individuali degli investitori dai pregiudizi arrecati dalle pratiche manipolatorie e, come riflesso della fiducia rafforzata nella gran parte dei consumatori/risparmiatori, seppure immancabilmente come necessaria conseguenza dell'intervento posto in atto, si perviene alla tutela dell'interesse generale del mercato finanziario.

³ La dottrina ha ravvisato della previsione una sorta di *punitive damages*: cfr. F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, 2^a ed., Padova, 2012, 186 ss.



Al contrario l'esperienza di *civil law*, ed in particolare quella italiana e comunitaria, è tesa a perseguire l'efficienza del mercato sostanzialmente attraverso la parità di accesso all'informazione.

Punto nodale della differenza tra le due differenti modalità di intervento normativo è, anche, la repressione dell'*insider trading* secondario: in *civil law*, *rectius*, nell'ordinamento italiano si sanziona l'asimmetria informativa estesa ai *tippees comunque ed in ogni caso*, indipendentemente dalle cause; negli U.S.A. invece essa è perseguita solo se è stata ottenuta in modo fraudolento, per violazione di un dovere fiduciario o per indebita appropriazione dell'informazione.

È inoltre emblematica, si ribadisce, l'assenza nella legge americana di una precisa definizione delle nozioni di *insider trading* e di informazione privilegiata - oggetto a più riprese delle successive 'gride' promulgate dal legislatore continentale - che sono determinate, di volta in volta, nella realtà effettuale della creazione giurisprudenziale legata al caso concreto, esclusivamente dalla *judge-made law*.

Chiaramente per il *civil law*, e segnatamente per il nostro legislatore, si impone sulle altre connotazioni l'intrinseca immoralità dell'*insider trading* che, risolvendosi nell'*abuso di posizione* di chi trae vantaggio dalla superiorità privilegiata rispetto a tutti gli altri operatori che intervengono sul mercato, costituisce una dimensione inaccettabile del sistema capitalistico, per cui deve essere severamente sanzionato.

La filosofia del «*market egalitarianism*» - peraltro condivisa inizialmente anche dal *common law* nord-americano -, intesa in senso rigido, come posizione di uguaglianza sul piano delle informazioni, mostra subito la sua carica utopistica a fronte del dato ineludibile che i soggetti che intervengono sul mercato hanno di fatto a disposizione una quantità di dati assolutamente eterogenea, per cui è inevitabile il configurarsi di una regolamentazione ampia e flessibile soprattutto sotto il profilo soggettivo. Da lì si è mossa la SEC, di concerto con la più avveduta giurisprudenza americana, che pur prendendo avvio dall'asimmetria informativa si è soffermata da un lato sull'indebito approfittamento - in termini di utilizzo delle informazioni privilegiate infrangendo il rapporto fiduciario che era sottostante alla loro stessa acquisizione, ovvero configurando una *misappropriation tout court* - e per altro verso sull'utilizzo di strumenti di tipo restitutorio da affiancare alle sanzioni, così da arginare efficacemente la perdita di fiducia degli investitori e la fuga dal mercato.

Infatti le sanzioni comminate oltre che perseguire - come quelle previste dall'ordinamento italiano - finalità sia repressive che deterrenti, hanno come scopo anche il ristoro del danno patito dagli investitori a causa del *market abuse*: le somme riscosse - a titolo di *disgorgement*⁴, *prejudgment interest*, and *civil monetary penalties* - , al netto di *any federal, state, or local taxes and fees and expenses*, confluiscono nel *Fair Fund*, all'uopo costituito, in base alla *Section 308(a) of the Sarbanes-Oxley Act of 2002, as amended*⁵.

⁴ Lo strumento di tipo restitutorio del *disgorgement of profits* che la SEC può chiedere giudizialmente si cumula alla sanzione della multa rapportata al vantaggio conseguito dall'operazione vietata. Nell'ordinamento tedesco l'*Herausgabenspruch* prevista dal § 667 BGB in tema di mandato ed estesa dal § 675 BGB a tutti i rapporti che presentino una componente di tipo gestorio, consente analogamente di ravvisare in capo alla società una pretesa creditoria riguardo a tutti i profitti conseguiti dagli amministratori nell'espletamento dell'incarico loro affidato.

⁵ Public Law 107-204. 107th Congress. July 30, 2002: An Act To protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes. TITLE III -CORPORATE RESPONSIBILITY. Sec. 308. Fair funds for investors.: (a) CIVIL PENALTIES ADDED TO DISGORGEMENT FUNDS FOR THE RELIEF OF VICTIMS.-If in any judicial or administrative action brought by the Commission



under the securities laws (as such term is defined in section 3(a)(47) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78c(a)(47)) the Commission obtains an order requiring disgorgement against any person for a violation of such laws or the rules or regulations thereunder, or such person agrees in settlement of any such action to such disgorgement, and the Commission also obtains pursuant to such laws a civil penalty against such person, the amount of such civil penalty shall, on the motion or at the direction of the Commission, be added to and become part of the disgorgement fund for the benefit of the victims of such violation. (b) Acceptance Of Additional Donations.-The Commission is authorized to accept, hold, administer, and utilize gifts, bequests and devises of property, both real and personal, to the United States for a disgorgement fund described in subsection (a). Such gifts, bequests, and devises of money and proceeds from sales of other property received as gifts, bequests, or devises shall be deposited in the disgorgement fund and shall be available for allocation in accordance with subsection (a).



9. La Corte di Cassazione, nella decisione del 20 gennaio 2010, n. 8588¹, riconosce, tra l'altro, la *funzione riparatoria* della disposizione e, contestualmente, la figura del *danno all'integrità del mercato*, ma non ravvisa in tale pregiudizio una *lesione della soggettività o della sfera patrimoniale* della CONSOB. Anzi, sottolinea come la disposizione in epigrafe tuteli contesti che, in assenza di essa, sarebbero giuridicamente irrilevanti: per tale ragione per la Suprema Corte la disposizione *de qua* discorre di danni *ad una entità in sé astratta*, in quanto tra gli operatori colpiti dalla sanzione ed il reato non si è instaurata alcuna *relazione specifica e giuridicamente rilevante*. La Cassazione inoltre esclude che l'espressione *danni all'integrità del mercato* sia l'equivalente di "danni all'immagine della CONSOB", e rigetta conseguentemente la diretta riferibilità alla stessa di un interesse all'integrità del mercato. Dunque, la riparazione dei danni all'integrità del mercato non sarebbe che una simulazione che integra invece una *sanzione civile con finalità repressivo-deterrenti*: il che prospetterebbe anche la violazione del principio del *ne bis in idem*, al cui rispetto l'Italia è vincolata in base all'art. 117 Cost.²

La Corte prospetta, in alternativa, nel configurarsi del richiamato "danno all'integrità del mercato" un autonomo "danno economico" la cui riparazione - in favore della CONSOB - potrebbe apparire, più che un risarcimento, una sorta di indennizzo tramite il quale *trasformare il danno in una provvista di mezzi di prevenzione*. Talché, vi è chi opportunamente ravvisa in detto rimedio risarcitorio una "funzione deterrente in senso debole", la cui caratteristica peculiare consiste nell' *addossare all'autore dell'illecito danni effettivamente prodottisi, ma rispetto ai quali non può operare una regola risarcitoria in favore dei soggetti di fatto danneggiati*³.

In effetti, la norma di cui all'art. 187 *undecies*, comma 2, TUF che, come si è osservato, attribuisce alla CONSOB la - contestata - legittimazione ad ottenere il ristoro dei danni arrecati al mercato non è supportata da alcuna previsione che preveda e sanzioni la responsabilità civile dell'*insider* nei confronti degli investitori individualmente lesi, in netto contrasto con il modello nord-americano, laddove si riconosce l'*implied right of action* - per violazione della *Rule 10(b)-5* anche ai *contemporaneous investors* danneggiati. Chiaramente, la disciplina italiana dell'*insider trading* più che alla tutela degli interessi privati è finalizzata alla salvaguardia dell'interesse pubblico all'integrità del mercato.

¹ Cass. Pen. Sez. V, 20 gennaio 2010, n. 8588, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 10, 992.

² Rileva la recente decisione della Corte europea diritti dell'uomo (Sez. II, n. 18640, Grande Stevens e altri c. Italia) del 4 marzo 2014, nella quale i giudici di Strasburgo hanno sancito che la disciplina italiana degli abusi di mercato, contenuta nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, attuazione della direttiva 2003/6/CE viola il principio del *ne bis in idem* contenuto nell'art. 4 del Protocollo 7 della Carta Europea dei diritti dell'Uomo, firmato il 22 novembre 1984, in base al quale "nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato". Nella richiamata sentenza la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che il concorso tra le due fattispecie penale ed amministrativa previsto dalla disciplina italiana degli abusi di mercato contenuta nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, attuazione della direttiva 2003/6/CE viola il principio del *ne bis in idem*, in quanto le sanzioni amministrative in materia di *market abuse* previste dal TUF - con riguardo all'art. 187 ter -, benché formalmente amministrative, devono ritenersi sostanzialmente penali (cfr. Corte europea diritti dell'uomo Sez. II, 4 marzo 2014, n. 18640, in *Giur. It.*, 2014, 7, 1642).

³ Cfr., T. MAUCERI, *Abusi di mercato e responsabilità civile: danni all'integrità del mercato e danni non patrimoniali agli enti lucrativi lesi dal reato*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 10, 1001.



10. La Suprema Corte nella recentissima sentenza depositata il 3 luglio u.s. assume una posizione decisamente in controtendenza riconoscendo la responsabilità civile dell'*insider trading* e privilegiando la tutela (i. e. il diritto al risarcimento) degli investitori, quasi mutuando dal *common law* (anche) la funzione di creare diritto: infatti, secondo la massima che se ne deduce, *il terzo che si trovi in possesso di informazioni privilegiate relative agli strumenti finanziari di una società quotata e che operi nel mercato in virtù del proprio vantaggio informativo è responsabile nei confronti di chi si trovi dall'altra parte del mercato, in forza del principio "disclose or abstain"*¹.

I fatti. Il procedimento *de quo* richiama per molte analogie quello promosso nel 1961 dalla SEC contro la Cady, Robert & Co.² Alcune tra le principali banche italiane³ componenti di un Comitato ristretto istituito tra il 1995 e il 1997 per il risanamento di una S. p. A (SCI), gravemente colpita nel 1993 dalla crisi del mercato immobiliare, avevano convertito i loro ingenti crediti in azioni della società, per un ammontare complessivo di oltre il 78%. Il 10 giugno 1997 l'*Advisor* trasmette a detto Comitato un rapporto strettamente confidenziale in cui prospettava la necessità di provvedere ad una ulteriore e sollecita ricapitalizzazione della società o, come unica alternativa, di valutare la proposta di acquisto della SCI avanzata dalla società statunitense Tamarix Capital Corporation, tramite la sua controllata Trident Rowan Group. Peraltro, la possibile acquirente richiedeva alle banche del Comitato l'*imprescindibile rinuncia a riscuotere i loro crediti consolidati* verso la SCI.

Nulla trapela riguardo al rapporto dall'*Advisor* agli organi di stampa, che anzi nell'agosto prospettano un apparente miglioramento del bilancio della società unitamente alla possibilità di un'OPA sulle azioni SCI.

In tale contesto le banche componenti il Comitato respingono i suggerimenti dell'*Advisor* e, rifiutando l'offerta di Tamarix vendono le azioni SCI riducendo il capitale posseduto dal 78,1 al 14,1.

Nel contempo, tra il 25 agosto e il 21 ottobre 1995, gli investitori, confidando nelle notizie ventilate dalla stampa acquistano un numero di oltre 20.850.000 azioni SCI. Successivamente la notizia dell'OPA si rivela infondata, mentre le azioni SCI perdono progressivamente valore fino alla dichiarazione di fallimento della medesima società del 20 marzo 1998. Segue l'indagine della CONSOB, che addebita alle banche componenti il Comitato la violazione della l. 17 maggio 1991, n. 157, art. 2.

Il procedimento penale avviato a carico dei responsabili delle banche creditrici si conclude con l'archiviazione degli atti da parte del GIP di Milano, su conforme richiesta del P.M.

Gli acquirenti delle azioni SCI agiscono in giudizio contro le medesime banche, accusandole di abuso di informazioni riservate tali da incidere sul prezzo dei titoli, ai sensi della l. n. 157 del 1991, art. 2 (nel testo in vigore all'epoca) e di violazione degli obblighi di informazione della CONSOB e del pubblico circa le operazioni effettuate, chiedendo, tra l'altro, un risarcimento del danno quantificato in euro 257.310.

Il Tribunale di Milano, con sentenza n. 2193/2004 ritiene parzialmente fondati gli addebiti e condanna le banche convenute al risarcimento in via solidale, nella misura di Euro 0,0051 per ogni azione SCI acquistata dagli attori fra il 25 agosto e il 21 ottobre 1997, oltre agli interessi legali.

¹ Cfr., Cass. civ. Sez. III, 3 luglio 2014.

² Cfr. *supra*, § 6.

³ Unicredit, Intesa San Paolo, Banca di Roma S.p.A, Centrobanca, Carige.



Con sentenza 21 febbraio - 29 giugno 2007 n. 1855 la Corte di Appello di Milano conferma la sentenza del Tribunale, ponendo le spese del grado a carico delle banche appellate che ricorrono in Cassazione. Resistono con controricorso gli attori in primo grado.

La decisione della Suprema Corte. Pur nella presa d'atto che solo Unicredit ha collocato le azioni SCI in suo possesso anche presso i propri clienti, la Corte ribadisce che gli attori non hanno invocato per il risarcimento la responsabilità contrattuale degli Istituti di credito, bensì l'ingiustizia del danno ed il carattere illecito del loro comportamento. Ritiene anche che l'*Advisor* abbia trasmesso alle stesse banche notizie precise, di contenuto determinato e inequivocabile e non note al mercato circa l'irrimediabile situazione di dissesto di SCI: la notizia riservata, *avente carattere specifico e determinato*, consisteva nella comunicazione testuale del fatto che "... il piano di risanamento non ha funzionato; si prospetta la vendita a Tamarix o la liquidazione, salvo nuovi finanziamenti da parte delle banche". In altri termini l'informazione privilegiata aveva ad oggetto la notizia 3wdell'impossibilità di SCI di fronteggiare a breve il debito consolidato salvo l'intervento di altri finanziamenti, che sarebbe spettato alle banche stesse concedere, quali azioniste di maggioranza.

Correttamente dunque la Corte di Appello ha ravvisato nel comportamento delle convenute - appellanti la violazione della l. n. 157 del 1991, artt. 2 e 3, circa il divieto di acquistare o di vendere valori mobiliari, qualora si posseggano informazioni riservate, ottenute in virtù della partecipazione al capitale di una società, che siano rilevanti in ordine alla valutazione dei titoli.

Peraltro, indipendentemente dallo specifico divieto di vendere o di comprare, chi fa appello al pubblico risparmio attraverso l'offerta di titoli di partecipazione è tenuto ad agire con modalità che, nel contesto, consentano al contraente investitore di effettuare una corretta analisi dell'offerta e della convenienza dell'operazione: seppure *l'intento speculativo è normalmente perseguito nelle operazioni di borsa... esso non esime alcuno dagli elementari doveri di correttezza, che impongono alla parte che si trovi in situazione di indebito vantaggio informativo - comunque acquisito - di non approfittarne in danno altrui.*

La Corte conferma l'illiceità del comportamento correttamente messa in luce dalla Corte di Appello con riferimento alla violazione dei doveri di correttezza e di buona fede, in quanto, se è pur vero che le norme del codice civile in materia sono dettate con riferimento al singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 c. c.) od al singolo contratto (art. 1375 c. c.⁴), ed agli obblighi che specificamente ne conseguono fra il debitore e il creditore che ne

⁴ Il criterio qui richiamato concerne sostanzialmente la buona fede in senso soggettivo, seppure la buona fede abbia una valenza più ampia, riferibile alla generalità dei rapporti obbligatori e non solo a quelli derivanti da contratto (cfr. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Indica, Zatti*, Milano, 1990, 232, 359; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja, Branca, Sub artt. 1173-1176*, Bologna-Roma, 1988, 290, ma, *contra*: BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 67). la correttezza si configura quale regola di comportamento *in executivis*, che le parti devono osservare soprattutto in relazione a quel *margin* di discrezionalità che inevitabilmente caratterizza la fase di attuazione del rapporto, e può imporre alle parti obblighi integrativi (*'integrazione in executivis'*: la buona fede costituisce un parametro per "governare" le forme di discrezionalità nell'esecuzione e in tal senso possono anche sorgere a carico delle parti, ad esempio, obblighi positivi di cooperare a realizzare condizioni che rendano possibile l'esecuzione del contratto, doveri di protezione della persona o dei beni del contraente, obblighi di avviso: Di Majo, 302 ss.).

Seppure la clausola generale di buona fede sia una figura tipica dell'ordinamento italiano, essa nella seconda metà del secolo scorso è entrata nella *case law* dell'esperienza statunitense, ed è anzi integrata nella prospettiva dell'Economic Analysis of law nella fase dell'esecuzione del contratto. Per la *doctrine* della *Good Faith* nell'esecuzione del contratto di J. Burton si consenta il rinvio a A. PARISI, *Good faith nell'esecuzione del contratto*,



siano stati parte, non può escludersi che *anche le norme del codice civile in tema di correttezza e buona fede possano ricevere un'applicazione più estesa di quella limitata alla tutela della singola e specifica controparte contrattuale, e possano estendersi oltre l'ambito del singolo contratto ed oltre la responsabilità nei confronti del singolo cliente e contraente, per perseguire in termini ampi e generalizzati la correttezza di comportamento degli operatori sul mercato.*

Conferma, quindi, la Corte, a tutti gli attori in primo grado e qui resistenti *la titolarità del diritto al risarcimento dei danni*: la circostanza che sia incerto se e da quale delle banche convenute gli attori abbiano acquistato è irrilevante, a fronte della certezza del danno, essendo l'entità del pregiudizio economico oggettivamente incorporata nel minor valore del titolo rispetto all'importo pagato per acquistarlo.

Anzi il Supremo giudice richiama a questo proposito il danno conseguente alla vendita e diffusione di prodotti difettosi: e probabilmente anche qui sembra rifarsi all'esperienza di *common law*, al danno causato ai consumatori e alle *class actions* originatesi proprio in tale ambito di richiesta di risarcimento⁵. Anche il nesso causale tra l'ingente e affrettata dismissione dei titoli SCI da parte delle banche azioniste (oltre venti milioni di azioni nel giro di due - tre mesi) e i contestuali acquisti degli investitori a condizioni svantaggiose, risulta ampiamente e logicamente motivato.

Per la Corte, dunque, non vi è dubbio quanto alla sussistenza dei danni, ma, data l'incertezza della relativa quantificazione, giustifica il ricorso della Corte di merito alla valutazione qualitativa che è stata del resto effettuata con riferimento a *parametri controllabili e ragionevoli, quali i valori di borsa in vigore all'epoca.*

Quaderni del Dipartimento DIRCE diretti da P. STANZIONE, Salerno, 2002, 98. ss. e spec. 117 ss.; *adde*, A. G. PARISI, *Diritto Comparato. Ipotesi applicative*, Salerno, 2011, 93 ss. e spec., 98 ss.

Il richiamo contestuale alla clausola del *disclose or abstain*, al principio di buona fede comunque integrato dall'*Economic Analysis of Law* nonché alla responsabilità da prodotto difettoso richiamati dalla Suprema Corte nel suo processo decisionale confermano come non solo la dottrina, ma anche la giurisprudenza italiana - più che il legislatore - si mostrino tributarie della *jurisprudence* e della *case law* d'oltreoceano.

⁵ Cfr. *Product liability* in A. G. PARISI, *Colpa e dolo nella responsabilità. Saggi di diritto comparato*, cit., 293 ss. e spec. 346 ss.



11. Non v'è dubbio che la Cassazione nel *leading case de quo* abbia adoperato quei canoni di flessibilità tipici della analoga disciplina statunitense che a tutt'oggi hanno consentito alla SEC di individuare ed arginare un gran numero di operazioni ascrivibili all'*insider trading* e al *market abuse*, e se ciò appare quanto mai opportuno anche in termini di ricaduta di equità e di riduzione delle condotte illecite, specialmente al comparatista aduso al raffronto con il *common law*, non possono tacersi le riserve suscitate, invece, in chi esige in via prioritaria la certezza e la tassatività del diritto positivo. Soprattutto in merito alla *disclose or abstain rule* assunta tal quale dall'esperienza nord-americana e non contemplata da alcuna regola dell'ordinamento italiano, o in ordine alla tipica assenza di connessioni visibili tra l'*insider* e gli investitori danneggiati.

In realtà, se si deve dar credito all'indubbia risalente esperienza del *common law* nord-americano, è di tutta evidenza che la flessibilità tipica dell'approccio d'oltreoceano si sia rivelata ben più efficace delle assai scarse esperienze giunte nella giurisprudenza italiana a sentenza definitiva.

Forse anche l'apporto dell'analisi economica del diritto ha indotto a sfumare i confini tra responsabilità contrattuale dell'*insider* e diritto di proprietà dell'emittente, essendo l'una o l'altro, in termini assoluti, non completamente *enforceable*, stante la fluidità e mutevolezza del contesto.

Non è certo condivisibile il detto *tranchant* che circolava negli U.S.A. al tempo dell'introduzione della *Rule 10(b)-5*, secondo il quale "la circostanza per cui gli ignoranti possono rimetterci entrando in rapporto con gli scaltri è dovuta in larga parte al fatto che Dio non ha creato tutti gli uomini uguali, una situazione per la quale il Congresso e il *Securities Act* non hanno ancora fornito un rimedio"¹; e certamente l'utilizzo di informazioni privilegiate deve essere regolamentato, in quanto è pur vero che proprio l'informazione contribuisce a definire la qualità del mercato². Ma è necessario rimuovere le situazioni di asimmetria informativa intervenendo con proporzionalità e ragionevolezza nei meccanismi del mercato finanziario e, pragmaticamente, se il divieto assoluto è *unenforceable*, sarà opportuno comunque regolare l'*insider trading* in modo che ne sia ammessa [solo]...una "modica" quantità³.

¹ Citato da P. CARBONE, *Tutela civile del mercato e insider trading*, Padova, 1993, 56.

² N. LINCiano, A. MACCHIATI, *Insider trading, una regolazione difficile*, Bologna, 2002, 55.

³ N. LINCiano, A. MACCHIATI, *Insider trading, una regolazione difficile*, loc. ult. cit.



TRUST E TRADIZIONE GIURIDICA NEL DIRITTO ISRAELIANO: “A [NOT SO] POOR THING, BUT MINE OWN”

LORENZO CAVALAGLIO*

SOMMARIO: 1. Il trapianto giuridico e il diritto d'Israele. – 2. La proprietà del *trustee*. – 3. Tradizione ebraica e proprietà.

1. L'importanza del modello israeliano nella circolazione dei *trusts* discende da diverse motivazioni, di carattere formale e sostanziale allo stesso tempo, ma è altresì dovuta a più generali ragioni di carattere storico e – soprattutto – di comparazione tra i diversi sistemi giuridici.

Il diritto israeliano, come è noto, costituisce infatti un interessantissimo esempio di modello “misto”¹, tanto più importante perché alcune delle caratteristiche proprie dei modelli continentali (leggi scritte nelle più importanti materie del diritto privato²; una precedente legislazione direttamente ascrivibile al paradigma civilistico³; un progetto di Codice civile di complessa e avanzata elaborazione⁴) e una “tradizione” intellettuale e giurispru-

* Professore incaricato nella Pontificia Università Lateranense.

¹ Secondo A.E. PLATSAS, *The Enigmatic but Unique Nature of the Israeli Legal System*, in *PER/PELJ*, 15 (2012) 3, 11 si tratta di un sistema giuridico dalla natura «*prima facie* enigmatic, but, certainly, *secunda facie* unique» poiché «to the comparatist the system in question acts as an enigma, an enigma which, upon closer inspection, hides a most fascinating hybridisation of legal-cultural aspects creating a unique legal blend».

² Le quali, tuttavia, non costituiscono un insieme organico: come ricorda A.E. PLATSAS, *The Enigmatic but Unique Nature of the Israeli Legal System*, cit., 27 «there has not normally been direct linkage between one piece of legislation to another. For instance, one observes separate Acts of legislation for agency, sales, gifts, contracts and trusts (when most of these subject areas would normally be incorporated into a Civil Code in legal systems of Continental jurisprudence)».

³ Nel territorio palestinese vi furono sotto il dominio ottomano diversi modelli giuridici, non solo per la tradizionale autonomia concessa in ambito giuridico alle diverse comunità religiose (*millet*), che nel diritto privato si esprimeva essenzialmente in ambito di diritto di famiglia e successorio, ma altresì per la diretta importazione, a partire dalla metà del XIX secolo, delle codificazioni europee (ad es., il diritto successorio, codificato nel 1913, era ricalcato sul BGB). Anche l'unico settore, quello del diritto delle obbligazioni, ove si era preferito emanare una raccolta di norme derivanti dalla *Sharia*, successivamente alla caduta dell'Impero, nel 1926, vide una testuale traduzione del Codice elvetico.

⁴ Sul punto si v. R. DELFINO, *Dall'eterogeneità delle fonti alla codificazione del diritto israeliano*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 89 ss. e A.M. RABELLO, *L'influence du Code Civil sur la nouvelle législation israélienne en marche vers sa codification*, in A.A.V.V., *Le Code Civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, 2004, 549 ss., nonché P. LERNER – A.M. RABELLO, *A Civil Code for a Mixed Jurisdiction: Some Remarks about the Israeli Approach to Codification*, in *ISAIDAT Law Rev.*, 1 (2011), Special Issue 2, *Legal Culture and Legal Transplants*. Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law (Washington, 2010), 456 ss., nonché P. LERNER – A.M. RABELLO, *The (Re)Codification of Israeli Private Law: Support for, and Criticism of, the Israeli Draft Civil Law Code*, in *Am. Journ. Comp. Law*, 59 (2011), 783, ove si legge che il progetto di codice «is perhaps the most ambitious project – certainly in the area of civil law – undertaken by Israel since the establishment of the state».



denziale orientata piuttosto all'esperienza di *Common Law*⁵ convivono - e insieme si evolvono - in un'esperienza giuridica di formazione assai recente, ma allo stesso tempo influenzata da una lunghissima e assai peculiare elaborazione storica: quella del diritto ebraico⁶.

Ebbene, non solo i tre elementi (la "forma" civilistica, la "mentalità" di *Common Law*, l'incidenza del diritto religioso) si fondono e reciprocamente si completano nelle modalità di ricezione e strutturazione del *trust* in Israele, ma proprio il diritto ebraico, apparentemente distante da un istituto così direttamente legato alla moderna influenza dell'ordinamento inglese, contribuisce invece alla definizione più profonda delle coordinate fondamentali della sua conformazione, plasmandolo in modo del tutto peculiare.

Il diritto religioso, in effetti, è tuttora fondamentale per la più generale comprensione del diritto statale israeliano⁷, con il quale si colloca in costante e non sempre facile dialettica⁸. Già a livello legislativo, la legge sui fondamenti del diritto del 1980 (*Foundations of Law Act*, 5740-1980) sancisce che in mancanza di testuale disposizione normativa e di un precedente giudiziale applicabile (e nell'impossibilità di ricorrere all'analogia), il giudice debba decidere facendo ricorso ai «principi di libertà, giustizia, equità e pace dell'eredità di Israele»⁹.

Nonostante vi siano diverse opinioni, è evidente in tale riferimento, che rappresenta un *unicum* nelle democrazie di stampo occidentale¹⁰ e assume anche un valore fortemente

⁵ Dopo l'occupazione inglese della Palestina, nel 1917, si preferì garantire la vigenza del diritto ottomano, prevedendone tuttavia l'integrazione, in caso di lacune, con i principi di *Common Law* e di *Equity*; talora, inoltre, si introdussero dei codici modellati su quelli vigenti in alcuni *dominions* britannici: in particolare, però, fu l'attività giurisprudenziale che maggiormente contribuì al radicamento del modello anglosassone, divenendo in seguito un elemento fondamentale dell'ordinamento giuridico del nuovo Stato nel secondo dopoguerra, con una Corte Suprema che ha assunto un ruolo centrale nell'evoluzione del sistema, in misura paragonabile solo ad (alcuni) ordinamenti di *Common Law*, come quello americano (A.E. PLATSAS, *op. cit.*, 17, nota infatti che «the Israeli legal "blend" becomes an even more interesting one by way of interference of a pro-active Supreme Court»). Si v. in generale A.M. APEBOLM, *Common Law à l'américaine*, in *Israel Law Rev.*, 1 (1966), 562 ss. e D. FRIEDMANN, *Infusion of the Common Law into the Legal System of Israel*, in *Israel Law Rev.*, 10 (1975), 327 ss.

⁶ Come ricorda T. RAMBAUD, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Parigi, 2014, 191 «la création du droit israélien constitue un choix d'adoption parmi un ou plusieurs modèles: le "droit religieux ou laïc", le droit romano-germanique ou la *common law*? Le résultat en est une combinaison entre plusieurs options».

⁷ S. BALDIN, *La rilevanza del diritto ebraico nello Stato di Israele*, in S. BALDIN (cur.), *Diritti tradizionali e religiosi in alcuni ordinamenti contemporanei*, Trieste, 2006, 96-97 nota giustamente che «collocare l'ordinamento israeliano all'interno delle tipologie giuridiche che individuano le relazioni fra Stato e religione non è operazione agevole [...] ne discende che, a seconda della prospettiva di studio, la dottrina etichetta questo Paese come un "regime multiconfessionale differenziato», un «ordinamento laico a base formalmente pluriconfessionale equiordinata», un «modello di secolarizzazione incompiuta». Si v. anche C. ELON, *The Sources and Nature of Jewish Law and its Application in the State of Israel*, I, in *Israel Law Rev.*, 2 (1967), 528 ss e I. ENGLARD, *The Problem of Jewish Law in a Jewish State*, in *Israel Law Rev.*, 3 (1968), 260 ss.

⁸ Assai interessante l'analisi che svolge sul punto M. MAUTNER, *Diritto e cultura in Israele*, Milano, 2014, traendone rilevanti conseguenze in ordine alle relazioni tra i diversi elementi dell'ordinamento israeliano e al ruolo della Suprema Corte.

⁹ *Foundations of Law Act*, 1: «Where the court, faced with a legal question requiring decision, finds no answer to it in statute law or case-law or by analogy, it shall decide it in the light of the principles of freedom, justice, equity and peace of Israel's heritage».

¹⁰ I. ENGLARD, *Law and Religion in Israel*, in *Am. Journ. Comp. Law*, 35 (1987), 185 sottolinea infatti che «among the Western-style modern democracies, there is no other country which experiences more intensely the problem of religion's place in the state than Israel».



simbolico¹¹, il richiamo alla *Halachà*: ovvero al complesso sistema di fonti storiche, dottrinali, giurisprudenziali che formano il *corpus* del diritto ebraico¹².

Per comprendere l'ampiezza di tale richiamo è bene precisare che il termine ebraico per indicare il diritto, *mishpat*, comprende in sé diversi significati, da quello di “sistema normativo”, a quello più ampio di “fatto legale” in generale, ovvero «atto di giudizio, decisione, giustizia, costume od uso»¹³. È utile poi ricordare la necessaria distinzione, che sorge all'interno della letteratura rabbinica, tra *Haggadà*, che rappresenta un complesso di insegnamenti a carattere teologico in senso lato e *Halachà*, che riguarda invece i comportamenti concreti da tenere nella vita e ha quindi una connotazione più direttamente giuridica¹⁴ (pur non limitandosi esclusivamente ai rapporti tra i consociati, ma estendendosi anche alla relazione con il piano divino: comprende infatti le norme sulla preghiera, le feste, le regole sui cibi, etc.)¹⁵.

Si noti, tuttavia, che nella tradizione ebraica la dimensione giuridica e quella più strettamente morale o teologica sono talmente connesse e interdipendenti da caratterizzarla in modo unico, quale complessa visione in senso lato “normativa” che non a caso muove da (e riflette su) un “patto”, si direbbe un vero e proprio contratto, tra Dio e il “suo” popolo: “eletto” in quanto scelto quale controparte di un'alleanza, e pertanto tenuto al rispetto delle

¹¹ È sempre I. ENGLARD, *Law and Religion in Israel*, cit., 207 a ricordare che «the term “Israel's heritage” was chosen because its inherent ambiguity permits different interpretations of the background of contrasting ideologies about the relationship between state and religion. This law also fulfills a symbolic function, since its reference to the Jewish cultural heritage as last resort [...] is more in the nature of a public declaration about the independence of the Israeli legal system from English law and its links to Jewish history».

¹² Secondo un'opinione, quella del giudice Aharon Barak (cfr. A. BARAK, *The Tradition and Culture of the Israeli Legal System*, in A.M. RABELLO (ed.), *European Legal Traditions and Israel*, Jerusalem, 1994, 474 ss.), il riferimento non andrebbe fatto alla sola tradizione ebraica, ma sarebbe più ampio, dovendosi rivolgere ai valori giuridici universali, provenienti anche da altre tradizioni. Tale impostazione è stata tuttavia fortemente contrastata all'interno della medesima Corte Suprema di Israele da Menachem Elon, che ha testualmente espresso il suo dissenso affermando in alcune sentenze che «the purpose of the *Foundations of Law Act* is cultural and nationalistic. Its aims are to create a link between the law of the Jewish State and the legal heritage of the Jewish people, throughout its generations and diasporas» (HC 1635/90 *Schereschevsky v. Prime Minister*, PD 45(1) 74) o anche che «legal terms and concepts, which originate in ethical systems and cultural values – such as justice, good faith, public policy and the like – and are found in the Israeli legal system, must be construed according to the basic outlook of Jewish law – an outlook rooted in that law's moral and cultural values» (CFH 13/80, *Hendeles et al. v. Kupat Am Bank Ltd.*, PD 35(2), 785).

¹³ Così A.M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico*, Torino, 2002, 4. Si veda anche A.M. RABELLO, *Diritto ebraico*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 1 ss.

¹⁴ Nota giustamente T. RAMBAUD, *Introduction au droit comparé*, cit., 191 che «le statut du droit hébraïque (*Halakhab*) ne peut se comprendre qu'au regard des composants anthropologiques des sociétés juives. Ainsi, avec la disparition des royaumes hébreux, le droit hébraïque ne constitue plus une forme institutionnelle de pouvoir, mais plutôt un instrument de connaissance dont témoignent les sources du droit hébraïque».

¹⁵ Nell'affascinante descrizione di P. STEFANI, *Introduzione all'ebraismo*, Brescia, 2004, 98 ss., per *halachà* «s'intende l'insegnamento da seguire, la regola e lo statuto da cui si è guidati, la norma che determina l'esecuzione dei precetti. Il termine deriva dal verbo *halakh*, “andare”, “camminare”, “seguire” [...] Essa non si occupa perciò solo di quelle regole che classifichiamo come morali, ma, a pari titolo, comprende anche precetti rituali, civili, penali, alimentari e così via; e sotto quest'angolatura il paragone più calzante è quello che si può attuare con la *sharia* (“via dritta”, “via battuta”) della tradizione islamica. [...] L'*halakhà* indica la profonda convinzione ebraica che il modo più autentico di conoscere Dio sta nel metterne in pratica la parola rivelata, l'*haggadà* esprime invece l'altrettanto irrinunciabile necessità di conservare una memoria viva e attuale delle opere di Dio e delle grandi figure che per prime hanno dialogato con il Dio d'Israele. Non sarebbe perciò errato definire l'*haggadà* come un esempio di teologia narrativa o meglio di narrazione teologica».



prescrizioni che la fondano e circoscrivono¹⁶. Da tale fondamentale presupposto discende quindi la caratteristica pervasività dell'elemento normativo, che forse rappresenta il tratto più peculiare della tradizione ebraica¹⁷ e ne definisce in modo del tutto peculiare l'identità storica e religiosa.

Tanto è viva, comunque, la tradizione giuridica ebraica nel diritto israeliano che il richiamo effettuato dalla legge del 1980, seppure fondamentale, non rappresenta il solo modo in cui il diritto ebraico spiega i suoi effetti su quello dello stato: vi sono infatti ipotesi di diretta incorporazione del diritto religioso attraverso un'espressa ricezione delle sue disposizioni (ad es., in tema di *status* personale nel diritto matrimoniale)¹⁸, ma esso soprattutto incide attraverso il decisivo riferimento indiretto che si svolge sul piano della mentalità giuridica, della quale anche un diritto "nuovo" come quello israeliano necessariamente è permeato¹⁹. In pratica, quindi, può certamente affermarsi che il diritto tradizionale opera in Israele sia a livello di *interpretation* che di *construction* delle norme giuridiche, costituendo al contempo uno strumento ermeneutico e una fonte di ispirazione e formazione del giurista.

Ad esempio, uno dei più particolari ambiti di rilievo del diritto religioso consiste in un peculiare procedimento di metonimia, attraverso il quale istituti mutuati da altre esperienze giuridiche vengono ridenominati con terminologia ricavata dalla tradizione, al preciso fine di conferire maggiore autorevolezza attraverso la loro (formale) "ebraicizzazione"²⁰.

Questo processo dal valore fortemente simbolico²¹, e al contempo non scevro di rischi nell'attuare un *legal trasplant* che recide, almeno all'apparenza, i legami dell'istituto rece-

¹⁶ «Even if the individual internal conviction is most important in giving a human act its full religious significance, the pronounced nomistic nature of Rabbinical Judaism emphasizes the legal dimensions of religion. In other words, the Jewish religion manifests itself by the establishment of its own (religious) law»: I. ENGLARD, *Law and Religion in Israel*, cit., 186.

¹⁷ Lo nota perfettamente H. PATRICK GLENN, *Legal Traditions of the World*, 5th ed., Oxford, 2014, 109: «the Jewish tradition is a normative or legal tradition in much the same measure as it is a religious tradition. The two have become fused in the idea that the divine will best expresses itself in legal norms, which have sanctions, leaving relatively little outside the reach of the law».

¹⁸ Come ricordano P. LERNER – A.M. RABELLO, *A Civil Code for a Mixed Jurisdiction: Some Remarks about the Israeli Approach to Codification*, cit., 460, n. 12 «Jewish law is indeed in force today as a part of the law of the state and is applied by Rabbinical tribunals, subject however to the supervision of the High Court of Justice (HCJ), but only regarding matters of personal status, particularly marriage and divorce. In these matters every citizen is subject to his or her personal law: Jews—to Jewish law, Muslim Arabs—to Islamic law, Christians—to their specific branch of Christian law, and so on».

¹⁹ S. BALDIN, *La rilevanza del diritto ebraico nello Stato di Israele*, cit., 102 correttamente rileva che «non è dunque raro che nuove soluzioni normative o giurisprudenziali, si rifacciano a crittotipi derivanti dal diritto ebraico. I formanti non verbalizzati (o crittotipi) sono modelli giuridici sovente recepiti in modo inconsapevole. La scelta ricade su essi, piuttosto che su altre soluzioni, in quanto presentano la caratteristica della cosa "ovvia"». Sul ruolo della tradizione giuridica sia consentito altresì il rinvio a L. CAVALAGLIO, *Traditio canonica and Legal Tradition*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 2 (2015), 528 ss.

²⁰ Come giustamente nota S. BALDIN, *op. cit.*, 114, infatti, nell'ordinamento israeliano «il diritto ebraico assume i contorni di uno schema intellettuale che funge anche da *tertium comparationis* al fine di recepire istituti stranieri affini a quelli che discendono dalla fonte tradizionale». Tale atteggiamento non è ignoto allo stesso diritto religioso, come rileva G.J. WEBBER, *The Principles of the Jewish Law of Property*, in *Journ. Comp. Legis. Intern. Law*, (1928) 10, 93: «Jewish law, adopting (as it progressed) non-Jewish legal ideas, did but adapt them. Autochthonous, fundamentally, it was and it remained».

²¹ «The reliance on Jewish law for wording and style – even without any intrinsic substance – fulfills an important symbolic function for the legislature, demonstrating continuity to the Jewish legal heritage, an outer sign of Jewish culture and national independence»: I. ENGLARD, *Law and Religion in Israel*, cit., 206.



pito con l'ordinamento di provenienza²² (e non poche affinità presenta con il noto fenomeno di "invenzione" della tradizione²³), non è tuttavia avvenuto con il *trust*. Come vedremo, infatti, nonostante il *trust* potesse vantare un ascendente storico di notevole rilievo, il "hekedesh", la ricezione dell'istituto anglosassone non ha comportato una modifica della sua denominazione; la sua concreta disciplina, però, risente in misura notevole, anche se non sempre palese, delle nozioni proprie del diritto tradizionale.

²² Il procedimento non è tuttavia limitato soltanto agli istituti provenienti da altre esperienze giuridiche, ma viene adottato dalla giurisprudenza anche in relazione ai concetti rinvenuti dalla tradizione ebraica, spesso al precipuo fine di limitarne l'incidenza nell'ordinamento israeliano. Come nota I. ENGLARD, *Law and Religion in Israel*, cit., 206 «Courts tend to restrict the Jewish law influence by adopting a canon of construction which interprets the legal term within the context of modern Israel law. The traditional concept is used in isolation from its historical background, since the courts do not consider themselves bound either by the dogmatics of Jewish law or by its specific solutions».

²³ Per l'espressione il riferimento obbligato è E. HOBBSBAWN, *Come si inventa una tradizione*, in E. HOBBSBAWN – T. RANGER, *L'invenzione della tradizione*, Einaudi, Torino, 2002, p. 3, ove si legge che «per tradizione inventata si intende un insieme di pratiche, in genere regolate da norme apertamente o tacitamente accettate, e dotate di una natura rituale o simbolica, che si propongono di inculcare determinati valori e norme di comportamento ripetitive, nelle quali è automaticamente implicita la continuità col passato. Di fatto, laddove è possibile, tentano di affermare la propria continuità con un passato storico opportunamente selezionato».



2. Anzitutto, è bene ricordare che la legge introduttiva del *trust* (*Trust Law*, 5379-1979¹), apparentemente rinuncia a fornire una esplicita definizione del diritto del *trustee* sul *trust fund*, configurando il *trust* quale «relationship to property by virtue of which a trustee is bound to hold the same or act in respect thereof, in the interest of a beneficiary or for some other purpose»².

Tale opzione, volutamente “neutra”, secondo alcune opinioni renderebbe quello israeliano il primo modello positivo di “*shapeless trust*”: ovvero un *trust* che, secondo la nota definizione data da Maurizio Lupoi, non richiede necessariamente l’insorgenza di un diritto proprietario in capo al *trustee*³.

Il *trust* di diritto israeliano potrebbe pertanto essere assimilato, sotto questo (invero essenziale) profilo, al *trust* configurato dalla Convenzione dell’Aja “sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento” del 1985, nella quale appunto non si richiede che il *trustee* sia proprietario dei beni, ovvero che il “*title*” ai beni del *trust* sia “*vested*” nel *trustee* medesimo, potendo invece i beni costituiti in *trust*, ai sensi dell’art. 2) della Convenzione, essere “intestati a nome del *trustee* o di un’altra persona per conto del *trustee*”.

Una diversa opinione⁴, addirittura, arriva ad affermare che la nozione di *trustee* implicata dalla legge israeliana includerebbe i meri fiduciari, gli amministratori di beni, i tutori. Non essendo infatti i diritti dei beneficiari precisamente definiti nel senso (che si vorrebbe tipico e necessario nel diritto anglosassone) di una “*equitable ownership*”, non si darebbe luogo a una proprietà divisa tra essi e il *trustee*: questi, pertanto, potrebbe anche essere un mero “gestore” di una proprietà (a questo punto, sostanzialmente e – soprattutto - *formalmente*) altrui.

Altri, in simile prospettiva, sottolineano come l’assenza di una definizione precisa della posizione dei beneficiari lasci sostanzialmente impregiudicata la necessità di configurare la situazione del *trustee* come vera titolarità a carattere reale o semplice gestione a carattere fiduciario, potendo la normativa applicarsi comunque a entrambe le possibilità⁵.

Diversamente, muovendo dai possibili rapporti del *settlor* con il *trust fund* (la legge israeliana, infatti non precisa espressamente, come fa invece l’art. 2 della Convenzione dell’Aja, che «i beni del *trust* sono intestati a nome del *trustee* o di un’altra persona per conto del *trustee*» e, sia pure per il tramite di una Corte, il *settlor* può modificare o eliminare previsioni contenute nell’atto istitutivo del *trust*⁶), si è anche sostenuto, già prima della promulgazione della legge, che la mancanza di una (esplicita) necessità di trasferimento dei beni al *trustee* faceva sì che il modello di *trust* proposto non avesse «nothing in common with the

¹ Occorre precisare, però, che nel 1979 si ebbe l’introduzione *formale* del *trust* in Israele, poiché l’istituto non era certo sconosciuto anche in precedenza. Cfr. N. BENTVICH, *The Legislation of Palestine*, in *Journ. Comp. Legis. Int. Law*, 8 (1926) 1, 18-19. Si veda anche l’ottima trattazione di ADAM S. HOFRI-WINOGRADOW, *Zionist Settlers and the English Private Trust in Mandate Palestine*, in *Law and Hist. Rev.*, 30 (2012) 3, 813-864.

² Una traduzione non ufficiale in inglese della legge è stata pubblicata nella *Israel Law Review*, 15 (1980) 3, 418-426.

³ M. LUPOI, *The Shapeless Trust*, in *Trusts & Trustees*, 1 (1995), 15.

⁴ Quella di A.S. HOFRI-WINOGRADOW, *Shapeless Trusts and Settlor Title Retention: an Asian Morality Play*, in *Loyola Law Rev.*, 58 (2012), 135.

⁵ N. COHEN, *Interference in Contractual Relations*, Tel Aviv, 1982, 102-103.

⁶ A differenza di quanto tradizionalmente affermato nel diritto inglese, ove – come è noto - le modifiche del *trust*, dopo il trasferimento della *property* al *trustee*, possono avvenire solo in virtù di un accordo tra lo stesso *trustee* e i beneficiari, o in alcuni casi su iniziativa dei soli beneficiari: A. UNDERHILL – D.J. HAYTON, *Law of Trusts and Trustees*, LexisNexis, London, 2010.



English trust», poiché il *trustee* «would simply appear to be an administrator of the settlor's property»⁷.

Tale apparente apertura del *Trust Act* del 1979 è addirittura propugnata da chi vede nell'uso del termine “*trust*” da parte del legislatore un amplissimo significato, teso a comprendere ogni relazione a carattere fiduciaria avente ad oggetto dei beni⁸: semplicemente, alla disciplina generale riguardante i doveri del *trustee* andrebbero di volta in volta affiancate le specifiche previsioni riguardanti esecutori testamentari, tutori, o amministratori di società, mentre i beneficiari sarebbero comunque garantiti, anche in assenza di una coloritura “proprietaria” del loro diritto, dall'azione nei confronti del *trustee* (s. 12)⁹.

Diciamo subito che tali tesi, eccessivamente “liberali”, non appaiono convincenti almeno sotto due profili.

Il primo, strettamente correlato al *trust* israeliano, riguarda il diritto del *trustee*, che non appare affatto indefinito e imprecisato, anzi si configura quale vero e proprio diritto *proprietary* (sia pure peculiare, come è quello di ogni *trustee*).

Il secondo, più generale, riguarda la posizione del beneficiario. Come è noto, infatti, il concetto di “*splitted ownership*”, avanzato dalla dottrina inglese più risalente per definire l'interesse dei beneficiari, non solo è superato negli studi più recenti (e più condivisibili), ma è di difficile, quando non impossibile traduzione formale negli ordinamenti che non conoscono la duplicità rimediale tra (*Common*) *Law* ed *Equity*. L'interesse dei beneficiari, invero, non può puramente e semplicemente ridursi a una pretesa di carattere obbligatorio nei confronti del *trustee* (specie ove la si volesse considerare, erroneamente, un diritto meramente “personale” nel senso proprio degli ordinamenti di *Civil Law*), ma certamente non costituisce una forma concorrente di proprietà: lo dimostra proprio, a tacer d'altro, la necessità di una tutela diversa e *ulteriore* (quella fornita, appunto, in *Equity*) rispetto a quella *legale* del diritto proprietario.

La riaffermazione di tale necessità concettuale, quindi, costituisce un macroscopico equivoco teorico, per di più foriero di esiziali conseguenze pratiche: proprio l'idea della “doppia proprietà”, infatti, ha per decenni costituito uno dei maggiori ostacoli (teorici) alla ricezione del *trust* nei sistemi civilistici, senza tuttavia che tale configurazione possa ritenersi essenziale nella struttura del *trust*.

Il modello originario, infatti, contrariamente a una diffusa opinione, non richiede e non presuppone una duplice proprietà¹⁰, tanto che una classica, recente definizione del *trust* lo qualifica proprio come «equitable *obligation*, binding a person [...] to deal with *property over*

⁷ Z. ZELTNER, *The Trusts Bill, 1974*, in *Tel Aviv Univ. Studies in Law*, (1976) 2, 88.

⁸ S. KEREM, *Trusts*, 4th ed., Tel Aviv, 2004, 37-39.

⁹ S. KEREM, *Guaranteeing Trust Assets and the Beneficiary Rights*, in *Ha Pralkit*, 35 (1984), 52.

¹⁰ Così, invece, J.W. SALMOND, *Jurisprudence or the Theory of Law*, London, 1908, 278, il quale affermava che «*trust property is that which is owned by two persons at the same time*», definendo appunto il *trust* come «*a very important and curious instance of duplicate ownership*». In realtà tale interpretazione è largamente superata dalla dottrina più recente, che talora rinuncia addirittura a qualificare in termini “reali” o “personali” l'interesse dei beneficiari. Nota ad es. P.H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, London, 1993, 74-76 che «*it is impossible to say with assurance what is the juristic nature of the interest of a cestui que trust. If one considers the traditional classification of rights into right in rem which are good against persons generally and right in personam which are rights against a specified person or persons, the right of a cestui que trust seems to be rather less than one and rather more than the others*», concludendo nel senso che «*there seems much to be said for treating the interest of a cestui que trust as sui generis, instead of trying to force it into a classification which is really inadequate*».



*which he has control [...] for the benefit of persons (who are called the beneficiaries [...])*¹¹: non due proprietà, quindi, anche se di differente “natura”, bensì un diritto di carattere *propriario* e un *obbligo* nei confronti di terzi, titolari di un interesse (tutelato, appunto, in *Equity*). Si noti, tra l’altro, che la stessa definizione è stata successivamente – *et pour cause!* – modificata, affermando più chiaramente che il diritto del *trustee* costituisce una vera e propria *ownership*¹²: in effetti, sebbene non sia necessario né utile cercare di rintracciare nella posizione del beneficiario rispetto al *trust fund* una situazione giuridica a carattere reale (che negli ordinamenti civilistici o misti non potrebbe neppure essere giustificata dalla sua natura “*equitable*”), è invece elemento tipico e indefettibile dell’istituto la natura proprietaria del diritto del *trustee*, ovvero che gli sia attribuito un *title* sulla *property* conferita in *trust*.

In realtà, come è evidente dalla preferenza espressa dai critici della legge israeliana per un modello tipicamente “*civilian*” di soluzione della fattispecie della gestione di un patrimonio finalizzato a uno scopo (ovvero, nel senso di un affidamento fiduciario, di un mandato, comunque di una relazione a carattere obbligatorio), l’equivoco di tali posizioni critiche consisteva (e consiste) proprio nel considerare impossibile, in un sistema orientato a una regolamentazione delle situazioni di titolarità dei beni di modello civilistico, una “doppia proprietà” quale quella che si vorrebbe esistente nel *trust* anglosassone, sì da rendere non trapiantabile il modello originario e imporre necessariamente una soluzione “*shapeless*”, nella quale il *trustee* non sia obbligatoriamente proprietario dei beni affidatigli.

È evidente allora il cortocircuito logico che in tali ragionamenti investe il possibile “trapianto” del *trust* (e cioè, si badi, non solo in Israele): da una premessa erronea (la presenza di una doppia proprietà nel modello “originale”) si ricava una conseguenza infondata (la necessità di tale doppia proprietà nell’istituto “importato”), per farne infine discendere una conclusione negativa (se non si riscontra tale doppia proprietà, non si è di fronte a un “*vero*” *trust*).

Non mancano, ovviamente, posizioni diverse, nelle quali, muovendo proprio dal dato empirico fornito dall’innegabile presenza dei *trusts* in Israele precedentemente alla Legge del 1979 (e dall’implicito riconoscimento legislativo fornito da diversi provvedimenti normativi), si ritiene non solo l’istituto del *trust* compatibile con un ordinamento che aveva fatto proprio un modello “continentale” di proprietà, ma assai utile (e addirittura necessaria, visti i numerosi dibattiti sulla riconoscibilità dell’istituto) la creazione legislativa di un modello proprio di *trust*: affermando inoltre che sarebbe caratteristica dell’istituto, a differenza di quanto avviene in altre ipotesi di separazione tra godimento dei frutti e amministrazione della proprietà (dal mandato, alla tutela, alle società), proprio la presenza di diritti proprietari in capo al gestore, ovvero al *trustee*¹³.

Non può negarsi, invero, che la formulazione particolarmente (e volutamente) “*flow*” della definizione del *trust* contenuta nella s. 1 della Legge del 1979, che si limita a prescrivere una generica “*relationship*” con il patrimonio compreso nel *trust*, possa far sorgere il dub-

¹¹A. UNDERHILL – D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, London – Dublin - Edinburgh, 1995, 3 (corsivo ns.).

¹²Nella più recente edizione (A. UNDERHILL – D.J. HAYTON, *Law of Trusts and Trustees*, LexisNexis, London, 2010, 3) si legge infatti che il *trust* costituisce una «*equitable obligation, binding a person [...] to deal with property owned by him as a separate fund [...] for the benefit of persons (called beneficiaries [...])*» (cors. ns.).

¹³J. WEISMAN, *Shortcomings in the Trust Law, in Israel L. Rev.*, 15 (1980) 3, 375 è piuttosto *tranchant* sulla preferenza, espressa da alcuni autori, per una semplice codificazione del diritto inglese dei *trusts*, o addirittura per un mantenimento del *case-law* in materia, ironicamente affermando che «on this national-cultural, rather than legal, question, we hold with Shakespeare: “A poor thing, but mine own”».



bio che l'importazione dell'istituto nell'ordinamento israeliano abbia voluto escludere la fondamentale caratteristica per esso contemplata nell'esperienza giuridica inglese, ovvero la titolarità del *trustee* sui beni affidatigli: in effetti, «transfer of title in the trust property to the trustees is not mentioned explicitly either in sec. 1, which defines the trust, nor in any other section of the Law»¹⁴.

Tuttavia, sebbene dai lavori preparatori della legge possa ricavarsi la volontà di non obbligare al trasferimento dei beni al *trustee*, tale necessità si impone. Anzitutto, in virtù della natura stessa dell'istituto, come ampiamente visto; ma più in concreto, poiché la scelta del termine “*relationship*” non solo non pregiudica tale obbligo, bensì venne *appositamente* scelta in luogo della precedente versione (“*legal relationship*”), che poteva invece far supporre un rapporto di carattere meramente obbligatorio tra il *trustee* e il patrimonio affidatogli¹⁵.

Inoltre, la necessità che il diritto del *trustee* sui beni conferiti in *trust* sia configurato come proprietà vera e propria (o meglio, come titolarità del diritto conferito in *trust*)¹⁶ è confermata dall'ultima versione (del 2011) della proposta di Codice Civile israeliano, che una volta approvato dovrebbe sostituire tutte le leggi attualmente in vigore nell'ambito del diritto privato, compreso naturalmente il *Trust Act* del 1979. Nel testo, infatti, si afferma espressamente che il *trustee* è «the owner of the property, who must act regarding it for the benefit of a person or another purpose» (s. 563), estendendo così a tutti i *trusts* la disciplina (comunque centrale nella legge) relativa ai *trusts* creati mediante un *instrument of endowment*, ovvero quella propria dell'*hekdesb*¹⁷.

Altro elemento di particolare interesse nella legge israeliana del 1979 è dato dall'assenza di limiti di durata posti ai *trusts*. La particolare attenzione che tutte le giurisdizioni moderne pongono alle misure da adottare per contrastare il fenomeno della manomorta, ovvero la possibilità che l'attuale proprietario disponga dei propri beni per le generazioni a venire (così violando la libertà di disposizione, *inter vivos* e *mortis causa*, dei successivi proprietari e ponendo seri limiti alla circolazione dei beni), deve essere infatti necessariamente coordinata con la funzione del *trust*: la scissione che l'istituto produce tra l'amministrazione dei beni e il godimento dei relativi frutti, che può interessare beneficiari

¹⁴Così J. WEISMAN, *Shortcomings in the Trust Law*, cit., 376.

¹⁵ Non può trascurarsi, inoltre, che la *Joint Investment Trust Law* del 1961 affermava (s. 23) che «the assets of the fund shall be vested in the trustee and held by him for the benefit of the unit holders», sì da rendere altamente improbabile che due normative speciali su un istituto così peculiare abbraccino due visioni completamente opposte di un profilo così importante della sua struttura giuridica.

¹⁶Come giustamente sottolinea J. WEISMAN, *Shortcomings in the Trust Law*, cit., 381 non è necessario, infatti, che il diritto trasferito al *trustee* sia necessariamente quello di proprietà: «when we say that the vesting of the trust property in the trustee is a precondition for the creation of a trust, we do not mean that it is impossible to create a trust in a right less than ownership [...] what must be transferred to the trustee is ownership of the right in the property, be that right what it may».

¹⁷ Le ss. 17-24 della Legge si riferiscono appunto ai *trusts* per la creazione dei quali viene espressamente richiesto un “*instrument of endowment*”, ovvero un documento scritto (ad es., un atto notarile o testamento), poiché comportano la «dedication of any property in favour of a beneficiary». È questa la codificazione dell'*hekdesb*, ovvero un *trust* particolare, caratterizzato (a differenza di quanto avviene nell'ipotesi generale) da un rigoroso formalismo all'atto della sua creazione, che lo rende affine piuttosto alle fondazioni di diritto privato esistenti in Austria o in Liechtenstein, non richiedendo tra l'altro l'inserimento in appositi registri pubblici. A. KAPLAN – A. KROST, “*Hekdesb*” – *The “Israeli Foundation”*, in *Trusts & Trustees*, 18 (2012), 562 definiscono appunto l'*hekdesb* come «a special type of trust that requires strict formality for its creation [...] a legal structure whereby the trustee holds or deals with assets for the benefit of a beneficiary or for another purpose as stipulated in the deed». Diversa, invece, è la previsione delle ss. 25-31 della medesima Legge per i “*public endowments*”, nei quali emerge il pubblico interesse sottostante alla loro creazione e corretta gestione.



che si succedono nel tempo, rende in effetti assai facile superare i vincoli generalmente posti alle disposizioni testamentarie volte a produrre tali effetti vincolanti nel tempo.

In Israele la legge sulle successioni del 1965 (*Succession Law*, 5725-1965), ispirata apertamente al Codice Civile elvetico, dopo aver ammesso alla s. 3 la possibilità di acquistare l'eredità soltanto per una persona vivente al momento dell'apertura della successione, alla s. 42 consente tuttavia di nominare un erede successivo, ancorché nato dopo la morte del testatore¹⁸.

Tale limite non si applica al *trust*, disposizione irrevocabile da parte del *settlor* e che non produce un acquisto *mortis causa*, né da parte del *trustee* (ancorché il *trust* venga istituito per testamento, a norma della s. 17 della legge del 1979) né dei beneficiari, i quali ovviamente non acquistano direttamente dal disponente, bensì quale effetto del *trust* medesimo. Ciò nonostante, la legge israeliana non prevede un limite espresso alla durata dei *trusts*, ovvero alla possibile successione dei beneficiari nel tempo¹⁹, a differenza di quanto previsto nel diritto inglese, ove la *rule against perpetuities* e altri principi costantemente applicati dalle Corti (dalla *rule against remoteness in vesting*, alla *rule against accumulation*) limitano in modo (almeno formalmente) rigoroso la possibilità che il vincolo connesso al *trust* assuma caratteri di indeterminatezza temporale²⁰.

Nella sentenza *Inzel v. Kugelmas*, del 1975²¹, la Corte Suprema israeliana affermò espressamente la validità della creazione testamentaria di un *trust* senza limitazione temporale, affermando che il trasferimento del *title* al *trustee* rendeva irrilevante il possibile succedersi nel tempo di beneficiari. Si noti che la pronuncia, anteriore alla Legge del 1979, riconosceva che il *trust* fosse regolato dal diritto inglese, ma allo stesso tempo ignorava proprio i limiti posti dall'ordinamento di riferimento all'indeterminatezza nel tempo del vincolo.

La singolarità della posizione della Corte, tuttavia, non era affatto isolata nel panorama giuridico israeliano, ove era sostanzialmente accettato il *trust* (inglese), ma non si poneva mai il problema della sua durata²².

Per dar conto non tanto della soluzione adottata, ma della patente sottovalutazione della questione, si è allora addirittura affermato che la trascuratezza della legge sul punto (e delle Corti, quando in precedenza la questione era ad esse pervenuta) discenderebbe dalla mentalità della popolazione israeliana, suo malgrado costretta fin dalla nascita dello Stato a

¹⁸L'art. 488 del Codice Civile svizzero, intitolato alla sostituzione fedecommissaria, ammette che «il disponente [possa] obbligare l'erede istituito a trasmettere l'eredità ad un altro quale erede sostituito», ma precisa che «tale obbligazione non può essere imposta al sostituito»

¹⁹J. WEISMAN, *Shortcomings in the Trust Law*, *cit.*, 383 precisa che «although much legal literature has been devoted to the danger inherent in the “control of the dead over the living” in the framework of the institution of trusts, no echo of this is to be found in the new Israeli Trust Law».

²⁰Su tali questioni, caratterizzate nel diritto inglese da una notevole complessità e sostenute da ragionamenti giurisprudenziali e dottrinali di notevole raffinatezza, sia consentito il rinvio alla chiara trattazione fattane da A. UNDERHILL – D.J. HAYTON, *Law of Trusts and Trustees*, 263 ss., ove si può leggere che «the modern rationale of the rule [against perpetuities] is probably to prevent the dead from ruling the actions of the living for too long».

²¹*Inzel v. Kugelmas* (1975) (1) 29 P.D. 663.

²²J. WEISMAN, *op. cit.*, 387 nota infatti che «jurists from the common law countries have expressed their surprise at the fact that in Israel almost no cases have arisen which require a stance to be taken on the issue of future property rights (questions relating to the rule against perpetuities and other related matters). Every book on property law written in common law countries discusses the question [...] in Israel these questions have hardly been discussed by the courts».



non potersi porre problemi di lungo periodo, essendo la stabilità preclusa a una comunità costantemente sotto minaccia²³.

La risposta è affascinante nella sua semplicità e pone numerosi interrogativi, non banali, in relazione all'incidenza delle emozioni e dei sentimenti sul diritto, ma soprattutto consente di riflettere sulla complessità dell'esperienza giuridica israeliana e sulle tassonomie in essa latenti. Anche questa implicita, quasi "scontata", temporaneità dei diritti, che pare ignorare l'assolutezza richiesta e imposta dagli (altri) ordinamenti civilistici all'attribuzione dei diritti sui beni, può trovare tuttavia la propria radice e giustificazione nella nozione di proprietà che discende dalla tradizione giuridica ebraica.

²³ È proprio la risposta che fornisce J. WEISMAN, *op. cit.*, 387, il quale afferma che tale atteggiamento dipende in parte dalla «tendency of the Israeli population to refrain from attempts at creating a series of future rights for a long period», poiché «an owner's wish to decide who will be the beneficiaries of the property a few generations hence presupposes a feeling of stability and certainty, so lacking in the State of Israel since its inception».



3. Nella disciplina del *trust* si rivelano appieno le caratteristiche tipiche del sistema giuridico israeliano, ovvero la sua natura “mista” di sistema dinamico, in continua evoluzione sul crinale tra le due grandi famiglie del diritto continentale e del *Common Law*¹, ma soprattutto influenzato dal sempre cangiante rapporto tra diritto religioso e statale, ovvero tra (presentissima) tradizione e (costante) evoluzione².

Proprio nella singolare configurazione data al *trust*, infatti, si riversano alcuni dei principi più rilevanti della tradizione giuridica ebraica, alla quale la possibilità di una proprietà vincolata e temporanea non è estranea, anzi è appunto connaturata, tanto da poter fornire un criterio interpretativo articolato su diversi livelli.

Il primo, più generale, riguarda la persistente incidenza di una particolare “mentalità” giuridica sui ragionamenti svolti e sulle soluzioni suggerite dagli operatori del diritto (dal legislatore, ai giudici, agli studiosi), ascendendo talora a vero e proprio “crittotipo”, più o meno consapevole, delle concrete opzioni adottate dall’ordinamento³. L’altro, più specifico, attiene alla presenza caratterizzante del diritto tradizionale nell’esperienza israeliana, favorita non solo dalle singolari vicende che hanno presieduto alla nascita di tale ordinamento (e soprattutto, dello Stato), ma – come abbiamo appena visto – concretamente imposta quale soluzione interpretativa dalla legge⁴.

Il rifiuto storico di una concezione “assoluta” della proprietà discende (come vedremo subito) da un esplicito divieto religioso, ma si impiantò per lunghi secoli in una situazione politica, sociale, giuridica di incertezza del popolo ebraico in ordine alla situazione di titolarità degli immobili, sino a pervenire a una nozione più simile a quella di una “appropriazione” reversibile e transitoria che al diritto “assoluto”, in epoca moderna ammantato di sacralità, della tradizione occidentale.

¹ Tuttavia, secondo P. LERNER – A.M. RABELLO, *A Civil Code for a Mixed Jurisdiction: Some Remarks about the Israeli Approach to Codification*, cit., 466-467 «the temptation to compare Israel with other mixed jurisdictions should not be misleading», anzitutto perché «today all legal systems have undergone some degree of mixing», ma soprattutto perché vi sono delle differenze evidenti con sistemi quali quelli vigenti nel Québec o in Louisiana; in definitiva, nonostante il processo di codificazione, gli elementi di affinità con i sistemi continentali non modificheranno «[the] basic patterns of the Israeli legal culture that have a strong common law flavour».

² «The Israeli legal system is a system characterised by legal *kinesis*; it is not a system of legal *stasis*. In principle, then, legal *kinesis* is a healthy phenomenon. This is a system which is still mixing information in all sorts of different ways. Combining, as a matter of clear historical choice, the traditions of the civilians and the common lawyers, the forces of liberalism and secularity with the forces of traditionality, whilst striving to balance the expectations of the Jewish and the Arab element in the same State, Israel stands for a legal system truly unique in the world»: A.E. PLATSAS, *The Enigmatic but Unique Nature of the Israeli Legal System*, cit., 29-30.

³ È qui scontato il riferimento a A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2009, 6 ss., il quale afferma che «le regole non verbalizzate hanno un’importanza centrale nel diritto. Esse vengono percepite e trasmesse da una generazione di giuristi a quella successiva, così come vengono trasmesse e custodite le regole di una società tradizionale [...] L’insieme dei crittotipi che dominano in un dato ambiente incide in modo rilevante sulla “mentalità” dell’ambiente in questione».

⁴ Non senza problemi di adattamento anche da parte del diritto tradizionale, pensato e formulato nell’assenza di un ordinamento giuridico statale: come correttamente nota I. ENGLARD, *Law and Religion in Israel*, cit., 187 «the Jewish religious tradition was ill-prepared to cope with the novel phenomenon of a modern Jewish State. For generations Jews lived in the Diaspora under Gentile rule, with limited autonomy. Jewish law, concerned with the survival of the Jewish identity in a hostile social and political environment, developed extensive and detailed rules for that situation. Only rarely did rabbinical scholars inquire into the relationship between a sovereign Jewish state-authority and Jewish religion, a situation which had remained a weak and idealized memory from the distant past and a messianic hope for the ideal future».



Non che nella tradizione ebraica manchino, ovviamente, forme di appartenenza caratterizzate dal possesso esclusivo e anche dalla sua trasmissibilità (anzi, in alcuni casi, come nella comunità isolate nei Ghetti dopo il XVI secolo, daranno luogo a istituti assai peculiari, quale il “*chazakà*” - o “*ius gazagà*” -, che in virtù del divieto imposto agli ebrei di godere del diritto di proprietà immobiliare sanciva per i fondi in cui alloggiassero una sorta di diritto d’uso, commerciabile e per certi versi permanente⁵); tuttavia, sia nelle fonti (essenzialmente talmudiche), sia nella prassi che esse riflettono emerge piuttosto la qualificazione della titolarità dei beni in termini intersoggettivi, ovvero di *relazione* tra individui.

Implicita in tale configurazione è addirittura una forma di “responsabilità” del titolare nei confronti della comunità: scevra da astratte formalizzazioni quali si riscontrano talora nelle esperienze giuridiche moderne (la famigerata “funzione sociale” di cui all’art. 41 della Costituzione italiana), ma fortissima nella concreta eliminazione di ogni “protagonismo” proprietario, che il mai sopito (nelle coscienze dei giuristi, ma anche e soprattutto in quella dei consociati) valore idiosincratico del “terribile diritto” determina invece nell’esperienza giuridica continentale.

Nei testi ebraici (dalla *Mishnà* ai commentatori post-talmudici, nel corso di secoli distanti e in luoghi assai diversi), al contrario, già a partire dall’analisi del trasferimento immobiliare si stabiliva una duplice obbligazione: in primo luogo tra i soggetti coinvolti, ma anche nei confronti della *comunità* alla quale entrambi irrevocabilmente appartenevano, che si concretava nel dovere di rispondere della legalità del trasferimento e della modalità medesima dell’apprensione e dell’appartenenza.

Non si tratta solo dei casi, pur riconosciuti nel diritto tradizionale e anche assai rilevanti in termini generali, di proprietà conferita o acquisita per scopi o per periodi particolari⁶; quanto piuttosto di una profonda differenza rispetto al tradizionale modello dominicale dei sistemi civilistici, incentrato su una relazione tra l’individuo e il bene che, nel plasmare anche concettualmente il diritto attorno all’inerenza alla *res*, ne determinava al contempo la proiezione soggettiva, ergendolo (attraverso la generale pretesa di astensione dei terzi) addirittura a baluardo della libertà personale⁷.

Nella tradizione giuridica ebraica, al contrario, si può verificare da un lato, la presenza di una peculiare concezione “temporanea” della proprietà; dall’altro, appunto, la sua fon-

⁵ A seguito dell’istituzione dei ghetti, il *chazakà* consentiva di garantire una sorta di diritto d’uso agli inquilini ebrei, rendendoli di fatto non sfrattabili. Per una prospettiva storica, si veda S. DI NEPI, *Sopravvivere al ghetto*, Roma, 2013, 105 ss.

⁶ Si veda G.J. WEBBER, *The Principles of the Jewish Law of Property*, in *Journ. Comp. Legisl. Intern. Law*, (1928) 10, 88-89.

⁷ Concezione invero largamente superata, ma presentissima nell’evoluzione del diritto occidentale, anche se spesso sopravvalutata nella sua effettiva portata (già G. AMATO, *L’interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. dir.*, 1970, 450 escludeva che «nello stesso ordinamento liberale il diritto soggettivo sia mai stato strumento sufficiente per la tutela degli interessi e della stessa libertà economica del privato»). P. GROSSI, *Le situazioni reali nell’esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968, sosteneva proprio la necessità di «spogliarsi di tutta quella teologia della proprietà, di tutta quella zavorra di problemi etici, di tutto quel personalismo dei quali dapprima il diritto romano classico, indi le correnti individualistiche sette-ottocentesche hanno gravato la materia dei diritti reali». Sul punto si v. anche, fra i tanti, P. RESCIGNO, *per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 1 ss.; L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 427 ss., nonché S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990. Interessante prospettiva di evoluzione anche quella suggerita da A. ZOPPINI, *Le “nuove proprietà” nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 186, il quale rileva – tra l’altro – che «la dimensione “orizzontale” dei rapporti interprivati risulta necessariamente deformata dalla prospettiva “verticale” caratteristica del diritto pubblico».



damentale caratterizzazione nel rapporto *personale* tra i diversi soggetti coinvolti nel fenomeno di appropriazione (piuttosto che nella relazione *reale* tra titolare e oggetto del diritto, come nella tradizione occidentale)⁸.

Come si accennava, non è di poca importanza in tale prospettiva la nozione di proprietà derivante dalle Scritture, ove la terra (intesa quale bene immobile, con tutti gli accessori) appartiene a Dio, sì da non poter essere oggetto di perpetua appropriazione («Le terre non si potranno vendere per sempre, perché la terra è mia e voi siete presso di me come forestieri e inquilini»: Levitico 25, 23). Proprio l'inizio della diaspora, con la distruzione del Tempio nel 70 d.C., tristemente confermerà nei fatti il precetto: è noto infatti che la natura costantemente precaria dello stabilimento degli ebrei costituirà un perenne impedimento alla legittimità della loro proprietà immobiliare fino alla modernità (e oltre), incidendo in modo assai significativo sulla loro posizione giuridica e politica nelle diverse nazioni.

Nei testi sacri tale incertezza sulla definitività della proprietà era simbolicamente, ma significativamente confermata dall'obbligo di restituire gli immobili trasferiti all'originario detentore in occasione del Giubileo, ovvero ogni 50 anni («In quest'anno del giubileo, ciascuno tornerà in possesso del suo», Levitico, 25, 13). Quest'obbligo, a conferma del profondo sostrato morale dei rapporti di appropriazione economica e trasferimento, veniva inoltre richiamato anche dal precetto che sanciva la possibilità, per chi avesse ceduto un bene in stato di bisogno, di riacquistarlo corrispondendo un prezzo comprensivo dell'utile che spetterebbe al primo acquirente fino al Giubileo («Se uno non ha chi possa fare il riscatto, ma giunge a procurarsi da sé la somma necessaria al riscatto, conterà le annate passate dopo la vendita, restituirà al compratore il valore degli anni che ancora rimangono e rientrerà così in possesso del suo patrimonio»: Levitico, 25, 25-28).

Si può allora notare come la legge del 1979 solo apparentemente non definisca rigorosamente in senso "proprietario" il diritto del *trustee* sui beni affidatigli: piuttosto, il termine "*relationship*" traduce una più complessa concezione dell'appartenenza, nella quale grande influenza è spiegata proprio dalla tradizionale visione ebraica del rapporto con il bene economico in termini di relazione tra soggetti, che comporta reciproci obblighi tra le parti coinvolte.

L'estraneità a tale prospettiva del carattere di assolutezza ed esclusività idiosincratica tipico della concezione classica del diritto continentale, inoltre, avvicina sicuramente il concetto di proprietà a quello proprio del *Common Law*: si da poter trovare utile e per così dire, "tacita" applicazione appunto nella traduzione legislativa della nozione di *trust*, costituendo un rilevante crittotipo del modello israeliano che lo avvicina sostanzialmente, invece che allontanarlo, dall'originale istituto inglese.

Non può infatti dimenticarsi che la connotazione storicamente feudale delle situazioni di appartenenza nel *Common Law*, incentrata sulle utilità astratte di cui si veniva investiti (dando luogo pertanto a un particolare *estate*, peculiarmente conformato sia in termini di contenuto che temporali), sottintendeva piuttosto «un rapporto tra persone e non mai una

⁸ Come ben ricorda G. TODESCHINI, *Proprietà ebraica, potere cristiano, storia economica: la "sicurezza nella possessione dei propri beni" come forma della socialità*, in *Parole chiave*, 30 (2003), 99-120 «considerando la cosa dal punto di vista di una dinamica sociale complessiva, si può dire che, poiché appunto la definizione della "proprietà" ebraica è impostata a partire dalla legittimità ma non dalla perpetuità della appropriazione del bene economico per eccellenza, la terra, da parte dei soggetti, il sistema delle appropriazioni che ne deriva costituisce automaticamente un reticolo di obbligazioni interpersonali largamente indipendente dalle logiche della famiglia intesa come clan o stirpe, o da un diritto di proprietà stabilito una volta per tutte».



relazione diretta tra l'uomo e la cosa»⁹; una volta decadute le relazioni feudali, infatti, l'*estate* assume quale punto immediato di riferimento le utilità acquistate e solo *mediatamente* il bene materiale, connotandosi tuttora quale relazione caratterizzata dal rapporto con il dante causa e con i titolari di altri interessi concorrenti, mai quale situazione giuridica soggettiva ed esclusiva inerente alla *res*.

Infine, anche nell'orientamento *implicito* della legge israeliana per la necessità di un trasferimento dei beni al *trustee* (invero espresso nel *hekdesb*, ma come detto da ritenere sotteso a ogni ipotesi di *trust*, nonostante le diverse opinioni sul punto) può scorgersi l'influenza della tradizionale irrilevanza, storicamente attestata nel diritto ebraico, del possesso che non venga associato a un diritto di proprietà: tale necessaria associazione, addirittura, ha consentito di affermare che il possesso sia semplicemente « the outward expression of real or apparent ownership »¹⁰.

Tradizionalmente, infatti, con il termine polisemico “*Kinyan*” si intendeva sia l'oggetto che il diritto di proprietà, ma soprattutto il modo di acquisizione del diritto stesso, con riguardo esclusivamente a beni tangibili o ai loro frutti: ed esso richiedeva comunque un atto formale¹¹. In particolare, non vi poteva essere *kinyan* del solo diritto a usare una cosa, anche se (si noti) era ammesso il *kinyan* per uno scopo particolare¹².

Ebbene, anche in questo caso non è difficile scorgere l'incidenza di questi lasciti tradizionali nella configurazione del *trust*: l'influenza della tradizione ebraica risulta infatti persistente, come ampiamente illustrato, sia nel ragionamento dei giuristi israeliani, sia nella concreta disciplina normativa; ma, appunto, nello specifico ambito del *trust* è determinante nell'attuazione di un così peculiare *transplant*.

Si può così meglio comprendere come anche un istituto così attuale, che già in sé risulta frutto di uno sviluppo plurisecolare di riflessione dottrinale, giurisprudenziale e istituzionale, non possa prescindere, nella configurazione “positiva” che assume in ordinamenti diversi da quello d'origine, dall'intima correlazione tra ciascun sistema giuridico e il proprio passato, che discende direttamente dalla natura di *tradizione giuridica* propria dei diversi ordinamenti.

Ora, sebbene alcune esperienze (nella specie, quelle di *Civil Law*, che hanno da due secoli conosciuto il fenomeno della codificazione) tendano in effetti in misura maggiore di altre (in particolare, quelle di *Common Law*, essenzialmente fondate sul valore vincolante del precedente giurisprudenziale) a segnare periodicamente, attraverso la novità legislativa, una cesura con il sistema normativo fino a quel momento vigente, può dirsi tranquillamente che ogni ordinamento costituisca *in sé* una tradizione giuridica: non soltanto, cioè, un ordinato complesso di regole e istituti, ma un complicato insieme di fattori storici, sociali, politici, fi-

⁹ A. GAMBARO, *La proprietà nel Common Law anglo-americano*, in A. CANDIAN – A. GAMBARO – B. POZZO, *Property – Propriété - Eigentum*, Padova, 1992, 62.

¹⁰ Lo nota G.J. WEBBER, *The Principles of the Jewish Law of Property*, cit., 10 (1928), 82, ricordando altresì che «already in the biblical code the notion of property is fully recognized, while to possession as such no protection is granted».

¹¹ Sul punto si veda anche J.D. BLEICH, *The Metaphysics of Property Interests in Jewish Law: An Analysis of Kinyan*, in *Tradition*, 43 (2010), 51, il quale precisa che «Jewish law provides that no transfer or acquisition of property (save by inheritance) takes place other than by means of *kinyan*, i.e., an overt act that gives effect to the transfer».

¹² Assai chiaro G.J. WEBBER, cit., 88: «as well as absolute ownership, *kinyan* may confer an ownership for particular purposes».



nanco antropologici che lo connotano essenzialmente quale prodotto *culturale* nel senso più ampio del termine¹³.

Tale natura, particolarmente evidente nell'ancoraggio esplicito del diritto israeliano alla tradizione ebraica, traduce chiaramente la natura peculiare del *trust* in Israele. Esso, infatti, pur assistito da un apparato normativo positivo, rimane anzitutto un fatto "culturale": in pratica, influenzato da una tradizione *vivente*, ancorata alle peculiarità che le derivano dalla propria storia e comunque commensurabile, in quanto appunto essa stessa mezzo di *trasmissione* culturale, alle altre esperienze giuridiche con le quali entra in relazione (è cioè "comparata") nella ricezione di istituti e modelli.

La tradizione (anche, anzi soprattutto quella giuridica) costituisce infatti il più diffuso modo di selezione e trasmissione delle informazioni socialmente rilevanti¹⁴: non può allora disconoscersi che la possibilità di una sua comparazione con altre tradizioni è intrinsecamente connessa al suo sviluppo e funzionamento. Da tale confronto essa non esce ridotta o snaturata, ma al contrario rafforzata nei suoi presupposti e nella sua stessa operatività: un'esperienza giuridica, infatti, non può essere pensata quale sistema in sé concluso, impermeabile ai rapporti e alle reciproche influenze con altri ordinamenti, ma, proprio in quanto tradizione vivente, consiste in una modalità di trasmissione e riproduzione di informazioni normative che nel suo stesso formarsi e nel dialogo con altre tradizioni si modella, si affina e si perpetua.

La tradizione ebraica, come ricaviamo dal modello di proprietà trasfuso implicitamente nel *trust*, è quindi *normativa*, fondandosi su un processo di selezione delle informazioni, delle nozioni e delle modalità operative che vengono trasmesse, ma al contempo *complessa*, per sua natura polivalente perché aperta ad integrazioni eterogenee: tale intrinseca complessità non può essere negata, anzi consente di valutare quanto pesi, nella costruzione di un sistema giuridico, il condizionamento dei fattori culturali, politici e sociali che ne determinano le caratteristiche, differenziandolo dagli altri.

Ripensare il diritto *come* tradizione può consentire di guardare al linguaggio giuridico come modalità espressiva di un'*immagine* che affonda altrove le proprie radici, ovvero nella realtà sociale e nelle ideologie che ne formano il tessuto connettivo. Ebbene, proprio il particolare esempio del *trust* in Israele consente di dimostrare praticamente come negli ordinamenti giuridici non si abbia soltanto un riflesso del passato nel *presente*, ma anche la *presenza* del passato, che viene selezionato per finalità *attuali*, poiché la tradizione non è soltan-

¹³ Secondo una notissima definizione, ora in J.H. MERRYMAN e R. PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3rd ed., Stanford University Press, Stanford, 2007, p. 2, «a legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of the law, about the role of law in the society and the policy, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective».

¹⁴ Nota correttamente H.P.GLENN, *La tradition juridique nationale*, in *Rev.int.dr.comp.*, 55 (2003), 271 che «toute activité humaine [...] donne lieu à information [...] Il faut donc capter l'information par la mémoire, par l'écrit, par un supporte magnétique, et s'il n'y a pas un processus de capture, l'entropie de l'information du monde continue. C'est la capture de l'information qui permet l'origination d'une tradition. Ensuite, une tradition peut se construire, mais son fonctionnement n'est pas simple. S'il y a eu capture de l'information, comme point de départ, il faut qu'il y ait ensuite *traditio*, une transmission, pour qu'une tradition ait la possibilité d'être vivante».



to indagata per finalità antiquarie o erudite, bensì concretamente influente nelle soluzioni (normative) dei problemi giuridici esistenti nella società¹⁵.

Adattando allora una citazione (*rectius*, una parafrasi¹⁶) shakespeariana già utilizzata allo scopo, in relazione al modello israeliano di *trust* possiamo in definitiva dire di trovarci di fronte a una creazione che per il diritto ebraico appare certamente «[his] own», ma riassumendo nella disciplina normativa influenze giuridiche secolari non risulta affatto essere una «poor thing», bensì una consapevole costruzione, derivante da un affascinante, anche se non sempre esplicito, incontro di esperienze e tradizioni giuridiche.

¹⁵ «The lawyer preparing a brief, the judge justifying a decision, the layman trying to understand and predict the effects of law on his activities, are not engaged in disinterested forays into legal history, though they may be deeply concerned with the legal past. On the contrary, this past is treated as though it were a vast storehouse to be searched for solutions to present problems»: M. KRYGIER, *Law as Tradition*, in *Law and Philosophy*, 5 (1986), 248.

¹⁶ Nonostante la più diffusa citazione sia infatti quella sopra citata («a poor thing, but mine own») nell'atto V, scena IV di *As you like it* quando Touchstone descrive Audrey la definisce «a virgin, sir, an ill-flavoured thing, sir, but mine own».



STUDI E RICERCHE

LO STUDIO DELLA PROPRIETÀ ATTRAVERSO LA LENTE DEI DIRITTI FONDAMENTALI

LAURA VAGNI*

SOMMARIO: 1. Proprietà e contesti: una proposta metodologica. – 2. Il rapporto tra la tutela della persona e l'esclusività del dominio. – 3. Diritti fondamentali *vs.* proprietà: la progressiva evanescenza della nozione di esclusività. – 4. Nuove forme di appartenenza esclusiva: la proprietà del credito. – 5. La proprietà attraverso la lente dei diritti fondamentali e il ruolo della comparazione.

1. Lo studio della proprietà costituisce uno dei campi d'elezione per chi voglia sperimentare la contestualità del diritto e il rapporto di reciproca influenza tra la dimensione giuridica di un fenomeno e altre dimensioni, come quella storico-culturale, sociale, economica, politica.

La proprietà, infatti, da sempre si caratterizza per la varietà e diversità di usi linguistici e di significati, a seconda delle forme di appartenenza riconosciute nelle esperienze giuridiche, nel corso della storia e nel mondo contemporaneo¹. Così, la proprietà è tradizionalmente una delle materie più spiccatamente a dimensione nazionale, dove si registra la più ampia diversità tra *common law* e *civil law*. Nello stesso tempo, il diritto di proprietà sembra connotato da una maggiore resistenza al processo di uniformazione del diritto privato, che sta interessando l'Europa da qualche decennio. L'art 354 del TFUE (*ex art.* 295 del Trattato CE) stabilisce d'altronde che "I Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

Questa diversità di modi di intendere la proprietà, che si riscontra tra l'area geografica dell'Europa continentale e quella oltre Manica, riflette una diversità pure rintracciabile nella storia, nell'ambito della stessa tradizione di *civil law*, tra il periodo successivo e quello precedente alle codificazioni. La distanza tra *common law* e *civil law* nel modo di intendere la proprietà diventa, così, una diversità tra le idee di proprietà ritracciabili all'interno della nostra tradizione. Queste esperienze giuridiche non si succedono nel tempo, secondo compartimenti stagni, ma al contrario si contaminano: la definizione di proprietà accolta dai codici civili non ha cancellato completamente la tradizione del passato, che emerge, nei sistemi di *civil law* in varie forme, realizzando una copresenza di elementi di discontinuità e continuità tra le diverse nozioni di proprietà².

* Professore associato di Diritto Privato Comparato, Università degli Studi di Macerata.

¹ Per i primi riferimenti v. L. MOCCIA, *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, I, p. 29 ss.

² Il tema, di particolare complessità, esula degli obiettivi del presente studio, per i principali riferimenti in materia Cfr. P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici* (trad.



La relatività della proprietà impone di conseguenza al giurista, che intenda intraprendere lo studio di questa materia, un metodo di analisi idoneo a familiarizzare con un'idea problematica della proprietà. In questa prospettiva, la comparazione giuridica può essere utile a porre le basi per un discorso sulla proprietà, che consenta di cogliere, attraverso il raffronto della propria esperienza giuridica con un diritto straniero, la molteplicità delle idee di proprietà che caratterizzano anche il sistema di appartenenza dell'osservatore. Lo studio del diritto straniero, così, offre il beneficio della "riflessività", mettendo in risalto elementi e fenomeni nel diritto dell'osservatore, corrispondenti a quelli studiati in un diverso sistema³.

In questo contesto, i diritti fondamentali e la loro tutela possono costituire una lente di osservazione attraverso cui cogliere delle caratteristiche trasversali della proprietà e, nello stesso tempo, delle reazioni particolari rintracciabili nelle esperienze nazionali di fronte al riconoscimento comune di alcuni diritti della persona.

Il presente lavoro intende pertanto proporre, attraverso esempi concreti, un percorso di studio del fenomeno appropriativo, basato sull'indagine del rapporto di reciproca influenza tra proprietà e tutela della persona e, in particolare, tra proprietà e tutela dei diritti fondamentali della persona; ciò allo scopo di offrire un punto di vista utile, da un lato, a cogliere la relatività di alcune categorie della proprietà tradizionalmente intesa e dei significati ad esse riconducibili e, dall'altro lato, a ragionare sull'esistenza di alcuni elementi immanenti alla proprietà. A tal fine, l'attenzione sarà concentrata sull'idea di proprietà come privatezza, onde verificare se e con quali modalità il carattere di esclusività del dominio si declini in modo diverso nei vari contesti, per effetto del rapporto d'influenza tra esclusività della proprietà e tutela dei diritti fondamentali della persona.

it. a cura di A. De Vita, M.D. Panforti e V. Varano), Milano, rist. 1995, p. 187 ss.; L. MOCCIA, *Forme della proprietà nella tradizione giuridica europea*, in E. Del Prato (cur.), *Studi in onore di Antonio Cautadella*, Napoli, 2013, vol. II, p. 1431 ss., in particolare p. 1435.

³ Così L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, p. 95.



2. L'analisi del rapporto tra esclusività della proprietà e tutela della persona può avere come punto d'avvio una serie di quesiti, che si propongono come ipotesi di lavoro per il giurista, teso a comprendere il significato di proprietà come privatezza.

Il primo quesito riguarda il significato e il contenuto di esclusività, secondo il diritto nazionale. Il secondo quesito inerisce il rapporto di reciproca influenza tra l'idea di esclusività e la tutela della persona. In questa prospettiva, si tratta di valutare se l'intrusione del terzo nel dominio altrui possa trovare una giustificazione giuridica nella protezione di un diritto fondamentale della persona.

La ricerca del significato di esclusività della proprietà implica ancora una volta l'attenzione ad una serie di elementi di contesto. Da un lato, infatti, l'esclusività del dominio, intesa come privatezza, costituisce un connotato essenziale del diritto di proprietà in tutte le esperienze giuridiche della tradizione occidentale¹; dall'altro lato, essa può essere declinata diversamente a seconda di come la proprietà è intesa e disciplinata nei diversi sistemi giuridici.

Ciò è evidente nella comparazione tra proprietà e *property*².

Negli ordinamenti di *civil law* l'esclusività è interpretata dalla dottrina come un'espressione dell'autonomia del proprietario: l'autonomia, infatti, rimane una caratteristica del godimento nella misura in cui il proprietario può respingere l'invasione di terzi nel suo rapporto di appartenenza con il bene, anche per motivi che risultano idiosincratici, senza quindi necessità di dimostrare un uso o un godimento del bene meritevoli di tutela³. Il carattere di esclusività, secondo questa impostazione, costituisce un requisito correlato a quello di pienezza⁴.

Il legame tra pienezza ed esclusività non si sviluppa allo stesso modo nella tradizione di *common law*, dove l'idea di privatezza non esclude la possibilità di una frammentazione delle forme di appartenenza, che possono esistere in relazione ad un bene. Nella *law of property* convivono, infatti, un modello di proprietà come un fatto e un modello di proprietà come un diritto⁵. Nel primo caso, l'elemento "empirico" del possesso permea la nozione di proprietà. L'idea di proprietà è basata sul grado di successo che il possessore di fatto del bene ha nell'impedire l'invasione di terzi. La proprietà, quindi, si misura sulla base del grado

¹ Quindi anche nei sistemi di *common law*, cfr. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, London, (1756-9), II, paragr. 2, secondo il quale la proprietà ha il carattere dell'esclusività; negli Stati Uniti d'America il carattere di esclusività della proprietà era già espressamente stabilito in *Kaiser Aetnaet al., Petitioners, v. United States*, 444 U.S. 164 (100 S.Ct. 383, 62 L.Ed.2d 332), dove Mr. Justice Rehnquist affermava che: "[...] the most essential sticks in the bundle of rights that are commonly characterized as property— [is] the right to exclude others."; sul punto Cfr. K. CAMPBELL, *On the General Nature of Property Rights*, in *KCLJ*, 1992, vol. 3, p. 79 ss., in particolare p. 82.

² Per i primi riferimenti in materia v. L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, in A.A.V.V., *Diritto Privato Comparato. Istituti e Problemi*, ult. ed., Roma, 2012, p. 43 ss.

³ A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1995, p. 218.

⁴ Su questo punto la dottrina tradizionale è piuttosto unanime nel non individuare l'esclusività come un requisito autonomo rispetto alla pienezza, cfr. V. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 136.

⁵ K. GRAY – S. F. GRAY, *The Idea of Property in Land*, in S. Bright e J. K. Dewar (cur.), *Land Law: Themes and Perspectives*, Oxford, 1998, p. 27, secondo i quali la nozione di proprietà nel diritto inglese consiste ancora oggi in "[...] una curiosa mescolanza tra concettuale e pragmatico, tra cerebrale e materiale".



di esclusività del possesso⁶. La proprietà come diritto richiama, invece, una pluralità di forme di appartenenza riconosciute e tutelate dal diritto, le quali hanno ad oggetto piuttosto che il controllo fisico del bene, il godimento delle utilità che si possono trarre dal bene. Questo modo di intendere la proprietà, che conserva ancora l'impronta della proprietà feudale, è compatibile con il riconoscimento di una pluralità di situazioni di appartenenza riguardo ad uno stesso bene. L'esclusività del possesso, pertanto, non implica nella tradizione di *common law* la teorizzazione della proprietà come diritto pieno ed assoluto⁷.

La nozione di privatezza della proprietà, già diversamente declinabile nei vari contesti geografici della tradizione giuridica occidentale, è influenzata dal rapporto con la tutela della persona. Il secondo quesito formulato in precedenza, sulla possibilità che l'intrusione di un terzo nel dominio altrui trovi base giuridica nella tutela di un diritto fondamentale, apre un ulteriore piano d'indagine, volto a verificare l'influenza della tutela dei diritti fondamentali sul contenuto dell'esclusività della proprietà, come inteso nel diritto nazionale. Ciò significa indagare se e in quali circostanze la possibilità del proprietario di escludere i terzi dal suo dominio possa essere limitata, per la necessità di tutelare diritti fondamentali del terzo intruso.

Il tema è stato posto all'attenzione da tempo dai giuristi, in specie nella tradizione di *common law*, che hanno evidenziato come il discorso sui diritti fondamentali e il riconoscimento, in ambito europeo di uno *status* di cittadino, permeano e modificano il contenuto della proprietà secondo il diritto nazionale⁸.

La questione si pone anche negli ordinamenti di *civil law*, a fronte di un'interpretazione del diritto nazionale, ad opera della giurisprudenza, conforme alla tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU).

Accade così che il contenuto dell'esclusività dipende anche da fattori che tradizionalmente non rientrano nella nozione classica di proprietà, ma dipendono dalla reazione particolare che il diritto nazionale mostra di fronte al riconoscimento di valori della persona in ambito europeo⁹.

⁶ Sul punto cfr. *Hunter v. Canary Wharf Ltd*, [1997] 2 WLR 684: "Exclusive possession *de jure* and *de facto*, now and in the future, is the bedrock of English land law"; cfr. L. MOCCIA, *Il modello inglese di Proprietà*, cit., p. 76 ss.

⁷ R. MEGARRY – W. BLADE, *The Law of Real Property*, 8a ed., London, 2012, p. 85 ss.

⁸ Cfr. T. ALLEN, *Property and the Human Rights Act 1998*, Oxford, 2005, p. 250 ss. e riferimenti *ivi*.

⁹ M. HONORÉ, *Ownership*, in *Oxford essays in jurisprudence, first series*, 1960-68, p. 114 ss.



3. Il rapporto tra tutela dei diritti fondamentali e proprietà, secondo la dinamica precedentemente accennata, influenza la stessa nozione di esclusività del dominio accolta nel diritto nazionale, con un effetto quasi di evanescenza della nozione stessa, come si cercherà di mostrare qui di seguito attraverso due esempi.

Il primo esempio riguarda l'esperienza giuridica inglese, dove le Corti in più occasioni sono state chiamate a giudicare la compatibilità del diritto di proprietà con i diritti fondamentali dei cittadini, soprattutto dopo l'entrata in vigore dello *Human Rights Act* 1998¹.

In questo contesto, le Corti in più occasioni hanno evidenziato la necessità di reinterpretare il diritto di proprietà, come disciplinato dal diritto nazionale, così da assicurare il rispetto di alcuni diritti convenzionali, quali il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), il diritto ad un equo processo (art. 6 CEDU), alla libertà di espressione e di associazione (art. 11 CEDU), il diritto a non essere discriminati, considerato in connessione ai diritti precedenti, il diritto di proprietà (art. 1, Protocollo 1 CEDU)².

Parte della dottrina ha parlato a tal proposito di un vero e proprio attacco, attraverso la retorica dei diritti fondamentali, all'istituto tradizionale della proprietà e della possibilità che i diritti umani abbiano la precedenza sui diritti del proprietario³.

Questo fenomeno di contaminazione del diritto di proprietà da parte dei diritti fondamentali trova uno dei principali esempi in una serie di decisioni, che riguardano la compatibilità del possesso esclusivo riconosciuto al proprietario dal diritto interno, con il diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 CEDU⁴.

Molti di questi casi riguardano opposizioni effettuate da residenti in alloggi popolari all'ordine di sfratto da parte dell'autorità statale, proprietaria degli immobili⁵. I ricorrenti in questi casi lamentano che l'ordine di sfratto, sebbene conforme alla legge, sia illegittimo, violando il loro diritto al rispetto della vita privata e familiare. Nell'ambito di queste controversie, un rilievo particolare rivestono le decisioni prese su ricorso di cittadini Rom, dove le Corti si sono trovate a bilanciare, secondo il criterio di proporzionalità stabilito dall'art. 8 CEDU, il diritto di proprietà (dell'autorità statale) con il diritto di questi cittadini a mantenere uno stile di vita tradizionale e con il diritto a non essere discriminati⁶.

¹ Sul tema v. per i primi riferimenti D. HOFFMAN – G. PHILLIPSON – A.L. YOUNG, *Introduction*, in D. HOFFMAN (cur.), *The Impact of UK Human Rights Act on Private Law*, Cambridge, 2011, p. 1 ss.

² Cfr. K. GRAY, *Land Law and Human Rights*, in L. Tee (cur.), *Land Law: Issues, Debates, Policy*, London, 2002, p. 211 ss., in particolare p. 214; T. DYKE, *Focus on Article 11*, in *Juridical Review*, 2009, p. 185 ss.

³ K. GRAY, *Land Law and Human Rights*, cit., p. 234; v. anche K. GRAY AND S. GRAY, *Land Law*, Oxford, 2011, p. 58. I giuristi di *common law* parlano, in tal senso di una proprietà orientata ai diritti umani (*Human Rights Oriented Property*), su questo tema v., per i primi riferimenti, D. HOFFMAN, *The impact of UK Human Rights on Private Law*, cit., p. 294; A. HUDSON (ed.), *New perspective on Property law, Human rights and the Home*, London, 2004, *passim*; A. GOYMOUR, *Proprietary Claims and Human Rights a "Reservoir of Entitlement"?*, in *Cambridge Law Journal*, 2006, vol. 65, p. 696; J. G. SPRANKLING, *International Property Law*, Oxford, 2014, p. 123.

⁴ Su questo tema si è sviluppato un dialogo tra Corti inglesi e Corte Edu, v. *London Borough of Harrow (Appellants) v. Qazi*, [2003] UKHL 43; *Lagden (Respondent) v. O'Connor (Appellant)*, [2003] UKHL 64; *Connors v. UK*, [2004] ECHR, n. H66746/01H; *Kay v. Lambeth London Borough Council*, [2006] 2 AC 465; *Kay and Others v. UK*, [2010] ECHR, n. 37341/06; *Prince v. Leeds City Council*, [2006] UKHL 10; *Doherty v. Birmingham CC*, [2008] UKHL 57; *Manchester City Council v. Pinnock*, [2010] UKSC 45; *Hounslow v. Powell*; *Leeds v. Hall*; *Birmingham v. Frisby*, [2011] UKSC 8; *Pinnock v. UK*, [2013] ECHR, n. 31673/1; Cfr. LORD WALKER OF GESTINGTHORPE, *The Saga of Stransbourg and Social Housing*, in N. Hopkins (cur.), *Modern Studies in Property Law*, Oxford, 2013, vol. 7, p. 3 ss.

⁵ Cfr. F. MCCARTHY, *Human Rights and the Law of Leases*, in *The Edinburgh Law Review*, 2013, vol. 17, p. 184 ss.

⁶ Sul riconoscimento di un diritto degli appartenenti all'etnia Rom a vivere conformemente al loro stile di vita tradizionale v. *Orsus and Other v. Croatia*, [2010] ECHR n. 15766/03 in particolare paragr. 147; già precedente-



Molte di queste decisioni mostrano una diversità delle soluzioni offerte al problema, dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Edu) e dalle Corti inglesi, ma anche una varietà tra le interpretazioni del concetto di proporzionalità da un lato e di privatezza del dominio dall'altro.

Uno snodo importante nel dialogo tra Corte Edu e Corti inglesi in tema è costituito dal caso *Pinnock*, deciso dalla Corte Suprema del Regno Unito nel 2011⁷. I fatti della controversia possono essere riassunti come segue: nel 1978 il Manchester City Council assegna in locazione una casa al sig. Pinnock nella località di Longsight, dove il locatario inizia a vivere con la sua compagna e i figli. Nel 2005, il proprietario richiede alla Corte un ordine di sfratto o, in alternativa, la trasformazione del diritto di locazione del sig. Pinnock in una forma di locazione temporanea⁸, a causa di una serie di comportamenti antisociali posti in essere dalla compagna di Pinnock e dai figli, in violazione del contratto di locazione. La Corte si pronuncia concedendo la conversione del diritto di locazione in una locazione temporanea. Il 6 giugno 2008, il proprietario agisce nuovamente in giudizio per lo sfratto della famiglia Pinnock, basando la sua richiesta su nuovi atti antisociali posti in essere dalla compagna del sig. Pinnock e dai figli. La Corte concede lo sfratto, considerando anche le minori garanzie previste dalla locazione temporanea in cui è stato convertito il contratto di locazione originario.

Il sig. Pinnock impugna la decisione, che giunge davanti alla Corte Suprema del Regno Unito, la quale è chiamata a valutare, tra le altre questioni, se l'ordine di sfratto violi il diritto alla vita privata del sig. Pinnock. La risposta al quesito richiede di valutare se lo sfratto del sig. Pinnock possa essere considerato una misura necessaria in una società democratica, secondo quanto previsto dell'art. 8 CEDU, secondo comma. Ciò significa valutare la proporzionalità dello sfratto, consentito dal diritto nazionale, rispetto all'interesse generale che si intende perseguire con quella misura.

La Corte respinge il ricorso del sig. Pinnock, ritenendo l'ordine di sfratto compatibile con l'art. 8 CEDU e quindi proporzionale, ma coglie l'occasione per spiegare il rapporto tra privatezza del dominio e diritto al rispetto della vita privata e familiare. La Corte afferma che il proprietario, quando si tratta di un'autorità pubblica, può escludere un terzo dal suo dominio solo se: a) vi sono le condizioni stabilite dal diritto inglese; b) l'esclusione è proporzionale secondo quanto stabilito dall'art. 8 CEDU, come interpretato dalla Corte Edu⁹. A sostegno della sua motivazione la Corte richiama una serie di decisioni, dalle quali emerge che il possessore abusivo di un immobile, che non può vantare alcun tipo di difesa sulla base del diritto interno contro il proprietario (autorità pubblica) che ne ordina lo sfratto, può tuttavia opporsi all'esercizio da parte del proprietario del suo diritto, invocando la sproporzionalità dell'esercizio. Il test di proporzionalità, pertanto, non è soddisfatto dalla conformità dell'azione di rivendica del proprietario al diritto interno, ma deve tener conto di una serie di fattori, quali, ad esempio, un'equa gestione degli alloggi popolari, la pianifi-

mente *Chapman v. UK*, [2001] ECHR n. 27238/95, dove si legge: "La Corte riconosce che dalla posizione vulnerabile in cui si trovano i Rom, come minoranza, discende che alcune speciali attenzioni devono essere riservate ai loro bisogni e al loro particolare stile di vita, sia nella predisposizione di piani regolatori, che nelle decisioni di casi concreti [...]"; *Connors v. UK*, [2004] ECHR n. 66746/01; *Yordanova and Others v. Bulgaria*, [2012] ECHR n. 25446/06; *Winterstein and Others v. France*, [2013] ECHR n. 27013/07.

⁷ *Manchester City Council v. Pinnock*, cit.; v. successivamente *Pinnock v. UK*, cit.

⁸ Si trattava di una *demoted tenancy*, ossia una locazione periodica, che viene istituita solitamente per ordine del giudice, Cfr. R. MEGARRY – W. BLADE, *op. cit.*, 1079 ss.

⁹ *Manchester City Council v. Pinnock*, cit., paragr. 23.



cazione urbanistica, l'esigenza di altri residenti in alloggi popolari, i bisogni dei soggetti più vulnerabili¹⁰. Nella maggior parte dei casi, in cui il diritto nazionale riconosce all'autorità pubblica il potere di escludere dal suo dominio un soggetto, il criterio di proporzionalità sarà soddisfatto. Il bilanciamento tra i diversi interessi contrapposti, infatti, è già stato effettuato dalla regola di diritto nazionale. Ciò, tuttavia, potrebbe non verificarsi in tutti i casi. *Lord Neuberger* ne conclude che: "La reale portata della pienezza del diritto di proprietà, quando esso è nella titolarità di un'autorità pubblica, come nel caso delle autorità locali, va commisurata alla proporzionalità"¹¹.

Il caso *Pinnock* riguarda un rapporto, di diritto privato, tra un'autorità pubblica e un cittadino. Lo Stato, anche quando agisce *iure privatorum*, è vincolato dall'art. 6 dello *Human Rights Act*, che impone alle pubbliche autorità il rispetto dei diritti convenzionali. Nel caso di specie, come chiarito dalla Corte Edu, ciò implica l'adempimento da parte dello Stato non solo di obblighi negativi, ma anche di obbligazioni positive¹².

Il tema del rapporto di influenza tra diritto di proprietà e diritto al rispetto della vita privata e familiare si è posto, tuttavia, anche con riguardo a controversie tra privati. Già in un caso del 2006, davanti alla *Court of Appeal*, *Lord Wilson* affermava:

"L'art. 8(2) stabilisce che l'interferenza con i diritti tutelati dall'art. 8 (1) può provenire dall'azione dell' 'autorità pubblica' e non dai privati proprietari [...]. Secondo la mia opinione, tuttavia, ciò non preclude l'obbligo d'interpretazione stabilito dall'art. 3 dello *Human Rights Act*. [...] dovrebbe sorgere la domanda se ci siano obblighi positivi in capo alle autorità pubbliche di proteggere i cittadini dalla violazione dei loro diritti, tutelati dall'art. 8, tali da imporre allo Stato di legiferare impedendo ai proprietari di eseguire lo sfratto sulla base di un titolo contrattuale, in assenza di un procedimento giudiziale. La mia conclusione, tuttavia, è che, fortunatamente, una legge del genere è già in vigore"¹³.

Più di recente, nel caso *Malik v. Fassenfelt* deciso nel 2013¹⁴, la *Court of Appeal* ha evidenziato che lo scrutinio sulla proporzionalità del diritto del proprietario di escludere terzi dal suo dominio può investire anche le controversie tra privati. Nel caso in cui l'azione di reintegra nel possesso esercitata dal proprietario sia conforme alla legge, il terzo che occupa

¹⁰ Così testualmente *Manchester City Council v. Pinnock*, cit., paragr. 52; sul punto v. le considerazioni di HD. COWANH (cur.), *Great debates in Property law*, 2012, p. 145 ss. ed in particolare p. 156.

¹¹ *Manchester City Council v. Pinnock*, cit., paragr. 54, per *Lord Neuberger*: "Unencumbered property rights, even where they are enjoyed by a public body such as a local authority, are of real weight when it comes to proportionality". Come noto il caso nel 2013 è giunto davanti alla Corte Edu, la quale ha ritenuto non sussistente la violazione dell'art. 8 CEDU da parte del Regno Unito nei confronti di *Pinnock*; v. *Pinnock v. UK*, cit.

¹² Sul principio di proporzionalità cfr. D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, p. 743 ss.; J. MCBRIDE, *Proportionality and the European convention of Human Rights*, in E. Ellis (cur.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999, in particolare p. 23 ss.; con specifico riferimento all'art. 8 CEDU cfr. A. GOYMOUR, *Property and Housing*, in D. Hoffman (cur.), *The Impact of UK Human Rights Act on Private Law*, cit., p. 290 ss.

¹³ *Pirabakaran v. Patel & Anor*, [2006] EWCA Civ. 685, per *Lord Wilson*, paragr. 45: "[...] article 8(2) circumscribes interferences with rights under article 8(1) on the part only of a 'public authority' rather than of private landlords such as his clients. In my view, however, his point does not affect the interpretative obligation under s.3 of the Act of 1998. Had s. 2 of the Act of 1977 not borne the meaning which I ascribe to it, a question might have arisen as to whether the positive obligations on public authorities to protect citizens from infringements of their rights under article 8 were such as to oblige the state to legislate against enforcement by private landlords of contractual rights of re-entry of premises let for mixed purposes otherwise than by proceedings in court. My conclusion, however, is that happily such legislation is already in place".

¹⁴ *Malik v. Fassenfelt*, [2013] EWCA Civ. 798.



l'immobile senza titolo potrà opporsi alle pretese del proprietario invocando la tutela dell'art. 8 CEDU solo in casi eccezionali. Questa possibilità, tuttavia, non è esclusa¹⁵.

La questione si è posta in modo simile nelle controversie tra i creditori ipotecari e i debitori, nei procedimenti di esecuzione forzata su immobili. Così, ad esempio, nel caso *Bank of Scotland v. Cloke* del 2013 la Corte di Contea ha sospeso il procedimento di esecuzione forzata intrapreso dall'istituto di credito su un bene immobile del debitore, gravato da ipoteca, nonostante vi fossero le condizioni di legge per assegnare l'immobile al creditore¹⁶. Nel caso di specie, il debitore aveva già precedentemente ottenuto dalla Corte la sospensione del procedimento dietro condizione del pagamento da parte del debitore dei canoni di locazione arretrati, ma non aveva poi soddisfatto il debito. Il creditore riassumeva il procedimento, ma il debitore si opponeva nuovamente all'esecuzione, in considerazione degli effetti negativi che essa avrebbe avuto sulla cura del figlio disabile con lui convivente.

La Corte ha accolto la domanda del debitore, concedendogli otto settimane di permanenza nell'immobile. Il Giudice ha stabilito che, benché la legge non consenta alla Corte di sospendere l'esecuzione forzata nel caso concreto, il compito della Corte, come autorità pubblica, è quello di tutelare il diritto al rispetto della vita privata del debitore e del figlio disabile. Ciò consente un certo margine di discrezionalità alla Corte nel decidere il caso concreto, attribuendo un potere di sospensione dell'esecuzione non previsto dal diritto nazionale.

I casi sopra riferiti mostrano, in conclusione, come la tutela del diritto alla vita privata possa incidere sul concetto di esclusività del possesso del proprietario, che è suscettibile di assumere contenuti diversi a seconda dello *status* del proprietario e dei terzi.

Volgendo lo sguardo ai sistemi di *civil law*, ci si avvede che il rapporto tra esclusività del dominio e tutela dei diritti fondamentali si riflette sull'idea e sul contenuto di esclusività della proprietà anche in altri ordinamenti, benché con modalità diverse.

Nel sistema francese, ad esempio, ciò è avvenuto attraverso una lettura costituzionalmente orientata del diritto ad un alloggio dignitoso.

In una nota decisione del 1995¹⁷, il Consiglio costituzionale ha stabilito che la possibilità di tutte le persone di disporre di un alloggio decente costituisce un obiettivo costituzionale, ciò attraverso un'interpretazione del preambolo della Costituzione del 1946, artt. 10 e 11.

L'art. 10 del preambolo della Costituzione stabilisce che: “La Nazione assicura all'individuo e alla famiglia le condizioni necessarie per il loro sviluppo”¹⁸; l'art. 11 prevede che: “[...] Tutte le persone che, per età o per condizione fisica o mentale, o per condizione economica, non sono in grado di lavorare hanno diritto di ottenere dalla comunità dei mezzi di sostentamento”¹⁹.

¹⁵ Sembra tuttavia registrabile una tendenza delle Corti a limitare la portata dell'art. 8 CEDU, non consentendo al terzo di vantare titoli (non riconosciuti dal diritto nazionale) contro il proprietario che ha un titolo secondo il diritto nazionale, sul punto v. da ultimo *Manchester Ship Canal Developments Ltd & Anor v. Persons Unknown & Ors*, [2014] EWHC 645.

¹⁶ Il caso è *unreported*, una sintesi può essere reperita in *Legal Action*, 2014, April, pp. 28-29; su questo tema, cfr. S. NIELD and N. HOPKINS, *Human Rights and Mortgage Repossession: Beyond Property Law Using Article 8*, in *Legal Studies*, 2013, vol. 33, p. 431 ss.

¹⁷ Cons. Const., n. 94-359-DC, in *Journal officiel*, 1995, p. 1166.

¹⁸ *Constitution, préambule de 1946*, art. 10: “La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement”.

¹⁹ *Constitution, préambule de 1946*, art. 11: “Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux tra-



Sulla base di un'interpretazione delle norme citate in funzione sociale, il Consiglio ha stabilito che la salvaguardia della dignità umana della persona contro tutte le forme di degradazione è un principio di valore costituzionale²⁰. Da questo principio discende che il diritto di tutte le persone di disporre di un alloggio dignitoso è un obiettivo di valore costituzionale e, il legislatore ha l'obbligo di stabilire le modalità per la realizzazione di questo obiettivo.

La decisione del Consiglio costituzionale ha dato luogo in Francia ad una tensione tra diritto di proprietà e tutela della dignità della persona. Ciò si è verificato, ad esempio, in una serie di controversie nate dall'opposizione da parte dei locatari allo sfratto eseguito dal proprietario con l'uso della forza pubblica. In questi casi, i locatari hanno lamentato che l'uso della forza pubblica, accordato dal prefetto in base alle legge, per eseguire una sentenza di sfratto, costituisce una violazione della loro dignità, violando il loro diritto ad un alloggio dignitoso. Il Consiglio di Stato, in una decisione del 2013²¹, ha stabilito che tutte le decisioni giudiziarie possono essere oggetto di esecuzione forzata e a tal fine è possibile accordare l'uso della forza pubblica; tuttavia “[...] ragioni di ordine pubblico o circostanze posteriori alla decisione di espulsione che sono suscettibili di compromettere la dignità della persona, possono giustificare, senza che ciò costituisca una violazione del principio della separazione dei poteri, un rifiuto del prefetto di accordare la forza pubblica”²².

Il rapporto tra la tutela del diritto ad un alloggio dignitoso e il potere del proprietario di escludere terzi dal suo dominio ha dato luogo in Francia ad una giurisprudenza ondivaga, che ha attirato diverse critiche da parte della dottrina²³ e, ha aperto un dibattito sul significato di dignità della persona e sulla possibilità che l'opposizione all'esecuzione forzata dell'ordine di sfratto si fondi su ragioni sociali e umanitarie.

Questa giurisprudenza è stata letta dalla dottrina come l'espressione di una contraddizione tra due modi diversi di intendere la proprietà: nel senso tradizionale del termine, come diritto individuale ed esclusivo del soggetto, oppure come accesso alla ricchezza, ponendo l'accento sull'uso e sull'utilità del bene²⁴. In quest'ultimo senso, la tutela della dignità può giustificare, in alcune circostanze, un accesso alla ricchezza da parte di un soggetto, che non ha un titolo giuridico secondo il diritto privato. In questi casi appare inevitabile una frizione tra il contenuto della proprietà, secondo la visione tradizionale, e la necessità di rileggere quel contenuto in funzione della protezione dei diritti fondamentali. Non sembra casuale, in questa prospettiva che la *Cour de Cassation* abbia già sollevato in due occasioni

vailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence”.

²⁰ Cons. Const., n. 94-359-DC, cit.: “Emerge dal Preambolo della Costituzione del 1946 che la salvaguardia della dignità della persona umana contro tutte le forme di degradazione è un principio di valore costituzionale”.

²¹ Cons. D'État, 15 maggio 2013, *Mme. C*, n. 343051.

²² *Ibidem*: “[...] toutefois, des considérations impérieuses tenant à la sauvegarde de l'ordre public ou à la survenance de circonstances postérieures à la décision judiciaire d'expulsion telles que celle-ci serait susceptible d'attenter à la dignité de la personne humaine, peuvent légalement justifier, sans qu'il soit porté atteinte au principe de séparation des pouvoirs, le refus de prêter le concours de la force publique”.

²³ Cfr. V. DONIER, *Expulsion locative, droit au logement et référé-liberté: réflexions sur quelques incohérences*, Note sous CE, ordonnance, 5 novembre 2014, *Mme C*, n. 385431, in *RDSS*, 2015, p. 170.

²⁴ H. PAULIANT, *L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent: vers le constat de décès du droit de propriété?*, in *Revue Dalloz*, 1995, p. 283 ss.



questione di costituzionalità del diritto di proprietà, come riconosciuto dall'art. 544 *code civil*, per un possibile contrasto con il diritto ad un alloggio decente²⁵.

Alcuni autori²⁶ hanno evidenziato come nel rapporto con i diritti fondamentali la proprietà privata acquisisca una dimensione pubblica e, hanno parlato di una contaminazione della dimensione privata da parte della dimensione pubblica. L'esclusività del dominio non dipende dal rapporto individuale che il soggetto istaura con il bene, ma si determina in funzione del ruolo che il proprietario assume nella comunità. In questo senso, si può parlare di un'evanescenza della nozione di esclusività del dominio di fronte ad altre istanze sociali.

²⁵ Cass. Civ., 3a ch., 30 giugno 2010, n. 11-40.017, in *AJDI*, 2011, p. 885; Cass. Civ., 3a ch., 30 giugno 2010, n. 11-40.018, *ibidem*; V. sentenza del Consiglio costituzionale che dichiara la conformità alla costituzione dell'art. 544 *code civil*, Cons. Const., 30 settembre 2011, n. 2011-169-QPC, *ibidem*, sul punto v. la nota di N. LE RUDULIER, *La définition du droit de propriété est constitutionnelle*, in *AJDI*, 2011, p. 885.

²⁶ Cfr. F. ZENATI, *Protection constitutionnelle du droit de propriété*, in *RTD Civ.*, 1999, p. 132 ss.



4. L'indagine del rapporto tra tutela dei diritti fondamentali e proprietà consente di osservare anche un altro fenomeno, che appare speculare a quello che si è cercato di illustrare in precedenza. A fronte di una graduale erosione dell'idea di esclusività del dominio, secondo la concezione tradizionale di proprietà, si assiste, infatti, anche ad un'applicazione della categoria della esclusività a tutela di diritti che non hanno natura reale.

Un esempio di questo fenomeno può essere rinvenuto nel riconoscimento in Francia di un diritto di proprietà del credito. Ciò è avvenuto con una decisione del Consiglio costituzionale del 2010¹, nella quale il Consiglio è stato chiamato a giudicare la costituzionalità dell'articolo L526-12 del codice di commercio², che poneva una deroga al principio alla responsabilità patrimoniale del debitore stabilito dall'art. 2284 c.c., prevedendo che l'imprenditore potesse costituire un patrimonio separato sottratto all'aggressione dei creditori. Il Consiglio ha stabilito che la possibilità di costituire un patrimonio separato, sottratto alla responsabilità patrimoniale dei creditori, anche nel caso di crediti sorti anteriormente alla costituzione del patrimonio, è in contrasto con la Costituzione, a meno che la legge non preveda che i creditori siano personalmente informati della costituzione del patrimonio e possano farvi opposizione. Il diritto dei creditori di essere informati è stato fondato dal Consiglio costituzionale sull'esistenza di un diritto di proprietà dei creditori, garantito dagli artt. 2 e 4 della Dichiarazione del 1789.

La decisione del Consiglio, ispirata alla giurisprudenza della Corte Edu sull'art. 1, protocollo 1 della CEDU, è stata diversamente accolta e criticata dalla dottrina.

Alcuni autori³ hanno affermato che la proprietà, a cui fa riferimento il Consiglio costituzionale, non è la proprietà disciplinata dal *code civil* all'art. 544. Non si possono applicare le categorie del diritto privato alla nozione di proprietà come diritto costituzionale, che ha caratteri propri.

Altra parte della dottrina⁴ ha osservato, invece, che il riconoscimento di una proprietà del credito può essere inteso in un duplice senso: da un lato, la proprietà del credito discende dal riconoscimento del credito come bene, appartenente al patrimonio del creditore; dall'altro lato, essa comporta il riconoscimento di un potere del creditore sui beni del debitore, che va oltre la natura personale del diritto. Si realizza, così, una sovrapposizione delle categorie dei diritti personali e reali, con il conseguente problema della compatibilità della proprietà del credito con la nozione di proprietà richiamata dall'art. 544 *code civil*, che presuppone invece una netta distinzione tra diritti reali e personali⁵.

¹ Cons. Const., n. 2010-607-DC, 10 giugno 2010, *J.O.*, 16 giugno 2010, p. 10988, sul punto v. i commenti di T. REVET, *La consécration de la propriété des créances par le Conseil constitutionnel*, in *RTD Civ.*, 2010, p. 584 ss.

² V. articolo L526-12, introdotto dalla legge n. 2010-658 del 15 giugno 2010, art. 1.

³ Occorre sottolineare che la dottrina ha inoltre rilevato che il Consiglio costituzionale è molto cauto nel riconoscere una proprietà del credito e la giurisprudenza del Consiglio si riferisce solo a particolari ipotesi, così V. MAZEAUD, *Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *RTD Civ.*, 2014, p. 29 ss., in particolare p. 31. Il riconoscimento della proprietà del credito, secondo l'a., non significa riconoscimento di un diritto del creditore sul bene del debitore. Il proprietà del credito, pertanto, non si attegge come la proprietà *ex art.* 544 *code civil*. La proprietà del credito, in effetti, mira a proteggere la soddisfazione del diritto del creditore e non ha natura reale.

⁴ S. MOUTON, *La modernisation du droit constitutionnel de propriété: à propos de la constitutionnalisation du droit de propriété des créanciers*, in *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2553.

⁵ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, élaboration de un système rationnel de droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, p. 111; da ultimo v. W. DROSS, *Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété?*, in *RTD Civ.*, 2015, p. 27 ss.



Il riconoscimento della proprietà del credito, pertanto, può comportare uno dei seguenti effetti: si ammette l'esistenza di una proprietà 'edulcorata', accanto alla proprietà come diritto reale stabilito dal *code civil*, oppure si supera la partizione tra diritti reali e personali e si disancora l'art. 544 *code civil* dalla natura reale del diritto.

La *Cour de Cassation* sembra negare la possibilità di un'influenza della proprietà del credito, come riconosciuta dal Consiglio costituzionale, sulla nozione di proprietà *ex art. 544 code civil*. Così, la Corte ha affermato che il diritto di proprietà dei creditori è una costruzione costituzionale, che non vincola la Corte come Giudice della proprietà in materia diritto civile⁶.

Una parte della dottrina ha tuttavia osservato che la nozione costituzionale di proprietà e quella di diritto privato sono destinate a sovrapporsi nel momento in cui la Corte sarà chiamata a giudicare conflitti tra privati, che pretendano una tutela sulla base delle due diverse nozioni di proprietà⁷. Anche di recente, infatti, la *Cour de Cassation*, in una controversia relativa all'esecuzione forzata da parte di un creditore su un bene del debitore in comunione indivisa, ha rifiutato di sollevare questione di costituzionalità motivando, tra le altre questioni, che la sospensione del giudizio sarebbe stata pregiudizievole del "diritto di proprietà del creditore"⁸.

⁶ Cass. Civ., Com. ch., 22 maggio 2013, n. 13-40008, inedita; v. i commenti in tema di S. MILLEVILLE, *Propriété des créances: le point sur l'argument supralégal*, in *RDFL*, 2013, n. 22.

⁷ N. Pierre, *Un nouveau chapitre instructif du livre relatif au droit des biens et à la question prioritaire de constitutionnalité: le partage provoqué par le créancier face aux droits fondamentaux des coindivisaires (1ère partie)* – Cass. 1ère civ., 28 mars 2012, n. 12-40.002, in *RDLF*, 2012, n. 15.

⁸ Cass. Civ., 2a ch., 16 maggio 2012, 12-40020, in *Bulletin*, 2012, III, n. 75.



5. Dalla giurisprudenza analizzata nei paragrafi precedenti emerge la duplice influenza, che la tutela dei diritti fondamentali riconosciuta in ambito internazionale e nazionale esercita sull'idea di privatezza della proprietà. Il riconoscimento di alcuni diritti fondamentali della persona comporta una reinterpretazione della categoria della privatezza in ambito nazionale, così da orientare la proprietà alla tutela della persona. L'esclusività del dominio, espressione del potere individuale del soggetto sul bene, è riletta in chiave solidaristica e appare una categoria recessiva rispetto alla tutela dei diritti della persona.

Il riconoscimento della proprietà come diritto fondamentale del soggetto, inoltre, comporta la graduale contaminazione della nozione di proprietà tradizionalmente intesa da parte della nozione di proprietà come diritto fondamentale, con la possibilità di estendere alcune garanzie proprie del proprietario a diritti di altra natura¹.

Dallo studio della proprietà nella prospettiva dei diritti fondamentali, d'altro canto, emerge con evidenza come la proprietà costituisca un banco di prova dell'effettività dei diritti fondamentali. Un'autorevole dottrina inglese, a tal proposito, ha affermato che: "Il diritto di proprietà ha da dire in materia di diritti umani molto di più di quello che comunemente si pensa"².

L'analisi sul significato della categoria dell'esclusività e sul rapporto tra proprietà come privatezza e tutela della persona si traduce, allora, in un'indagine sui contenuti ed sui limiti della tutela dei diritti fondamentali della persona nel caso concreto. In altri termini, l'indagine sul contenuto dell'esclusività della proprietà apre una domanda sul significato di proporzionalità, di vita privata, di dignità umana, di solidarietà tra persone e, su quali siano gli attori in ambito nazionale e internazionale coinvolti nella definizione di questi concetti e dei relativi contenuti. In questo senso, si può affermare che lo studio della proprietà costituisce un percorso di apprendimento dei diritti fondamentali in azione.

Sulla base di queste considerazioni, si può riflettere sul ruolo della comparazione nella formazione del giurista e sul contributo che può essere offerto dallo studio della proprietà attraverso la lente dei diritti fondamentali. Questo studio è finalizzato ad aiutare il giurista a cogliere le dinamiche, al di là del dato normativo, che influenzano l'idea di proprietà. L'osservazione dei contesti e della relatività del diritto, tuttavia, non conduce solo ad una presa d'atto della ibridazione delle categorie giuridiche, ma vuole indurre una riflessione sul senso del diritto e su 'chi' fa il diritto. La comparazione giuridica, in questa prospettiva, costituisce una modalità formativa del giurista, che concentra l'attenzione più sull'impegno culturale che su quello tecnico, richiesto dallo studio del diritto. La principale vocazione della comparazione è quella di aiutare il giurista ad acquisire una percezione del diritto come esperienza, come un fenomeno vivo (umano) e reale e, quindi, mutevole, ciò anche con lo scopo di far riflettere sul compito del giurista. In questa prospettiva, la trasversalità dell'oggetto d'indagine e l'attenzione ai diversi contesti del diritto diventano elementi essenziali del percorso di conoscenza del giurista, volto a cogliere la complessità del diritto,

¹ Il fenomeno della contaminazione dell'idea di proprietà come diritto fondamentale e della nozione di proprietà riconosciuta dal diritto nazionale si riscontra anche nel nostro ordinamento, dove l'applicazione della CEDU, in diverse materie, ha consentito una tutela dei diritti del proprietario più ampia rispetto a quella assicurata in precedenza dal diritto nazionale. Questo fenomeno ha avuto un particolare rilievo, ad esempio, in materia di occupazione acquisitiva, con le note sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 2007. E-sula dall'oggetto del presente lavoro l'analisi di questo tema, sul quale si rinvia, per i primi riferimenti, al lavoro di R. CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei*, Roma, 2012, *passim*.

² K. GRAY, *Equitable Property*, in *Current Legal Problems*, 1994, vol. 47, II, p. 211: "The law of property has always said much more than it is commonly supposed about the subject of human rights".



attraverso il raffronto tra esperienze giuridiche. Si tratta di un percorso epistemologico che induce a riflettere sulle scelte che i giuristi compiono (nella veste di legislatore, giudice, interprete) e sui costi di queste scelte, al fine richiamare i giuristi alla loro responsabilità e al loro ruolo sociale³.

³ Sulla percezione del diritto come responsabilità e sul ruolo della comparazione v. L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto Europeo*, cit., p. 81 ss. Sul tema del 'costo dei diritti' v. M. CARTABIA - J. H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, p. 236.



LA RESPONSABILITÀ CIVILE IN RETE: NECESSITÀ DI INTRODURRE NUOVE REGOLE

BARBARA MARUCCI

SOMMARIO: 1. Illecito civile in rete: definizione e ruolo del Provider, Servizi di Information end communication technology: cenni. – 2. Decreto legislativo n. 70/2003: mappa dei contenuti. – 3. Responsabilità del provider alla luce del d.lgs. n. 70 del 2003. – 4. *Segue*. Regime della responsabilità del provider in dottrina. – 5. *Segue*. E in giurisprudenza. – 6. La responsabilità penale e la responsabilità civile nel commercio elettronico: cenni.

1. Il quadro normativo inerente la responsabilità, e quindi l'illecito civile, in internet è da sempre alquanto complesso e lo scopo del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, attuativo della direttiva 2000/31/CE, avrebbe dovuto essere quello di chiarirne alcuni aspetti giuridici. In realtà, come verrà evidenziato, il testo normativo presenta elementi di criticità proprio circa la responsabilità sulla responsabilità degli Internet Service Providers. La finalità del provvedimento, indicata all'art. 1, è quella di promuovere la libera circolazione dei servizi della Società dell'informazione e di definire una serie di disposizioni collegate al buon funzionamento del mercato, come ad esempio dettare disposizioni precise sulla posizione dei providers rispetto alla loro attività in rete e, più specificamente, rispetto ai contenuti informativi trasmessi attraverso di loro.

Preliminarmente, giova ricordare che per provider si intende un prestatore intermedio che esercita un'attività imprenditoriale in rete, basata sulla prestazione di servizi tipici della società dell'informazione, ovvero: servizi di connessione, trasmissione ed immagazzinamento dei dati, spesso consistenti nell'ospitare un sito sulle proprie apparecchiature.

È oramai nota la differenza tra i diversi tipi di providers cui si fa semplicemente cenno¹: il server/access provider, che fornisce la connessione ad internet; il service provider, che permette l'accesso ed ulteriori servizi; il content provider, che veicola in rete i propri contenuti; i c.dd. providers istituzionali, come quelli che svolgono l'attività presso i centri cultura (tra questi si pensi alle Università dotate di strutture tecniche proprie, idonee ad offrire l'accesso in rete); i providers amatoriali che, senza alcun fine di lucro, allestiscono strutture tecniche in grado di consentire il collegamento e la diffusione di materiali in rete; i providers professionisti, ovvero soggetti che svolgono l'attività per fini di lucro e, come tali, in possesso di un'adeguata organizzazione.

In base alla specifica attività svolta, si distinguono tre grandi categorie di providers all'interno delle quali si riscontrano differenti forme di deresponsabilità o, meglio ancora, responsabilità al negativo: l'attività di *mere conduit*, ex art. 14 d.lgs. 70/2003, ossia un'attività di semplice trasmissione di informazioni o di semplice fornitura di accesso alla rete, per la

¹ Per una puntuale ricognizione, v. F. DI CIOMMO, *Internet (responsabilità civile)*, in *Enc. giur.* Treccani, *Agg.*, 2002, Roma, 2002 p. 1 ss. *ad vocem*.



quale non è configurata alcuna responsabilità del provider, a meno che egli stesso non partecipi alla produzione delle informazioni o non le modifichi, oppure non selezioni direttamente il destinatario della trasmissione; l'attività di *caching*, ex art. 15 d.lgs. 70/2003, che consiste nella memorizzazione temporanea o transitoria delle informazioni trasmesse, per la quale pure non sussiste responsabilità, a meno che il provider non intervenga direttamente sulle informazioni ospitate; da ultimo, l'attività di *hosting*, consistente nella memorizzazione stabile delle informazioni, ex art. 16 d.lgs. 70/2003, per la quale è prevista una responsabilità da parte del provider se è conoscenza del contenuto illecito dei dati e/o dei servizi erogati attraverso i propri server e se, una volta a conoscenza, non interviene prontamente a rimuoverli². Sul punto pare opportuno fornire una precisazione e cioè che il legislatore del 2003, nel recepire la direttiva 2000/31, è andato oltre il contenuto della fonte comunitaria poiché quest'ultima non prevede che l'obbligo del provider di rimuovere le informazioni o di disabilitarne l'accesso nasca a seguito di apposita comunicazione da parte delle autorità competenti³ così come, invece, l'inciso inserito all'art. 16, comma 1, lettera b) della legge di recepimento che recita testualmente «non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.»

I servizi della società dell'informazione⁴ possono articolarsi nella trasmissione dell'informazione tramite una rete di comunicazione; nella fornitura di accesso ad una rete di comunicazione; oppure nello stoccaggio delle informazioni⁵. Sono considerati servizi della SI, peraltro specificamente enunciati nell'art. 2 d.lgs n. 70/2003 e nel Considerando 18 della direttiva sul commercio elettronico, tutti quei servizi *on demand* o punto-punto, ovvero quelli effettuati su richiesta. Gli altri servizi informativi del tipo radiodiffusione televisiva, ai sensi direttiva 89/552/Cee, e radiodiffusione sonora, non vengono considerati servizi informativi della Società dell'informazione in quanto non sono forniti su richiesta dei soggetti. Su questa sottile distinzione si basa anche la differente regolamentazione prevista tra rapporti C2C (*Consumer to Consumer*) e B2C (*Business to Consumer*), nel senso che il legislatore ha sottratto i servizi C2C dalla sfera di applicazione del d.lgs n. 70/2003, in quanto l'impiego della posta elettronica o di altre comunicazioni elettroniche equivalenti da "parte di persone fisiche che operano al di fuori della loro attività commerciale, imprenditoriale o

² Sulle tre distinte attività svolte dal soggetto intermediario e le relative responsabilità, v. diffusamente M.L. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Napoli, 2006, p. 271 ss.

³ La direttiva all'art. 14, comma 1, lettera b) stabilisce che il provider non sarà ritenuto responsabile se «non appena al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso». Questo concetto è già previsto all'interno del Considerando n. 46 della direttiva 2000/31/Ce sul commercio elettronico che recita testualmente: «Per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite». La norma al punto n. 3 precisa poi che «Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca una violazione o vi ponga fine, nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime.» (Paragrafo modificato dall'avviso di rettifica pubblicato sulla G.U.C.E. n. L 285 del 23.10.2002).

⁴ D'ora in poi indicata con l'acronimo SI.

⁵ A. SIROTTI GAUDENTI, *Commento al dlgs n. 70 del 2003*, in *Guida al diritto IlSole24Ore*, 24 maggio 2003, n. 20, p. 32 ss.



professionale, non rientrano nella categoria sei servizi della società dell'informazione⁶. Inoltre, i servizi della società dell'informazione comprendono sia le attività economiche svolte *on line*, sia una serie di servizi che non sono remunerati anche se, comunque, rientrano nell'ambito di un'attività economica, come ad esempio l'offerta di informazioni o comunicazioni commerciali oppure la fornitura di strumenti per la ricerca o l'accesso di dati⁷.

Nel servizio di *hosting* offerto dall'Internet provider⁸ ai propri utenti per svolgere attività in rete, la proprietà delle apparecchiature informatiche è dell'utente o, qualora di proprietà dell'IP, vengono dedicate esclusivamente alla sua attività. Le proposte dell'IP si completano con l'offerta di ulteriori servizi aggiunti o accessori che variano a seconda delle ipotesi di *hosting* e che vengono opportunamente regolamentate di volta in volta. Così, la previsione di servizi applicativi via internet ed i servizi accessori che riguardano la registrazione dei nomi a dominio, oppure i servizi che riguardano la gestione della sicurezza dei dati o la registrazione presso i motori di ricerca nel caso il proprio utente svolga attività di e-commerce⁹.

⁶ A. SIROTTI GAUDENTI, *o.c.*, p. 33.

⁷ M. GENTILE, *Per il prestatore nessuna autorizzazione preventiva*, in *Commento al dlgs n. 70/2003*, in *Guida al diritto, IlSole24Ore*, 24 maggio 2003, p. 35.

⁸ D'ora in poi indicato con l'acronimo IP.

⁹ Cfr. ampiamente M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., *passim*, spec. p. 24 ss.



2. L'art. 1 del d.lgs. n. 70/2003, come accennato, è volto a promuovere la libera circolazione dei servizi nella società dell'informazione ed il commercio elettronico, in vista dell'attuazione di un vero e proprio mercato interno globale/unico, in cui si attui un alto livello di integrazione comunitaria legislativa¹, indicando all'art. 5 le motivazioni per cui siffatta libertà di circolazione può essere limitata².

All'art. 2 del d.lgs. 70/2003 vengono fornite una serie di definizioni che riguardano: i c.dd. servizi della società dell'informazione e cioè tutte le attività economiche svolte in linea, per via elettronica, prestate normalmente dietro retribuzione; il prestatore di servizi che il legislatore definisce come "la persona fisica o giuridica che svolge un servizio *Information end communication technology*"³; il destinatario ed il consumatore, e cioè coloro che utilizzano tali servizi; le comunicazioni commerciali, da intendersi come tutte quelle forme di comunicazione destinate, direttamente o indirettamente, a promuovere l'attività di un'impresa o di un libero professionista⁴.

Altro principio enunciato nel d.lgs n. 70/2003 è quello dell'obbligo di informativa, comprensivo sia delle informazioni generali (artt. 7-10), sia di quelle inerenti la conclusione del contratto (art. 12)⁵. Quest'ultima norma contiene ulteriori regole sulle modalità di conclusione dei contratti on line⁶ con un'attenta elencazione di informative a tutela del consumatore (sono, quindi, regole specificamente previste per i contratti di tipo B2C) quali: l'elencazione delle fasi tecniche attraverso cui il contratto si conclude; i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore; la lingua a disposizione; gli strumenti di risoluzione delle controversie.

Gli artt. 14, 15 e 16 del decreto n. 70, contemplan le diverse forme di responsabilità degli operatori *on line*, enunciando, come accennato, una sostanziale deresponsabilizzazione dell'IP⁷. Quindi, *ex art.* 17 d.lgs. 90/2003, viene stabilito che il provider, nella prestazione

¹ Sono esclusi dalla sfera di operatività del presente decreto tutti i rapporti elencati al comma 2 dell'art. 1.

² Si fa riferimento all'ordine pubblico; alla tutela della salute pubblica; alla pubblica sicurezza, compresa la salvaguardia della sicurezza e della difesa nazionale; alla tutela dei consumatori, ivi compresi gli investitori.

³ D'ora in poi indicato con l'acronimo ICT.

⁴ Non vengono considerate comunicazioni di tipo commerciale quelle informazioni che consentono un accesso diretto all'attività dell'impresa, come ad esempio i domain names o l'indirizzo di posta elettronica.

⁵ Sugli obblighi informativi, cfr. S. SICA, *Il contratto «nella rete»*, in G. Comandè - S. Sica, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, p. 49, il quale parla di una vera e propria *lex generalis* delle informazioni precontrattuali nell'e-business; C. ROSSELLO, *Gli obblighi informativi del prestatore di servizi*, in *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Torino, 2003, a cura di C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO, E. TOSI, p. 35 ss.

⁶ Sono esclusi dalla sfera di applicazione di tali regole, *ex art.* 12, comma 3, del d.lgs. 70/2003 i contratti conclusi mediante scambio di messaggi di posta elettronica. Il decreto in esame non si applica, inoltre, a tutta una serie di contratti espressamente elencati all'interno dell'art. 11. Sul punto, v. E. TOSI, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, in *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, a cura di C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO, E. TOSI, cit., p. 97 ss.

⁷ P. STANZIONE, *Commercio elettronico, contratto e altre categorie civilistiche*, in *Dir. inf.*, 2001, p. 662, ha affermato che la direttiva comunitaria avrebbe tracciato una sorta di "statuto" dell'irresponsabilità degli intermediari di Internet; più tardi, v. SICA SALVATORE, STANZIONE PASQUALE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, *passim*; v., inoltre, nello stesso senso G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers*; V. ZENO ZENCOVICH, *Profili attivi e passivi della responsabilità dell'utente in Internet*, in *La tutela del navigatore in Internet*, a cura di A. PALAZZO, U. RUFFOLO, Milano, 2002, p. 137 s.; F. DI CIOMMO, *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., spec. p. 834, parla di una vera e propria "immunità condizionata".



dei servizi di cui agli artt. 14, 15 e 16, non è assoggettato a nessun obbligo di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. La norma precisa, tuttavia, che gli Stati membri possono stabilire che il prestatore è comunque tenuto ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; nonché a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite. Il comma 3 della norma appena citata stabilisce che «Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente».

È proprio su quest'ultima norma che si sono concentrate le critiche più forti in quanto è parso difficile fornire una corretta interpretazione ed applicazione della norma senza correre il rischio al tempo stesso di attribuire al provider una funzione che va oltre il dettato normativo, ossia quella di “giudice-poliziotto”.

Ci si chiede, inoltre, cosa si intenda per “venire effettivamente a conoscenza”. Se, cioè, sono necessari atti ufficiali che rendano edotto il provider sulla illiceità di contenuti (ad esempio una notifica tramite ufficiale giudiziario, oppure un atto di diffida, oppure la conoscenza di una sentenza che dichiari la illiceità di una informazione o di una attività o altro ancora) oppure se è sufficiente che il provider venga semplicemente a conoscenza della loro esistenza attraverso un'e-mail anonima a lui indirizzata, oppure una telefonata, o, ancora, tramite una notizia letta sulla stampa, tutto ciò al fine di considerare il provider “corresponsabile” dell'illecito. La responsabilità, in questi casi, consisterebbe non tanto nel concorso all'illecito ma nell'«aver diffuso o concorso a diffondere una informazione unilateralmente classificata come illecita a prescindere dalle finalità perseguite da chi le rende disponibili»⁸.

Altro problema è quello di stabilire quando un'informazione è illecita perché ciò può dipendere dall'uso che di essa viene fatto altrimenti, come taluno ha affermato, si correrebbe il rischio di «porre sullo stesso piano lo studioso di farmacologia che pubblica i risultati di una ricerca scientifica sulla sintesi di sostanze psicotrope ed il delinquente che fa circolare gli stessi contenuti per scopi criminali»⁹.

Nell'articolo 18, il legislatore ha voluto ribadire l'importanza che nella ICT rivestono i codici di condotta¹⁰, fatto salvo il loro carattere di volontarietà, nel senso che non c'è ob-

⁸ A. MONTI, *Rete, leggi e processi. Vita dura per le imprese Parte Seconda - Hosting e responsabilità per contenuti illeciti*, in WebMarketing Tools 53/02, www.andreamont.net e ALCEI, *Provider e responsabilità nella legge comunitaria 2001*, del 19 giugno 2002, in <http://www.interlex.it/regole/alcei13.htm>

⁹ ALCEI, *o.l.c.*

¹⁰ Tali CdC (codici di condotta), ex art. 18, d.lgs. 70/2003 e considerando 49 direttiva 2000/31/Ce, devono essere redatti ed inoltrati al Ministero delle attività produttive (che dal 2006, con il Governo Prodi II, acquisisce le competenze del Dipartimento Coesione e Sviluppo del Ministero dell'Economia e delle Finanze, diventando così Ministero dello Sviluppo Economico) e alla Commissione Europea, devono essere scritti in almeno tre lingue (italiano, inglese ed un'altra lingua della Ue) ed in essi deve essere garantita la protezione e la tutela dei minori e la dignità della persona in genere. Sul tema, v. G. SANTOSUOSSO, *L'autoregolamentazione e i codici*



bligatorietà nella loro adozione; tuttavia vengono, indubbiamente, incoraggiati e favoriti. Si propongono, quindi, come fonti normative del commercio elettronico di tipo *reflexive law* (o *soft law*), con aspetti nuovi di “normativa interpretativistica” a causa della loro natura di auto-regolamentazione, e sostanzialmente carenti della natura impositiva, in linea, se si vuole, con il mondo estremamente duttile dell’internet¹¹.

L’articolo 19 del d. lgs. 70/2003 prevede forme di risoluzione delle controversie più snelle ed adatte alle ICT, come le c.dd. ADR on line¹², nate nei sistemi di *common law* e pensate per la soluzione dei conflitti relativi ai consumatori. Attraverso gli ADR viene riconosciuta la possibilità per le parti (prestatore di servizi ed utente) di adire organi extragiudiziali di composizione delle controversie. Come evidenziato da autorevole dottrina «Le ADR non rappresentano, come ormai pacificamente riconosciuto, soltanto una modalità per deflazionare il contenzioso, ma rappresentano una risposta alla necessità di un cambio di paradigma che valorizzi la libertà di autodeterminazione degli attori sociali e la continuità dei rapporti tra le parti»¹³.

La EEJ-Net è strettamente collegata agli ADR; di fatto, rappresenta la rete europea extragiudiziale delle controversie, attiva in ogni Stato membro dell’Ue ed è ad questa rete che vengono comunicati gli ADR operativi nell’Ue. Questa *net* ha un ruolo importante perché crea una struttura a disposizione dei consumatori e dei cittadini europei che possono ricorrervi per comporre le proprie vertenze commerciali¹⁴.

Il d.lgs. 70/2003 si conclude con un apparato sanzionatorio contemplato all’art. 21, in cui le violazioni previste sono quelle relative al mancato rispetto degli obblighi indicati negli artt. 7-10 e 12 la sanzione prevista è quella amministrativa pecuniaria che va da 103 a 10.000 euro, salvo che il fatto costituisca reato

ci di condotta, in *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, cit., a cura di C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO, E. TOSI, p. 149 ss.;

¹¹ In argomento, cfr. V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2012, p. 1279 ss. ed *ivi* ampia bibliografia.

¹² *Alternative Dispute Resolution*. Cfr. Parere della X Commissione parlamentare che valuta positivamente l’opportunità di coinvolgere in questa attività gli organismi di conciliazione delle Camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura in considerazione della loro esperienza già acquisita in campo.

¹³ G. AUTORINO STANZIONE, *Le ADR. profili generali*, in [Hwww.comparazioneDIRITTOCIVILE.it](http://www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it), 2001; v. poi G.M. RICCIO, *Commercio elettronico, aste telematiche ADR e tutela dei consumatori*, *ivi*, 2010; in tema di nuove tecniche di conciliazione, si veda altresì P. GIANNITI e R. PICCIONE, *La mediazione professionale nel sistema degli A.D.R.*, Torino, 2012, p. 602 ss.

¹⁴ European Extra Judicial Network. Il sito della EEJ-Net è [Hhttp://www.eejnet.org](http://www.eejnet.org); la EEJ-Net deve necessariamente mettere in relazione fra loro i vari organi extragiudiziali operanti negli Stati membri. In questa ottica di “*net*”, gli stessi organi extragiudiziali devono comunicare le proprie decisioni in materia, sia alla Commissione europea, sia ai Ministeri competenti dei singoli Stati membri. Ciò è finalizzato a far sì che circolino tutte le informazioni, le consuetudini e gli usi relativi al commercio elettronico e venga in questo modo a consolidarsi una prassi giurisprudenziale *ad hoc* sulla materia.



3. Come accennato, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 70/2003, non sembra si possa affermare che il problema della responsabilità dell'IP sia stato risolto, posto che il provvedimento mira a soffermare l'attenzione sulle ipotesi di non coinvolgimento dell'IP. Questa tendenza è, peraltro, diffusamente riscontrabile a livello europeo avendo le proprie radici nel diritto tedesco (TDG=*Teledienstgesetz*) volto ad accertare, appunto, la "irresponsabilità" del provider, regolamentando l'attività dello stesso in negativo e stabilendo, quindi, le ipotesi in cui questi non possa essere considerato responsabile¹.

Il provvedimento sopra citato elenca una serie di casi (definiti "clausole di esonero tipizzate"²) in cui il soggetto non viene chiamato a rispondere dei danni causati dalla sua attività e che possono riassumersi nel concetto secondo il quale "per essere considerato privo di responsabilità, il provider non deve in alcun modo essere coinvolto nell'informazione trasmessa".

Per risalire alla responsabilità del provider alcuni autori³ hanno analizzato una serie di fattori legati sia al tipo di provider ed alla sua attività, sia al tipo di illeciti che possono venire in esistenza in rete. Sarebbe, pertanto, opportuno valutare di volta in volta, se si fa riferimento all'attività di *access provider*, di *hosting provider* oppure di *content provider* ed, inoltre, analizzare la tipologia dell'illecito concretizzatosi, ossia se si è di fronte ad un illecito avvenuto "per mezzo" di internet, oppure, perpetrato "contro" internet.

Nella ipotesi dell'*access provider*, in grado di fornire il mero accesso alla rete, e di *hosting provider*, in cui si permette anche l'utilizzo di un proprio spazio internet all'utente per la creazione di siti, o comunque idoneo a contenere e a diffondere informazioni, i possibili illeciti sono quelli "tipici" dei gestori della rete, come, ad esempio, l'irregolare registrazione di un nome a dominio. La responsabilità che ne deriva può, quindi, essere sia di tipo contrattuale, se alla base del rapporto "violato" c'è un contratto fra le parti, sia di tipo extracontrattuale, nell'ipotesi in cui vi sia un fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto.

Diversa è la posizione di un *content provider* che interviene direttamente sul contenuto e sulle informazioni diffuse in rete. In questo caso il provider potrà essere ritenuto responsabile degli illeciti che vengono ad esistenza per mezzo di Internet, posti in essere utilizzando il *medium*, ossia la rete⁴. Ne sono esempi: la diffamazione (attraverso internet) la viola-

¹ Per un confronto con l'esperienza americana e tedesca, v. L. BUGIALOCCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2000, p. 836 ss.; G. POGGIO, *La responsabilità dell'internet provider*, in *La tutela del navigatore in Internet*, a cura di A. PALAZZO, U. RUFFOLO, cit., p. 183 s.; in argomento, v., inoltre, A. MANTELERO, *La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario*, in *Contr. e impr. Europa*, 2010, p. 529 ss.; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002; E. TOSI, *Diritto Privato dell'informatica, I beni-I contratti-Le responsabilità*, Milano, 2006, p. 116 ss.

² S. SICA, *Le responsabilità civili*, in *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, in Aa.Vv., a cura di E. TOSI, in "Diritto delle nuove tecnologie", collana diretta da V. Franceschelli e E. Tosi, Milano, p. 279 ss., spec. p. 301 s.

³ V., ad esempio, S. SICA, *o.l.u.c.*

⁴ Nel caso di contraffazione, le attività di questo tipo sono quelle che forniscono beni o servizi contrassegnati da marchio altrui (ad esempio il *framing* oppure il *domain grabbing*). E' classico il caso della registrazione del domin name identico o simile ad un marchio altrui. A tale proposito, la prassi giurisprudenziale ha creato un principio ormai consolidato e secondo il quale: a) se il marchio altrui gode di rinomanza la registrazione da parte di terzi estranei del corrispondente domain name viene considerata illecita, indipendentemente dal fatto che vi sia identità o somiglianza dei prodotti o dei servizi offerti; b) se, invece, il marchio non gode di rinomanza il corrispondente domain name è considerato illecito se vi è una identità o una affinità dei prodotti of-



zione dei dati personali (privacy), la truffa, la contraffazione, la concorrenza sleale o la violazione della tutela del consumatore (commercio elettronico). Le conseguenti responsabilità dipendono dagli illeciti commessi: pertanto, nel caso di contraffazione si applicheranno le norme a tutela dei segni distintivi, per l'attività confusoria⁵ quelle della concorrenza sleale e così via.

Una parentesi specifica merita l'ipotesi di violazione della tutela del diritto d'autore che si concretizza quando l'utente carica/scarica in rete o dalla rete, materiale altrui senza autorizzazione. Ci si chiede se la responsabilità sorga in capo all'utente della rete che commette l'illecito, oppure al provider, o ad entrambi ed, eventualmente, quale natura abbia la responsabilità del provider. La dottrina sembra voler distinguere fra il provider che fornisce un semplice servizio di *housing*, e cioè un mero vettore di informazioni che come tale non viene considerato responsabile⁶, e quello che fornisce un servizio di *hosting* in cui si configurerebbe una sua responsabilità qualora contribuisca direttamente e consapevolmente alla pubblicazione dell'opera tutelata o ne abbia, comunque, consentito la pubblicazione⁷.

Diverso è il caso in cui l'utente pubblichi in rete materiale originale proprio, in tale ipotesi è bene ricordare che le opere di qualsiasi tipo, anche quelle create e/o fruibili in rete, sono tutelate dalla normativa sul diritto d'autore, siano esse siti web, complesse opere multimediali, immagini fotografiche, giornali on line, programmi per elaboratore e banche dati.

Ritornando al ruolo specifico dell'*hosting provider* alcuni autori hanno evidenziato come l'evoluzione dei servizi di *hosting* possa incidere sul regime di responsabilità.

Le stesse ICT hanno contribuito alla diffusione di "grandi aggregatori di contenuti" (come ad esempio i motori di ricerca, ampiamente utilizzati dagli utenti della rete) che coinvolgono gli *host providers* sotto due aspetti. Il primo, fa riferimento all'ampliamento

ferti o del settore merceologico in cui si opera oppure se la registrazione del domain name è stata fatta in mala fede nell'intento di lucrarci successivamente cedendolo allo stesso titolare del marchio (c.d. domain grabbing).

⁵ Un'altra ipotesi in cui è chiamata in causa una tipica attività dell'ICT è quella legata al *maintener*, ossia un fornitore di servizi che ha un contratto con il Registro in base al quale può gestire i domini .it in modalità asincrona, v. in merito il sito del Registra, <http://www.nic.it/maintainer/chi-sono-i-maintainer>.

⁶ IN TAL SENSO NON HANNO RITENUTO RESPONSABILE IL PROVIDER PER VIOLAZIONE DI DIRITTO D'AUTORE COMPIUTA A MEZZO DI PAGINA WEB IN QUANTO SI ERA LIMITATO A CONCEDERE ALL'UTENTE RESPONSABILE IL MERO ACCESSO ALLA RETE: TRIB. CUNEO, 27 LUGLIO 1997, IN *GIUR. PIEMONTESE*, 1997, p. 493; SULLA SCIA TRIB. ROMA, 4 LUGLIO 1998, IN *DIR. INFORM. ED INFORMATICA*, 1998, p. 807, CON NOTA DI P. COSTANZO, *I NEWSGROUPS AL VAGLIO DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA (ANCORA A PROPOSITO DEGLI ATTORI D'INTERNET)*, p. 811, IL QUALE HA SPECIFICAMENTE ESONERATO IL PROVIDER DA QUALSIASI FORMA DI RESPONSABILITÀ QUALORA SI LIMITI A METTERE A DISPOSIZIONE, SENZA ALCUN POTERE DI CONTROLLO O VIGILANZA SUGLI INTERVENTI INSERITI, DI UN NEWSGROUP (PERALTRO NON MODERATO) UNO SPAZIO CHE NE CONSENTA L'ATTIVITÀ DI DISCUSSIONE. TUTTAVIA, SI POTREBBE PROSPETTARE LA RESPONSABILITÀ DEL PROVIDER IN RIFERIMENTO A PREVISIONI CONTRATTUALI (DI ACCESSO AD INTERNET TRA PROVIDER ED UTENTE) OPPURE, IN ASSENZA, SI POTREBBE INVOCARE UNA RESPONSABILITÀ DERIVANTE DA SVOLGIMENTO DI ATTIVITÀ PERICOLOSA DEL TIPO PREVISTO DALL'ART. 2050 C.C.. POSIZIONE, QUEST'ULTIMA, CONDIVISA DA UNA SENTENZA DELLA CORTE DI APPELLO DI PARIGI, 10 FEBBRAIO 1999, CHE DIEDE ADITO A QUALCHE PERPLESSITÀ, IN QUANTO RICONOBBE LA RESPONSABILITÀ DEL PROVIDER CHE OFFRE UN SEMPLICE ACCESSO ALLA RETE IN FORMA ANONIMA, SENZA FORME DI RESTRIZIONE DI ACCESSO O COMUNQUE SENZA ATTUARE UN MINIMO CONTROLLO, A PROPOSITO DI QUESTA SENTENZA, V. I COMMENTI DI: G.M. RICCIO, *LA RESPONSABILITÀ DEL PROVIDER NELL'ESPERIENZA FRANCESE: IL CASO HALLYDAY*, IN *DIR. INFORM. ED INFORMATICA*, p. 926 ss., e F. DI CIOMMO, *INTERNET, DIRITTI DELLA PERSONALITÀ E RESPONSABILITÀ AQUILANA DEL PROVIDER (CORTE D'APPELLO DI PARIGI, 10 FEBBRAIO 1999)*, IN *DANNO E RESP.*, 1999, 4, p. 754 ss. PER ULTERIORI APPROFONDIMENTI ED INTERESSANTI SPUNTI CRITICI, SI RINVIA M. DE CATA, *LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'INTERNET SERVICE PROVIDER*, MILANO, 2010, p. 136 ss.

⁷ Per la trattazione di questo aspetto, cfr. § 4.



dell'offerta di *hosting* che spesso si arricchisce di servizi aggiunti; il secondo, alla memorizzazione dei dati sui propri *server*, memorizzazione che, se permanente o comunque di lunga durata, vanifica di fatto ogni giustificazione di non-conoscenza dal parte del *provider* (o fornitore di servizi) dei contenuti. Entrambe le ipotesi prospettate compromettono la “neutralità” dell'ISP, condizione, quest'ultima, necessaria per invocare l'esonero di responsabilità di cui al d.lgs. 70/2003. Diversamente, ovvero nelle ipotesi in cui il provider non possa vantare forme di neutralità, resterebbe la possibilità che questi risponda dell'illecito *ex art.* 2043 c.c.⁸.

Fonte di responsabilità del *content provider*, che fa sorgere l'obbligo al risarcimento dei danni patrimoniali e non, è rappresentata dalla violazione della *privacy*. È lecito il trattamento dei dati personali in internet purché vengano rispettate dal *provider* le condizioni già previste dalla normativa a tutela del trattamento dei dati, e cioè: informativa all'interessato; finalità del trattamento comunicata allo stesso; obbligo di aggiornamento dei dati e di messa in sicurezza degli stessi e diritto all'oblio con la cancellazione dei dati⁹.

L'altro aspetto, inerente le ipotesi di responsabilità dell'IP per illeciti contro internet, riguarda i comportamenti di terzi volti ad alterare il regolare funzionamento della rete ed in cui il *provider* assume o un atteggiamento definito “passivo”, ma comunque determinante, oppure un atteggiamento “attivo”. Per la prima ipotesi, si pensi a tutte quelle attività non autorizzate che intralciano l'operato degli altri utenti, come, ad esempio, gli attacchi ai sistemi informatici ed in cui il provider non riesce a contrastare o ad arginare il fenomeno dannoso; per la seconda ipotesi, invece, si fa riferimento agli illeciti commessi dallo stesso *provider* vedi i casi di sospensione o interruzione di servizi, nonché i fatti dannosi compiuti in rete da un anonimo non individuabile per responsabilità dell'IP che non ha provveduto, ad esempio, al controllo di accesso e all'identificazione dei propri utenti.

Vi sono ipotesi in cui anche l'atteggiamento “inerte” tenuto dall'IP fa sorgere in capo a questi una responsabilità di tipo contrattuale se alla base vi è, ovviamente, un accordo che regola i rapporti fra provider ed il proprio utente ed in cui quest'ultimo subisce danni dovuti a disservizi del provider inadempiente. Se nel contratto sono presenti clausole di esonero da responsabilità queste sono sottoposte all'art 1229 c.c. per cui il provider sarà liberato da responsabilità se dimostrerà che il disservizio si è verificato per circostanze non prevedibili e da lui non governabili¹⁰.

⁸ Così: L. BUGIOLACCHI, *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, p. 1997 ss.

⁹ Sul diritto all'oblio, si rinvia al § 5.

¹⁰ Sulla validità delle clausole di esonero della responsabilità da parte del gestore, v. S. SICA e G. GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites e il «labirinto» delle responsabilità*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2714 ss., spec. p. 2721, i quali evidenziano profili di iniquità, oltre che di incompatibilità, delle stesse clausole rispetto all'art. 1229 c.c. ed ai precetti di buona fede, nonché rispetto all'esigenza di assicurare all'utente un minimo impegno diligente da parte del gestore della piattaforma; si darebbe luogo, così, secondo gli AA., ad una facile contrattualizzazione dei profili extracontrattuali dei rapporti tra gestore e utente con l'intenzione di annullare quasi completamente i rischi connessi alla gestione della piattaforma in un quadro squilibrato per l'utente, giustificato dalla gratuità del servizio; nello stesso senso già: S. SICA – N. BRUTTI, *Internet e commercio elettronico: la responsabilità civile*, in *Studi di diritto della comunicazione. Persone, società e tecnologie dell'informazione*, Padova, 2009, a cura di V. D'ANTONIO, S. VIGLIAR, p. 121 ss., spec. p. 133 ss.; degli stessi AA. si ricorda altresì: *La responsabilità in internet e nel commercio elettronico*, in Giovanna Visintini - *I singoli contratti. Applicazioni pratiche e disciplina specifica*, Padova, 2009, p. .503 ss.



4. Stabilire il tipo di responsabilità da imputare all'IP è, dunque, complicato e dipende da due fattori strettamente collegati all'ambiente Internet: il primo riguarda la possibilità di agire in anonimato (e quindi la difficoltà o addirittura l'impossibilità, a volte, di identificare l'autore dell'illecito); il secondo consiste nella oggettiva difficoltà di monitorare gran parte dei dati trasmessi in rete. Queste due caratteristiche si contrappongono alla necessità che il diritto ha di assicurare le istanze risarcitorie a colui che subisce ingiustamente un danno. Un'esigenza talmente forte per il nostro ordinamento che il diritto sembra spingersi « a ricercare "ad ogni costo" i soggetti su cui far gravare l'obbligo di risarcimento»¹, così da non lasciare il danneggiato privo di copertura giuridica.

D'altra parte la virtualità di Internet se, da un lato, crea normali problemi per l'applicazione del diritto tradizionale *sic et simpliciter* alla nuova realtà; dall'altro, è in grado di provocare consistenti danni ai soggetti, danni tutt'altro che virtuali e che sono frutto di una serie di illeciti che, come accennato², spaziano dalla diffamazione, alla violazione della privacy, dalla concorrenza sleale, alla violazione del diritto d'autore, di marchi e brevetti ecc.

Il tema della responsabilità degli *Internet Service Providers* per fatto illecito dell'utente è stato oggetto di diversi studi con punti di vista logicamente differenti e, per questa ragione, sembra utile procedere ad una breve disamina delle tesi elaborate e via via succedutesi anteriormente, nonché successivamente, all'entrata in vigore della direttiva sul commercio elettronico. Preliminarmente, comunque, ci pare condivisibile la premessa secondo la quale «Considerare i provider immuni da qualsivoglia responsabilità per le attività commesse da chi per loro tramite accede alla rete significa rinunciare ad avvalersi dell'unico strumento oggi a disposizione per controllare la rete»³.

In un primo momento si è tentato di applicare ai provider un regime di responsabilità oggettiva, in cui com'è noto un soggetto risponde per i danni a prescindere dal fatto che questi derivino da un suo personale comportamento e, dunque, a prescindere dal dolo o dalla colpa. Il fondamento di una simile responsabilità è stato spiegato via via in maniera diversa: la si è ricondotta all'interno della più generale responsabilità derivante dall'esercizio di attività pericolose (art. 2050 c.c.), quindi a quella collegata ai danni causati da cose in custodia (*ex art.* 2051 c.c.) e, da ultimo, ad una responsabilità per *culpa in vigilando* *ex art.* 2049 c.c.

Partendo dalla responsabilità di cui all'art. 2050 c.c., è noto come l'elemento caratterizzante della stessa sia la c.d. pericolosità, intendendo con questo termine, un'attività con una intensa probabilità di produrre danni a terzi. Bisogna, quindi, verificare la possibilità di trasporre il contenuto della norma all'attività del provider al fine di accertare se questa possa essere considerata pericolosa ai sensi dell'art. 2050c.c. oppure no. Non essendo state tipizzate da parte del legislatore le attività pericolose, la valutazione della pericolosità è rimessa all'interprete attraverso un'indagine sulla condotta tenuta dal soggetto che ha posto in

¹ Testualmente A. PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 143 ss., spec. p. 144.

² *Infra* § 3.

³ G. PASCUZZI, *Il diritto nell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Bologna, 2002, p. 126 e s., il quale afferma pure, tuttavia, che «per altro verso, considerare il provider in ogni caso responsabile per le attività realizzate dai soggetti cui ha fornito accesso alla rete significa addossare allo stesso il ruolo di «assicuratore», un fardello talmente pesante che di fatto scoraggerebbe chiunque dall'intraprendere quel tipo di attività, con la conseguenza di far scomparire chi alimenta la connettività della rete, o, quanto meno, di incoraggiare lo stabilimento dei provider nei paesi che accordano loro il regime più favorevole».



essere l'attività. Ci si chiede, allora, se le nuove tecnologie (e soprattutto internet) rientrino nell'ambito del concetto di "attività pericolosa". Entra in gioco, a questo punto, anche il concetto di pericolosità inteso in senso lato, alla luce del quale si può considerare pericolosa anche l'attività di impresa particolarmente "impegnativa" al punto da richiedere all'imprenditore l'assunzione del "rischio" per il suo svolgimento. Un rischio dovuto alla eventuale impossibilità di svolgere la propria attività d'impresa senza riuscire a fornire un'adeguata sicurezza e, quindi, ad essere abbastanza diligente da prevedere tutte quelle misure idonee ad evitare il verificarsi dei danni alla collettività e dove l'esercente l'attività pericolosa può liberarsi dalla presunzione di responsabilità solo se dimostra di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il verificarsi dell'evento dannoso⁴.

L'intento sarebbe, allora, di soddisfare una doppia tutela: da un lato, quella del diritto del singolo imprenditore a svolgere una libera attività economica e, dall'altro, quella della collettività che deve essere protetta da qualsiasi danno che siffatta attività potrebbe procurarle. Tuttavia, non sembra che il disposto normativo dell'art. 2050 c.c. possa essere preso a prestito per disciplinare la responsabilità del provider in quanto, come è stato spiegato, «i servizi offerti on line pure ad utenti anonimi, non hanno normalmente nulla di pericoloso perché non sono strutturalmente rivolti a realizzare danni né producono statisticamente un certo rischio da considerarsi inevitabile per la natura del servizio stesso»⁵. Sempre secondo tale dottrina, una determinata attività deve risultare intrinsecamente pericolosa, per cui la pericolosità non può desumersi né da circostanze straordinarie ed imprevedibili, né dall'uso che del servizio viene fatto da parte di soggetti terzi rispetto a chi dovrebbe essere chiamato a rispondere dei danni. Inoltre, è stato osservato che tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva sono accomunate dal fatto che esse presuppongono un effettivo potere di controllo sull'attività oggetto di tutela⁶, mentre ciò non è tecnicamente possibile nel caso di specie perché la prova di aver adottato tutte le misure dirette ad evitare il danno sarebbe soddisfatta soltanto dalla dimostrazione da parte del provider di aver adottato un sistema di vigilanza che lo stesso art. 17 del d.lgs. 2003/70 esclude.

Non è sembrato convincente neppure il ricorso alla responsabilità dei danni causati da cose in custodia in quanto mancano i presupposti della disponibilità materiale del bene e del potere di controllo da parte del soggetto al quale si vorrebbe imputare il danno in qualità di custode.

Nella previsione non poteva mancare l'ipotesi in cui l'evento dannoso si verifica a causa di comportamenti commessi dall'utente, come nel caso in cui un utente anonimo effettui affermazioni dannose nei confronti di terzi. In questo contesto si è cercato di individuare a che titolo sorga la responsabilità del provider per le violazioni commesse dagli utenti del proprio server e la conclusione è stata quella di equiparare il ruolo del provider a quello del direttore responsabile di un organo di stampa. La responsabilità dell'IP consisterebbe in una *culpa in vigilando* paragonando internet ad una testata giornalistica ed il *provider*, appunto, ad un editore o direttore di testata (responsabile dei contenuti del sito da lui gestito); il

⁴ In giurisprudenza, v. *ex multis*, Trib. Roma, 4 luglio 1998, cit., p. 807; Trib. Roma, 22 marzo, 1999, *ivi*, 2000, p. 66.

⁵ F. DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonerazione della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2010, p. 829 ss., spec. pp. 837-838; in giurisprudenza, v. Trib. Bologna, 26 novembre 2001 con sentenza inedita, ha affermato che l'attività svolta dall'ISP (Internet Service Providers) non appare in sé oggettivamente ed intrinsecamente fonte di pericolo.

⁶ P. PIRRUCCIO, *Diritto d'autore e responsabilità del provider*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2591 ss., spec. p. 2597.



presupposto sarebbe rappresentato dall'inadempimento dell'obbligo di controllo preventivo che graverebbe sul provider per i contenuti memorizzati sul server, responsabilità dalla quale il provider sarebbe esonerato nel momento in cui fosse in grado di dimostrare di aver fatto tutto quanto possibile per evitare l'illecito. Una delle prime pronunce che applicò il concetto di *culpa in vigilando* considerando Internet un organo di stampa fu quella del Tribunale di Napoli⁷, emessa in materia di concorrenza sleale, la quale, equiparando internet ad un organo di stampa, riconobbe la responsabilità aquiliana colposa del provider che, pur rivestendo la qualifica di *extraneus*, non essendo egli in concorrenza diretta con l'imprenditore danneggiato, aveva consentito il comportamento illecito di un suo utente. Questa interpretazione ha prestato il fianco ad osservazioni critiche che assimilerebbero Internet piuttosto ad una rete telefonica, per cui non essendo il gestore della stessa responsabile per le molestie verbali o i reati perpetrati attraverso il mezzo telefonico, non lo sarebbe neanche il gestore dei *server*, ossia l'IP. Si rinvengono, infatti, pronunce di segno diverso⁸ che hanno negato la riconducibilità *sic et simpliciter* del provider a quella dell'editore stabilendo che l. 8 febbraio 1948, n. 47 (legge sulla stampa) è direttamente applicabile soltanto alle pubblicazioni realizzate su supporto cartaceo e non anche a quelle effettuate tramite le moderne tecniche telematiche.

Anche in dottrina v'è chi ha evidenziato l'impossibilità di ricorrere ad una responsabilità per *culpa in vigilando* mancando il rapporto di preposizione che ricorre invece nelle ipotesi normative di cui agli artt. 2047, 2048 e 2049 c.c., e cioè responsabilità del datore di lavoro per fatto illecito del dipendente, o dei genitori, maestri e tutori per fatto illecito del minore e dell'incapace⁹.

Comunque, le impostazioni che ruotano attorno ad un concetto di responsabilità oggettiva, sono state tutte superate sia dalla dottrina¹⁰, sia dalla giurisprudenza¹¹ per dare spa-

⁷ Trib. Napoli, ordinanza 8 agosto 1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 259, ha affermato che la rete Internet, quale sistema internazionale di interrelazione tra piccole e grandi reti telematiche, è equiparabile ad un organo di stampa; nello stesso senso v. Trib. Macerata, ordinanza 2 dicembre 1998, in *Dir. industriale*, 1999, p. 35, secondo cui il gestore di rete, essendo assimilabile ad una sorta di editore, ha l'obbligo di vigilare affinché attraverso la sua pubblicazione non vengano perpetrati delitti o illeciti di natura civilistica (in applicazione di questo principio il tribunale ha considerato il gestore di rete corresponsabile della abusiva registrazione del "domain name" da parte del titolare del sito), con nota di C. QUARANTA, *La registrazione abusiva del "domain name"*, p. 36 s.

⁸ Trib. Napoli, 18 marzo 1997, in *Dir. giur.* 1997, p. 186, è dell'avviso, inoltre che la legge sulla stampa può essere estesa alle pubblicazioni realizzate con le tecniche telematiche soltanto in via analogica; posizione, questa, superata più tardi dal Trib. Roma, 4 luglio 1998, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1999, I, p. 399, secondo cui il news-server si limita a mettere a disposizione degli utenti lo spazio virtuale dell'area di discussione senza alcun potere di controllo sugli interventi che vi vengono inseriti; tuttavia, Trib. Bologna, con sentenza inedita del 26 novembre 2001, applicherà nuovamente in via analogica al provider l'art. 11, l. n. 47 del 1948, il quale dispone che per i reati commessi a mezzo stampa sono civilmente responsabili, in solido con l'autore del reato e tra loro, il proprietario della pubblicazione e l'editore.

⁹ F. DI CIOMMO, *Programmi filtro e criterio di imputazione/esonero della responsabilità on-line.*, cit., p. 836.

¹⁰ V., per tutti, F. DI CIOMMO, *Internet, diritti della responsabilità e responsabilità aquiliana del provider*, cit., p. 765; ID., *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, *passim*; ID., *Programmi filtro e criterio di imputazione/esonero della responsabilità on-line*, cit., p. 829 ss.; ID., *Google/Vivi Down, atto finale: l'"hosting provider" non risponde quale titolare del trattamento dei dati*, in *Foro it.*, 2014, 6, II, c. 336; A. PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete*, cit., p. 143 ss.; P. PIRRUCCIO, o.c., p. 2591 ss.; E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi Google Suggest per errata programmazione del software di ricerca e di Yahoo! Italia per link illecito in violazione dei diritti di proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, p. 44 ss.; S. SICA, *Responsabilità del provider: per una soluzione "equilibrata" del problema*, in *Corr. giur.*,



zio ad una tendenza che non pone al centro del problema il concetto di negligenza, e quindi di colpa, come criteri per l'attribuzione della responsabilità del provider da valutare caso per caso.

A questo concetto sembra essersi ispirata anche la direttiva comunitaria sul commercio elettronico del 2000 n. 31, recepita in Italia con d.lgs. n. 70, del 9 aprile 2003, la quale, pur non creando una forma di responsabilità *ad hoc* per gli intermediari della rete¹², sembra aver preferito assoggettarli alle regole di diritto comune distaccandosi dalle posizioni che volevano attribuire al provider una responsabilità a titolo oggettivo. Dal testo comunitario e, quindi dalla normativa di recepimento, emerge un sistema volto a definire quando il provider non risponde delle attività illecite commesse dall'utente, piuttosto che un sistema preoccupato di stabilire quando egli sia responsabile, ciò per tutti i tipi di attività del provider e cioè di semplice trasporto (*mere conduit*), memorizzazione (*caching*), di *hosting*, previste rispettivamente agli artt. 12-14 della direttiva e corrispondenti agli artt. 14-16 della legge interna. Pertanto, il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che egli: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse; quindi, a proposito dell'attività di memorizzazione temporanea, il prestatore non risponde a condizione che: a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete, o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato, oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione. Da ultimo, per l'attività di *hosting*, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che egli a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

2013, 4, p. 505 s., il quale, prendendo le mosse da una recente ordinanza del Tribunale di Firenze, del 25 maggio 2012, ripercorre in chiave critica la "fluttuante" giurisprudenza in tema di responsabilità dell'Internet Service Provider; in questo senso v. già: T. SCANNICCHIO, *La responsabilità del motore di ricerca per la funzione "auto-complete"*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2012, p. 1212.

¹¹TRIB. ROMA, ORDINANZA 22 MARZO 1999, IN *DIR. INFOR. ED INFORMATICA*, 2000, p. 66, CON NOTA DI P. SAMMARCO, *ASSEGNAZIONE DEI NOMI A DOMINIO SU INTERNET, INTERFERENZE CON IL MARCHIO, DOMAIN GRABBING E RESPONSABILITÀ DEL PROVIDER*, HA AFFERMATO CHE IL PROVIDER CHE EFFETTUA IL COLLEGAMENTO IN RETE NON È TENUTO AD ACCERTARSI DEL CONTENUTO ILLECITO DELLE COMUNICAZIONI E DEI MESSAGGI CHE VENGONO IMMESSI IN UN SITO; TUTTAVIA, SUSSISTE LA SUA RESPONSABILITÀ PER COLPA SE IL CONTENUTO DELLE COMUNICAZIONI DA TRASMETTERE SIA ALL'EVIDENZA ILLECITO; IN QUESTO CASO, IL PROVIDER, DANDO CORSO AL COLLEGAMENTO, CONCORRE NEL FATTO ILLECITO IN QUANTO DÀ UN APPORTO CAUSALE ALLA COMMISSIONE DELLO STESSO.

¹² In tal senso, G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet providers*, cit., *passim*; dell'a. si vedano altresì i seguenti lavori: ID., *La responsabilità degli "internet providers" nel D.Lgs. n. 70/03*, in *Danno e resp.*, 2003, 8, p. 1157; ID., *Alla ricerca della responsabilità dei motori di ricerca*, *ivi*, 2011, 16, p. 753 ss.



La sezione IV della direttiva comunitaria, intitolata *Responsabilità dei prestatori intermediari*, termina con l'art. 15, che corrisponde all'art. 17 del decreto n. 70/2003, che enuncia una disciplina generale affermando che nella prestazione dei servizi sopra descritti gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite; il secondo comma, che contiene sempre una disciplina generale, continua disponendo che gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati¹³.

Dalla disciplina richiamata si può dedurre che il legislatore comunitario rifugge una responsabilità oggettiva del provider dal momento che a questi non viene imposto un obbligo di sorveglianza laddove, si sa, il monitoraggio dei contenuti della rete va di pari passo con una forma di responsabilità tendenzialmente oggettiva; la direttiva sposa, invece, un sistema di responsabilità fondato sulla colpa del provider, nonché su di un comportamento negligente dovuto al mancato rispetto delle condizioni stabilite¹⁴.

Ne è prova anche il contenuto del Considerando n. 48¹⁵ della direttiva il quale suggerisce anche il rispetto del dovere di diligenza da parte dei prestatori di servizi perché è ragionevole attendersi un simile comportamento da parte loro al fine di prevenire taluni tipi di attività illecite; a riguardo, il legislatore comunitario lascia liberi gli Stati membri di richiedere al provider un simile dovere che, oltretutto, è previsto dal diritto nazionale. Il richiamo

¹³ Questo concetto lo si ritrova anche all'interno del Considerando n. 47 della direttiva comunitaria il quale recita che «Gli Stati membri non possono imporre ai prestatori un obbligo di sorveglianza di carattere generale. Tale disposizione non riguarda gli obblighi di sorveglianza in casi specifici e, in particolare, lascia impregiudicate le ordinanze emesse dalle autorità nazionali secondo le rispettive legislazioni.».

¹⁴ In dottrina, nello stesso senso, v. *ex multis*, A. PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete*, cit., p. 159 s.; L. NIVARRA, *Responsabilità del provider*, in *Digesto disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2003, p. 1195 ss., il quale è propenso a riconoscere una particolare responsabilità soggettiva, diversa da quella c.d. aggravata di cui all'art. 2050 c.c. (per attività pericolosa). L'ipotesi si basa proprio sulle affermazioni contenute nel d.lgs. n. 70 del 2003 che più volte richiede la presenza dell'elemento della consapevolezza del provider («il provider sarà responsabile dell'illecito posto in essere dall'utilizzatore allorché egli abbia piena consapevolezza del carattere antigiusdicario dell'attività svolta da quest'ultimo»). Pertanto, la responsabilità del provider si potrebbe configurare «alla stregua di una responsabilità soggettiva colposa, allorché il fornitore di servizio consapevole della presenza sul sito di materiale sospetto si astenga dall'accertarne l'illiceità e al tempo stesso dal rimuoverlo; dolosa, qualora egli sia consapevole anche della antigiusdicarietà della condotta dell'utente e, ancora una volta, ometta di intervenire»; S. SICA, *Recepita la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1254; F. DI CIOMMO, *Programmi filtro e criterio di imputazione/esonero della responsabilità on-line*, cit., p. 847 ss.; L. BUGIALOCCHI, *La responsabilità dell'Host Provider alla luce del d.lgs. 70/2003: esegesi di una disciplina dimezzata*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 70 ss.; dello stesso A. v. *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenza sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case*, cit., p. 1997 ss.; così pure M. TESCARO, *Scemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità dell'internet provider*, in *Giur. merito*, 2013, p. 2584 ss., il quale è dell'avviso che dalla direttiva, e dal testo italiano, emerge un modello di responsabilità soggettiva, distinta da quella soggettiva aggravata, o per colpa presunta, di cui all'art. 2050 c.c. In argomento, v. anche R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Napoli, 2003, p. 178.

¹⁵ Il Considerando n. 48 della direttiva comunitaria dispone testualmente «La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite.».



al dovere di diligenza ha suscitato perplessità in dottrina¹⁶ perché, proprio per il fatto che trattasi di norma esistente nel nostro ordinamento, dovrebbe operare a prescindere, senza cioè la necessità di farvi esplicito riferimento, oppure gli si dovrebbe attribuire un significato preciso interpretandolo come obbligo diretto ad evitare il compimento di illeciti ma a che, a quel punto, coinciderebbe con l'obbligo di sorveglianza. Ciò significherebbe, secondo la dottrina richiamata, far rientrare dalla finestra quello che il legislatore ha cacciato dalla porta. Pertanto, alla luce di quanto sopra esposto, mentre per il provider attivo, e cioè colui che commette direttamente l'illecito, non ci sono problemi, essendo chiamato a rispondere dei danni *ex art. 2043 c.c.*¹⁷, per il provider passivo, cioè colui che tiene un comportamento che in qualche modo è collegato all'illecito commesso da un destinatario di servizio, la questione è più complicata, perché, sebbene sia chiamato sempre a rispondere *ex art. 2043*, la sua responsabilità è fortemente attenuata sia da previsioni generali (es. assenza di obbligo di sorveglianza), sia da specifiche cause di esonero di responsabilità.

¹⁶ F. DI CIOMMO, *Programmi filtro e criterio di imputazione/esonero della responsabilità on-line*, cit., pp. 849-850.

¹⁷ V. ZENO ZENCOVICH, *La nuova disciplina del commercio elettronico alla luce del d.lgs. 70/03: questioni generali e ambito di applicazioni*, in Aa.Vv., *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, cit., p. 35.



5. Pare utile esaminare, a questo punto, esaminare alcune pronunce della giurisprudenza italiana ed europea al fine di verificare quale posizione abbiano assunto in merito alla responsabilità del provider se, cioè, volta ad un'imputazione o ad un esonero dell'IP.

A riguardo è interessante accennare all'oramai tanto acclarato caso Google-Vivi Down¹. Il Tribunale penale di Milano, con sentenza n. 1972 del 22 febbraio 2010-12 aprile 2010², ha condannato alcuni dirigenti del noto motore di ricerca Google per un video caricato dai propri utenti sulla piattaforma di videosharing-YouTube, raffigurante un soggetto affetto da sindrome di Down che viene preso in giro con frasi offensive e azioni vessatorie riferite alla sua sindrome da parte di altri soggetti minorenni procedendo al trattamento dei dati personali in violazione degli artt. 23, 17 e 26 dello stesso d.lgs. n. 196 del 2003. Il Tribunale di Milano, operando un bilanciamento di interessi tra la libertà di espressione e di impresa in rete ed il diritto alla privacy degli utenti, ha fondato la pronuncia di condanna sulla violazione delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali, ma non anche sul concorso omissivo nel reato compiuto dall'utente³. La sentenza esclude, infatti, la sussistenza di un generalizzato e preventivo obbligo di controllo da parte dei provider sui contenuti immessi in rete da propri utenti; ed esclude pure che l'ISP sia tenuto a verificare che i propri utenti, nel diffondere sul web dati di terze persone, abbiano assolto verso queste agli obblighi in materia di privacy. Tuttavia, il Tribunale ha ritenuto i dirigenti di Google responsabili del mancato adempimento degli obblighi previsti dall'art. 13, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, per non aver fornito una corretta informativa ai propri utenti sui rischi con-

¹Il testo integrale della sentenza è consultabile al sito <http://www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2013/02/sentenza-google.pdf>.

²Trib. pen. Milano, 24 febbraio 2010, n. 1972, in *Giur. comm.*, 2011, 5, p. 1215, con nota di N. DE LUCA - E. TUCCI, *Il caso Google/Vivi Down e la responsabilità dell'internet provider. Una materia che esige chiarezza*, ha stabilito che «Il service provider è responsabile per il reato di "trattamento illecito di dati" personali commesso dai propri inserzionisti se omette di fornire a questi ultimi chiara e puntuale informazione sulla corretta modalità del trattamento dei suddetti dati»; la sentenza è riportata, inoltre, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 1556, con nota di L. BUGIALOCCHI, *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider (ovvero difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)*; in *Corr. merito*, 2010, p. 960 ss., con nota di L. BEDUSCHI, *Caso Google: libertà d'espressione in internet e tutela penale dell'onore e della riservatezza*, in *Giur. merito* 2011, 1, p. 159 (s.m.), con nota di F.G. CATULLO, *Ai confini della responsabilità penale: che colpa attribuire a Google*, sulla pronuncia, v. inoltre i commenti di: A. ALBAMONTE, *La responsabilità penale dell'internet provider tra libertà di comunicazione e tutela dei singoli*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 184 ss.; F. DI CIOMMO, *Programmi filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on line*, cit., p. 829 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vivi Down*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 347 ss.; R. LOTIERZO, *Il caso Google -Vivi Down quale emblema del difficile rapporto degli internet providers con il codice della privacy*, in *Cass. pen.*, 2010, 11, p. 3986 ss.; A. MANNA, *La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica*, in *Giur. cost.*, 2010, 2, pag. 1856; V. PEZZELLA, *Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice)*, in *Giur. merito*, 2010, p. 2219 ss.; si veda sul punto, altresì, E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi Google Suggest per errata programmazione del software di ricerca e di Yahoo! Italia per link illecito in violazione dei diritti di proprietà industriale*, cit., p. 44 ss., nota a: Trib. Roma, 20 marzo 2011, Trib. Roma, 11 luglio 2011, Trib. Milano, 31 marzo 2011 e Trib. Milano, 25 gennaio 2011.

³Diversa è una pronuncia emessa in precedenza dal Tribunale di Mantova, 24 novembre 2009, n. 1225, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1196, con nota di N. DE LUCA - E. TUCCI, *Il caso Google/Vivi Down e la responsabilità dell'internet provider. Una materia che esige chiarezza*, relativamente ad un caso che riguardava la pubblicazione su di un sito web da parte di alcuni ragazzi di offese a danno di coetanee e dove il Tribunale, distinguendo tra la posizione del content provider da quella dell'host provider, aveva ritenuto sussistente la responsabilità risarcitoria del primo e l'irresponsabilità del secondo per gli illeciti eventualmente posti in essere on-line, salvo l'obbligo dell'host provider di rimuovere il dato illecito di terzi di cui sia venuto a conoscenza.



nessi al trattamento di dati personali di terzi con particolare riferimento all'obbligo di cancellare immediatamente dati e comunicazioni illecite; viene sottolineata la necessità di una «corretta e puntuale informazione da parte di chi accetti ed apprenda dati provenienti da terzi, di terzi che questi dati consegnano». Nella sentenza viene evidenziato, inoltre, come Google non abbia effettuato un mero controllo lessicale sul titolo del video che ne avrebbe potuto evidenziare la natura illecita, ciò implicitamente comporta l'ammissione indiretta da parte di Google (in qualità di provider) dell'esigenza di un controllo sui contenuti al fine di tutelare i propri utenti, pertanto possono sorgere dubbi sulla sussistenza di un obbligo di controllo preventivo.

Dalla accennata sentenza, si potrebbe balenare allora l'ipotesi che in giurisprudenza emerge l'esigenza di porre un limite alla c.d. immunità condizionata dell'IP, pensata prevalentemente per alleggerire i *provider*, favorendone l'attività imprenditoriale e ponendoli allo stesso livello dei colleghi americani (o comunque "extracomunitari") che in questo settore appaiono avvantaggiati rispetto a quelli europei⁴.

In realtà non è così perché, dopo questo primo verdetto di condanna per il solo reato di trattamento illecito di dati emesso dal Giudice monocratico del Tribunale di Milano, la Corte di Appello⁵ ha ribaltato il giudizio assolvendo i responsabili di Google Italy S.r.l. e, proposto ricorso per Cassazione da parte della Procura generale di Milano, la suprema Cor-

⁴ Il sistema voluto dal legislatore europeo, riproduce l'approccio nord-americano del DMCA volto a limitare un aggravamento delle responsabilità dei provider, così: F. DI CIOMMO, *o.l.n.c.*

⁵ Corte d'Appello, 27 febbraio, n. 8611, in *Vita not.*, H2013H, p. 609, con nota di M.R. RICCIO, *Google/Vindown: leading case o abbaglio giurisprudenziale?* (Corte d'Appello Milano, 27 febbraio 2013), ha stabilito che, per sostenere la responsabilità a titolo di omissione in capo ad un host o content provider, occorre affermare a suo carico un obbligo giuridico di impedire l'evento e quindi, da un lato, l'esistenza di una posizione di garanzia, dall'altro, la concreta possibilità di effettuare un controllo preventivo. Non può essere ravvisata la possibilità effettiva e concreta di esercitare un pieno ed efficace controllo sulla massa dei video caricati da terzi, visto l'enorme afflusso di dati, atteso che un obbligo di impedire l'evento diffamatorio, imporrebbe al provider un filtro preventivo su tutti i dati immessi in rete, alterandone la sua funzionalità. La responsabilità per il trattamento dei dati è legata al mancato adempimento di specifiche condizioni che rendono lecito l'uso di tali dati, ma tali condizioni non possono che essere messe in capo al titolare dei dati medesimi. Trattare un video, acquisirlo, memorizzarlo, cancellarlo, non può significare di per sé trattamento di dati sensibili.



te⁶, con sentenza del 3 febbraio 2014, n. 5107, ha definitivamente confermato l'assoluzione determinando un arresto giurisprudenziale in materia. La Corte ha affermato, infatti, che la realizzazione e il caricamento sul sito del video di immagini che rappresentino le condizioni di salute di un soggetto, da parte degli utenti del servizio Google video, configura un trattamento di dati personali effettuato in violazione del divieto fissato dall'art. 26 del d.lgs. n. 196/2003. I responsabili di tale violazione sono da identificarsi con gli utenti che hanno caricato il video e non con i soggetti che gestiscono la piattaforma, trattandosi di un mero servizio di hosting dove l'Internet hosting provider non ha un obbligo generale di controllo limitandosi soltanto a fornire ospitalità di video inseriti dagli utenti. Non sussiste, quindi, in capo al provider alcun obbligo sanzionato penalmente di informare il soggetto che ha immesso i dati dell'esistenza e della necessità di fare applicazione della normativa relativa al trattamento dei dati stessi. In altri termini, finché il dato illecito è sconosciuto al service provider, questo non può essere considerato quale titolare del trattamento, perché privo di qualsivoglia potere decisionale sul dato stesso; quando, invece, il provider sia a conoscenza del dato illecito e non si attivi per la sua immediata rimozione o per renderlo comunque inaccessibile, esso assume a pieno titolo la qualifica di titolare del trattamento ed è, dunque, destinatario dei precetti e delle sanzioni penali del Codice Privacy. In via generale, sono, dunque gli utenti ad essere titolari del trattamento dei dati personali di terzi ospitati nei servizi di hosting e non i gestori che si limitano a fornire tali servizi.

La giurisprudenza, interpretando letteralmente il disposto dell'art. 15 della direttiva comunitaria, come recepito dall'art. 17 del d.lgs 2003/70, rimane ferma nel voler tenere indenne il provider da ogni responsabilità; tuttavia, forse è proprio qui il problema e cioè il fatto di interpretare alla lettera la normativa senza dare la dovuta importanza al Considerando 48 perché, sebbene sia indubbio gli Stati membri non possono imporre ai prestatori un obbligo di sorveglianza di carattere generale, è comunque fatta salva la possibilità da parte loro «di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività

⁶ CASS., 17 DICEMBRE 2013 (UD.); 3 FEBBRAIO 2014 (DEP.), N. 2014, N. 5107, IN *CASS. PEN.*, 2014, PAG. 2060, CON NOTA DI P. TRONCONE, *IL CASO GOOGLE (E NON SOLO), IL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI E I CONTROVERSI REQUISITI DI RILEVANZA PENALE DEL FATTO - THE "GOOGLE CASE" AND PERSONAL DATA PROCESSING: A QUESTIONABLE ISSUE FOR CRIMINAL*; IN *DIR. INFORM. ED INFORMATICA*, 2014, 2, P. 225, CON NOTA DI G. RESTA, *ANONIMATO, RESPONSABILITÀ, IDENTIFICAZIONE: PROSPETTIVE DI DIRITTO COMPARATO*; IN *FORO IT.* 2014, 6, II, C. 336, CON NOTA DI F. DI CIOMMO, *GOOGLE/VIVI DOWN, ATTO FINALE: L'"HOSTING PROVIDER" NON RISPONDE QUALE TITOLARE DEL TRATTAMENTO DEI DATI*, IN *DIRITTO FAM. E PERS.*, 2014, 2, P. 674 (S.M.), CON NOTA DI M. DE GIORGI, *LA TUTELA DEL MINORE NON PASSA ATTRAVERSO LA CONDANNA DEL PROVIDER GOOGLE*, 2014, P. 674; IN *RIV. PEN.*, 2014, 5, P. 495, CON NOTA DI E. BOSSOLI, *L'APPRODO FINALE DELLA VICENDA GOOGLE-VIVI DOWN (NOTA A CASS., SEZ. III PEN., 17 DICEMBRE 2013 (UD.); 3 FEBBRAIO 2014 (DEP.) N. 5107)*, P. 501 S.; A. ZAMA-L. LODRINI, *CASO VIVI DOWN: TANTO TUONÒ CHE NON PIOVVE, IVI*, P. 504 S.; P. SILVESTRE, *IL CASO GOOGLE-VIVI DOWN, IVI*, P. 509. LA CORTE HA AFFERMATO CHE IL GESTORE O IL PROPRIETARIO DI UN SITO WEB QUALIFICABILE COME "CONTENT PROVIDER" NON PUÒ ESSERE RITENUTO CORRESPONSABILE DEL REATO DI ILLECITO NEL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI DERIVANTE DAL CONTENUTO DI MATERIALE CARICATO DA TERZI IN MANCANZA DI UNA PREVISIONE NORMATIVA CHE IMPONGA IL CONTROLLO PREVENTIVO DI TUTTI I DATI CHE TRANSITANO SUI SITI WEB. PER SOSTENERE LA RESPONSABILITÀ A TITOLO DI OMISSIONE IN CAPO AD UN "HOST" O "CONTENT PROVIDER", OCCORRE AFFERMARE A SUO CARICO UN OBBLIGO GIURIDICO DI IMPEDIRE L'EVENTO E LA CONCRETA POSSIBILITÀ DI EFFETTUARE UN CONTROLLO PREVENTIVO.



illicite.»⁷. Senza arrivare a considerare siffatto dovere come un obbligo di controllo a carico del provider, ma senza neanche correre il rischio che questo dovere di diligenza rimanga un concetto astratto, lo si dovrebbe intendere, conformemente alla sua natura, come una modalità di esecuzione delle attività che competono al provider, con la pretesa di attendersi un atteggiamento accorto da parte del prestatore, da valutare caso per caso, soprattutto in tutte quelle situazioni in cui non poteva non conoscere l'illiceità dell'attività o dell'informazione, usando appunto quel dovere di diligenza che è tra i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico.

In base al principio “*ad impossibilia nemo tenetur*”, non è possibile, infatti, pretendere che un Internet provider possa verificare che in tutti i video che vengono caricati sul suo sito web siano stati rispettati gli obblighi di legge concernenti la privacy di tutti i soggetti negli stessi riprodotti, si può pretendere, tuttavia, che l'IP fornisca agli utenti tutte le necessarie avvertenze in ordine al rispetto delle norme, soprattutto con riferimento alla diffusione di dati sensibili. Come giustamente affermava il Trib. Milano, con sentenza n. 1972/ 2010, pur non potendosi parlare di un obbligo preventivo di controllo di tutti i dati immessi e ricevuti, né di un obbligo di richiedere il consenso al trattamento direttamente all'interessato, essendo tali condotte inesigibili, sussiste, invece, un obbligo di corretta e puntuale informativa da parte di chi accetti e apprenda dati provenienti da terzi, a soggetti che questi dati consegnano ed il cui inadempimento dimostra una chiara accettazione consapevole del rischio concreto di inserimento e divulgazione di dati, anche e soprattutto sensibili, che avrebbero dovuto esser oggetto di particolare tutela.

Il nostro legislatore non ha tenuto affatto in considerazione il richiamo al dovere di diligenza quale esortazione rivolta agli Stati membri dall'Unione, con la conseguenza che si troverà presto a legiferare sul punto per individuare appositi sistemi di responsabilità sperando, nel frattempo, che la giurisprudenza possa tamponare situazioni difficili che vedono coinvolti interessi primari quali il rispetto alla dignità della persona umana.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea si ricorda la famosa pronuncia nella controversia “L'Oréal vs eBay”⁸ che ha tentato di delineare le caratteristiche dell’“operatore economico diligente” in riferimento alla sua partecipazione attiva alle operazioni di e-commerce effettuate dai propri utenti, superando un concetto di *favor* illimitato per il provider. La Corte prospetta, quindi, una nuova tendenza di responsabilità dei gestori dei mercati *on line* (in questo caso eBay) per “illeciti commessi dai propri utenti”, che fa leva sul concetto di diligenza.

È stato affermato che il giudice del rinvio dovrà verificare se, nelle circostanze di cui alla causa principale, l'impresa eBay abbia soddisfatto le condizioni alle quali l'art. 14, n. 1, lett. a) e b), della direttiva 2000/31. Infatti, nella situazione in cui tale prestatore si sia limitato ad un trattamento puramente tecnico ed automatico dei dati, gli è applicabile la norma di cui all'art. 14, n. 1, della direttiva 2000/31, potendo essere esonerato da qualsiasi respon-

⁷ Considerando n. 48 della direttiva 2000/31/ Ce.

⁸ Corte di giustizia UE, grande sez., 12 luglio 2011, C-324/09, nella controversia che oppone la L'Oréal SA, nonché le sue controllate Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie e L'Oréal (UK) Ltd, a tre controllate della eBay Inc., vale a dire la eBay International AG, la eBay Europe SARL e la eBay (UK) Ltd, e inoltre al sig. Potts, alla sig.ra Ratchford, alla sig.ra Ormsby, al sig. Clarke, alla sig.ra Clarke, al sig. Fox e alla sig.ra Bi, riguardo alla messa in vendita, senza il consenso della L'Oréal, di prodotti di quest'ultima attraverso il mercato online gestito dalla eBay. Per la trattazione del caso, v. M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'internet provider*, in *Giur. merito*, 2013, p. 2584 ss.; G. NEGRI, *La Corte Ue contro eBay sulla violazione dei marchi*, in *IlSole24ore* del 13 luglio 2011.



sabilità per i dati di natura illecita che ha memorizzato solo a condizione di non essere stato «effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita» e, per quanto attiene alle azioni risarcitorie, di non essere stato «al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione». Quindi compete al giudice del rinvio esaminare se la eBay sia stata, riguardo alle offerte in vendita di cui trattasi e nei limiti in cui queste ultime hanno arrecato pregiudizio a marchi della L'Oréal, «al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione». Ciò che è importante sottolineare è il fatto che la Corte ha precisato, con riferimento a quest'ultima circostanza, che è sufficiente, affinché il prestatore di un servizio della società dell'informazione non possa fruire dell'esonero dalla responsabilità previsto all'art. 14 della direttiva 2000/31, che egli sia stato al corrente di fatti o di circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità di cui trattasi e agire in conformità del n. 1, lett. b), dell'art. 14⁹.

La necessità di un ridimensionamento della illimitata responsabilità del provider proviene anche da una recente pronuncia della Corte europea diritti dell'uomo¹⁰, con la quale i giudici hanno di fatto avallato un sostanziale obbligo di controllo preventivo a carico dei c.dd. *Internet Service Provider* sui contenuti immessi dagli utenti, al fine di evitare che questi ledano diritti di terze persone, *in primis* il diritto alla reputazione. Sembra quindi che una corretta interpretazione della prassi internazionale vuole che le Corti nazionali attuino un severo controllo sull'attività dei soggetti che operano su Internet.

La trattazione di questo tema non può prescindere dal riferimento ad una questione, strettamente collegata ad esso, quale il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali della persona ed in particolare modo del diritto alla riservatezza ed alla protezione dei dati personali secondo il sistema introdotto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, contenente il Codice in materia di protezione dei dati personali. L'art. 7 del citato testo normativo stabilisce, infatti, che spetta all'interessato il diritto di conoscere in ogni momento chi possiede i suoi dati personali e come li adopera, nonché di opporsi al trattamento dei medesimi, ancorché pertinenti allo scopo della raccolta, ovvero di ingerirsi al riguardo, chiedendone la cancellazione, la trasformazione, il blocco, ovvero la rettificazione, l'aggiornamento, l'integrazione a tutela del rispetto della propria attuale identità personale e morale. Pertanto, anche in caso di memorizzazione nella rete internet, mero deposito di archivi dei singoli utenti che accedono alla rete e cioè dei titolari dei siti costituenti la fonte dell'informazione (c.d. siti sorgente), deve riconoscersi al soggetto cui appartengono i dati personali oggetto di trattamento ivi contenuti il diritto all'oblio, e cioè al relativo controllo a tutela della propria immagine sociale, che anche quando trattasi di notizia vera, e di cronaca, può tradursi nella pretesa alla contestualizzazione e aggiornamento dei medesimi, e se del caso, avuto riguardo alla finalità della conservazione nell'archivio e all'interesse che la sottende, persino alla relativa cancellazione. Sul tema del diritto all'oblio si vuole ricordare una recente sentenza della Suprema Corte del 5 aprile 2012, n. 5525¹¹, la quale non si è limitata a san-

⁹ Corte di giustizia UE, grande sez., 12 luglio 2011, C-324/09, cit., nn. 118-120.

¹⁰ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, grande sez., 10 ottobre 2013, n. 64569/09, *Delfi AS c. Estonia*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2014, 1, p. 29 (s.m.).

¹¹ Cass. civ., 5 aprile 2012, n. 5525, in *Guida al diritto*, 2013, 5, p. 44; in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 4, p. 1147, con nota di G. CITARELLA, *Aggiornamento degli archivi online, tra diritto all'oblio e rettifica «atipica»*; in *Foro it.*, 2013, 1, I, c. 305 (s.m.). La pronuncia si occupa della vicenda di un politico il quale, arrestato nel 1993 per corruzione, viene poi prosciolto. Un articolo del Corriere della Sera sempre del 1993, dava conto dell'arresto, ma ovvia-



ciare la liceità della divulgazione della notizia risalente nel tempo, ma ha stabilito che, a fronte dell'esigenza di garantire e mantenere la memoria dell'informazione si pone, anche il problema del diritto all'oblio del soggetto cui l'informazione si riferisce. A questo proposito la Corte continua affermando che, se del dato è consentita la conservazione per finalità anche diversa da quella che ne ha originariamente giustificato il trattamento, con passaggio da un archivio a un altro, nonché ammessa la memorizzazione (anche) nella rete di Internet (ad esempio, pubblicazione on line degli archivi storici dei giornali), per altro verso, al soggetto cui il dato appartiene spetta, ai sensi dell'articolo 7 del codice privacy, un diritto di controllo a tutela della proiezione dinamica dei propri dati e della propria immagine sociale, che può tradursi, anche quando trattasi di notizia vera, nella pretesa alla contestualizzazione e aggiornamento della notizia, e se del caso, avuto riguardo alla finalità della conservazione nell'archivio e all'interesse che la sottende, addirittura alla relativa cancellazione. La Suprema Corte, definendo un annoso dibattito, stabilisce che non spetta al motore di ricerca procedere ad una tale integrazione, poiché Google è solo un intermediario della comunicazione, la cui posizione è coperta dal decreto legislativo 70 del 2003. Deve essere, invece, il titolare del sito, se la notizia di cronaca è collocata nell'archivio storico della testata e resa disponibile tramite l'intervento dei motori di ricerca, a dover «garantire la contestualizzazione e l'aggiornamento della notizia già di cronaca oggetto di informazione e di trattamento, a tutela del diritto del soggetto cui i dati appartengono alla propria identità personale o morale nella sua proiezione sociale, nonché a salvaguardia del diritto del cittadino utente di ricevere una completa e corretta informazione».

Significativa, a riguardo, è la posizione assunta dalla Corte europea dei diritti umani¹² che imposta la questione sul bilanciamento tra diritti garantiti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, e cioè quello al rispetto della vita privata (previsto all'art. 8) e quello alla libertà di espressione (*ex* art. 10). I Giudici di Strasburgo, affermato il principio che il ruolo dei tribunali non è quello di riscrivere la storia ordinando la cancellazione di ogni traccia della pubblicazione di un articolo giudicato diffamatorio, nell'intento di realizzare un giusto equilibrio tra la pretesa alla conservazione dell'identità personale nel cyberspazio in conseguenza della diffusione di notizie false ovvero diffamatorie (garantita dall'art. 8) e la libera costituzione di archivi *online* di testate giornalistiche (presidiata dall'art. 10), hanno stabilito che le violazioni dei diritti protetti dall'art. 8, in particolare la reputazione, potrebbero essere risarcite da un commento all'articolo presente nell'archivio telematico, che informi il pubblico del fatto che il processo per diffamazione relativo al contenuto dell'articolo in questione intentato dal ricorrente si è concluso favorevolmente per quest'ultimo che lo stesso articolo sia stato reputato. Il diritto all'oblio non è quindi da intendere come il diritto a togliere, bensì il diritto a precisare, ad aggiungere nonché contestualizzare informa-

mente non degli sviluppi successivi. Il politico in questione ricorre al Garante per la privacy, chiedendo prima di tutto il blocco del trattamento dei dati personali, ricorso che viene respinto. Di seguito impugna la decisione in Tribunale, anche in tal caso con esito negativo, fino a giungere in Cassazione.

¹² Cedu 16 luglio 2013, n. 33846, in *Cass. pen.*, 2014, 2, p. 682, si occupa della vicenda relativa ad un articolo pubblicato su un quotidiano a diffusione nazionale, e già valutato come diffamatorio da un tribunale, che era rimasto accessibile sul sito Internet del giornale, le persone offese avevano quindi presentato denuncia, sostenendo che l'articolo diffamatorio era posizionato in modo ben visibile nel motore di ricerca Google. La domanda veniva respinta dai giudici nazionali, sicché le persone diffamate si sono rivolte alla CEDU, sostenendo che i loro diritti al rispetto della sua vita privata e la loro reputazione erano stati violati, in violazione dell'articolo 8 della Convenzione, a seguito della continua presenza sul sito web del giornale di un articolo già ritenuto diffamatorio dal tribunale.



zioni, e dare al motore di ricerca il potere di cancellare informazioni significherebbe attribuirgli il potere di cambiare la rappresentazione del mondo»¹³.

¹³ Così, testualmente, G. FINOCCHIARO, dalla relazione intitolata “L’identità digitale, il diritto all’oblio e l’anonimato in rete”, intervento al Convegno “Internet e diritto civile” tenutosi a Camerino nelle giornate del 26 e 27 settembre 2014; sul punto v., inoltre, S. RODOTÀ, *Quattro paradigmi per l’identità*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, p. 26; ID., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, p. 407; G. FINOCCHIARO, *L’identità personale su Internet*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2012, 3, p. 39; F. DI CIOMMO, R. PARDOLESI, *Dal diritto all’oblio in Internet alla tutela dell’identità dinamica. È la Rete, bellezza!*, in *Danno e resp.*, 2012, 7, p. 714; sempre sul difficile equilibrio tra libertà di espressione degli utenti su internet e tutela dei diritti fondamentali di terzi lesi dai contenuti diffusi nella rete, si confrontino: L. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-providers in internet*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 379 ss.; S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. inform. ed informatica*, 1998, p. 745 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su internet (riflessioni preliminari)*, *ivi*, 1999, p. 1049 ss.



6. Il commercio elettronico contribuisce a dare una particolare connotazione alla responsabilità ed al coinvolgimento dell'IP.

Le ipotesi che generano responsabilità nell'attività di ecommerce riguardano prevalentemente le "condotte commerciali" di natura tipicamente fraudolenta. Gli esempi spaziano dalla vendita di *res* indisponibile, all'inganno o all'occultamento di informazioni, agli obblighi di comunicazione nella prassi contrattuale, alla truffa on line ed alla sostituzione di persona. Tutti aspetti, questi, che si ricollegano alla fase fisiologico-patologica del commercio on line e presentano risvolti sia civilistici, sia penalistici. Per questo motivo le fonti di riferimento normativo vanno dal Codice penale (art. 640 c.p.)¹, al Codice civile (artifici e raggiri, obbligo di lealtà commerciale *ex art.* 1337 c.c.), al Codice del consumo (spec. art. 22) fino alla normativa comunitaria e nazionale di recepimento (la direttiva sul commercio elettronico ed il "nostro" d. lgs. 70/2003).

Il fine della "responsabilità", in ambiente digitale, e più specificamente nelle transazioni on line, è sostanzialmente, quello di tutelare l'affidamento delle parti coinvolte in un rapporto obbligatorio, così che si possa identificare con certezza quale parte procura all'altra un danno². In ambiente virtuale la responsabilità è volta ad impedire che un soggetto «dopo aver catturato in rete la fiducia altrui, si avvalga del cosiddetto anonimato virtuale per compiere una qualsiasi operazione illecita, ovvero per rendersi inadempiente rispetto ad obblighi previamente assunti»³. Questa esigenza è avvertita soprattutto nei rapporti di tipo B2C, ossia tra imprenditori e consumatori. Nei rapporti obbligatori di tipo tradizionale viene tutelato il soggetto che si comporta "correttamente" ed inoltre, quando si interviene, lo si fa per sanare una fase patologica del rapporto stesso, operando in modo che sia ripristinata una situazione di "equità" e di reciproco vantaggio fra le parti. Pertanto, la responsabilità assume una funzione risarcitoria-punitiva: in pratica, il soggetto che lede l'altrui affidamento viene "legittimamente aggredito" affinché ripari al torto perpetrato nei confronti del danneggiato. Inoltre, nei rapporti di tipo tradizionale, come ad esempio nel commercio tradizionale, il danneggiante è facilmente identificato e gli stessi articoli del nostro codice civile sono stati pensati e predisposti per questo tipo di rapporto.

Diversamente, nei rapporti obbligatori che si svolgono in ambiente virtuale (come ad esempio nel commercio elettronico), non è possibile applicare le norme previste dal diritto *sic et simpliciter* poiché le parti possono mascherare molto più facilmente la propria identità così da sfuggire agevolmente a qualsiasi tentativo di imputazione di responsabilità. Diventa allora preponderante l'esigenza, non tanto di "punire" il soggetto che lede, quanto di "prevenire" la lesione stessa. La responsabilità, in questo caso, non avrebbe un valore risarcitorio/punitivo (aggressione del danneggiante), bensì preventivo (evitare che vi sia un danneggiante). Il legislatore del 2003 ha previsto in quest'ottica misure a carico di chi svolge commercio on line: quali gli obblighi di informazione finalizzati a dare certezza riguardo l'identità degli interlocutori, la qualità dei prodotti, il corretto iter dell'intera operazione, con

¹ Sul profilo fraudolento delle condotte commerciali poste in essere nel cyberspazio, nonché sull'obbligo di lealtà commerciale *ex art.* 22 del Codice del Consumo, si sofferma puntualmente P. CIPOLLA, *E-commerce e truffa*, in *Giur. merito*, 2013, p. 2624 ss. Altri aspetti dei reati commessi attraverso Internet sono evidenziati da P. GALDIERI, *Internet e illecito penale*, *ivi*, 1998, p. 856;

² F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, p. 238 ss.

³ F. DI CIOMMO, *o.l.c.*



la conseguenza che in caso di violazione scatta la relativa responsabilità e conseguente sanzione⁴.

Ci si chiede se si stia passando da un tipo di responsabilità (civile) ispirata “alla disciplina della condotta morale”⁵, ed in cui il risarcimento del danno implica la valutazione e la relativa sanzione di un comportamento colpevole, ad una responsabilità diversa che si basa sulla “oggettiva illiceità dell’evento” che viene perseguito indipendentemente dal comportamento amorale e colpevole del soggetto in quanto considerato per il solo fatto d’essere un comportamento difforme rispetto a disposizioni di legge.

Ciò che, comunque, sarebbe auspicabile, come già da altri è stato evidenziato⁶, è una revisione della direttiva comunitaria al fine di porre ordine all’interno di uno scenario che per sua natura è in continuo mutamento e dove la definizione degli obblighi a carico degli attori, con conseguente indicazione di chiare ipotesi di responsabilità dei providers, rappresenta un’urgenza improrogabile se non l’unico modo per assicurare la tutela di diritti contrapposti e rilevanti dell’ordinamento giuridico comunitario. Nel frattempo, l’incertezza attuale che regna nella materia comporta che sia il giudice a svolgere quel compito che fisiologicamente spetta al legislatore e cioè dirimere conflitti tra interessi estremamente rilevanti⁷.

⁴Cfr., in proposito, F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica*, cit., p. 237 ss.

⁵ Per le prime considerazioni al margine della prima relazione della Commissione UE in merito all’applicazione della direttiva n. 31/2000H,H v. G. CASSANO e I.P. CIMINO, *La responsabilità extracontrattuale del provider*, in *Le regole dell’Internet*, in http://www.interlex.it/regole/cass_cim1.htm

⁶ In questo senso, v. S. SICA, *Responsabilità del provider: per una soluzione “equilibrata” del problema*, cit., p. 505 s.; auspica, tuttavia, una revisione ed un adeguamento della Direttiva 2000/31, peraltro prevista dallo stesso art. 21 del testo stesso, da parte del legislatore comunitario, al fine di intervenire in tema di regole di responsabilità dei motori di ricerca e delle più attuali, più evolute figure di host provider, che non rispondono più a quelle conosciute all’epoca della redazione del testo comunitario: L. BUGIALOCCHI, *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell’attuale approccio case by case*, cit., p. 1997 ss., p. 2003 s.

⁷ Così: S. SICA – V. ZENO ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell’internet*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2010, p. 380; S. SICA e G. GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites e il «labirinto» delle responsabilità*, cit., p. 2715; M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità dell’internet provider*, cit., p. 2602 s.



NOTE E RECENSIONI

MEDIATION. COMPOSIZIONE CONTRATTUALE DELLE CONTROVERSIE E INTERVENTO DEL TERZO

di Daniela Noviello

GIANLUCA DI FILIPPO

Il volume “*Mediation. Composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo*”, di Daniela Noviello, arricchisce la collana “Comparazione e Diritto Civile”, diretta da Gabriella Autorino e Pasquale Stanzone, di un altro prezioso contributo. La monografia affronta con apprezzabile rigore scientifico alcuni profili di una tematica che occupa un ruolo centrale nell’odierno dibattito dottrinario: quella delle *Alternative Dispute Resolutions*. L’oggetto dell’indagine condotta dall’Autrice, potenzialmente vastissimo, è meglio individuato dal sottotitolo della pubblicazione, “composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo”: invero, l’analisi – che consta di quattro capitoli – è incentrata sulle modalità di composizione contrattuale delle controversie tra privati. Nel trattare il predetto tema, l’Autrice – come suggerisce il titolo del volume, “*Mediation*” – muove dallo studio dello strumento alternativo di risoluzione delle liti che più d’ogni altro ha negli ultimi anni animato vivaci discussioni – peraltro ancora ben lontane dall’approdare ad un esito condiviso –: la mediazione. Orbene, dalle pagine dedicate alla *mediation* traspare con nitore la vocazione di Daniela Noviello al metodo comparatistico: accurata, infatti, è la ricostruzione della disciplina delle ADR approntata nei sistemi di common law. In particolare, la monografia delinea plasticamente i tratti salienti della normativa della *mediation* vigente nell’ordinamento inglese, ove un’alta percentuale delle controversie non confluisce in un vero e proprio processo formale (*trial*) e la maggior parte delle cause non viene risolta da una decisione giudiziale (*judgment*), ma viene composta mediante accordi tra le parti (*agreement* o *settlement*). A tal riguardo, non prima di aver opportunamente rimarcato che in Inghilterra “*l’incoraggiamento della risoluzione alternativa delle controversie deve rappresentare la filosofia dello stesso giudizio ordinario*”, l’Autrice ora indugia sulle clausole c.d. *Multi-tiered Dispute Resolution Agreement*, “mediante le quali le parti si impegnano a tentare in buona fede di comporre la controversia seguendo un percorso composto da più fasi”, ora s’interroga sull’accezione da attribuire – tra le molte possibili – alla parola “*settlement*” nell’ambito della materia delle ADR, ora – ancora – tratteggia la sagoma del *mediator* così come elaborata dalla dottrina inglese. Degno di nota, inol-



tre, il quadro sinottico affrescato tra le pagine del primo capitolo, nel quale sono descritti i meccanismi processuali finalizzati a favorire la composizione extragiudiziaria delle controversie previsti dalle *Civil Procedure Rules*, che – come puntualmente osservato – “*appaiono manifestamente improntate ad una sorta di favor per le modalità di risoluzione alternativa delle controversie*”.

Non meno attenta è l'indagine condotta da Daniela Noviello sulla disciplina della mediazione vigente nell'ordinamento italiano. A tal riguardo, si rivela particolarmente proficua la scelta metodologica di operare un costante confronto tra il giudizio ordinario e la mediazione: tale impostazione, invero, consente al lettore di cogliere immediatamente le numerose differenze sussistenti tra le due predette forme di risoluzione della controversia, nonché le profonde divergenze intercorrenti tra i principi cui sono rispettivamente informate.

Dopo aver opportunamente fornito alcune preliminari nozioni definitorie, l'Autrice si sofferma sull'analisi della struttura della mediazione delineata dai formanti presenti nel nostro sistema giuridico, mettendo in risalto come questa tecnica ADR debba essere considerata una modalità di composizione contrattuale dei reciproci interessi delle parti. L'accento, dunque, è posto sui concreti interessi dei soggetti coinvolti nella lite, che costituiscono “*proprio ciò che il mediatore è chiamato a realizzare: il vantaggio della mediazione, rispetto agli strumenti giudiziari di risoluzione delle controversie, è rappresentato proprio dalla possibilità di realizzare tali interessi personali*”. In siffatta prospettiva, l'oggetto della mediazione viene individuato proprio nel conflitto di interessi sotteso alla vicenda giuridica controversa. La predetta conclusione influisce in maniera determinante sull'atteggiarsi del ruolo attribuito al mediatore: questi, infatti, è chiamato – non già all'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, né all'accertamento del torto e della ragione, bensì – a tentare la composizione della controversia “*mediante l'individuazione di un'ipotesi di accordo sulla vicenda litigiosa che realizzi gli interessi concreti delle parti in lite*”. Una volta tessuta – intrecciando sapientemente tanto le più accreditate elaborazioni dottrinali quanto le pronunce giurisprudenziali più significative – l'intelaiatura del procedimento di mediazione, l'Autrice conclude l'indagine dedicata al suddetto procedimento passando in rassegna – non limitandosi però ad enumerarli, bensì specificandone portata e contenuti – i principi generali che informano tale tecnica di ADR.

Benché i primi due capitoli di “*Mediation. Composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo*” – oltre a ricostruire in maniera puntuale la struttura della mediazione tanto nell'ordinamento italiano quanto in quello inglese – offrano al lettore non pochi spunti di riflessione, quelli connotati da maggiore originalità sono certamente gli ultimi due. In essi, invero, Daniela Noviello s'interroga sulla natura giuridica dell'arbitrato irrituale, nonché sulla collocazione da assegnargli nell'ambito della tradizionale tassonomia delle modalità alternative di risoluzione delle controversie. Nel cercare di fornire una risposta a tali *vexatae quaestiones*, l'A. muove da un'analisi storica, ripercorrendo le tappe più significative del processo di emersione ed affermazione di forme interamente private di arbitrati finalizzati alla composizione contrattuale delle liti, alternativi non soltanto alla giustizia ordinaria, ma anche all'arbitrato disciplinato dal codice di procedura civile. A tal riguardo, grande rilevanza è attribuita all'istituzione – verso la fine del 1800 – di collegi arbitrali permanenti presso le Camere di Commercio e presso le associazioni di categoria di diverse città del Regno, davanti ai quali le controversie potevano essere risolte non solo mediante l'applicazione delle disposizioni del codice di rito in materia di arbitrato, ma anche secondo modalità disciplinate da appositi regolamenti. Tratto connotante dei predetti arbitrati “alternativi” viene opportunamente ravvisato nella circostanza per la quale la decisione del terzo – pur restando un



atto privato dello stesso – era ritenuta vincolante dalle parti della controversia. A tal proposito, convincenti paiono le riflessioni dell’A. in ordine alle ragioni in virtù delle quali la decisione emessa all’esito di arbitrati “alternativi” risultasse essere *de facto* vincolante *inter partes*: infatti, si sostiene che la vincolatività del lodo emanato dagli arbitri non rituali – atto di per sé non autoritativo, poiché non omologato giudizialmente – derivasse dalla previsione di sanzioni disciplinari particolarmente severe (esclusione dall’associazione, pubblicazione della notizia della mancata ottemperanza alla decisione arbitrale, ecc.) per coloro che non avessero rispettato le statuizioni contenute nello stesso.

Altro momento che ha scandito in maniera determinante la storia dell’arbitrato irrituale nell’ordinamento italiano è individuato dall’A. nella pubblicazione della sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 27 dicembre 1904, con la quale si sancì l’ammissibilità – sino ad allora da molti negata, poiché l’attività di giudizio si riteneva riservata alla giurisdizione statale – di modalità per la decisione delle controversie integralmente regolate da fonti di matrice privatistica. Orbene, l’A. compie un’attenta analisi della predetta pronuncia – convenzionalmente indicata come “*il momento di nascita dell’arbitrato irrituale, quale forma procedimentale destinata alla risoluzione delle controversie su base negoziale*” –, facendo emergere le *rationes* che indussero il Supremo Collegio a porre in essere la descritta rivoluzione copernicana.

Una volta ripercorso – con una sinteticità che non mortifica il rigore e la completezza dell’analisi – il tortuoso *iter* che ha condotto all’affermazione nel sistema giuridico italiano dell’arbitrato irregolare, l’A. si cimenta con la complessa opera di “*ricostruzione strutturale*” della fattispecie *de qua*. Nel tentativo di render fecondo il predetto sforzo ricostruttivo, vengono passate in rassegna le più accreditate teorie e le più significative pronunce giurisprudenziali in ordine alla natura giuridica dell’arbitrato irrituale: alle volte configurato come modalità di composizione delle controversie su base contrattuale (ora secondo lo schema del mandato, ora secondo schemi negoziali autonomi), altre come modalità per la risoluzione delle liti mediante decisione del terzo. Orbene, l’Autrice, non prima di aver lasciato intendere di optare per l’orientamento della giurisprudenza maggioritaria per il quale alla fattispecie *de qua* debba essere riconosciuta natura negoziale, osserva opportunamente che la descritta disputa ermeneutica non sia una questione puramente speculativa, in quanto “*dalla configurazione dell’arbitrato irrituale quale modalità per la composizione delle controversie su base contrattuale ovvero quale strumento per la risoluzione mediante decisione discendono conseguenze sul piano della disciplina concreta della figura*”. Siffatta prospettazione – certamente da condividere, poiché ogni definizione, per quanto possa apparire “neutrale”, priva di qualsivoglia valenza semantico/descrittiva, implica ineludibilmente una caratterizzazione dell’istituto cui è riferita – è poi adeguatamente argomentata mediante l’illustrazione del diverso atteggiarsi del regime giuridico dell’arbitrato irrituale che comporterebbe l’adesione all’una piuttosto che all’altra impostazione ermeneutica. A tal riguardo, l’A. evidenzia segnatamente come dalle determinazioni in ordine alla configurazione dell’arbitrato irrituale dipenda l’applicabilità allo stesso della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l’esecuzione dei lodi arbitrali stranieri.

Il terzo capitolo del volume in commento si chiude con alcune interessanti riflessioni sull’incidenza dell’evoluzione normativa in materia di arbitrato rituale sulla disciplina dell’arbitrato irrituale. A tal proposito, l’A. giunge alle proprie conclusioni ragionando in punta di sillogismo. Infatti, muovendo dalla considerazione per la quale dottrina e giurisprudenza – in mancanza di espresse indicazioni normative – “*sovente hanno individuato le specifiche caratteristiche dell’arbitrato irrituale per differenza con l’arbitrato rituale*”, Daniela Noviello ri-



tiene che gli interventi legislativi che hanno modificato la disciplina di quest'ultima fattispecie abbiano – ed è qui che si chiude il sillogismo – *“indirettamente inciso sulla configurazione dell'arbitrato irrituale”*.

Nel capitolo conclusivo di *“Mediation. Composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo”*, l'A. torna più diffusamente sulle difficoltà incontrate dagli interpreti – anche dopo la rammentata sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 1904 – nel riconoscere legittimità all'arbitrato irrituale. Invero, come opportunamente osservato, *“l'ostacolo concettuale era costituito dalla difficoltà di ammettere che il terzo (privato) potesse essere investito di un potere giurisdizionale in ordine alla questione controversa tra le parti, e (soprattutto) che l'atto da quello prodotto (il lodo) potesse essere vincolante inter partes”*. Orbene, proprio al fine di superare il predetto ostacolo, sono state elaborate *“s sofisticate e complesse ricostruzioni interpretative”*, sulle quali Daniela Noviello si sofferma dettagliatamente, dedicando considerevole attenzione – tradottasi nel capitolo più corposo dell'opera in commento – all'analisi di ciascuna di esse. La trattazione, dunque, procede illustrando ora le tesi favorevoli all'ammissibilità dei lodi negoziali, ora quelle contrarie, ora quelle intermedie, secondo le quali all'arbitrato irrituale *“non poteva riconoscersi legittimazione con l'ampiezza che normalmente si riconosceva all'arbitrato rituale”*.

Esaurito l'esame delle numerose prospettazioni teoriche prese in considerazione, l'A. si domanda se l'arbitrato libero debba essere configurato *“secondo forme tipicamente processuali?”*. Nel tentativo di fornire una risposta al predetto interrogativo, Daniela Noviello osserva preliminarmente che all'arbitrato irrituale non possa non riconoscersi carattere procedimentale, ritenendo che optare per siffatta impostazione rappresenti presupposto indefettibile per garantire l'ordinato svolgimento dell'attività dell'arbitro. Muovendo da tale assunto, l'A. ha poi sostenuto che la configurabilità dell'arbitrato irrituale *“secondo forme tipicamente processuali?”* dipenda dalle determinazioni in ordine alla natura riconosciuta alla figura *de qua*. Invero, come testualmente affermato, *“se si considera l'arbitrato irrituale come uno strumento destinato alla formazione di un accordo contrattuale, è sufficiente predisporre forme procedimentali; se lo si considera come una modalità per la formazione di una decisione, allora si impone l'adozione di forme processuali e, segnatamente, il rispetto del principio del contraddittorio”*.

Interessanti i rilievi compiuti dall'A. in ordine alle riflessioni della dottrina circa l'applicabilità o meno all'arbitrato irrituale – prima della promulgazione del d.lgs. n. 40/2006 – della disciplina processuale: anche l'esito di tale disputa ermeneutica viene posto in connessione – e non potrebbe essere diversamente – con la scelta della natura da attribuire all'arbitrato irrituale per la quale si è optato.

Negli ultimi due paragrafi del volume in commento, Daniela Noviello approda alle proprie considerazioni conclusive. L'A. – sulla scorta delle argomentazioni sviluppate nelle precedenti pagine della monografia – giunge a sostenere che la natura privatistica dell'arbitrato irrituale non sia inconciliabile con la *“sostanza di decisione”* che la dottrina maggioritaria ha recentemente riconosciuto alla fattispecie *de qua*. Dunque, secondo l'A., l'essenza privatistico/negoziale dell'istituto *“non è incompatibile con l'espletamento di un'attività di giudizio”*. In virtù di siffatta prospettazione, Daniela Noviello non esita a configurare l'arbitrato irrituale come *“un'autonoma forma alternativa di composizione contrattuale delle controversie non aggiudicativa, benché fondata su un criterio di giudizio”*. In quest'ottica, *“il giudizio è assunto quale criterio per la formazione dell'accordo che pone fine alla controversia”*.

Alle conclusioni elaborate dall'A. deve essere riconosciuto il merito di aver reso l'arbitrato irrituale finalmente *libero*; libero dalle tradizionali classificazioni che, nel tentativo di valorizzarne uno soltanto dei caratteri strutturali (negozialità piuttosto che *“applicazione di*



un criterio di giudizio”), finivano inesorabilmente per mortificare la natura complessa della fattispecie in commento.

Sfogliata l’ultima pagina di “*Mediation. Composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo*”, opera nella quale, in una prospettiva comparatistica, si intrecciano – senza però generare soluzioni di continuità narrative – profili di diritto sostanziale e di diritto processuale, si ha l’impressione che il portato dell’indagine cui giunge Daniela Noviello sia coerente con le tesi argomentate nel corpo della monografia *de qua*.

Il volume in commento – nel quale l’A. si mostra attenta, come da insegnamento della Scuola in cui si è formata, non soltanto al dettato delle norme ed alle statuizioni delle sentenze prese in esame, ma anche ad una ponderata valutazione degli interessi sottesi alle scelte ermeneutiche compiute – appare come un lavoro maturo, consegnatoci all’esito di un lungo percorso di studio e di approfondimento dell’eterogeneo universo delle tecniche ADR.

Ebbene, come il mediatore – moderno Giasone – conduce le parti alla risoluzione della controversia in cui sono coinvolte, così Daniela Noviello offre al lettore una preziosa guida per orientarsi tra le onde del tumultuoso *mare magnum* delle ADR.



GIURISPRUDENZA

REVOCATORIA ORDINARIA (AZIONE)

CASS. CIV. SEZ. III, SENT., 30 DICEMBRE 2014, N. 27546

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. SPIRITO Angelo - rel. Presidente -
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Consigliere -
Dott. SESTINI Danilo - Consigliere -
Dott. STALLA Giacomo Maria - Consigliere -
Dott. VINCENTI Enzo - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 1460/2013 proposto da:

MACI 95 S.R.L. IN LIQUIDAZIONE in persona del liquidatore e legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA ATTILIO FRIGGERI 106, presso lo studio dell'avvocato NUSINER CECILIA, che la rappresenta e difende giusta procura speciale a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro

AGENZIA NAZIONALE PER L'AMMINISTRAZIONE E LA DESTINAZIONE DEI BENI SEQUESTRA TI E CONFISCATI ALLA CRIMINALITA' ORGANIZZATA, in persona del Ministro pro tempore, domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che la rappresenta e difende ope legis;
- controricorrente -

contro

ANPHITRYON S.R.L. IN LIQUIDAZIONE, in persona del liquidatore e legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA COSSERIA N.2, presso lo studio dell'avvocato ALFREDO PLACIDI, rappresentata e difesa dall'avvocato RAFFAELLO CAPUNZO giusta procura speciale a margine del controricorso;
- controricorrente -

e contro

C.E., C.V., C.A., CLMA. in proprio e per i minori C.G. e C.P., C.L.;
- intimati -

avverso la sentenza n. 5037/2011 della CORTE D'APPELLO di ROMA iscritta al r.g. 8716/2005, depositata il 24/11/2011;



udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 05/11/2014 dal Presidente e
Relatore Dott. ANGELO SPIRITO;
udito per il ricorrente, l'Avvocato Nusiner Cecilia;
udito per la resistente Agenzia, l'Avvocato dello Stato;
sentito il P.M. in persona del Procuratore Generale Dott. FRESA Mario, che ha concluso
per l'inammissibilità, in subordine rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

Il Tribunale di Roma dichiarò l'inefficacia, ai sensi dell'art. 2901 c.c., nei confronti della soc. MACI 95 in liquidazione del contratto di compravendita immobiliare stipulato tra le società Anphitryon e Maci 95 in data 19 dicembre 1996. La sentenza è stata riformata dalla Corte d'appello di Roma, la quale, nel respingere la domanda, ha ritenuto non provata la consapevolezza del terzo acquirente circa il pregiudizio derivante alla società alienante dalla compravendita in questione; precisando, in particolare, che il primo giudice aveva errato nell'attribuire la consapevolezza del pregiudizio all'avv. A.A. (all'epoca socio di maggioranza dell'Anphitryon e fornitore della provvista per l'acquisto), ma non legale rappresentante dell'acquirente.

Propone ricorso per cassazione la MACI 95 in liquidazione attraverso due motivi. Rispondono con controricorso la Anphitryon in liquidazione, nonché l'Avvocatura Generale dello Stato per l'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, la quale chiede l'accoglimento del ricorso della MACI 95.

Motivi della decisione

Con riguardo all'azione revocatoria proposta dalla società MACI 95, la sentenza impugnata ha accertato: l'esistenza del credito, riferito all'aspettativa che avevano i soci alla ripartizione degli utili, ai sensi dell'art. 2433 c.c.; il pregiudizio economico subito dalla società alienante per non aver percepito il prezzo della vendita, pur essendosi spogliata della proprietà dell'immobile; il versamento del prezzo della compravendita non all'amministratore della società alienante, bensì ai C. / Ci.; la qualità di questi di soci di fatto, ma non formali della MACI 95, alla quale non ritrasferirono il prezzo della compravendita dopo averlo percepito.

Tuttavia, il giudice d'appello ha respinto la revocatoria per mancanza del presupposto della consapevolezza da parte del terzo acquirente (la soc. Anphitryon) del pregiudizio derivante alla società alienante (la MACI 95), nella considerazione che tale consapevolezza non poteva essere riferita (come aveva fatto il primo giudice) all'avv. A.A., il quale all'epoca era socio di maggioranza della società acquirente, ma ne non aveva la rappresentanza ed era, peraltro, rimasto estraneo al giudizio "in cui non ha potuto difendersi".

Nei due motivi di ricorso la MACI 95 rappresenta una serie di circostanze attraverso le quali tende a dimostrare che la sentenza impugnata sarebbe incorsa in violazione di legge e vizio della motivazione. Con la società ricorrente - come s'è visto - solidarizza l'Avvocatura dello Stato, che è presente nel giudizio per l'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

Il ricorso è fondato.

In tema di azione revocatoria ordinaria, è consolidato il principio giurisprudenziale secondo cui, allorché l'atto di disposizione sia successivo al sorgere del credito, l'unica condizione



per l'esercizio della stessa è che il debitore fosse a conoscenza del pregiudizio delle ragioni del creditore e, trattandosi di atto a titolo oneroso, che di esso fosse consapevole il terzo, la cui posizione (per quanto riguarda i presupposti soggettivi dell'azione) è sostanzialmente analoga a quella del debitore; la prova del predetto atteggiamento soggettivo può essere fornita tramite presunzioni il cui apprezzamento è devoluto al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità ove congruamente motivato (tra le più recenti, cfr. Cass. n. 17327/11).

Negli atti del giudizio di cassazione è incontrovertito che l'atto di trasferimento in questione fu stipulato nel 1996 e la venditrice società dichiarò di aver già in precedenza ricevuto la somma di L. 150 milioni. Nel 2000, nell'ambito di un procedimento di prevenzione vennero confiscati in danno della Ci. e del C. (soci di fatto ma non formali della MACI 95, come la stessa sentenza impugnata ammette) mobili, immobili, quote sociali e titoli della MA- CI 95 in liquidazione, con nomina di un amministratore giudiziario (il dr. P.). Quest'ultimo, con la G.d.F. accertò che nessun prezzo era stato in realtà corrisposto dall'acquirente società (la Anphitryon) per l'acquisto dell'appartamento. Ecco, allora, che il P. promosse la presente azione per far valere la nullità del contratto, la sua simulazione o comunque l'inefficacia, con restituzione del bene.

Ciò premesso, deve rilevarsi che la sentenza, già sulla base delle sue sole considerazioni, si manifesta non soltanto eversiva rispetto al principio giuridico summenzionato, ma, soprattutto, affatto illogica nelle ragioni in base alle quali è pervenuta alle proprie conclusioni. Se è vero, infatti, che l'avv. A.G. è non solo colui il quale è socio di maggioranza della società acquirente, ma è anche colui il quale ha messo a disposizione la provvista economica attraverso la quale la Anphitryon ha acquistato e pagato il bene nelle mani dei Ci. / C., non è comprensibile la ragione per la quale a costui non possa e debba essere attribuita la consapevolezza di ledere le ragioni del credito.

La circostanza, poi, che il menzionato avvocato A.A. non sia stato presente nel giudizio non ha alcuna rilevanza, ai fini dell'accertamento relativo alla consapevolezza del pregiudizio da parte della società acquirente. A ciò deve aggiungersi che la stessa sentenza riferisce dei rapporti tra i Ci. / C. ed il menzionato professionista, pur dando come indimostrata l'affermazione della C. secondo cui l'acquisto dell'immobile era sostanzialmente da considerarsi come una permuta (senza passaggio, dunque, di denaro) a fronte delle prestazioni professionali svolte dall' A..

Oltre a quelle sopra esposte, devono essere annoverate una serie di altre considerazioni svolte dalla ricorrente società, le quali, se compiutamente esaminate dal giudice, lo avrebbero portato a conseguenze logiche affatto opposte rispetto a quelle raggiunte.

Dall'interrogatorio formale di A.G., figlio del menzionato A. e legale rappresentante della società acquirente, risulta:

che egli, alcune settimane prima del rogito, si portò con suo padre A. presso l'abitazione dove i Ci. / C. erano sottoposti ad arresti domiciliari e dove, in mani di questi ultimi, avvenne la consegna del prezzo in contanti (L. 150 milioni), senza che in cambio fosse rilasciata alcuna ricevuta; la somma pagata fu tratta da un conto personale del socio di maggioranza A.A., in mancanza di alcun conto corrente bancario intestato alla Anphitryon (benché questa avesse come principale oggetto sociale l'attività immobiliare ed edilizia).

I fatti, così come narrati da A.G., risultano sostanzialmente confermati dal testimone Ar..

E' rimasto, inoltre, accertato che la società acquirente era stata costituita lo stesso giorno della compravendita, innanzi allo stesso notaio. Circostanza, questa, dalla quale si deve ne-



cessariamente dedurre che, quando l'avvocato A.A. pagò, con proprio denaro, l'appartamento (alcune settimane prima del rogito), la società acquirente neppure esisteva, sicché appare del tutto incomprensibile come la sentenza abbia preteso di collegare il presupposto della consapevolezza del pregiudizio alla persona di A.G. (rappresentante legale della società che si costituirà solo il giorno del rogito) e non a quella di A. A. che è il vero artefice dell'operazione, per avere egli stesso messo a disposizione la provvista economica necessaria per il pagamento del prezzo e per essere egli divenuto poi socio di maggioranza della società acquirente (amministrata da suo figlio).

La sentenza deve essere, dunque, cassata ed il giudice del rinvio provvederà a rivalutare la vicenda in base al principio di diritto sopra enunciato ed ai rilievi sopra svolti.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 5 novembre 2014.

Depositato in Cancelleria il 30 dicembre 2014



FIDEIUSSIONE

CASS. CIV. SEZ. III, SENT., 30 DICEMBRE 2014, N. 27531

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. SALME' Giuseppe - Presidente -
Dott. CHIARINI Maria Margherita - Consigliere -
Dott. RUBINO Lina - rel. Consigliere -
Dott. BARRECA Giuseppina Luciana - Consigliere -
Dott. SCRIMA Antonietta - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 8709/2011 proposto da:

BANCO DI NAPOLI S.P.A., in persona del procuratore pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZA C. NERAZZINI 5, presso lo studio dell'avvocato BOCCHINI DILETTA (STUDIO PAZIENZA), rappresentato e difeso dall'avvocato LANNI MARIA, giusta procura speciale in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

C.G., CO.FR., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA CONDOTTI 9, presso lo STUDIO LEGALE SCHETTINO, rappresentati e difesi dall'avvocato IACOVIELLO LUCIANO giusta procura speciale a margine del controricorso;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 3770/2010 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI della causa iscritta al r.g. 65/2004, depositata il 15/11/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 30/10/2014 dal Consigliere Dott. LINA RUBINO;

udito per i resistenti, l'Avvocato Iacoviello;

sentito il P.M. in persona del sost. proc. gen. Dott. FRESA Mario, che ha concluso per l'innammissibilità, in subordine rigetto.

Svolgimento del processo

Nel 2001 C.G. e Co.Fr. proposero opposizione avverso il precetto notificato loro dal Banco di Napoli s.p.a. in relazione alle fideiussioni prestate a garanzia del mutuo ipotecario concesso alla Coop. Torremaione s.c.a r.l. sostenendo che le stesse avessero perso efficacia per decorso del termine previsto nell'art. 8 bis del contratto (e contestarono anche la misura del tasso di interesse applicato). Il Tribunale di Benevento rigettò l'opposizione.

I C. e Co. proposero poi anche opposizione avverso l'esecuzione immobiliare intrapresa dal Banco di Napoli nei loro confronti dopo la notifica del precetto, sulla base del medesimo motivo. In questo caso il Tribunale di Benevento nel 2006 accolse l'opposizione, dichiarando l'inefficacia del pignoramento perchè la fideiussione si era estinta.

Gli appelli proposti rispettivamente dai garanti, nei confronti della prima sentenza, e dal



Banco di Napoli, nei confronti della seconda, venivano riuniti e la Corte d'appello di Napoli, pronunciando nelle cause riunite, con la sentenza n. 3770 del 2010 qui impugnata accoglieva l'appello dei fideiussori Co. e C. rigettando quello del Banco di Napoli ritenendo, sulla base della interpretazione dell'art. 8 bis del contratto di mutuo ipotecario cui accedeva la fideiussione, che all'epoca della cessazione della garanzia non sussistesse alcun inadempimento della società garantita per cui l'istituto non avesse diritto a procedere contro i garanti in quanto durante il periodo di vigenza delle garanzie fideiussorie non si erano verificati inadempimenti.

Il Banco di Napoli s.p.a. propone ricorso per cassazione articolato in due motivi ed illustrato anche da memoria nei confronti di C. G. e Co.Fr., per la cassazione della sentenza n. 3770 del 2010 della Corte d'Appello di Napoli, pubblicata il 15.10.2010, non notificata, pronunciata nelle due cause riunite n. 65 del 2004 e n. 4240 del 2006. Resistono i controricorrenti con controricorso.

Motivi della decisione

Il Banco di Napoli s.p.a. deduce come primo motivo di ricorso la violazione e falsa applicazione di norme di diritto ed in particolare dell'art. 1941 c.c., denunciando contestualmente anche la omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, deducendo che la corte di merito abbia confuso il termine di efficacia della fideiussione, contrattualmente stabilito, con la estinzione della garanzia fideiussoria.

Puntualizza che l'inserimento di un termine di efficacia, o termine di durata nella fideiussione comporta che per il periodo successivo alla scadenza di tale termine le obbligazioni assunte dal debitore principale non saranno più coperte dalla garanzia costituita dal patrimonio personale del fideiussore, mentre per gli importi maturati fino alla data di scadenza della fideiussione, il fideiussore continuerà a rispondere in via sussidiaria fino all'estinzione del debito (avendo peraltro nel caso di specie i fideiussori rinunciato al beneficio di cui all'art. 1957 c.c.).

Precisa poi che, essendo nel caso di specie stato garantito l'adempimento di un contratto di mutuo ipotecario, in cui la dazione di denaro avviene in una sola volta all'inizio del rapporto ed il debito è unitario, sebbene originariamente la restituzione venga suddivisa in rate secondo il piano di ammortamento, con adempimento differito dell'unica obbligazione, la garanzia fideiussoria anche se a termine copre tutto il capitale residuo perchè l'obbligazione è unica ed è stata contratta nel periodo di vigenza della garanzia.

Afferma che la perdita di efficacia della fideiussione alla scadenza del termine di durata non può far venir meno l'obbligo di garantire l'adempimento delle obbligazioni sorte in dipendenza delle operazioni garantite nel periodo di operatività della garanzia, anche se il loro adempimento sia stato differito ad un momento successivo a quello di scadenza della garanzia stessa.

Con il secondo motivo di ricorso l'istituto bancario denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 e 1363 c.c., nonché degli artt. 1366 e 1367, nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, per aver seguito la corte territoriale solo il criterio della interpretazione letterale della clausola controversa, limitandosi ad una considerazione atomistica di essa, senza prendere in considerazione il contesto dell'atto in cui essa veniva inserita e neppure il comportamento delle parti, anche successivo alla conclusione del contratto.



Presi in considerazione tutti questi elementi, la ricorrente ne deduce che la durata della validità della fideiussione si dovesse collegare all'integrale soddisfacimento del credito, avendo i fideiussori accettato anche la sussidiarietà della loro azione di rivalsa all'esito dell'integrale soddisfacimento della banca.

I due motivi possono essere esaminati congiuntamente in quanto connessi, e sono infondati.

E' prioritaria in realtà la questione della più o meno corretta interpretazione della clausola contrattuale controversa da parte della corte territoriale.

Qualora si dovesse ritenere che la stessa si debba interpretare in conformità di quanto sostiene il Banco di Napoli, ricorrente, ciò condurrebbe di per sé alla cassazione della sentenza impugnata, ed esimerebbe dall'esaminare la questione sottoposta all'interesse della Corte con il primo motivo di ricorso, ovvero se al contratto di fideiussione possano in assoluto essere imposti limiti non solo quantitativi ma anche di durata, nel senso che la fideiussione possa essere prestata per un periodo minore rispetto alla durata del rapporto garantito, allorchè il rapporto principale cui accede la garanzia prestata sia un contratto di mutuo.

Il testo della clausola 8 bis di cui si discute è riportato a pag.

25 del ricorso e così prevede:

"A maggior garanzia del rimborso del capitale concesso a mutuo dal Banco mutuante e fino alla concorrenza di L. 348.520.000 oltre accessori prestano fideiussione i signori F.A., C.G., D.F.R., Co.Fr. e Co.Ca. come innanzi costituiti i quali dichiarano che la predetta fideiussione solidale spiegherà la sua efficacia da oggi fino al termine dell'attuale mandato di amministratori e del successivo mandato triennale ovvero qualora non fossero più, rieletti per la durata di tre anni dalla scadenza del loro attuale mandato.

In dipendenza della prestata fideiussione, i fideiussori di cui sopra restano obbligati al pagamento del debito contratto con il predetto Banco mutuante fino alla concorrenza di L. 348.520.000 oltre accessori espressamente esonerando il detto Banco dall'obbligo di cui all'art. 1957 c.c..

Nello stesso tempo, essi fideiussori accettano tutte le modalità e le condizioni contemplate nel presente contratto di mutuo ed espressamente si impegnano ad accettare le risultanze contabili compilate dal Banco mutuante ed a riconoscere in base alle stesse i crediti del Banco come liquidi, certi ed esigibili.

I predetti fideiussori si obbligano a far valere il loro credito nei confronti della parte mutuataria soltanto dopo l'integrale soddisfo del credito vantato dal banco mutuante".

Sotto il profilo della violazione di legge, non si riscontrano violazioni delle regole ermeneutiche. Quand'anche la corte avesse preso in considerazione il solo criterio di interpretazione letterale ritenendolo sufficiente a chiarire il contenuto della garanzia prestata, nessuna violazione di legge sarebbe riscontrabile perchè esso è collocato normativamente, ed univocamente indicato dalla giurisprudenza, come il primario criterio di interpretazione.

In ogni caso, dalla motivazione della sentenza si evince con chiarezza che, al contrario, la corte d'appello non si è limitata nell'interpretazione della clausola al senso letterale delle parole ma, come richiesto anche in appello dall'istituto bancario, ha applicato anche gli altri criteri, indagando la comune intenzione delle parti, valutando il loro comportamento complessivo, anche posteriore alla formazione del contratto, coordinando le varie clausole tra loro ed attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto, senza trascurare la norma di chiusura delle regole di interpretazione c.d. oggettiva, contenuta nell'art. 1367 c.c., secondo la quale, in caso di incertezza nell'applicare i precedenti criteri, la clausola deve



essere interpretata nel senso che possa avere un qualche effetto anzichè in quello secondo cui non ne avrebbe alcuno.

La motivazione che ne segue è coerente e non merita censure sotto questo profilo.

La corte territoriale infatti interpreta la clausola come prevedente un termine di durata della garanzia inferiore al termine di durata del mutuo, ancorato al permanere della qualifica di amministratori in capo ai garanti, non volendo essi rispondere del comportamento della società debitrice a partire dal momento in cui, non avendo più il potere di amministrarla, essa sarebbe uscita dal loro potere di controllo. Per dare maggior peso e stabilità alla garanzia, altrimenti di scarsa tutela per il garantito, le parti inserirono anche la previsione per cui, se al termine del mandato in corso la carica di amministratori non fosse stata rinnovata in capo ai garanti, essi avrebbero prestato comunque garanzia per altri tre anni in tal modo mantenendo in ogni caso ferma la garanzia per un tempo minimo dotato di una sua consistenza. La corte d'appello ha quindi individuato il termine finale del periodo garantito alla data del 10.11.1995, ovvero alla scadenza del nuovo mandato triennale degli amministratori - fideiussori e, poichè le rate scadute del mutuo per le quali la banca agiva esecutivamente riguardavano un periodo successivo, ha accolto l'opposizione accertando che durante il periodo di vigenza della garanzia fideiussoria non si erano verificati inadempimenti o comunque che gli inadempimenti per i quali la banca agiva si erano verificati in un periodo successivo, non più coperto dalla garanzia.

La corte non ha condiviso viceversa (facendo anche applicazione dell'art. 1367 c.c.) la ricostruzione del contenuto della clausola nel senso propugnato dal Banco, ovvero che, trattandosi di contratto di mutuo, con unica obbligazione restitutoria sorta al momento della conclusione di esso, fosse da ritenersi sussistente nel periodo di prestazione della garanzia l'intera esposizione debitoria per l'intero capitale non ancora restituito. Interpretata in questo senso, come propugnata dal Banco, la clausola non avrebbe effettivamente alcun senso laddove è chiaro l'intento perseguito da parte degli amministratori, di prestare una piena garanzia fideiussoria (rinunciando anche all'art. 1957 c.c., e rinunciando alla rivalsa nei confronti del debitore principale fino all'integrale estinzione del mutuo), ma circoscritta nell'arco di tempo in cui essi, come amministratori, avrebbero potuto effettivamente controllare l'adempimento dei suoi impegni da parte della società garantita.

Per quanto concerne la possibilità di prevedere un limite di tempo alla fideiussione inferiore a quello del rapporto garantito, essa deve ritenersi consentita : sebbene non espressamente prevista dal codice, può ricondursi alla previsione dell'art. 1941 c.c., comma 2, che consente di prestare la fideiussione per una parte soltanto del debito o a condizioni meno onerose, e comunque non è vietata perchè pur sempre tesa a mettere il garante in una posizione più favorevole rispetto a quella del debitore principale. E' la possibilità inversa, ovvero la possibilità che il garante sia impegnato più severamente che il debitore principale, che è vista sfavorevolmente dall'ordinamento e sanzionata con la riconduzione della garanzia fideiussoria prestata a condizioni più onerose rispetto al debito principale alle stesse condizioni della obbligazione principale stessa (art. 1941 c.c., comma 3).

La giurisprudenza di legittimità, sebbene si sia raramente occupata del problema, non ha trovato ostacoli alla ammissibilità della prestazione della garanzia per un tempo inferiore a quello del contratto principale, precisando che il fideiussore non può essere tenuto in *duriorum causam*, cioè a condizioni più onerose del debitore principale, che possono riguardare il tempo, il luogo, le modalità (Cass. 19 dicembre 1987 n. 9466; Cass. n. 1427 del 1999).



Il Banco ricorrente sostiene che nell'interpretare la clausola che circoscrive il periodo di durata della fideiussione non si possa prescindere dal considerare la peculiarità del rapporto garantito, che è un contratto di mutuo ipotecario, che ha di particolare, rispetto ai rapporti di durata di solito garantiti con fideiussione, che l'esborso di denaro dal creditore al debitore viene sostenuto interamente all'inizio del rapporto, e l'obbligazione restitutoria sorge per l'intero al momento della conclusione stessa del contratto, anche se la restituzione viene dilazionata nel tempo secondo un piano di ammortamento, per cui il garante sarebbe fin da subito, come il garantito, obbligato a restituire l'intera cifra mutuata, a prescindere dal tempo in cui si verifica il successivo inadempimento.

E tuttavia, se per l'intero periodo di prestazione della garanzia il piano di ammortamento è stato rispettato, il debitore non è decaduto dal beneficio del termine e quindi non si è verificato alcun inadempimento, il residuo credito capitale, pur in quel momento esistente, non è però esigibile, e pertanto il fideiussore non può essere tenuto a pagare per un inadempimento verificatosi dopo la scadenza della garanzia.

Il ricorso va pertanto rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come al dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Pone a carico della ricorrente le spese sostenute dai contro ricorrenti in ragione del presente giudizio e le liquida in complessivi Euro 6.200,00 di cui 200,00 per spese, oltre accessori e contributo spese generali.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 30 ottobre 2014.

Depositato in Cancelleria il 30 dicembre 2014.



POSSESSO – INTERVERSIONE

CASS. CIV. SEZ. II, SENT., 30 DICEMBRE 2014, N. 27432

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ODDO Massimo - Presidente -

Dott. BUCCIANTE Ettore - Consigliere -

Dott. PARZIALE Ippolisto - Consigliere -

Dott. ORICCHIO Antonio - Consigliere -

Dott. FALASCHI Milena - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso (iscritto al N.R.G. 2074/09) proposto da:

Società ANONIMA BARI BARLETTA a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, in forza di procura speciale a margine del ricorso, dall'Avv.to PICCOLO Franco del foro di Bari ed elettivamente domiciliata presso lo studio di Lucio Frittaion in Roma, Via Bormida n. 5;

- ricorrente -

contro

I.N. e I.G., rappresentati e difesi dall'Avv.to COCCIOLI Alberto del foro di Bari, in virtù di procura speciale apposta a margine del controricorso, ed elettivamente domiciliati presso lo studio dell'Avv.to Francesco Cappellini in Roma, Via Salaria n. 320;

- controricorrenti -

e contro

COMUNE di TERLIZZI, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso in appello dall'Avv.to GUANTARIO Antonio ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv.to Paparella in Bari, Via Venezia n. 14;

- intimato -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Bari n. 1181 depositata il 22 novembre 2007. Udata la relazione della causa svolta nell'udienza pubblica del 26 settembre 2014 dal Consigliere relatore Dott.ssa Milena Falaschi;

udito l'Avv.to Francesco Piccolo, per parte ricorrente;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. VELARDI Maurizio, che ha concluso per l'accoglimento del primo motivo di ricorso, assorbito il secondo.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato il 22 gennaio 1994 I.N. e G. evocavano, dinanzi al Tribunale di Trani, la Società ANONIMA BARI BARLETTA a r.l. chiedendo riconoscersi il loro diritto di proprietà su alcuni terreni siti in (OMISSIS) intervenuto a seguito di usucapione maturatasi in forza di possesso continuato esercitato sin dal 1959, insieme al padre, e dal 1969, per loro conto.



Si costituiva la società convenuta, la quale contestava la domanda assumendo che il possesso degli attori era stato interrotto da una vicenda ablativa che aveva interessato i terreni in questione;

chiedeva, altresì, ed otteneva di chiamare in giudizio il Comune di TERLIZZI perchè responsabile dei danni alla stessa società derivati dall'impossibilità di esercitare il suo diritto di proprietà. Si costituiva anche il Comune chiamato, contestando integralmente le pretese ed il giudice adito, espletata istruttoria, anche con c.t.u., rigettava tutte le domande.

In virtù di rituale appello interposto dagli I., con il quale lamentavano l'erronea valutazione delle risultanze processuali da parte del giudice di prime cure per non avere riconosciuto gli estremi del possesso valutabile ai fini dell'usucapione, la Corte di appello di Bari, nella residenza della società e del Comune appellati, proposto da quest'ultimo appello incidentale quanto alla pronuncia sulle spese di lite, in accoglimento dell'appello principale, dichiarava l'intervenuta usucapione della proprietà del bene.

A sostegno della decisione adottata la corte territoriale evidenziava che sicuramente corretta appariva la sentenza impugnata nella parte in cui aveva qualificato in termini di mera detenzione il rapporto instauratosi tra I.V. (padre degli appellanti) e i beni in questione, che li aveva ricevuti dalla società proprietaria per avere lavorato come casellante e pur dopo la dismissione della ferrovia nel 1959, per cui era ragionevole ritenere che l'occupazione fosse avvenuta per mera tolleranza.

Successivamente però alla morte di I.V., avvenuta nel 1969, il rapporto tra i figli di questo ed i beni si era instaurato non in virtù dell'originaria apprensione, riconducibile allo schema giuridico della detenzione, bensì a quello del possesso, deponendo in tal senso le prove raccolte, in particolare le dichiarazioni testimoniali di V. e L., che lasciavano intendere come si fosse instaurata una vera e propria signoria di fatto sui beni da parte degli attori, corrispondente allo schema della proprietà, avendo ivi non solo abitato, ma coltivato i terreni limitrofi e persino stabilito la sede della propria attività. Dette prove avevano trovato riscontro nella documentazione acquisita dal c.t.u., più precisamente nell'ordine di demolizione del sindaco del 5.9.1973 e in quella ulteriore del 19.2.1990 che ordinava a I. N. la sospensione dei lavori edilizi abusivi intrapresi sui terreni. Nè poteva essere riconosciuto alcun valore di atti interrattivi dell'usucapione a quelli intervenuti per conto del Comune nell'ambito della procedura ablativa, come tale da un terzo estraneo al rapporto de quo, vicenda espropriativa che peraltro non aveva in alcun modo interessato quei beni, mai occupati dal Comune.

Avverso la indicata sentenza della Corte di appello di Bari ha proposto ricorso per cassazione la Società ANONIMA BARI BARLETTA a r.l., sulla base di due motivi, illustrati anche da memoria ex art. 378 c.p.c., al quale hanno replicato gli I. con controricorso, mentre il Comune intimato non ha svolto difese in questa sede.

Motivi della decisione

L'esame delle due censure, nelle quali si articola il ricorso, deve essere preceduto da quello della pregiudiziale eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dalle parti resistenti, sotto il profilo del difetto di specificità e chiarezza dei motivi di ricorso, che oltre a chiedere un inammissibile riesame di questioni di fatto, non spiegherebbe le ragioni tecnico-giuridiche delle violazioni di legge lamentate ovvero della dedotta insufficienza della motivazione.

Secondo la previsione dell'art. 366 bis c.p.c. (introdotto, con decorrenza dal 2 marzo 2006 dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, art. 6, abrogato con decorrenza dal 4 luglio 2009 dalla L.



18 giugno 2009, n. 69, art. 47 e applicabile ai ricorsi proposti avverso le sentenze pubblicate fra il 3 marzo 2006 e il 4 luglio 2009 e quindi, anche nella specie, atteso che la sentenza impugnata è stata pubblicata il 22 novembre 2007) nei casi previsti dall'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 1, 2, 3 e 4, l'illustrazione di ciascun motivo si deve concludere, a pena di inammissibilità, con la formulazione di un quesito di diritto. Nel caso previsto dall'art. 360, comma 1, n. 5, l'illustrazione di ciascun motivo deve contenere, a pena di inammissibilità, la chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione. Alla luce di una consolidata giurisprudenza di questa Corte il quesito di diritto previsto dall'art. 366 bis c.p.c., deve costituire la chiave di lettura delle ragioni esposte e porre la Corte di Cassazione in condizione di rispondere ad esso con l'enunciazione di una regola iuris che sia, in quanto tale, suscettibile di ricevere applicazione in casi ulteriori rispetto a quello sottoposto all'esame del giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata. In difetto di tale articolazione logico-giuridica il quesito si risolve o in un'astratta petizione di principio o in una mera riproposizione di questioni di fatto con esclusiva attinenza alla specifica vicenda processuale o ancora in una mera richiesta di accoglimento del ricorso, come tale inidonea ad evidenziare il nesso logico-giuridico tra singola fattispecie e principio di diritto astratto oppure - infine - nel mero interpellato della Corte di legittimità in ordine alla fondatezza della censura così come illustrata nell'esposizione del motivo.

Per quanto riguarda, invece, la formulazione dei motivi nel caso previsto dall'art. 360 c.p.c., n. 5, si è sottolineato che, in attuazione di quanto disposto dall'art. 366 bis c.p.c., comma 2 la censura di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione deve contenere un momento di sintesi (che svolge l'omologa funzione del quesito di diritto per i motivi di cui all'art. 360 c.p.c., nn. 1, 2, 3 e 4), che ne circoscriva puntualmente i limiti, in modo tale da non ingenerare incertezze in sede di formulazione del ricorso e di valutazione della sua ammissibilità (v. Cass. SS.UU. n. 20603 del 2007). Tale momento di sintesi deve, quindi, sostanziarsi in una parte del motivo che si presenti a ciò specificamente e riassuntivamente destinata e che si traduca in sostanza in una sintetica esposizione del fatto controverso, degli elementi di prova valutati in modo illogico o illogicamente trascurati, del percorso logico in base al quale si sarebbe dovuto pervenire, se l'errore non vi fosse stato, ad un accertamento di fatto diverso da quello posto a fondamento della decisione (Cass. n. 16567 del 2008).

Nella specie le predette esigenze possono ritenersi soddisfatte per essere l'individuazione della questione giuridica sottoposta all'esame della Corte - in particolare, la verifica della natura della occupazione de qua - e delle critiche mosse all'accertamento dei fatti oggetto di un'opera di puntualizzazione compiuta dalla stessa ricorrente, e non già il risultato di un'attività interpretativa rimessa al lettore, deducibile attraverso la lettura integrale della complessiva illustrazione dei motivi, per quanto di seguito si dirà.

L'eccezione di inammissibilità nei termini sopra precisati va, dunque, rigettata.

Venendo all'esame del merito del ricorso, con i due motivi la società ricorrente - denunciando violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1141 c.c., comma 2, artt. 1164 e 1140 c.c., primo mezzo, nonché vizio di motivazione, secondo mezzo - deduce che erroneamente la corte di merito ha ritenuto cessata nel 1969 la detenzione dei beni de quibus rispetto ai residenti (detenzione iniziata come qualificata, a causa del rapporto di lavoro dipendente che legava la proprietaria al loro dante causa, divenuta precaria dal 1959, con le dimissioni del



dipendente, non seguite dalla restituzione dei terreni), subentrati al padre nell'occupazione degli immobile, in quanto non intervenuta un'idonea attività materiale di specifica opposizione al proprietario possessore dell'art. 1141 c.c., ex comma 2. In altri termini, il giudice del gravame ha argomentato il suo convincimento nel senso che la morte del detentore, I.V., avrebbe automaticamente mutato il titolo dell'occupazione in capo agli eredi dello stesso da detenzione in possesso, senza necessità di manifestare atti materiali di opposizione nei confronti del proprietario possessore, dal momento che l'inizio della interversione del possesso è fatta decorrere proprio dal 1969, coincidente con il decesso dell'originario detentore.

Eguali considerazioni vengono svolte sotto il diverso profilo del vizio di motivazione. A conclusione del primo mezzo è formulato il seguente quesito di diritto: "Dica l'Ecc.ma Corte di Cassazione se, ai sensi dell'art. 1141, comma 2 e dell'art. 1164 c.c., il mero fatto del subentro degli eredi nella detenzione precaria a seguito della morte del loro dante causa, anch'egli detentore precario, quand'anche originariamente qualificato, costituisca di per sé atto di interversione del possesso, come affermato dalla sentenza impugnata, così verificando da tale data la prova dell'esercizio del possesso pieno, come definito dall'art. 1140 c.c. e continuato per vent'anni per accertare e dichiarare ai sensi dell'art. 1158 c.c., l'intervenuta usucapione. Oppure se il subentro degli eredi, per morte del detentore, non muti il titolo di detenzione, ancorchè precaria, richiedendosi anche nei loro confronti, ai sensi dell'art. 1141 c.c., un atto di interversione del possesso che si manifesti in opposizione al proprietario possessore in modo chiaro, preciso ed inequivocabile nei suoi elementi costitutivi di soggetto, di tempo e di luogo, di talchè solo da tale momento e con riferimento a tali soggetti e tali luoghi, inizi a decorrere, ai sensi dell'art. 1164 c.c., il tempo utile dei vent'anni per l'acquisto per usucapione, se risulta accertato per il termine previsto dall'art. 1158 c.c., l'esercizio del possesso pieno, esclusivo e continuativo". I due motivi - da trattare congiuntamente per la evidente connessione logica ed argomentativa - sono da accogliere.

Occorre premettere che non ha formato oggetto di impugnazione, così che sul punto è intervenuto il giudicato, la qualificazione data dai giudici di merito al rapporto di I.V., dante causa dei resistenti, con la cosa come detenzione nascente dalla messa a disposizione del bene come abitazione di servizio, divenuta non qualificata con le dimissioni del dipendente. Ed, invero, la presunzione del possesso in colui che esercita un potere di fatto su una cosa non opera, a norma dell'art. 1141 c.c., quando la relazione con il bene non consegua ad un atto volontario di apprensione, ma derivi da un iniziale atto o fatto del proprietario - possessore, e, non essendo svolta contro la volontà del proprietario, è qualificabile come detenzione semplice (o precaria) anche l'attività di colui che continua a disporre della cosa dopo il venire meno del rapporto che giustificava l'antecedente disponibilità (cfr. Cass. 18 dicembre 1993 n. 12569; Cass. 22 gennaio 1994 n. 622).

Ne deriva che per la trasformazione della detenzione in possesso è necessario un mutamento del titolo, che non può aver luogo mediante un mero atto di volizione interna, ma deve risultare, ai sensi dell'art. 1141 c.c., o da una causa proveniente da un terzo oppure dal compimento di idonee attività materiali di specifica opposizione al proprietario - possessore (cfr. Cass. 4 dicembre 1995 n. 12493), quale, ad esempio, l'arbitrario rifiuto alla restituzione del bene (cfr. Cass. 19 maggio 1982 n. 3086), e non soltanto da atti corrispondenti all'esercizio del possesso, come la mera mancata restituzione del bene, di per sé denunciante unicamente un abuso della situazione di vantaggio determinata dalla materiale disponibilità del bene (Cass. 20 maggio 2002 n. 7337).



Di converso la Corte territoriale, pur dando per scontata la necessità della interversione e, sulla base di tale corretta premessa, nonché di quella ulteriore che il padre degli I., casellante in pensione della ex tranvia (OMISSIS), aveva continuato ad occupare gli immobili oggetto della controversia, dopo le dimissioni della stessa nel 1959 e sino alla sua morte avvenuta nel 1969, per mera tolleranza della società proprietaria, ha ritenuto di ravvisare, nelle specie, il mutamento del titolo di detenzione in possesso per causa proveniente dagli eredi del mero detentore, che alla morte del padre hanno continuato ad esercitare sui beni il potere di fatto, nella stessa condotta del dante causa, lasciati questi, dopo aver dismesso la ferrovia, nella completa ed indisturbata disponibilità dell'immobile, disinteressandosi completamente ad essi, pur non ignorando i dirigenti della società la situazione di fatto e, con ciò, determinando un mutamento non solo soggettivo ma anche oggettivo del rapporto tra le persone e la cosa. La Corte, dunque, nel ravvisare il mutamento del titolo, non ha considerato la seconda ipotesi prevista dall'art. 1141 c.c., comma 2 (che, peraltro, qualificata dottrina nonché la giurisprudenza di questa Corte ritengono inapplicabile in caso di detenzione non qualificata: Cass. n. 2002 del 1992; Cass. n. 12493 del 1995), ed ha circoscritto la sua indagine sulla interversione alla sola prima ipotesi di quelle previste dalla norma citata (la causa proveniente dal terzo, tale dovendosi presumere la qualifica attribuita dal giudice di merito agli eredi del mero detentore).

La Corte barese, nel giudicare la fattispecie concreta, avendo ravvisato la causa proveniente dal terzo (ossia la condotta degli eredi di I.V.) nel mero comportamento del soggetto possessore prescindendo da qualsiasi atto di trasferimento del diritto idoneo a legittimare il possesso, è incorsa nella denunziata violazione di legge.

Ed, invero, il Collegio osserva che non può costituire titolo idoneo a mutare la detenzione in possesso, e pertanto non può configurare la "causa proveniente dal terzo", contemplata dall'art. 1141 c.c., il mero comportamento materiale del terzo medesimo (nella specie: la dismissione della linea ferroviaria, l'omesso recupero della disponibilità del bene detenuto a titolo precario, per ragioni di servizio, dal dante causa degli I. ed il proseguimento di detto rapporto con i beni da parte degli eredi dell'ex casellante).

La causa proveniente da un terzo, può, nella ipotesi considerata, consistere in un (qualsiasi) atto di trasferimento del diritto, compresa l'ipotesi di acquisto da parte del titolare solo apparente, idoneo a legittimare il possesso, indipendentemente dalla perfezione, validità ed efficacia dell'atto medesimo. Il mutamento della detenzione in possesso può derivare da un negozio posto in essere dal detentore, sia con un terzo sia con lo stesso possessore mediato, purchè dall'atto posto in essere con costui derivi il trasferimento del diritto corrispondente ovvero la investitura da parte dello stesso possessore mediato a mezzo della c.d. *traditio brevi manu*, che si ha quando il bene, già nella disponibilità di un soggetto a titolo di detenzione, venga lasciato allo stesso a titolo di possesso (Cass. n. 2224 del 1978) di modo che, per effetto dell'acquisto del bene, che si trova già presso l'acquirente, il possesso precario si tramuta in possesso *uti dominus*.

Deve, dunque, essere sempre individuata una causa *traditionis* - vera e reale e non simulata - sia pure riconducibile ad un rapporto tra il detentore non qualificato ed il possessore per conto del quale egli detiene e pur non essendo necessaria la buona fede dell'acquirente circa l'esistenza del diritto del tradens (Cass. 5 dicembre 1990 n. 11691).

Nel caso di specie, il comportamento materiale (commissivo, di dismissione, e poi omissivo, di mancato recupero) dell'avente diritto non poteva, ovviamente, considerarsi idoneo, neppure astrattamente, a trasferire un diritto sul bene, tale da legittimare l'interversio pos-



sessionis (Cass. 3 ottobre 2000 n. 13104).

Per completezza si osserva che anche la motivazione della sentenza appare del tutto equivoca laddove afferma che un impossessamento dei beni da parte degli I. figli ha tratto occasione dalla morte del padre detentore, argomentando che "dopo tale data il rapporto tra gli attori ed i beni, si è instaurato, non può che essere frutto di una originaria apprensione...", giacché la presunzione di possesso utile ad usucapionem di cui all'art. 1141 c.c., non opera quando la relazione con la cosa consegua non ad un atto volontario d'apprensione, ma ad un atto o ad un fatto del proprietario - possessore, dal momento che l'attività del soggetto che dispone della cosa, configurabile come semplice detenzione, non corrisponde all'esercizio di un diritto reale, non essendo svolta in opposizione al proprietario.

Il ravvisato errore di diritto impone la cassazione della sentenza impugnata, con rinvio ad altra Sezione della Corte di appello di Bari, che riesaminerà la controversia alla luce dei principi sopra illustrati.

Il giudice del rinvio provvederà, ai sensi dell'art. 85 c.p.c., comma 4, anche sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte, accoglie il ricorso;

cassa la decisione impugnata e rinvia, anche per le spese del giudizio di Cassazione, ad altra Sezione della Corte di appello di Bari.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Seconda Civile, il 26 settembre 2014.

Depositato in Cancelleria il 30 dicembre 2014.



ORDINAMENTO GIUDIZIARIO – DISCIPLINA DEI MAGISTRATI – ILLECITI DICIPLINARI: FATTISPECIE
CASS. CIV. SEZ. UNITE, SENT., 26 NOVEMBRE 2014, N. 25136

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Primo Presidente f.f. -
Dott. FINOCCHIARO Mario - Presidente Sezione -
Dott. RORDORF Renato - Presidente Sezione -
Dott. RAGONESI Vittorio - Consigliere -
Dott. DI CERBO Vincenzo - Consigliere -
Dott. DI IASI Camilla - rel. Consigliere -
Dott. PETTITI Stefano - Consigliere -
Dott. GRECO Antonio - Consigliere -
Dott. D'ASCOLA Pasquale - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 6061/2014 proposto da:

D.M., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA CASSIODORO 1-A, presso lo studio dell'avvocato COSTANTINO Giorgio, che lo rappresenta e difende, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE DI CASSAZIONE;

- intimati -

avverso la sentenza n. 19/2014 del CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, depositata il 30/01/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 15/07/2014 dal Consigliere

Dott. CAMILLA DI IASI;

udito l'Avvocato Giorgio COSTANTINO;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. CICCOLO Pasquale Paolo Maria, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

Con nota del 12.11.2012 il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione ha promosso l'azione disciplinare nei confronti del dottor D.M., Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Brindisi, e nella medesima data ne ha richiesto il trasferimento cautelare. La sezione disciplinare del C.S.M., con ordinanza del 4 dicembre 2012, ha rigettato la richiesta per insussistenza dei motivi di particolare urgenza che avrebbero legittimato l'adozione della misura e successivamente, con sentenza n. 19 del 2014, escluso l'addebito di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), ha dichiarato il dottor D.M. responsabile dell'illecito disciplinare di cui al



D.Lgs. n. 109 del 2006, art. 2, comma 1, lett. e), - ingiustificata interferenza nell'attività di altri magistrati - irrogando la sanzione della censura.

In particolare, il giudice disciplinare ha ravvisato l'ingiustificata interferenza nel fatto che il dottor D. - dopo che il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Lecce aveva, a seguito di una riunione, ritenuto di individuare la competenza del Procuratore della Repubblica di Lecce (quale Procuratore antimafia e antiterrorismo) per l'espletamento delle indagini preliminari relative al reato di strage aggravata commesso in (OMISSIS) il (OMISSIS) - era intervenuto presso il suddetto Procuratore Generale ed il Procuratore distrettuale della stessa città chiedendo l'inserimento - nel fascicolo del Pubblico Ministero da sottoporre al GIP per la convalida del fermo dell'indiziato di reato - di sue considerazioni giuridiche relative alla pretesa insussistenza dell'aggravante di terrorismo (che avrebbe comportato il venire meno della competenza distrettuale) e, avendone ricevuto un diniego, presso il medesimo GIP, chiedendo telefonicamente se, in relazione alla suddetta aggravante, poteva inviare materiale di studio, poi effettivamente inviato a mezzo di posta elettronica.

Avverso questa sentenza il dottor D. propone ricorso per cassazione affidato e tre motivi.

Motivi della decisione

1. Col primo motivo il ricorrente deduce nullità della sentenza ai sensi dell'art. 606 c.p.p., lett. c), - ovvero ai sensi dell'art. 360 c.p.p., n. 4, - rilevando che la sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura che aveva deciso sulla richiesta di trasferimento cautelare del dottor D. era composta in gran parte dagli stessi consiglieri componenti il collegio della sezione disciplinare che aveva pronunciato la decisione oggetto del presente ricorso.

Il ricorrente precisa che, essendo stata rappresentata con istanza del 5 novembre 2013 l'incompatibilità del collegio della sezione disciplinare designata a trattare il procedimento nell'udienza del 22 novembre evidenziando che lo stesso (in composizione identica tranne che per uno dei componenti) si era già pronunciato in ordine alla richiesta di misura cautelare nei confronti del dottor D., la sezione disciplinare, con ordinanza pronunciata fuori udienza il 14 novembre 2013, aveva rigettato l'istanza rilevando che "in materia di astensione e ricusazione, quindi di incompatibilità del giudice nel procedimento disciplinare a carico di magistrati, considerazioni in ordine alla forma (monofasica) e alla sostanza di tale procedimento convergono..... nell'escludere l'applicazione delle disposizioni del codice di procedura penale allo stato attuale della legislazione".

La censura è infondata.

Anche recentemente queste sezioni unite hanno espressamente affermato che nel procedimento disciplinare a carico di magistrati i richiami al codice di procedura penale contenuti nel D.Lgs. n. 109 del 2006, art. 16, comma 2 (per l'attività di indagine) e art. 18, comma 4 (per la discussione dibattimentale), debbono essere interpretati restrittivamente e sempre che sussista compatibilità con le particolari caratteristiche del giudizio disciplinare, dovendo per il resto ritenersi applicabile la disciplina dettata dal codice di procedura civile (cfr. SU n. 1771 del 2013, e nello stesso senso v.

anche SU n. 15969 del 2009, secondo la quale è da ritenersi "esclusa l'estensibilità all'intero procedimento disciplinare della normativa del codice di procedura penale, il cui richiamo è espressamente limitato dal legislatore allo svolgimento di specifiche attività, come la discussione dibattimentale e le attività d'indagine").

La giurisprudenza richiamata, condivisibile in quanto aderente al testo legislativo, deve essere confermata, peraltro in mancanza di valide ragioni per disattendere un principio tanto



recentemente espresso proprio da queste sezioni unite (v. in proposito da ultimo SU n. 23675 del 2014, secondo la quale un *overruling* delle sezioni unite in materia processuale può essere giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente in materia risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa e/o comunque dia luogo - eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società - a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti").

Il problema della incompatibilità del giudice disciplinare che si sia già pronunciato in relazione a richiesta di misura cautelare relativa allo stesso magistrato ed alla medesima incolpazione deve essere pertanto valutato non alla luce del codice di procedura penale - che all'art. 34 (come ripetutamente modificato) regola le ipotesi di incompatibilità - bensì alla stregua della disciplina processualcivile, che all'art. 51 c.p.c., n. 4, prevede l'obbligo di astensione, tra l'altro, per chi abbia conosciuto della regiudicanda "come magistrato in altro grado del processo".

Tutto quanto sopra premesso, è infine da aggiungere che, con arresti condivisibili (ed ai quali è in ogni caso doveroso dare continuità in assenza di valide ragioni per discostarsene), le sezioni unite di questa Corte (v. sentenza n. 20159 del 2010) hanno espressamente escluso che l'adozione di un provvedimento cautelare nel corso delle indagini determini incompatibilità a partecipare al successivo giudizio per i componenti della Sezione disciplinare del C.S.M., in quanto l'articolazione in organi distinti è del tutto estranea al procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati, nel quale tutti i provvedimenti sono attribuiti alla competenza di quello stesso giudice che deve pronunciare la decisione conclusiva, ed inoltre (v. sentenza n. 1783 del 2011) hanno altresì escluso che l'incompatibilità che, ai sensi dell'art. 51 c.p.c., n. 4, e art. 52 c.p.c., giustifica l'accoglimento dell'istanza di ricsuzione per avere il giudice conosciuto del merito della causa in un altro grado dello stesso processo non è ravvisabile nell'ipotesi in cui gli stessi componenti del Collegio delle Sezioni Unite investito della decisione sul ricorso avverso un provvedimento disciplinare posto a carico di un magistrato abbiano già deciso sull'impugnazione del provvedimento di sospensione cautelare emesso nei confronti del medesimo incolpato, atteso che essa non è in alcun modo riferibile "ad un altro grado dello stesso processo".

Con riguardo alla questione di legittimità costituzionale prospettata in proposito dal ricorrente deve precisarsi che se è vero che la terzietà e l'imparzialità del giudice sono principi fondamentali in qualunque tipo di processo ed è altresì vero che nel processo civile l'ipotetica mancanza di terzietà del giudice può sempre essere fatta valere, anche in difetto di una specifica previsione di incompatibilità come quella esistente nel codice processuale penale, con l'istanza di ricsuzione (potendo la relativa questione, in caso di mancato accoglimento della ricsuzione, essere comunque riproposta con l'impugnazione del provvedimento definitivo) non è tuttavia corretto affermare che nel processo civile e nel processo penale la doverosa tutela dei principi di imparzialità e terzietà del giudice debba necessariamente estrinsecarsi in una simmetrica individuazione delle situazioni in cui sia ravvisabile il potenziale turbamento della terzietà del giudice senza la doverosa considerazione delle differenti caratteristiche, peculiarità e finalità dei due processi.

Ritenuta infatti come potenziale fonte di pregiudizio della terzietà del giudice nell'ulteriore esercizio della funzione giudiziale una concorrente o pregressa attività o posizione del medesimo rispetto alla stessa vicenda processuale, nell'art. 51 c.p.c., n. 4, e art. 34 c.p.p., il legislatore ha individuato il complesso delle cause idonee a turbarne imparzialità e terzietà rispetto agli ulteriori esiti di una determinata vicenda, in considerazione appunto delle diver-



sità tra i due tipi di processo, senza che ciò comporti di per sé una violazione ovvero una minore tutela dei suddetti valori fondamentali in uno dei processi rispetto all'altro, e senza che, peraltro, possano ritenersi sic et simpliciter estensibili in via interpretativa al processo civile le ipotesi di incompatibilità disciplinate dall'art. 34 c.p.p..

La Corte costituzionale ha infatti in più occasioni affermato che il principio di imparzialità-terzietà, pur avendo pieno valore costituzionale in riferimento a tutti i tipi di processo, può e deve trovare attuazione in relazione specifica a ciascuno di questi, ed inoltre che i principi dalla medesima Corte enunciati riguardo alle "situazioni pregiudicanti" descritte dall'art. 34 c.p.p., "tipicamente individuate dal legislatore in base alla presunzione che siano di per sé incompatibili con l'esercizio di ulteriori funzioni giurisdizionali nel medesimo procedimento, a prescindere dalle modalità con cui la funzione è stata svolta, ovvero dal concreto contenuto dell'atto preso in considerazione" non sono trasferibili al processo civile senza tener conto della netta distinzione tra questo e il processo penale (v. tra le altre C.Cost. sent. n. 341 del 1998).

E d'altro canto, mentre nel processo penale la necessità di dare concreta attuazione ai valori fondamentali della imparzialità e terzietà del giudice ha comportato il moltiplicarsi delle ipotesi di incompatibilità ai sensi dell'art. 34 c.p.p., comma 2, a seguito delle numerosissime pronunce additive della Corte costituzionale, nel processo civile la medesima Corte ha invece nel tempo dichiarato l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale prospettate in relazione all'art. 51 c.p.c., n. 4, in particolare con riferimento: al giudice della causa di merito che abbia concesso un provvedimento d'urgenza ante causam; al giudice nuovamente investito della medesima controversia ai sensi dell'art. 354 c.p.c., in seguito alla dichiarazione di nullità della sentenza, da parte del giudice d'appello, per pretermissione di litisconsorti necessari; al giudice delegato chiamato a svolgere le funzioni di giudice istruttore nella causa di opposizione allo stato passivo; al giudice delegato chiamato a comporre il collegio in sede di reclamo avverso provvedimenti decisori da lui stesso emessi; al giudice investito della pronuncia della sentenza, che abbia con ordinanza già provveduto sull'istanza ex art. 186 quater c.p.c.; al giudice del c.d. merito possessorio che abbia trattato la precedente fase sommaria; al giudice facente parte del collegio chiamato a decidere sull'azione di responsabilità L. Fall., ex art. 146, che come giudice delegato abbia autorizzato il curatore a promuovere l'azione stessa ed abbia nel contempo autorizzato, o comunque disposto, in vista di detta causa, le opportune misure cautelari; al giudice dell'opposizione agli atti esecutivi avente ad oggetto un provvedimento emesso dallo stesso magistrato quale giudice dell'esecuzione.

Nè sembra possibile, in relazione al caso in esame, fare riferimento alla maggiore "apertura" mostrata dalla Corte in alcune sentenze interpretative di rigetto (v. ad esempio la n. 387 del 1999 - dichiarativa dell'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 51 c.p.c., comma 1, n. 4, e comma 2, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità tra le funzioni del giudice pronunciatosi con decreto L. n. 300 del 1970, ex art. 28, comma 1, e quelle del giudice dell'opposizione a tale decreto ex art. 28, comma 3, della stessa legge - e la L. n. 460 del 2005 - dichiarativa dell'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 51 c.p.c., comma 1, n. 4, nella parte in cui non prevede l'obbligo di astensione dal partecipare al giudizio di opposizione di cui alla L. Fall., art. 18, per il magistrato che abbia fatto parte del collegio che ha deliberato la sentenza dichiarativa di fallimento-), posto che in tali pronunce la Corte ha affermato che una interpretazione costituzionalmente orientata dell'espressione "altro grado del processo" può consentire di ritenere ricorrente tale situa-



zione (e quindi applicabile l'art. 51 c.p.c., n. 4) nei casi in cui nel processo civile: si succedano due fasi aventi carattere autonomo delle quali la prima si conclude con un provvedimento di tipo decisorio e potenzialmente definitivo; vi sia sostanziale identità di valutazioni da compiersi in entrambe le fasi; la seconda fase assuma il valore di vera e propria impugnazione, ossia nelle ipotesi in cui sia sostanzialmente configurabile una revisio prioris istantiae, le cui caratteristiche non sono ravvisabili nel caso di specie.

Col secondo motivo, deducendo violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 109 del 2006, art. 2, comma 1, lett. e), il ricorrente deduce che nella specie non sarebbe configurabile alcuna ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altri magistrati, non essendo intervenute sollecitazioni per indebiti interessi dell'incolpato nè gravi mancanze di rispetto dell'autonomia oltre che dell'immagine e del prestigio della magistratura. Secondo il ricorrente occorrerebbe infatti considerare che: l'incolpato non aveva agito per un interesse privato; non c'era stato un formale provvedimento del Procuratore Generale di assegnazione alla procura distrettuale antimafia delle indagini preliminari relative al reato di strage aggravata commesso in Brindisi il 19.05.2012; l'incolpato non aveva sollevato conflitto di competenza, non aveva parlato coi giornali nè aveva dato luogo ad un conflitto tra uffici giudiziari ma si era limitato a chiedere "con garbo" alla dottoressa C., GIP distrettuale di Lecce che avrebbe dovuto convalidare il fermo dell'indiziato del reato di strage, se poteva inviarle materiale di studio, poi effettivamente inviando testi di giurisprudenza e dottrina relativi alla configurabilità dell'aggravante di terrorismo.

La censura è fondata nei termini di cui in prosieguo.

Secondo il D.Lgs. n. 109 del 2006, art. 2, comma 1, lett. e), costituisce illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni "l'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato".

La lapidaria previsione pone non pochi interrogativi e rende indispensabili alcuni chiarimenti.

Innanzitutto va evidenziato che la disposizione in esame, siccome strutturata, configura un illecito di pura condotta, in cui non risulta contemplata l'offesa al bene protetto, e sotto questo profilo si può parlare (mutuando la terminologia utilizzata dalla dottrina penalistica) di illecito di pericolo astratto o "presunto", ossia un illecito in cui è il legislatore stesso a formulare in via preventiva il giudizio di pericolosità in relazione a determinati comportamenti.

A tale proposito, è da ritenere estensibile (per identità di ratio) anche alla materia degli illeciti disciplinari il c.d. principio di offensività - costituente ormai principio generale del sistema penale - secondo il quale per la configurabilità del reato (nella specie, dell'illecito) non è sufficiente la mera "disobbedienza" al precetto ma è sempre necessaria l'offesa al bene protetto (nella versione della lesione o della messa in pericolo), dovendo pertanto l'interprete (secondo alcuni) qualificare in termini di offensività il fatto concreto, nel senso di ritenere l'offensività implicitamente inclusa nel "tipo" normativo e quindi utilizzare il relativo principio in chiave interpretativa, sussumendo nell'ambito del precetto in esame solo condotte che, oltre a corrispondere al significato letterale espresso nella norma, siano anche "offensive" (ciò che è avvenuto in diritto penale in relazione a concetti descrittivi che, pur ancorati a dati della realtà materiale, risentono di margini di indeterminatezza, come ad esempio i concetti di incendio o epidemia - in tal senso è paradigmatica la sentenza n. 286 del 1974 della Corte costituzionale, secondo la quale perchè si abbia "incendio" occorre la vastità, la violenza, la capacità distruttiva, la diffusibilità del fuoco-).



Peraltro, anche a voler in parte prescindere dal c.d. concezione realistica del reato e dalla sua estensibilità all'illecito disciplinare, è indubbio che, specie a fronte di condotte definite dal legislatore attraverso l'utilizzo di concetti indeterminati, il giudice disciplinare debba accertare caso per caso (se non l'effettiva messa in pericolo del bene - che negli illeciti di pericolo concreto si configura come elemento costitutivo della fattispecie - almeno) l'astratta idoneità della condotta nello specifico contestata a determinare il suddetto pericolo. Ma prima ancora occorre che il giudice interpreti e definisca la disposizione prevedente la condotta in questione, operazione nella specie assolutamente cruciale proprio per la palese genericità delle espressioni utilizzate dal legislatore e per la corrispondente indeterminatezza dei concetti ai quali esse rimandano.

Il termine interferenza assume infatti specifici significati "tecnici" in determinati settori (ad esempio in fisica, nelle telecomunicazioni, in biologia, in meccanica, in linguistica) ma non in campo giuridico, onde nella specie ad esso non può che attribuirsi il generico significato di intrusione, ingerenza, inframmettenza, intromissione, riscontrabile nel linguaggio comune e rinvenibile in qualunque vocabolario di lingua italiana.

Occorre altresì evidenziare che la disposizione non precisa in che modo possa essere realizzata la suddetta interferenza, onde la "condotta" nell'illecito de quo sconta una doppia genericità: quella derivante dalla aspecificità del termine "interferenza" e quella derivante dalla mancanza assoluta di precisazioni circa le modalità di realizzazione dell'interferenza suddetta.

Nè l'aggettivo "ingiustificato" riesce a qualificare con maggiore precisione il sostantivo "interferenza" in quanto (molto meno specifico e "definito" rispetto ad altri aggettivi come, ad esempio, illecito o illegittimo) rimanda anch'esso al più generico linguaggio comune. In ogni caso è ragionevolmente da escludere che il suddetto termine sia inteso a restringere le ipotesi di illecito in esame esclusivamente ai casi di interferenza fine a se stessa, priva di qualsivoglia giustificazione e come tale incomprensibile e/o frutto di mera attività emulativa, e pertanto, ove dovesse intendersene il significato non come mancanza assoluta di ogni e qualsiasi giustificazione bensì come mancanza di una giustificazione degna di considerazione, si finirebbe per dare contenuto all'aggettivo "qualificativo" del sostantivo interferenza solo attraverso un rinvio a referenti valoriali non meglio definiti ed in ogni caso esterni alla disposizione in esame.

E' dunque evidente che in una simile situazione (con la condotta identificata e qualificata in maniera assolutamente aspecifica - peraltro con formulazione suggestiva e genericamente evocativa - e l'evento - non di danno bensì - di pericolo astratto, da presumersi quindi realizzato per il solo fatto della sussistenza di una condotta di "interferenza ingiustificata" - in qualunque attività essa si identifichi in concreto -), anche a voler prescindere dalla ritenuta applicabilità del principio di offensività pure con riguardo agli illeciti disciplinari, si impone al giudice l'ineludibile compito di conferire concretezza alla disposizione in esame individuando in via ermeneutica le condotte idonee - sia pure solo astrattamente - a mettere in pericolo il o i beni che la norma intende tutelare, posto che la genericità e indeterminatezza della relativa formulazione sono tali da implicare, in mancanza di un'accorta esegesi, più di un rischio. Il primo è che la vaghezza del precetto ne consenta una utilizzazione strumentale. Il secondo è che per questa via possa accreditarsi, come oggetto della tutela disciplinare, la (doverosa) assenza di ogni forma di confronto informale tra magistrati su questioni attinenti la propria attività ovvero sulle problematiche giuridiche ad esse sottese. Il terzo è che la suddetta disposizione -se ritenuta insuscettibile di valutazione, da parte del giudice disci-



plinare, circa l'idoneità astratta della singola condotta contestata a porre in pericolo il bene oggetto di tutela-finirebbe per definire la fattispecie mediante il solo riferimento ad un parametro che non riguarda la condotta specifica o il fatto, ma l'effetto della situazione considerata (verificarsi dell'interferenza ingiustificata), parametro peraltro espresso (come già rilevato) con estrema latitudine connotativa. Circostanze, queste, che renderebbero possibili - e in certa misura inevitabili - applicazioni casuali, discriminatorie, arbitrarie, soggettivistiche e, soprattutto, incontrollabili.

E' infatti doveroso considerare che i magistrati assai spesso interloquiscono discutono e si confrontano durante l'attività lavorativa, che li vede talora in contatto anche per molte ore al giorno, e che l'in sè dell'attività dei magistrati, ciascuno secondo la propria funzione, corrisponde ad un impegno (anche) lato sensu decisionale, onde una "interferenza" nell'attività decisionale dei colleghi - oltre le ipotesi espressamente contemplate, autorizzate o imposte dalla disciplina processuale - può avvenire spessissimo "di fatto" ed in maniera "fisiologica", ad esempio anche solo attraverso lo scambio di opinioni su di una determinata questione giuridica, peraltro senza che neppure astrattamente tali attività risultino idonee a mettere in pericolo la libertà di determinazione e la serenità di giudizio dei magistrati coinvolti.

Ritenere che una non meglio precisata (se non per la sua "ingiustificatezza") interferenza nell'attività di un collega realizzi sempre presuntivamente l'evento di pericolo significherebbe "ingessare" i rapporti tra magistrati riducendoli esclusivamente all'ambito formale dei provvedimenti e delle attività contemplate dal codice di rito e impedendo quindi ogni spontaneità nelle comunicazioni ed ogni possibilità di confronto costruttivo sui problemi giuridici relativi alle questioni trattate.

E' peraltro da aggiungere che anche secondo alcune decisioni del giudice disciplinare (v. tra le altre CSM n. 129 del 2010) "per la configurabilità della fattispecie di cui al D.Lgs. n. 109 del 2006, art. 2, comma 1, lett. e), è essenziale l'oggettiva idoneità della condotta a determinare la modificazione della decisione naturaliter assunta".

Venendo dunque all'analisi del caso in esame, il collegio ritiene - per i motivi di seguito esposti - che non sia configurabile l'illecito di ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altri magistrati, non risultando la condotta contestata al dottor D. neppure astrattamente idonea a porre in pericolo il o i beni giuridici che la disposizione in esame intende tutelare. E' in proposito innanzitutto da rilevare che, come indirettamente risultante anche dalla sentenza impugnata, il dottor D. nella specie non ha agito per un interesse privato bensì nell'interesse del suo Ufficio alla corretta applicazione della legge nella determinazione della Procura competente allo svolgimento delle indagini preliminari in relazione ad un reato di strage verificatosi nella città di Brindisi, e quindi alla corretta interpretazione delle disposizioni relative alla aggravante di terrorismo, la cui sussistenza avrebbe comportato la competenza della Procura distrettuale di Lecce in luogo di quella di Brindisi. E che si tratti di un interesse che l'ordinamento considera legittimamente facente capo al suddetto Ufficio è indirettamente provato dal fatto che a norma del codice di procedura penale tale Ufficio avrebbe potuto in proposito, ricorrendone le condizioni, sollevare conflitto.

E' vero che nella specie l'azione del dottor D. non si è sviluppata attraverso un intervento "codificato" bensì in via informale, tuttavia occorre evidenziare, per un verso, che tale circostanza non esclude (nè trasforma in "privato") l'interesse alla corretta individuazione della competenza (interesse rispetto al quale la possibilità di un intervento "formale" si pone come elemento sintomatico piuttosto che come elemento escludente altre possibili manifestazioni del medesimo), e, per altro verso, che il fatto che un'attività non risulti contempla-



ta, autorizzata o imposta dalla disciplina processuale non comporta necessariamente che essa sia vietata o comunque che la sua realizzazione costituisca perciò solo illecito disciplinare.

E' ancora da precisare che l'attività contestata al dottor D. è consistita nell'essere il suddetto magistrato intervenuto prima presso il Procuratore Generale ed il Procuratore distrettuale di Lecce chiedendo l'inserimento ù nel fascicolo del Pubblico Ministero sottoposto al GIP per la convalida del fermo dell'indiziato di reato - di considerazioni giuridiche relative alla contestata aggravante di terrorismo, e poi presso il medesimo GIP, chiedendo telefonicamente il permesso di inviarle materiale di studio in relazione all'aggravante di cui sopra, materiale successivamente inviato a mezzo di posta elettronica.

L'attività del dottor D. è quindi sostanzialmente consistita nel cercare di far pervenire e poi nell'inviare al suddetto GIP materiale di studio (in particolare, dottrina e giurisprudenza) su di una questione che sarebbe stata sottoposta al suo giudizio.

Tanto premesso, è da sottolineare che il tentativo di trasmissione e poi l'effettivo invio ad una collega di materiale di studio su di un determinato argomento, ancorchè afferente una prossima decisione della suddetta collega, non può ritenersi di per sè astrattamente idoneo a mettere in pericolo la libera determinazione e la serenità di giudizio della destinataria: lo studio di dottrina e giurisprudenza in vista di decisioni da assumere rappresentano la quotidianità nell'attività del magistrato e rispetto all'oggetto di tale studio il magistrato ha (deve avere) un approccio "critico" (nel senso greco antico di scegliere, separare, discernere, l'esatto contrario quindi di un atteggiamento "supino"), circostanza che di per sè esclude l'astratta configurabilità di un pericolo di condizionamento. Nè il pericolo di condizionamento potrebbe configurarsi con riguardo al mittente del suddetto materiale, trattandosi di magistrato appartenente ad un altro ufficio giudiziario, peraltro non "sovraordinato" neanche funzionalmente (circostanza escludente quindi anche la possibilità di un "ascendente" o una "influenza" pure solo indiretta sulla collega) e neppure tale pericolo potrebbe ravvisarsi nelle finalità perseguite dal mittente, essendosi sopra chiarito che il medesimo non ha agito per interessi privati (fatto che avrebbe certo potuto ingenerare disagio nella destinataria). Tanto meno l'astratta idoneità al condizionamento potrebbe riscontrarsi nelle modalità utilizzate dal dottor D., il quale non risulta aver agito occultamente (circostanza che avrebbe potuto creare imbarazzo) nè aver utilizzato maniere "invadenti" o "aggressive" - risultando al contrario che egli ha inviato il materiale in questione solo dopo averne ottenuto "il permesso", previamente richiesto alla destinataria - nè aver dato risalto mediatico o pubblicità alla propria iniziativa.

Certo in linea teorica non si può escludere che, nonostante il "garbo" nei modi ed il "permesso" ottenuto all'invio, l'offerta di materiale di studio (e prima ancora la richiesta di inserimento di tale materiale nel fascicolo da sottoporre al GIP) sia stata avvertita da taluno degli interlocutori come inopportuna e fastidiosa, è tuttavia fin troppo ovvio sottolineare la necessità di tenere sempre presente l'imprescindibile confine tra regole disciplinari e regole di costume, di stile, di buona educazione o buon gusto, che come tali non assurgono al livello del giuridicamente rilevante e quindi neppure del disciplinarmente rilevante. Si tratta di una trama di prassi e maniere difficilmente catalogabili che è - e deve restare - affidata all'autocontrollo, alla formazione culturale, alla sensibilità soggettiva piuttosto che alle sanzioni disciplinari, essendo, a tacer d'altro, velleitaria la pretesa di "giuridificare" i rapporti umani e liberare per "factum principis" i magistrati da qualsivoglia contatto con comportamenti che (ancorchè non espressamente vietati e comunque non idonei a turbare la libera



determinazione e la serenità di giudizio) siano in ipotesi suscettibili di essere soggettivamente avvertiti come fastidiosi o addirittura petulanti. Il catalogo dei comportamenti incongrui sul piano della opportunità e/o della buona educazione potrebbe essere sterminato (e non è da escludere che più d'uno possa essere tentato, nel proprio "foro interno", di invocare un "castigo" - giuridico o magari divino - sul capo di importuni disturbatori, perfino se formalmente "cerimoniosi") tuttavia - anche attribuendo importanza allo stile nei comportamenti e nei rapporti interpersonali e nutrendo misericordiosa comprensione per insofferenze ed impazienze di varia natura e intensità - non sembra seriamente proponibile come criterio di individuazione della idoneità a mettere in pericolo la libertà di determinazione e la serenità di giudizio di un magistrato la mera soggettiva irritabilità o insofferenza a fronte di comportamenti eventualmente fastidiosi o inopportuni (oppure avvertiti come tali). E francamente ipotizzare, anche solo indirettamente, che il Consiglio Superiore della Magistratura e le Sezioni unite della Corte di cassazione possano essere chiamati ad occuparsi di "cattive maniere" (reali o avvertite come tali) ovvero di speculari impazienze o insofferenze rappresenterebbe (a prescindere da altre ovvie e ben più pregnanti considerazioni) una ulteriore - e non necessaria - espressione di quella aspirazione all'eccesso di "giuridificazione" e giurisdizionalizzazione costituente una non marginale patologia del nostro ordinamento.

E' infine da evidenziare che in situazioni non dissimili (in cui l'incolpato aveva - anche se verbalmente e non attraverso l'invio di materiale di studio - manifestato al collega le proprie convinzioni giuridiche in ordine a situazioni sulle quali il predetto avrebbe dovuto pronunciarsi) il Consiglio Superiore della Magistratura ha escluso la configurabilità dell'illecito di ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato, in particolare, ad esempio, escludendo (v. CSM n. 3 del 2010) tale configurabilità nella condotta del magistrato che discuta della bontà di un provvedimento da lui emesso con il collega incaricato del giudizio di impugnazione, "dovendosi tenere distinta la interferenza - che è attività resa illegittima dall'intento di privare l'interlocutore del potere di rapportarsi liberamente alla legge - dal confronto e dallo scambio, anche dialettico, capaci di arricchire il giudice".

La ritenuta fondatezza del motivo di ricorso in esame comporta l'assorbimento del terzo motivo, col quale, denunciando violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 109 del 2006, art. 3 bis, il ricorrente si duole del fatto che i giudici disciplinari non abbiano considerato la scarsa rilevanza del fatto.

Per quanto fin qui esposto, il primo motivo di ricorso deve essere rigettato, il secondo deve essere accolto ed il terzo deve essere dichiarato assorbito. In conseguenza dell'accoglimento del secondo motivo, la sentenza impugnata deve essere cassata senza rinvio.

Non vi è da provvedere sulle spese perchè il Ministro della Giustizia non ha partecipato al giudizio ed il Procuratore Generale della Repubblica presso questa Corte Suprema non può essere destinatario di statuizioni sulle spese.

P.Q.M.

La Corte a sezioni unite accoglie il secondo motivo di ricorso, rigetta il primo e dichiara assorbito il terzo. Cassa senza rinvio la sentenza impugnata.

Così deciso in Roma, il 15 luglio 2014.

Depositato in Cancelleria il 26 novembre 2014



SUCCESSIONE LEGITTIMA E NECESSARIA – DONAZIONE E LEGATI IN CONTO DI LEGITTIMA
CASS. CIV. SEZ. II, SENT., 3 NOVEMBRE 2014, N. 23371

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. TRIOLA Roberto Michele - Presidente -
Dott. BURSESE Gaetano Antonio - Consigliere -
Dott. MAZZACANE Vincenzo - rel. Consigliere -
Dott. PETTITI Stefano - Consigliere -
Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 5797/2009 proposto da:

P.G. (OMISSIS), elettivamente domiciliata in ROMA, VIA RUBICONE 42, presso lo studio dell'avvocato ROTILI CARLO ALFREDO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato NICOLA PIAZZA;

- ricorrente -

contro

N.M. (OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA, VIA FEDERICO CESI 72, presso lo studio dell'avvocato BONACCORSI DI PATTI DOMENICO, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati VINCENZO CAMILLERI, ALBERTO STAGNO D'ALCONTRES;

NU.MA. (OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA, VIA FEDERICO CESI 72, presso lo studio dell'avvocato DOMENICO BONACCORSI DI PATTI, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati VINCENZO CAMILLERI, ALBERTO STAGNO D'ALCONTRES;

- controricorrenti -

e contro

N.A.;

- intimato -

avverso la sentenza n. 1353/2008 della CORTE D'APPELLO di PALERMO, depositata il 21/10/2008;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 22/09/2014 dal Consigliere Dott. VINCENZO MAZZACANE;

udito l'Avvocato Rotili Carlo Alfredo difensore della ricorrente che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito l'Avv. Camilleri Vincenzo e l'Avv. Stagno D'Alcontres Alberto difensori dei controricorrenti che hanno chiesto l'accoglimento degli scritti depositati;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. PRATIS Pierfelice, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo



Con atto di citazione del 5-5-2004 P.G. conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Agrigento i figli N.M., Nu.Ma. ed N.A. esponendo:

- con atto ricevuto il 10-3-2000 dal notaio Comparato di Agrigento Nu.Ar. (deceduto nell'agosto di quell'anno), coniuge dell'attrice e padre dei convenuti, aveva ceduto in parti uguali tra di loro ai figli A. e Ma., per il corrispettivo di L. 63.500.000 ciascuno, l'intera sua quota di partecipazione al capitale sociale della s.r.l. Alberghiera Mosè (ripartito tra N.A., Nu.Ma., N.A. e P.G.);

- allo stesso modo Nu.Ar. con atto ricevuto il 13-3-2000 dal notaio Comparato aveva ceduto, sempre ai figli A. e M. in parti uguali tra di loro, per il corrispettivo di lire 7.000.000 ciascuno, l'intera sua quota di partecipazione al capitale sociale della s.r.l. A. Nuara e Figli (ripartito tra i medesimi Nu.

A., N.A., Nu.Ma. e P.G.);

- peraltro con scrittura privata del 10-3-2000, alla quale aveva partecipato anche il figlio N.M., rimasto formalmente estraneo agli atti pubblici, le parti avevano dato reciprocamente atto che le cessioni delle quote sociali erano assolutamente simulate, non avendo Nu.Ar. da una parte ed N.A. e Nu.Ma. dall'altra inteso rispettivamente trasferire ed acquistare alcunchè, con la conseguenza che le suddette quote erano rimaste nella disponibilità di Nu.Ar.;

- deceduto il (OMISSIS) Nu.Ar., la sua successione veniva regolata secondo le disposizioni espresse nel testamento olografo redatto l'11-3-2000, accettato da tutti gli interessati che avevano provveduto con atto di divisione per notaio Comparato del 20-4-2001 a dividere i beni immobili;

nel richiamato testamento Nu.Ar. aveva disposto, tra l'altro, in favore della moglie P.G. legando alla stessa l'usufrutto di tutte le sue proprietà personali ed ogni credito di qualsiasi natura vantato dal testatore.

Tanto premesso l'attrice, rilevato che in conseguenza della pacifica natura simulata degli atti di trasferimento delle quote societarie queste erano rimaste nel patrimonio del "de cuius" e che di tale patrimonio l'esponente aveva l'usufrutto, chiedeva che, dichiarata la simulazione assoluta degli atti di cessione, venisse dichiarato il proprio diritto di usufrutto sulla quote di partecipazione al capitale sociale delle predette società, ovvero, in subordine, il diritto sulle quote stesse a titolo di erede nella misura di legge.

N.A., costituitosi in giudizio, si rimetteva alle determinazioni del giudice; Nu.Ma. e N.M. chiedevano il rigetto delle domande attrici; N.M. chiedeva in via riconvenzionale che si affermasse - sulla base del testamento di N.A. - il diritto di proprietà piena dei tre fratelli sulle quote societarie in parti uguali tra di loro.

A sua volta la P. chiedeva che venisse dichiarato il suo diritto di proprietà ad una quota dell'eredità di Nu.Ar. nella misura di legge.

Il Tribunale adito con sentenza del 10-3-2005 accoglieva sia le domande della P. (ovvero dichiararsi la simulazione assoluta degli atti di trasferimento suddetti e dichiararsi il diritto di usufrutto dell'attrice sulle quote di partecipazione al capitale sociale) che quella riconvenzionale di N.M. (cioè dichiararsi che le quote societarie di Nu.Ar. avrebbero dovuto essere attribuite agli eredi, quindi ai tre figli in parti uguali tra di loro); rigettava invece la domanda della P. volta al riconoscimento della proprietà di una quota di eredità relitta del "de cuius" osservando che l'attrice aveva agito per conseguire il legato (disposto evidentemente in sostituzione di legittima), ed aveva pertanto perso il diritto di chiedere un supplemento nel caso in cui il valore del legato fosse risultato inferiore alla legittima.

Proposta impugnazione da parte di Nu.Ma. si costituivano in giudizio la P. e N.M. introdu-



cendo separati appelli incidentali; N.A., pure costituitosi in giudizio, si rimetteva sostanzialmente alla decisione dei giudici.

La Corte di Appello di Palermo con sentenza del 21-10-2008, in parziale riforma della sentenza impugnata, confermata nel resto, ha eliminato da detta sentenza la statuizione con la quale si dichiarava il diritto di usufrutto della P. sulle quote di partecipazione di Nu.Ar. al capitale sociale delle s.r.l. Alberghiera Mosè e A. Nuara e Figli.

Il giudice di appello ha premesso che il testamento redatto da Nu.Ar. era del seguente tenore: "Disposizione di ultima volontà.

l'anno duemila il giorno undici del mese di marzo nel pieno possesso della mia facoltà fisiche e mentali dispongo come appresso delle mie sostanze - Revoco ogni mia precedente disposizione Istituisco eredi universali i miei tre figli A., M. e Ma.. Lego a mia moglie P.G. l'usufrutto di tutte le mie proprietà personali ed ogni credito di qualsiasi natura da me vantato a qualunque titolo. Lego ai miei figli A. e Ma. la quota di mia proprietà di tutti i miei beni personali andrà parti uguali pro indiviso a tutti i miei eredi. Voglio che tutti i beni, la quota societaria e la nuda proprietà siano soggetti al diritto di prelazione a favore dei fratelli in caso di vendita o di trasferimento a qualunque titolo da parte degli eredi.

Nu.Ar. n. 15 gennaio 1926".

La Corte territoriale, nell'interpretare la suddetta scheda testamentaria, richiamato il principio ermeneutico secondo il quale le clausole dell'atto devono essere interpretate le une per mezzo delle altre attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto stesso, non adeguatamente applicato dal giudice di primo grado, ha attribuito rilevanza decisiva al fatto che il testatore aveva legato alla moglie l'usufrutto delle sue "proprietà personali", aggettivo quest'ultimo subito dopo ripetuto dal testatore, che aveva disposto che la quota di sua proprietà di tutti suoi "beni personali" fosse attribuita in parti uguali "pro indiviso" a tutti gli eredi; inoltre il Tribunale aveva trascurato la successiva disposizione, altamente significativa, che aveva assoggettato al diritto di prelazione in favore dei tre fratelli nominati eredi universali "in caso di vendita o di trasferimento a qualunque titolo da parte degli eredi", "tutti i beni, la quota societaria e la nuda proprietà"; ha aggiunto che la distinzione tra "quota societaria" e "nuda proprietà", effettuata con riferimento soltanto ai fratelli nominati eredi universali, induceva a ritenere che, quando il testatore si era riferito alle sue proprietà "personali", lasciandone l'usufrutto alla moglie, avesse inteso riferirsi essenzialmente ai beni immobili; d'altra parte, essendo evidente l'intenzione di Nu.Ar. che i beni restassero in famiglia, si spiegava la previsione del diritto di prelazione, in caso di vendita della "quota societaria" (come della "nuda proprietà") da parte degli eredi, in favore degli altri fratelli; mentre una analoga preoccupazione non era stata espressa in ordine alla legataria P.G. che, se avesse conseguito l'usufrutto delle quote societarie, avrebbe potuto liberamente disporre, consentendo ad estranei alla famiglia di incidere sull'andamento delle società; pertanto doveva essere affermato che ogni diritto sulle quote societarie appartenenti ad Nu.Ar. spettava agli eredi Nu.Ma., N.A. e N.M..

La sentenza impugnata ha poi disatteso l'appello incidentale della P. con il quale era stato invocato il diritto ad una quota ereditaria di Nu.Ar., deducendo che il legato attribuitole era in conto e non già in sostituzione di legittima; al riguardo ha rilevato che il "de cuius" con il suddetto testamento aveva disposto dell'intero suo patrimonio, cosicché presupporre che la P. potesse reclamare la sua quota di eredità avrebbe significato incidere sulle disposizioni adottate dal testatore; ed era indiscutibile che la prima volontà di quest'ultimo fosse quella del rispetto delle sue disposizioni, così da escludere che queste potessero essere contestate



da un legittimario insoddisfatto; inoltre doveva pure tenersi conto che la clausola testamentaria che prevedeva il diritto di prelazione - in caso di vendita o di trasferimento dei beni a qualunque titolo - riguardava soltanto i fratelli in quanto solo costoro erano eredi; ciò confermava che il testatore aveva voluto devolvere l'eredità soltanto ai figli, tacitando la moglie con il legato di usufrutto.

Avverso tale sentenza la P. ha proposto un ricorso per cassazione articolato in due motivi cui Nu.Ma. e N.M. hanno resistito con separati controricorsi; N.A. non ha svolto attività difensiva in questa sede; le parti hanno successivamente depositato delle memorie.

Motivi della decisione

Preliminarmente deve rilevarsi che, contrariamente a quanto eccepito dai controricorrenti, entrambi i motivi di ricorso sono corredati da quesiti di diritto ex art. 366 bis c.p.c. (applicabile alla fattispecie "ratione temporis") in ordine ai quali è agevole comprendere dalla sola lettura quale sia l'errore di diritto asseritamente compiuto dal giudice di merito e quale, secondo la prospettazione della ricorrente, la regola da applicare; analogamente nei suddetti motivi è riscontrabile una indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume contraddittoria, nonchè le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione stessa la renda inidonea a giustificare la decisione.

Tanto premesso, si osserva che con il primo motivo la ricorrente, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 587, 1362, 1363, 1365 e 1369 c.c., nonchè insufficiente e contraddittoria motivazione, censura la sentenza impugnata per aver ritenuto che il legato di usufrutto disposto in favore dell'esponente comprendesse solo le proprietà immobiliari ed i crediti relitti dal testatore, ma non anche le partecipazioni societarie di cui quest'ultimo era titolare e che avrebbe inteso lasciare in proprietà piena ai tre figli in parti uguali tra loro.

La P. sostiene che la Corte territoriale ha violato le norme sopra riportate nell'affermare che, al fine dell'interpretazione della volontà testamentaria di Nu.Ar., quale espressa con la clausola istitutiva di eredi e con quella attributiva del legato, peraltro di facile ed inequivocabile lettura, avesse valenza altamente significativa l'incongrua distinzione tra "tutti i beni", "la nuda proprietà" e "la quota societaria" operata dal "de cuius" in un passaggio meramente marginale del documento, attributivo di un diritto (quello relativo alla prelazione) già riconosciuto dalla legge, certamente estraneo al negozio testamentario in senso stretto, integrante una previsione ascrivibile alla categoria delle disposizioni complementari accessorie all'istituzione di erede o al legato; per altro verso era evidente il vizio di motivazione che in cui è incorso il giudice di appello in quanto, avendo attribuito rilievo decisivo alla distinzione tra "la nuda proprietà" e "la quota societaria", ha trascurato l'altra categoria indicata nella clausola, ovvero "tutti i beni"; se invero egli avesse esaminato l'intera clausola, avrebbe rilevato l'incongruità di simili espressioni, non ravvisandosi altri "beni" relitti diversi dalla "nuda proprietà" e dalla "quota societaria" da assoggettare al diritto di prelazione dei fratelli; la suddetta clausola era poi stata travisata nel suo contenuto, posto che il diritto di prelazione era stato disposto dal testatore non già in favore degli "eredi", come ritenuto dalla Corte territoriale, ma in favore dei soli "fratelli".

La ricorrente quindi afferma che il giudice di appello avrebbe dovuto interpretare la clausola attributiva della disposizione a titolo particolare ("Lego a mia moglie P.G. l'usufrutto di tutte le mie proprietà personali ed ogni credito di qualsiasi natura da me vantato a qualunque titolo") secondo il primario criterio della letteralità e della ricerca della effettiva volontà del disponente, ed anche in maniera sistematica, alla luce dell'altra clausola istitutiva degli



eredi ("Istituisco eredi universali i miei tre figli A., M. e Ma."), così da riconoscere all'esponente il diritto di usufrutto sulle quote societarie relitte dal coniuge; viceversa la Corte territoriale, in aperta violazione dei menzionati criteri ermeneutici, ha attribuito alle espressioni utilizzate dal testatore un significato diverso da quello oggettivo, e perfino diverso da quello che, data la sua età, la mentalità e la cultura, poteva avere loro attribuito il testatore; invero sotto il profilo del significato oggettivo le quote societarie - tanto che le si voglia considerare quali "beni immateriali" quanto invece quali "diritti di credito" - rientrano nella predetta disposizione a titolo particolare, avendo il testatore chiaramente inteso riferirsi all'intero suo patrimonio; alle stesse conclusioni si giungeva attribuendo alle espressioni usate il significato che ad esse poteva aver presumibilmente attribuito il testatore, il quale aveva probabilmente inteso le quote di partecipazioni alle società di famiglia quali sue "proprietà personali".

La censura è infondata.

La Corte territoriale, dopo aver richiamato la disposizione con la quale il testatore aveva legato alla moglie P.G. "l'usufrutto di tutte le mie proprietà personali ed ogni credito di qualsiasi natura da me vantato a qualunque titolo", ha fatto altresì riferimento, in puntuale applicazione del criterio ermeneutico dell'art. 1363 c.c., riguardante l'interpretazione complessiva delle clausole, alla successiva disposizione del seguente tenore: "Voglio che tutti i beni, la quota societaria e la nuda proprietà siano soggetti al diritto di prelazione a favore di fratelli in caso di vendita o di trasferimento a qualunque titolo da parte degli eredi", posto che l'espressa previsione di un diritto di prelazione in favore dei fratelli - che invero erano stati istituiti eredi universali - avente ad oggetto "la quota societaria", rendeva chiara la volontà del legislatore di lasciare ai tre figli le quote delle sue società, e quindi portava inevitabilmente ad escludere che l'oggetto dell'usufrutto disposto in favore della P. avesse potuto essere costituito dalle suddette quote sociali, cosicché il riferimento del "de cuius" all'usufrutto "di tutte le mie proprietà personali" era limitato ai beni immobili; a tale ultimo riguardo la sentenza impugnata ha aggiunto più innanzi che comunque non si trattava di un usufrutto economicamente trascurabile, trattandosi di una diecina di appartamenti e di altrettanti magazzini.

Orbene tale interpretazione della scheda testamentaria si risolve in un accertamento di fatto sorretto da congrua e logica motivazione, come tale immune dai profili di censura sollevati dalla ricorrente;

ed invero il richiamo del giudice di appello al principio interpretativo secondo cui le clausole vanno interpretate le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto stesso (secondo il disposto dell'art. 1363 c.c., previsto in sede di interpretazione del contratto, ma pacificamente applicabile, in quanto compatibile, anche in materia testamentaria) è giustificato, nel suo convincimento, dal rilievo che, in presenza di una disposizione di carattere generale relativa al riconoscimento dell'usufrutto in favore della P. di "tutte le mie proprietà personali ed ogni credito di qualsiasi natura da me vantato a qualunque titolo", la successiva disposizione riguardante il riconoscimento del diritto di prelazione in "favore dei fratelli" con specifico riferimento anche alla "quota societaria", tenuta distinta dalla "nuda proprietà", induceva logicamente alla conclusione, per la sua specificità, in ordine alla esclusione, dall'ambito dell'oggetto dell'usufrutto, delle quote societarie; a tale riguardo la sentenza impugnata ha logicamente evidenziato la diversità, nella impostazione impressa dal testatore alle sue disposizioni, della "quota societaria" della quale potevano disporre i tre fratelli, ovvero i figli del "de cuius", rispetto alla "nuda proprietà" pure



attribuita ai medesimi; invero tale netta distinzione induceva evidentemente ad escludere che Nu.Ar. avesse inteso prevedere il diritto di prelazione soltanto della nuda proprietà delle quote societarie, posto che solo in tale ipotesi avrebbe potuto legittimamente ritenersi che l'attribuzione del diritto di usufrutto in favore della P. riguardasse anche dette quote.

In proposito l'assunto della ricorrente, secondo cui la disposizione relativa al diritto di prelazione dovrebbe essere considerata sostanzialmente "tamquam non esset", data la sua natura complementare alla istituzione di erede o di legato, e considerato che essa prevedeva un diritto già riconosciuto dalla legge, non può essere condiviso; sotto un primo profilo, infatti, l'interpretazione coordinata tra la disposizione attributiva dell'usufrutto e quella attributiva del diritto di prelazione in favore dei fratelli è del tutto conforme all'art. 1363 c.c., ed appare legittimata dalla indubbia equivocità della generica previsione, come oggetto dell'usufrutto, dell'espressione "proprietà personali ed ogni credito", a fronte dello specifico riferimento ad un diritto di prelazione in favore dei tre figli anche sulle quote societarie; per altro verso tale diritto non può essere configurato come una semplice e quindi inutile ripetizione dell'art. 732 c.c., avente ad oggetto il diritto di prelazione in favore dei coeredi in caso di alienazione, da parte di una altro coerede, di una quota ereditaria (o di parte di essa), laddove nel testamento in questione non vi è una previsione, almeno espressa, di un diritto di prelazione riguardante le quote ereditarie piuttosto che, invece, i beni facenti parte dell'asse ereditario; in ogni caso, al di là di tale considerazione, ed anche dell'eventuale superfluità dell'espressione "tutti i beni" pure compresa nell'ambito dell'oggetto di tale diritto di prelazione, il convincimento in proposito maturato dalla Corte territoriale è basato sul rilievo decisivo che tale clausola attributiva del diritto di prelazione sulle quote societarie (oltre che sulla "nuda proprietà"), nell'ipotesi di vendita di esse da parte degli eredi (ovvero i figli del testatore A., M. e Ma.), in favore dei fratelli, esclude, per l'inequivocabile tenore letterale della stessa, che l'usufrutto di dette quote possa essere stato attribuito in legato alla P.; or bene tale fondamentale "ratio decidendi", per quanto finora argomentato, non appare scalfita dai profili di censura sollevati dalla ricorrente.

Con il secondo motivo la P., deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 551, 552 e 1362 c.c., nonché insufficiente e contraddittoria motivazione, censura la sentenza impugnata per aver rigettato l'appello incidentale proposto dall'esponente e per aver ritenuto che l'attribuzione a titolo particolare disposta dal testatore in favore della moglie integrasse un legato in sostituzione di legittima, e le precludesse pertanto di reclamare la quota di eredità ad essa riservata dalla legge.

La ricorrente sotto un primo profilo rileva che la Corte territoriale non si è conformata al principio consolidato affermato dalla giurisprudenza e dalla dottrina secondo cui, per potersi configurare un legato in sostituzione di legittima anziché in conto di legittima, occorre una manifestazione certa ed univoca del testatore nel senso che determinati beni debbano essere attribuiti al legittimario, e che tale attribuzione, se accettata, esaurisca le ragioni ereditarie del medesimo; infatti nella specie difettava una chiara ed inequivocabile volontà in tal senso.

Inoltre la P. evidenzia un vizio dell'"iter" argomentativo della sentenza impugnata, che ha maturato il proprio convincimento sulla base della circostanza che il testatore aveva disposto dell'intero suo patrimonio; in realtà tale espressione, lungi dal confortare la tesi sostenuta dal giudice di appello, costituiva invece il presupposto che legittimava l'esponente ad agire in riduzione in quanto, come era evidente nella specie, risultavano lesi i suoi diritti di legittimaria.



Infine la ricorrente rileva che la clausola attributiva del diritto di prelazione ereditaria, se interpretata in base al senso letterale delle parole usate e alla presumibile intenzione del testatore, avrebbe dovuto essere letta nel senso di circoscrivere ai soli fratelli, tra gli eredi, il suddetto diritto; ciò confermava che, secondo il testatore, il titolo di erede spettava anche alla moglie, pur beneficiaria di disposizione a titolo particolare.

La censura è infondata.

Come già più sopra evidenziato, la Corte territoriale, al fine di ritenere che alla P. fosse stato attribuito un legato in sostituzione, e non in conto di legittima, ha considerato decisivo il rilievo che Nu.Ar. tramite il suddetto testamento aveva disposto di tutto il suo patrimonio, cosicché non vi erano altri beni sui quali potesse aprirsi la successione legittima; ed invero tale incontestata situazione di fatto è sintomatica della volontà del testatore di soddisfare la P. con l'attribuzione in suo favore dell'usufrutto delle sue "proprietà personali e di ogni credito" senza chiamarla alla eredità; a tale ultimo proposito occorre richiamare l'ulteriore disposizione testamentaria con la quale erano stati istituiti eredi universali soltanto i tre figli del "de cuius", circostanza che spiega la ragione per la quale, come osservato dalla sentenza impugnata, la clausola testamentaria che prevedeva il diritto di prelazione, in caso di vendita o di trasferimento dei beni a qualsiasi titolo da parte degli eredi, riguardava soltanto i "fratelli".

Sulla base di tali elementi il convincimento espresso dalla sentenza impugnata è immune dai profili di censura sollevati dalla ricorrente, essendo conforme all'orientamento di questa Corte secondo cui, ai fini della configurabilità del legato in sostituzione di legittima, occorre che risulti l'intenzione del testatore di soddisfare il legittimario con l'attribuzione di beni determinati senza chiamarlo all'eredità (Cass. 9-9-2011 n. 18583; Cass. 16-1-2014 n. 824); è stato pure affermato che tale intenzione non richiede formule sacramentali, ma può desumersi dal complessivo contenuto dell'atto, in forza di un apprezzamento compiuto dal giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità se correttamente motivato (Cass. 29-7-2005 n. 16083; Cass. 10-6-2011 n. 12854), come appunto nella fattispecie.

Il ricorso deve quindi essere rigettato; ricorrono giusti motivi, avuto riguardo alla natura della controversia ed ai rapporti di stretta parentela sussistente tra le parti, per compensare interamente tra di esse le spese di giudizio.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa interamente tra le parti le spese di giudizio.

Così deciso in Roma, il 22 settembre 2014.

Depositato in Cancelleria il 3 novembre 2014



CONIUGI (RAPPORTI PATRIMONIALI TRA) – COMUNIONE DEI BENI - LEGALE
CASS. CIV. SEZ. I, SENT., 29 OTTOBRE 2014, N. 23002

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Presidente -

Dott. DI AMATO Sergio - Consigliere -

Dott. GIANCOLA Maria Cristina - rel. Consigliere -

Dott. BISOGNI Giacinto - Consigliere -

Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 579/2013 proposto da:

P.D. (c.f. (OMISSIS)), domiciliato in ROMA, PIAZZA CAVOUR, presso la CANCELLERIA CIVILE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall'avvocato ALESSANDRO BELTRAME, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

B.I. (c.f. (OMISSIS)), elettivamente domiciliata in ROMA, VIA FEDERICO CESI 72, presso l'avvocato BUONAFEDE ACHILLE, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato MARIA MONTEMURRO, giusta procura a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 249/2012 della CORTE D'APPELLO di TRIESTE, depositata il 18/04/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 26/09/2014 dal Consigliere Dott. MARIA CRISTINA GIANCOLA;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato MARCO ROSSI, con delega, che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CERONI Francesca, che ha concluso per l'accoglimento del primo motivo di ricorso con l'assorbimento dei restanti.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato il 23.07.1998 B.I. adiva il Tribunale di Udine e, premesso di essersi coniugata con il convenuto P.D. in data 26.1.1957, che il regime patrimoniale fra gli stessi vigente era quello della comunione legale, che in data 5.9.1991 aveva presentato ricorso per la separazione personale con addebito al marito, che quest'ultimo, nelle more del procedimento di separazione, aveva sottratto tutti i beni costituenti il patrimonio mobiliare comune, consistente in titoli di credito e depositi bancari, chiedeva che il P. fosse condannato sia a restituirle l'importo capitale di L. 100.000.000 o di altro maggiore o minore, ritenuto di giustizia, con interessi, importo corrispondente al 50% delle somme di denaro portate da titoli di credito, presso la Cassa Rurale ed Artigiana di Marnano, costituenti il reddito di entrambi i coniugi in regime di comunione legale, e sia a restituirle il 50%, oltre inte-



ressi, del denaro, titoli di credito, conti correnti bancari e libretti al risparmio, depositati presso la Banca Popolare di Cividale.

Si costituiva il convenuto contestando la fondatezza della pretesa attorea ed in particolare che i titoli di credito per L. 200 milioni facessero parte del patrimonio mobiliare comune e costituissero conseguentemente oggetto di comunione legale.

Il Tribunale di Udine con sentenza parziale del 25.01.2001 dichiarava la proponibilità della domanda di ripetizione promossa dall'attrice, essendo stata la causa instaurata dopo il passaggio in giudicato del capo della sentenza relativo alla pronuncia di separazione personale dei coniugi, pur essendo tale diverso giudizio proseguito per le statuizioni relative agli obblighi di mantenimento. Il medesimo Tribunale con sentenza definitiva n. 335/2010, anche in base all'esito della rinnovata CTU contabile, condannava il convenuto a corrispondere all'attrice la somma di Euro 112.957,36, oltre interessi legali dalla domanda giudiziale sino al saldo effettivo, nonché a rifonderle le spese processuali ed a pagare le spese di CTU. Osservava il Tribunale che dalla rinnovata CTU, le cui indagini e le cui conclusioni erano state condivise da entrambi i consulenti di parte, risultava confermato che i coniugi al momento dell'instaurazione del giudizio di separazione erano contitolari di diversi titoli e somme di denaro e che il convenuto, nei mesi immediatamente successivi alla comparizione davanti al Presidente del Tribunale per la separazione, si era effettivamente appropriato di somme e titoli facenti parte della comunione legale e quindi a lui pertinenti solo nella misura del 50%. Illustrate le consistenze patrimoniali alla data del 5.9.1991 - data in cui era stato presentato il ricorso per separazione - il Tribunale rilevava che in dipendenza della cointestazione dei conti e dei libretti era onere del convenuto (dallo stesso non assolto) provare che si trattava di denaro di sua esclusiva proprietà; rilevava, altresì, che quanto ai titoli non cointestati, anche a voler sostenere che gli stessi erano stati acquistati con denaro personale del convenuto in quanto proveniente dai suoi redditi da lavoro, doveva trovare applicazione la regola di cui all'art. 177 c.c., lett. a), mentre non si configurava la fattispecie della c.d. comunione "de residuo" prevista dall'art. 177 c.c., comma 1, lett. c), configurando le obbligazioni, le azioni, i fondi comuni di investimento et similia un "investimento", ossia un "acquisto" come tale oggetto della comunione legale tra coniugi ai sensi dell'art. 177 c.c., lett. a). Il medesimo Tribunale, premesso che al momento della comparizione dei coniugi davanti al Presidente del Tribunale nel giudizio separativo, momento a decorrere dal quale cessava l'operatività del regime di comunione legale, l'ammontare complessivo del patrimonio comune era pari ad Euro 225.914,73, importo che il convenuto aveva distratto in suo favore, affermava che all'attrice andava riconosciuto il 50% di tale somma, maggiorata di interessi legali dalla data della domanda giudiziale. Riteneva inoltre che da tale somma capitale non potesse essere detratta la quota del 50% dell'importo, peraltro esiguo, di titoli che erano risultati intestati alla moglie alla medesima data (Azioni della Banca Popolare di Cividale per Euro 13.324,59), non avendo il P. proposto alcuna domanda di ripetizione.

Con sentenza del 7.12.2011 - 18.04.2012 la Corte di appello di Trieste, in parziale accoglimento del gravame proposto contro la sentenza definitiva n. 335/2010 dal P., lo condannava a corrispondere alla B. la minore somma di Euro 106.295,06 oltre interessi legali dalla domanda. Relativamente alle spese processuali, per il primo grado riaffermava le statuizioni adottate dal Tribunale mentre condannava l'appellante a rifondere all'appellata i due terzi di quelle inerenti al grado d'appello, compensate per il restante terzo, in ragione dell'esito finale della lite.

La Corte territoriale accoglieva solo l'ultimo dei quattro motivi dell'impugnazione, ritenen-



do:

- quanto al primo ed al terzo motivo, congiuntamente esaminati, che, benchè il Tribunale avesse non condivisibilmente affermato che l'operatività del regime di comunione legale era cessata al momento della comparizione dei coniugi dinanzi al Presidente del Tribunale, anzichè al momento del passaggio in giudicato della sentenza di separazione, la circostanza non comportava l'accoglimento del gravame, ma unicamente la conferma della sentenza con motivazione parzialmente diversa. Nella fattispecie l'operatività del regime di separazione legale era cessata il 3.6.1996 (con il deposito del ricorso in appello da parte del P., avente ad oggetto l'autonoma statuizione di addebito e quelle patrimoniali contenute nella sentenza n. 265/1996 emessa dal Tribunale di Udine, con acquiescenza ex art. 329 c.p.c., comma 2, nei confronti del capo di sentenza che aveva pronunciato la separazione); l'azione proposta dall'attrice trovando il suo fondamento nell'intervenuta distrazione dei beni mobili comuni da parte del marito, distrazione chiaramente allegata in atto di citazione di primo grado, non poteva essere qualificata come mera domanda di divisione, bensì anche - e prioritariamente - come domanda ex art. 192 c.c., comma 1, di rimborso alla comunione delle somme prelevate dal patrimonio comune per fini diversi dalle obbligazioni previste dall'art. 186 c.p.c.. Esattamente, pertanto, il patrimonio comune era stato motivatamente ricostruito dal CTU con riferimento alla data del 5.9.1991 - di presentazione da parte della B. del ricorso per separazione personale - prima delle "numerose operazioni di trasferimento di fondi e smobilizzo di investimenti" successivamente poste in essere dal P.. In tal modo, era stata ricostruita la consistenza patrimoniale della comunione, quale risultante - in esito ai rimborsi dovuti ex art. 192 c.c., comma 1, - alla data della sua cessazione (3.6.1996). Quanto alle disponibilità di denaro depositate nel conto corrente e nel libretto di risparmio, il Tribunale aveva esattamente rilevato - con affermazione dall'appellante non sottoposta a tempestiva censura - che essendo gli stessi cointestati, andava applicata la presunzione di comproprietà di cui all'art. 1298 c.c., non superata dal convenuto. Quanto, invece, alla rivendicata appartenenza dei titoli di cui si discute in causa alla comunione de residuo, condivisibilmente il Tribunale aveva aderito all'orientamento espresso in sede di legittimità. - Il secondo motivo d'appello era infondato. Il Tribunale aveva, infatti, rilevato che la CTU si era resa necessaria per una ricostruzione tecnica dei vari movimenti e spostamenti di disponibilità presso i diversi istituti bancari e non aveva avuto fini meramente esplorativi, posto che l'attrice, sin dall'atto di citazione, in via istruttoria aveva chiesto che venissero acquisite dalle banche le contabili relative alle varie operazioni, al fine di ricostruire le operazioni poste in essere negli anni immediatamente precedenti e successivi alla comparizione dei coniugi dinanzi al Presidente del Tribunale per la separazione.

Il quarto motivo d'appello era, invece, fondato. Poteva, invero, ritenersi che nella richiesta - contenuta in comparsa di costituzione di primo grado - di considerare facente parte della comunione legale il controvalore delle azioni della Banca Popolare di Cividale detenute dalla B. e vendute nel mese di agosto 1992 per L. 25.800.000, pari ad Euro 13.324,59, fosse ricompresa - e presupposta - la richiesta di restituzione alla comunione del predetto importo, ex art. 192 c.c., comma 1.

Avverso questa sentenza il P. ha proposto ricorso per cassazione affidato a quattro motivi illustrati da memoria e notificato il 28.11- 3.12.2012 alla B., che l'11.01.2013 ha resistito con controricorso.



Motivi della decisione

Preliminarmente in rito deve essere disattesa l'eccezione svolta dal P. d'inammissibilità del controricorso per inesistenza della relativa notificazione, in quanto attuata presso la Cancelleria di questa Corte di legittimità e non presso il suo indicato indirizzo di posta elettronica certificata.

Poichè nel ricorso il P. non aveva eletto domicilio in Roma ma indicato il suo indirizzo di posta elettronica certificata, in effetti, ai sensi dell'art. 366 c.p.c., comma 2, nel testo introdotto dalla legge n. 183 del 2011 applicabile *ratione temporis*, la notificazione del controricorso non sarebbe potuta validamente avvenire presso la Cancelleria di questa Corte, essendo tale formalità attualmente rituale solo se il ricorrente non solo non proceda all'elezione di domicilio in Roma ma inoltre non indichi il suo indirizzo postale certificato (cfr anche Cass. SU n.10143 del 2012; Cass. n. 26696 del 2013; Cass. n. 5457 del 2014), come invece era nel caso avvenuto. Tuttavia la notifica del controricorso erroneamente attuata dalla B. presso la Cancelleria di questa Corte deve ritenersi non inesistente ma nulla, essendo stata comunque compiuta con formalità irrituali ma consentite dalla legge per portare l'atto a conoscenza del destinatario, e, dunque, aventi un qualche collegamento con questo conseguentemente, malgrado l'invalidità della notifica, si rende applicabile il principio di cui all'art. 156 c.p.c., comma 3, secondo cui ove l'atto sia tempestivamente venuto a conoscenza del destinatario, la nullità non può essere dichiarata per il raggiungimento dello scopo (cfr Cass. n. 5457 del 2014). In effetti, nella specie la nullità conseguente alla notifica del controricorso deve ritenersi sanata per il fatto che il P. ha eccepito nella memoria solo l'inesistenza di tale notifica, perciò da lui evidentemente acquisita, e non ha nemmeno allegato di avere avuto conoscenza tardiva del controricorso, così dimostrando che la notifica in questione ha raggiunto il suo evidenziato scopo (cfr Cass. n. 3455 del 2007). A sostegno del ricorso il P. denuncia:

1. "Nullità del procedimento (art. 360 c.p.c., n. 4) per violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti (artt. 101 e 183 c.p.c.) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4. In subordine, nullità del procedimento per vizio di ultrapetizione (art. 112 c.p.c., in riferimento alla qualificazione della domanda introduttiva non come mera domanda di divisione, bensì come domanda ex art. 192 c.c., comma 1, di rimborso alla comunione delle somme da lui prelevate dal patrimonio comune.

Il motivo in tutte le sue articolazioni non merita favorevole apprezzamento.

I giudici d'appello hanno mantenuto ferma e non mutato "ex officio" la qualificazione resa dal Tribunale della domanda proposta dalla B. nei confronti del marito. In base al chiaro tenore letterale delle pretese dell'attrice, già il Tribunale aveva inteso la sua domanda introduttiva come domanda restitutoria pro quota dei beni che in tesi costituivano il patrimonio mobiliare comune e che il marito aveva sottratto dopo il 5.9.1991, data in cui era stato presentato il ricorso per separazione personale; di tale domanda i medesimi giudici d'appello si sono limitati a ribadire e chiarire in via esegetica l'articolato contenuto, non solo confermandone l'indole non prettamente divisoria (presumibilmente sostenuta dal P.), ma anche, senza alterare causa petendi e petitum, individuandone il fondamento normativo e precisando le implicazioni giuridiche e fattuali. Al riguardo oltre a confermare la soddisfatta necessità del previo giudicato separatizio, hanno irreprensibilmente sottolineato l'esigenza di accertare, sia pure in via induttiva, la reale consistenza del patrimonio in comunione legale tra i coniugi all'atto dello scioglimento di tale regime, ossia al 3.6.1996, data di formazione di detto giudicato, in tale limitata prospettiva certativa valorizzando, stante l'indebita suc-



cessiva distrazione dei beni comuni da parte del P., la composizione del compendio alla data anteriore del 5.09.1991, che i primi giudici avevano erroneamente pure assunto come legalmente rilevante ai fini divisorii e restitutori (cfr., tra le altre, Cass. n. 18564 del 2004).

Per tali ragioni, ancorate come detto alla confermata esegesi della domanda introduttiva ed all'individuazione delle relative implicazioni giuridiche, consentite dal principio *iura novit curia*, e, dunque, senza nemmeno che il *decisum* involgesse nuove questioni soggette a previa segnalazione alle parti o comportasse *ultrapetizione*, i giudici d'appello hanno sul punto corretto la motivazione dell'impugnata sentenza di primo grado e ritenuto recepibile, nonostante la discrepanza temporale, l'esito della svolta consulenza tecnica d'ufficio.

2. "Violazione dell'art. 2697 c.c., e artt. 61, 155 e 191 c.p.c., unitamente a insufficiente motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio" con riguardo al rigetto del secondo motivo d'appello inerente all'ammissione della C.T.U. ed al recepimento del relativo esito da parte del Tribunale, in tesi irrituali per essersi l'indagine posta in funzione di ricerca della prova e non come semplice supporto di natura tecnica per la conoscenza di elementi già acquisiti al processo.

Il motivo non ha pregio.

Premesso che l'esperimento di una consulenza tecnica d'ufficio al pari dell'adozione dell'ordine di esibizione, è rimesso, anche con riguardo alla tempistica, alla discrezionalità del giudice del merito, le proposte censure in parte si sostanziano in inammissibili, nuove o generiche ragioni di dissenso dall'assunzione di tale iniziativa da parte dei giudici di primo grado e dalla condivisione del relativo esito; per altro verso, i giudici d'appello appaiono avere puntualmente, plausibilmente e condivisibilmente chiarito le ragioni per le quali la consulenza tecnica contabile era stata legittimamente disposta dal Tribunale e non finalizzata alla ricerca di fatti, circostanze o elementi non allegati nè provati dalla B., con suo indebito esonero dall'onere di dimostrare quanto assumeva (in tema cfr., tra le altre, Cass. n.6155 del 1999; n. 20695 del 2013).

3. "Violazione degli artt. 177, 191, 192, 194 e 1298 c.c.", con conclusiva deduzione dell'erronea ricomprensione di beni di sua esclusiva pertinenza, essenzialmente costituiti da cespiti finanziari, tra quelli comuni ritenuti esistenti all'atto dello scioglimento della comunione legale, ossia al 3.6.1996.

Il motivo, in tutte le dedotte articolazioni, non è suscettibile di accoglimento.

Il ricorrente ripropone in parte doglianze da disattendere per le medesime ragioni di sfavorevole apprezzamento dei precedenti motivi;

per il resto prospetta inammissibili o infondate mere critiche e censure riferite alla sorte sia dei beni cointestati ad entrambe le parti che di quelli di cui figurava unico intestatario.

Dal contenuto dell'impugnata pronuncia emerge che la presunzione di contitolarità di cui all'art. 1298 c.c., è stata, pure per il profilo argomentativo, irreprensibilmente applicata solo in riferimento ai cespiti cointestati (conto corrente e libretto di risparmio), per cui le doglianze che tale presunzione involgono ed avversano con riguardo invece a quelli in titolarità del solo P. devono essere disattese, al pari di quelle che solo genericamente e con rilievi nuovi o comunque privi di decisività inammissibilmente involgono sia la conclusione negativa in ordine al superamento da parte del medesimo P. della presunzione in questione e sia la riconduzione alla comunione dei titoli acquisiti in costanza di matrimonio ed intestati soltanto a lui. D'altra parte anche la confermata espunzione dalla comunione de residuo dei titoli in questione e l'inclusione di essi nel novero di quelli contemplati dalla lettera a) (e non e)) dell'art. 177 c.c., appare ineccepibilmente in linea con l'orientamento giurisprudenziale



già espresso da questa Corte (cfr. Cass. n. 5172 del 1999; n. 21098 del 2007).

4. "Violazione degli artt. 91 e 336 c.p.c.", per essersi i giudici d'appello conclusivamente sottratti all'obbligo di rideterminare ex novo il regolamento delle spese di primo grado.

Il motivo deve essere disatteso giacchè i giudici d'appello non hanno tralasciato di riesaminare lo statuito regime delle spese di primo grado, pervenendone alla conferma pur considerando l'esito del grado d'appello.

Conclusivamente il ricorso del P. deve essere respinto, con condanna del soccombente al pagamento in favore della controricorrente delle spese del giudizio di legittimità, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il P. al pagamento in favore della B. delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in Euro 4.500,00 per compenso ed in Euro 200,00 per esborsi, oltre alle spese forfetarie ed agli accessori come per legge.

Ai sensi del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52, comma 5, in caso di diffusione della presente sentenza si devono omettere le generalità e gli altri dati identificativi delle parti.

Così deciso in Roma, il 26 settembre 2014.

Depositato in Cancelleria il 29 ottobre 2014



OBBLIGAZIONI E CONTRATTI – OBBLIGAZIONI SOLIDALI
CASS. CIV. SEZ. III, SENT., 20 OTTOBRE 2014, N. 22231

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. BERRUTI Giuseppe Maria - Presidente -
Dott. FRASCA Raffaele - Consigliere -
Dott. STALLA Giacomo Maria - rel. Consigliere -
Dott. CARLUCCIO Giuseppa - Consigliere -
Dott. VINCENTI Enzo - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 16371/2009 proposto da:

N.A. (OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZALE CLODIO 56, presso lo studio dell'avvocato FABRIZIO CASSELLA, rappresentato e difeso dall'avvocato DELLA MONICA GIUSEPPE giusta procura speciale a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

S.A. (OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE G. MAZZINI 146, presso lo studio dell'avvocato SPAZIANI TESTA EZIO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato GIUSEPPE ROMANO giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

e contro

D.P.M., SIRO.;

- intimati -

e contro

C.B., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA ATTILIO REGOLO 19, presso lo studio dell'avvocato CLAUDIO SERANGELI, rappresentato e difeso dall'avvocato GAETANO MAIO giusta istanza con firma autenticata dal cancelliere del Giudice di Pace di Mercato San Severino;

- resistente con istanza, ex art. 370 c.p.c., comma 1 -

avverso la sentenza n. 563/2009 della CORTE D'APPELLO di SALERNO, depositata il 15/06/2009, R.G.N. 460/2005;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 09/07/2014 dal Consigliere Dott. GIACOMO MARIA STALLA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GOLIA Aurelio, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

Svolgimento del processo

Nel dicembre 1995 C.B. proponeva opposizione avverso il decreto con il quale veniva ingiunto di pagare a N. D., titolare dell'omonima impresa edile, la somma di L. 5.742.118 a ti-



tolo di saldo di lavori di ristrutturazione edilizia.

Chiedeva che, revocato il decreto ingiuntivo, il N. venisse in via riconvenzionale condannato ad eliminare i vizi e difetti riscontrati nelle opere realizzate, con il risarcimento dei danni. Nella costituzione in giudizio del N. - che otteneva di chiamare in causa il progettista e direttore dei lavori ing. S. A., nonché il collaudatore ing. Si.Ma. - interveniva la sentenza n. 44/04 con la quale il tribunale di Salerno: - dichiarava cessata la materia del contendere, per intervenuta transazione, nel rapporto tra l'opponente C. ed i terzi chiamati S. e Si.; - revocava il decreto ingiuntivo; - in accoglimento della domanda riconvenzionale del C. sui vizi e difetti dell'opera, condannava il N. al pagamento a favore di quest'ultimo della somma, già rivalutata, di Euro 68.116,58, oltre interessi e spese; come risultante dall'intero debito, detratta la quota da lui ricevuta in forza dell'accordo transattivo stipulato con gli altri co-obbligati in solido.

Interposto appello da parte del N., veniva emessa la sentenza n. 563 del 15 giugno 2009 con la quale la corte di appello di Salerno rigettava il gravame.

Avverso tale sentenza viene dal N. proposto ricorso per cassazione sulla base di due motivi, ai quali resiste il S. con controricorso e memoria ex art. 378 c.p.c.; nessuna attività difensiva è stata in questa sede svolta dagli eredi del Si., deceduto in corso di causa.

Motivi della decisione

p.1.1 Con il primo motivo di ricorso il N. lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., artt. 1298 e 1304 c.c., atteso che la corte di appello, confermando in ciò la sentenza del tribunale, l'aveva condannato al pagamento dell'intero importo risarcitorio detratto quanto percepito dal C. in forza della transazione da questi conclusa con gli altri obbligati in solido. Nonostante che dalla corretta applicazione dell'articolo 1304 cc derivasse, in ipotesi di transazione parziale intercorsa tra il creditore ed alcuni soltanto degli obbligati in solido, non la permanenza ma lo scioglimento del vincolo di solidarietà; con la conseguenza che il condebitore non partecipe dell'accordo transattivo restava obbligato soltanto nei limiti della sua quota interna.

Con il secondo motivo di ricorso si deduce, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5), contraddittoria motivazione, poichè la sentenza di appello aveva, da un lato, affermato la permanenza del vincolo di solidarietà (tanto da richiamare il diritto di regresso del condebitore non partecipe dell'accordo transattivo) ma, dall'altro, confermato la sentenza del tribunale che l'aveva condannato non in qualità di condebitore solidale, ma quale debitore esclusivo, stante l'avvenuta cessazione della materia del contendere tra il C. ed i terzi chiamati.

p.1.2 I due motivi di ricorso sono suscettibili di trattazione unitaria perchè entrambi incentrati, nella prospettiva ora della violazione normativa ed ora del vizio motivazionale, sul mancato riconoscimento del limite di responsabilità del N. alla sola quota interna di solidarietà; nella specie pari ad un terzo dell'intero ammontare del debito risarcitorio.

Ancorchè non fosse richiesta di alcuna esplicita pronuncia di co-responsabilità solidale dei terzi chiamati (posto che la posizione di questi ultimi era stata ormai definita, fin dal primo grado di giudizio, con la cessazione della materia del contendere) la corte di appello (sent., pag. 10) ha tuttavia espressamente qualificato, nella motivazione, l'obbligazione dedotta in giudizio quale solidale; ma ciò ha fatto all'esclusivo fine di vagliare la censura del N. circa l'affermata limitazione della sua responsabilità fino alla concorrenza della quota interna di solidarietà.

Ciò esclude la contraddittorietà interna alla motivazione ovvero tra motivazione e dispositi-



vo - lamentata nella seconda censura, dal momento che l'affermazione di permanenza del vincolo solidale non contraddice di per sè la confermata condanna del N. nella sua qualità di unico condebitore ancora obbligato. Già il tribunale aveva infatti condannato quest'ultimo in tale veste, non perchè il debito non fosse originariamente solidale, ma perchè il vincolo di solidarietà non poteva nella specie esplicare più alcun effetto stante l'avvenuta definizione transattiva della lite nei confronti degli altri due co-obbligati; contro i quali il N. non aveva formulato domande specificamente relative al regresso nel rapporto interno di solidarietà.

Dunque, il fatto che alla ritenuta permanenza del vincolo solidale sia stata dal giudice di merito associata la condanna del solo N., non è significativo di contraddittorietà, ma di mero adeguamento del decisum alle domande proposte in giudizio dalle parti; a loro volta conseguenti al fatto che, sul piano sostanziale, il creditore aveva definito transattivamente la pretesa nei confronti degli altri co-obbligati, diversi dal N..

Venendo alla lamentata violazione normativa (oggetto specifico della prima censura), la corte di appello ha fatto sì richiamo all'art. 1304 c.c., comma 1, ma al fine di escludere la rilevanza di questa disposizione nell'ipotesi in cui la transazione non riguardi l'intero debito solidale, ma sia limitata al solo rapporto interno del co- debitore stipulante. Si tratta di ipotesi qui pacificamente ricorrente, dal momento che nemmeno il N. contesta la correttezza della qualificazione giuridica della transazione in oggetto in termini di transazione non sull'intero credito, ma soltanto sulla quota di spettanza dei coobbligati transigenti. Ciò comporta due conseguenze: - la prima è che il N. non potrebbe profittare dell'accordo transattivo (cosa che, del resto, non ha mai dichiarato di voler fare); - la seconda è che il vincolo di solidarietà si scioglie nel rapporto con il creditore (non anche nel rapporto interno di regresso, che non è però oggetto del giudizio), residuando quale debitore unico quello (appunto il N.) che non ha partecipato all'accordo transattivo.

Fin qua, le censure non colgono dunque nel segno.

Esse sono invece accoglibili nella parte in cui rilevano l'erroneo criterio di determinazione della quota residua di debito in concreto adottato dalla corte territoriale.

Resta infatti il problema di fondo di stabilire l'importo fino alla concorrenza del quale il N., a seguito della transazione dei co- obbligati, debba ritenersi responsabile.

Ora, nell'alternativa tra il criterio adottato dalla corte di appello (intero importo originariamente a debito, detratto quanto percepito dal creditore in forza della transazione), e quello proposto dal N. (limite invalicabile della sua quota interna di solidarietà), non può prescindersi dal sopravvenire in corso di causa della sentenza delle SSUU n. 30174 del 30/12/2011 le quali - decidendo, esattamente in termini con la presente fattispecie, in ipotesi di transazione non soggetta all'art. 1304 cc perchè relativa alla sola quota del debitore transigente - hanno stabilito il criterio per cui "(...) Qualora risulti che la transazione ha avuto ad oggetto solo la quota del condebitore che l'ha stipulata, il residuo debito gravante sugli altri debitori in solido è destinato a ridursi in misura corrispondente all'ammontare di quanto pagato dal condebitore che ha transatto solo se costui ha versato una somma pari o superiore alla sua quota ideale di debito; se invece il pagamento è stato inferiore alla quota che faceva idealmente capo al condebitore che ha raggiunto l'accordo transattivo, il debito residuo gravante sugli altri coobbligati deve essere ridotto in misura proporzionale alla quota di chi ha transatto".

Hanno osservato in motivazione le SSUU che "(...) Qualora, infatti, la transazione porti all'uscita di scena di uno dei debitori solidali, ma al tempo stesso alla soddisfazione del cre-



dito in misura minore rispetto alla quota ideale gravante su quel debitore (si faccia l'esempio di un credito verso tre condebitori solidali, d'importo pari a 90, e si ipotizzi che la transazione sulla quota di uno dei debitori abbia determinato il pagamento di 20), un conto è affermare che gli altri condebitori restano tenuti per l'ammontare non soddisfatto del credito (pari, nell'esempio fatto, a 10), altro è dire che il loro debito si riduce in misura proporzionale alla quota ideale del condebitore venuto meno (ciò che, nel suddetto esempio, legittimerebbe il creditore a pretendere dai condebitori esclusi dalla transazione solo 60)".

Sicchè, sul presupposto che la transazione parziaria non può nè condurre ad un incasso superiore rispetto all'ammontare complessivo del credito originario, nè determinare un aggravamento della posizione dei condebitori rimasti ad essa estranei, neppure in vista del successivo regresso nei rapporti interni, "il debito residuo dei debitori non transigenti è destinato a ridursi in misura corrispondente all'ammontare di quanto pagato dal condebitore che ha transatto solo se costui ha versato una somma pari o superiore alla sua quota ideale di debito. In caso contrario, se cioè il pagamento è stato inferiore alla quota che faceva idealmente capo al transigente, il debito residuo che resta tuttora a carico solidale degli altri obbligati dovrà essere necessariamente ridotto (non già di un ammontare pari a quanto pagato, bensì) in misura proporzionale alla quota di chi ha transatto, giacchè altrimenti la transazione provocherebbe un ingiustificato aggravamento per soggetti rimasti ad essa estranei".

Nel caso di specie, il debito risarcitorio originario è stato dal giudice di merito stabilito, già rivalutato, in L. 156.891.543, come da ctu; da tale importo il giudice di merito ha sottratto L. 25 milioni, pari all'importo oggetto della transazione intercorsa tra il C. ed i co-obbligati in solido diversi dal N.; ed ha quindi addebitato la differenza a quest'ultimo.

Tenuto conto che la quota complessivamente pagata dai (due) condebitori transigenti (L. 25 milioni) è inferiore alla somma delle loro quote ideali, deve dunque farsi qui applicazione - conformemente al suddetto insegnamento della SSUU - del criterio di determinazione del debito residuo dell'obbligato non transigente mediante sua riduzione "in misura proporzionale alla quota di chi ha transatto".

La sentenza impugnata va quindi cassata con rinvio ad altra sezione della corte di appello Salerno; quest'ultima rideterminerà il debito residuo del N. facendo applicazione del principio di diritto come stabilito dalla su citata sentenza delle SSUU 30174/11.

Ne segue l'accoglimento del ricorso, con rinvio ad altra sezione della corte di appello di Salerno, anche per le spese del presente procedimento.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso;

cassa e rinvia, anche per le spese, ad altra sezione della corte di appello di Salerno.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Terza Civile, il 9 luglio 2014.

Depositato in Cancelleria il 20 ottobre 2014



OBBLIGAZIONI E CONTRATTI – NEGOZIO GIURIDICO – COLLEGAMENTO NEGOZIALE
CASS. CIV. SEZ. III, SENT., 10 OTTOBRE 2014, N. 21417

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. SEGRETO Antonio - Presidente -
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Consigliere -
Dott. CARLUCCIO Giuseppa - rel. Consigliere -
Dott. CIRILLO Francesco Maria - Consigliere -
Dott. ROSSETTI Marco - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 2206/2011 proposto da:

ONORANZE FUNEBRI LEDRENSI SAS DI CELLANA ENRICA & C (OMISSIS), in
persona del legale rappresentante pro tempore, sig.ra C. E., elettivamente domiciliata in
ROMA, VIA CONFALONIERI 5, presso lo studio dell'avv. MANZI LUIGI che la rap-
presenta e difende giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

POKER DI FIORI DI TITTA EDDI E C SNC;

- intimata -

avverso la sentenza n. 224/2010 della CORTE D'APPELLO di TRENTO, depositata il
15/07/2010 R.G.N. 322/2008;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 07/07/2014 dal Consigliere
Dott. GIUSEPPA CARLUCCIO;

udito l'Avvocato SALVATORE DI MATTIA per delega;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GIACALONE Giovanni,
che ha concluso per l'accoglimento del 1 motivo di ricorso, assorbiti gli altri.

Svolgimento del processo

1. La Onoranze Funebri Ledrensi sas di Cellana Enrica & C. e la Poker di fiori di Titta Eddi & C. snc stipularono contestualmente (il 27 dicembre 2000) tre contratti. Con il primo, denominato "contratto di affitto di ramo di azienda" la Poker concesse in affitto alle Onoranze funebri il "ramo d'azienda" costituito dal commercio di forniture funebri e dalla agenzia di pompe funebri, escluso l'uso dei beni immobili aziendali, per la durata di un anno (l'intero 2001), non prorogabile e senza possibilità di recesso anticipato. Con il secondo, denominato "scrittura privata di promessa di vendita", premesso il precedente contratto di affitto, la Poker promise di vendere a Onoranze funebri e quest'ultima promise di acquistare alla scadenza del precedente contratto di affitto il "ramo di azienda" affittato contemporaneamente, stabilendo il prezzo a corpo; in caso di inadempimento, si prevede la possibilità di richiederne l'esecuzione o una penale doppia alla caparra. Sempre contestualmente, la Poker vendette alla Onoranze funebri tutta l'attrezzatura aziendale (autocarro e merci in gi-



cenza), come risultante da fatture. Ed inoltre, le parti stipularono un accordo commerciale accessorio per la durata di cinque anni, con il quale la Onoranze funebri si impegnava a non commerciare fiori e ad acquistare quelli necessari per la gestione dell'azienda dalla Poker e la Poker si impegnava a fornirli ai prezzi correnti e a non svolgere attività concorrente con quella ceduta.

Sulla base di previsione contenuta nel contratto, si svolse un arbitrato irrituale in ordine al "contratto di affitto di ramo di azienda", che si concluse (lodo del novembre 2005): con il rigetto della domanda di nullità dello stesso, avendo ad oggetto oltre che le licenze amministrative (rimaste intestate alla Poker) anche l'avviamento; con l'accertamento della tacita proroga sino al dicembre 2004 e dei canoni maturati sino all'epoca; con l'accertamento di somme già corrisposte dalla Onoranze funebri alla Poker e della debenza del residuo da parte della prima alla seconda.

2. Su richiesta della Poker, il Presidente del Tribunale di Trento ingiunse alla Onoranze Funebri il pagamento della somma di oltre Euro 21 mila, quale credito accertato dal lodo arbitrale irrituale.

L'opposizione proposta da Onoranze funebri fu rigettata.

Il Tribunale rigettò la domanda di nullità del lodo proposta da Onoranze Funebri e non prese in considerazione, ritenendole implicitamente assorbite, le altre domande concernenti il contratto preliminare di vendita, che esulavano dalla competenza degli arbitri e sulle quali questi non si erano pronunciati.

La Corte di appello, adita da Onoranze Funebri, con sentenza parziale, rigettò tutte le censure attinenti al lodo capi a), b) e c); ndr i capoversi del dispositivo, per chiarezza espositiva, sono stati contrassegnati da lettere dell'alfabeto da a) a g)); esaminando le domande della Onoranze relative al preliminare di vendita del ramo di azienda e poste in via gradatamente subordinata - nullità o simulazione, risoluzione per inadempimento, accertamento di inefficacia per sopravvenuta risoluzione consensuale, e relative restituzioni delle somme versate in esecuzione del contratto - le rigettò (capi da d) a g).

Con separata ordinanza, si dispose l'istruttoria per l'accertamento delle somme versate dalla Onoranze alla Poker, in più rispetto all'ammontare della caparra penitenziale prevista nel preliminare e riconosciuta spettante dalla sentenza parziale, che aveva ritenuto legittimo il recesso della Poker.

La sentenza definitiva, in esito all'istruttoria espletata, ritenuto pacifico che la Poker avesse incassato poco più di Euro 54.000,00 e ritenuto non provato l'ulteriore versamento di oltre Euro 7.000,00, individuò il credito restitutorio nella differenza tra quanto ricevuto in più dalla Poker rispetto alla caparra penitenziale ad essa spettante, da porre in compensazione con il credito della Poker di cui al decreto ingiuntivo, derivante dal lodo arbitrale relativo al contratto di affitto di "ramo d'azienda". Quindi, revocato il decreto ingiuntivo, individuò il credito restitutorio spettante alla Onoranze Funebri, operata la compensazione con il credito della Poker derivante dal lodo e, quindi, dal decreto ingiuntivo, condannò la Onoranze Funebri al pagamento di oltre Euro 18.000, con accessori.

Poi, dato atto del pagamento da Onoranze Funebri alla Poker per effetto della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo, condannò la Poker al pagamento della differenza tra la somma ricevuta e quanto dovutole dalle Onoranze Funebri.

3. La Onoranze Funebri Ledrensi sas di Cellana Enrica & C. propone ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi, avverso le sentenze, sia parziale che definitiva, pronunciate dalla Corte di appello di Trento, rispettivamente in data 30 novembre 2009 e 15 luglio



2010.

La Poker, ritualmente intimata, non svolge difese.

Motivi della decisione

1. E' preliminare la verifica della ritualità e tempestività dell'impugnazione avverso la sentenza parziale e avverso la sentenza definitiva.

Costituisce principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità quello secondo cui "In tema di impugnazioni civili ed in ipotesi di sentenza non definitiva pronunciata ai sensi dell'art. 279 c.p.c., comma 2, n. 4, l'effetto riconducibile all'omessa riserva di impugnazione nel termine fissato dall'art. 361 c.p.c., non è quello della decadenza del soccombente dal potere di impugnare la sentenza, ma quello più limitato della preclusione circa la facoltà di esercizio dell'impugnazione differita. Ne consegue che la sentenza non definitiva può essere correttamente impugnata entro gli ordinari termini di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c., (Cass. 8 aprile 2004, n. 6951, di recente, Cass. 9 gennaio 2007, n. 212).

1.1. Nella specie, la sentenza parziale - rispetto alla quale non era stata proposta riserva di impugnazione - è stata ritualmente impugnata, unitamente alla sentenza definitiva nel termine lungo previsto dall'art. 327, comprensivo del periodo di sospensione feriale, in mancanza di notifica delle stesse sentenze (sentenza parziale del 30 novembre 2009, sentenza definitiva del 15 luglio 2010, ricorso per cassazione avverso entrambe, del quale è stata effettuata la richiesta di notifica il 13 gennaio 2011).

2. Con il primo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1322, 1325, 1418 e 1344 c.c., dell'art. 8 del T.U. di pubblica sicurezza, dell'art. 112 c.p.c., unitamente a tutti i vizi motivazionali.

Si censura quella parte della sentenza parziale che ha escluso la nullità del contratto preliminare di vendita di "ramo di azienda".

Si sostiene che sarebbe stata esclusa la nullità, erroneamente, nonostante oggetto dello stesso, emergente proprio dal collegamento dei contratti, fossero le licenze e l'avviamento e non il ramo di azienda. A tal fine, la ricorrente deduce la nullità del preliminare di vendita del ramo di azienda per inesistenza dell'oggetto indicato nel nomen iuris, tenuto conto: - che l'azienda promessa non esisteva, essendo stata già venduta l'attrezzatura aziendale (autocarro e merci in giacenza), ed essendo espressamente escluso dal contratto l'immobile in cui l'azienda era esercitata; - che oggetto dello stesso non potevano essere le "licenze di esercizio" atteso che il contratto sarebbe stato nullo: per contrasto con norme imperative (art. 8 TULPS), le quali vietano la trasmissione delle stesse; ovvero per illiceità della causa ex art. 1344 c.c., perchè le parti sotto l'apparenza della promessa di vendita di azienda avrebbero compromesso di vendere le licenze; - che l'oggetto non poteva essere costituito dal solo avviamento, non cedibile separatamente dall'azienda, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità.

Aggiunge che la Corte di merito aveva errato nel ritenere avvenuto il trasferimento del ramo di azienda attraverso i diversi contestuali contratti collegati. In particolare, non avrebbe potuto individuare un collegamento negoziale in mancanza di domanda in tal senso, così violando l'art. 112 c.p.c.; comunque, non avrebbe potuto ritenere il collegamento sulla base solo della contestualità della data, senza indagare il nesso teologico tra i negozi (requisito oggettivo) e il comune intento delle parti di perseguire non solo l'effetto tipico di ciascuno ma anche la realizzazione di un fine ulteriore (requisito soggettivo); comunque, non avrebbe spiegato le ragioni per cui dal collegamento negoziale risulterebbe un trasferimento di



azienda.

Invece, secondo la prospettazione della ricorrente, proprio dal collegamento negoziale - nel quale emerge la vendita separata della dotazione materiale dell'azienda - risulterebbe la non esistenza della azienda promessa in vendita e la coincidenza dell'oggetto del contratto con le licenze commerciali (n.d.r. e con l'avviamento).

2.1. La sentenza parziale della Corte di appello ha rigettato la domanda di nullità del contratto preliminare di vendita di ramo di azienda, prospettata sotto il profilo della mancanza dell'oggetto, ritenendo che l'oggetto emergeva dal collegamento tra i tre contratti. Secondo il giudice di merito, all'esito dell'intersecarsi degli effetti dei tre contratti - l'affitto dell'azienda per un anno contemporaneamente alla vendita dei beni aziendali al conduttore e alla promessa di vendita con l'obbligo di stipulare il contratto definitivo alla fine dell'anno di affitto - veniva trasferita l'intera azienda, comprensiva dei beni materiali e immateriali e non solo le "licenze amministrative (ovviamente non cedibili con atti tra privati)".

2.2. Il motivo va accolto nei limiti precisati.

Ai fini dell'accoglimento della censura rilevano due profili. Da un lato il preliminare di vendita del ramo di azienda è nullo per mancanza dell'oggetto, che avrebbe dovuto essere costituito dal complesso dei beni aziendali materiali e immateriali, essendo invece l'oggetto costituito dal solo avviamento, non autonomamente cedibile.

Dall'altro, l'esistenza dell'oggetto del contratto di promessa di vendita di ramo d'azienda non può ricavarsi dall'interazione degli effetti dei contratti contestuali collegati qualora, come nella specie, alcuni di questi non siano nulli, altrimenti, il collegamento negoziale finirebbe per essere un mezzo per eludere la nullità del singolo contratto collegato; con la conseguenza che, al contrario di quanto ritenuto dal giudice del merito, il collegamento negoziale non è idoneo a consentire di ritenere esistente l'oggetto costituito dal trasferimento del ramo di azienda.

2.3. Con riferimento al primo profilo, va rilevato che, per ritenere integrata la nullità del contratto in argomento (artt. 1418 e 1325 c.c.) stante la mancanza dell'oggetto, costituito dal complesso dei beni materiali e immateriali, basta rilevare la sicura separata e contestuale cessione dell'intera attrezzatura aziendale (autocarro e merci in giacenza), mancando ogni prova in ordine all'esistenza di altri beni aziendali diversi da quelli ceduti separatamente, in una con l'espressa esclusione dal contratto dell'immobile in cui l'azienda era esercitata. Con la conseguenza che, oggetto effettivo della promessa di vendita risulta il solo avviamento, quale bene immateriale, che invece, secondo antica e non smentita, giurisprudenza di legittimità, non è autonomamente cedibile.

Ed infatti, si sostiene che, costituendo l'avviamento l'attitudine dell'azienda a funzionare e a produrre utili, non può essere concepito al di fuori dell'azienda, nè può essere considerato o trasferito separatamente da questa e la sua cessione si accompagna necessariamente alla cessione della azienda, della quale non è un elemento ma una qualità (Cass. 21 luglio 1967, n. 1889, Cass. 24 giugno 1968, n. 2110; Cass. 6 ottobre 1972, n. 2857).

Invece, ai nostri fini, diventa irrilevante che, secondo la censura avanzata dalla ricorrente, oggetto dello stesso contratto non potevano essere le "licenze di esercizio", atteso che il contratto sarebbe stato nullo: per contrasto con norme imperative (art. 8 TULPS), le quali vietano la trasmissione delle stesse; ovvero per illiceità della causa ex art. 1344 c.c., perchè le parti sotto l'apparenza della promessa di vendita di azienda avrebbero compromesso di vendere le licenze.

Nella direzione dell'irrelevanza di tale profilo ai fini della nullità del contratto, militano due



osservazioni.

La prima è che dalla promessa di vendita (parzialmente riprodotta nel ricorso e indicata, in conformità alle prescrizioni dell'art. 366 c.p.c., n. 6, come doc. 2 nel fascicolo della ricorrente) risulta che nella stessa era presente il patto con cui il promittente venditore si obbligava nei confronti del promittente acquirente a prestare il suo consenso, o comunque a compiere l'attività necessaria, per consentirgli di ottenere una nuova "licenza"; patto ritenuto costantemente valido dalla giurisprudenza di legittimità, essendo un tale impegno finalizzato non alla violazione del principio della personalità della "licenza", bensì alla sua osservanza (ex multis, Cass. 15 settembre 1986, n. 5600). La seconda è che negli ultimi anni, nella giurisprudenza di legittimità si è andato affermando il principio che l'autorizzazione amministrativa all'esercizio di un'attività di impresa ha carattere personale e non è proprio riconducibile tra i beni che compongono l'azienda (Cass. 6 febbraio 2004, n. 2240), traendone la conseguenza che nel caso in cui l'azienda sia ceduta, il relativo contratto non può ritenersi, di per sé, nullo per violazione del principio di intrasferibilità delle autorizzazioni (Cass. 16 ottobre 2006, n. 22112).

2.4. Con riferimento al secondo profilo, è necessaria una premessa prima di soffermarsi sui contratti collegati.

2.4.1. Non rileva la censura in cui si lamenta che il giudice del merito non avrebbe potuto ritenere il collegamento sulla base solo della contestualità della data, senza indagare il nesso teologico tra i negozi (requisito oggettivo) e il comune intento delle parti di perseguire non solo l'effetto tipico di ciascuno, ma anche la realizzazione di un fine ulteriore (requisito soggettivo); indagine richiesta dalla giurisprudenza della Corte e rientrante tra i compiti esclusivi proprio del giudice di merito, il cui apprezzamento non è sindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici (ex multis, Cass. 17 maggio 2010, n. 11974). Infatti, anche se il giudice non ha motivato su tali profili, il collegamento negoziale può ritenersi pacifico nella causa, atteso che la stessa ricorrente si muove nell'ottica del collegamento dei contratti per affermare l'assenza dell'oggetto nel preliminare di vendita, dato il contratto collegato di cessione dei beni aziendali.

2.4.2. In tema di collegamento tra contratti, costituisce principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità, quello secondo cui, il collegamento negoziale - cui le parti, nell'esplicazione della loro autonomia possono dar vita con manifestazioni di volontà espresse in uno stesso contesto - non dà luogo ad un nuovo ed autonomo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi. Pertanto, anche quando il collegamento determini un vincolo di reciproca dipendenza tra i contratti, ciascuno di essi si caratterizza in funzione di una propria causa e conserva una distinta individualità giuridica (ex multis, Cass. 10 luglio 2008, n. 18884). La conseguenza che se ne trae è che, in caso di collegamento funzionale tra più contratti, gli stessi restano soggetti alla disciplina propria del rispettivo schema negoziale, mentre la loro interdipendenza produce una regolamentazione unitaria delle vicende relative alla permanenza del vincolo contrattuale, per cui essi "simul stabunt, simul cadent" (Cass. 22 marzo 2013, n. 7255). Ciò comporta che se un contratto è nullo, la nullità si riflette sulla permanenza del vincolo negoziale relativamente agli altri contratti.

2.4.3. Ma, non è vero l'inverso. Se un contratto è nullo il collegamento negoziale con altri contratti non nulli non comporta la validità dell'intero complesso dei contratti collegati.



Infatti, il riflesso della nullità di un contratto sulla permanenza del vincolo negoziale relativamente agli altri contratti collegati, ma con individualità autonoma, costituendo l'effetto dell'essenza del collegamento negoziale dato dalla naturale interdipendenza dei contratti collegati, non può essere impedito dalla circostanza che per ragioni estranee al fenomeno contrattuale alcuni di questi contratti siano non nulli. Come nella specie, nella quale il contratto di affitto del ramo di azienda risulta non nullo, per effetto del giudicato formatosi sulla statuizione emessa in sede di arbitrato irrituale, e il contratto di vendita dei beni aziendali risulta non nullo, perchè mai contestato in sede giudiziale.

Se si ammettesse che il collegamento negoziale tra un contratto nullo (nella specie promessa di vendita) e gli altri contratti collegati non nulli (nella specie affitto di ramo di azienda e vendita dei beni aziendali) comportasse la validità dell'intero complesso dei contratti collegati, il collegamento tra contratti finirebbe con l'operare come mezzo per eludere la nullità del singolo contratto.

E, nel caso di specie, legittimerebbe il risultato economico, cui le parti ragionevolmente miravano, di consentire l'esercizio di fatto per un anno dell'azienda da parte di persona diversa, cui i beni strumentali era stati ceduti, con l'autorizzazione amministrativa ancora intestata al cedente, ricevendo il corrispettivo per tale esercizio, con l'impegno del cedente ad adoperarsi e a non opporsi al trasferimento delle autorizzazioni amministrative nel momento in cui il cessionario avrebbe pagato l'avviamento; così ponendo in essere un contratto il cui unico oggetto era l'avviamento, essendo già stati ceduti i beni aziendali e non rientrando tra i beni aziendali l'autorizzazione amministrativa all'esercizio di un'attività di impresa. Ne consegue che il collegamento tra i contratti considerati non può essere utilizzato per ritenere - come finisce con il fare il giudice di merito - che insieme all'avviamento furono trasferiti i beni e le attrezzature e quindi, per l'interazione degli effetti tra i contratti collegati, il contratto avesse per oggetto la promessa di vendita del ramo di azienda.

3. Dall'accoglimento del primo motivo e conseguente dichiarazione di nullità del preliminare di vendita, deriva l'assorbimento dei restanti motivi di ricorso, logicamente subordinati perchè presuppongono la validità del preliminare di vendita ritenuto nullo.

Con essi, infatti, si censura la sentenza parziale (con tutti i motivi) e la sentenza definitiva nella parte in cui richiama la sentenza parziale (solo con il secondo motivo), sul presupposto della validità del contratto preliminare di vendita di ramo d'azienda, prospettando l'erroneità della decisione che riconosce il diritto della Poker alla caparra penitenziale (secondo e terzo motivo) e che rigetta la domanda della Onoranze Funebri di risoluzione dello stesso contratto per inadempimento della Poker (quarto motivo).

3.1. Per effetto dell'accoglimento del primo motivo di ricorso, che comporta la nullità del contratto preliminare di vendita del ramo d'azienda, la sentenza parziale è cassata limitatamente ai capoversi del dispositivo ndr, contrassegnati da lettere dell'alfabeto per chiarezza espositiva da a) a g) rispondenti alle lett. d), e) ed f), relativi alla promessa di vendita; restano fermi i capoversi del dispositivo, concernenti il contratto di affitto, cui inerisce il credito portato dal decreto ingiuntivo a), b), c), e concernenti l'accordo commerciale g), non oggetto di censura in questa sede, dovendo restare esclusi dal giudizio in sede di rinvio i capi non impugnati; è cassata, inoltre, per quanto di ragione, la sentenza definitiva che aveva per presupposto la validità del preliminare di vendita, fermi restando - ai fini delle restituzioni - gli accertamenti delle somme versate da Onoranze Funebri alla Poker sulla base del contratto ora dichiarato nullo e non oggetto di censura in questa sede.

In sintesi, il giudice del rinvio, che liquiderà anche le spese processuali del giudizio di cassa-



zione, individuerà le restituzioni conseguenti alla nullità del preliminare di vendita, fermo restando quanto accertato dalla sentenza definitiva, in ordine agli importi versati a tale titolo dalla Onoranze Funebri alla Poker e non oggetto di impugnazione in questa sede, e fermo restando quanto stabilito dalla sentenza parziale rispetto al contratto di affitto, cui inerisce il credito portato dal decreto ingiuntivo, e rispetto al rigetto della domanda concernente l'accordo commerciale, non censurati con il ricorso per cassazione.

P.Q.M.

LA CORTE DI CASSAZIONE accoglie il primo motivo di ricorso e dichiara assorbiti i restanti motivi; cassa in relazione la sentenza parziale e la sentenza definitiva; rinvia, anche per le spese processuali del giudizio di cassazione, alla Corte di appello di Trento, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 7 luglio 2014.

Depositato in Cancelleria il 10 ottobre 2014.



SENTENZA DELLA CORTE (GRANDE SEZIONE) DEL 3 SETTEMBRE 2014 (DOMANDA DI PRONUN-
CIA PREGIUDIZIALE PROPOSTA DALLO HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL - BELGIO) – JOHAN
DECKMYN, VRIJHEIDSFONDS VZW / HELENA VANDERSTEEN
E A. (CAUSA C-201/13)¹

(Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2001/29/CE – Diritto d’autore e diritti connessi – Diritto di riproduzione – Eccezioni e limitazioni – Nozione di “parodia” – Nozione autonoma del diritto dell’Unione)

Lingua processuale: il neerlandese

Giudice del rinvio

Hof van beroep te Brussel

Parti

Ricorrente: Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW

Convenute: Helena Vandersteen, Christiane Vandersteen, Liliana Vandersteen, Isabelle Vandersteen, Rita Dupont, Amoras II CVOH, WPG Uitgevers België

Dispositivo

L’articolo 5, paragrafo 3, lettera k), della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull’armonizzazione di taluni aspetti del diritto d’autore e dei diritti connessi nella società dell’informazione, dev’essere interpretato nel senso che la nozione di «parodia» di cui a tale disposizione costituisce una nozione autonoma del diritto dell’Unione.

L’articolo 5, paragrafo 3, lettera k), della direttiva 2001/29 dev’essere interpretato nel senso che la parodia ha come caratteristiche essenziali, da un lato, quella di evocare un’opera esistente, pur presentando percettibili differenze rispetto a quest’ultima, e, dall’altro, quella di costituire un atto umoristico o canzonatorio. La nozione di «parodia», ai sensi di detta disposizione, non è soggetta a condizioni in base alle quali la parodia dovrebbe mostrare un proprio carattere originale, diverso dalla presenza di percettibili differenze rispetto all’opera originale parodiata, dovrebbe poter essere ragionevolmente attribuita ad una persona diversa dall’autore stesso dell’opera originale, dovrebbe essere incentrata proprio sull’opera originale o dovrebbe indicare la fonte dell’opera parodiata.

Ciò premesso, l’applicazione, in una situazione concreta, dell’eccezione per parodia, ai sensi dell’articolo 5, paragrafo 3, lettera k), della direttiva 2001/29, deve rispettare un giusto equilibrio tra, da un lato, gli interessi e i diritti delle persone indicate agli articoli 2 e 3 di tale direttiva e, dall’altro, la libertà di espressione dell’utente di un’opera protetta, il quale si avval-

¹ GU C 189 del 29.6.2013.



ga dell'eccezione per parodia ai sensi del citato articolo 5, paragrafo 3, lettera k).

Spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tutte le circostanze del caso di specie, se – partendo dal presupposto che il disegno di cui al procedimento principale presenti le suddette caratteristiche essenziali della parodia – l'applicazione dell'eccezione per parodia, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera k), della direttiva 2001/29, rispetti tale giusto equilibrio.



VATERSCHAFTSANFECHTUNG

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, Beschluss vom 11 dicembre 2013 – 1 BvL 6/10

- 1) Die Regelung der behördlichen Vaterschaftsanfechtung (§ 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB) ist als absolut verbotene Entziehung der Staatsangehörigkeit anzusehen (Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG), weil der mit der Behördenanfechtung verbundene Wegfall der Staatsangehörigkeit durch die Betroffenen teils gar nicht, teils nicht in zumutbarer Weise beeinflussbar ist.
- 2) Die Regelung genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen sonstigen Verlust der Staatsangehörigkeit (Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG), weil sie keine Möglichkeit bietet, zu berücksichtigen, ob das Kind staatenlos wird, und weil es an einer dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts genügenden Regelung des Staatsangehörigkeitsverlusts sowie an einer angemessenen Fristen- und Altersregelung fehlt.
- 3) Verfassungsrechtliche Elternschaft (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) besteht bei einer durch Anerkennung begründeten rechtlichen Vaterschaft auch dann, wenn der Anerkennende weder der biologische Vater des Kindes ist noch eine sozial-familiäre Beziehung zum Kind begründet hat. Allerdings hängt die Intensität des verfassungsrechtlichen Schutzes davon ab, ob die rechtliche Vaterschaft auch sozial gelebt wird.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

-1 BvL 6/10



**Im Namen des Volkes
*In dem Verfahren
zur verfassungsrechtlichen Prüfung,***

ob § 1600 Abs. 1 Nr. 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung des Gesetzes zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft vom 13. März 2008 (Bundesgesetzblatt I Seite 313) in Verbindung mit Art. 229 § 16 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch in der Fassung des Gesetzes zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft vom 13. März 2008 (Bundesgesetzblatt I Seite 313) mit dem Grundgesetz vereinbar ist,

- Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Amtsgerichts Hamburg-Altona vom 15. April 2010 (350 F 118/09) -

hat das Bundesverfassungsgericht - Erster Senat - unter Mitwirkung der Richterinnen und Richter



Vizepräsident Kirchhof,
Gaier,
Eichberger,
Schluckebier,
Masing,
Paulus,
Baer,
Britz

am 17. Dezember 2013 beschlossen:

§ 1600 Absatz 1 Nummer 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung des Gesetzes zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft vom 13. März 2008 (Bundesgesetzblatt I Seite 313) und Artikel 229 § 16 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch in der Fassung des Gesetzes zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft vom 13. März 2008 (Bundesgesetzblatt I Seite 313) verstoßen gegen Artikel 16 Absatz 1, gegen Artikel 6 Absatz 2 Satz 1, gegen Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 6 Absatz 2 Satz 1 und gegen Artikel 6 Absatz 1 des Grundgesetzes und sind **nichtig**.

Gründe:

A. Die Vorlage betrifft die Frage, ob die Regeln zur sogenannten Behördenanfechtung, welche die Vaterschaft und die durch Vaterschaftsanerkennung begründete deutsche Staatsangehörigkeit des Kindes rückwirkend entfallen lässt, mit dem Grundgesetz vereinbar sind.

[2] I. 1. Das in § 1600 ff. BGB geregelte Recht der Vaterschaftsanfechtung wurde im Jahr 2008 um die hier zu überprüfenden Regeln zur Behördenanfechtung ergänzt. Hintergrund war der Eindruck des Gesetzgebers, dass das im Familienrecht gezielt voraussetzungsarm ausgestaltete Instrument der Vaterschaftsanerkennung (§ 1592 Nr. 2 BGB) in bestimmten Konstellationen zur Umgehung der gesetzlichen Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts genutzt wird. Die Regelungen der Vaterschaftsanerkennung lassen es zu, die Vaterschaft für ein ausländisches Kind anzuerkennen, um beim Kind den automatischen Abstammungserwerb der deutschen Staatsangehörigkeit nach § 4 Abs. 1 oder 3 des Staatsangehörigkeitsgesetzes (im Folgenden: StAG) herbeizuführen und so mittels Familiennachzugs nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 des Aufenthaltsgesetzes (Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet, im Folgenden: AufenthG) ein Aufenthaltsrecht des ausländischen Elternteils zu begründen oder zu stärken (vgl. BTDrucks 16/3291, insbesondere S. 1 f., 9 und 11).

[3] 2. a) Die Anfechtungsberechtigung der Behörde und die materiellen Anfechtungsvoraussetzungen sind in § 1600 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 und 4 BGB geregelt:

"§ 1600 BGB

(1) Berechtigt, die Vaterschaft anzufechten, sind: [...]

5. die zuständige Behörde (anfechtungsberechtigte Behörde) in den Fällen des § 1592 Nr. 2.

(3) Die Anfechtung nach Absatz 1 Nr. 5 setzt voraus, dass zwischen dem Kind und dem Anerkennenden keine sozial-familiäre Beziehung besteht oder im Zeitpunkt der Anerkennung oder seines Todes bestanden hat und durch die Anerkennung rechtliche Voraus-



setzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes oder eines Elternteils geschaffen werden.

(4) Eine sozial-familiäre Beziehung nach den Absätzen 2 und 3 besteht, wenn der Vater im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 zum maßgeblichen Zeitpunkt für das Kind tatsächliche Verantwortung trägt oder getragen hat. Eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung liegt in der Regel vor, wenn der Vater im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 mit der Mutter des Kindes verheiratet ist oder mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat."

[4] b) Die Anfechtungsfristen und der Beginn der Anfechtungsfrist sind in § 1600b BGB geregelt:

"§ 1600b BGB

(1) Die Vaterschaft kann binnen zwei Jahren gerichtlich angefochten werden. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Berechtigte von den Umständen erfährt, die gegen die Vaterschaft sprechen; das Vorliegen einer sozial-familiären Beziehung im Sinne des § 1600 Abs. 2 erste Alternative hindert den Lauf der Frist nicht.

(1a) Im Fall des § 1600 Abs. 1 Nr. 5 kann die Vaterschaft binnen eines Jahres gerichtlich angefochten werden. Die Frist beginnt, wenn die anfechtungsberechtigte Behörde von den Tatsachen Kenntnis erlangt, die die Annahme rechtfertigen, dass die Voraussetzungen für ihr Anfechtungsrecht vorliegen. Die Anfechtung ist spätestens nach Ablauf von fünf Jahren seit der Wirksamkeit der Anerkennung der Vaterschaft für ein im Bundesgebiet geborenes Kind ausgeschlossen; ansonsten spätestens fünf Jahre nach der Einreise des Kindes.

(2) Die Frist beginnt nicht vor der Geburt des Kindes und nicht, bevor die Anerkennung wirksam geworden ist."

[5] c) Die Überleitungsvorschrift lautet:

"Art. 229 § 16 EGBGB

Im Fall der Anfechtung nach § 1600 Abs. 1 Nr. 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs beginnt die Frist für die Anfechtung gemäß § 1600b Abs. 1a des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht vor dem 1. Juni 2008."

[6] II. Die zu überprüfenden Regelungen sind Teil des Abstammungsrechts (§§ 1591 ff. BGB), das die rechtliche Zugehörigkeit eines Kindes zu seinen Eltern regelt.

[7] 1. Nach § 1592 BGB ist Vater eines Kindes der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist (Nr. 1), der die Vaterschaft anerkannt hat (Nr. 2) oder dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt wurde (Nr. 3). Eine behördliche Anfechtung der Vaterschaft kommt nach § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB nur in Betracht, wenn die Vaterschaft durch Vaterschaftsanerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB begründet wurde. Die Anerkennung begründet die Vaterschaft mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Geburt (vgl. Rauscher, in: Staudinger BGB, 2011, §§ 1589-1600d, § 1594, Rn. 9; Schmidt-Recla, in: Soergel BGB, Band 19/1, 13. Aufl. 2012, § 1594, Rn. 14; Wellenhofer, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, 6. Aufl. 2012, § 1594, Rn. 16). Materiellrechtliche Voraussetzung der Vaterschaftsanerkennung ist nach § 1594 Abs. 2 BGB lediglich, dass nicht die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht. Die Anerkennung ist ansonsten nach §§ 1595 ff. BGB nur an formelle Anforderungen, insbesondere an die Zustimmung der Mutter (§ 1595 Abs. 1 BGB) geknüpft. Die Wirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung hängt nicht von der biologischen Abstammung des Kindes ab. Auch eine im Wissen um die fehlende biologische Vaterschaft erfolgte Anerkennung ist wirksam. Daraus ergibt sich die Möglichkeit, einem Kind durch Vaterschaftsanerkennung die deutsche Staatsangehörigkeit zu ver-



schaffen, um aufenthaltsrechtliche Vorteile für das Kind und den ausländischen Elternteil zu begründen (s. u., III. 1.).

[8] 2. Die hier zu überprüfenden Regelungen über die behördliche Anfechtung der Vaterschaft ergänzen bereits bestehende Anfechtungsmöglichkeiten. Nach § 1600 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 BGB kann eine rechtliche Vaterschaft, die auf der Ehe des Mannes mit der Kindesmutter oder einer Vaterschaftsanerkennung beruht - die mithin ohne Rücksicht auf die biologischen Abstammungsverhältnisse entstanden ist - mit dem Argument angefochten werden, der rechtliche Vater sei nicht der biologische Vater des Kindes. Anfechtungsberechtigt sind nach heutiger Rechtslage der rechtliche Vater (§ 1600 Abs. 1 Nr. 1 BGB), der mutmaßliche biologische Vater (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB), die Mutter (§ 1600 Abs. 1 Nr. 3 BGB), das Kind (§ 1600 Abs. 1 Nr. 4 BGB) und nunmehr die zuständige Behörde (§ 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB).

[9] Im Fall der Behördenanfechtung setzt die Anfechtung voraus, dass zwischen dem Kind und dem Anerkennenden keine sozial-familiäre Beziehung besteht oder im Zeitpunkt der Anerkennung oder seines Todes bestanden hat und dass durch die Anerkennung rechtliche Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes oder eines Elternteils geschaffen werden (§ 1600 Abs. 3 BGB).

[10] Die Voraussetzungen der Behördenanfechtung sind im Wesentlichen der Regelung der Anfechtung durch den mutmaßlichen biologischen Vater (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB) nachgebildet, beziehungsweise mit dieser zusammengefasst (§ 1600 Abs. 3 und Abs. 4 BGB). Der Gesetzgeber hatte früher im Interesse des Kindes und der rechtlich-sozialen Familie ein Anfechtungsrecht des mutmaßlichen biologischen Vaters wiederholt abgelehnt (vgl. BTDrucks V/2370, S. 32; BTDrucks 13/4899, S. 57 f.). Das Bundesverfassungsgericht entschied jedoch im Jahr 2003, es verstoße gegen Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, dem biologischen, aber nicht rechtlichen Vater eines Kindes ausnahmslos das Anfechtungsrecht zu verweigern (BVerfGE 108, 82 ff.). Daraufhin wurde im Jahr 2004 die Anfechtungsmöglichkeit des mutmaßlichen biologischen Vaters in § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB eingeführt, wobei der Gesetzgeber allerdings dem Bestand einer sozial gelebten Eltern-Kind-Beziehung mit dem rechtlichen Vater den Vorrang gegenüber der rechtlichen Zuordnung des Kindes zum biologischen Vater einräumte. Männer, die eidesstattlich versichern, der Kindesmutter während der Empfängniszeit beigeohnt zu haben, können die rechtliche Vaterschaft eines anderen Mannes nur anfechten, wenn zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater keine "sozial-familiäre Beziehung" besteht (§ 1600 Abs. 2 BGB). Dieses negative Tatbestandsmerkmal wurde später bei der hier zur Prüfung gestellten Regelung der Behördenanfechtung aufgegriffen (§ 1600 Abs. 3 BGB) und ist in § 1600 Abs. 4 BGB für beide Fälle einheitlich konkretisiert.

[11] III. Da die Behördenanfechtung letztlich darauf gerichtet ist, die Umgehung gesetzlicher Bedingungen des Aufenthaltsrechts durch eine Vaterschaftsanerkennung zu verhindern, richten sich die Voraussetzungen (1.) und Folgen (2.) der Behördenanfechtung auch nach dem Aufenthalts- und dem Staatsangehörigkeitsrecht.

[12] 1. Die anfechtungsberechtigte Behörde kann die Vaterschaft gerichtlich anfechten, wenn durch die Anerkennung rechtliche Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt eines Beteiligten geschaffen werden (§ 1600 Abs. 3 BGB). Nach der Vorstellung des Gesetzgebers ist dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt, wenn "für das Kind oder einen Elternteil ein ausländerrechtlicher Vorteil entstanden ist" (BTDrucks 16/3291, S. 14). Ein solcher Vorteil entsteht durch die Vaterschaftsanerkennung, wenn das



Kind auf diese Weise die deutsche Staatsangehörigkeit erwirbt und damit auch einem Elternteil einen günstigeren Aufenthaltsstatus vermittelt. Praktisch stehen dabei zwei Konstellationen im Vordergrund: Erkennt ein deutscher Mann die Vaterschaft für das Kind einer unverheirateten ausländischen Mutter an, erwirbt das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit (§ 4 Abs. 1 StAG) und damit die Berechtigung zum Aufenthalt in Deutschland. Für die Kindesmutter ergibt sich ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung der Personensorge aus § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG. Auch wenn ein ausländischer Mann mit unbefristetem Aufenthaltsrecht, der seit acht Jahren rechtmäßig seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, die Vaterschaft für das Kind einer ausländischen Staatsangehörigen anerkennt, erwirbt das Kind über den Vater die deutsche Staatsangehörigkeit (§ 4 Abs. 3 StAG). Die Kindesmutter hat wiederum einen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung der Personensorge nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG.

[13] 2. Hat die Vaterschaftsanfechtungsklage Erfolg, entfallen die durch die Vaterschaftsanerkennung begründete Staatsangehörigkeit des Kindes und das Aufenthaltsrecht der Mutter. Mit der formellen Rechtskraft der Entscheidung über das Nichtbestehen der Vaterschaft fallen rückwirkend auf den Tag der Geburt des Kindes sowohl die bisherige Vaterschaftszuordnung als auch die deutsche Staatsangehörigkeit des Kindes weg. Der Verlust der Staatsangehörigkeit durch Vaterschaftsanfechtung ist zwar nicht ausdrücklich geregelt. Er wird aber aus der generellen Anknüpfung des Abstammungserwerbs der Staatsangehörigkeit an das familienrechtliche Abstammungsrecht abgeleitet. Abstammungsrechtlich fällt die Vaterschaft bei erfolgreicher Anfechtung nach ständiger Rechtsprechung der Zivilgerichte rückwirkend weg (vgl. BGH, Urteil vom 11. Januar 2012 - XII ZR 194/09 -, NJW 2012, S. 852; stRspr). Mit dem rückwirkenden Wegfall der Vaterschaft entfällt nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ex tunc auch die nach § 4 Abs. 1 oder Abs. 3 StAG auf Abstammung gründende deutsche Staatsangehörigkeit des Kindes. Denn bei rückwirkendem Wegfall der Vaterschaft haben bei nachträglicher Betrachtung auch die Voraussetzungen für den auf die Abstammung gestützten Staatsangehörigkeitserwerb des Kindes nie vorgelegen (vgl. nur VG Düsseldorf, Urteil vom 10. September 1985 - 17 K 10. 419/85 -, NJW 1986, S. 676; VG Gießen, Urteil vom 8. November 1999 - 10 E 960/99 -, juris, Rn. 14; OVG Hamburg, Beschluss vom 10. Februar 2004 - 3 Bf 238/03 -, NVwZ-RR 2005, S. 212 [213]; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 1. Oktober 2004 - 2 M 441/04 -, juris, Rn. 6; OVG NRW, Beschluss vom 31. Juli 2007 - 18 A 2065/06 -, juris, Rn. 8; Bay. VGH, Beschluss vom 11. September 2007 - 5 CS 07. 1921 -, juris, Rn. 3). Mit dem Wegfall der Staatsangehörigkeit des Kindes verliert nicht nur dieses sein mit der Staatsangehörigkeit verbundenes Aufenthaltsrecht, vielmehr entfällt auch das Aufenthaltsrecht seiner Mutter, das die deutsche Staatsangehörigkeit des Kindes voraussetzt (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG). Gerade dies ist der Zweck der Behördenanfechtung.

[14] IV. 1. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die Freie und Hansestadt Hamburg, vertreten durch die Behörde für Inneres, focht mit ihrer Klage gegen den Beklagten zu 1) des Ausgangsverfahrens, ein minderjähriges Kind, und den Beklagten zu 2), den Mann, der die Vaterschaft für den Beklagten zu 1) anerkannt hat, dessen Vaterschaft an, indem sie beim Amtsgericht Hamburg-Altona beantragte festzustellen, dass der Beklagte zu 2) nicht der Vater des Beklagten zu 1) ist.

[15] Der Beklagte zu 1) wurde 2005 in Deutschland geboren. Seine Mutter ist vietnamesische Staatsangehörige und war im Zeitpunkt der Geburt mit einem Vietnamesen verhei-



ratet, von dem sie später geschieden wurde. Das Kind besaß ebenfalls die vietnamesische Staatsangehörigkeit. Sein Aufenthalt im Bundesgebiet war unerlaubt, der seiner Mutter geduldet. Der Beklagte zu 2) ist deutscher Staatsangehöriger. Er erkannte bereits vor der Geburt des Kindes die Vaterschaft durch notarielle Urkunde an. Die Kindesmutter und der damalige Ehemann der Kindesmutter stimmten der Vaterschaftsanerkennung zu. Mit Rechtskraft des Scheidungsurteils wurde die Anerkennung gemäß § 1599 Abs. 2 BGB wirksam.

[16] Weil der Beklagte zu 2) deutscher Staatsangehöriger ist, erwarb das Kind durch die Vaterschaftsanerkennung nach § 4 Abs. 1 StAG ebenfalls die deutsche Staatsangehörigkeit. Zum Zweck des Zusammenlebens mit ihrem deutschen Kind wurde der Mutter des Beklagten zu 1) eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG erteilt.

[17] Bei einer Befragung des Beklagten zu 2) vor der Ausländerbehörde der Stadtverwaltung über das Kennenlernen der Kindesmutter erklärte er zunächst seine Bereitschaft zu einem Vaterschaftstest, widerrief diese aber in einem späteren Schreiben. Er hatte und hat mit dem Kind und dessen Mutter keine gemeinsame Wohnung. Ein gerichtlich eingeholtes Abstammungsgutachten ergab, dass er nicht der biologische Vater des Kindes ist.

[18] 2. Mit Beschluss vom 15. April 2010 hat das Amtsgericht das Verfahren gegen die Beklagten zu 1) und 2) ausgesetzt, um die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts darüber einzuholen, ob § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB in Verbindung mit Art. 229 § 16 EGBGB mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

[19] Die Frage sei entscheidungserheblich, da die Klage abzuweisen sei, wenn die Vorschriften verfassungswidrig wären. Aus einfachrechtlicher Sicht lägen die Voraussetzungen einer Behördenanfechtung vor. Der Beklagte zu 2) habe die Vaterschaft für das Kind zwar bereits 2005 anerkannt. Der zum 1. Juni 2008 eingeführte § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB finde aber gemäß Art. 229 § 16 EGBGB auch auf Altfälle Anwendung. Zwischen den Beklagten zu 1) und zu 2) habe keine sozial-familiäre Beziehung im Zeitpunkt der Anerkennung bestanden und durch die Anerkennung seien die rechtlichen Voraussetzungen für den erlaubten Aufenthalt des Kindes und der Kindesmutter geschaffen worden.

[20] § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB in Verbindung mit Art. 229 § 16 EGBGB sei verfassungswidrig. Die Normen verstießen wegen unzulässiger Rückwirkung gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Bei der Neueinführung der Anfechtungsberechtigung auch für Altfälle handle es sich um eine unzulässige echte Rückwirkung, die aber auch als unechte Rückwirkung nicht zu rechtfertigen sei, weil bereits die Einführung der Behördenanfechtung selbst wegen der damit verbundenen Grundrechtsverletzungen verfassungswidrig sei. Insbesondere sei nicht belegt, dass die Einführung eines Anfechtungsrechts der Behörde erforderlich gewesen sei. Das Interesse des Gesetzgebers, missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennungen entgegenzuwirken, um Verbleibensrechte von Ausländern und damit verbundene sozialstaatliche Belastungen der Allgemeinheit zu verhindern, habe zwar grundsätzlich einen hohen Stellenwert. Dieser relativiere sich jedoch, weil die vorgelegte statistische Erhebung nicht belege, in wie vielen Fällen es sich tatsächlich um eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung handele und binationale Verbindungen und ausländische Familien unter einen Generalverdacht gestellt würden. Dem stehe das Vertrauen des anerkannten Kindes auf die mit der Abstammung verbundenen unterhalts-, erb-, steuer- und sozialrechtlichen Folgen sowie insbesondere das Vertrauen auf die Auswirkungen auf sein Statusrecht gegenüber. Das Kind sei insbesondere in seinem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 5 GG verletzt. Kinder, die während einer bestehenden Ehe geboren würden, seien von dem behördlichen Anfech-



tungsrecht nicht betroffen, obwohl insbesondere bei einer Scheinehe anzunehmen sei, dass das Kindschaftsverhältnis ebenfalls missbräuchlich herbeigeführt worden sei. Die Ungleichbehandlung sei dabei jedenfalls mittelbar an das Merkmal der Unehelichkeit geknüpft. Eine Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung sei nicht ersichtlich.

[21] 3. In ihren schriftlichen Stellungnahmen vertreten die Bundesregierung wie auch die Freie und Hansestadt Hamburg als Klägerin des Ausgangsverfahrens die Auffassung, die Vorschrift des § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB in Verbindung mit Art. 229 § 16 EGBGB sei mit dem Grundgesetz vereinbar. Hingegen halten der Verband binationaler Familien und Partnerschaften, iaf e. V., der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge e. V., das Deutsche Rote Kreuz e. V. und das Diakonische Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland e. V. die Regelungen für verfassungswidrig. Der Deutsche Familiengerichtstag e. V. hat verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Regelung, soweit die Anfechtung ältere Kinder betreffen kann, hält die Regelungen im Übrigen aber für verfassungsgemäß.

[22] B. Die Regelungen über die Behördenanfechtung (§ 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB und Art. 229 § 16 EGBGB) sind verfassungswidrig. Sie verstoßen gegen Art. 16 Abs. 1 GG (I.), gegen Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG (II.), gegen Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG (III.) und gegen Art. 6 Abs. 1 GG (IV.). Ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 5 GG liegt hingegen nicht vor (V.).

[23] I. Die Regelung der behördlichen Vaterschaftsanfechtung verstößt in ihrer konkreten Ausgestaltung gegen Art. 16 Abs. 1 GG, weil sie in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit des Kindes herbeiführt. Durch die Vaterschaftsanfechtung wird in die durch Art. 16 Abs. 1 GG geschützte (1.) Staatsangehörigkeit des Kindes eingegriffen (2.). Der Grundrechtseingriff ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Art. 16 Abs. 1 GG unterscheidet zwischen der Entziehung der Staatsangehörigkeit (Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG) und einem sonstigen Verlust der Staatsangehörigkeit (Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG) und stellt an beide Verlustformen unterschiedliche verfassungsrechtliche Anforderungen. Die Entziehung ist nach Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG ausnahmslos verboten. Im Gegensatz dazu kann ein sonstiger Verlust der Staatsangehörigkeit nach Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG unter Umständen verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. In ihrer konkreten Ausgestaltung sind die Regelungen über die Behördenanfechtung als nach Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG absolut verbotene Entziehung der Staatsangehörigkeit anzusehen (3.), weil der Staatsangehörigkeitsverlust durch die Betroffenen nicht oder nicht in zumutbarer Weise beeinflussbar war. Zwar wäre es angesichts der Umstände eines Staatsangehörigkeitserwerbs durch anfechtbare Vaterschaftsanerkennung denkbar, den Kindern die hierbei bestehenden Einflussmöglichkeiten ihrer Eltern zuzurechnen (3. a) und b)). Der Staatsangehörigkeitsverlust entzieht sich jedoch auch dem Einfluss der Eltern, soweit die Behördenanfechtung Vaterschaftsanerkennungen betrifft, die vor Inkrafttreten der zu überprüfenden Normen erfolgten (3. c)). Darüber hinaus ist eine Beeinflussung des Staatsangehörigkeitsverlusts durch Verzicht auf eine anfechtbare Vaterschaftsanerkennung nicht zumutbar, wenn die Vaterschaftsanerkennung nicht gerade auf die Erlangung aufenthaltsrechtlicher Vorteile zielt (3. d)). Dessen ungeachtet genügen die Regelungen auch nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG an einen sonstigen Verlust der Staatsangehörigkeit (4.), weil sie keine Möglichkeit bieten zu berücksichtigen, ob das Kind staatenlos wird (4. a)) und weil es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des Staatsangehörigkeitsverlusts (4. b)) sowie an einer angemessenen Fristen- und Altersre-



gelung fehlt, die verhindern könnte, dass auch ältere Kinder, die die deutsche Staatsangehörigkeit über einen längeren Zeitraum besessen haben, diese noch verlieren können (4. c)).

[24] 1. Art. 16 Abs. 1 GG schützt vor dem Wegfall der deutschen Staatsangehörigkeit. Dieser Schutz kommt auch Kindern zu, die die deutsche Staatsangehörigkeit nach § 4 Abs. 1 oder 3 StAG aufgrund einer Vaterschaftsanerkennung erworben haben. Dem verfassungsrechtlichen Schutz der Staatsangehörigkeit steht nicht entgegen, dass die den Staatsangehörigkeitserwerb auslösende Vaterschaft behördlicher Anfechtung unterliegt. Die gerichtliche Feststellung des Nichtbestehens der Vaterschaft, an die der Geburtserwerb der deutschen Staatsangehörigkeit des Kindes geknüpft ist, beseitigt eine zuvor bestehende deutsche Staatsangehörigkeit des Kindes und nicht etwa nur den Schein einer solchen. Nach § 1592 Nr. 2 BGB ist der Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat, Vater dieses Kindes. Bis zur Rechtskraft eines auf Anfechtung hin ergehenden Urteils, in dem das Nichtbestehen der Vaterschaft festgestellt wird, besteht im Rechtssinne die Vaterschaft dieses Mannes. Die durch Anerkennung erworbene Vaterschaft ist eine rechtlich vollwertige Vaterschaft, keine bloße Scheinvaterschaft. Schon deshalb ist auch die nach Maßgabe des § 4 Abs. 1 oder 3 StAG von ihr abgeleitete deutsche Staatsangehörigkeit keine bloße Scheinstatsangehörigkeit (vgl. BVerfGK 9, 381 [383 f.] entsprechend zur Vaterschaftsanfechtung durch den rechtlichen Vater nach § 1600 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Am verfassungsrechtlichen Schutz der zwischenzeitlich bestehenden deutschen Staatsangehörigkeit ändert auch der Umstand nichts, dass der Verlust der Staatsangehörigkeit durch Vaterschaftsanfechtung einfachrechtlich als anfängliche Unwirksamkeit der Vaterschaft und Staatsangehörigkeit konstruiert wird und damit rückwirkend entfällt. Es handelt sich insoweit lediglich um eine Regelungstechnik zur nachträglichen Korrektur eines bestimmten Ergebnisses, das die zwischenzeitlich Realität gewordene rechtliche Anerkennung von Vaterschaft beziehungsweise Staatsangehörigkeit nicht ungeschehen und ihre Schutzwürdigkeit nicht automatisch hinfällig macht (vgl. BVerfGE 116, 24 [46]).

[25] 2. Eine erfolgreiche Behördenanfechtung der Vaterschaft greift in die grundrechtlichen Gewährleistungen des Art. 16 Abs. 1 GG ein. Die Vaterschaftsanfechtung führt beim betroffenen Kind zum Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit, wenn das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit allein von dem Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat, also dem bisherigen rechtlichen Vater, ableitet. Zwar verhält sich das von der Behörde durch die Vaterschaftsanfechtung erwirkte familiengerichtliche Urteil ausdrücklich allein zur Vaterschaft. Mit dem nach ständiger Rechtsprechung der Zivilgerichte rückwirkenden Wegfall der Vaterschaft tritt jedoch, ohne dass dies gesetzlich ausdrücklich geregelt wäre, nach ebenfalls gefestigter Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte automatisch auch der Verlust der Staatsangehörigkeit ein (s. o., A. III. 2.), der an Art. 16 Abs. 1 GG zu messen ist. Der Senat legt seiner Beurteilung regelmäßig die Auslegung der zu prüfenden Vorschrift nach der Auffassung des vorliegenden Gerichts zugrunde. Dieses geht hier davon aus, dass bereits die erfolgreiche Vaterschaftsanfechtung nach § 1600 Abs. 1 BGB einen Verlust der Staatsangehörigkeit des Kindes herbeiführen kann. Obwohl sich diese Rechtsfolge nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Norm ergibt, geht der Senat angesichts der nicht unvertretbaren Ansicht des Gerichts in seiner Prüfung ebenfalls von dieser Annahme aus.

[26] Ein Eingriff in Art. 16 Abs. 1 GG ist auch nicht etwa deshalb zu verneinen, weil der Verlust der Staatsangehörigkeit nur eine ungewollte Nebenfolge der behördlichen Vaterschaftsanfechtung wäre. Abgesehen davon, dass eine solche Einordnung der Behördenanfechtung nicht ihren Eingriffscharakter nähme, trifft sie auch in der Sache nicht zu; die Be-



seitigung der Staatsangehörigkeit des Kindes ist das eigentliche Ziel der Maßnahme, da die aufenthaltsrechtlichen Vorteile für den anderen Elternteil, die damit beseitigt werden sollen, gerade aus dem Staatsangehörigkeitserwerb des Kindes resultieren.

[27] 3. Der Grundrechtseingriff ist verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, weil die Regelungen über die Behördenanfechtung als absolut verbotene Entziehung der Staatsangehörigkeit im Sinne des Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG anzusehen sind.

[28] Eine Entziehung der deutschen Staatsangehörigkeit im Sinne des Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG ist "jede Verlustzufügung, die die - für den Einzelnen und für die Gesellschaft gleichermaßen bedeutsame - Funktion der Staatsangehörigkeit als verlässliche Grundlage gleichberechtigter Zugehörigkeit beeinträchtigt. Eine Beeinträchtigung der Verlässlichkeit und Gleichheit des Zugehörigkeitsstatus liegt insbesondere in jeder Verlustzufügung, die der Betroffene nicht oder nicht auf zumutbare Weise beeinflussen kann" (BVerfGE 116, 24 [44] m. w. N.).

[29] Die Regelung über die Behördenanfechtung ist als verfassungswidrige Entziehung der Staatsangehörigkeit (Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG) anzusehen, weil die Betroffenen den Staatsangehörigkeitsverlust teils gar nicht, teils nicht in zumutbarer Weise beeinflussen können: Die Kinder selbst können den Staatsangehörigkeitsverlust ohnehin nicht selbst beeinflussen (a). Angesichts der Umstände eines Staatsangehörigkeitserwerbs durch anfechtbare Vaterschaftsanerkennung käme in Betracht, den Kindern die hierbei bestehenden Einflussmöglichkeiten ihrer Eltern zuzurechnen (b). Die Eltern hatten jedoch selbst keinen Einfluss auf den Staatsangehörigkeitsverlust, soweit die Regelungen auf Vaterschaften angewendet werden, die vor Inkrafttreten von § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB anerkannt wurden (c). Außerdem ist den Eltern die Wahrnehmung ihrer Einflussnahmemöglichkeit nicht zumutbar, soweit die Vaterschaftsanerkennung nicht gerade darauf zielt, durch den Abstammungserwerb der Staatsangehörigkeit des Kindes (§ 4 Abs. 1 und 3 StAG) aufenthaltsrechtliche Vorteile zu erlangen (d).

[30] a) Die betroffenen Kinder können den infolge der Behördenanfechtung eintretenden Verlust der Staatsangehörigkeit nicht selbst beeinflussen. Die Vaterschaftsanfechtung liegt in der Hand der Behörde und des Gerichts. Der Staatsangehörigkeitsverlust vollzieht sich nach der ständigen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte automatisch. Ob die Voraussetzungen für eine Behördenanfechtung vorliegen, ist durch das Kind nicht nennenswert beeinflussbar. Auch der durch die Vaterschaftsanerkennung vermittelte Staatsangehörigkeitserwerb selbst, den rückgängig zu machen das eigentliche Ziel der Behördenanfechtung ist, entzieht sich regelmäßig dem Einfluss des Kindes. Die Vaterschaftsanerkennung liegt in den Händen der Eltern, der Staatsangehörigkeitserwerb vollzieht sich infolge der Vaterschaftsanerkennung automatisch von Gesetzes wegen.

[31] b) Grundsätzlich kommt in Betracht, den Kindern Einflussmöglichkeiten ihrer Eltern (aa) zuzurechnen (bb).

[32] aa) Auch die Eltern können den Staatsangehörigkeitsverlust des Kindes nicht direkt beeinflussen, der bei erfolgreicher Behördenanfechtung automatisch eintritt.

[33] Der Vorwurf einer nach Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG verbotenen Entziehung der Staatsangehörigkeit lässt sich auch nicht schon mit dem Hinweis ausräumen, die Eltern hätten zur Vermeidung des Staatsangehörigkeitsverlusts bereits auf den Staatsangehörigkeitserwerb verzichten können.

[34] Besondere Umstände des Staatsangehörigkeitserwerbs können es allerdings erlauben, den Einfluss auf den Erwerbsvorgang ausnahmsweise auch als Einfluss auf den Staatsan-



gehörigkeitsverlust zu werten (vgl. Becker, NVwZ 2006, S. 304 [306]). Tragen die Betroffenen bereits beim Erwerb Verantwortung für eine spezifische Instabilität der Staatsangehörigkeit, hatten sie die Situation, die schließlich zum Verlust der Staatsangehörigkeit führt, in der eigenen Hand, so dass der Verlust als beeinflussbar gelten kann (vgl. Kämmerer, in: Bonner Kommentar, August 2005, Art. 16 Rn. 51; Masing, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 16 Rn. 74). Eine solche Instabilität kann daraus resultieren, dass die Art und Weise des Staatsangehörigkeitserwerbs rechtlich missbilligt ist und der Gesetzgeber Regelungen getroffen hat, nach denen der rechtlich missbilligte Staatsangehörigkeitserwerb rückgängig gemacht werden kann. Führen die Betroffenen unter diesen Voraussetzungen den Erwerb einer rechtlich bemakelten Staatsangehörigkeit herbei, tragen sie Verantwortung für deren Instabilität und müssen sich dies als Einfluss auf den Staatsangehörigkeitsverlust zurechnen lassen.

[35] In den Fällen der Behördenanfechtung ist die Einflussmöglichkeit der Eltern danach darin zu sehen, dass sie auf die Anerkennung einer nach § 1600 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 3 BGB anfechtbaren Vaterschaft verzichten und damit vermeiden können, dass eine Situation entsteht, die später zum Staatsangehörigkeitsverlust des Kindes führt (vgl. Becker, NVwZ 2006, S. 304 [306]). Die Beteiligten bereits zum Verzicht auf eine im Sinne von § 1600 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 3 BGB bemakelte Vaterschaftsanerkennung zu bewegen, ist letztlich auch Ziel der gesetzlichen Einräumung einer behördlichen Anfechtungsbefugnis. Die Zumutbarkeit eines solchen Verzichts bedarf allerdings gesonderter Betrachtung (s. u., d)).

[36] bb) Soweit ein mittelbarer Einfluss der Eltern auf den Staatsangehörigkeitsverlust des Kindes besteht, kann er diesem unter bestimmten Bedingungen zugerechnet werden. Dann ist der Staatsangehörigkeitsverlust als durch das Kind beeinflussbar zu werten und eine unzulässige Entziehung im Sinne des Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG auszuschließen (vgl. BVerfGE 116, 24 [60]). Zwar muss das Kind so mit dem Staatsangehörigkeitsverlust eine schwerwiegende Folge des Handelns seiner Eltern tragen, auf das es tatsächlich keinen eigenen Einfluss hat. Sinn und Zweck des Verbots der Entziehung der Staatsangehörigkeit lassen eine Zurechnung des Elternverhaltens gleichwohl zu. Dem durch das Entziehungsverbot des Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG bezweckten Schutz vor willkürlicher Instrumentalisierung des Staatsangehörigkeitsrechts ist bereits dadurch Rechnung getragen, dass der Staatsangehörigkeitsverlust des Kindes von den Eltern beeinflusst werden kann und damit der freien Verfügung des Staates entzogen ist. Der Wegfall der Staatsangehörigkeit entspringt dann nicht einem einseitigen Willensakt des Staates, sondern ist Folge der von den Eltern herbeigeführten anfechtbaren Vaterschaftsanerkennung (vgl. Becker, NVwZ 2006, S. 304 [306]). Dass das Kind keinen eigenen Einfluss auf den Verlust der Staatsangehörigkeit nehmen kann, darf indessen bei der verfassungsrechtlichen Würdigung eines Staatsangehörigkeitsverlusts nicht unbeachtet bleiben. Dies wird in der Prüfung am Maßstab des Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG berücksichtigt.

[37] Ob eine Zurechnung elterlichen Verhaltens in den Fällen der Behördenanfechtung altersunabhängig und damit auch bei größeren, zunehmend eigenständigen Kindern möglich ist, bedarf hier keiner Entscheidung, da es im Ergebnis teilweise bereits an der Einflussnahmemöglichkeit der Eltern (s. u., c)), beziehungsweise an der Zumutbarkeit fehlt, die bestehende Einflussmöglichkeit zu nutzen (s. u., d)).

[38] c) An der Möglichkeit der Eltern, den Staatsangehörigkeitsverlust des Kindes dadurch zu beeinflussen, dass sie auf eine Vaterschaftsanerkennung verzichten, wenn die zur Be-



hördenanfechtung berechtigenden Voraussetzungen des § 1600 Abs. 3 BGB vorliegen, fehlt es, soweit die Anfechtung gemäß Art. 229 § 16 EGBGB Fälle erfasst, in denen die Vaterschaftsanerkennung und damit der Staatsangehörigkeitserwerb vor Inkrafttreten des § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB am 1. Juni 2008 erfolgten - das heißt zu einem Zeitpunkt, in dem die zur Nichtigkeit des Staatsangehörigkeitserwerbs führende Anfechtungsregelung noch nicht existierte. Eine den Entziehungstatbestand des Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG ausschließende Einflussmöglichkeit der Eltern ist insoweit mangels Vorhersehbarkeit zu verneinen.

[39] aa) Wird eine Regelung, welche die Staatsangehörigkeit entfallen lässt, nachträglich in Kraft gesetzt, so ist dies als verbotene Entziehung im Sinne des Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG anzusehen. Die Betroffenen haben nur dann Einfluss auf den Verlust der Staatsangehörigkeit, wenn sie im Zeitpunkt ihres Handelns wissen oder wenigstens wissen können, dass sie damit die Voraussetzungen für den Verlust der Staatsangehörigkeit schaffen. Zur Verlässlichkeit des Staatsangehörigkeitsstatus gehört auch die Vorhersehbarkeit eines Verlusts und damit ein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Bereich der staatsangehörigkeitsrechtlichen Verlustregelungen (BVerfGE 116, 24 [45]).

[40] Erfolgte die Anerkennung einer nach § 1600 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 3 BGB anfechtbaren Vaterschaft vor Inkrafttreten des § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB, konnten die Eltern nicht wissen, dass sie mit dieser Vaterschaftsanerkennung zugleich die Voraussetzung des späteren Verlusts schaffen, weil es die Möglichkeit der Behördenanfechtung zu diesem Zeitpunkt noch nicht gab. Die betroffenen Eltern durften bis zur Einführung der Behördenanfechtung davon ausgehen, dass die Vaterschaftsanerkennung unabhängig vom damit verfolgten Zweck wirksam war und die Grundlage für den Staatsangehörigkeitserwerb des Kindes bildete. Die Vaterschaftsanerkennung schafft eine vollgültige, mit allen Rechten und Pflichten verbundene Vaterschaft, auch wenn weder ein biologisches Abstammungsverhältnis noch eine sozial-familiäre Beziehung zwischen anerkennendem Vater und Kind existieren. Erst mit dem Inkrafttreten von § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB konnte die zu aufenthaltsrechtlichen Zwecken erfolgende Vaterschaftsanerkennung angefochten und damit die deutsche Staatsangehörigkeit rückwirkend zum Wegfall gebracht werden. Erst seitdem können die Eltern durch Verzicht auf eine anfechtbare Vaterschaftsanerkennung den späteren Verlust der Staatsangehörigkeit des Kindes durch Behördenanfechtung bewusst verhindern. Bis dahin mussten sie hingegen nicht mit einer Vaterschaftsanfechtung durch die Behörde rechnen.

[41] bb) Ob Art. 229 § 16 EGBGB gegen das Rückwirkungsverbot verstößt, bedarf darüber hinaus keiner Entscheidung.

[42] d) Soweit die Behördenanfechtung Vaterschaftsanerkennungen betrifft, die nach Inkrafttreten der zu überprüfenden Normen erfolgten, waren die Anfechtung und der dadurch vermittelte Staatsangehörigkeitsverlust zwar vorhersehbar und konnten von den Eltern durch den Verzicht auf Vaterschaftsanerkennung beeinflusst werden. Einen Staatsangehörigkeitsverlust durch den Verzicht auf eine behördlich anfechtbare Vaterschaftsanerkennung zu beeinflussen, ist jedoch nicht ohne Weiteres zumutbar.

[43] Der Verzicht auf eine anfechtbare Vaterschaftsanerkennung ist nur dann zumutbar, wenn die Vaterschaftsanerkennung gerade auf die Erlangung aufenthaltsrechtlicher Vorteile zielt (aa). Die in § 1600 Abs. 3 und Abs. 4 BGB geregelten Anfechtungsvoraussetzungen sind jedoch so weit formuliert, dass sie nicht hinreichend genau allein solche Vaterschaftsanerkennungen erfassen (bb). Der Verzicht auf eine anfechtbare Vaterschaftsanerkennung



ist den Betroffenen in diesen Fällen auch nicht deshalb zuzumuten, weil dem Gesetzgeber keine andere Möglichkeit der Regelung der Behördenanfechtung zur Verfügung stünde und das Interesse an der Behördenanfechtung eindeutig die Interessen derjenigen überwäge, die auf eine, nicht der Umgehung gesetzlicher Aufenthaltsvoraussetzungen dienende, anfechtbare Vaterschaftsanerkennung verzichten müssten (cc).

[44] aa) Der Verzicht auf eine anfechtbare Vaterschaftsanerkennung ist nur dann zumutbar, wenn die Vaterschaftsanerkennung gerade auf die Erlangung eines besseren Aufenthaltsstatus unter Umgehung der gesetzlichen Voraussetzungen zielt. Andernfalls kann den Eltern ein Verzicht nicht zugemutet werden, weil ihnen damit eine Form familienrechtlicher Statusbegründung genommen würde, die allen anderen Paaren in gleicher Lage ohne Weiteres offen steht.

[45] (1) Nach dem Recht der Vaterschaftsanerkennung ist diese für ein rechtlich vaterloses Kind mit Zustimmung der Mutter unabhängig von der biologischen Vaterschaft ohne jede weitere Voraussetzung möglich. Der Gesetzgeber hat die Vaterschaftsanerkennung der autonomen Entscheidung der Eltern überlassen und hat gerade dies bei der Einführung von § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB nochmals bekräftigt (vgl. BTDrucks 16/3291, S. 1 und 11). Er hat darauf verzichtet, die Gründe für eine konkrete Anerkennung zu erforschen oder zu reglementieren. Die Betroffenen können eine Vaterschaft durch Anerkennung aus beliebigen Motiven herbeiführen; das gilt auch dann, wenn sie damit rechnen oder sogar wissen, dass der Anerkennende nicht biologischer Vater des Kindes ist. Die Regelung statuiert keine rechtliche Erwartung, auf bestimmte Vaterschaftsanerkennungen zu verzichten.

[46] (2) Demgegenüber verlangt die hier zur Prüfung gestellte Regelung den Betroffenen ab, unter den Voraussetzungen des § 1600 Abs. 3 BGB auf eine Vaterschaftsanerkennung zu verzichten, wenn sie nicht später den anfechtungsbedingten Verlust der Staatsangehörigkeit des Kindes riskieren wollen. Betroffen sind nur binationale und ausländische Paare, von denen mindestens ein Elternteil keinen gesicherten Aufenthaltsstatus besitzt, weil die Anfechtung nach § 1600 Abs. 3 BGB erfordert, dass durch die Vaterschaftsanerkennung objektiv aufenthaltsrechtliche Vorteile geschaffen werden.

[47] (3) Es ist den Betroffenen nicht ohne Weiteres zumutbar, auf eine allen anderen Paaren offenstehende Vaterschaftsanerkennung nur deshalb zu verzichten, weil ein Elternteil weder die deutsche Staatsangehörigkeit noch einen gesicherten Aufenthaltsstatus besitzt.

[48] (a) Zumutbar ist allerdings, unter den in § 1600 Abs. 3 BGB genannten Voraussetzungen auf eine Vaterschaftsanerkennung zu verzichten, soweit diese gerade auf die Erlangung aufenthaltsrechtlicher Vorteile zielt. Wollen die Mutter und der Anerkennungswillige mit der Vaterschaftsanerkennung gerade die Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes oder eines Elternteils schaffen, bedienen sie sich des familienrechtlichen Instruments der Vaterschaftsanerkennung, um aufenthaltsrechtliche Vorteile herbeizuführen, die das Aufenthaltsrecht an und für sich nicht gewährt. Dass § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB nun diesen fachrechtlich nicht vorgesehenen Weg, Staatsangehörigkeit und Aufenthaltsrecht zu erwerben, beschränkt, dient der Verwirklichung der Steuerungsziele des Staatsangehörigkeits- und des Aufenthaltsrechts. Auf eine Vaterschaftsanerkennung zu verzichten, die gerade darauf zielt, aufenthaltsrechtliche Vorteile zu erlangen, die das einschlägige Fachrecht zulässigerweise nicht gewährt, ist zumutbar, zumal die in diesem Fall schwachen familiären Interessen an der Vaterschaft das Anfechtungsinteresse nicht überwinden könnten.



[49] (b) Erfolgt die Vaterschaftsanerkennung hingegen nicht gezielt gerade zur Umgehung der gesetzlichen Voraussetzungen eines Aufenthaltsrechts, rechtfertigen es das staatsangehörigkeits- und das aufenthaltsrechtliche Gesetzesziel der Regelungen zur Behördenanfechtung nicht, den Betroffenen zuzumuten, auf die vom Gesetzgeber ansonsten ohne Ansehung der Motive eingeräumte Möglichkeit der Vaterschaftsanerkennung zu verzichten, die allen anderen Paaren in genau gleicher Lage offensteht.

[50] bb) Kann demnach der Verlust der Staatsangehörigkeit nur dann als rechtfertigungsfähiger Verlust, nicht aber als strikt verbotene Entziehung angesehen werden, wenn die Vaterschaftsanerkennung gerade auf die Umgehung gesetzlicher Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts zielt, muss die Möglichkeit der Behördenanfechtung auf die Fälle spezifisch aufenthaltsrechtlich motivierter Vaterschaftsanerkennungen begrenzt bleiben. Diese Begrenzung vermögen die vom Gesetzgeber gewählten Anfechtungsvoraussetzungen nicht hinreichend zuverlässig zu leisten.

[51] (1) Zwar darf sich der Gesetzgeber bei der Statuierung der Voraussetzungen für die behördliche Anfechtung einer gerade aufenthaltsrechtlich motivierten Vaterschaft aus Praktikabilitätsgründen objektiver Merkmale bedienen, die eine entsprechende subjektive Motivlage beispielhaft und widerlegbar indizieren können. Objektive Anhaltspunkte könnten neben einem Geständnis der Eltern etwa sein, dass der anerkennende Vater bereits mehrfach Kinder verschiedener ausländischer Mütter anerkannt hat oder dass eine Geldzahlung anlässlich der Vaterschaftsanerkennung bekannt wird (vgl. BTDrucks 16/3291, S. 16).

[52] (2) Die objektiv gefassten Anfechtungsvoraussetzungen des § 1600 Abs. 3 BGB genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen jedoch nicht.

[53] (a) Nach § 1600 Abs. 3 BGB setzt die Behördenanfechtung voraus, dass zwischen Kind und Anerkennendem nicht zu bestimmten Zeitpunkten eine sozial-familiäre Beziehung besteht oder bestanden hat und dass durch die Anerkennung rechtliche Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt geschaffen werden. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, hat das Gericht im Falle fehlender biologischer Vaterschaft das Nichtbestehen der Vaterschaft festzustellen, ohne dass es weitere Belege dafür verlangen müsste oder auch nur dürfte, dass die Vaterschaftsanerkennung tatsächlich gerade auf die Erlangung aufenthaltsrechtlicher Vorteile zielte. Dies wird beim Fehlen einer sozial-familiären Beziehung vielmehr unwiderlegbar unterstellt (vgl. BTDrucks 16/3291, S. 14).

[54] (b) Die objektiv formulierten Voraussetzungen des § 1600 Abs. 3 BGB sind als Anhaltspunkte für eine spezifisch aufenthaltsrechtlich motivierte Vaterschaftsanerkennung nicht hinreichend aussagekräftig.

[55] (aa) Die Voraussetzung der Schaffung von Einreise- oder Aufenthaltsvoraussetzungen ist für sich genommen nicht zu einer den Anforderungen von Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG genügenden Eingrenzung der Anfechtungsfälle geeignet, weil sie alle Fälle der Vaterschaftsanerkennung einbezieht, in denen die Mutter einen ungesicherten Aufenthaltsstatus hatte. Dass die Vaterschaftsanerkennung in diesen Fällen generell gerade zu aufenthaltsrechtlichen Zwecken erfolgt, ist weder im Gesetzgebungsverfahren dargelegt worden noch sind dafür sonst Anhaltspunkte erkennbar.

[56] (bb) Auch das Fehlen einer sozial-familiären Beziehung zwischen Vater und Kind ist kein zuverlässiger Indikator dafür, dass eine, den Aufenthaltsstatus der Beteiligten objektiv verbessernde, Vaterschaftsanerkennung gerade auf aufenthaltsrechtliche Vorteile zielt. Nach § 1600 Abs. 4 BGB besteht eine sozial-familiäre Beziehung, wenn der Vater zum



maßgeblichen Zeitpunkt für das Kind tatsächliche Verantwortung trägt oder getragen hat, was in der Regel der Fall ist, wenn der Vater mit der Mutter des Kindes verheiratet ist oder mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat. Die erste Alternative scheidet hier schon deshalb aus, weil die Eltern in Fällen der Vaterschaftsanerkennung in aller Regel nicht miteinander verheiratet sind. Die zweite Alternative fasst die sozial-familiäre Beziehung zu eng, als dass deren Fehlen bereits die aufenthaltsrechtliche Motivlage indizieren könnte (vgl. Löhning, FamRZ 2008, S. 1130 [1131]; Arendt-Rojahn, FPR 2007, S. 395 [397]; Grün, FuR 2007, S. 12 [13]; Helms, StAZ 2007, S. 69 [73]). Das Erfordernis einer häuslichen Gemeinschaft ist streng und geht deutlich über das Maß an sozialen Vater-Kind-Kontakten hinaus, das ansonsten zwischen nichtehelichen Kindern und ihren Vätern praktisch üblich ist. So kam eine im Gesetzgebungsverfahren zum Kindschaftsrechts-Reformgesetz von 1998 in Auftrag gegebene Untersuchung zur Lebenslage nichtehelicher Kinder zu dem Ergebnis, dass nur knapp ein Viertel aller unverheirateten Eltern in einer häuslichen Gemeinschaft lebten; demgegenüber lebten etwa drei Viertel aller Väter nichtehelicher Kinder nicht mit diesen im selben Haushalt (vgl. BTDrucks 13/4899, S. 50). Das Fehlen einer häuslichen Gemeinschaft ist damit kein zuverlässiger Indikator einer gerade aufenthaltsrechtlich motivierten Vaterschaftsanerkennung (vgl. Arendt-Rojahn, FPR 2007, S. 395 [397]).

[57] Dabei wird nicht verkannt, dass in Fallkonstellationen, in denen keine häusliche Gemeinschaft zwischen Vater und Kind begründet wird, Vaterschaftsanerkennungen zu einem gewissen Anteil tatsächlich gerade auf aufenthaltsrechtliche Vorteile zielen werden. Gleichwohl eröffnet der generalisierende Schluss vom Fehlen häuslicher Gemeinschaft auf die aufenthaltsrechtliche Motivlage zu weitgehende Anfechtungsmöglichkeiten, die durch Verzicht auf die Vaterschaftsanerkennung zu vermeiden den Betroffenen nicht zuzumuten ist (s. u., cc)).

[58] (3) Freilich könnte § 1600 Abs. 4 Satz 2 BGB als nicht abschließende Aufzählung von Beispielen verstanden werden. Dann wäre davon auszugehen, dass auch in anderen als den dort genannten Fällen der Ehe und der häuslichen Gemeinschaft eine tatsächliche Verantwortungsübernahme - und damit eine sozial-familiäre Beziehung im Sinne des § 1600 Abs. 3 BGB - vorliegen kann. Der Schutz der durch Anerkennung begründeten rechtlichen Vater-Kind-Beziehung vor behördlicher Anfechtung reichte dann weiter.

[59] Dem Wortlaut ist nicht eindeutig zu entnehmen, ob die Regelvermutungen die denkbaren Fälle einer sozial-familiären Gemeinschaft abschließend bezeichnen oder lediglich als Beispiele gedacht sind. Ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien sollte die Aufzählung nicht abschließend sein. Dort heißt es, neben dem gesetzlichen Regelfall der häuslichen Gemeinschaft könne der Vater tatsächliche Verantwortung auch übernehmen, indem er "typische Elternrechte und -pflichten" wahrnimmt, etwa regelmäßigen Umgang mit dem Kind, Betreuung und Erziehung des Kindes oder die Leistung von Unterhalt (vgl. BTDrucks 16/3291, S. 13). Darüber hinaus verweist die Begründung des Regierungsentwurfs in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 8. Oktober 2005 - 2 BvR 1001/04 -, FamRZ 2006, S. 187 [188]), in der festgestellt wurde, eine verantwortungsvoll gelebte Eltern-Kind-Gemeinschaft lasse sich nicht allein quantitativ etwa nach Daten und Uhrzeiten des persönlichen Kontakts oder genauem Inhalt der einzelnen Betreuungshandlungen bestimmen. Die Entwicklung eines Kindes werde nicht nur durch



quantifizierbare Betreuungsbeiträge der Eltern, sondern auch durch die geistige und emotionale Auseinandersetzung geprägt (vgl. BTDrucks 16/3291, S. 13 f.).

[60] Auch im Fachschrifttum wird im Rahmen der Behördenanfechtung eine weite Auslegung des negativen Tatbestandsmerkmals der sozial-familiären Beziehung befürwortet, weil es allein darum gehe, die Missbrauchsfälle herauszufiltern (vgl. Wellenhofer, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, 6. Aufl. 2012, § 1600 Rn. 21; Löhning, FamRZ 2008, S. 1130 [1131]; Arendt-Rojahn, FPR 2007, S. 395 [397]). An einer sozial-familiären Beziehung fehle es nicht automatisch dann schon, wenn keine persönlichen Kontakte zwischen dem Anerkennenden und dem Kind bestünden. Ein Mangel an persönlichem Kontakt könne durchaus auf Umständen beruhen, auf die der Anerkennende keinen Einfluss habe, so etwa wenn tatsächliche Umstände (z. B. eine große räumliche Distanz zwischen Kind und Anerkennendem, Erkrankungen des Anerkennenden oder des Kindes oder die Verbüßung einer Straftat) das persönliche Zusammentreffen nicht möglich machten (vgl. Grün, FuR 2007, S. 12 f.; ders., FPR 2011, S. 382 [383 f.]).

[61] (4) Die verfassungsrechtlichen Defizite der Norm lassen sich jedoch angesichts der Gesetzssystematik nicht durch Auslegung beheben.

[62] Die sozial-familiäre Beziehung ist zugleich negatives Tatbestandsmerkmal der bereits im Jahr 2004 eingeführten Vaterschaftsanfechtung durch den biologischen Vater (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Der Gesetzgeber hatte bei der Regelung der Anfechtung durch den biologischen Vater mit der Aufnahme dieses Negativmerkmals (§ 1600 Abs. 2 BGB) im Wesentlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz der bestehenden rechtlichen Familie umgesetzt (vgl. BVerfGE 108, 82). Für die Behördenanfechtung wurde das Kriterium später in diesen anderen Zusammenhang schlicht übernommen (§ 1600 Abs. 3 BGB). Die sozial-familiäre Beziehung ist dabei für beide Anfechtungskonstellationen einheitlich in § 1600 Abs. 4 BGB definiert. Die Doppelfunktion des negativen Tatbestandsmerkmals der sozial-familiären Beziehung lässt es hier im Ergebnis nicht zu, dieses Tatbestandsmerkmal im Zusammenhang mit der Behördenanfechtung nach § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB den Erfordernissen des Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG gemäß weit auszulegen, weil dasselbe Tatbestandsmerkmal im Rahmen der Anfechtung durch den mutmaßlichen biologischen Vater (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB) aus verfassungsrechtlichen Gründen eng auszulegen ist.

[63] Das negative Tatbestandsmerkmal der sozial-familiären Beziehung steht in den beiden Anfechtungskonstellationen in unterschiedlichem Kontext und hat bei der Anfechtung durch den biologischen Vater eine völlig andere Funktion als bei der Anfechtung durch die Behörde (vgl. van Els, FPR 2011, S. 380 [381]; Löhning, FamRZ 2008, S. 1130 [1131]; Grün, FuR 2007, S. 12 [13]; Arendt-Rojahn, FPR 2007, S. 395 [397]; Helms, StAZ 2007, S. 69 [72 f.]).

[64] Bei der Anfechtung durch den biologischen Vater soll die bestehende Vaterschaft des rechtlichen Vaters durch die des biologischen Vaters ersetzt werden. Das Negativmerkmal der sozial-familiären Beziehung zum rechtlichen Vater dient im Interesse des Kindes dem Schutz der bestehenden sozialen Familie (vgl. BVerfGE 108, 82 [109 f.]). Der Schutzbedarf ist jedoch begrenzt, weil das Kind nicht vaterlos wird, sondern den biologischen Vater als rechtlichen Vater erhält, woran das Kind ein eigenes Interesse hat, das das Interesse an der Erhaltung der rechtlichen Eltern-Kind-Beziehung zum bisherigen Vater überwiegen kann. Um die Anfechtung nicht übermäßig zu erschweren, ist mit der sozial-familiären Beziehung ein negatives Tatbestandsmerkmal gewählt, das der Anfechtung durch den biologischen



Vater Raum gewährt und diese nur dann scheitern lässt, wenn Kind und rechtlicher Vater tatsächlich gemeinsam ein soziales Familienleben führen, welches durch die rechtliche Neuordnung der Vaterschaft gestört würde. Bei der Behördenanfechtung hingegen soll eine rechtliche Vater-Kind-Zuordnung im öffentlichen Interesse aufgehoben werden, ohne dass für die Feststellung einer neuen, biologisch zutreffenden Vaterschaft Sorge getragen wäre. Die Anfechtung dient - anders als im Fall der Anfechtung durch den biologischen Vater - nicht dem Schutz der Grundrechte der Betroffenen, sondern der Durchsetzung staatsangehörigkeits- und aufenthaltsrechtlicher Steuerungsziele. Durch die Behördenanfechtung wird weder ein Vater in sein Recht gesetzt noch hat das Kind hierdurch Vorteile. Vielmehr verliert es neben der deutschen Staatsangehörigkeit ersatzlos einen rechtlich vollwertigen Elternteil.

[65] Demgemäß kommt dem Negativmerkmal der sozial-familiären Beziehung bei der Behördenanfechtung eine andere Funktion zu als bei der Anfechtung durch den biologischen Vater. Während es bei der Anfechtung durch die Behörde vor allem dazu dient, eine gerade aufenthaltsrechtlich motivierte Vaterschaftsanerkennung zu identifizieren, geht es bei der Anfechtung durch den biologischen Vater nur darum, festzustellen, ob der Anfechtung eine verfassungsrechtlich schützenswerte, sozial gehaltvolle Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater entgegensteht.

[66] Verfassungsrechtlich unzulässig wäre es, das für beide Anfechtungskonstellationen relevante Tatbestandsmerkmal der sozial-familiären Beziehung, das in § 1600 Abs. 4 BGB eine einheitliche Definition erfahren hat, je nach Kontext unterschiedlich auszulegen, indem man es als Voraussetzung der Behördenanfechtung weit interpretierte, ihm aber bei der Anfechtung durch den biologischen Vater eine enge Bedeutung beilegte (kritisch Helms, StAZ 2007, S. 69 [73]). Ein und dasselbe, durch eine Norm einheitlich definierte Tatbestandsmerkmal kann hier nicht, je nachdem, mit welcher Anfechtungsnorm es in Verbindung gebracht wird, einmal eng und einmal weit interpretiert werden. Angesichts der erheblichen Grundrechtseingriffe, die mit der Vaterschaftsanfechtung in beiden Fällen verbunden sind, wäre dies unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten der Normverständlichkeit nicht zu akzeptieren.

[67] cc) Es ist den Betroffenen auch nicht deshalb zuzumuten, bereits im Fall des Fehlens einer sozial-familiären Beziehung im engeren Sinne auf die Vaterschaftsanerkennung zu verzichten, weil sich das behördliche Anfechtungsrecht mangels äußerer Unterscheidbarkeit gerade aufenthaltsrechtlich motivierter Vaterschaftsanerkennungen von anderen Vaterschaftsanerkennungen nur auf diese Weise durchsetzen ließe und das Interesse an der Vaterschaftsanerkennung hinter dem Anfechtungsinteresse zurücktreten müsste. Es ist nicht ausgeschlossen, treffgenauere Kriterien als das Negativmerkmal der sozial-familiären Beziehung zu verwenden (s. o., bb) (1)). Selbst wenn diese nicht alle Fälle aufenthaltsrechtlich motivierter Vaterschaftsanerkennung vollständig erfassen sollten, wäre das hinnehmbar, zumal eine besondere Dringlichkeit, aufenthaltsrechtlich motivierte Vaterschaftsanerkennungen zu bekämpfen, nicht erkennbar geworden ist.

[68] So konnte die für den Zeitraum vom 1. April 2003 bis 31. März 2004 erhobene Zahl von 1. 694 Aufenthaltstiteln, die an unverheiratete ausländische Mütter eines deutschen Kindes erteilt wurden, die im Zeitpunkt der Vaterschaftsanerkennung ausreisepflichtig waren, nach eigener Einschätzung der Bundesregierung "nicht belegen, in wie vielen Fällen es sich tatsächlich um missbräuchliche Vaterschaftsanerkennungen handelt" (BTDrucks 16/3291, S. 11). Es ist wahrscheinlich, dass ein ganz erheblicher Anteil der Fälle keine An-



fechtungsfälle waren, denn in die Erhebung waren insbesondere auch die Fälle einbezogen, in denen die biologische Vaterschaft oder aber wenigstens eine sozial-familiäre Beziehung zwischen Vater und Kind bestand, mithin reguläre Vaterschaftsanerkennungen, auf die die Behördenanfechtung nicht zielt und die sie auch nicht erfasst.

[69] Dass sich die Vaterschaftsanerkennung praktisch nicht zum extensiv genutzten Instrument der Aufenthaltssicherung unter Umgehung aufenthaltsrechtlicher Voraussetzungen entwickelt hat, dürfte nicht zuletzt darauf beruhen, dass die anerkennenden Väter ein erhebliches Risiko eingehen, dauerhaft unterhaltsrechtlich belangt zu werden. Die Vaterschaftsanerkennung führt zur rechtlich vollgültigen Vaterschaft. Mit ihr ist auch und gerade im Fall fehlender häuslicher Gemeinschaft eine unter Umständen lang währende Pflicht zur Zahlung von Kindesunterhalt verbunden, die gegebenenfalls staatlich durchsetzbar ist. Mittellosigkeit schützt den Vater allenfalls begrenzt vor dieser Zahlungspflicht. Der Vater eines minderjährigen Kindes ist gemäß § 1601, § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB gesteigert unterhaltspflichtig und deshalb verpflichtet, alle Anstrengungen zu unternehmen, um Unterhalt zahlen zu können. Dies zwingt den Unterhaltspflichtigen zur Übernahme jeder ihm zumutbaren Arbeit, wobei zur Sicherung des Unterhalts minderjähriger Kinder auch Aushilfs- und Gelegenheitsarbeiten zumutbar sind und ein Orts- und Berufswechsel verlangt werden kann. Unterlässt es der Unterhaltsverpflichtete, einer ihm möglichen und zumutbaren Erwerbstätigkeit nachzugehen, werden ihm auch fiktiv erzielbare Einkünfte zugerechnet (vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 2008 - XII ZR 182/06 -, juris, Rn. 20 ff.; stRSpr).

[70] Im Übrigen stehen dem Staat auch jenseits des familiengerichtlichen Unterhaltsverfahrens des unterhaltsberechtigten Kindes Mittel zur Verfügung, die Unterhaltspflichten durchzusetzen und so indirekt Druck gegen eine Praxis aufenthaltsrechtlich motivierter Gefälligkeitsanerkennungen zu entfalten. Die Verletzung der Unterhaltspflicht ist nach § 170 StGB strafbewehrt. Zudem haben die Sozialbehörden im Fall der Inanspruchnahme von Sozialleistungen durch das Kind Mittel an der Hand, die unterhaltsrechtlichen Folgen einer Vaterschaftsanerkennung spürbar werden zu lassen, indem sie die auf sie übergehenden Unterhaltsforderungen gegenüber dem Anerkennenden durchsetzen.

[71] 4. Die zu überprüfenden Normen verstoßen darüber hinaus gegen Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG. Sie genügen nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, die Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG an einen sonstigen Verlust der Staatsangehörigkeit stellt, weil sie keine Möglichkeit bieten, zu berücksichtigen, ob das Kind staatenlos wird (a), weil es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des Staatsangehörigkeitsverlusts fehlt (b) und weil keine angemessene Fristen- und Altersregelung getroffen wurde, die verhindern könnte, dass auch ältere Kinder, die die deutsche Staatsangehörigkeit über einen längeren Zeitraum besessen haben, diese noch verlieren (c).

[72] a) § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB ist insofern verfassungswidrig, als dem über die Anfechtung entscheidenden Gericht weder aufgegeben noch ermöglicht ist, Rücksicht darauf zu nehmen, ob das betroffene Kind infolge der Behördenanfechtung staatenlos wird. Nach Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG darf der Verlust der Staatsangehörigkeit gegen den Willen der Betroffenen nur dann eintreten, wenn diese dadurch nicht staatenlos werden. Weil der Verlust der Staatsangehörigkeit im Fall der Behördenanfechtung in aller Regel gegen den Willen des betroffenen Kindes eintritt, hätte der Gesetzgeber eine Vorkehrung für den Fall der Staatenlosigkeit treffen müssen. Für eine verfassungskonforme Auslegung bietet der Wortlaut keinen Anknüpfungspunkt.



[73] aa) Es ist nicht auszuschließen, dass Kinder infolge der Behördenanfechtung staatenlos werden. Welche Auswirkungen der Wegfall der deutschen Staatsangehörigkeit für die weitere Staatsangehörigkeit des Kindes hat, bestimmt sich nach ausländischem Staatsangehörigkeitsrecht. Das deutsche Recht kann Erwerb, Fortbestand oder Wiederaufleben der mütterlich vermittelten ausländischen Staatsangehörigkeit nicht steuern.

[74] bb) Eine Rechtfertigung der Inkaufnahme von Staatenlosigkeit kommt nicht in Betracht. Der Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG sieht abgesehen vom Willenskriterium keine weitere Einschränkung des Verbots der Inkaufnahme von Staatenlosigkeit vor; das Staatenlosigkeitsverbot ist strikt formuliert.

[75] Zwar wurde eine Inkaufnahme der Staatenlosigkeit im Fall der Rücknahme einer durch bewusst falsche Angaben erwirkten rechtswidrigen Einbürgerung für verfassungsrechtlich zulässig gehalten (vgl. BVerfGE 116, 24 [45 ff.]). Wegen des strikt formulierten Verbots des Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG ist jedoch bei einer Weiterung der für den Rücknahmefall angestellten Rechtfertigungsüberlegungen auf andere Konstellationen äußerste Zurückhaltung geboten. In der hier zu beurteilenden Konstellation greifen die zur Rücknahme einer durch Täuschung erschlichenen Einbürgerung angestellten Erwägungen jedenfalls nicht. Dort stand im Zentrum, dass sich die Betroffenen über die Rechtsordnung hinweggesetzt und durch willentliche Täuschung eine rechtswidrige Einbürgerung erreicht haben. Im Fall der Behördenanfechtung liegen die Dinge anders.

[76] Durch die Vaterschaftsanerkennung haben sich die Eltern weder über die Rechtsordnung hinweggesetzt, noch haben sie irgendetwas über irgendetwas getäuscht, noch haben sie eine rechtswidrige Entscheidung herbeigeführt. Wegen der geringen Voraussetzungen, die das deutsche Abstammungsrecht an eine Vaterschaftsanerkennung stellt, welche insbesondere keine biologische Vaterschaft erfordert, gibt es nichts, worüber die Eltern täuschen könnten. Von einer rechtlichen Missbilligung des Staatsangehörigkeitserwerbs durch Vaterschaftsanerkennung kann ohnehin allenfalls bei Vaterschaftsanerkennungen die Rede sein, die nach Inkrafttreten von § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB erfolgten. Auch dann ist die Bemakelung der durch Vaterschaftsanerkennung erlangten Staatsangehörigkeit jedoch mit einer durch rechtswidriges Verhalten oder Täuschung erschlichenen Einbürgerung nicht vergleichbar und rechtfertigt nicht die Überwindung des Verbots der Herbeiführung von Staatenlosigkeit. In dieser Konstellation setzte sich die deutsche Rechtsordnung durch eine Inkaufnahme der Staatenlosigkeit auch in Widerspruch zu völkerrechtlichen Bestimmungen zur Staatenlosigkeit (Art. 8 Abs. 1 und 2 der Konvention zur Verminderung der Staatenlosigkeit vom 30. August 1961, BGBl II 1977, S. 598, United Nations, Treaty Series, vol. 989, p. 175; Art. 7 Abs. 3 des Europäischen Übereinkommens über Staatsangehörigkeit vom 6. November 1997, BGBl II 2004, S. 579; BGBl II 2006, S. 1351, United Nations, Treaty Series, vol. 2135, p. 215).

[77] Vor allem aber treten hier der Verlust der Staatsangehörigkeit und damit gegebenenfalls die Staatenlosigkeit beim Kind ein, das selbst an der Erlangung der Staatsangehörigkeit nicht aktiv beteiligt war. Anders als bei der Abgrenzung von Entziehung und Verlust der Staatsangehörigkeit (s. o., 3. b) bb)) ist es angesichts des klaren Verbots der Inkaufnahme von Staatenlosigkeit hier nicht möglich, dem Kind ein Verhalten der Eltern zuzurechnen.

[78] b) Darüber hinaus liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts vor. Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt zur Legitimierung eines unfreiwilligen Verlusts der Staatsangehörigkeit eine gesetzliche Grundlage (vgl. BVerfGE 116, 24 [52 ff.]). Dabei gebietet Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG, den Verlust der Staatsangehörigkeit so bestimmt zu regeln, dass



die für den Einzelnen und für die Gesellschaft gleichermaßen bedeutsame Funktion der Staatsangehörigkeit als verlässliche Grundlage gleichberechtigter Zugehörigkeit nicht beeinträchtigt wird (vgl. BVerfGE 116, 24 [61]). Dem genügen die Regelungen über die Behördenanfechtung nicht, weil der Umstand, dass die Staatsangehörigkeit infolge der Feststellung des Nichtbestehens der Vaterschaft wegfällt, nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist. Damit liegt zugleich ein Verstoß gegen das Zitiergebot vor (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG).

[79] Die familienrechtlichen Vorschriften zur Behördenanfechtung zielen zwar ersichtlich darauf, die durch Vaterschaftsanerkennung erworbene deutsche Staatsangehörigkeit des Kindes zu Fall zu bringen, um so die nicht gewollten aufenthaltsrechtlichen Folgen der Vaterschaftsanerkennung zu beseitigen. Jedoch regeln sie die Auswirkungen auf die Staatsangehörigkeit des Kindes nicht ausdrücklich. Auch im Staatsangehörigkeitsrecht findet sich keine gesetzliche Regelung, die den Verlust der Staatsangehörigkeit infolge der die Vaterschaft beendenden Behördenanfechtung anordnet. In der Aufzählung der Verlustgründe (§ 17 Abs. 1 StAG) ist diese Verlustform nicht enthalten. Der Wegfall ergibt sich vielmehr aus der Anwendung zweier ungeschriebener Rechtsregeln, an die § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB unausgesprochen anknüpft. Zugrunde liegen erstens die Annahme der Rückwirkung der erfolgreichen Vaterschaftsanfechtung auf den Zeitpunkt der Geburt und zweitens die Annahme, dass das Staatsangehörigkeitsrecht in vollem Umfang den familienrechtlichen Abstammungsvorschriften folgt, so dass die staatsangehörigkeitsrechtlichen Erwerbsvoraussetzungen einheitlich mit der Vaterschaft rückwirkend entfallen (s. o., A. III. 2.). Der Gesetzgeber hat dies vorausgesetzt, jedoch nicht klar erkennbar geregelt.

[80] Zwar hat die staatsangehörigkeitsrechtliche Folge der behördlichen Vaterschaftsanerkennung im Februar 2009 mittelbar Niederschlag im Gesetz gefunden, indem der Gesetzgeber in § 17 Abs. 2 und 3 StAG für den Staatsangehörigkeitsverlust drittbetroffener Kinder eine Altersgrenze festgesetzt und dabei die Behördenanfechtung ausdrücklich von der Geltung dieser Altersgrenze ausgenommen hat. Diese Bestimmung impliziert, dass die Behördenanfechtung zum Verlust der Staatsangehörigkeit führt. Den strengen Anforderungen, die der Gesetzesvorbehalt an die Regelung der Staatsangehörigkeit stellt, genügt diese nur mittelbare Regelung jedoch nicht.

[81] c) Die Regelung verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Sie verfolgt zwar einen legitimen Zweck, genügt jedoch nicht den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Die Regelung zielt legitimer Weise auf die Effektivierung der gesetzlichen Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts, deren zielgerichtete Umgehung im Wege einer Vaterschaftsanerkennung verhindert werden soll (s. o., 3. d) aa) (3) (a)). Angesichts des Gewichts des Staatsangehörigkeitsverlusts (aa), das mit Alter und Dauer der Inhaberschaft der deutschen Staatsangehörigkeit steigt (bb), und verbleibender Zweifel an der Dringlichkeit des mit der Behördenanfechtung verfolgten Ziels (cc) ist die konkrete Ausgestaltung der Behördenanfechtung jedoch unverhältnismäßig im engeren Sinne, weil es an einer angemessenen Fristen- und Altersregelung fehlt (dd). Das gilt auch für Fälle, in denen die Vaterschaftsanerkennung tatsächlich zur Umgehung gesetzlicher Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts erfolgte. Sofern die Anfechtung Vaterschaftsanerkennungen erfasst, die nicht gerade zum Zweck der Umgehung des Aufenthaltsrechts erfolgten, sind sie ohnehin verfassungswidrig, weil sie gegen Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG verstoßen (s. o., 3. d)).

[82] aa) Die staatliche Herbeiführung des Staatsangehörigkeitsverlusts ist aus Sicht des betroffenen Kindes ein gravierender Grundrechtseingriff. Die deutsche Staatsangehörigkeit ermöglicht dem Kind den weiteren Verbleib in Deutschland und die gleichberechtigte Teil-



habe an Gütern und Rechten und damit die volle Teilnahme am gesellschaftlichen Leben der Bundesrepublik. Mit dem Wegfall der Staatsangehörigkeit entschwinden Lebenschancen, auf die sich das Kind je nach Alter eingerichtet hat (vgl. Becker, NVwZ 2006, S. 304 [306] m. w. N.). Dabei fällt auch ins Gewicht, dass Kinder von der Behördenanfechtung als Außenstehende betroffen sind, die an dem bemakelten Staatsangehörigkeitserwerb nicht beteiligt waren und darum mit der Vaterschaftsanfechtung die Folgen des Handelns ihrer Eltern tragen müssen.

[83] bb) Die Belastungswirkung des mit dem Staatsangehörigkeitsverlust durch Behördenanfechtung verbundenen Grundrechtseingriffs nimmt mit dem Alter des betroffenen Kindes und mit der Zeitspanne zu, während der das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit innehatte. Mit dem altersgemäß steigenden Bewusstsein seiner Staatsangehörigkeit wächst das Vertrauen des Kindes auf den Bestand der Staatsangehörigkeit und der mit der deutschen Staatsangehörigkeit verbundenen faktischen und rechtlichen Folgen. Neben dem Alter erhöht auch die Dauer der Inhaberschaft der deutschen Staatsangehörigkeit die Belastungswirkung ihres Entfallens. Je länger sich ein Kind auf ein Leben in Deutschland eingerichtet und sich, insbesondere durch Teilhabe am deutschen Bildungssystem, in die deutsche Gesellschaft integriert hat, umso gravierender ist der mit dem Staatsangehörigkeitsverlust verbundene Grundrechtseingriff (vgl. Becker, NVwZ 2006, S. 304 [306]).

[84] cc) Auf der anderen Seite ist ungeachtet der legitimen Zielsetzung der Behördenanfechtung eine konkrete Dringlichkeit, in Umgehungsabsicht erfolgte Vaterschaftsanerkennungen zu bekämpfen, nicht erkennbar (s. o., 3. d) cc)).

[85] dd) Wegen der erheblichen Belastungswirkung des Staatsangehörigkeitsverlusts, die mit dem Alter des Kindes und mit der Dauer der Staatsangehörigkeit steigt, sind dem Staatsangehörigkeitsverlust jenseits des relativ frühen Kindesalters zeitliche Grenzen zu setzen. Dass damit nicht jede zu Umgehungszwecken erfolgte Vaterschaftsanerkennung im Wege der Behördenanfechtung rückgängig gemacht werden kann, ist auch angesichts der Zweifel an deren Dringlichkeit hinnehmbar.

[86] (1) Dem Vertrauen von Kindern in den Bestand der deutschen Staatsangehörigkeit ist durch spezifische Regelungen Rechnung zu tragen, die die Möglichkeit des Staatsangehörigkeitsverlusts einschränken (vgl. BVerfGE 116, 24 [60]). Dementsprechend hat der Gesetzgeber Altersgrenzen für den Verlust der Staatsangehörigkeit bei Kindern geschaffen. Nach der Regelung in § 17 Abs. 2 und 3 Satz 1 StAG berühren Entscheidungen nach anderen Gesetzen, die den rückwirkenden Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit Dritter zur Folge hätten, nicht die deutsche Staatsangehörigkeit von Kindern, die mindestens fünf Jahre alt sind. Exemplarisch nennt § 17 Abs. 3 StAG die Rücknahme der Einbürgerung oder einer Niederlassungserlaubnis der Eltern sowie die Feststellung des Nichtbestehens der Vaterschaft. Zur Begründung führte die Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren aus, sie wolle Kinder, die am nachträglichen Wegfall der Erwerbsvoraussetzungen für ihre Staatsangehörigkeit nicht beteiligt sind, gegen einen automatischen Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit schützen. Man gehe aber davon aus, dass ein Kind bis zum Alter von fünf Jahren noch kein eigenes Bewusstsein von seiner Staatsangehörigkeit und kein eigenes Vertrauen auf deren Bestand habe (vgl. BTDrucks 16/10528, S. 6 f.).

[87] (2) Die damit geschaffene absolute Altersgrenze von fünf Jahren gilt jedoch nach § 17 Abs. 3 Satz 2 StAG nicht für den Wegfall der Staatsangehörigkeit nach einer Behördenanfechtung. Der Gesetzgeber verweist zur Begründung des Verzichts auf ein Alterskriterium bei der Behördenanfechtung auf den seiner Ansicht nach ausreichenden Schutz dieser



Kinder durch die in § 1600b Abs. 1a Satz 3 BGB enthaltene Anfechtungsfrist von fünf Jahren nach Wirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung oder Einreise des Kindes in das Bundesgebiet (vgl. BTDrucks 16/10528, S. 7).

[88] Die Staatsangehörigkeit kann jedoch durch Behördenanfechtung auch bei einem älteren Kind verloren gehen, das die deutsche Staatsangehörigkeit über einen langen Zeitraum innehatte. Zwar schließt § 1600b Abs. 1a BGB den Staatsangehörigkeitsverlust bei älteren Kindern in den Fällen aus, in denen eine Vaterschaftsanerkennung in zeitlicher Nähe zur Geburt des Kindes erfolgte. Die Behördenanfechtung trifft gleichwohl auch ältere Kinder. Zum einen ist die Behördenanfechtung auch in Fällen möglich, in denen die Vaterschaftsanerkennung in vorgerücktem Kindesalter erfolgte. Zum anderen wird durch die Ausschlussfrist des § 1600b Abs. 1a Satz 3, 2. Alt. BGB die Behördenanfechtung auch solcher Vaterschaftsanerkennungen ermöglicht, die bereits vor Jahren wirksam wurden, sofern das Kind erst deutlich später in die Bundesrepublik einreist. Aufgrund der langen Anfechtungsfrist von fünf Jahren trifft die Behördenanfechtung zudem auch (ältere) Kinder, die bereits seit vielen Jahren die deutsche Staatsangehörigkeit innehatten und demgemäß als Deutsche gelebt haben. Es kommt hinzu, dass die Fünfjahresfrist auf die Anfechtung bezogen ist und nicht auf die Rechtskraft des das Nichtbestehen der Vaterschaft feststellenden Urteils, die nochmals Jahre später eintreten kann.

[89] (3) Soweit die Behördenanfechtung wegen der altersunabhängigen Fünfjahresfrist ältere Kinder trifft, deren Staatsangehörigkeitserwerb möglicherweise schon viele Jahre zurückliegt, so dass sie bereits ein Bewusstsein für ihre Staatsangehörigkeit und die damit verbundenen Folgen entwickelt haben und in für die Entfaltung ihrer Persönlichkeit entscheidenden Jahren davon ausgingen, deutsche Staatsangehörige zu sein, ist die Regelung übermäßig hart, zumal die betroffenen Kinder zur Bemakelung ihres Staatsangehörigkeitserwerbs nicht selbst beigetragen haben. Nach der Einschätzung und Wertung des Gesetzgebers setzt das Bewusstsein für die eigene Staatsangehörigkeit bei Kindern ein, die älter sind als fünf Jahre. Verfassungsrechtlich ist auch für die Behördenanfechtung für Kinder, die älter als fünf Jahre sind, eine deutliche Verkürzung der Anfechtungsfrist geboten.

[90] II. Die Regelungen über die Behördenanfechtung verstoßen gegen das durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützte Elternrecht.

[91] 1. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG schützt als Grundlage und Kern des Elternrechts auch den Bestand der Elternschaft. Die Behördenanfechtung betrifft das Bestandsinteresse des Vaters wie auch das ebenfalls geschützte (vgl. BVerfGE 38, 241 [252]) Interesse der Mutter am Fortbestand einer zuvor willentlich begründeten gemeinsamen Elternschaft.

[92] Eine verfassungsrechtlich geschützte Elternschaft besteht auch dann, wenn die Vaterschaft durch Anerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB begründet wurde und der Anerkennende - wie in § 1600 Abs. 3 BGB vorausgesetzt - weder der biologische Vater des Kindes ist noch eine sozial-familiäre Beziehung zum Kind begründet hat. Die durch Vaterschaftsanerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB erlangte Vaterstellung macht den anerkennenden Mann unabhängig von den biologischen Abstammungsverhältnissen zugleich zum Träger des verfassungsrechtlichen Elternrechts des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, ohne dass es auf die Begründung einer sozial-familiären Beziehung ankäme. Freilich hängt die Intensität des durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantierten Schutzes davon ab, ob die rechtliche Vaterschaft auch sozial gelebt wird.



[93] 2. Die Behördenanfechtung beendet die rechtliche Vaterschaft rückwirkend gegen den Willen der Familienmitglieder (s. o., A. III. 2.) und greift so in das Bestandsinteresse beider Eltern ein.

[94] 3. Der Eingriff ist nicht zu rechtfertigen, weil er unverhältnismäßig ist.

[95] a) Das Elterngrundrecht enthält keinen allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Eine Beschränkung des Elterngrundrechts kann indessen aufgrund verfassungsimmanenter Schranken erfolgen. Die Behördenanfechtung dient der Durchsetzung aufenthaltsrechtlicher Steuerungszwecke und verfolgt damit ein legitimes Ziel (s. o., I. 3. d) aa) (3) (a)), das eine verfassungsimmanente Schranke des Elterngrundrechts bildet. Zwar erteilt das Grundgesetz dem Gesetzgeber nicht ausdrücklich den Auftrag, den Zuzug ausländischer Staatsangehöriger zu regeln. Die Eröffnung beziehungsweise Verweh rung von Zuzugsmöglichkeiten berührt das Gemeinwesen jedoch im Kern und bedarf darum rechtlicher Steuerung.

[96] b) Zielte die Vaterschaftsanerkennung gerade auf aufenthaltsrechtliche Vorteile, ist die Schutzwürdigkeit der Elternposition gering. Der Eingriff durch eine behördliche Anfechtung ist insoweit angesichts ihrer legitimen Zwecksetzung verhältnismäßig. Soweit die Behördenanfechtung hingegen nach den zu breit formulierten Voraussetzungen des § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB Vaterschaften erfasst, die nicht zur Umgehung gesetzlicher Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts anerkannt wurden (s. o., I. 3. d) bb)), ist sie nicht vom Gesetzeszweck getragen und ist darum im Hinblick auf das Elterngrundrecht unverhältnismäßig.

[97] III. Die überprüften Regelungen verstoßen gegen das durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützte Recht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung.

[98] 1. Kinder, denen ein eigenes Recht auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit zukommt (Art. 2 Abs. 1 GG), bedürfen des Schutzes und der Hilfe, um sich zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln zu können. Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verleiht dem Kind darum ein Recht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung (vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Februar 2013 - 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 -, juris, Rn. 41 ff.) und schützt Kinder zugleich dagegen, durch staatliche Maßnahmen von der spezifisch elterlichen Hinwendung abgeschnitten zu werden.

[99] 2. Ist die behördliche Anfechtungsklage erfolgreich, entfällt rückwirkend auf den Tag der Geburt des Kindes die bisherige Vaterschaftszuordnung. Dem Kind wird mit der erfolgreichen Vaterschaftsanfechtungsklage durch eine staatliche Behörde der rechtliche Vater genommen. Dies greift in das Recht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung ein.

[100] 3. Der Eingriff in das Recht des Kindes ist unverhältnismäßig, sofern die Behördenanfechtung Vaterschaftsanerkennungen betrifft, die nicht zur Umgehung des Aufenthaltsrechts erfolgt sind (s. o., I. 3. d) bb)). Wurde die Vaterschaftsanerkennung hingegen allein zu aufenthaltsrechtlichen Zwecken vorgenommen, ist der soziale Gehalt der Vaterschaft für das Kind typischerweise nicht hoch. Dass der Gesetzgeber demgegenüber dem Interesse an der Durchsetzung aufenthaltsrechtlicher Zielsetzungen den Vorrang gegeben hat, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

[101] IV. Ein - nur in Teilen durch verfassungskonforme Auslegung zu vermeidender - Verstoß gegen das allgemeine Familiengrundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG liegt vor, weil die



Regelung ein tatsächlich bestehendes Familienleben im Rahmen des Anfechtungsverfahrens nach § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB unnötig mit behördlichen und gerichtlichen Ausforschungen belastet.

[102] 1. Belastungen resultieren aus der Abstammungsklärung. Die erfolgreiche Behördenanfechtung setzt wie alle anderen Formen der Vaterschaftsanfechtung voraus, dass der Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat, nicht der biologische Vater des Kindes ist. Daher muss die Abstammung des Kindes im Rahmen des Anfechtungsverfahrens geklärt werden. Aus dem Gesetz ergibt sich nicht, dass diese Abstammungsklärung erst dann erfolgen dürfte, wenn sichergestellt ist, dass die sonstigen Anfechtungsvoraussetzungen vorliegen. Eltern und Kinder könnten sich der Abstammungsklärung folglich auch dann unterziehen müssen, wenn die Behördenanfechtung schließlich an den sonstigen Voraussetzungen scheitert. Obwohl die Behördenanfechtung dann im Ergebnis wegen des Bestehens einer sozial-familiären Beziehung erfolglos bleibt, greift bereits die Abstammungsklärung an sich in das Recht des Kindes und der Eltern aus Art. 6 Abs. 1 GG ein. Denn falls eine sozial-familiäre Beziehung zum Vater besteht, belastet die Durchführung des familiengerichtlichen Anfechtungsverfahrens, in dem die gesamte familiäre Situation einer staatlichen Prüfung unterzogen und die biologische Vaterschaft in Frage gestellt wird, die soziale Beziehung zwischen den Betroffenen. Die Belastung ist besonders groß, wenn sich bei der Abstammungsklärung herausstellt, dass der rechtliche Vater trotz sozial-familiärer Beziehung nicht biologischer Vater des Kindes ist (vgl. Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland, August 2005, S. 378).

[103] Insoweit stehen die vorgelegten Regelungen einer verfassungskonformen Anwendung jedoch nicht entgegen. Der Gesetzgeber hat nicht geregelt, in welcher Reihenfolge das Vorliegen der Anfechtungsvoraussetzungen zu klären ist. Wegen der familiären Auswirkungen der Abstammungsklärung kann es zur Vermeidung unnötiger Eingriffe in das Familiengrundrecht geboten sein, die Abstammungsklärung erst dann herbeizuführen, wenn das Gericht zur Überzeugung gelangt ist, dass die sonstigen Anfechtungsvoraussetzungen vorliegen. Ist hingegen absehbar, dass die Klärung der sonstigen Anfechtungsvoraussetzungen für die Betroffenen - etwa wegen der Breitenwirkung der dafür erforderlichen Ermittlungen - ungleich belastender ist, kann es umgekehrt geboten sein, zuerst die Abstammungsklärung vorzunehmen. Die Regelungen zur Behördenanfechtung lassen die Berücksichtigung dieser verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte zu.

[104] 2. Indessen setzt die Beeinträchtigung des Familienlebens durch die mit einem Anfechtungsverfahren verbundene Ausforschung nicht erst mit der gerichtlichen Abstammungsklärung ein. Vielmehr belasten schon die vorausgehenden behördlichen Ermittlungen die sozialen Beziehungen der Familie, weil sie die Beteiligten bereits mit dem Verdacht des fehlenden biologischen Abstammungsverhältnisses zwischen Vater und Kind und mit der Gefahr einer Auflösung der rechtlichen Vater-Kind-Beziehung konfrontieren und weil sie unter Umständen Details des Familienlebens ausleuchten und damit dessen unbeschwerte Fortführung hemmen. Die behördlichen Ermittlungen nehmen den Beteiligten Gewissheit und Vertrauen in ihre familiären Beziehungen, indem sie deren tatsächliche und rechtliche Grundlagen in Frage stellen. Dies kann selbst dann der Fall sein, wenn zwischen Vater und Kind keine sozial-familiäre Beziehung besteht, denn die behördliche Infragestellung der Vaterschaft belastet auch die familiäre Beziehung zwischen Mutter und Kind.



[105] Die Belastungen sind verfassungsrechtlich gerechtfertigt, sofern die Maßnahmen der Anfechtung einer gerade aufenthaltsrechtlich motivierten Vaterschaftsanerkennung dienen. Grundsätzlich ist auch hinzunehmen, dass in die behördlichen Ermittlungen Familien einbezogen werden, bei denen die behördlichen Aufklärungen am Ende ergeben, dass die Voraussetzungen für eine Vaterschaftsanfechtung nicht vorliegen. Eben dies kann sich unter Umständen erst durch behördliche Nachforschung erweisen.

[106] Verfassungsrechtlich nicht hinzunehmen ist jedoch, dass die in § 1600 Abs. 4 BGB unnötig weit gefassten Anfechtungsvoraussetzungen nicht verheiratete, ausländische oder binationale Elternpaare, die keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, generell dem Verdacht aussetzen, die Vaterschaftsanerkennung allein aus aufenthaltsrechtlichen Gründen vorgenommen zu haben und deren Familienleben damit ohne Weiteres mit behördlichen Nachforschungen belasten (vgl. Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland, August 2005, S. 378). Auch wegen Art. 6 Abs. 1 GG wäre insoweit eine präzisere Fassung der Anfechtungsvoraussetzungen verfassungsrechtlich geboten.

[107] V. Die Regelungen verstoßen nicht gegen Art. 6 Abs. 5 GG.

[108] Art. 6 Abs. 5 GG setzt als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes und als Schutznorm zugunsten nichtehelicher Kinder der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit Grenzen (vgl. BVerfGE 84, 168 [184 f.]). Auch eine mittelbare Schlechterstellung nichtehelicher Kinder im Verhältnis zu ehelichen Kindern ist durch Art. 6 Abs. 5 GG verboten (vgl. BVerfGE 118, 45 [62] m. w. N.). Eine ungleiche Behandlung nichtehelicher Kinder, die sich als Benachteiligung gegenüber ehelichen Kindern auswirkt, bedarf stets einer überzeugenden Begründung (vgl. BVerfGE 84, 168 [185]).

[109] Die Behördenanfechtung kann nur bei nichtehelichen Kindern zur Anwendung kommen und benachteiligt diese daher mittelbar (1.). Dies lässt sich jedoch rechtfertigen (2.).

[110] 1. Die Regelungen über die Behördenanfechtung bewirken mittelbar eine Benachteiligung nichtehelicher Kinder. Der Gesetzgeber hat die rechtliche Vaterschaft kraft Anerkennung (§ 1592 Nr. 2 BGB), nicht aber die rechtliche Vaterschaft kraft Ehe (§ 1592 Nr. 1 BGB) behördlicher Anfechtung unterworfen, obwohl auch im Fall der auf Ehe beruhenden Vaterschaft eine lediglich rechtliche Vaterschaft ohne biologische Abstammungsbeziehung vorliegen kann, die unter Umständen - ähnlich wie die Vaterschaftsanerkennung - einen besseren Aufenthaltsstatus vermittelt. Die Behördenanfechtung im Fall der Vaterschaftsanerkennung knüpft zwar nicht an das Merkmal der Nichtehelichkeit des Kindes an. Praktisch trifft sie jedoch gerade die nichtehelichen Kinder und führt so zu einer (mittelbaren) Ungleichbehandlung nichtehelicher Kinder rechtlicher Väter gegenüber ehelichen Kindern von rechtlichen Vätern. Zwar sieht das Gesetz in § 1314 Abs. 2 Nr. 5, § 1316 Abs. 1 Nr. 1 BGB auch die Möglichkeit eines behördlichen Antrags auf Aufhebung einer zu Aufenthaltswzwecken geschlossenen Ehe vor. Die Aufhebung der Ehe führt jedoch nicht zur Beendigung der Vaterschaft eines in der Ehe geborenen Kindes, obwohl das Kind auch hier - wie im Fall der Behördenanfechtung - dem ausländischen Elternteil weiterhin über § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG einen besseren Aufenthaltsstatus vermitteln kann. Eine Anfechtung der durch eine zu Aufenthaltswzwecken geschlossenen Ehe begründeten Vaterschaft sieht das Gesetz nicht vor, und zwar auch dann nicht, wenn die Ehe gemäß § 1313, § 1314 Abs. 2 Nr. 5, § 1316 Abs. 1 Nr. 1 BGB aufgehoben wurde.



[111] 2. Die Ungleichbehandlung nichtehelicher Kinder, deren rechtliches Verhältnis zum Vater auf Anerkennung beruht (§ 1592 Nr. 2 BGB) und ehelicher Kinder, deren rechtliches Verhältnis zum Vater auf der Ehe der Mutter beruht (§ 1592 Nr. 1 BGB), ist gerechtfertigt.

[112] Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen nicht gezwungen, behördliches Einschreiten in allen Konstellationen allein rechtlicher Vater-Kind-Beziehungen anzuordnen, die den Beteiligten aufenthaltsrechtliche Vorteile bringen. Vielmehr steht ihm ein politischer Spielraum zu, sich auf Konstellationen zu beschränken, in denen er besonderen Handlungsbedarf sieht. Offenbar hat der Gesetzgeber den Handlungsbedarf bei einer durch Aufenthaltsehe begründeten Vaterschaft für geringer gehalten als bei auf Anerkennung beruhender Vaterschaft. Dabei ist der Gesetzgeber auch bezüglich aufenthaltsrechtlich motivierter Ehen nicht untätig geblieben, sondern hat, wie gesehen, die Aufenthaltsehe behördlicher Aufhebung unterworfen. Freilich hat er darauf verzichtet, auch die durch diese aufgehobene Ehe vermittelte Vaterschaft für Kinder des ausländischen Elternteils der Anfechtung zu unterwerfen.

[113] Dass der Gesetzgeber sich darauf konzentriert hat, die Aufhebung der Aufenthaltsehe zu ermöglichen, nicht aber dadurch etwa vermittelte Vaterschaften aufheben wollte, ist hinreichend plausibel und darum verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die auf einer Ehe beruhende Vaterschaft hat im Vergleich zur durch Anerkennung begründeten Vaterschaft quantitativ ein deutlich geringeres Potenzial, anderen Personen einen besseren Aufenthaltsstatus zu vermitteln: Ein Mann kann in Deutschland gleichzeitig nur mit einer Frau die Ehe eingehen; er kann aber jederzeit für zahlreiche Kinder die Vaterschaft anerkennen. Zudem kann im Wege der Ehe nur künftig auf die Welt kommenden Kindern die Vaterschaft vermittelt werden, wohingegen die Anerkennung der Vaterschaft auch für früher geborene Kinder möglich ist. Ein einzelner Mann kann darum mittels Vaterschaftsanerkennung sehr viel mehr Personen zu einer aufenthaltsrechtlich vorteilhaften Position verhelfen als ihm durch Eingehung einer Ehe möglich wäre.

Kirchhof
Schluckebier
Baer

Gaier
Masing

Eichberger
Paulus
Britz



INFORMATIONELLE SELBSTBESTIMMUNG -KOMMUNIKATIONSFREIHEIT

BGH, URTEIL VOM 23 SETTEMBRE 2014 – VI ZR 358/13

Die Erhebung, Speicherung und Übermittlung von personenbezogenen Daten im Rahmen eines Arztsuche- und Arztbewertungsportals im Internet ist zulässig.

Das Recht eines Arztes auf informationelle Selbstbestimmung überwiegt das Recht des Portalsbetreibers auf Kommunikationsfreiheit nicht.



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 358/13

Verkündet am:
23. September 2014
Böhringer-Mangold
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BDSG § 29; ZPO § 559

Zur Zulässigkeit der Erhebung, Speicherung und Übermittlung von personenbezogenen Daten im Rahmen eines Arztsuche- und Arztbewertungsportals im Internet (www.jameda.de).

BGH, Urteil vom 23. September 2014 - VI ZR 358/13 - LG München I

AG München

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 2014 durch den Vorsitzenden Richter Galke, die Richterin Diederichsen, den Richter Stöhr, den Richter Offenloch und die Richterin



Dr. Oehler

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil der 30. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 19. Juli 2013 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Zulässigkeit der Aufnahme eines Arztes in ein Bewertungsportal gegen dessen Willen.

Die Beklagte betreibt unter der Internetadresse www.jameda.de ein Arztsuche- und Arztbewertungsportal, auf dem Informationen über Ärzte und Träger anderer Heilberufe kostenfrei abgerufen werden können.

Als eigene Informationen der Beklagten werden die sogenannten "Basisdaten" angeboten. Zu ihnen gehören - soweit sie der Beklagten vorliegen - akademischer Grad, Name, Fachrichtung, Praxisanschrift, weitere Kontaktdaten sowie Sprechzeiten und ähnliche praxisbezogene Informationen. Daneben sind Bewertungen abrufbar, die Nutzer in Form eines Notenschemas und ggf. auch in Form von Freitextkommentaren abgegeben haben. Die Abgabe einer solchen Bewertung erfordert eine vorherige Registrierung, bei der eine E-Mail-Adresse angegeben werden muss, die im Rahmen des Registrierungsvorgangs verifiziert wird. Der Kläger ist niedergelassener Gynäkologe. Im Portal der Beklagten wird er mit seinem akademischen Grad, seinem Namen, seiner Fachrichtung und seiner Praxisanschrift geführt.

Im Jahr 2012 wurde er mehrfach bewertet. Nachdem der Kläger Ende Januar 2012 erfahren hatte, im Portal der Beklagten bewertet worden zu sein, verlangte er von ihr - zuletzt mit Anwaltsschreiben - die vollständige Löschung seines Eintrags. Die Beklagte lehnte dies ab.

Die auf Löschung seiner auf der Internetseite www.jameda.de veröffentlichten Daten, auf Unterlassung der Veröffentlichung seiner "persönlichen und berufsständischen Daten" auf der genannten Internetseite sowie Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gerichtete Klage hat das Amtsgericht abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dem Kläger stehe weder ein Anspruch auf Löschung noch auf Unterlassung der Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten zu.

Die Interessen des Klägers am Ausschluss der Erhebung, Speicherung oder Veränderung der Daten überwiegen die Interessen der Beklagten und der Nutzer nicht.



Den schutzwürdigen Interessen des Klägers werde durch die Kontrollmechanismen der Beklagten hinreichend Rechnung getragen.

Das Erfordernis, eine verifizierbare E-Mail-Adresse anzugeben, stelle sicher, dass Rückfragen der Beklagten an den jeweiligen Nutzer möglich seien. Dies gelte insbesondere auch im Falle, dass der betroffene Arzt von seiner Möglichkeit Gebrauch macht, Probleme in Bezug auf die abgegebenen Bewertungen zu melden.

Dass der Arzt nicht die Möglichkeit habe, sich mit dem Bewertenden direkt auseinanderzusetzen, sei angesichts der dem Internet immanenten Möglichkeit zur anonymen Nutzung unerheblich.

Vor diffamierenden und anderen rechtswidrigen Bewertungen sei er bereits durch das Vorhandensein verschiedener Beschwerdemöglichkeiten gegenüber der Beklagten, etwa über die entsprechende Schaltfläche auf der Internetseite selbst oder die Möglichkeit zur telefonischen oder schriftlichen Kontaktaufnahme zur Beklagten, hinreichend geschützt. Auch stelle die Verknüpfung der personenbezogenen Daten des Klägers mit der Bewertungsmöglichkeit durch Nutzer keine unzulässige Zweckentfremdung der Daten dar, erfasse § 29 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) doch gerade die Fälle der geschäftsmäßigen Nutzung personenbezogener Daten zum Zwecke der Übermittlung; der Zweck der Vorschrift beschränke sich nicht darauf, die Kontaktaufnahme zu ermöglichen.

Zu einem anderen Abwägungsergebnis führe auch der Umstand nicht, dass über das Internet ein "sehr weitreichender Meinungs austausch" möglich sei. Die Meinungsfreiheit umfasse das Recht zur Wahl des Verbreitungsmediums, so dass der Kläger, der sich vor dem Hintergrund des Rechts auf freie Arztwahl dem zwischen Ärzten bestehenden Wettbewerb stellen müsse und Marktmechanismen ausgesetzt sei, es auch hinnehmen müsse, wenn die Bewertung über das Internet abgegeben werde.

Schließlich greife auch das Argument des Klägers nicht, es werde von der Beklagten nicht überprüft, ob der Bewertende tatsächlich einmal Patient des von ihm bewerteten Arztes gewesen sei. Denn nach dem nicht wirksam bestrittenen Vortrag der Beklagten müsse sich jeder Nutzer bei der Abgabe einer Bewertung über eine sogenannte "Checkbox" entsprechend erklären.

B.

Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Zu Recht hat das Berufungsgericht die vom Kläger gegen die Beklagte geltend gemachten Ansprüche, die auf der Internetseite www.jameda.de über ihn veröffentlichten Daten zu löschen (I.), die Veröffentlichung eines "Persönlichkeitsprofils" des Klägers auf der genannten Internetseite zu unterlassen (II.) und ihm die vorgerichtlich angefallenen Rechtsverfolgungskosten zu erstatten (III.), für nicht gegeben erachtet.

I.

Nach § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG sind personenbezogene Daten zu löschen, wenn ihre Speicherung unzulässig ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

1. § 35 BDSG findet - wie die übrigen Vorschriften des dritten Abschnitts des BDSG auch - im Streitfall grundsätzlich Anwendung.



a) Der Anwendungsbereich des BDSG ist nach §1 Abs.2 Nr.3 BDSG, derjenige des dritten Abschnitts des BDSG nach §27 Abs.1 Satz 1 Nr.1 BDSG eröffnet.

Denn die Beklagte ist als juristische Person des privaten Rechts, die nicht unter §2 Abs.1 bis 3 BDSG fällt, gemäß §2 Abs.4 Satz 1 BDSG eine nicht-öffentliche Stelle und verarbeitet personenbezogene Daten im Sinne des §3 Abs.1 BDSG über den Kläger unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen (vgl. Senatsurteil vom 23. Juni 2009 -VI ZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn.17f.; ferner Simitis/Dammann, BDSG, 8.Aufl., §3 Rn.7 ff.).

b) Das Medienprivileg (vgl. §57 Abs.1 Satz 1 Rundfunkstaatsvertrag, §41 Abs.1 BDSG) steht einer uneingeschränkten Anwendung des Bundesdatenschutzgesetzes nicht entgegen. Denn jedenfalls kann auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht davon ausgegangen werden, dass eine journalistisch-redaktionelle Bearbeitung der Bewertungen erfolgt (vgl. Senatsurteil vom 23. Juni 2009 - VI ZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn.19 ff. mwN; Buchner in Wolff/Brink, Datenschutzrecht, 2013, §41 BDSG Rn.24 ff.; Gola/Schomerus, BDSG, 11.Aufl., §41 Rn.10a; Plath/Frey in Plath, BDSG, 2013, §41 Rn.12; Roggenkamp, K&R 2009, 571; Westphal in Taeger/Gabel, BDSG, 2. Aufl., §41 Rn.26 mwN; siehe zur Frage der Anwendbarkeit des §41 BDSG auf Bewertungsportale auch Buchner, aaO, Rn.18 f.; Greve/Schärdel, MMR 2008, 644, 647 f.; dies., MMR 2009, 613 f.; Simitis/Dix, BDSG, 8.Aufl., §41 Rn.11 mwN; Spindler/Nink in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2.Aufl., §41 BDSG Rn.1).

2. Ob die Speicherung der streitgegenständlichen Daten des Klägers zulässig ist, bestimmt sich entgegen der Auffassung der Revision nicht nach §28 BDSG, sondern nach §29 BDSG.

a) Entscheidend für die Abgrenzung von §28 BDSG und §29 BDSG ist der vom privatwirtschaftlichen Datenverarbeiter verfolgte Zweck. Erfolgt die Datenverarbeitung "als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke", ist sie also lediglich Hilfsmittel zur Erfüllung bestimmter anderer, eigener Zwecke der datenverarbeitenden Stelle (so Gola/Schomerus, BDSG, 11.Aufl., §28 Rn.4), so beurteilt sich ihre Zulässigkeit nach §28 BDSG (vgl. Senatsurteil vom 23. Juni 2009 - VIZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn.24). Werden die Daten hingegen geschäftsmäßig "zum Zwecke der Übermittlung" verarbeitet, ist die Datenübermittlung selbst also eigentlicher Geschäftsgegenstand (so Buchner in Wolff/Brink, Datenschutzrecht, 2013, §29 BDSG Rn.2; BeckOK Datenschutzrecht/Buchner [Stand: 1. Mai 2014] § 29 BDSG Rn.2; Gola/Schomerus, BDSG, 11.Aufl., §29 Rn.2), so gilt §29 BDSG (vgl. Senat aaO).

Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen tatbestandlichen Feststellungen des Amtsgerichts stellt die Beklagte in dem von ihr betriebenen Portal die über Ärzte gespeicherten personenbezogenen Informationen der streitgegenständlichen Art - also die sogenannten "Basisdaten", Noten und Freitextkommentare - Nutzern zum Abruf zur Verfügung.

Unmittelbarer Zweck des Portalbetriebs und mithin Gegenstand der Tätigkeit der Beklagten ist also die Übermittlung dieser Daten an Nutzer des Portals.

Auch die dafür erforderliche Datenerhebung und -speicherung erfolgen damit zu diesem Zweck. Weil die Tätigkeit auf Wiederholung gerichtet und auf eine gewisse Dauer angelegt



ist, erfolgen Datenerhebung und Datenspeicherung - wie für die Anwendung des §29 BDSG erforderlich - auch geschäftsmäßig (vgl. Senat aaO).

b) Der von der Revision gegen die Anwendung des §29 BDSG erhobene Einwand, die Beklagte nutze die "Basisdaten" der Ärzte und die von ihr gesammelten Bewertungen nicht allein zur Weitergabe an Dritte, sondern in erster Linie zu dem Zweck, den betroffenen Ärzten gegen ein monatliches Entgelt sogenannte "Service-Leistungen" anzudienen, greift bereits aus prozessualen Gründen nicht.

aa) Die Revision trägt insoweit vor, die Beklagte biete interessierten Ärzten gegen Entgelt sogenannte "Premium-Pakete" an, die eine "besondere Darstellung auf jameda.de" umfassten. Im Rahmen der mit den Paketen verbundenen "Service-Leistungen" werde beim Aufruf eines Arztprofils insbesondere die gezielte Werbung von mit diesem Arzt unmittelbar konkurrierenden Ärzten unterdrückt. Ärzte, die bei der Beklagten kein "Premium-Paket" erwürben, müssten es dagegen hinnehmen, dass mit ihrem Namen und den über sie gesammelten Bewertungen interessierte Patienten in das Portal der Beklagten gelockt würden, denen alsdann unmittelbar nach den Basisdaten und vor den eigentlichen Bewertungen gezielt die Werbung der im räumlichen Umfeld konkurrierenden Ärzte gleicher Fachrichtung, jedoch mit "besserer Bewertung" präsentiert würde. Damit verschaffe die Beklagte Ärzten, die ein "Premium-Paket" abonniert hätten, einen unmittelbaren Wettbewerbsvorteil. Umgekehrt gehe davon ein zumindest mittelbarer Druck aus, der die bei der Beklagten erfassten Ärzte zum Abschluss eines "Premium-Pakets" veranlassen solle.

bb) Dieser Vortrag ist in der Revisionsinstanz nicht berücksichtigungsfähig.

Gemäß §559 Abs.1 Satz 1 ZPO unterliegt der Beurteilung des Revisionsgerichts nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist.

Neuer Sachvortrag ist in der Revisionsinstanz grundsätzlich unzulässig (Senatsurteil vom 23. Februar 2010 -VIZR 91/09, VersR 2010, 923 Rn.15).

Dass der Kläger die dargestellten Behauptungen zum Angebot von "Service-Leistungen" durch die Beklagte bereits in den Tatsacheninstanzen aufgestellt hätte, ergibt sich weder aus dem Berufungsurteil noch aus dem Sitzungsprotokoll. Dies gilt auch, soweit die Revision auf das der Klagschrift als Anlage K2 beigefügte Schreiben der Beklagten verweist, in dem diese den Kläger über eine ihn betreffende Bewertung auf www.jameda.de informiert. Zwar gehört dieses Schreiben zum aus dem Berufungsurteil ersichtlichen Parteivorbringen.

Denn das angefochtene Urteil verweist auf den Tatbestand des amtsgerichtlichen Urteils, der wiederum auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug nimmt. Dies reicht grundsätzlich aus (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 2001 -IVZR 309/00, VersR 2002, 95 mwN; Zöller/Heßler, ZPO, 30.Aufl., §559 Rn.1; Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 35.Aufl., §559 Rn.7).

Der der Revisionsrüge zugrundeliegende Sachvortrag ergibt sich aus dem genannten Schreiben aber nicht. Bezüglich der "Service-Leistungen" ist hier nur ausgeführt:

"Möchten Sie dieses Potenzial für sich nutzen, um besser von (Privat-)Patienten gefunden zu werden? Dann informieren Sie sich über unsere Serviceangebote."



Was es mit den "Service-Leistungen" auf sich hat, lässt sich diesen Ausführungen nicht entnehmen.

Zudem wurde das Schreiben - worauf die Revisionserwiderung zu Recht hinweist - vom Kläger allein zum Beweis seiner Behauptung vorgelegt, er sei von der Beklagten über die Abgabe einer (weiteren) Bewertung informiert worden.

Der damit neue Tatsachenvortrag in der Revisionsinstanz ist auch nicht ausnahmsweise zu berücksichtigen. Zwar hat die Rechtsprechung aus prozesswirtschaftlichen Gründen Ausnahmen von dem sich aus §559 Abs.1 Satz 1 ZPO ergebenden Grundsatz zugelassen (vgl. BGH, Urteile vom 12. März 2008 -VIII ZR 71/07, NJW 2008, 1661 Rn.25; vom 25. April 1988 -II ZR 252/86, BGHZ 104, 215, 221 mwN).

Insbesondere ist §559 Abs.1 Satz 1 ZPO einschränkend dahin auszulegen, dass in der Revision in bestimmtem Umfang auch neue, im Hinblick auf die materielle Rechtslage relevante Tatsachen berücksichtigt werden können, wenn die Tatsachen unstreitig sind und schützenswerte Belange der Gegenpartei nicht entgegenstehen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass die neuen Tatsachen erst während des Revisionsverfahrens (soetwa BGH, Urteile vom 14. Oktober 2009 - XII ZR 146/08, NJW 2009, 3783 Rn.27; vom 9. Juli 1998 - IX ZR 272/96, BGHZ 139, 214, 221; jeweils mwN) bzw. nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz (soetwa BGH, Urteile vom 12. März 2008 -VIII ZR 71/07 aaO; vom 17. Dezember 1969 -IV ZR 750/68, BGHZ 53, 128, 131 f. mwN) eingetreten sind.

Dies ist vorliegend nicht der Fall.

3. Die Speicherung der streitgegenständlichen Daten ist nach §29 BDSG zulässig.

a) Den Prüfungsmaßstab bestimmt dabei einheitlich die Regelung des §29 Abs.1 Satz 1 Nr.1 BDSG. Zwar wurden die sogenannten "Basisdaten" unstreitig allgemein zugänglichen Quellen entnommen. Bei isolierter Betrachtung wäre die Zulässigkeit ihrer Speicherung deshalb nach der im Vergleich zu §29 Abs.1 Satz 1 Nr. 1 BDSG weniger strengen - Vorschrift des §29 Abs.1 Satz 1 Nr.2 BDSG zu beurteilen. Die Umstände des Streitfalls erfordern aber eine Würdigung im Zusammenhang mit der Speicherung der Bewertungen, weil nur die gemeinsame Verwendung der Daten den von der Beklagten verfolgten Zweck erfüllt (vgl. Senatsurteil vom 23. Juni 2009 -VIZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn.25; siehe auch LG Hamburg, MMR 2011, 488, 489; Roggenkamp, K&R 2009, 571).

b) Nach §29 Abs.1 Satz 1 Nr.1 BDSG ist die Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten zum Zweck der Übermittlung zulässig, wenn kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Erhebung oder Speicherung hat.

Der wertausfüllungsbedürftige Begriff des "schutzwürdigen Interesses" verlangt eine Abwägung des Interesses des Betroffenen an dem Schutz seiner Daten und des Stellenwerts, den die Offenlegung und Verwendung der Daten für ihn hat, mit den Interessen der Nutzer, für deren Zwecke die Speicherung erfolgt, unter Berücksichtigung der objektiven Wertordnung der Grundrechte (vgl. Senatsurteile vom 23. Juni 2009 -VIZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn.26; vom 17. Dezember 1985 -VIZR 244/84, NJW 1986, 2505, 2506; BGH, Urteile vom 15. Dezember 1983 -III ZR 207/82, MDR 1984, 822 f.; vom 7. Juli



1983 -III ZR 159/82, VersR 1983, 1140, 1141; Gola/Schomerus, BDSG, 11. Aufl., §29 Rn.11). Für diese Abwägung sind die im Urteil des erkennenden Senats vom 23. Juni 2009 (VI ZR 196/08, aaO) entwickelten Grundsätze heranzuziehen.

c) Im Streitfall hat eine Abwägung zwischen dem Schutz des Rechts des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung nach Art.2 Abs.1, Art.1 Abs.1 GG, Art.8 Abs.1 EMRK auf der einen Seite und dem Recht der Beklagten auf Kommunikationsfreiheit nach Art.5 Abs.1 GG, Art.10 Abs.1 EMRK auf der anderen zu erfolgen, bei der auch die mittelbare Drittwirkung des beiden Parteien zustehenden Grundrechts aus Art. 12 Abs.1 GG zu berücksichtigen ist.

aa) Die Aufnahme des Klägers in das Bewertungsportal berührt zuvörderst sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das die Befugnis des Einzelnen umfasst, grundsätzlich selbst darüber zu bestimmen, ob, wann und innerhalb welcher Grenzen seine persönlichen Daten in die Öffentlichkeit gebracht werden. Es erschöpft sich nicht in der Funktion des Abwehrrechts des Bürgers gegen den Staat, sondern entfaltet als Grundrecht Drittwirkung und beeinflusst hierdurch auch die Werteordnung des Privatrechts (vgl. Senatsurteile vom 29. April 2014 -VI ZR 137/13, VersR 2014, 968 Rn.6; vom 23. Juni 2009 -VI ZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn. 28).

Betroffen ist der Kläger darüber hinaus in seinem von Art.12 Abs.1 GG geschützten Recht auf freie Berufsausübung (vgl. Martini, DÖV 2010, 573, 579; Schröder, VerwArch 2010, 205, 226; aA Gundermann, VuR 2010, 329, 333), das mittelbar (vgl. Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art.12 Rn. 76 ff [Stand: Juni 006]) ebenfalls Drittwirkung entfaltet. Der Schutzbereich umfasst jede Tätigkeit, die mit der Berufsausübung zusammenhängt und dieser dient, mithin auch die Außendarstellung von selbständig Berufstätigen, soweit sie auf die Förderung des beruflichen Erfolgs gerichtet ist (vgl. BVerfGE 85, 248, 256; NJW -RR 2007, 1048 f.). Das Grundrecht schützt dabei zwar nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt, die für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung sein können, selbst wenn sich die Inhalte auf einzelne Wettbewerbspositionen nachteilig auswirken (vgl. Senatsurteil vom 22. Februar 2011-VIZR 120/10, VersR 2011, 632Rn.20; BVerfGE 105, 252, 265; NJW-RR 2004, 1710, 1711; siehe auch Martini,DÖV 2010, 573, 579). Die Aufnahme in das Bewertungsportal der Beklagten geht aber darüber hinaus. Sie zwingt den aufgenommenen Arzt dazu, sich in dem von der Beklagten vorgegebenen (engen) Rahmen einer breiten Öffentlichkeit präsentieren zu lassen

sowie sich unter Einbeziehung von Bewertungen medizinisch unkundiger Laieneinem Vergleich mit anderen im Portal aufgeführten Ärzten zu stellen, und kann erhebliche Auswirkungen auf seine beruflichen Chancen und seine wirtschaftliche Existenz haben (vgl. OLG Hamm,K&R 2011, 733, 734; Martini, aaO; siehe auch BVerwGE 71, 183, 194).

bb) Zugunsten der Beklagten ist in die Abwägung das - ihr als juristischer Person des Privatrechts zustehende (BGH, Urteil vom 24. Januar 2006 - XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 Rn. 99 mwN) - Recht auf Kommunikationsfreiheit nach Art.5 Abs. 1 GG, Art. 10 Abs. 1 EMRK einzustellen (vgl. Senatsurteil vom 23. Juni 2009 -VIZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn.27 ff.).Art.5 Abs.1 Satz 1GG schützt auch den Kommunikationsprozess als solchen . Deshalb kann die Mitteilung einer fremden Meinung oder Tatsachenbehauptung



selbstdann in den Schutzbereich des Grundrechts fallen, wenn der Mitteilende sich diese weder zu eigen macht noch sie in eine eigene Stellungnahme einbindet (vgl. BVerfG, NJW - RR 2010, 470 Rn.58; Grabenwarter in Maunz/Dürig, GG, Art.5 Rn. 87 ff. [Stand: Januar 2013]; siehe auch OLG Hamburg, CR 2012, 188, 191). Ein Bewertungsportal, wie es die Beklagte betreibt, macht den Austausch über Behandlungserfahrungen bei konkreten Ärzten unter nicht persönlich miteinander bekannten Personen erst möglich.

Die Beklagte ist insoweit als Portaltalbetreiberin also "unverzichtbare Mittlerperson" (so Schröder, VerwArch 2010, 205, 214).

Bereits deshalb wird der Betrieb des Portals vom Schutzbereich des Art.5 Abs. 1 Satz 1 GG erfasst. Von einer rein technischen Verbreitung, deren Schutz durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG jedenfalls fraglich ist (vgl. BVerfG, NJW-RR 2010, 470 Rn. 59), unterscheidet sich der Betrieb des Bewertungsportals jedenfalls dadurch, dass das Portal - auch über die Anzeige des Notendurchschnitts - aus Sicht des Nutzers den Anspruch erhebt, ein vollständiges Bild über die abgegebenen und den vorgegebenen Richtlinien entsprechenden Nutzerbewertungen zu zeichnen. Im Übrigen ist auch die Meinungs- und Informationsfreiheit der Portalnutzer berührt (vgl. auch Schröder, VerwArch 2010, 205, 213 f.).

Durch eine Pflicht zur Löschung von Einträgen in ihrem Bewertungsportal würde die Beklagte darüber hinaus in der Ausübung ihres Gewerbes beschränkt und damit im Schutzbereich der auch ihr als juristischer Person des Privatrechts zustehenden (BVerfGE 97, 228, 253; Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 106 [Stand: Juni 2006]) Berufsausübungsfreiheit betroffen (vgl. Schröder, VerwArch 2010, 205, 212 ff.).

d) Die vom Berufungsgericht durchgeführte Abwägung hält der rechtlichen Nachprüfung, der sie in vollem Umfang unterliegt (vgl. Senatsurteil vom 23. Juni 2009 - VIZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn. 27), im Ergebnis stand. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Interessen des Klägers am Ausschluss der Speicherung der streitgegenständlichen Daten überwiegen die Interessen der Beklagten und Nutzer am Betrieb des Portals und der damit verbundenen Datenspeicherung nicht, trifft zu.

aa) Im Ausgangspunkt ist freilich festzustellen, dass ein Arzt durch seine Aufnahme in das von der Beklagten betriebene Ärztebewertungsportal nicht nur unerheblich belastet ist.

(1) Zutreffend weist die Revision insoweit zunächst darauf hin, dass es sich bei der Bewertung von Ärzten in dem von der Beklagten betriebenen Portal - anders als bei den Bewertungen von Lehrkräften auf dem Schülerportal, das Gegenstand des Senatsurteils vom 23. Juni 2009 (VI ZR 196/08, BGHZ 181, 328 [insoweit Rn. 37]) war - nicht nur um "substanziarme", den Kläger in seiner Person und in seiner beruflichen Entwicklung nur mäßig beeinträchtigende Daten handelt. Denn die Bewertungen können nicht nur erhebliche Auswirkungen auf den sozialen und beruflichen Geltungsanspruch eines Arztes haben. Sie können vielmehr auch die Arztwahl behandlungsbedürftiger Personen beeinflussen, sich dadurch unmittelbar auf die Chancen des Arztes im Wettbewerb mit anderen Ärzten auswirken und damit im Falle von negativen Bewertungen sogar seine berufliche Existenz gefährden.

Die Breitenwirkung des Bewertungsportals der Beklagten ist ganz erheblich. Anders als im Falle des genannten Schülerportals ist die (passive) Nutzungsmöglichkeit nicht auf registrierte Nutzer beschränkt. Jeder Internetnutzer hat die Möglichkeit, die



entsprechenden Daten eines im Portal aufgeführten Arztes abzurufen. Die Daten sind über Suchmaschinen - auch durch Eingabe des Namens eines Arztes - leicht auffindbar, was das Gewicht der Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung weiter verstärkt (vgl. EuGH, NJW 2014, 2257 Rn.87). Insbesondere kann über Suchmaschinen auch derjenige mit im Portal der Beklagten gespeicherten Bewertungen eines bestimmten Arztes konfrontiert werden, der nach ganz anderen Informationen, etwa nach den Sprechzeiten oder der Adresse eines Arztes, sucht.

Auch ist nicht ausgeschlossen, dass Bewerter das Portal missbrauchen. So besteht aufgrund der den Nutzern von der Beklagten eingeräumten Möglichkeit, Bewertungen auch im Freitext zu verfassen, die Gefahr, dass über das Portal unwahre, beleidigende oder sonst unzulässige Aussagen bezüglich eines Arztes ins Netz gestellt werden. Diese Gefahr wird dadurch noch verstärkt, dass Bewertungen verdeckt abgegeben werden können. Zwar ist Voraussetzung für die Abgabe einer Bewertung die vorherige Registrierung. Die Angabe des Klarnamens ist hierfür aber nicht erforderlich; es genügt vielmehr die Angabe einer E-Mail-Adresse, auf die der Registrierende Zugriff hat. Auch Mehrfachbewertungen durch ein und dieselbe Person und Bewertungen ohne realen Behandlungshintergrund sind denkbar.

(2) Allerdings berühren die von der Beklagten erhobenen und gespeicherten Informationen den Kläger nur in seiner Sozialsphäre. Die Bewertungen betreffen die berufliche Tätigkeit des Klägers, also einen Bereich, in dem sich die persönliche Entfaltung von vornherein im Kontakt mit der Umwelt vollzieht. Nach dem von der Rechtsprechung im Hinblick auf die Eigenart des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als eines Rahmenrechts entwickelten Konzept abgestufter Schutzwürdigkeit bestimmter Sphären schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht zwar auch im Bereich der Sozialsphäre das Recht auf Selbstbestimmung bei der Offenbarung von persönlichen Lebenssachverhalten. Der Schutz ist aber geringer als bei Daten, die etwa der Intim- oder Geheimsphäre zuzuordnen sind (vgl. Senatsurteil vom 23. Juni 2009 -VIZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn. 30 mwN).

Im Bereich der Sozialsphäre muss sich der Einzelne wegen der Wirkungen, die seine Tätigkeit hier für andere hat, von vornherein auf die Beobachtung seines Verhaltens durch eine breitere Öffentlichkeit und auf Kritik an seinen Leistungen einstellen (vgl. Senatsurteile vom 23. Juni 2009 -VIZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn. 31; vom 11. März 2008 -VIZR 7/07, VersR 2008, 793 Rn. 29; vom 21. November 2006 -VIZR 259/05, VersR 2007, 511 Rn.12 ff.).

Dies gilt insbesondere auch bei freiberuflich tätigen Ärzten, die ihre Leistungen in Konkurrenz zu anderen Ärzten anbieten. Äußerungen im Rahmen der Sozialsphäre dürfen nur im Falle des Schwerwiegen der Auswirkungen auf das Persönlichkeitsrecht mit negativen Sanktionen verknüpft werden, so etwa dann, wenn eine Stigmatisierung, soziale Ausgrenzung oder Prangerwirkung zu besorgen sind (vgl. Senatsurteile vom 20. Dezember 2011 -VIZR 261/10, VersR 2012, 368 Rn. 14; vom 23. Juni 2009 -VIZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn. 31).

Dies steht im Streitfall nicht in Rede. Im Übrigen ist der Kläger den oben dargestellten Gefahren des Bewertungsportals nicht schutzlos ausgeliefert. Insbesondere kann er unwahren Tatsachenbehauptungen und beleidigenden oder sonst unzulässigen Bewertungen dadurch begegnen, dass er sich unter Bezugnahme auf den jeweiligen Eintrag an die Beklagte wendet und dort die Beseitigung des Eintrags verlangt. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen steht ihm hierzu eine entsprechende



Schaltfläche auf dem Bewertungsportal zur Verfügung. Weist die Beklagte die Forderung zurück, kann der Kläger die Beklagte - worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist - gerichtlich, ggf. auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, in Anspruch nehmen.

Entsprechendes gilt für etwaige, auch unter Berücksichtigung von § 10 des Telemediengesetzes (TMG) bestehende Schadensersatzansprüche. Zur Verhinderung von Mehrfachbewertungen und Bewertungen ohne realen Hintergrund setzt die Beklagte im Übrigen - wenn auch keine lückenlosen - Schutzmechanismen ein.

Zuletzt wiegen die vom Kläger konkret für seine Person geltend gemachten Belastungen nicht allzu schwer. Dass er Opfer einer rechtlich oder auch nur nach den Nutzungsbedingungen der Beklagten unzulässigen Bewertung geworden sei, trägt er nicht vor. Umsatzeinbußen werden vom Kläger zwar behauptet; substantiierter Vortrag dazu fehlt aber.

bb) Die dargestellten Beeinträchtigungen der berechtigten Interessen des Klägers wiegen nicht schwerer als das Recht der Beklagten auf Kommunikationsfreiheit.

(1) Auszugehen ist dabei zunächst von dem ganz erheblichen Interesse, das die Öffentlichkeit an Informationen über ärztliche Dienstleistungen hat (vgl. LG Kiel, NJW-RR 2002, 1195).

Personen, die ärztliche Leistungen in Anspruch nehmen wollen, können den Arzt grundsätzlich frei wählen.

Das von der Beklagten betriebene Portal kann dazu beitragen, dem Patienten die aus seiner Sicht hierfür erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen. Dass es unter Umständen auch andere Informationsquellen gibt - etwa persönliche Erfahrungen von Bekannten oder bei Fachärzten die Einschätzung des vom Patienten ggf. zuvor konsultierten Hausarztes -, ändert daran nichts.

Der grundsätzlichen Eignung des Portals, zu mehr Leistungstransparenz im Gesundheitswesen beizutragen, steht nicht entgegen, dass die in das Bewertungsportal eingestellten Bewertungen typischerweise nicht von Fachleuten herrühren und subjektiv geprägt sind.

Zwar dürften wertende Aussagen zur medizinischen Qualität einer Behandlung fachlichen Maßstäben, die der Laie nicht kennt, häufig nicht entsprechen und im Einzelfall etwa von einem vom behandelnden Arzt nicht zu vertretenden Ausbleiben des von ihm auch nicht geschuldeten-Heilungserfolges geprägt sein. Einesinnvolle Ergänzung der bisherigen Informationsquellen kann das Angebot der Beklagten aber trotzdem sein. Die subjektive Einschätzung, die in den Bewertungen zum Ausdruck kommt, kann anderen Personen Hilfestellung bei der Entscheidung geben, welcher Arzt - insbesondere bezüglich der äußeren Umstände der Behandlung wie etwa der Praxisorganisation - den Anforderungen für die gewünschte Behandlung und auch den persönlichen Präferenzen am besten entspricht (siehe auch Hennig/Etgeton, DuD 2011, 841, 843; Martini, DÖV 2010, 573, 580; Wilkat, Bewertungsportale im Internet, 2013, S.211 f.).

(2) Dass Bewertungen im von der Beklagten betriebenen Portal - abgesehen von der Angabe einer E-Mail Adresse - anonym abgegeben werden können, führt nicht dazu, dass das Interesse des Klägers an der Löschung der Daten dasjenige der Beklagten an der



Speicherung überwäge. Wie oben dargestellt, sind die bewerteten Ärzte und damit auch der Kläger hierdurch nicht schutzlos gestellt.

Die anonyme Nutzung ist dem Internet zudem immanent.

Dementsprechende Regelungen zum Schutz der Nutzerdaten gegenüber dem Diensteanbieter finden sich in den §§ 12 ff. TMG (vgl. insbesondere § 13 Abs. 6 Satz 1 TMG und Senatsurteil vom 1. Juli 2014 -VIZR 345/13, NJW 2014, 2651 Rn. 8 ff.). Eine Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit auf Äußerungen, die einem bestimmten Individuum zugeordnet werden können, ist mit Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG nicht vereinbar (Senatsurteil vom 23. Juni 2009 -VIZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn. 38). Die Möglichkeit, Bewertungen auch anonym abgeben zu können, erlangt im Falle eines Ärztebewertungsportals im Übrigen ganz besonderes Gewicht. Denn häufig wird die Bewertung eines Arztes mit der Mitteilung sensibler Gesundheitsinformationen, etwa über den Grund der Behandlung oder die Art der Therapie, verbunden sein. Wäre die Abgabe einer Bewertung nur unter Offenlegung der Identität möglich, bestünde deshalb hier ganz besonders die Gefahr, dass eigentlich bewertungswillige Patienten im Hinblick darauf von der Abgabe einer Bewertung absehen.

(3) Dass die Beklagte den Portalbetrieb im Falle der Löschung des Profils des Klägers zunächst zwar ohne das Profil des Klägers, im Übrigen aber unverändert fortführen könnte, führt ebenfalls nicht zu einem Überwiegen der Interessen des Klägers. Ein Bewertungsportal, das von der Zustimmung der bewerteten Ärzte abhängig wäre, die ggf. bei Vorliegen einer schwächeren Bewertung zurückgenommen werden könnte, erfüllte den mit ihm verfolgten Zweck allenfalls noch eingeschränkt.

cc) Der Einwand der Revision, die vom Berufungsgericht durchgeführte Abwägung sei auch deshalb unvollständig und fehlerhaft, weil sie das Interesse des Klägers außer Acht lasse, die über ihn und seine berufliche Tätigkeit erhobenen Daten nicht zu dem Zweck einzusetzen, den Internetnutzern, die seinen Namen aufrufen, die werbende Selbstdarstellung der unmittelbaren Konkurrenten einzublenden, greift nicht.

Denn der Einwand stützt sich auf den - wie dargelegt - in der Revision nicht mehr berücksichtigungsfähigen neuen Sachvortrag. Entsprechendes gilt für den Einwand der Revision, das Berufungsgericht habe auch bei der Abwägung unberücksichtigt gelassen, dass die Beklagte das Portal mit dem Ziel betreibe, gelisteten Ärzten, die eine Werbung unmittelbarer Konkurrenten bei Aufruf ihres Profils verhindern wollten, ihre "Service-Leistungen" zu verkaufen, und die betroffenen Ärzte den dafür verlangten monatlichen Betrag "quasi als Schutzgeld" entrichten lasse.

II.

Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten nach § 823 Abs. 2, § 1004 BGB analog in Verbindung mit § 4 Abs. 1 BDSG durch Übermittlung an die abfragenden Nutzer. Die Übermittlung ist vielmehr nach § 29 Abs. 2 BDSG zulässig.

1. Nach dem Wortlaut des § 29 Abs. 2 Satz 1 BDSG ist die Übermittlung personenbezogener Daten zulässig, wenn - erstens - der Dritte, dem die Daten übermittelt werden, ein



berechtigtes Interesse an ihrer Kenntnis glaubhaft dargelegt hat und - zweitens - kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse am Ausschluss der Übermittlung hat. In Bezug auf Bewertungsportale im Internet ist die Vorschrift nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Senatsurteil vom 23. Juni 2009 - VI ZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn. 42 f.; ebenso etwa Greve/Schärdel in Große Ruse-Khan/Klass/v. Lewinski (Hrsg.), Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts, 2010, S. 71, 81; siehe auch Plath in Plath, BDSG, 2013, §29 Rn.87; Iraschkoluscher/Kiekenbeck, ZD 2012, 261, 262; Roggenkamp, K&R 2009, 571, 572 f.; kritisch etwa BeckOK Datenschutzrecht/Buchner [Stand: 1. Mai 2014], § 29 BDSG Rn. 119 f.; Taeger in Taeger/Gabel, BDSG, 2. Aufl., §29 Rn. 56) verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass die Zulässigkeit der Übermittlung der Daten an die abfragenden Nutzer aufgrund einer Gesamtabwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen einerseits und dem Informationsinteresse desjenigen, dem die Daten über das Internet übermittelt werden, andererseits beurteilt werden muss.

Dabei sind die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen den Interessen des Abrufenden an der Kenntnis der Daten und desjenigen, der die Daten übermittelt, an deren Weitergabe gegenüberzustellen. Der vom Wortlaut der Vorschrift verlangten glaubhaften einzelfallbezogenen Darlegung des berechtigten Interesses am Abruf bedarf es hingegen nicht.

2. Im Streitfall fällt die danach vorgegebene Abwägung zugunsten der Beklagten und ihrer Nutzer aus. Dies ergibt sich aus denselben Erwägungen, die auch die Speicherung der streitgegenständlichen Daten zum Zwecke ihrer Übermittlung als zulässig erscheinen lassen.

III.

Nachdem die vom Kläger geltend gemachten Löschungs- und Unterlassungsansprüche nicht bestehen, steht ihm auch kein Anspruch auf Ersatz seiner vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten zu.

Galke

Offenloch

Diederichsen

Oehler

Stöhr

Vorinstanzen:

AG München, Entscheidung vom 12.10.2012 - 158 C 13912/12 -

LG München I, Entscheidung vom 19.07.2013 - 30 S 24145/12 -



URHEBERRECHT

BGH, URTEIL VOM 17 LUGLIO 2013 – I ZR 52/12 “PIPPI LANGSTRUMPF”

Die Beklagte betreibt Einzelhandelsmärkte. Um für ihre Karnevalskostüme zu werben, verwandte sie in Verkaufsprospekten im Januar 2010 die Fotografien eines etwa fünfjährigen Mädchens und einer jungen Frau, die als Pippi Langstrumpf verkleidet waren. Sowohl das Mädchen als auch die junge Frau trugen eine rote Perücke mit abstehenden Zöpfen und ein T-Shirt sowie Strümpfe mit rotem und grünem Ringelmuster.



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 52/12

Verkündet am:
17. Juli 2013
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Pippi-Langstrumpf-Kostüm

Morpheus

UrhG § 2 Abs. 1 Nr. 1, §§ 23, 24 Abs. 1

a) Ein einzelner Charakter eines Sprachwerks (hier: Pippi Langstrumpf) kann selbständigen Urheberrechtsschutz genießen. Dies setzt voraus, dass der Autor dieser Figur durch die Kombination von ausgeprägten Charaktereigenschaften und besonderen äußeren Merkmalen eine unverwechselbare Persönlichkeit verleiht. Dabei ist ein strenger Maßstab anzulegen.



gen. Allein die Beschreibung der äußeren Gestalt einer handelnden Figur oder ihres Erscheinungsbildes wird dafür in aller Regel nicht genügen.

b) Für die Abgrenzung der verbotenen Übernahme gemäß § 23 UrhG von der freien Benutzung im Sinne von § 24 Abs. 1 UrhG kommt es auf die Übereinstimmung im Bereich der objektiven Merkmale an, durch die die schöpferische Eigentümlichkeit des Originals bestimmt wird. Für eine nach § 23 UrhG verbotene Übernahme eines Charakters ist es mithin nicht ausreichend, dass eine Abbildung (hier: Abbildung von Personen in Karnevalskostümen) lediglich einzelne äußere Merkmale der literarischen Figur übernimmt. Diese Elemente mögen zwar die äußere Gestalt der Romanfigur prägen. Sie genügen aber für sich genommen nicht, um den Urheberrechtsschutz an der Figur zu begründen und nehmen daher auch nicht isoliert am Schutz der literarischen Figur teil.

c) Wird aus den angegriffenen Abbildungen deutlich, dass sich die abgebildeten Personen für Karnevalszwecke nur als die literarische Figur verkleiden und somit lediglich in ihre Rolle schlüpfen wollen, spricht dies für die Annahme eines inneren Abstands zum Werk und damit für eine freie Benutzung gemäß § 24 Abs. 1 UrhG.

BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 52/12 - OLG Köln
LG Köln

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Juli 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Dr. h. c. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Koch und Dr. Löffler für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 24. Februar 2012 aufgehoben.

Die Klage wird, soweit sie auf Ansprüche aus dem Urheberrecht gestützt ist, abgewiesen.

Im Übrigen wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

[1] Tatbestand: Die Klägerin nimmt für sich in Anspruch, Inhaberin der urheberrechtlichen Nutzungsrechte am künstlerischen Schaffen der verstorbenen Autorin Astrid Lindgren zu sein.

[2] Astrid Lindgren war Verfasserin der "Pippi-Langstrumpf" -Romane. Darin beschrieb sie das äußere Erscheinungsbild der Hauptfigur der "Pippi Langstrumpf" wie folgt:

"Ihr Haar hatte dieselbe Farbe wie eine Möhre und war in zwei feste Zöpfe geflochten, die gerade vom Kopf abstanden. Ihre Nase hatte dieselbe Form wie eine ganz kleine Kartoffel und war völlig von Sommersprossen übersät.

Unter der Nase saß ein wirklich riesig breiter Mund mit gesunden weißen Zähnen. Ihr Kleid war auch ziemlich merkwürdig. Pippi hatte es selbst genäht. Es war wunderschön gelb; aber weil der Stoff nicht gereicht hatte, war es zu kurz, und so guckte eine blaue Hose mit weißen Punkten darunter hervor. An ihren langen dünnen Beinen hatte sie ein Paar lange Strümpfe, einen geringelten und einen schwarzen. Und dann trug sie ein paar schwarze Schuhe, die genau doppelt so groß waren wie ihre Füße."

[3] Die Beklagte betreibt die P. -Supermärkte. Sie warb im Januar 2010 für Karnevalskostüme mit den nachfolgend abgebildeten Fotografien:



[4] Die Abbildungen waren bundesweit in Verkaufsprospekten mit einer Auflage von 16, 2 Millionen Exemplaren, auf Vorankündigungsplakaten in den Filialmärkten sowie in Zeitungsanzeigen abgedruckt. Für einen Zeitraum von elf Tagen waren sie zudem auf der von der Beklagten betriebenen Internetseite [www. p. 'de](http://www.p.de) abrufbar. Darüber hinaus waren die Abbildungen den jeweiligen Kostümsets beigelegt, von denen die Beklagte insgesamt 15. 675 Stück zu Preisen von 5, 99 € für das Kinderkostüm und 9, 99 € für das Erwachsenenkostüm verkaufte.

[5] Die Klägerin hat behauptet, Astrid Lindgren habe ihr mit Überlassungsvertrag vom 26. März 1998 sämtliche urheberrechtlichen Nutzungsrechte an all ihren Werken, insbesondere an den von ihr geschaffenen Pippi-Langstrumpf- Romanen, übertragen. Sie ist der Auffassung, die Beklagte habe mit ihrer Werbung die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an der literarischen Figur "Pippi Langstrumpf" verletzt, die für sich genommen urheberrechtlichen Schutz genieße. Die Beklagte habe sich in den verwendeten Abbildungen an diese Figur angelehnt. Darin liege eine Verletzung ihrer urheberrechtlichen Nutzungsrechte.



[6] Ihr stehe daher Schadensersatz in Höhe einer fiktiven Lizenzgebühr in Höhe von 50.000 € zu. Darüber hinaus stützt die Klägerin ihr Klagebegehren hilfsweise auf ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz nach §§ 3, 4 Nr. 9 UWG sowie auf §§ 823, 826 BGB. Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 50.000 € nebst Zinsen zu zahlen.

[7] Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Sie ist der Auffassung, die Figur der Pippi Langstrumpf könne für sich genommen keinen Urheberrechtsschutz genießen. Jedenfalls liege eine freie Benutzung vor, weil die Kombination von äußeren Merkmalen, Eigenschaften und Fähigkeiten und typischen Verhaltensweisen der literarischen Figur der Pippi Langstrumpf bei den angegriffenen Abbildungen nicht übernommen worden sei.

[8] Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt (LG Köln, ZUM 2011, 871). Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben (OLG Köln, ZUM-RD 2012, 256). Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

[9] Entscheidungsgründe: A. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stehe der geltend gemachte Anspruch nach § 97 Abs. 2 UrhG zu. Sie sei berechtigt, die in Rede stehenden Ansprüche geltend zu machen, weil sich aus dem Überlassungsvertrag vom 26. März 1998 ergebe, dass die Nutzungsrechte an dem künstlerischen Schaffen von Astrid Lindgren auf die Klägerin übertragen worden seien. Die Figur der Pippi Langstrumpf genieße Urheberrechtsschutz als Sprachwerk im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG. Sie sei eine einmalige Figur, die sich aufgrund ihrer Wesenszüge und ihrer äußeren Merkmale von den bis dahin bekannten Figuren deutlich abhebe. Die von der Beklagten verwendeten Abbildungen zur Bewerbung der Kostüme seien als abhängige Bearbeitungen der Figur "Pippi Langstrumpf" gemäß § 23 UrhG anzusehen, weil die eigenschöpferischen Züge der Pippi Langstrumpf darin deutlich sichtbar seien und es sich nicht um neue und eigenständige Werke handle. Der Klägerin stehe der geltend gemachte Anspruch auch der Höhe nach zu. Die von der Klägerin vorgelegte Lizenzvereinbarung mit einem dritten Handelsunternehmen betreffe einen vergleichbaren Fall und stelle daher eine geeignete Grundlage für die nach § 287 ZPO vorzunehmende Schätzung dar.

[10] B. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision mit Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann der Schadensersatzanspruch aus § 97 Abs. 2 UrhG nicht zuerkannt werden.

[11] I. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Klägerin die (ausschließlichen) urheberrechtlichen Nutzungsrechte an den Werken Astrid Lindgrens durch den Überlassungsvertrag vom 26. März 1998 erworben hat.

[12] 1. Die Auslegung von Individualvereinbarungen ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Dessen Auslegung unterliegt im Revisionsverfahren nur einer eingeschränkten Überprüfung im Hinblick darauf, ob gesetzliche Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht, etwa weil wesentliches Auslegungsmaterial unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen worden ist.

[13] Leidet die trichterliche Auslegung an solchen revisionsrechtlich beachtlichen Rechtsfehlern, bindet sie das Revisionsgericht nicht. Bei der Auslegung sind in erster Linie der von den Parteien gewählte Wortlaut und der dem Wortlaut zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen. Weiter gilt das Gebot der nach beiden Seiten hin inter-



essengerechten Auslegung und der Berücksichtigung des durch die Parteien beabsichtigten Zwecks des Vertrags (BGH, Urteil vom 17. März 2011 - I ZR 93/09, GRUR 2011, 946 Rn. 17 f. = WRP 2011, 1302 - KD, mwN).

[14] 2. Diese Maßstäbe hat das Berufungsgericht zutreffend angewendet. Die von ihm vorgenommene Vertragsauslegung hält den Angriffen der Revision stand.

[15] a) Nach dem für Altverträge gemäß Art. 28 Abs. 1 EGBGB aF zugrunde zu legenden Vertragsstatut ist für die Auslegung des Überlassungsvertrages schwedisches Recht anwendbar (vgl. Katzenberger in Schricker/Loewenheim, UrhR, 4. Aufl., Vor §§ 120 ff. Rn. 160; Ulmer, Das Immaterialgüterrecht, S. 56).

[16] Anhaltspunkte dafür, dass das Berufungsgericht gegen gesetzliche Auslegungsgrundsätze des schwedischen Vertragsrechts verstoßen hätte, sind nicht ersichtlich und werden von der Revision auch nicht geltend gemacht.

[17] b) Auch im Übrigen lässt das Berufungsurteil weder Verstöße gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze erkennen, noch leidet die Auslegung des Berufungsgerichts unter Verfahrensfehlern.

[18] aa) Das Berufungsgericht ist mit Recht vom Wortlaut der Ziffer 3. 1 ausgegangen. Danach überlässt die Verkäuferin dem Käufer zur Verfolgung des in Ziffer 2. 1 angegebenen Zwecks das Geschäft und die zu diesem gehörenden Aktiva, Verträge, Rechte und Pflichten. Unter den Begriff der "Rechte" lassen sich zwanglos die im Streitfall relevanten urheberrechtlichen ausschließlichen Nutzungsrechte fassen.

[19] bb) Das Berufungsgericht hat ferner zutreffend den in Ziffer 2. 1 näher beschriebenen und in Ziffer 3. 1 ausdrücklich in Bezug genommenen Vertragszweck berücksichtigt. Dort ist festgehalten, dass der Vertrag die Überlassung des gesamten Gewerbebetriebs betrifft, der auf dem literarischen Schaffen der Verkäuferin basiert. Ferner wird dort erwähnt, dass das ausgeübte literarische Schaffen der Verkäuferin vor bald zwanzig Jahren aufgehört hat, die Aktivitäten daher im Wesentlichen aus der Verwaltung der Urheberrechte und den damit zusammenhängenden Tätigkeiten besteht und man sich deshalb sowohl aus praktischen als auch wirtschaftlichen Erwägungen heraus veranlasst gesehen hat, diese Geschäftsaktivitäten in eine selbständige Einheit zu überführen. Dieser Zweckbeschreibung lässt sich der klare Wille der Vertragsparteien entnehmen, die Astrid Lindgren zustehenden Rechte aus ihrem literarischen Schaffen vollständig auf die Klägerin zu übertragen. Anhaltspunkte dafür, dass die hier maßgebenden Verwertungsrechte bei der Verkäuferin verbleiben sollten, finden sich dort nicht. Auch die Revision bringt Abweichendes nicht vor.

[20] cc) Das Berufungsgericht hat ferner im Ergebnis zutreffend angenommen, dass Ziffer 5. 1 keine abweichende Auslegung zu entnehmen ist.

[21] In dieser mit "Überlassung immaterieller Rechte" überschriebenen Regelung heißt es auszugsweise wie folgt:

"Die Verkäuferin überlässt unwiderruflich die zu den Geschäftsaktivitäten der Verkäuferin gehörenden Rechte gem. Anlage 1 sowie darüber hinaus die zum Geschäftsbetrieb der Verkäuferin gegenwärtig hinzukommenden Rechte, welche aufgrund eines Versehens in der genannten Anlage möglicherweise nicht aufgeführt sind."

[22] Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Berechtigung der Klägerin sei deshalb nicht nachgewiesen, weil in der Anlage 1 zum Überlassungsvertrag vom 26. März 1998 die Figur der Pippi Langstrumpf nicht ausdrücklich aufgeführt werde.



[23] Entgegen der Auffassung der Revision setzt die vertragliche Einräumung von Nutzungsrechten zugunsten der Klägerin nicht voraus, dass die Figur der Pippi Langstrumpf in der Anlage 1 zum Überlassungsvertrag besonders erwähnt ist. Wie das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat, ergibt sich bereits aus dem Überlassungsvertrag selbst eine umfassende Einräumung der ausschließlichen Nutzungsrechte an den Werken Astrid Lindgrens zugunsten der Klägerin. Dies folgt aus dem systematischen Zusammenhang der Regelungen gemäß Ziffern 3. 1 und 5. 1 sowie dem in Ziffer 2. 1 beschriebenen Vertragszweck. Danach dient dieser Vertrag dazu, den gesamten Geschäftsbetrieb der Autorin, der im Wesentlichen aus der Verwaltung von Urheberrechten bestand, auf die Klägerin zu übertragen. Zu diesem Zweck sollten sämtliche Aktiva, Verträge und Rechte (Ziffer 3. 1) einschließlich der zu diesem Geschäftsbetrieb gehörenden immateriellen Rechte (Ziffer 5. 1) der Klägerin überlassen werden. Wie sich ohne weiteres aus der Regelung der Ziffer 5. 1 ergibt, beschränkt sich die Einräumung zeitlich, inhaltlich und räumlich unbeschränkter ausschließlicher Nutzungsrechte nicht allein auf die in der Anlage 1 aufgeführten Werke. Dies folgt aus der Regelung in Ziffer 5. 1, Halbsatz 2, wonach auch diese Rechte übertragen werden sollen, die "aufgrund eines Versehens in der genannten Anlage möglicherweise nicht aufgeführt sind". Diese Formulierung kann, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, bei verständiger Würdigung und vor dem Hintergrund des Vertragszwecks nur dahin ausgelegt werden, dass mit dem Überlassungsvertrag ausschließliche urheberrechtliche Nutzungsrechte an sämtlichen von Astrid Lindgren geschaffenen Werken eingeräumt werden sollten.

[24] Aus der Formulierung "gegenwärtig hinzukommende Rechte" ergibt sich nichts anderes. Damit sind entgegen der Auffassung der Revision erkennbar nicht Rechte an etwaigen nach Abschluss des Überlassungsvertrags entstandenen Werken gemeint. Die Vertragsparteien und damit die Autorin selbst sind ausweislich der Erklärung in Ziffer 2. 1 vielmehr übereinstimmend davon ausgegangen, dass das aktive literarische Schaffen von Astrid Lindgren vor "bald zwanzig Jahren aufgehört" hat. Angesichts dessen hätte die Klausel, wie sie die Beklagte verstehen will, jedenfalls in Bezug auf die urheberrechtlichen Nutzungsrechte überhaupt keinen Anwendungsbereich. Im Übrigen stünde ein solches Verständnis von einer auf einzelne in der Anlage aufgeführten Rechte beschränkten Rechteinräumung auch im offenen Widerspruch zu dem Zweck des Überlassungsvertrages, der erkennbar die umfassende Übertragung sämtlicher vermögenswerten Positionen aus dem literarischen Schaffen von Astrid Lindgren zum Gegenstand hat. Dass es trotz alledem im Interesse der Autorin gelegen hat, die im Streitfall maßgebenden Nutzungsrechte bei sich zu behalten, macht auch die Revision nicht geltend.

[25] dd) Soweit die Revision geltend macht, die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung stehe im Widerspruch zu dem von der Klägerin vorgelegten Testament Astrid Lindgrens, vermag sie damit nicht durchzudringen. Ein solcher Widerspruch ist nicht erkennbar. Es ist schon nichts dafür ersichtlich, dass sich Astrid Lindgren auf Grundlage ihres Testaments vom 16. Dezember 1997 in ihrer Verfügungsbefugnis im Hinblick auf spätere Rechtsgeschäfte über urheberrechtliche Nutzungsrechte an ihrem Werkschaffen selbst beschränkt haben sollte. Auch ist nicht erkennbar, dass zu dem "übrigen Eigentum", wie es im Testament heißt, die in Rede stehenden Rechte überhaupt zählen. Abweichendes bringt auch die Revision nicht vor.

[26] 3. Auf die weiteren Rügen der Revision im Hinblick auf die durch das Berufungsgericht vorgenommene Würdigung der auf den Vervielfältigungsstücken angebrachten ©-



Vermerke kommt es vorliegend nicht an. Dabei handelt es sich erkennbar um eine lediglich ergänzende, nicht selbständig tragende Begründung. Das Berufungsgericht ist vielmehr mit Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin ihre Berechtigung bereits durch Vorlage des mit Astrid Lindgren geschlossenen Überlassungsvertrages nachgewiesen hat.

[27] II. Das Berufungsgericht ist weiterhin ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die von Astrid Lindgren in ihren Kinderbüchern geschaffene Figur der Pippi Langstrumpf als Sprachwerk im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG Urheberrechtsschutz genießt.

[28] 1. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass bei Werken der Literatur im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG nicht nur die konkrete Textfassung oder die unmittelbare Formgebung eines Gedankens urheberrechtlich schutzfähig ist. Auch eigenpersönlich geprägte Bestandteile und formbildende Elemente des Werkes, die im Gang der Handlung, in der Charakteristik und Rollenverteilung der handelnden Personen, der Ausgestaltung von Szenen und in der "Szenerie" des Romans liegen, genießen Urheberrechtsschutz (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 1999 - I ZR 65/96, BGHZ 141, 267, 279 - Laras Tochter, mwN; Loewenheim in Schricker/Loewenheim aaO § 2 Rn. 85).

[29] Neben der Fabel, dem Handlungs- und Beziehungsgeflecht der Charaktere eines Romans, können entgegen der Auffassung der Revision auch einzelne Charaktere des Sprachwerks selbständigen Urheberrechtsschutz genießen.

[30] Für bildliche Darstellungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG ist ein solcher isolierter Figurenschutz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits anerkannt. Dieser beschränkt sich nicht auf die konkreten zeichnerischen Darstellungen in verschiedenen Körperhaltungen mit der jeweils gleichbleibenden und der das Äußere in schöpferischer Weise prägenden Elemente. Schutz genießen auch die allen Einzeldarstellungen zugrundeliegenden Charaktere als solche, wenn diese sich durch eine unverwechselbare Kombination äußerer Merkmale, Charaktereigenschaften, Fähigkeiten und typischen Verhaltensweisen auszeichnen, somit zu besonders ausgeprägten Persönlichkeiten geformt sind und in den Geschichten jeweils in einer bestimmten charakteristischen Weise auftreten (vgl. BGH, Urteil vom 11. März 1993 - I ZR 263/91, BGHZ 122, 53, 56 f. - Alcolix; Urteil vom 11. März 1993 - I ZR 264/91, GRUR 1994, 191, 192 - Asterix-Persiflagen; Urteil vom 8. Juli 2004 - I ZR 25/02, GRUR 2004, 855, 856 = WRP 2004, 1293 - Hundefigur).

[31] 2. Diese Grundsätze gelten für in Sprachwerken im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG geschaffene Personen gleichermaßen (vgl. Axel Nordemann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 10. Aufl., § 2 UrhG Rn. 102; Loewenheim in Schricker/Loewenheim aaO § 2 Rn. 85 aE; aA wohl Erdmann, WRP 2002, 1329, 1334). Auch hier ist es - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - aus Rechtsgründen nicht ausgeschlossen, dass einzelnen fiktiven Charakteren selbständiger Urheberrechtsschutz zukommt. Vergleichbar dem Figurenschutz bei Darstellungen der bildenden oder angewandten Kunst kann auch eine literarische Beschreibung im geistigen Auge des Lesers ein ebenso deutliches "Bild" von einer handelnden Figur schaffen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass mit den Mitteln der Sprache gerade die prägenden Charaktereigenschaften einer fiktiven Person wesentlich differenzierter als mit den Mitteln der bildenden Kunst dargestellt werden können. Insoweit kann eine detaillierte Beschreibung der Charaktereigenschaften eine mit den Mitteln der Sprache nur begrenzt konkretisierbare Darstellung des Äußeren der Person ohne weiteres ausgleichen.

[32] Dieser Schutz einer fiktiven Person kann auch unabhängig vom konkreten Beziehungsgeflecht und dem Handlungsrahmen bestehen, wie sie in der Fabel des Romans ihren



Ausdruck gefunden haben. Zwar gewinnen die in einer Erzählung handelnden Personen ihr charakteristisches Gepräge zumeist erst durch ihre Handlungen und Interaktion mit anderen dargestellten Personen.

[33] Dies schließt es jedoch nicht aus, dass sich die darin zum Ausdruck gelangende Persönlichkeit verselbständigt, wenn ihre typischen Charaktereigenschaften und Verhaltensweisen in variierenden Handlungs- und Beziehungszusammenhängen - insbesondere bei Fortsetzungsgeschichten - regelmäßig wiederkehren.

[34] Voraussetzung für den isolierten Schutz eines fiktiven Charakters ist es demnach, dass der Autor dieser Figur durch die Kombination von ausgeprägten Charaktereigenschaften und besonderen äußeren Merkmalen eine unverwechselbare Persönlichkeit verleiht. Dabei ist ein strenger Maßstab anzulegen. Allein die Beschreibung der äußeren Gestalt einer handelnden Figur oder ihres Erscheinungsbildes wird dafür in aller Regel nicht genügen.

[35] 3. Nach diesem Maßstab hat das Berufungsgericht der von Astrid Lindgren geschaffenen und in zahlreichen Erzählungen ausgestalteten Figur der Pippi Langstrumpf zutreffend einen urheberrechtlichen Schutz zugesprochen.

[36] Das Berufungsgericht hat die beachtliche Schöpfungshöhe der Figur der Pippi Langstrumpf aufgrund der besonderen eigenschöpferischen Kombination der charakteristischen Merkmale der Romanfigur angenommen und sich dabei zutreffend nicht nur auf die im Tatbestand wiedergegebene detaillierte Beschreibung ihres Äußeren gestützt, sondern die Schutzfähigkeit der Person der Pippi Langstrumpf auch mit den ihr eigenen Wesenszügen und ihren Lebensumständen begründet. Nach den insoweit getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts stünden das Äußere von Pippi Langstrumpf sowie die wegen des Todes der Mutter und der Abwesenheit des Vaters erbärmlich wirkenden Lebensumstände in krassem Kontrast zu den übrigen Merkmalen der Figur. So sei sie stets fröhlich, sehr vermögend, verfüge über übermenschliche Kräfte, sei von ausgeprägter Furcht- und Respektlosigkeit, die mit Fantasie und Wortwitz gepaart sei. Astrid Lindgren sei es gelungen, eine einmalige Figur zu schaffen, die ihre charakteristischen Wesenszüge durch alle Geschichten unverkennbar beibehalte und die sich von den bis dahin bekannten Figuren deutlich abhebe.

[37] Diese von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen lassen keine Rechtsfehler erkennen.

[38] III. Nicht frei von Rechtsfehlern ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, die angegriffenen Abbildungen stellten gemäß § 23 UrhG eine abhängige Bearbeitung der von Astrid Lindgren geschaffenen Figur der Pippi Langstrumpf dar.

[39] 1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass von der Schutzfähigkeit der literarischen Figur der Pippi Langstrumpf die Frage zu unterscheiden sei, ob die bildliche und damit auf das Äußere beschränkte Darstellung der Figur eine urheberrechtswidrige Bearbeitung der Romanfigur sein könne. Dies sei zu bejahen.

[40] Astrid Lindgren habe das Äußere der Figur "Pippi Langstrumpf" so detailliert beschrieben, dass bei der Übertragung in ein Bild nur ein geringer Gestaltungsspielraum verbleibe. In einem solchen Fall sei die Übernahme auch der Charakterzüge einer Romanfigur nicht erforderlich. Diese seien in einer bildlichen Darstellung naturgemäß nicht erkennbar. Es könne deshalb genügen, dass eigenschöpferische Elemente eines literarischen Werks übernommen worden seien, die sich auf die Beschreibung des äußeren Erscheinungsbildes beschränkten, wenn sich darin hinreichende schöpferische Züge zeigten, und



zugleich das neue Werk nur in geringem Umfang eigenschöpferische Züge aufweise, die das Werk daher nicht prägen.

[41] So liege es auch im Streitfall. In den angegriffenen bildlichen Darstellungen würden die eigenschöpferischen Züge der Romanfigur sichtbar gemacht, ohne dass der Schöpfer des Bildwerks seinerseits erhebliche eigenschöpferische Beiträge leisten müsse. Farbe und Form der Haare sowie die Sommersprossen seien der literarischen Vorlage entnommen. Die bestehenden Abweichungen im Erscheinungsbild - statt nur eines Strumpfes seien beide geringelt, das kurze Kleid sei einfarbig grün statt gelb, darunter sei ein wie die Strümpfe geringeltes Hemd zu erkennen - seien lediglich als Modifikationen der Figur unter Beibehaltung ihres Stils zu bewerten. Es ergebe sich ein "kunterbunter" Gesamteindruck, der von modischem Selbstbewusstsein geprägt sei. Unerheblich sei, dass die abgebildeten Personen nicht Pippi Langstrumpf seien, sondern diese nur darstellten. Der Gedanke, dass ein beliebiges Mädchen in die Rolle der Pippi Langstrumpf schlüpfe, sei bereits in der Erzählung angelegt. Gerade Kinderbücher zielten darauf ab, dass sich der junge Leser mit dem Protagonisten der Erzählung identifiziere. Auch Verkleidungen lägen dabei nicht fern.

[42] 2. Diese Erwägungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

[43] a) Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht geprüft, ob die angegriffenen Abbildungen als eine abhängige Bearbeitung gemäß § 23 UrhG oder aber eine freie Benutzung im Sinne von § 24 Abs. 1 UrhG zu qualifizieren sind. Im Streitfall stellt sich die Frage, ob die Abbildungen in den Werbeunterlagen der Beklagten eine Vervielfältigung der literarischen Figur der Pippi Langstrumpf in veränderter Form darstellen. Die Zulässigkeit einer solchen umgestaltenden Vervielfältigung beurteilt sich nach § 23 UrhG (vgl. Loewenheim in Schricker/Loewenheim aaO § 16 Rn. 8, § 23 Rn. 3 mwN).

[44] b) Für die Frage, ob die Übernahme gestalterischer Elemente eine abhängige Bearbeitung im Sinne des § 23 UrhG darstellt oder ob es sich um eine freie Benutzung im Sinne des § 24 Abs. 1 UrhG handelt, kommt es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entscheidend auf den Abstand an, den das neue Werk zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des benutzten Werkes hält. Eine freie Benutzung setzt - wie das Berufungsgericht noch zutreffend angenommen hat - voraus, dass angesichts der Eigenart des neuen Werkes die entlehnten eigenpersönlichen Züge des geschützten älteren Werkes verblässen. In der Regel ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn die dem geschützten älteren Werk entlehnten eigenpersönlichen Züge im neuen Werk zurücktreten, so dass die Benutzung des älteren Werkes durch das neuere nur noch als Anregung zu einem neuen, selbständigen Werkschaffen erscheint (BGHZ 122, 53, 60 - Alcolix; BGHZ 141, 267, 280 - Laras Tochter; Urteil vom 20. März 2003 - I ZR 117/00, BGHZ 154, 260, 267 - Gies-Adler, mwN; BGH, Urteil vom 1. Dezember 2010 - I ZR 12/08, GRUR 2011, 134 Rn. 33 - Perlentaucher).

[45] Eine freie Benutzung ist aber nicht nur dann anzunehmen, wenn die aus dem geschützten älteren Werk entlehnten eigenpersönlichen Züge in dem neuen Werk in einem eher wörtlichen Sinn verblässen und demgemäß in diesem so zurücktreten, dass das ältere in dem neuen Werk nur noch schwach in urheberrechtlich nicht mehr relevanter Weise durchschimmert. Vielmehr kann der für eine freie Benutzung erforderliche Abstand zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des benutzten Werkes - selbst bei deutlichen Übernahmen gerade in der Formgestaltung - auch dann gegeben sein, wenn das neue Werk zu



den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des älteren Werkes einen so großen inneren Abstand hält, dass es seinem Wesen nach als selbständig anzusehen ist.

[46] Auch in einem solchen Fall kann davon gesprochen werden, dass die entlehnten individuellen Züge des älteren Werkes im neueren Werk "verblässen" (BGHZ 122, 53, 60 f. - Alcolix; BGHZ 141, 267, 280 f. - Laras Tochter; BGHZ 154, 260, 268 - Gies-Adler). Auf den inneren Abstand kommt es vor allem bei Fallgestaltungen an, in denen eine künstlerische Auseinandersetzung mit einem älteren Werk es erfordert, dass dieses und seine Eigenheiten, soweit sie Gegenstand der Auseinandersetzung sind, im neuen Werk erkennbar bleiben. Die häufigste Fallgestaltung dieser Art ist die Parodie. Bei ihr kommt der innere Abstand in einer antithematischen Behandlung zum Ausdruck. Zwingend ist dies jedoch nicht. Ein innerer Abstand kann vielmehr auch auf andere Weise hergestellt werden (vgl. BGHZ 122, 53, 60 f. - Alcolix; BGH, GRUR 1994, 191, 194 - Asterix-Persiflagen, BGHZ 141, 267, 281 - Laras Tochter; BGHZ 154, 260, 268 - Gies-Adler; GRUR 2011, 134 Rn. 34 - Perlentaucher).

[47] Da nach den dargelegten Grundsätzen der Abstand maßgebend ist, den das neue Werk zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des benutzten Werkes hält, kommt es auf die Übereinstimmung im Bereich der objektiven Merkmale an, durch die die schöpferische Eigentümlichkeit des Originals bestimmt wird (BGH, Urteil vom 26. September 1980 - I ZR 17/78, GRUR 1981, 267, 269 - Dirlada, mwN). Es ist deshalb durch Vergleich der sich gegenüberstehenden Werke zu ermitteln, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eigenschöpferische Züge des älteren Werkes übernommen worden sind. Maßgebend dabei ist ein Vergleich des jeweiligen Gesamteindrucks der Gestaltungen, in dessen Rahmen sämtliche übernommenen schöpferischen Züge in einer Gesamtschau zu berücksichtigen sind (vgl. BGH, Urteil vom 28. Mai 1998 - I ZR 81/96, BGHZ 139, 68, 77 - Stadtplanwerk; Urteil vom 13. April 2000 - I ZR 282/97, GRUR 2000, 703, 704 = WRP 2000, 1243 - Mattscheibe; GRUR 2004, 855, 857 - Hundefigur).

[48] c) Diesen rechtlichen Maßstäben trägt die Beurteilung durch das Berufungsgericht nicht hinreichend Rechnung.

[49] aa) Allerdings ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 UrhG nicht bereits deshalb vorliegen, weil eine Übertragung eines Werkes in eine andere Werkart immer als freie Bearbeitung zu werten sei. Vielmehr ergibt sich aus § 23 Satz 2 UrhG, dass auch in den Fällen einer Übertragung eines Werkes in eine andere Werkart eine unfreie Bearbeitung vorliegen kann. Entgegen der Ansicht der Revision stellt auch eine Übertragung eines Sprachwerks in die Werkkategorie der bildenden oder angewandten Kunst nicht in jedem Fall eine freie Benutzung des Sprachwerks dar. Maßgebend ist keine an der Werkart orientierte rein formelle Betrachtung. Eine solche berücksichtigt nicht hinreichend, dass die Wesenszüge der Werkarten nicht stets grundverschieden sind, sondern deren gestalterische Wesenszüge und Ausdrucksformen unter Umständen übertragbar sind (vgl. Axel Nordemann in Fromm/Nordemann aaO §§ 23, 24 UrhG Rn. 39; Loewenheim in Schrickler/Loewenheim aaO § 24 Rn. 23). So liegt es auch, wenn eine literarische Figur gemäß der Beschreibung ihrer Eigenschaften - wie im Streitfall - durch eine Abbildung visualisiert wird. Es kommt vielmehr auch bei einer Benutzung des Werks durch eine andere Werkgattung auf die Übereinstimmungen im Bereich der objektiven Merkmale an, durch welche die schöpferische Eigentümlichkeit des Originals bestimmt wird.



[50] bb) Dagegen ist die Annahme des Berufungsgerichts, auch die bildliche und damit allein auf das Äußere beschränkte Darstellung der Figur könne eine urheberrechtswidrige Bearbeitung der Romanfigur sein, nicht frei von Rechtsfehlern. Das Berufungsgericht hat insoweit nicht hinreichend beachtet, dass es bei der Feststellung des für eine freie Benutzung erforderlichen Abstands auf die Übereinstimmung im Bereich der objektiven Merkmale ankommt, welche die schöpferische Eigentümlichkeit des Originals bestimmen.

[51] (1) Für eine selbständige urheberrechtliche Schutzfähigkeit einer literarischen Person reicht die bloße Beschreibung ihrer äußerlichen Gestalt nicht aus.

[52] Wie dargelegt, setzt ein Schutz der Figur als solche vielmehr voraus, dass diese durch eine unverwechselbare Kombination äußerer Merkmale, Charaktereigenschaften, Fähigkeiten und typischen Verhaltensweisen beschrieben wird, sie somit zu besonders ausgeprägten Persönlichkeiten geformt ist und in der Geschichte jeweils in einer bestimmten charakteristischen Weise auftritt (vgl. BGHZ 122, 53, 56 f. - Alcolix; BGH, GRUR 1994, 191, 192 - Asterix-Persiflagen; GRUR 2004, 855, 856 - Hundefigur).

[53] Für eine nach § 23 UrhG verbotene Übernahme eines Charakters ist es mithin nicht ausreichend, dass nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die angegriffenen Abbildungen lediglich die Haare in Farbe und Form, die Sommersprossen und den Kleidungsstil der Pippi Langstrumpf übernehmen.

[54] Diese Elemente mögen zwar die äußere Gestalt der Romanfigur prägen. Sie genügen aber für sich genommen nicht, um den Urheberrechtsschutz an der Figur der Pippi Langstrumpf zu begründen und nehmen daher auch nicht isoliert am Schutz der literarischen Figur teil.

[55] (2) Nichts anderes ergibt sich daraus, dass nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unschwer zu erkennen ist, dass die abgebildeten Personen Pippi Langstrumpf darstellen. Eine abhängige Bearbeitung ist nicht schon dann anzunehmen, wenn das neue Werk auf das ältere deutlich Bezug nimmt. Gerade bei Werken, die sehr bekannt sind, genügen meist nur geringe Andeutungen, insbesondere in Bezug auf äußere Merkmale, um einen deutlichen Bezug zu dem älteren Werk herzustellen. Es ist dann im Einzelfall zu prüfen, ob mit einer solchen Bezugnahme bereits die Übernahme eigenpersönlicher Merkmale verbunden ist (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 1957 - I ZR 83/56, BGHZ 26, 52, 57 - Sherlock Holmes; BGHZ 122, 53, 59 - Alcolix; BGH, GRUR 1994, 191, 194 - Asterix-Persiflagen; GRUR 2004, 855, 856 - Hundefigur). Vorliegend entsteht das vollständige und insoweit urheberrechtlich relevante Bild von der literarischen Figur der Pippi Langstrumpf erst durch eine gedankliche Verknüpfung des Betrachters mit den prägenden Charaktereigenschaften der Figur, wie sie in der überragend bekannten literarischen Vorlage ausgestaltet, aber in den Abbildungen nicht erkennbar sind.

[56] (3) Im Streitfall kommt hinzu, dass aus den angegriffenen Abbildungen deutlich wird, dass sich die abgebildeten Personen erkennbar für Karnevals Zwecke nur als Pippi Langstrumpf verkleiden und somit lediglich in ihre Rolle schlüpfen wollen. Damit wird nur ein äußerst unvollkommener Bezug zur literarischen Figur hergestellt, der zudem mit der erkennbaren Spannung zwischen realer Person und dargestellter Person spielt. Dadurch wird ein hinreichender innerer Abstand zur Romanvorlage Astrid Lindgrens geschaffen, weil für den Betrachter klar erkennbar ist, dass die abgebildete Person nicht Pippi Langstrumpf ist (vgl. zur erkennbar fehlenden Personengleichheit bereits BGHZ 26, 52, 57 - Sherlock Holmes).



[57] (4) Auf den Umstand, dass die angegriffenen Abbildungen eine Reihe von äußeren Merkmalen (kartoffelförmige Nase, riesig breiter Mund, gelbes Kleid, sichtbare blaue Hose mit weißen Punkten, verschieden gestaltete Strümpfe, viel zu große schwarze Schuhe) der literarischen Gestalt der Pippi Langstrumpf nicht zeigen und eine der Abbildungen kein Mädchen, sondern eine verkleidete junge Frau wiedergibt, kommt es nach alledem nicht mehr an.

[58] IV. Da sich das Urteil nicht aus anderen Gründen als richtig erweist, war es aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO).

[59] V. Im Hinblick auf den geltend gemachten urheberrechtlichen Schadensersatzanspruch gemäß § 97 Abs. 2 UrhG sind keine weiteren Feststellungen zu erwarten. Die Sache ist insoweit zur Endentscheidung reif. Daher kann der Senat insoweit in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Klage ist insoweit abzuweisen (§ 301 Abs. 1 ZPO).

[60] Das Berufungsgericht hat - aus seiner Sicht folgerichtig - aber keinerlei Feststellungen zu den von der Klägerin hilfsweise geltend gemachten Ansprüchen aus ergänzendem Leistungsschutz gemäß §§ 3, 4 Nr. 9, § 9 UWG sowie aus §§ 823, 826 BGB getroffen. Insoweit ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Koch

Löffler

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 10.08.2011 - 28 O 117/11 –

OLG Köln, Entscheidung vom 24.02.2012 - 6 U 176/11 –